

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 16 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Doosan Lentjes GmbH z siedzibą w Ratingen (Niemcy) (KIO 1657/18)

B. w dniu 16 sierpnia 2018 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ZRE Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (KIO 1660/18)

w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ZRE Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18 po stronie odwołującego

B. wykonawcy RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18, KIO 1660/18 po stronie odwołującego

C. wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18, KIO 1660/18 po stronie zamawiającego

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i AMK Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18 po stronie zamawiającego

E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Doosan Lentjes GmbH z siedzibą w Ratingen (Niemcy)

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1660/18 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Doosan Lentjes GmbH z siedzibą w Ratingen (Niemcy) oraz GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ZRE Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 40.000,00 (czterdzieści tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania.

3. zasądza od odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Doosan Lentjes GmbH z siedzibą w Ratingen (Niemcy) na rzecz zamawiającego TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie kwotę 3600,00 oraz od odwołującego GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ZRE Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie kwotę 3600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych, stanowiącej zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Katowicach.

Przewodniczący.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp”, „ustawa”) postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pn.

„Budowa instalacji odsiarczania spalin dla bloków 2 i 3 w Tauron Wytwarzanie Spółka

Akcyjna - Oddział Elektrownia Jaworzno III Elektrownia II”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych

w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 2 maja 2018 r., pod numerem 2018/S 084-190633.

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2018 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o wykonawcach zakwalifikowanych do kolejnego etapu i wykonawcach wykluczonych z postępowania.

KIO 1657/18

W dniu 16 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Doosan Lentjes GmbH z siedzibą w Ratingen (dalej: „Odwołujący I”) oraz wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego,

tj.:

- zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum w składzie Mostostal Warszawa S.A. oraz AMK Kraków S.A. (dalej: „Konsorcjum Mostostal”) pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw wykluczenia w stosunku do podmiotu trzeciego na zasobach którego polega, tj. STX Heavy Industries Co. Ltd, w zakresie, o którym mowa

w art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy, ewentualnie na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Mostostal do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie;

- zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. pomimo, iż wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do osób wskazanych na stanowisko Projektanta Technologa ewentualnie zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień i/lub uzupełnień w zakresie odnoszącym się do wskazanych na stanowisko Projektanta Technologa.

Odwołujący I zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów

prawa:

I. w odniesieniu do wniosku Konsorcjum Mostostal:

1. art. 131e ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mostostal, pomimo iż nie wykazało ono, że osoby pełniące funkcje zarządcze lub nadzorcze w spółce będącej podmiotem trzecim, tj. STX Heavy Industries Co. Ltd nie zostały prawomocnie skazane za przestępstwa wyszczególnione w Pzp;

ewentualnie:

2. art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal do uzupełnienia prawidłowych dokumentów potwierdzających, że osoby pełniące funkcje zarządcze lub nadzorcze w spółce będącej podmiotem trzecim, tj. STX Heavy Industries Co. Ltd nie zostały prawomocnie skazane za przestępstwa wyszczególnione w ustawie;

II. w odniesieniu do wniosku Energomontaż:

1. art. 131 e ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Energomontaż, pomimo iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do osób wskazanych na stanowisko Projektanta Technologa;

ewentualnie:

2. art. 26 ust. 4 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnień w zakresie odnoszącym się do wykazania spełnienia warunku w zakresie odnoszącym się do osoby na stanowisko Projektanta Technologa, pomimo, iż wykonawca Energomontaż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie Zamawiającemu:

1) uwzględnienia odwołania;

2) unieważnienia czynności zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania i powtórzenia czynności badania i oceny wniosków, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w ramach której nastąpi:

a) wykluczenie Konsorcjum Mostostal, ewentualnie wezwanie tego wykonawcy do złożenia prawidłowych dokumentów odnoszących się do niekaralności osób pełniących

odpowiednie funkcje w strukturach podmiotu trzeciego, tj. STX Heavy Industries Co. Ltd;

b) wykluczenie wykonawcy Energomontaż ewentualnie wdrożenie procedury wyjaśnień i/lub uzupełnień zmierzających do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do Projektanta Technologa.

Uzasadniając zarzuty odnośnie wniosku złożonego przez Konsorcjum Mostostal, Odwołujący I wskazał, iż z treści wniosku złożonego przez tego wykonawcę wynika, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega ono na zasobach podmiotu trzeciego, tj. spółki STX Heavy Industries Co. Ltd. Powyższe, determinowało konieczność wykazania względem tego podmiotu braku podstaw do wykluczenia z postępowania (art. 22a ust. 3 ustawy Pzp), w tym w zakresie wynikającym z treści art. 131e ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp. Z informacji złożonych we wniosku Konsorcjum Mostostal wynika, że osoby pełniące funkcje zarządzające/ nadzorcze w spółce STX Heavy Industries Co. Ltd mają miejsce zamieszkania w Korei Południowej. Stąd też, w celu wykazania braku karalności rzeczonych osób w zakresie wymaganym w ustawie, Konsorcjum Mostostal zobligowane było do przedłożenia odpowiednich dokumentów wystawionych przez organy Korei Południowej, zgodne z obowiązującym tam prawem. Konsorcjum Mostostal przedstawiło w odniesieniu do tych osób dokumenty pn. „Odpowiedź dot. sprawdzenia rejestrów karnych (śledztw)”, z których wynika, że pozyskane one zostały „w celu dopuszczenia imigracji do innego państwa oraz pobytu w innym państwie”, a rzeczona „odpowiedź może być wykorzystywana wyłącznie do celów związanych z imigracją i pobytem w innych państwach. Osoba, która wykorzysta odpowiedź do innych celów, zostanie skazana na karę pozbawienia wolności na okres nie dłuższy niż 2 lata lub na grzywnę nieprzekraczającą 20 mln wonów”.

Odwołujący I podniósł, iż ww. dokumenty, wystawione do celów wizowych są dokumentami nieprawidłowymi, niepotwierdzającymi braku karalności w zakresie wymaganym Pzp, którymi nie można było posłużyć się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący I zwrócił uwagę, iż zgodnie z jego wiedzą, zgodnie z prawem obowiązującym w Korei Południowej istnieją dwa rodzaje dokumentów odnoszących się do niekaralności danej osoby: 1) Zaświadczenie uzyskiwane online, opatrzone klauzulą uniemożliwiającą jego użycie do celów innych niż cele wizowe; 2) Zaświadczenie uzyskiwane we właściwym komisariacie Policji, które wydawane jest w wersji papierowej z adnotacją o zakresie o jaki się wnioskowało.

Zdaniem Odwołującego I, tylko drugie ze wskazanych zaświadczeń może w sposób prawidłowy być złożone w postępowaniu prowadzonym w reżimie ustawy Pzp. Fakt, iż to drugi ze wskazanych dokumentów jest dokumentem prawidłowym, potwierdza też szereg postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w Polsce, w ramach których z właściwe w świetle prawa koreańskiego uznawane były właśnie dokumenty uzyskiwane we właściwym komisariacie Policji (np. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę bloku 1000 MWe w Ostrołęce).

Odwołujący I wyjaśnił ponadto, iż w Korei Południowej występować można o różne typy zaświadczeń o niekaralności. Typ zaświadczenia, który chce się uzyskać określa się we wniosku o jego wydanie, który determinuje w konsekwencji zakres weryfikacji kartoteki karnej względem danej osoby. Zgodnie z przepisami obowiązującymi w Korei Południowej tylko zakres danych weryfikowanych poprzez wystawienie zaświadczenia o niekaralności przez określony komisariat policji, których treść nie jest ograniczona do możliwości posługiwania się dokumentem dla celów wizowych, pozwala na weryfikację podstaw określonych w polskiej ustawie w ramach art. 24 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp. Tylko ten dokument byłby w konsekwencji dokumentem prawidłowym.

Zamawiający zobligowany był w konsekwencji do wdrożenia procedury stosownych uzupełnień, a jeśli taka została już przeprowadzona, do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp.

Uzasadniając kolejno zarzuty względem wniosku Energomontaż Odwołujący I wskazał, iż zgodnie z Sekcją III.2.3) pkt 2) lit. h) ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał się dysponowaniem co najmniej 1 osobą posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii.

W ramach złożonego wniosku, Energomontaż do pełnienia wskazanej funkcji wskazał dwie osoby: Pana D.B.(dalej: „D.B.”) oraz Pana P.Z.(dalej: „P.Z.”). Wykonawca w ramach

złożonego przez siebie wykazu wskazał, iż rzeczono osoby posiadają wymagane 5-letnie doświadczenie, w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii, odsyłając w zakresie szczegółów tego doświadczenia do przedłożonych CV. Z treści załączonych dokumentów CV wynika przy tym jednoznacznie, że inwestycje, w których osoby te brały udział, nie obejmowały projektowania metody pól suchej IOS w zakresie technologii stąd osoby te nie posiadają wymaganego w tym zakresie doświadczenia. Konstrukcja przedłożonych dokumentów CV wskazuje przy tym, że dokumenty te w sposób wyczerpujący przedstawiają doświadczenie danej osoby, które - jak zostało wskazane powyżej - nie obejmuje projektowania metody pól suchej IOS w zakresie technologii.

Odwołujący I podkreślił, że Zamawiający nie powinien poprzestać na ogólnej deklaracji o posiadaniu stosownego doświadczenia przez te osoby, skoro sam w ramach Tabeli 2 oczekiwał informacji na temat konkretnego doświadczenia, wartości, nazw i terminów inwestycji realizowanych z udziałem poszczególnych osób. Jednocześnie, skoro uzyskał dokument, z treści którego wynika brak deklarowanego doświadczenia poszczególnych osób to faktu tego nie mógł zignorować. Uzyskane CV poszczególnych osób Zamawiający powinien poddać stosownej analizie, biorąc pod uwagę zwłaszcza fakt, że celem udzielenia zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a dysponowana przez wykonawcę kadra ma dla osiągnięcia tego celu kluczowe znaczenie.

W konsekwencji Odwołujący I stwierdził, iż łączna interpretacja oświadczeń i dokumentów złożonych w ramach postępowania prowadzi do konstatacji, że Energomontaż nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do Projektanta technologa. Naganność działań tego wykonawcy jest tym większa, że składane przez niego oświadczenia mogły wprowadzać Zamawiającego w błąd, a deklaracje odnoszące się do doświadczenia kadry nie znajdowały potwierdzenia w ich CV, które wykonawca przed przystąpieniem do przetargu winien przeanalizować. W związku z tym, Energomontaż powinno podlegać wykluczeniu przez wzgląd na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień/ uzupełnień w zakresie odnoszącym się do Projektanta technologa — tak aby osoba dedykowana na to stanowisko posiadała wymagane doświadczenie.

KIO 1660/18

W dniu 16 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GE Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ZRE Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący II”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- niezasadnym uznaniu, że wykonawca Energomontaż wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezasadnego poinformowania wykonawców, że Energomontaż spełnia te warunki;
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Energomontaż z postępowania pomimo tego, że żadna z osób wskazanych przez tegoż wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stanowisko Projektanta technologa nie posiada wymaganego doświadczenia, wbrew nieprawdziwym i wprowadzającym Zamawiającego w błąd informacjom podanym przez Energomontaż w tym zakresie w wykazie osób;

ewentualnie na:

- zaniechaniu wezwania Energomontaż do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia osób wskazanych przez Energomontaż na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu, odnoszącym się do wymogu dysponowania ww. Projektantem-technologiem posiadającym doświadczenie „w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii”.

Odwołujący II zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów

prawa:

- 1) art. 51 ust 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne uznanie i poinformowanie wykonawców, że „do dalszego udziału w postępowaniu został zakwalifikowany m.in. Energomontaż w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania

warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu, gdyż żadna z osób wskazanych przez Energomontaż na potwierdzenie tego warunku nie posiada jakiegokolwiek doświadczenia „w projektowaniu metody póluskiej IOS w zakresie technologii”;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 Pzp (w zw. art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp), poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Energomontaż z postępowania pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu;

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Energomontaż z postępowania pomimo, że wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia osób wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2.3) lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu, co wprowadziło Zamawiającego w błąd i ma istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, a co nie może podlegać uzupełnieniu w dalszym toku Postępowania;

a także w razie uznania, iż brak jest podstaw do wykluczenia Energomontaż z postępowania na obecnym etapie, w szczególności ze względu na nieprawdziwość informacji podanych przez tego wykonawcę w Wykazie osób, zarzucam ewentualne naruszenie:

4) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Energomontaż do uzupełnienia odpowiednich dokumentów celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu, lub co najmniej zaniechanie wezwania Energomontaż do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia osób wskazanych w Wykazie osób, w sytuacji gdy opis ich doświadczenia nie wskazywał aby dotyczyło ono doświadczenia „w projektowaniu metody póluskiej IOS w zakresie technologii”.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu dokonanej wadliwie z powołaniem się na art. 51 ust 1a Pzp oraz o nakazanie wykluczenia wykonawcy Energomontaż z postępowania; lub ewentualnie gdyby wykluczenie na obecnym etapie było przedwczesne o nakazanie wezwania wykonawcy Energomontaż do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) ppkt 2 lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu lub co najmniej do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia osób dedykowanych na stanowisko Projektanta-technologa.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący II wskazał, iż żadna z osób wskazanych przez Energomontaż na potwierdzenie spełnienia warunku zawartego w punkcie III.2.3 lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu nie posiada jakiegokolwiek doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w tym zakresie.

Wskazał, iż funkcją warunków udziału w postępowaniu jest ustanowienie dla wykonawców takich wymagań podmiotowych, które zagwarantują, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wezmą udział wyłącznie tacy wykonawcy, którzy będą zdolni do wykonania zamówienia w sposób zapewniający wszystkie potrzeby zamawiającego, a w szczególności będą posiadali odpowiednie kompetencje, niezbędne dla prawidłowego wykonania konkretnego zamówienia. Tymczasem, jak wynika z dokumentów złożonych wraz z wnioskiem przez Energomontaż, żadna z osób wskazanych przez tego wykonawcę do pełnienia funkcji Projektanta technologa nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Energomontaż powołał się bowiem na doświadczenie p. D.B. oraz p. P.Z. Rzekomo zgodnie z wymaganiami Zamawiającego doświadczenie tych osób miałoby wynikać ze złożonych przez Energomontaż dokumentów CV opisujących ich doświadczenie. Jednakże analiza wykazanego w nich doświadczenia zawodowego wskazuje, że przedsięwzięcia, przy których ww. osoby zdobywały rzekomo odpowiednie doświadczenie nie były realizowane w technologii póluskiej (czego wymaga Zamawiający), albo w ogóle nie obejmowały projektowania technologii.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący II stwierdził, że Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 51 ust. 1a Pzp poprzez poinformowanie wykonawców, że wśród wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w postępowaniu jest również

Energomontaż, gdyż wykonawca ten nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) ppkt 2 lit. h) Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący II stwierdził ponadto, że Zamawiający naruszył również zasadę prowadzenia postępowań w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe

traktowanie wykonawców. Nie ulega bowiem wątpliwości, że dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy niespełniającego ustanowionych w ogłoszeniu warunków udziału, jest jaskrawym przejawem nieuzasadnionego preferowania takiego wykonawcy względem pozostałych, narusza ich prawnie uzasadnione interesy i nie może zostać zaaprobowane.

Tym samym w świetle wyjaśnień przedstawionych w pkt 1 powyżej należy zdaniem Odwołującego stwierdzić, że zarzut art. 51 ust 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 PZP jest uzasadniony.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący II stwierdził, iż wykazane powyżej okoliczności nie tylko uzasadniają twierdzenie braku podstaw do zakwalifikowania wykonawcy Energomontaż do dalszego udziału w postępowaniu, lecz przede wszystkim uzasadniają wniosek o konieczności wykluczenia tego wykonawcy. Z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp (który odsyła do art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) jednoznacznie wynika, że Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wykazano powyżej, doświadczenie wskazane przez Energomontaż w odniesieniu do p. D.B. oraz p. P.Z. nie może zostać uznane za odpowiadające wymaganiom ustanowionym w pkt 111.2.3) ppkt 2 lit. h Ogłoszenia o zamówieniu.

Należy wobec tego stwierdzić, że zarówno w świetle art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp - jak i wobec obowiązków wynikających ze wspomnianego już art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia wykonawcy Energomontaż z postępowania.

Odwołujący II stwierdził ponadto, iż niezależnie od wskazanych powyżej nieprawidłowości działań Zamawiającego należy również stwierdzić, że wykonawca Energomontaż podlega wykluczeniu także z tego powodu, że powołując się na doświadczenie p. D.B. oraz p. P.Z. wprowadził Zamawiającego w błąd. Jak bowiem wykazano powyżej informacja, jakoby doświadczenie tych osób odpowiadało treści warunku określonego w pkt III.2.3) ppkt 2 lit. h Ogłoszenia o zamówieniu jest nieprawdziwa. Wyjaśnił, że na gruncie polskiego oraz unijnego (w tym tzw. dyrektywy obronnej) prawa zamówień publicznych nie ulega wątpliwości, że zamawiający zobowiązani są do wykluczania wykonawców, którzy wprowadzają ich w błąd przekazując nieprawdziwe informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Szczegółową regulację w tym zakresie przewiduje art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Jak przy tym wyjaśnia się w orzecznictwie KIO obie podstawy wykluczenia są ze sobą ściśle związane w tym sensie, że podstawa wykluczenia wymieniona art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp obejmuje także podstawę uregulowaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Przywołanie obu w treści zarzutu niniejszego odwołania jest więc w pełni uzasadnione, ponieważ w odniesieniu do wykonawcy Energomontaż spełnione zostały przesłanki wymienione obu przepisach:

- po pierwsze należy zaznaczyć, że nieprawdziwe informacje podane przez Energomontaż dotyczą informacji, jakoby wykonawca ten spełniał warunki udziału w Postępowaniu, a zatem dotyczą informacji, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp,

- po drugie, działanie tego wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo lub co najmniej lekkomyślność - nie ulega bowiem wątpliwości, że profesjonalny wykonawca, który powołuje się na doświadczenie określonych osób zdobywane w ramach projektów, których ten wykonawca nie realizował powinno zostać przez niego szczegółowo zweryfikowane pod kątem spełniania warunków udziału w danym postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że Energomontaż takiej weryfikacji nie przeprowadził. Doprowadziło to do sytuacji, w której we wniosku tego wykonawcy przywołane zostały przykłady doświadczenia, które w żaden sposób nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, lecz przedstawione zostały w taki sposób, by wytworzyć u Zamawiającego niezgodne z prawdą wrażenie, że Energomontaż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej sądów powszechnych oraz KIO, tego rodzaju działanie jest kwalifikowane jako rażące niedbalstwo lub co najmniej jako lekkomyślność.

- po trzecie, jak wynika z uzasadnienia faktycznego niniejszego odwołania, podanie nieprawdziwych informacji przez Energomontaż wpłynęło istotnie na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Wszak to właśnie na oparciu o nieprawdziwe informacje Zamawiający podjął decyzję o dopuszczeniu wykonawcy Energomontaż do dalszego udziału w postępowaniu.

Podsumowując Odwołujący II stwierdził, że działanie wykonawcy Energomontaż w zakresie przedstawienia doświadczenia p. D.B. oraz p. P.Z. charakteryzowało rażące niedbalstwo, lub co najmniej lekkomyślność, która skutkowała podaniem informacji nieprawdziwych, co doprowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W świetle art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, a także art. 7 ust. 1 PZP, tego rodzaju okoliczność zmusza Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy Energomontaż. Należy zaznaczyć, że pobłażanie tego rodzaju zachowaniu tego wykonawcy z pewnością naruszałoby zasadę równego traktowania

wykonawców, którzy swoje wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu sformułowali rzetelnie, podając prawdziwe informacje o doświadczeniu osób wskazanych we wnioskach.

Wobec przedstawionych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych Odwołujący II stwierdził, że wykonawca Energomontaż powinien zostać wykluczony z postępowania, przy czym ze względu na bezwzględny charakter wykluczenia, o którym mowa w art. 26 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp nie jest możliwe „naprawienie” skutków niedbale i lekkomyślnie przygotowanego opisu doświadczenia osób wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku o którym mowa w pkt III.2.3) ppkt 2 lit. h Ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z tym, jedynie z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący postawił Zamawiającemu również ewentualny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp wskazując, że z pewnością powinien być on co najmniej wezwać wykonawcę Energomontaż do uzupełnienia odpowiednich dokumentów, lub do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących doświadczenia p. D.B. oraz p. P.Z.

KIO 1657/18 oraz KIO 1660/18 - odpowiedź Zamawiającego na odwołania:

Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań.

Zamawiający wyjaśnił, iż prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Wśród wymagań odnoszących się do kwalifikacji technicznych i zawodowych wykonawcy, postawił warunek, że wykonawca składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien wykazać, że dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora branż energetycznej lub ciepłownictwa, w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii.

Wskazał, iż Odwołujący I zakwestionował doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę Energomontaż do pełnienia funkcji projektanta w zakresie instalacji technologicznych. Odnosząc się do powyższego Zamawiający wskazał, iż wymagał, zgodnie z treścią ogłoszenia (punkt III.2.3 lit. h), by wykonawca dysponował „co najmniej jedną osobą posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branży energetycznej lub ciepłownictwa w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii”.

Na stronie 10 ogłoszenia Zamawiający określił w jaki sposób wykonawcy powinni udokumentować, iż będą dysponować określonymi osobami w tym jedną ww. osobą. Zamawiający wskazał, iż należy przedłożyć w tym celu „wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami”. Wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje zostały przez wykonawcę Energomontaż podane w Tabelach 1 i 2 dołączonych do wniosku na str. 121 - 127. W szczególności w wierszu 8 i 9 Tabeli nr 2 (str. 5) wykonawca wskazał, że dysponuje osobami D.B. oraz P.Z. Wskazał np. w odniesieniu do D.B., iż jest to osoba, którą charakteryzuje „39 lat doświadczenia zawodowego w tym min. 5 lat doświadczenia na stanowisku Projektanta technologa przy projektach dla sektora wytwarzania branży energetycznej w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii”. Zamawiający podkreślił, że z perspektywy wymogów ogłoszenia taka informacja była wystarczająca. Stanowi oświadczenie, w którym wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zwrócił też uwagę, że Wykonawca nie musiał, zgodnie z treścią ogłoszenia, wykazywać konkretnych inwestycji przy których realizacji brali udział D.B. oraz P.Z. W zakresie osób, którymi powinni dysponować wykonawcy Zamawiający postawił aż 13 warunków, które jednak można uszeregować wg dwóch schematów. W pierwszym schemacie (obejmującym warunki a) i b) na str. 8 ogłoszenia oraz warunek g) na str. 9 ogłoszenia) Zamawiający wymagał udokumentowania przynajmniej jednego przypadku pełnienia określonej funkcji w ramach szczegółowo określonej inwestycji np. „przynajmniej jedno udokumentowane kierowanie zespołem realizującym projekt inwestycyjny w sektorze wytwarzania branży energetycznej lub ciepłownictwa, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł” (warunek a). Przy tak postawionym warunku wykonawcy musieli wskazać konkretną inwestycję, która była realizowana. Natomiast w drugim schemacie, który dotyczy m. in warunku objętego odwołaniem Zamawiający nie wymagał wykazywania konkretnych inwestycji. Wystarczające było oświadczenie dotyczące legitymowania się stosownym doświadczeniem. W związku z tym CV, które wykonawca Energomontaż dołączył do swego wniosku i które stało się

przedmiotem szczegółowej analizy Odwołującego w odwołaniu w ogóle nie było wymagane. Zamawiający uznał bowiem, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w oparciu o oświadczenia wykonawcy tj. wykaz osób zgodnie z Tabelą 1 i 2 oraz oświadczenie, że osoby wskazane w wykazie posiadają ważne dokumenty. Zamawiający nie miał powodu i nadal nie ma powodu by kwestionować te oświadczenia. Zamawiający wyjaśnił również, że w przeszłości, w 1997 r. realizowane było na rzecz samego Zamawiającego zadanie polegające na Budowie instalacji do redukcji pyłów i gazów z bl. 3 i 6 IOS metodą pól suchą w Elektrowni Siersza S.A. Zamawiający wciąż dysponuje projektem tej instalacji opracowanym przez Energoprojekt - Katowice S.A. Na str. 3 tego projektu jako projektant w branży technologicznej wymieniony jest m. in. D. B. . W tym zakresie Zamawiający mógł więc samodzielnie w oparciu o posiadane przez siebie dokumenty zweryfikować prawdziwość oświadczenia wykonawcy (które zgodnie z treścią ogłoszenia jest wystarczające). Bezdyskusyjnym jest, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że D.B. nie dysponuje doświadczeniem w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii. Zaprojektował taką instalację dla samego Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił także, że wykonawca Energomontaż po przystąpieniu do odwołania przesłał zaktualizowane CV pana D.B., z którego wynika, iż dodatkowo wykonywał on następujące prace, w których odsiarczanie spalin prowadzone jest metodą pól suchą:

- 1) Budowa instalacji odsiarczania i odazotowania spalin w EC Będzin (2015 r.),
 - 2) Budowa instalacji odsiarczania spalin metodą pól suchą w EC-4 Łódź OP-43 (2003 r.)
- Energomontaż spełnia więc postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, a co za tym idzie nie zachodzą żadne podstawy do wykluczenia go od udziału w tym postępowaniu.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że D.B. będzie realizował swoje zobowiązania wobec Energomontażu na podstawie umowy o współpracy. Został on wskazany przez podmiot wyspecjalizowany w prowadzeniu prac projektowych dla podmiotów z branży energetycznej tj. Energoprojekt — Katowice S.A. Podmiot ten podał wykonawcy nie tylko dane osobowe, ale również informacje dotyczące doświadczenia zawodowego tej osoby. Wykonawca, który przekazał mu informacje załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu działań więc w zaufaniu do podmiotu profesjonalnego, z którym od wielu już lat współpracuje.

W ocenie Zamawiającego nie ma więc podstaw do wykluczenia wykonawcy, w tym w szczególności na podstawie art.24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego nie przedstawienia przez Konsorcjum Mostostal w odniesieniu do STX prawidłowych zaświadczeń o niekaralności osób pełniących funkcje zarządcze i nadzorcze w organach STX wskazał, że wykonawca ten składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powołał się m. in. na zasoby STX. Wykazując brak podstaw do wykluczenia z postępowania Mostostal załączył do wniosku dokumenty zatytułowane: Odpowiedź dot. sprawdzenia rejestrów karnych (śledztw) dotyczące odpowiedzialności karnej osób pełniących funkcje kontrolne i nadzorcze w tym podmiocie. Z załączonych dokumentów wynika, że żadna z tych osób nie figuruje w tych rejestrach, a co za tym idzie decyzyja Zamawiającego o dopuszczeniu Mostostalu do udziału w dalszym postępowaniu jest prawidłowa.

W ocenie Zamawiającego zakres przeszukiwanych rejestrów jest ten sam zarówno w odniesieniu do dokumentów pozyskiwanych drogą elektroniczną, jak i do dokumentów wydawanych bezpośrednio przez właściwe komisariaty Policji, zaś Odwołujący I nie wykazał, aby zakresy te były odmienne. Zamawiający posiadał zatem wiarygodne informacje, że osoby te nie były skazane za przestępstwa, które w konsekwencji mogłyby doprowadzić do wykluczenia Mostostalu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Remont kapitalny kotła OFZ-425 nr 2 w TAURON Wytworzenie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Siersza w Trzebinii Doosan Babco Energy Polska S.A. posłużył się dokumentem identycznym z tym, na który jest kwestionowany przez Odwołującego I.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania, a także dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ZRE Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18, KIO 1660/18 po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18, KIO 1660/18 po stronie Zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A., AMK Kraków S.A. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/18 po stronie Zamawiającego,
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Doosan Lentjes GmbH z siedzibą w Ratingen (Niemcy) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1660/18 po stronie Odwołującego.

W tym miejscu wskazać należy, iż Odwołujący II wniósł opozycję przeciwko przystąpieniu wykonawcy Energomontaż do postępowania KIO 1657/18 oraz KIO 1660/18 z uwagi na zbyt ogólną treść pełnomocnictwa dla adwokata D. J., z którego nie wynikało upoważnienie występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba powyższą opozycję oddaliła uznając iż ww. pełnomocnictwo uprawniało do podpisania zgłoszenia przystąpienia. Pełnomocnictwo uprawniało m.in. do reprezentowania wykonawcy przed wszystkimi sądami, organami administracyjnymi, organami egzekucyjnymi, Policją oraz Prokuraturą, jak również przed wszelkimi innymi organami ścigania, organami administracji, organami skarbowymi, jak i wszelkimi innymi organami administracji publicznej, osobami fizycznymi i prawnymi oraz innymi podmiotami. Pełnomocnictwo uprawniało ustanowionych pełnomocników w szczególności do występowania w imieniu Spółki z powództwami i wszelkimi wnioskami. Ponadto, treść pełnomocnictwa należy tłumaczyć zgodnie z ogólnymi regułami wykładni określonymi w dyspozycji art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, mając na uwadze okoliczności i kontekst sytuacyjny w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. Trudno wywieść, że przy tak szerokim zakresie umocowania pełnomocnika, mocodawca wykluczył możliwość zgłaszania przystąpienia oraz występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba ustaliła:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2 Warunki udziału określił wymagania, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie, aby postawione warunki spełnić i być zaproszonym do złożenia oferty w przetargu ograniczonym. Odnosnie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dysponował osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego w ilości niezbędnej dla prawidłowego wykonania Przedmiotu zamówienia. Dysponowane przez wykonawcę osoby winny posiadać wymagane przepisami prawa uprawnienia. W warunku wskazanym w pkt III.2.3. lit. h) Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował co najmniej jedną osobą posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa

w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii.

Na stronie 10 ogłoszenia Zamawiający określił, w jaki sposób wykonawcy winni wykazać spełnianie warunków udziału wskazując w punkcie 2 na stronie 10 ogłoszenia, iż wykonawcy winni przedłożyć wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji

zamówienia, (...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania

tymi osobami.

Z powyższego w ocenie Izby w żaden sposób nie wynikało, jak obecnie wywodzą to obaj Odwołujący, iż wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w literze h) zobowiązani byli wykazywać konkretne inwestycje przy realizacji której nabył wymagane doświadczenie dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału. Zamawiający żądał bowiem jedynie podania oświadczenia w tym zakresie.

Wykonawca Energomontaż w kolumnie 2 Tabeli 2 „Informacje na temat pełnionych funkcji, doświadczenia (wraz z podaniem ilości lat doświadczenia w sektorze wytwarzania branży energetycznej lub ciepłownictwa, umiejętności)” wskazał:

- odnośnie p. D.B.: „39 lat doświadczenia zawodowego w tym min. 5 lat doświadczenia na stanowisku Projektanta technologa przy projektach dla sektora wytwarzania branży energetycznej w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii”

- odnośnie p. P.Z.: „6 lat doświadczenia zawodowego w tym min 5 lat doświadczenia na stanowisku Projektanta technologa przy projektach dla sektora wytwarzania branży energetycznej w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii”

W ocenie Izby powyższe było zgodne z postawionym przez Zamawiającego warunkiem. Wykonawca ten bowiem oświadczył, iż posiada osoby z wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, a Zamawiający uznał iż powyższe oświadczenie wyczerpuje wymagania Zamawiającego co do formy i zakresu składanego oświadczenia.

W ocenie Izby niewątpliwym jest, że w ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający nie postawił wymagań, aby wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w lit. h) zobowiązani byli składać dodatkowe dokumenty na potwierdzenie ich spełnienia. W ocenie Izby z tak sformułowanego przez Zamawiającego wymagania wynikał jedynie obowiązek złożenia dokumentu zawierającego stosowne oświadczenie w tym zakresie.

Zauważyć należy, że w odniesieniu do innych osób dedykowanych do realizacji tego zamówienia oczekiwał złożenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu stosownych dokumentów to w sposób wyraźny powyższe żądanie wyartykułował. I tak w warunkach opisanych w literze a, b oraz g) Zamawiający wyraźnie podał, iż wymaga „przynajmniej jednego udokumentowania...”. W związku z tak postawionym żądaniem wykonawcy zobligowani byli do wypełnienia kolumny 3 Tabeli 2 „Odbiorca, nazwa przedsięwzięcia, wartości brutto przedsięwzięć realizowanych z udziałem osób wskazanych w tabeli”.

Izba uznała w konsekwencji, że skoro w warunku wskazanym w literze h) brak było konieczności udokumentowania wykonania przedsięwzięcia, to przy tak skonstruowanym dokumencie wskazującym na spełnienie warunku wystarczające było, co też potwierdził Zamawiający jedynie złożenie oświadczenia o posiadanym doświadczeniu.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż powyższa interpretacja warunku w cenie Izby znajduje również potwierdzenie w pytaniu skierowanym do Zamawiającego, gdzie wykonawca zwrócił się o ograniczenie konieczności wypełnienia Tabeli 2 (...) wyłącznie dla personelu dla którego w ogłoszeniu występuje konieczność udokumentowania (podkr. Izby) wymaganego doświadczenia, czyli dla osób wskazanych w punkcie a,b oraz g. Tylko bowiem dla nich taki wymóg Zamawiający przewidział. Zamawiający nie wyraził zgody, informując, iż informacje o doświadczeniu mają dotyczyć wszystkich osób. Informacje takie zostały zawarte w tabeli 2 przez wykonawcę Energomontaż przy nazwiskach p. B. i p. Z. w kolumnie nr 2.

W związku z powyższym Izba uznała, że skoro Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku z literze h), to brak było również podstaw do nakazywania Zamawiającemu wezwania wykonawcy Energomontaż do uzupełnienia

takich dokumentów w trybie art. 26 ust. 3. Pzp. Tym samym za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, iż w zakresie wymagania z lit. h wystarczającym na potwierdzenie spełniania warunku udziału było złożenie samego oświadczenia o dysponowaniu osobą o określonych uprawnieniach i kwalifikacjach.

Izba dodatkowo wskazuje, że gdyby poddać ocenie, czy osoba p. D.B. wskazana dla celów projektowych pod lit. h) w ofercie Przystępującego Elektromontaż spełnia warunek udziału w postępowaniu to Izba uznała, że pan D.B. spełnia taki wymóg. Otóż stwierdzić należy, że instalacja odsiarczania spalin metodą pól suchą jest wykonywana według opracowanej i opatentowanej technologii, lub według własnej posiadanej przez wykonawcę know-how w tym zakresie. Tak więc rolą projektanta, jest dostosowanie projektowe tej metody odsiarczania spalin do wymagań Zamawiającego i pod konkretny blok energetyczny. Czytając literalnie treść warunku należy wywieść przy uwzględnieniu powyższego, że wystarczającym dla Zamawiającego było wskazanie osoby, która brała udział w projektowaniu takiej instalacji. W ocenie Izby postawiony warunek nie wymagał od wskazanej osoby, aby samodzielnie zaprojektowała instalację odsiarczania spalin metodą pól suchą, ale wystarczającym było - jak wskazano powyżej samo branie udziału w pracach projektowych w tym zakresie. Niewątpliwym jest - co wynika z załącznika nr 2 do odpowiedzi na odwołanie, że p. D.B. został wskazany w zespole projektantów w Branży Technologicznej w ramach wykonania projektu budowlanego dla Elektrowni Siersza. Niezasadne są zastrzeżenia Odwołującego, że to doświadczenie nie może być brane pod uwagę, gdyż udział ten miał miejsce na etapie opracowywania (nie wykazano czy tylko) projektu budowlanego. Odwołujący ponadto nie przedstawił żadnego dowodu, iż pomimo wskazania p. D.B. jako projektanta faktycznie takiej funkcji nie pełnił, i niemożliwe było tym samym zdobycie doświadczenia w tym zakresie.

Izba odnosząc się do stanowiska Odwołującego w tej sprawie uznaje, że Odwołujący ma po części rację co do wątpliwości jakie mogą wystąpić przy interpretacji treści postawionego warunku udziału, treści odpowiedzi Zamawiającego z dnia 28 maja 2018 r. dot. potrzeby wypełniania Tabeli 2, co do konkretnych osób. Jednakże biorąc pod uwagę te wątpliwości - przy zastosowaniu wykładni literalnej, Izba uznała, że te wątpliwości nie idą tak daleko, aby zanegować prawidłowość dokonanych w tym zakresie ustaleń i oceny Zamawiającego. Izba uznała, że przychylenie się do stanowiska Odwołującego byłoby wyjściem ponad treść postawionego warunku udziału i wymagania co do sposobu wykazania jego spełniania, wynikającego z postanowień Ogłoszenia o zamówieniu. W tym zakresie za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 należy stwierdzić, że niezasadnym jest przywoływanie dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii nie ujętych w postanowieniach SIWZ i Ogłoszenia. Zawsze decydujące znaczenie ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ (w tym przypadku ze względu na tryb postępowania odnieść to należy do treści postanowień Ogłoszenia).

Ponadto w tym zakresie Izba uznała, że ewentualne wątpliwości w ww. zakresie należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Nie jest zasadne przyjęcie, że ta interpretacja winna być korzystna tylko dla Odwołującego.

Izba zauważa także, że brak jest również podstaw do uznania stanowiska Odwołującego kwestionującego możliwości przyjęcia przez Zamawiającego dodatkowych informacji przedłożonych przez Przystępującego na etapie postępowania odwoławczego dotyczącego p. D.B. na potwierdzenie spełniania warunku oraz własnych ustaleń Zamawiającego w oparciu o dokumentację sporządzoną na jego rzecz dotyczącą „Budowy instalacji do redukcji pyłów i gazów z bl. 3 i 6 IOS metodą pól suchą w Elektrowni Siersza S.A.”. Podkreślić należy, że w sytuacji kiedy wymagane było dla wykazania spełniania warunku udziału oświadczenie wykonawcy, to w tym stanie faktycznym złożone dodatkowe informacje, czy też ustalenia Zamawiającego w żaden sposób nie zmieniały treści tego oświadczenia, lecz potwierdzały tylko, iż złożone oświadczenie podane w pkt 8 tabeli 2 oferty jest prawdziwe. Podkreślić należy, że każdy wykonawca ma prawo składać dowody w postępowaniu do czasu zamknięcia rozprawy i Izba winna je ocenić.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Z takiego uznania Izby należy wywieść, że w tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym brak jest podstaw do postawienia Przystępującemu zarzutu wprowadzenia w błąd Zamawiającego w oparciu o

przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu Odwołującego I odnośnie zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mostostal z uwagi, iż nie wykazało, że osoby pełniące funkcje zarządcze lub nadzorcze w spółce będącej podmiotem trzecim nie zostały prawomocnie skazane za przestępstwa wyszczególnione w ustawie Pzp to Izba uznała, iż zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy, iż Mostostal wykazując brak podstaw do wykluczenia z postępowania załączył do wniosku dokumenty „Odpowiedź dot. Sprawdzenia rejestrów karnych (śledztw)” dla osób pełniących funkcje kontrolne i nadzorcze w tym podmiocie. Z dokumentów tych wynikało, iż osoby tam wskazane nie figurują w tych rejestrach.

Zdaniem Odwołującego I, podmiot powyższy złożył nieprawidłowe zaświadczenie, bowiem było to zaświadczenie wydawane dla celów wizowych i nie potwierdzało ono braku karalności w zakresie wymaganym ustawą Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący I pomimo prezentowanego przez siebie stanowiska nie wykazał, iż dokumenty o niekaralności wystawione dla celów wizowych są inne od tych wystawianych w ramach weryfikacji konkretnej osoby. W ocenie Izby powyższe dokumenty mają tożsamą treść, są wystawiane przez ten sam organ, a różne jest tylko pouczenie znajdujące się na tym dokumencie. Odwołujący I nie wykazał ponadto, iż dane znajdujące się na powyższych zaświadczeniach pochodzą z różnych rejestrów, są wystawiane na podstawie różnych kartotek, albo że zakres przeszukiwania w rejestrach na potrzeby jednego zaświadczenia jest szerszy od drugiego. W ocenie Izby okoliczność, iż na zaświadczeniu znajduje się informacja, iż jest wydane w celach wizowych nie umniejsza rangi tego dokumentu, nie powoduje iż jest on mniej ważny, czy też mniej wiarygodny. W ocenie Izby również sposób pozyskania takiego dokumentu nie wpływa na możliwość jego przedłożenia dla wykazania niekaralności osób pełniące funkcje zarządcze lub nadzorcze w spółce. Zauważyć należy także, iż polskie prawo również umożliwia pozyskiwanie takich zaświadczeń on-line, a Zamawiający nie mają podstaw do ich kwestionowania. Według polskiego Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie jest wymagane, aby przedkładane dokumenty w zakresie niekaralności osób były wystawione z adnotacją, iż wystawiono je dla wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, ale winny tylko zawierać określone stwierdzenia o niekaralności osoby.

W tej materii wskazać należy na wyrok SO we Wrocławiu z 6 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ga 692/17 w którym sąd stwierdził, że „naturalnym jest, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw - w zakresie zaświadczeń o niekaralności, nie nakładając jednocześnie na zamawiającego obowiązku badania tych różnic. Przyjęcie odmiennego stanowiska uczyniłoby bezprzedmiotowymi te przepisy, które dopuszczają składanie zaświadczenia właściwego organu o niekaralności. W ocenie Sądu Okręgowego oczywistym jest, iż zaświadczenie wydawane przez organ sądowy albo administracyjny państwa obcego nigdy nie będzie potwierdzać karalności na podstawie polskich przepisów karnych. W świetle powyżej przytoczonych przepisów należy dojść do wniosku, że nie jest jednak konieczne, aby zakres tych zaświadczeń był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z Krajowego Rejestru Karnego oraz uzupełniającą stosowne oświadczenie złożone w formie aktu notarialnego”.

Wskazać należy iż zgodnie z art. 190 ust.1 Pzp to strony wywodzące z określonych czynności czy dokumentów określony skutek prawny dla nich korzystny winny wykazać za pomocą dowodów prawdziwość stawianej tezy. W tym przypadku nie wykazano, iż zakres pozyskanej informacji dla celów wizowych nie pokrywa się z zakresem informacji wydawanej dla celów weryfikacji osobistej.

W tym zakresie wskazać należy także na orzeczenia sądów okręgowych, gdzie wskazano, że kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. (.) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania”(wyrok SO w

Warszawie o sygn. akt V Ca 571/08 oraz SO w Katowicach o sygn. XIX Ga 92/08,).

Tym samym Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny, a w konsekwencji na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 190 ust.7 oraz 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1657/18
KIO 1660/18