

WYROK
z dnia 11 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Ingersoll-Rand International Ltd. 170/175 Lakeview Drive, Airisde Business Park Swords Co Dublin, Ireland w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Vattenfall Heat Poland S.A. w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostarczenie, montaż i uruchomienie układu sprężarek powietrza technologicznego wElektrociepłowni Siekierki wWarszawie*”

przy udziale Przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Ingersoll-Rand International Ltd. 170/175 Lakeview Drive, Airisde Business Park Swords Co Dublin, Ireland i nakazuje;

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Ingersoll-Rand International Ltd. 170/175 Lakeview Drive, Airisde Business Park Swords Co Dublin, Ireland;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez Odwołującego Ingersoll-Rand International Ltd. 170/175 Lakeview Drive, Airisde Business Park Swords Co Dublin, Ireland, na rzecz Vattenfall Heat Poland S.A. w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) nakazuje zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 250,00 złotych (dwustu pięćdziesięciu złotych, zero groszy) na rzecz Odwołującego

Ingersoll-Rand International Ltd. 170/175 Lakeview Drive, Airisde Business Park
Swords Co Dublin, Ireland, z tytułu nadpłaconego wpisu.

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

Przewodniczący:

KIO 2127/10 2

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostarczenie, montaż i uruchomienie układu sprężarek powietrza technologicznego wElektrociepłowni Siekierki wWarszawie*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy wynosi 7.000.000 zł (1.823.392 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S125-191891 w dniu 1 lipca 2010r.

Odwołujący w dniu 20 września 2010r. powziął na podstawie strony internetowej

Zamawiającego informację o wyniku postępowania, zaś w dniu 30 września 2010r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) uznaniu, iż oferta złożona przez konsorcjum Atlas Copco Polska sp. z o. o. w Sękocinie Nowym oraz Elektromontaż Północ SA. w Warszawie jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z postępowania, mimo, iż złożone przez niego dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w przetargu;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż jej treść w sposób istotny nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zawiera cenę rażąco niską;
- 4) nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez nie zastosowanie wobec wszystkich uczestników postępowania tych samych warunków udziału i kryteriów oceny ofert;
- 2) art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez uznanie, iż Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w zakresie

KIO 2127/10 3

doświadczenia i potencjału finansowego do wykonania zamówienia;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż wszyscy członkowie zarządu Atlas Copco Polska Sp. z o.o. wykazali iż spełniają warunek określony w ustawie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie niekaralności;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w realizacji dostaw, o których nowa w rozdziale 3 pkt 3.1 litera b) SIWZ oraz że Konsorcjum spełnia warunki w zakresie potencjału finansowego, o którym mowa w rozdziale 3 pkt 3.1 litera a) SIWZ;
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum jest zgodna z treścią SIWZ;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż podlega ono wykluczeniu z przedmiotowego postępowania;
- 9) art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie uznanie, iż oferta Konsorcjum zawiera cenę rażąco niską;
- 10) art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty na podstawie innych niż wskazano w SIWZ kryteriów i parametrów.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania Konsorcjum oraz odrzucenie jego oferty;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego,
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, wg dokumentów przedstawionych na rozprawie

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w SIWZ Zamawiający postawił warunek, iż o zamówienie mogą się ubiegać podmioty, które w ciągu ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania wykonały co najmniej jedną pracę polegającą na dostarczeniu, montażu i uruchomieniu co najmniej dwóch sprężarek powietrza technologicznego o wydajności

KIO 2127/10 4

co najmniej 6 000 m³/h każda, wraz z instalacjami towarzyszącymi - rozdział 3 pkt 3.1 litera b) SIWZ, który jest niezgodny z zapisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy, zgodnie z którym, w przypadku prac innych niż roboty budowlane zamawiający może żądać wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący podaje, że Konsorcjum przedstawiło w swojej ofercie wykaz 9 prac na poparcie posiadanego doświadczenia, z czego tylko pozycje 1, 3, 7 i 8 zostały poparte stosownymi referencjami, więc tak naprawdę tylko one mogą być brane pod uwagę przy ocenianiu czy warunek został spełniony. Z załączonej do oferty Konsorcjum tabeli (zał. 3 str. 43) nie wynika w żadnej pozycji jaka była liczba dostarczonych sprężarek ani jakie były ich jednostkowe wydajności, nie jest więc możliwa weryfikacja, czy członek Konsorcjum - Atlas Copco Polska sp. z o.o. spełnia warunki określone w SIWZ. Podawanie łącznej wydajności dostarczonych sprężarek, przy nieznaney ich liczbie, nie poświadcza, iż przedmiotem dostawy był układ co najmniej dwóch sprężarek o wydajności co najmniej 6.000 m³/h każda. Ponadto, żadna z dat wykonania wskazanych 4 prac popartych referencjami nie potwierdza, iż wymienione w tabeli prace, zostały wykonane w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania (t.j. nie wcześniej niż przed dniem 29 czerwca 2007r.). Odwołujący podaje, że analizując szczegółowo jedynie te prace, które są potwierdzone referencjami należy dojść do następujących wniosków:

W odniesieniu do pozycji nr 1 z tabeli - Volkswagen Polska, załączona referencja nie potwierdza, aby parametry co do wydajności wykonanych prac żądane przez Zamawiającego zostały spełnione, nie sposób też potwierdzić, iż prace te zostały wykonane w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania.

W odniesieniu do pozycji 3 - Elektrownia PAK II - z referencji nie wynika czy prace zostały wykonane w okresie trzech lat przed datą wszczęcia postępowania ogłoszonego przez Zamawiającego; ponadto skoro Atlas Copco Polska Sp. z o.o. nie zawierało umowy bezpośrednio z Elektrownią, lecz z generalnym wykonawcą (tj. SNC-Lavalin Polska), to prace w istocie były świadczone na rzecz generalnego wykonawcy i to on powinien potwierdzać prawidłowość wykonania prac, a nie Elektrownia.

Odnosnie pozycji 7 - Elektrownia Rybnik - w referencji brak danych o liczbie i wydajności sprężarek a także brak informacji o dokładnym czasie wykonania prac oraz potwierdzenia wykonania montażu i uruchomienia sprężarek („nadzór nad pracami budowlanymi”, o którym mowa w treści referencji nie jest tożsamy z montażem i uruchomieniem sprężarek).

KIO 2127/10 5

Pozycja 8 - Huta Szkła Krosno - w referencji brak danych co do liczby i wydajności sprężarek, jak również brak danych o dokładnym czasie wykonania prac. Należy zwrócić uwagę, iż z punktu widzenia SIWZ nie jest istotny okres dzierżawy lecz termin dostawy i montażu sprężarek, co było przecież czynnością jednorazową, a nie ciągłą; brak też potwierdzenia, iż Atlas Copco Polska Sp. z o.o. w ramach zamówienia wykonała montaż dostarczonych urządzeń, co również jest warunkiem stawianym przez wykonawcami.

Zdaniem Odwołującego, żadna z prac wskazanych przez Konsorcjum nie potwierdza spełniania przez Konsorcjum warunku w zakresie doświadczenia; brak jest też przesłanek do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Podniósł dalej Odwołujący, że w rozdziale 3 pkt 3.1 litera a) SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali się przychodem średniorocznym w wysokości co najmniej 5 milionów złotych za okres ostatnich 3 lat obrotowych - pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim”, wykazane w rachunkach zysków i strat. Potwierdzeniem, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawców dołączenia rachunków zysków i strat, jest dyspozycja pkt 4.1.9 SIWZ w rozdziale 4 SIWZ, gdzie Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż tylko podmioty nie zobowiązane do sporządzania rachunków zysków i strat mogą przedstawić inne dokumenty.

Do oferty Konsorcjum nie dołączono rachunków zysków i strat spółki Atlas C OPCO Polska - a jedynie sprawozdania F01 (mimo, że SIWZ nie przewidywało możliwości zastąpienia rachunku zysków i strat sprawozdaniem F01), Zamawiający nie ma więc możliwości dokonania weryfikacji, czy spółka Atlas Copco Polska spełnia postawiony w SIWZ warunek co do potencjału finansowego.

Odwołujący argumentuje, wśród członków zarządu spółki Atlas Copco Polska są trzy osoby nieposiadające polskiego obywatelstwa. W odniesieniu do wszystkich przedstawiono zaświadczenia z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, iż nie zostali ukarani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Ponadto W przypadku pana Luca Hendrickxa, do oferty zostało również dołączone zaświadczenie wydane przez belgijski odpowiednik

polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Tymczasem w przypadku panów Terenca Browne'a i Vladimira Kozlovsky'ego załączono tylko zaświadczenia z polskiego KRK nie dołączając zaświadczeń z krajów, których są oni obywatelami. Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, iż spełniony został warunek, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W ocenie skarżącego cena przedstawiona przez Konsorcjum jest ceną rażąco niska, odbiegająca od cen rynkowych, w efekcie jest ceną nierealistyczną i jej złożenie stanowi czyn
KIO 2127/10 6

nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał wyjaśnienia powyższego wątku, mimo, iż porównanie złożonych cen przez wykonawców, których oferty są ważne różnią się w sposób istotny, co powinno wzbudzić jego wątpliwości, czy któraś z podanych cen nie została obliczona w sposób nieprawidłowy i niezgodny z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie wszechstronnego badania złożonych ofert, tak aby wyjaśnić wszystkie wątpliwości i równo traktując wszystkich wykonawców egzekwować od nich dokładnie takie same obowiązki. W przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia powyższych zasad, Zamawiający chcąc wydatkować jak najniższą kwotę zaniechał wyjaśnienia, czy ceny proponowane przez wykonawców są realne i czy gwarantują mu spełnienie wszystkich oczekiwań zawartych w SIWZ.

W odniesieniu do warunków technicznych przedstawionych w ofercie Konsorcjum skarżący wskazuje, iż podane przez Konsorcjum wskaźniki eksploatacyjne urządzeń są niewiarygodne z punktu widzenia zasad fizyki, a mimo to Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia tej części oferty konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonał oceny ofert biorąc pod uwagę nieprawidłowe dane, przyznając ofercie Konsorcjum na tej podstawie 65 punktów wg kryterium zużycia energii elektrycznej na wytworzenie 1 m³ powietrza.

Tymczasem znając charakterystykę oferowanej przez Konsorcjum sprężarki ZH 7000-6-4.2 dla ciśnienia roboczego 4.2 bar przy standardowych warunkach odniesienia stosowanych przez Atlas Copco tj.:

Pamb - 1 bara, Tamb = Tl = 35°C, RH = 60%, Pl »0.98 bara, Tw »26.7 °C, Tolerancja wydajności 4%/ Tolerancja dla Mocy Specyficznej 5%

Wydajność FAD: 112.4 m³/min (Wydajność kompresora odniesiona do warunków atmosferycznych)

Moc na wale silnika: 447 kW

Moc specyficzna: 3.977 kW/m³/min (0,066 kW/m³/h)

Odwołujący argumentuje, że wykonując te same obliczenia dla sprężarki C 700 oferowanej przez Ingersoll-Rand dla tych samych warunków odniesienia (patrz załącznik nr 1) otrzymujemy moc specyficzną o wartości 4.032 kW/m³/min (różnica w sprawności wynosi 1,4% na korzyść ZH 7000). Jednostopniowa sprawność adiabatyczna dla sprężarki C 700 oferowanej przez Ingersoll-Rand (>84%) i jest wartością najlepszą na rynku, biorąc pod uwagę dzisiejszy stan zaawansowania technicznego rozwiązań z dziedziny dwustopniowych kompresorów odśrodkowych. Jeżeli

KIO 2127/10 7

sprężarka ZH 7000 oferowana przez Konsorcjum jest rzeczywiście o 12% sprawniejsza od sprężarki C 700 oferowanej przez Skarżącego (a tak wynika z podanych parametrów mocy specyficznej) to jej sprawność adiabatyczna dla obu stopni sprężania musiałaby wynosić > 94%, co jest wartością niemożliwa do osiągnięcia.

Bazując na powszechnym stanie wiedzy z zakresu praw fizyki a także deklaracjach Inwestora, iż pomiary gwarantowane będą wykonywane na bazie norm ASME PTC 10-1997 oraz VDI2045, jak również przyjmując za definicję Nm3 (1,013,0 C, RH 0%) oraz wynikających z tego warunków odniesienia należy uznać, że podane przez konsorcjum w ofercie wartości mocy specyficznej stanowiące najważniejsze kryterium oceny ofert) są niewiarygodne. Odwołujący podnosi, że Konsorcjum posłużyło się warunkami odniesienia odbiegającymi od obowiązujących standardów, co miało na celu wykazanie lepszych wartości energetycznych oferowanych urządzeń.

Z tego względu oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona jako niespełniająca warunków SIWZ, ponieważ nie jest możliwa ocena tej oferty w porównaniu z ofertami innych wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Energomontaż – Północ SA w Warszawie i Atlas Copco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 1 lipca 2010r. (data zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na tablicy ogłoszeń Zamawiającego oraz Jego stronie internetowej) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo* KO 2127/10 8

zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania – w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego byłaby jedyną ważną w tym postępowaniu, w związku z czym wykonawca miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowane w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności Zamawiającego należało uznać, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. W odniesieniu do zarzutów dotyczących niewykazania się przez Przystępującego wymaganą wiedzą i doświadczeniem należało w pierwszym rzędzie podkreślić, iż Zamawiający postawił warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmujący zakresem okres ostatnich pięciu lat. Analizowany warunek, zawarty w rozdziale 3 pkt 3.1 litera b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmi: *o przedmiotowe zamówienie mogą się ubiegać podmioty, które w ciągu ostatnich pięciu lat przed wszczęciem niniejszego postępowania wykonały co najmniej jedną pracę polegającą na dostarczeniu, montażu i uruchomieniu co najmniej dwóch sprężarek powietrza technologicznego o wydajności co najmniej 6 000 m³/h każda, wraz z instalacjami towarzyszącymi*. Niewątpliwie jest, że w analizowanej sytuacji, specyfikacja

KO 2127/10 9

istotnych warunków zamówienia (a także ogłoszenie) dopuszczają wylegitymowanie się doświadczeniem z okresu dłuższego aniżeli trzy lata, to jest z okresu pięciu lat. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że postępowanie prowadzone jest z uwzględnieniem specyfiki właściwej dla zamówienia sektorowego.

Dodatkowo należy mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego jest postępowaniem zmierzającym do osiągnięcia skutku rozpatrywanego na gruncie prawa cywilnego, to jest wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy. Ewentualne niedoskonałości tego postępowania oraz niezgodności ze schematem ukształtowanym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pozostałymi przepisami dotyczącymi tego postępowania uwzględniane są na zarzut zainteresowanego podniesiony w trybie środków ochrony prawnej w odpowiednim terminie. Kształt postępowania o zamówienie publiczne nadany przez ustawodawcę zakłada, że na czynności i zaniechania zamawiającego, a także na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu przysługuje odwołanie, w rezultacie którego dopuszczalna jest korekta niezgodnych z przepisami prawa postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy. Odwołujący jak również inni wykonawcy nie kwestionowali opisanego wyżej brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie składali odwołań co do treści ogłoszenia lub specyfikacji. Termin na wniesienie odwołań w tym zakresie (dziesięciodniowy od dnia ogłoszenia lub zamieszczenia specyfikacji) także już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zasady i warunki postępowania uregulowane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniem o zamówieniu publicznym zostały zatem ostatecznie ukształtowane. Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia zostały podane do wiadomości w dniu 1 lipca 2010r. i nie podlegały w tym zakresie odwołaniu. Z tego też względu należy uznać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia stała się dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia jak i zamawiającego wiążąca.

KIO 2127/10 10

2010r. i nie podlegały w tym zakresie odwołaniu. Z tego też względu należy uznać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia stała się dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia jak i zamawiającego wiążąca.

Stąd też należało uznać, że zarzut w odniesieniu do analizowanego brzmienia postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest spóźniony, co decydowało o nieuwzględnieniu zarzutu i argumentacji odwołania, zgodnie z którymi warunek dotyczący wykazania się doświadczeniem z okresu ostatnich pięciu lat jest niezgodny z zapisami *rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, stanowiącego, że w przypadku prac innych niż roboty budowlane zamawiający może żądać wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zarzuty te – jako że dotyczą brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogły być podnoszone tylko w terminie dziesięciu dni od upublicznienia tego dokumentu, zaś na obecnym etapie postępowania z całą pewnością są spóźnione, stąd nie zostały uwzględnione. Powyższe skutkuje uznaniem, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia stała się dokumentem wiążącym uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także w spornym w niniejszej sprawie zakresie dotyczącym okresu, z jakiego wykonawcy byli uprawnieni wykazać się odpowiednim doświadczeniem. Nie wydaje się zasadnym wnioskowanie, że w analizowanej sytuacji zapis specyfikacji wykraczający poza brzmienie *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* można uznać za nieważny czy też nieistniejący. Stoi temu na przeszkodzie wzgląd na ochronę sytuacji wykonawców, którzy w dobrej wierze, w przekonaniu o poprawności specyfikacji złożyli swoje oferty i zaprezentowali swoje doświadczenie w sposób odpowiadający jej treści i postawionemu warunkowi.

Tak argumentując uznano, iż wykonawcy, działając w oparciu o reguły przedstawione przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogli wylegitymować się doświadczeniem z okresu pięciu lat.

Podkreślenia dalej wymaga że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym

zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a KIO 2127/10 11

powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Ustawodawca w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych określił sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający dla celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu określi rozporządzenie. W tym zakresie mają zatem zastosowanie przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 3) tego rozporządzenia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy może żądać następujących dokumentów: (...) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym złożył wymagany wykaz, zgodnie z wymaganiami postawionymi w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także referencje dotyczące czterech pozycji tego wykazu potwierdzające należyte wykonanie dostaw.

Wykonawca, którego oferta jest kwestionowana przez Odwołującego w analizowanej sprawie uczynił zatem zadość obowiązkowi wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie ze wspomnianymi regułami.

Zgodnie zaś z ogólną regułą ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 kodeksu cywilnego, znajdującą zastosowanie na gruncie postępowania w sprawie o zamówienie publiczne, ciężar KIO 2127/10 12

dowodu na okoliczność danego faktu spoczywa na podmiocie, który z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W związku z tym, wobec wykazania przez wykonawcę Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym w sposób określony w przepisach prawa zamówień publicznych okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu (poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia w formie wykazu wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat zamówień a także referencji dotyczących czterech pozycji tego wykazu) należało przyjąć, że to Odwołującego, który kwestionuje poprawność zawartych w tym wykazie oraz referencjach informacji oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym obciąża dowód na okoliczność przeciwną. Podkreślenia dalej wymaga, że dowód ten musi mieć charakter pozytywnego, wskazującego na odmienne od przedstawionych w wykazie Konsorcjum Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym informacje co do wykonanych dostaw i robót. Nie wystarczy w tym zakresie uprawdopodobnienie czy tylko zasianie wątpliwości co do tego, że być może dostawy i roboty wyszczególnione w wykazie nie spełniają postawionych warunków. Konieczne byłoby dla uznania zasadności twierdzeń Odwołującego przeprowadzenie przez niego dowodów w sposób jednoznaczny i pozytywnie dowodzący okoliczności odmiennych od

wskazanych w innym dowodzie, to jest oświadczeniu wykonawcy Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym, stanowiącym podpisany przez ten podmiot Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat zamówień.

Poddając dalej szczegółowej analizie zarzuty podniesione przez Odwołującego w odniesieniu do tych pozycji wykazu wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat zamówień, które Odwołujący kwestionuje (poz. 1, 3, 7 i 8), należało stwierdzić, iż potwierdziła się argumentacja Odwołującego w odniesieniu do dostaw wymienionych w poz. 1, 7 i 8 wykazu (dostawa, montaż i uruchomienie sprężarek o łącznej wydajności 23.300 m³/h dla Volkswagen Poznań; Dostawa nadzór nad montażem i uruchomienie sprężarek o łącznej wydajności 30.000 m³/h dla Elektrowni Rybnik SA, dostawa nadzór nad montażem i uruchomienie sprężarek o łącznej wydajności 26.000 m³/h dla Huty Szkła Krosno SA). W odniesieniu do każdej z tych dostaw, zarówno w wykazie jak i referencjach wskazano, że każdorazowo dotyczyły one sprężarek, co KIO 2127/10 13

pozwala uznać że dotyczy to przynajmniej dwóch przedmiotów, tyle tylko, że podano w tym zakresie łączne wydajności sprężarek, co nie pozwala uznać, by Przystępujący wykazał spełnianie tej części postawionego warunku, która mówi o dostarczeniu sprężarek o wydajności 6 000 m³/h każda. Z opisu poszczególnych prac i dostaw w wykazie oraz wymienionych referencji nie sposób ustalić jednostkowej wydajności poszczególnych sprężarek stanowiących przedmiot opisanych w nich dostaw, a w następstwie tego zweryfikować, czy dawały one wydajność 6 000 m³/h.

Zamawiający uznał jednak, że wystarczającym dla wykazania się wymaganym doświadczeniem będzie doświadczenie w realizacji jednej tylko pracy polegającej na dostarczeniu, montażu i uruchomieniu co najmniej dwóch sprężarek powietrza technologicznego o wydajności co najmniej 6 000 m³/h każda, wraz z instalacjami towarzyszącymi. Warunek ten spełnia, ujęta w poz. 3 *dostawa montaż i uruchomienie sprężarek o łącznej wydajności 18.560 m³/h*. Z referencji wystawionej przez podmiot, na rzecz którego wykonano to zamówienie wynika, że dostawa dotyczyła trzech sprężarek o wydajności 6.186 Nm³/h każda. Nie sposób zgodzić się z argumentacją zaprezentowaną w odwołaniu, zgodnie z którą wskazane referencje nie powinny być uznane, a to z uwagi na to, że ich wystawcą jest podmiot nie będący bezpośrednim zleceniodawcą na rzecz Atlas Copco Polska sp. z o.o. w Sękocinie Nowym. Okoliczność, że generalnym wykonawcą był inny podmiot, dla którego Atlas Copco Polska sp. z o.o. w Sękocinie Nowym wykonywała prace jako podwykonawca nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że ostateczny odbiorca wykonanych prac może w sposób miarodajny wystawić referencje w tym zakresie. Tego rodzaju praktyka jest powszechna, zaś odbiorca prac, jej aktualny użytkownik jest jak najbardziej uprawniony do tego, by ocenić jakość prac, ich użyteczność w dłuższej perspektywie – a co za tym idzie wystawić odpowiednie referencje. Referencje stanowią oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji wiedzę z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczające informacje pozwalające uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw. Ostateczny odbiorca prac (inwestor) – wystawca referencji, jest przecież użytkownikiem opisanych w tej referencji sprężarek, zatem nie sposób odmówić mu wiedzy o jakości wykonanych prac oraz uprawnienia do potwierdzenia tej okoliczności. Powyższemu dał wyraz także Zamawiający w tym postępowaniu, stawiając wymóg załączenia wykazu prac w załączniku nr 3 wraz z potwierdzeniem należytego wykonania tego zamówienia wystawionym przez inwestora lub protokołem odbioru końcowego prac.

Bez znaczenia zatem dla oceny spełniania warunku w analizowanym zakresie pozostawała kwestia, podkreślona na rozprawie przez Zamawiającego, że w ramach badania oferty wykonawcy KIO 2127/10 14

Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym dokonywano telefonicznego sprawdzenia faktów przytoczonych w wykazie i referencjach, co potwierdziło, że i pozostałe dwie referencje (poz. 7 i poz. 8) potwierdzają spełnianie postawionego warunku.

Powyższe przemawiało za nieuznaniem zasadności zarzutu odwołania, zgodnie z którym naruszono art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w realizacji dostaw, o których nowa w rozdziale 3 pkt 3.1 litera b) SIWZ, a także art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez uznanie, iż Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w zakresie doświadczenia.

2. Nie podzielono argumentacji odwołania w zakresie niezłożenia przez wykonawcę Atlas Copco Polska sp. z o.o. w Sękocinie Nowym wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów, to jest rachunku zysków i strat. W rozdziale 3 pkt 3.1 litera a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się przychodem średniorocznym w wysokości co najmniej 5 milionów złotych za okres ostatnich 3 lat obrotowych - pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim”.

Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z ustawą o rachunkowości (art. 45 ust. 2), sprawozdanie finansowe składa się z: bilansu, rachunku zysków i strat, oraz informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia.

Na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania ustalono, że istotnie, do oferty Konsorcjum nie dołączono rachunków zysków i strat spółki Atlas C OPCO Polska - a jedynie złożono sprawozdania F01 za lata 2009, 2008 oraz 2007 (mimo, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała możliwości zastąpienia rachunku zysków i strat sprawozdaniem F01 lub innym dokumentem). Zgodnie z § 1. ust 1 pkt. 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z Prawo

KIO 2127/10 15

zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności — za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — za ten okres.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Atlas C OPCO Polska sp. z o.o. w Sękocinie Nowym nie złożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu. Sprawozdanie F01 nie może być bowiem uznane za wymagany przez Zamawiającego dokument to jest rachunek zysków i strat.

Nie można też uznać, by sprawozdanie F-01 mogło zastępować wymagany przez Zamawiającego element sprawozdania finansowego, to jest rachunek zysków i strat. Przytoczony przepis nie daje podstaw do uznania, że dopuszczalne są alternatywne sposoby zaprezentowania postawionego wymagania.

F-01 nie jest bowiem częścią sprawozdania finansowego lecz sprawozdaniem statystycznym o przychodach, kosztach i wyniku finansowym. Sprawozdanie to sporządzane jest za dany rok obrotowy do 10 lutego następnego roku, czyli przed zamknięciem ksiąg rachunkowych. F-01 w porównaniu z rachunkiem zysków i strat obejmuje zatem dane wstępne, nie zweryfikowane ostatecznie. Cel jego sporządzania jest także zupełnie inny niż sprawozdania finansowego, którego częścią jest rachunek zysków i strat. Sprawozdanie F-01 ma przede wszystkim dostarczać GUS informacji niezbędnych do dokonania wstępnego szacunku Produktu Krajowego Brutto oraz innych wielkości rachunków narodowych (np. produkcji globalnej, wartości dodanej). Rachunek Zysków i Strat (w przeciwieństwie do F-01) obejmuje natomiast ostateczne wielkości przychodów i kosztów zgodne z zamkniętymi za dany rok księgami rachunkowymi. Cele tych dokumentów są inne, inny może być także zakres informacyjny tych dokumentów, choćby z uwagi na to, że sprawozdanie dla celów statystyki publicznej F01 jest sprawozdaniem wstępnym (ostateczne statystyczne sprawozdanie finansowe – F-02 składa się do 31 marca 2010r.). W tej części argumentacji Odwołującego nie sposób co do zasady odmówić słuszności.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że w postępowaniu występują dwaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas

KIO 2127/10 16

Copco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym. Stąd ocena spełnienia wskazanego warunku winna być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że spełnienie choćby przez jeden z podmiotów składający się na konsorcjum tak postawionego warunku wyczerpuje postawiony obowiązek. Wyraz temu dał także Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podając w pkt 3. 1 ppkt a), w części końcowej tego postanowienia: „*W przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, dla sprawdzenia spełnienia ww. warunku, przychody wykonawców składających wspólnie ofertę są sumowane*”. W ofercie złożono rachunki zysków i strat za lata 2007, 2008 i 2009 wykonawcy Energomontaż – Północ SA w Warszawie. Z każdego z nich wynika spełnienie warunku średniorocznego przychodu w wysokości co najmniej 5 milionów złotych w okresie każdego ostatnich 3 lat obrotowych (pozycje „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” wykazują dla poszczególnych lat kwoty: 141.697.287,64 zł, 155.843.507,98 zł oraz 249.130.580,68 zł). Tym samym spełniony został przez wykonawcę warunek udziału w postępowaniu, co czyni postawiony w tym zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału finansowego, o którym mowa w rozdziale 3 pkt 3.1 litera a) SIWZ, bezpodstawnym.

Nietrafnym jest wnioskowanie, zgodnie z którym należało złożyć wskazane dokumenty w odniesieniu do obu członków konsorcjum, oparte na założeniu, że możliwą byłaby sytuacja, że drugi z wykonawców w analizowanym zakresie wykazuje znaczną stratę. Jak to wyraźnie wynika z treści postawionego przez Zamawiającego warunku, miał on dotyczyć średniorocznego przychodu w wysokości co najmniej 5 milionów złotych w okresie każdego z ostatnich 3 lat obrotowych (co wynika z pozycji „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim” rachunku zysków i strat). Nie jest możliwa sytuacja posiadania „ujemnego przychodu”, co najwyżej może zdarzyć się, że podmiot nie osiągnie w danym okresie rozliczeniowym żadnego przychodu, co we wskazanej pozycji jest równoznaczne z wartością 0. Cel stawianego wymagania, to jest potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy jest zatem spełniony, gdy choćby jeden z podmiotów składających się na konsorcjum spełnia postawiony warunek, co w analizowanej sprawie ma miejsce w odniesieniu do wykonawcy Energomontaż – Północ SA w Warszawie. Nie sposób bowiem zapominać, jaki jest cel wskazanego warunku: Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uznał i wyraził swoją wolę w brzmieniu specyfikacji istotnych warunków

KIO 2127/10 17

zamówienia, że kondycję finansową wykonawcy będzie badał w oparciu o historyczne dane dotyczące wysokości osiągniętych przychodów ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów. 3. W odniesieniu do zarzutów odwołania, wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż wszyscy członkowie zarządu Atlas Copco Polska Sp. z o.o. wykazali iż spełniają warunek określony w ustawie Prawo zamówień publicznych w zakresie niekaralności, należało stwierdzić w spornym zakresie, iż w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym załączono:

- zapytanie kierowane do Ministerstwa Sprawiedliwości - Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Pana Vladimira Kozlovskiy z urzędową adnotacją że wskazana osoba nie figuruje w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego. We wniosku o udzielenie informacji, na którym widnieje informacja o niefigurowaniu pana Vladimira Kozlovskiy wskazano dane osobowe w wymaganym zakresie, jak również podano jako miejsce zamieszkania adres zamieszkania w Polsce;
- zapytanie kierowane do Ministerstwa Sprawiedliwości - Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Pana Luca Hendrickxa z urzędową adnotacją że wskazana osoba nie figuruje w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego. We wniosku o udzielenie informacji, na którym widnieje informacja o niefigurowaniu pana Luca Hendrickxa wskazano dane osobowe w wymaganym zakresie, jak również podano jako miejsce zamieszkania adres zamieszkania w Belgii;
- informację z belgijskiego rejestru karnego wraz z tłumaczeniem dokonany przez tłumacza przysięgłego języka niderlandzkiego, podpisaną przez burmistrza Kapellen a opieczetowaną pieczęcią Rady Gminy Kapellen, z której wynika w odniesieniu do Pana Luca Hendrickxa „*ilość orzeczeń skazujących: 0*”, opatrzoną dodatkową informacją, iż

dokument wydano w związku z przetargiem w Polsce, oraz że „*Na potrzeby uzyskania wyciągu z rejestru karnego w celu prowadzenia działalności w zakresie wychowania, wsparcia psychologicznego, medycznego i socjalnego, udzielania pomocy młodzieży, ochrony dzieci, animacji*

lub

zajęć dla małoletnich, wydawany jest inny dokument (model 2)”;

- zapytanie kierowane do Ministerstwa Sprawiedliwości - Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Pana Terence Paul Browne z urzędową adnotacją że wskazana osoba nie figuruje w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego. We wniosku o udzielenie informacji, na którym widnieje informacja o niefigurowaniu Pana Terence Paul Browne

KIO 2127/10 18

wskazano dane osobowe w wymaganym zakresie, jak również podano jako miejsce zamieszkania adres zamieszkania w Polsce.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymagało, że nietrafnym jest utożsamianie obowiązku złożenia odpowiednich dokumentów w zakresie niekaralności z obywatelstwem osób. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawców, których urzędującego członka organu prawomocnie skazano za popełnienie wymienionych w tym przepisie przestępstw, a na potwierdzenie braku ich zaistnienia zamawiający, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Wykonawca mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa w odniesieniu do osób o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a jeżeli w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób (§ 2 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*).

Miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest, w myśl art. 25 Kc, miejscowość w której osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu. Przytoczony przepis kładzie zatem akcent na faktyczne przebywanie osoby w danym miejscu oraz element subiektywny, zależny od woli osoby, to jest zamiar stałego pobytu w tym miejscu.

W świetle przytoczonych przepisów, obowiązek złożenia dokumentów odpowiadających informacji z Krajowego Rejestru Karnego (zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju miejsca zamieszkania) dotyczy osób mających miejsce zamieszkania poza granicami Polski. Na gruncie analizowanej sprawy, Panowie Vladimir Kozlovskiy oraz Terence

KIO 2127/10 19

Paul Browne wskazali swoje miejsca zamieszkania w Polsce, co oznacza, że w stosunku do Nich nie zaktualizował się obowiązek złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju zamieszkania, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie – w razie braku takiego dokumentu w porządku prawnym tego kraju – oświadczenia złożonego przed notariuszem. W odniesieniu zaś do Pana Luca Hendrickxa złożono informację z belgijskiego rejestru karnego w zakresie uzasadnionym występowaniem w przetargu (w dokumencie zaznaczono, że pewne odrębności jego treści dotyczą jedynie sytuacji, gdy wydaje się zaświadczenie w związku z działalnością wychowawczą i opiekuńczą zainteresowanego). Tak złożony dokument należało uznać za wyczerpujący dyspozycję § 2 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, co skutkowało uznaniem, że nie potwierdził się stawiany w odwołaniu w odniesieniu do członków zarządu Atlas

Copco sp. z o.o. w Sękocinie Nowym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. Nie podzielono argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą cena przedstawiona przez Konsorcjum jest ceną rażąco niską, odbiegającą od cen rynkowych, w efekcie jest ceną nierealistyczną a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wykazał, że ceny ofert złożonych w tym postępowaniu nie są tak znaczne, by zasadne było wyrażanie wątpliwości co do realności ceny i możliwości wykonania zamówienia za kwotę podaną przez Przystępującego.

W postępowaniu złożone zostały tylko trzy oferty. Ceny w nich zawarte nie odbiegają między sobą w takim stopniu, który by nakazywał zasadnie wyrazić wątpliwość co do tego, że jedna z nich ma charakter rażąco niskiej: cena oferty Konsorcjum Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym wynosi – 7.448.100,00 zł; cena oferty Górnośląskiego Zakładu Obsługi Gazownictwa Spółki z o.o. w Zabrze i Vector Spółki z o.o. w Tarnowie Podgórnym wynosi 8.172.780,00 zł; zaś cena oferty Odwołującego wynosi 8.247.200 zł. Cenę należy odnosić do wartości rynkowej podobnych transakcji. Uwzględnić także należy, że cena jest pochodną własnej kalkulacji wykonawcy – ponoszonych indywidualnie kosztów i nakładów, dokonywanych optymalizacji metod zarządzania oraz procesu technologicznego. Wykonawca zatem samodzielnie szacuje w ramach własnej działalności cenę w taki sposób, by przyniosła mu ona założony zysk. Nie bez znaczenia dla kalkulacji tej ceny jest także zakres przedmiotowy zamówienia: obejmuje on w znacznej mierze elementy pozostające w gestii wykonawcy i podlegające w istotnym stopniu jego

KIO 2127/10 20

dyspozycji, skoro przedmiot obejmuje dostawę urządzeń, ich montaż i uruchomienie to wykonawca ma względnie duże pole do optymalizacji kosztów i nakładów ponoszonych w związku z wykonaniem zamówienia.

Odnoszenie i relatywizowanie cen do wartości ustalonej przez Zamawiającego (7.000.000 zł bez uwzględnienia podatku od towarów i usług) wydaje się także być nieprawidłowym. Oszacowana wartość zamówienia nie odzwierciedla cen rynkowych, które kształtują się w wyniku naturalnego mechanizmu rynkowego, to jest ofert i transakcji na tym rynku dokonywanych. Wartość szacunkowa jest pochodną samodzielnego szacunku i przypuszczeń Zamawiającego, dokonywanego niejednokrotnie na podstawie analizy rynku, która nie musi być jednak powiązana z rzeczywistymi cenami, jakie na rynku są oferowane i możliwe do uzyskania. Podobnie nie miała znaczenia dla oceny analizowanej kwestii okoliczność, że w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego dotyczącym analogicznego przedmiotu zamówienia, które to postępowanie zakończyło się unieważnieniem, Przystępujący zaoferował cenę o 2 mln 300 tys. zł wyższą niż w tym postępowaniu, zaś Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną – stanowiącą 85% przewidzianego budżetu.

Zamawiający przyznał bowiem, że zakres przedmiotowy postępowania po jego unieważnieniu uległ pewnej modyfikacji, nie jest zatem właściwym bezpośrednio odnoszenie złożonych w nim ofert (a zatem i ich cen) do tego postępowania. Dodatkowo, na ceny zaoferowane w tym postępowaniu mogło wpłynąć poznanie przez jego uczestników w poprzednim postępowaniu ofert konkurentów oraz cen przez nich zaproponowanych, co mogło wpłynąć na zmianę strategii sprzedaży przez każdy z tych podmiotów i swego rodzaju „spłaszczenie” oferowanych cen celem wyrównania ich do poziomu konkurencji (co do wykonawcy, który złożył ofertę droższą nastąpić mogło jej obniżenie, zaś wykonawca, który w poprzednim postępowaniu zaoferował względnie niską cenę w kolejnym postępowaniu podniósł ją do średniego poziomu). Dlatego porównywanie i wyciąganie wniosków z faktu zażądania takich lub innych cen przez wykonawców we wcześniejszym postępowaniu zdaje się być obarczone dużym ryzykiem błędu w warunkach, gdy nie dysponuje się pełną informacją o kalkulacji ceny każdego z wykonawców w poprzednim postępowaniu.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy.

Natomiast art. 191 ust. 2 ustawy stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy

KIO 2127/10 21

ustalony w toku postępowania. Uwzględniając zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 Kc, nie

uznano za udowodnioną przez Odwołującego tezę o wystąpieniu ceny rażąco niskiej – Odwołujący nie przedstawił żadnych rozstrzygających dowodów, które pozwoliłyby potwierdzić stanowisko Odwołującego i przyjąć jakie jest rzeczywiste minimum kosztowe realizacji przedmiotowego zamówienia oraz na czym polega rażące zaniżenie ceny oferty wybranej w stosunku do innych ofert. Odwołujący odwoływał się w tym zakresie jedynie do własnego autorytetu, który popierał twierdzeniami dotyczącymi znajomości rynku oraz oferowanego przez Przystępującego przedmiotu (co też czynił na podstawie wcześniej oferowanych sprężarek, nie znając szczegółowo oferty Przystępującego, z uwagi na zastrzeżenie jej części jako tajemnica przedsiębiorstwa). Powyższe nie jest jednak wystarczające dla uznania ceny zaproponowanej przez wykonawcę Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym za niewiarygodną, co czyniło podniesione przez Odwołującego zarzuty nieuzasadnionymi.

5. Odwołujący podniósł dodatkowo zarzut, że oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bez szerszego uzasadnienia, nie wskazując także jaki czyn, kwalifikowany w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w Jego ocenie ma ono stanowić. Uznano zatem, że Odwołujący, mimo ciężącego na nim – z mocy art. 6 kc – ciężaru dowodu nie wykazał trafności swego stanowiska.

Z tego względu nie uznano za zasadny zarzutu odwołania co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie podał, jaki czyn nieuczciwej konkurencji stanowi, w Jego ocenie złożenie oferty przez wykonawcę Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym, nie wykazał także na czym ten czyn polega, co jest równoznacznie z niewykazaniem zasadności postawionego zarzutu.

W konsekwencji należało uznać, iż nie potwierdził się stawiany treścią odwołania zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

6. Nie potwierdził się także zarzut Odwołującego sformułowany w wobec warunków technicznych przedstawionych w ofercie Konsorcjum, gdzie Odwołujący podał, iż podane przez Konsorcjum wskaźniki eksploatacyjne urządzeń są niewiarygodne z punktu widzenia zasad fizyki, a mimo to Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia tej części oferty konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonał oceny ofert biorąc pod uwagę

KIO 2127/10 22

nieprawidłowe dane, przyznając ofercie Konsorcjum na tej podstawie 65 punktów wg kryterium zużycia energii elektrycznej na wytworzenie 1 m³ powietrza. Odwołujący wykazuje słuszność swego stanowiska dokonując konfrontacji parametrów i możliwości sprężarki opisanej w ofercie Przystępującego ze sprężarką z własnej oferty, przyjmując zarazem jako bazową tezę o wyższości oferowanego przez siebie urządzenia. Odwołujący podaje, że sprawność oferowanej przez niego sprężarki jest wartością najlepszą na rynku, biorąc pod uwagę dzisiejszy stan zaawansowania technicznego rozwiązań z dziedziny dwustopniowych kompresorów odśrodkowych.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że przedmiotem analizy – w kontekście postawionego przez Odwołującego zarzutu są parametry sprężarek zaoferowanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym. Na Odwołującym – zgodnie z ogólną regułą ciężaru dowodu ciąży obowiązek dowiedzenia okoliczności z których wywodzi skutki prawne, w tym wypadku, wykazania, że oferowane przez Jego konkurenta urządzenia nie spełnia postawionych przez Zamawiającego parametrów, w tym, że podane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym informacje dotyczące oferowanego urządzenia są niezgodne z rzeczywistością. Do powyższego wykazania nie może zmierzać – tak jak to postuluje w odwołaniu Odwołujący – porównanie pewnych możliwości i osiągnięć jednego z oferowanych przez Przystępującego urządzeń i zestawienie ich z analogicznymi danymi dotyczącymi sprężarki Odwołującego.

Oddalono w powyższym zakresie wnioski dowodowy złożony przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu termodynamiki na okoliczność porównania warunków odniesienia jakie zostały użyte do obliczenia charakterystyk turbosprężarek, a co za tym idzie energochłonności sprężarek i porównywalności tych warunków odniesienia. Odwołujący podał, że ma to na celu wykazanie,

że oferta Przystępującego nie spełnia warunków postawionych w SIWZ. Oddalając wskazany wniosek uznano, że sporne w sprawie zagadnienie, w szczególności wobec brzmienia tezy dowodowej przedstawionej we wskazanym wniosku nie wymaga wiadomości specjalnych: strony oraz uczestnik postępowania reprezentowane są przez osoby posiadające odpowiednią, stosowną do przedmiotu sporu wiedzę. Potwierdzają to zdecydowane wnioski złożone przez Zamawiającego i Przystępującego o nieuwzględnienie wniosku dowodowego z opinii biegłego. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności

KIO 2127/10 23

mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. W tej konfiguracji nie jest niezbędne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego - skoro strony posiadanie wskazanej wiedzy deklarują, ich rzeczą jest jej zaprezentowanie w ramach uzasadnienia własnych stanowisk, w taki sposób by przekonać o trafności prezentowanego stanowiska. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności – co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro Zamawiający dokonuje w trybie zamówienia publicznego sektorowego zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy którzy w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych. Uwzględniając zatem kontrydiktoryjny charakter postępowania oraz wynikające z art. 6 Kc zasady ciężaru dowodu, to strony dla wykazania trafności swego stanowiska obowiązane są bezspornie udowodnić okoliczności z których wywodzą skutki prawne, co – posiadając odpowiednią, zgodną z brzmieniem tezy dowodowej – wiedzę mogą uczynić we własnym zakresie. Wskazana argumentacja i wnioski przedstawiane przez strony i uczestnika postępowania podlegają ocenie, na takich samych zasadach, na jakich podlegałyby ocenie dowód z ewentualnej opinii biegłego.

W kontekście powyższego, poddano ocenie prezentowane przez strony i uczestnika postępowania stanowiska w odniesieniu do analizowanego zarzutu.

Dostrzeżono, uznając zarzut za niezasadny, że:

- Odwołujący podniósł zarzut niezgodności oferowanego sprzętu (sprężarek wraz z wyposażeniem dodatkowym jak osuszacze) ze specyfikacją istotnych zamówienia, precyzując na rozprawie, że chodzi o niezgodność z pkt 4.2 pkt 1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji dla wykonawców). Zapis pkt 4.2 pkt 1 specyfikacji wskazuje: *Do oferty Wykonawca dołączy wypełniony przez siebie załącznik – Szczegółowy zakres prac, w którym wykonawca szczegółowo opíše szczegółowo oferowany przedmiot zamówienia zgodnie z poniższymi wymaganiami: 1) opíše szczegółowo zakres prac i dostaw w poszczególnych branżach: - mechaniczna: • Wykaz wszystkich dostarczanych urządzeń z typami i danymi technicznymi; • Charakterystyki urządzeń w zakresie: ciśnienie, moc, sprawność w funkcji wydajności w warunkach temperatury zewnętrznej plus 35°C i minus 8°C,*

KIO 2127/10 24

ciśnieniu barometrycznym 1,013 bar i wilgotności względnej 70%; • Sposób pracy układu sprężarek i osuszaczy od ssania na czerpniach do podania do instalacji; • Schemat instalacji, w tym układ chłodzenia i przykładowe rozmieszczenie urządzeń; b) elektryczna; • Opis zmian w rozdzielni sprężarek 0,4 kV i schemat tej rozdzielni; • Opis zmian (o ile konieczne) po stronie rozdzielni zasilających rozdzielnię sprężarek i transformatorów 6/0,4 kV; • Pełne dane silników (producent, moc, prąd, sprawność, wyposażenie); c) automatyki i pomiarów: opis systemu automatyki dla pojedynczych urządzeń sprężarkowi;

• opis systemów nadrzędnych nad pracą całej sprężarkowi; • strukturę połączeń komunikacyjnych pomiędzy sterownikami podrzędnymi i nadrzędnymi; • funkcje oraz konfigurację sprzętową systemu cyfrowego sterowania sprężarkownią (Freelance); • specyfikacje dostaw w branży AKPiA wraz z danymi i parametrami technicznymi; • opis prac modernizacyjnych". Wskazany zapis odnosi się zatem do wyszczególnionych w nim elementów, jakie mają być zawarte w ofercie. Nie stawia on wykonawcom wymagania co do tego, jakie cechy, właściwości parametry mają posiadać

oferowane urządzenia, ale jakiego rodzaju dane w odniesieniu do oferowanego sprzętu należy podać, pozostawiając swobodzie wykonawców zaoferowanie odpowiednich urządzeń. W tej sytuacji trudno mówić o niezgodności oferowanego przedmiotu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; niezgodność z przytoczonym zapisem specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogłaby co najwyżej przejawiać się niezawarciem w ogóle w ofercie odpowiedniego elementu, czy odpowiedniej informacji. Wymagania Zamawiającego postawione w odniesieniu do oferowanego przez wykonawców sprzętu oraz czynności montażu i uruchomienia postawione zostały w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku stanowiącym wzór umowy nr 10DFPZ201 w § 11 pkt 5 oraz § 15, § 16 i § 17 tego projektu, w odniesieniu do którego jednak Odwołujący nie podnosił niezgodności oferowanego przedmiotu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

- Odwołujący podnosząc argument o niezgodności oferty Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym ze specyfikacją zdaje się wskazywać, że podane przez tego wykonawcę informacje zawarte w ofercie (w tym zamieszczona w formularzu ofertowym i podlegająca ocenie i punktacji informacja dotycząca energochłonności) zostały oparte na niewłaściwych warunkach odniesienia, odbiegających od standardów. Dostrzec trzeba jednak, że Odwołujący nie podniósł zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zaś warunki odniesienia, względem których należało podać parametry oferowanego sprzętu (w tym dane dotyczące zużycia energii elektrycznej na wytworzenie 1m³ powietrza) zostały narzucone przez Zamawiającego w pkt

KIO 2127/10 25

4.2 ppkt 3) specyfikacji. Tym samym wykonawcy zobowiązani byli podać wskazany parametr zużycia energii elektrycznej na wytworzenie 1m³ powietrza z uwzględnieniem tak podanych przez Zamawiającego warunków odniesienia, co Przystępujący uczynił, podając w swojej ofercie wartość współczynnika zużycia energii elektrycznej na wytworzenie 1m³ powietrza w zestawieniu z narzuconymi przez Zamawiającego warunkami odniesienia tak jak je zaprezentowano w pkt 4.2 ppkt 3) specyfikacji (temperatura 20°C, wilgotność 70%, ciśnienie 1,013 bar oraz ciśnienie powietrza sprężonego za osuszaczem na kolektorze wyjściowym z układu sprężarek 0,4 MPa i temperatura wody chłodzącej na wlocie do chłodziw +30°C), co jest równoznaczne z oświadczeniem Przystępującego, że ustalenia tego wskaźnika dokonano w tych właśnie warunkach.

- niezgodność oferowanego przedmiotu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia mogłaby być rozpatrywana jedynie w odniesieniu do tych cech i właściwości tego przedmiotu, które są objęte wiedzą wykonawcy kwestionującego spełnianie przez zaoferowany przedmiot postawionych wymagań. W przedmiotowym postępowaniu, wobec utajnienia części technologicznej oferty, Odwołujący nie kwestionował, że podnosząc zarzut niezgodności oferty konkurenta ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia o przedmiocie wie tyle tylko, ile wywnioskował z ofert konsorcjum Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym składanych w innych postępowaniach, i z własnej znajomości przedmiotu posiadanego w ofercie Przystępującego, z założeniem, że wykonawca ten oferuje analogiczne sprężarki wraz z dodatkowymi elementami i urządzeniami jak poprzednio. Tym samym należało uznać, że Odwołujący nie wskazując jednoznacznie na niezgodność właściwości i cech oferowanych przez Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym urządzeń z odpowiednimi wymaganiami postawionymi treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a bazując na przypuszczeniach i wnioskowaniu w oparciu o końcowe parametry sprężarek podane w formularzu oferty, nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu. Podkreślenia bowiem wymaga: część technologiczna oferty Przystępującego została zastrzeżona, upubliczniono jedynie wymagane parametry dotyczące energochłonności („zużycie energii elektrycznej na wytworzenie 1m³ powietrza”) wskazywane przez każdego z wykonawców i ustalone w warunkach brzegowych narzuconych przez Zamawiającego. Zarzut odwołania skierowany jest natomiast wobec parametrów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, w oparciu o przypuszczenia i wnioskowania Odwołującego, których trafność nie została wykazana;

KIO 2127/10 26

- Odwołujący na potwierdzenie wskazanego zarzutu dokonał wnioskowania i obliczeń, które

w Jego zamiarze mają prowadzić do wykazania, że wskazane w ofercie wartości dotyczących energochłonności sprężarek wraz z dodatkowymi urządzeniami zostały przez konsorcjum Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym podane nierzetelnie, w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach oceny ofert (wskazana energochłonność sprzętu stanowiła parametr wysoko punktowany w ramach przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert). Wnioskowania i obliczenia zaprezentowane w odwołaniu za pomocą odpowiedniego algorytmu uwzględniają jednak jedynie sprężarkę typu ZH 7000-6-4.2, podczas gdy Przystępujący zaoferował dwa typy sprężarek, każdy o innych parametrach technicznych, a w konsekwencji – o odmiennej energochłonności. Powyższe czyni rozważania dokonane w powyższym zakresie w odwołaniu niemiarodajnymi, a w każdym razie nieprzydatnymi do przesądzenia o niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

- Odwołujący nie wykazał także, pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodu, wpływu podnoszonego przez siebie zarzutu na wynik postępowania. Podnoszony zarzut w istocie zmierza między innymi do zakwestionowania przyznanej Przystępującemu punktacji w ramach oceny ofert. Odwołujący nie wykazał, by zaoferowane przez Przystępującego urządzenia posiadały inne, wyższe jednostkowe zużycia energii na 1Nm³ powietrza, jak również, w jaki sposób wpływałyby one na pozycję tego wykonawcy (przyznaną według kryteriów ustalonych przez Zamawiającego punktację). Odwołujący na rozprawie przyznał, że w razie zweryfikowania podanej przez Przystępującego wartości dotyczącej energochłonności w sposób zgodny z prezentowanym przez siebie stanowiskiem (czyli uwzględniając postulowane w odwołaniu właściwe warunki odniesienia), Przystępujący mógłby uzyskać według ustalonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w odniesieniu do wymaganego parametru energochłonności punktację taką jak Odwołujący. Uwzględniając jednak, że Przystępujący uzyskał wyższą punktację według kryterium „cena” oraz „koszt serwisu 10 letniego”, powyższa zmiana w zakresie punktacji w odniesieniu do energochłonności jawi się neutralną co do wpływu takiej zmiany na wynik postępowania. Jak wynika bowiem z porównania złożonych przez Odwołującego oraz konsorcjum Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym ofert i przyznanych im według kryteriów przyjętych przez Zamawiającego punktacji:

KIO 2127/10 27

ofercie Odwołującego przyznano: 27,1 pkt - w kryterium „cena”, 57,2 pkt - w kryterium „zużycie energii elektrycznej na wytworzenie 1m³ powietrza” oraz 4,5 pkt – w kryterium „koszt serwisu 10 letniego”; podczas gdy ofercie konsorcjum Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym przyznano punktację: 30 pkt - w kryterium „cena”, 65 pkt - w kryterium „zużycie energii elektrycznej na wytworzenie 1m³ powietrza” oraz 5 pkt – w kryterium „koszt serwisu 10 letniego” (vide: protokół z postępowania – streszczenie oceny i porównania złożonych ofert).

Tym samym, Odwołujący nie wykazał w tej części podniesionego zarzutu, wpływu podnoszonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów i zasad ustawy na wynik postępowania (rozumiany jako zmiana pozycji obu wykonawców, w taki sposób, że Przystępujący w ogólnym bilansie punktacji uzyska ostatecznie niższą pozycję aniżeli Odwołujący).

W kontekście powyżej dokonanej oceny, w tym przede wszystkim argumentacji leżącej u podstaw jej dokonania, dowód z opinii biegłego należało także uznać za nieprzydatny do wykazania okoliczności spornych na gruncie tego postępowania.

Dążąc do wyjaśnienia sprawy w spornym zakresie, poddano ocenie wszystkie złożone przez strony twierdzenia, i w następstwie analizy i oceny całokształtu materiału dowodowego uznano, że Odwołujący nie wykazał tezy przeciwnej do wynikającej z treści oferty Przystępującego, to jest, by zużycie energii oferowanych sprężarek było inne aniżeli oferowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym, jak również nie wykazał niezgodności oferty tego podmiotu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

Uznano zatem, że Zamawiający wykazał, że dokonana przez niego ocena oferty złożonej przez Energomontaż – Północ SA w Warszawie oraz Atlas Copco Polska spółkę z ograniczoną

odpowiedzialnością w Sękocinie Nowym znajdowała uzasadnione podstawy w treści złożonej oferty.

Tym samym, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji należało uznać, że nie potwierdziły się i dalsze, będące następstwem
KIO 2127/10 28

opisywanych w pkt 1-6 uzasadnienia argumentów Odwołującego zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez nie zastosowanie wobec wszystkich uczestników postępowania tych samych warunków udziału i kryteriów oceny ofert; art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum; art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż podlega ono wykluczeniu z przedmiotowego postępowania oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty na podstawie innych niż wskazano w SWIZ kryteriów i parametrów, co skutkowało uznaniem, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Przyznano wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, to jest w kwocie 3.600 zł. Orzeczono także o zwrocie Odwołującemu kwoty 250 zł stanowiącej nadpłacony wpis, ponad 15.000 zł.

Przewodniczący: