

WYROK

z dnia 10 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4C, 00-189 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Budimex S.A.,
(2) Doosan Lentjes GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o., ul. Chłodna 51, 00-867

Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4C, 00-189 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania

3. Zasądza od odwołującego GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4C, 00-189 Warszawa na rzecz zamawiającego Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno kwotę 3 600,00 złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno, dalej zwany

„Zamawiającym” prowadzi postępowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania pod nazwę „Budowa instalacji odsiarczania spalin dla bloku 460 MW w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Łagisza” (nr ref. 2018/TW/TW/01664/L; opublikowany w Dz. Urz. UE pod nr 2018/S 084-190635.

Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2018 r., przekazał wykonawcom którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu wskazując wykonawców którzy zostali zakwalifikowani do dalszego udziału w postępowaniu. Są to następujący wykonawcy

a) GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4c, 00-189 Warszawa;

b) Rafako S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz;

c) Konsorcjum:

Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (Lider Konsorcjum),

Doosan Lentjes GmbH, Daniel-Goldbach-Str. 19 40880 Ratingen, Germany (Partner Konsorcjum);

d) Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa - Oddział Katowice, ul. Żelazna 9, 40-851 Katowice;

e) Konsorcjum:

MOSTOSTAL Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa (Lider Konsorcjum),

AMK Kraków S.A., al. Jana Pawła II 41, 31-864 Kraków (Partner Konsorcjum);

f) SBB ENERGY S.A., ul. Łowicka 1, 45-324 Opole.

Podkreślenia w sprawie wymaga fakt, że Zamawiający prowadzi drugie bliźniacze postępowanie na wykonanie takiej samej instalacji odsiarczania spalin pn. „Budowa instalacji

odsiarczania spalin dla bloków 2 i 3 w Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Jaworzno III Elektrownia II”. Wskazać należy, że od czynności zaproszenia wykonawców do dalszego etapu postępowania - 4 wykonawców wniosło odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, które otrzymały sygnatury: KIO 1657/18; KIO 1660; KIO 1659 i KIO 1656. Podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotowe odwołanie jak i odwołanie o sygn. KIO 1660/18 rozpatrzone przez inny skład Izby miały tożsame zarzuty.

We wniesionym odwołaniu wykonawca GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4c, 00-189 Warszawa, dalej zwany „Odwołującym” zarzucił Zamawiającemu :

1) niezasadne uznanie, że wykonawca Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o. (dalej jako „Energomontaż”) wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji niezasadnego poinformowania wykonawców, że Energomontaż spełnia te warunki;

2) zaniechanie wykluczenia 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;

3) ewentualnie - zaniechania 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”.

Podnosząc powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

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 pól suchej 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, zarzucił 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 pól suchej IOS w zakresie

technologii”.

W związku z powyższym, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp 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:

1) nakazanie wykluczenia wykonawcy Energomontaż z Postępowania; lub ewentualnie gdyby wykluczenie na obecnym etapie było przedwczesne, o

2) 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 podniesiony zarzut podał, że dla wykazania zasadności zarzutów

postawionych przez GE kluczowy jest fakt, że żadna z osób wskazanych przez Energomontaż na potwierdzenie tego warunku nie posiada jakiegokolwiek doświadczenia

wymaganego przez Zamawiającego w treści pkt III.2.3) ppkt 2 lit. h Ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z tym postanowieniem „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego w ilości niezbędnej dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia posiadającymi wymagane przepisami prawa uprawnienia, w szczególności dysponuje 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". Podkreślił, że 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. Podniósł, że skoro „Zamawiający przewiduje zabudowę IOS wg technologii «pól suchej», z reaktorem stosownym do metody odsiarczania spalin, współpracującym z filtrem tkaninowymi”

- co wynika z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pkt 11.1.5) Ogłoszenia o zamówieniu

- to szczególnie ważne jest, aby do składania ofert w Postępowaniu dopuszczeni zostali wyłącznie tacy wykonawcy, którzy do realizacji zamówienia skierują Projektantów-technologów posiadających odpowiednie doświadczenie właśnie w „projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii”.

Natomiast, 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 zgodne z wymaganiami Zamawiającego doświadczenie tych osób miało by 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 pól suchej (czego wymaga Zamawiający), albo w ogóle nie obejmowały projektowania technologii odsiarczania spalin.

Odnosząc się do powyższego stwierdził, że biorąc powyższe pod uwagę należy zauważyć, 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. W tym kontekście podkreślił, że Zamawiający naruszył również wysłowną w art. 7 ust. 1 Pzp 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.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 Pzp podał, że wykazane 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. 131 e 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 III.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.

W zakresie kolejnego podniesionego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17

w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp podniósł, że 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. Podkreślił, 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. 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, gdyż, 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 Energomontaż 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 TAURON Wytwarzanie, 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.

Nadto podał, że zdaniem Odwołującego podanie nieprawdziwych informacji przez Energomontaż wpłynęło istotnie na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu. W oparciu o nieprawdziwe informacje TAURON Wytwarzanie podjął decyzję o dopuszczeniu wykonawcy Energomontaż do dalszego udziału w Postępowaniu. Tak więc zaistniały wszystkie warunki wykluczenia, nawet formułowany w bardziej liberalnym orzecznictwie Izby warunek, iż wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp możliwe jest wyłącznie w przypadku „faktycznego wywołania u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji” (zob. w szczególności wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17; KIO 2014/17) - treść informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu z dnia 6 sierpnia 2018 r. jednoznacznie potwierdza, że Energomontaż wywołał u Zamawiającego mylne wyobrażenie.

Odnosząc się do postawionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp podał, że w sprawie należy stwierdzić, 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.

Przystępujący do postępowania po stronie odwołującego wykonawcy Budimex S.A., (2) Doosan Lentjes GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa oraz RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz poparli stanowisko Odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że Odwołujący zakwestionował doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. do pełnienia funkcji projektanta w zakresie instalacji technologicznych. Należy wskazać, że Zamawiający 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 branż energetycznej lub ciepłownictwa w tym doświadczenie w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii” (s. 9 ogłoszenia).

Podniósł, że na s. 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”. Zamawiający w treści ogłoszenia wymagał więc aby wykonawcy wykazali, że będą dysponowali stosownymi osobami poprzez przedłożenie „wykazu”. Jednocześnie Zamawiający na swojej stronie internetowej udostępnił

Tabelę 1 oraz Tabelę 2 za pomocą których Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o.

wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślił, że zakres informacji, które należało podać w kolejnych wierszach Tabeli 2 zależny był od rodzaju warunku, którego spełnianie było wykazywane. 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. Do opisanie takiej inwestycji służyła kolumna 3 (nie uwzględniając liczby porządkowej) w Tabeli 2. Kolumna ta zatytułowana była „odbiorca, nazwa przedsięwzięcia, wartość brutto przedsięwzięć realizowanych z udziałem osób wskazanych w tabeli”.

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. Tak sformułowany został warunek, którego dotyczy odwołanie. Zamawiający wymagał „co najmniej 5 letniego doświadczenia zawodowego 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”. Dla wykazania spełniania warunku wystarczające było wypełnienie kolumny 2 (nie uwzględniając liczby porządkowej) w Tabeli 2. Kolumna ta zatytułowana jest bowiem „informacja na temat pełnionych funkcji, doświadczenia, wraz z podaniem ilości lat doświadczenia w sektorze wytwarzania branży energetycznej lub ciepłownictwa, umiejętności”.

Biorąc pod uwagę powyższe, wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje zostały przez wykonawcę Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. podane w Tabelach 1 i 2 dołączonych do wniosku na str. 127 - 133. W szczególności w wierszu 8 i 9 Tabeli nr 2 (str. 131) wykonawca wskazuje, że dysponuje osobami D. B. oraz P. Z. Wskazując 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 podkreśla, że z perspektywy wymogów ogłoszenia taka informacja jest wystarczająca. Stanowi oświadczenie wykonawcy, w którym potwierdza on 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. Zamawiający uznał, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w oparciu o oświadczenia wykonawcy tj. wykaz osób zgodnie z Tabelą 1 i 2 (s. 121 i n.) oraz oświadczenie, że osoby wskazane w wykazie posiadają ważne dokumenty dopuszczające do projektowania. Zamawiający nie miał powodu i nadal nie ma powodu by kwestionować te oświadczenia.

Zamawiający stwierdził ponadto, że nie miał podstaw do kwestionowania prawdziwości oświadczenia D. B. co do posiadania doświadczenia w zakresie brania udziału w pracach projektowych w projektowaniu metody pól suchej odsiarczania spalin, gdyż Zamawiający dysponował nadto własną wiedzą i dokumentami potwierdzającymi, iż D. B. rzeczywiście dysponuje doświadczeniem w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii. Podkreślił, 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. dysponuje doświadczeniem w projektowaniu metody pól suchej IOS w zakresie technologii, gdyż zaprojektował taką instalację dla samego Zamawiającego.

Podał także, że niezależnie od powyższego już po przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego wykonawca Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. 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 Zachód Wrocław sp. z o.o. 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.

Reasumując swoje stanowisko w sprawie Zamawiający podał, że powyższe okoliczności wskazują, iż Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. spełnia kwestionowany warunek

udziału w postępowaniu. Tym bardziej w ocenie zamawiającego nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art.24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego poparł wykonawca Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa, który to skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących wyrażone na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie jest zasadne i zostaje oddalone.

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

Pzp.

Kolejno odniesienia Izby wymagał wniosek Przystępującego Energomontaż o oddalenie odwołania z powodu, iż wnoszący je wykonawca nie posiada interesu w jego wniesieniu. W uzasadnieniu stanowiska Przystępujący podał, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący są podmiotami zaproszonym do drugiego etapu postępowania, gdzie wykonawcy będą konkurowali w oparciu o treść złożonych ofert w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Podkreślił, że stawianie zarzutu po to, aby ewentualnie wyeliminować Odwołującego z postępowania nie ma wpływu na możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Odwołujący podnosił, że nie jest dopuszczalne, aby w postępowaniu brał udział podmiot który winien być wykluczony z postępowania. Izba odnosząc się do powyższego wskazuje, że pomimo faktu iż interes Odwołującego nie jest bezpośrednio zagrożony uczestnictwem w postępowaniu Odwołującego, gdyż złożone oferty będą konkurowały w oparciu o kryteria oceny ofert. Ponadto rolą wykonawcy nie jest ochrona interesu publicznego, gdyż postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej. Izba przyjmując, szerokie rozumienie interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, gdzie wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki interesu z art. 179 ust.1 Pzp. W tym przypadku niewątpliwym jest, że mniejsza ilość wykonawców składających oferty zwiększa potencjalną szansę wykonawców składających oferty na uzyskanie zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Energomontaż zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba biorąc pod uwagę szeroki zakres organów przed którymi może występować pełnomocnik uznała, iż posiadane pełnomocnictwo uprawniało do podpisania przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także do występowania przed Izbą.

Zdaniem Izby na wstępie wskazać należy także, że Odwołujący na posiedzeniu przed KIO złożył pismo procesowe. Izba analizując treść tego pisma uznała, że pismo to nie zawiera np. odpowiedzi na stanowisko Zamawiającego czy też przystępujących w sprawie, gdyż ww. uczestnicy złożyli pisma/dowody dopiero na posiedzeniu KIO. W odpowiedzi na pytanie Izby o formę tego pisma, pełnomocnik Odwołującego stwierdził, że stanowi ono uzupełnienie uzasadnienia zarzutów odwołania. Wskazał, że 10 dniowy termin na wniesienie odwołania jest zbyt krótki, aby zawrzeć w uzasadnieniu odwołania całą treść która jest adekwatna do podnoszonych zarzutów. Izba jakkolwiek nie neguje prawa Odwołującego do składania pism procesowych, jednakże stwierdza, nie mogą one stanowić uzupełnienia odwołania po upływie terminu na jego wniesienie. Zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust.3 Pzp odwołanie winno oprócz podniesionych i sprecyzowanych zarzutów zawierać także wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Izba uznaje za niedopuszczalne, aby wnoszone odwołanie traktować jako sygnalizację kwestionowanych czynności czy zaniechań zamawiającego poprzez sformułowanie zarzutów, a okoliczności je uzasadniające przedstawiać, jak w tym przypadku w pełnym zakresie dopiero na posiedzeniu przed KIO. Takie postępowanie narusza prawo Zamawiającego i przystępujących do poznania argumentacji odwołującego i tym samym co najmniej utrudnia przygotowanie stanowiska procesowego w sprawie, w tym np. podjęcia stanowiska co do uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego. Dlatego też Izba przy ocenie

przedmiotowego odwołania wzięła pod uwagę tylko taką argumentację zawartą w ww. piśmie Odwołującego, która ma bezpośrednie odniesienie do stanowiska już wyrażonego w odwołaniu.

Przechodząc do merytorycznej oceny podniesionych zarzutów wskazać należy, że osią sporu pomiędzy stronami jest kwestia, czy Przystępujący Energomontaż spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w pkt III.2.3 lit. h Ogłoszenia o zamówieniu.

Jedną z podstawowych kwestii mających decydujące znaczenie dla oceny Izby jest treść postawionego warunku w zakresie określonym w pkt III.2.3 lit. h Ogłoszenia raz forma wykazania jego spełnienia.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający postawił wymóg, aby Wykonawca dysponował osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia w ilości niezbędnej dla prawidłowego jego wykonania. Dysponowane przez wykonawcę osoby winny być oprócz wymaganego doświadczenia posiadać także wymagane przepisami prawa uprawnienia, co w zakresie wskazanych osób nie było kwestionowane w odwołaniu.

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.

Spór w tym zakresie pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym zawierał się w tym, że według Odwołującego wskazana do pełnienia tej funkcji winna mieć doświadczenie w

procesie projektowania Instalacji Odsiarczania Spalin (IOS) metodą pól suchej. Jak stwierdził na str. 8 i 9 pisma procesowego Odwołujący, takimi osobami dysponują tylko podmioty, które są właścicielem danej technologii lub posiadają stosowną licencję. Dalej wskazywał, że taką osobą może być tylko osoba, która taką instalację już zaprojektowała.

Natomiast poddając wykładni powyższą treść warunku stwierdzić należy, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem przez osoby - w znacznie szerszym zakresie niż to twierdzi Odwołujący, gdyż sformułował warunek udziału ustalając, że mogą to być osoby, które „posiadają doświadczenie zawodowe na stanowisku Projektanta technologa, przy projektach...”. Tak więc mogą to być projektanci, którzy uczestniczyli w projektowaniu takich instalacji, niezależnie od zakresu uczestnictwa w projekcie.

Należy zdaniem Izby odróżnić wymaganie doświadczenia przy wykonywaniu projektów od doświadczenia przy „zaprojektowaniu instalacji”, do czego odwołuje się w prezentowanym stanowisku Odwołujący.

Niewątpliwym jest zdaniem Izby, że sformułowana przez Zamawiającego treść warunku może budzić wątpliwości co do jednoznaczności treści, jakie można wywieść z podanych tam sformułowań. Jednakże zdaniem Izby, występujące wątpliwości nie idą tak daleko, aby przyjąć w tym zakresie interpretację prezentowaną przez Odwołującego i zanegować prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego. Podana przez Odwołującego interpretacja warunku wykracza poza jego rzeczywistą treść podaną w ogłoszeniu, a to jest zdaniem Izby niedopuszczalne. Ponadto wątpliwości w zakresie interpretacji treści SMWZ czy też Ogłoszenia o zamówieniu należy interpretować na korzyść wykonawców (nie pojedynczego wykonawcy).

Niewątpliwym jest, co zostało wykazane w sposób bezsporny przez Zamawiającego poprzez przedłożenie jako dowodu (nie zakwestionowanego przez Odwołującego), że Pan D. B. był projektantem w branży technologicznej w ramach wykonania projektu budowlanego dla Elektrowni Siersza. Zdaniem Izby fakt, że branża technologiczna stanowi część składową projektu budowlanego nie może stanowić podstawy do uznania twierdzeń Odwołującego, że w takiej sytuacji nie mamy do czynienia z projektowaniem technologii.

Zdaniem Izby niewątpliwym jest, że to projekt budowlany jest dostosowywany do zastosowanej technologii i udział projektantów technologii w jego opracowaniu nie może być tak jak oczekuje tego Odwołujący deprecjonowany.

Niewątpliwym jest, zdaniem Izby, że udział Pana D. B. w projektowaniu technologii (Branża technologiczna) jest wystarczający, przy tak sformułowanym warunku udziału dla przyjęcia, że wykonawca Energomontaż przedstawiając do pełnienia funkcji wskazanej w pkt III.2.3 lit. h wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zaznaczyć należy także,

że treść warunku należy odnosić także do obiektywnej sytuacji rynkowej w tym zakresie. Podkreślić należy, że opracowanie technologii odsiarczania spalin dla danego bloku energetycznego nie jest czymś co staje się całkowicie nowym wytworem autorskim Projektanta instalacji. Na rynku funkcjonuje szereg technologii dotyczących instalacji odsiarczania spalin metodą pól suchą. W większości są one chronionych patentami, których wykorzystanie wymaga nabycie prawa licencji, czy też stanowią know-how określonych wykonawców. Zamawiający formułując w taki sposób warunek udziału oczekiwał, iż wykonawca wskaże projektanta, który posiada doświadczenie w tego typu projektach i wykona dostosowanie funkcjonującej na rynku technologii do potrzeb przedmiotowej inwestycji, a więc ma wiedzę i doświadczenie w takim zakresie.

W zakresie wymogu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazać należy, iż Zamawiający w tym zakresie ustalił, iż spełnianie tego warunku będzie oceniane tylko w oparciu o oświadczenie wykonawcy. Dlatego też odnosząc się do zarzutów odwołania prezentował stanowisko, iż brak jest w sprawie potrzeby badania w oparciu o jakie projekty, zrealizowane pod konkretne inwestycje wskazany Pan D. B. spełnia wymagania postawione w warunku udziału w postępowaniu.

Zwrócić należy uwagę w tym zakresie na opis spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt III.2.3 lit. h Ogłoszenia o zamówieniu. W tym zakresie Zamawiający określił w jaki sposób wykonawcy powinni udokumentować, iż będą dysponować określonymi osobami dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powołując się na stanowisko Zamawiającego wskazane w ww. części wstępnej uzasadnienia, wynikające z odpowiedzi na odwołanie wskazać należy, że Zamawiający różnicował wymagania w tym zakresie. Co do niektórych osób dedykowanych do pełnienia określonych funkcji Zamawiający wymagał podania wraz oświadczeniem o spełnianiu warunku także udokumentowania faktu pełnienia określonej funkcji na określonej inwestycji. W tym zakresie Zamawiający podkreślił także, iż powyższe dane wykonawcy mieli zawrzeć w tabelach, które jak twierdzi Zamawiający nie stanowiły treści Ogłoszenia, gdyż nie były jego załącznikami, a Zamawiający wskazał tylko w pkt 4.14 Ogłoszenia, że takie Tabele w celach pomocniczych dla wykonawców zamieści na swojej stronie internetowej.

Wykonawcy, wypełniając przedmiotowe Tabele mieli podać dane osób dedykowanych do pełnienia określonych funkcji. Zakres informacji, które należało podać w kolejnych wierszach Tabeli 2 zależny był od rodzaju wymagania, którego spełnianie było wykazywane. Zauważyć należy, że w zakresie osób, wykazywanych do pełnienia określonych funkcji Zamawiający postawił aż 13 warunków, które można rozdzielić na dwie grupy różniące się zakresem przekazywanych informacji. W pierwszej grupie (obejmującym warunki a i b na str. 8 ogłoszenia oraz warunek g na str. 9 ogłoszenia) Zamawiający wymagał oprócz podania danych osoby także udokumentowania faktu pełnienia określonej funkcji w ramach określonej inwestycji. Do opisaną takiej inwestycji służyła kolumna 3 (nie uwzględniając liczby porządkowej) w Tabeli 2. Natomiast druga grupa dotyczyła m. in warunku objętego odwołaniem, gdzie Zamawiający nie wymagał wykazywania przy realizacji jakiej inwestycji dana osoba nabyła wymagane doświadczenie. W tym zakresie wystarczające było złożenie samego oświadczenia co do posiadania odpowiednich uprawnień i doświadczenia. Tym samym dla wykazania spełniania tego warunku (pkt III.2.3 lit. h) warunku wystarczające było wypełnienie kolumny 2 (nie uwzględniając liczby porządkowej) w Tabeli 2, zatytułowanej „informacja na temat pełnionych funkcji, doświadczenia, wraz z podaniem ilości lat doświadczenia w sektorze wytwarzania branży energetycznej lub ciepłownictwa, umiejętności”.

Zdaniem Izby, brak jest w tym zakresie podstaw do interpretowania przez Odwołującego sposobu wykazania spełniania tego warunku poprzez oczekiwanie, że w zakresie pkt. III.2.3 lit. h wymagane było także jak w przypadku innych osób wykazanie inwestycji, gdzie wskazana osoba (Pan D. B.) nabyła wiedzę i doświadczenie. Zdaniem Izby brak jest podstaw, aby to Odwołujący dokonywał wykładni treści Ogłoszenia i wywodzenia, że brak takich informacji zobowiązywał Zamawiającego do wystąpienia do wykonawcy Energopol w trybie art. 26 ust 3 Pzp o złożenie dodatkowych wyjaśnień. W tym zakresie wskazać należy, że Zamawiający opisując w taki sposób wykazanie spełnienia ww. warunku udziału być może utrudnił sobie możliwość weryfikacji prawdziwości otrzymanego oświadczenia, ale taka treść wynika z treści Ogłoszenia i nie może być na etapie oceny wniosków interpretowana w sposób rozszerzający.

Dlatego też Izba uznaje, iż jeśli Zamawiający nie wymagał składania określonych dokumentów to na dalszym etapie postępowania nie może wzywać wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 Pzp do ich złożenia. Izba uznała, że zaakceptowanie stanowiska Odwołującego prezentowanego w odwołaniu 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 (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).

Odnosząc się do powyższych - według Odwołującego, niejasności treści warunku zawartego w Ogłoszeniu o zamówieniu i wykazania sposobu jego spełniania, wskazać należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO wszelkie niejasności w tym zakresie winny być rozpatrywane na korzyść wykonawców (vide: wyrok SO w Koszalinie z dnia 03.08.2017 roku sygn. VII Ca 198/17 oraz Uchwała KIO sygn. KIO/KD 38/17). Izba podkreśla, że postanowienia zarówno SIWZ jak i Ogłoszenia o zamówieniu winny być jasno sformułowane i ich wykładania dokonana przez Zamawiającego na etapie oceny wniosków/ofert nie może zaskakiwać wykonawców. Dlatego też w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie oceny wniosków nie powinien budzić wątpliwości fakt, że jeżeli Zamawiający pozytywnie ocenił wniosek Przystępującego Energomontaż i zaprosił tego wykonawcę do składania ofert, to oznacza, że Przystępujący tak samo jak Zamawiający rozumiał treść warunku i wymagany sposób potwierdzenia jego spełniania.

Oceniając powyższe, zdaniem Izby wskazać należy na trafne spostrzeżenie Zamawiającego, że „Odwołujący nie twierdzi, że pan B. jest niewystarczająco doświadczony w zakresie projektowania, ale kwestionuje raczej brak dysponowania przez Przystępującego określoną technologią dla zaprojektowania instalacji odsiarczania”.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego i przystępujących po jego stronie wykonawców, Izba uznała iż przedłożone dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania ponieważ odnosiły się do projektów dla szeregu Elektrowni, nie mających związku z wykazanym doświadczeniem Pana B. Zamawiający na rozprawie jednoznacznie stwierdził, że posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia przez Pana B. wywodził tylko z jego udziału w projekcie technologicznym dla Elektrowni Siersza.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izba wskazuje, że zasadnym było przyjęcie przez Zamawiającego, że dla wykazania spełniania warunku udziału określonego w pkt. III.2.3 lit. h Ogłoszenia wystarczające było złożenie oświadczenia w tym zakresie. Zamawiający w tym zakresie (odmiennie niż w przypadku innych dedykowanych osób) nie wymagał podania w kolumny trzeciej Tabeli konkretnych inwestycji, gdzie osoba wykazywana dla spełniania warunku z pkt III.2.3 lit. h miała nabyć wymagane doświadczenie.

Biorąc pod uwagę treść oświadczenia Pana D. B., jakie przedstawił we wniosku Przystępujący Elektromontaż, brak jest podstaw do kwestionowania jego prawidłowości. Dokonana przez Izbę poszerzona ocena spełniania warunku udziału (co Zamawiający w tym stanie sprawy uznawał za niemające podstaw w postanowieniach Ogłoszenia) wykazała, że złożone oświadczenie przez pana D. B. jest prawidłowe i prawdziwe. Powyższe powoduje także sytuację iż brak jest podstaw do wywodzenia, że wykonawca składając wniosek wraz o oświadczeniem Pana D. B. dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji. Tym samym nie zachodzi sytuacja opisana w treści art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp. Rozpatrując przedmiotowe odwołanie Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: