

WYROK

z dnia 25 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2018 r. przez wykonawcę: Emerson Process Management Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów,

przy udziale wykonawcy ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie KIO 871/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Emerson Process Management Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Emerson Process Management Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Emerson Process Management Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa na rzecz zamawiającego: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów stanowiącą koszty poniesione z tytułu 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 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wymiana systemów sterowania dla turbiny gazowej z generatorem oraz turbiny parowej w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Rzeszów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 247-521094 w dniu 23 grudnia 2017 r.

W dniu 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o zakończeniu procedury oceny ofert oraz dokumentów złożonych w postępowaniu. Zamawiający poinformował wykonawców, że obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty, potwierdzili spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzili brak podstaw do wykluczenia. Ponadto, wykonawcy przedłużyli termin związania ofertą do dnia 22 czerwca 2018 r. wobec czego Zamawiający zamierza przeprowadzić aukcję elektroniczną. Zamawiający poinformował, że o terminie aukcji wykonawcy zostaną powiadomieni w osobnej korespondencji.

Wykonawca Emerson Process Management sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Emerson”) wniósł odwołanie wobec oceny przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy ABB sp. z o.o. (dalej „ABB”) oraz wobec zaproszenia do aukcji elektronicznej, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał także odrzucenia oferty ABB, pomimo sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ABB, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
2. art. 91b ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie ABB do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta ABB powinna zostać odrzucona, jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
3. art. 91a ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie wykonawców do aukcji elektronicznej wskutek uznania, że w toku postępowania złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu, podczas gdy jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu jest oferta Odwołującego, a zatem powinna ona zostać uznana za najkorzystniejszą bez przeprowadzania aukcji;
4. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, mimo, że jest to jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ABB, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej;
2. ponowienia czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia ABB wobec niewykazania warunków udziału w postępowaniu oraz niewykazania braku podstaw wykluczenia;
4. odrzucenia oferty ABB, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (ewentualnie jako oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ);
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że wykonawca ABB nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia:

- 1) warunku udziału - doświadczenia w wykonaniu usługi wymiany systemu sterowania

lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej;

2) warunku udziału - doświadczenia w wykonaniu usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora

3) nie wykazał braku podstaw wykluczenia wobec ABB S.p.A. na podstawie przesłanki wskazanej w 5.9 SIWZ.

Ponadto Odwołujący podniósł, że oferta ABB powinna podlegać ewentualnemu odrzuceniu ze względu na niezgodność treści oferty ABB z treścią SIWZ.

Ad. 1 Niewykazanie przez ABB warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia

w wykonaniu usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, które w myśl ust. 1b pkt 3 Pzp mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający w pkt 5.5.1. lit.b SIWZ zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają odpowiednią zdolność techniczną i zawodową, tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali następujące usługi:

- usługę wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej o mocy co najmniej 20 MW i zakres tej usługi obejmował minimum: wykonanie projektu, dostawy elementów, montaż i prace programowe oraz uczestnictwo w rozruchu;

oraz

- usługę wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny gazowej o mocy co najmniej 30 MW i zakres tej usługi obejmował minimum: wykonanie projektu, dostawy elementów, montaż i prace programowe oraz uczestnictwo w rozruchu;

- usługę wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora o mocy co najmniej 50 MW i zakres tej usługi obejmował minimum: wykonanie projektu, dostawy elementów, montaż i prace programowe oraz uczestnictwo w rozruchu.

Wykonawca ABB na potwierdzenie spełniania wymaganej SIWZ zdolności technicznej i zawodowej przedstawił w ofercie Wykaz wykonanych usług.

Usługa wskazana w pozycji 1 (usługa dla EDF Polska S.A.) ma wykazać spełnianie warunku posiadania doświadczenia w zakresie wykonania usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej. Z dokumentów przedstawionych przez ABB nie wynika, że spełnianie tego warunku zostało wykazane. Sam wykaz usług zawiera lakoniczny opis projektu dla EDF jako „modernizacja regulatora turbiny” i nie można uznać go za równoznaczny z „wymianą lub zabudową systemu sterowania turbiny”. Zakres zadania podany w załączonych protokołach odbioru dla tej usługi (strony 100-103 oferty ABB) dotyczy wyłącznie potwierdzenia wykonania prac z obszaru poza systemem sterowania oraz udziału w rozruchu. Opis prac zawarty w protokole obejmuje:

1. Przekazanie do eksploatacji dostaw części zamiennych;
2. Wymiana kpi. czujników obrotów (...);
3. Wymiana wzmacniaczy przetworników EH dla zaworów (...);
4. Wymiana końcówek zaworów (...);
5. Testy i próby działania, udział w Iszym uruchomieniu bloku.

Pismem z dnia 29 marca 2018 r. wykonawca ABB złożył wyjaśnienia, w ramach których wskazał, że dokumentem potwierdzającym wykonanie usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej o mocy co najmniej 20 MW oraz zakres tej usługi jest „Harmonogram ramowy” będący załącznikiem nr 3 do umowy na „Modernizację regulatora TG1 w EDF SA Oddział w Krakowie”. Ww. dokument „Harmonogram Ramowy - Kamienie Milowe” zawiera zakres prac, który obejmuje w szczególności takie usługi jak:

1. Inwentaryzacja;

2. Wykonanie projektów wykonawczych;
3. Opracowanie dokumentacji podwykonawczej (...);
4. Kompletacja dostawy szafy systemowej Melody modułów i osprzętu szafy;
5. Demontaż starej i montaż nowej szafy;
6. Wymiana końcówek zaworów (...);
7. Wymiana wzmacniaczy przetworników (...);
8. Szkolenie obsługi;

oraz kilka innych usług.

Opisu zakresu prac wskazanego w tym dokumencie nie sposób uznać za równoznaczny z opisem wymaganego doświadczenia i spełnieniem wymogu zawartego w pkt 5.5.1. lit. b tiret pierwsze SIWZ (wymiana systemu sterowania lub zabudowa nowego systemu sterowania turbiny).

Co więcej, na wskazanym dokumencie widnieją co prawda podpisy i pieczętki jakichś osób, ale nie jest jasne, kim są te osoby. ABB nie udowodnił, że załączony dokument pochodzi z umowy na „Modernizację regulatora TG1 w EDF SA Oddział w Krakowie”, brak jest bowiem w treści ww. harmonogramu jakiegokolwiek informacji, której umowy stanowi on część.

Niezależnie od tego, harmonogram ramowy nie dowodzi, że ABB faktycznie posiada zdolność techniczną i zawodową w zakresie wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej. Trudno bowiem uznać za tożsame z wymianą lub zabudową systemu sterowania takie usługi jak „inventaryzacja” czy też „testy i próby działania, udział w l-wszym uruchomieniu bloku”.

ABB w piśmie z dnia 29 marca 2018 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że zakres umowy na „Modernizację regulatora TG1 w EDF SA Oddział w Krakowie” obejmował wymianę starego układu regulatora turbiny parowej PROCONTROL P13 na nowy regulator turbiny Melody oraz, że na dowód powyższego załączył do oferty złożonej w postępowaniu protokół odbioru prac.

Skoro zatem zarówno protokół odbioru prac, jak i harmonogram ramowy nie zawierają informacji pozwalających na stwierdzenie, że w ramach usługi dla EDF Polska S.A. doszło do dokonania wymiany starego układu regulatora turbiny parowej na nowy regulator turbiny, to tym samym ABB nie wykazał spełnienia wymogu posiadania odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej warunkującej dopuszczalność udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom ABB, z protokołu nie wynika, że wykonawca dokonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wymiany systemu sterowania turbiny parowej na nowy.

Ad. 2. Niewykazanie przez ABB warunku udziału w postępowaniu doświadczenia w wykonaniu usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora

Usługa wskazana w pozycji 2 Wykazu usług miała wykazać spełnianie przez ABB warunku w zakresie dotyczącym doświadczenia w wykonaniu usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora.

Z opisu pozycji 2 wynika, że zadanie dotyczyło wyłącznie modernizacji układu AVR, co nie jest równoznaczne z dokonaniem wymiany lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora.

Wykonawca ABB stwierdził, że dokumentem potwierdzającym posiadanie zdolności technicznej i zawodowej w ww. zakresie jest „Załącznik nr 1 Opis przedmiotu zamówienia do Umowy na Odtworzenie układu wzbudzenia Unitroll 6080 bloku gazowo-parowego” dołączony do pisma ABB z dnia 29 marca 2018 r. Wg ABB z ww. załącznika wynika zakres usług, który świadczy o spełnieniu wymagania zawartego w SIWZ. Dokument ten zawiera jednak informacje o wykonanych przez ABB usługach, które nie są tożsame z wymaganiami zastrzeżonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższe daje asumpt do twierdzenia, że ABB nie spełnił wymagań z SIWZ, a zatem ABB powinien zostać wykluczony, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Ad. 3 Niewykazanie przez ABB braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanki wskazanej w 5.9 SIWZ

Zamawiający wskazał w SIWZ, że wykluczy wykonawcę, wobec którego otwarto likwidację lub w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne lub którego upadłość ogłoszono (pkt 5.9 SIWZ).

Wykonawca ABB złożył ofertę, w ramach której polega na zdolnościach osoby trzeciej, tj. spółki ABB S.p.A. musiał zatem wykazać, że ABB S.p.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Na potwierdzenie braku spełnienia przesłanki wykluczenia z postępowania dotyczącej otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości w stosunku do ABB S.p.A., wykonawca ABB przedłożył w postępowaniu zaświadczenie o rejestracji w Rejestrze Spółek (Camera di Commercio), w którym widnieje zapis, że „żadne oświadczenie o niewypłacalności nie zostało wprowadzone do rejestru spółek zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie”.

Ww. zdawkowa informacja nie może być równoznaczna z potwierdzeniem, że wobec ABB S.p.A. nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Zamawiający w piśmie z dnia 5 kwietnia 2018 r. zobowiązał ABB do przedłożenia zaświadczenia z Rejestru Spółek (Camera di commercio), z którego wynikać będzie brak wpisów dotyczących likwidacji bądź prowadzonego postępowania upadłościowego wobec ABB S.p.A. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że dokument załączony do oferty nie spełnia wymogów SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że z praktyki postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych z udziałem włoskich wykonawców wynika, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, każdorazowo składają oni odrębne zaświadczenie wydawane przez ww. Rejestr Spółek.

Stanowisko Zamawiającego potwierdzają również informacje z bazy e-Certis, z których wynika, że właściwym dokumentem dla włoskiego podmiotu potwierdzającym brak podstaw jego wykluczenia z powodu otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości, jest zaświadczenie z Camera di commercio (Certificate of the Chamber of Commerce with a statement on (no) existence of bankruptcy proceedings).

Zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w eCertis, „Dokument zawiera stwierdzenie, że spółka nie jest objęta postępowaniem upadłościowym. Ważność wygasa po 6 miesiącach od wydania dokumentu. Określa się, że jest to „migawka” zainteresowanego przedsiębiorstwa od daty wydania i że informacje podlegają możliwym zmianom przez spółkę, ilekroć wymaga tego prawo. Rejestr włoskiego kodeksu izb handlowych - Sprawdź kod QR: to nowy kod identyfikacyjny oficjalnych dokumentów Izby Handlowej. Dzięki tej usłudze każdy może zweryfikować równoważność między dokumentem znajdującym się w jego posiadaniu a przechowywanym w rejestrze handlowym w momencie wyodrębniania.”

W odpowiedzi na wezwanie, w piśmie z dnia 18 kwietnia 2018 r. ABB przedstawił „zaświadczenie z Wydziału do spraw upadłościowych Sądu w Mediolanie o braku wpisów dotyczących likwidacji i postępowania upadłościowego ABB S.p.A.” wraz z tłumaczeniem na język polski. Przedłożone zaświadczenie nie czyni jednak zadość żądaniu Zamawiającego i nie jest ono także dokumentem pochodzącym z Rejestru Spółek.

Nie jest to dokument, który został wskazany w bazie e-Certis, jako potwierdzający niepodleganie wykluczeniu ze względu na otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości. Brak także na nim kodu QR, który jest wskazywany w bazie e-Certis, jako szczególna cecha takiego dokumentu.

Wobec niespełnienia wymogu przedłożenia prawidłowego dokumentu dowodzącego braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie przesłanki wskazanej w pkt 5.9 SIWZ, uznać należy, że wykonawca ABB nie wykazał braku podstaw wykluczenia, a zatem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta w konsekwencji odrzucona.

Ad 4) Niezgodność treści oferty ABB z treścią SIWZ

Niezależnie od zarzutów opisanych powyżej w pkt 1-3, z ostrożności Odwołujący wskazał, że oferta ABB jest niezgodna z treścią SIWZ z następujących powodów:

1. Z przedstawionego schematu rozwiązania wynika, że zaoferowany przez ABB system nie spełnia podstawowych wymagań SIWZ (punkt 2.2 SIWZ) w zakresie redundancji (podwojenia), z uwagi w szczególności na:

a. brak redundantnych kontrolerów;

brak redundantnych zasilaczy 24 VDC;

b.c. brak redundantnych magistrali komunikacyjnych (pojedyncza magistrala, pojedynczy switch);

d. brak redundancji przełącznika sieciowego co wyraźnie wymagane jest w punkcie 2.2.1.2. 9 SIWZ.

2. Oferowany system nie obejmuje wymaganej liczby komputerów (punkt 2.2 SIWZ), a jedynie dostawę dwóch serwerów i jednej stacji antywirusowej. Pozostałe stacje robocze realizowane są (jak wynika ze schematu) jako wirtualne zadania implementowane na dostarczonych serwerach. Brak zatem wymaganych w SIWZ komputerów dla:

a. stacji operatorskiej TG - 1 szt,

b. stacji operatorskiej TS - 1 szt,

c. stacji inżynierskiej - 1szt,

d. stacji pomiarów specjalnych - 1szt,

3. Zgodnie z SIWZ pkt. 2.2.1.2 oferowany system powinien obejmować jedną wspólną szafę zabezpieczeń TS i TG. Na schemacie wyraźnie pokazane są dwie takie szafy co nie spełnia wymagań SIWZ.

4. Zgodnie z SIWZ pkt. 2.2.1.2a), Zamawiający preferuje system o architekturze pozwalającej na bezpośrednią komunikację stacji operatorskich ze stacjami procesowymi z wykluczeniem serwerów pośredniczących. Z przedstawionego schematu wynika, że zastosowano strukturę z serwerami pośredniczącymi.

5. Zgodnie z SIWZ pkt. 2.2.1.2e), oprócz magistrali systemowej nie dopuszcza się stosowania dodatkowych magistral do wymiany informacji na poziomie stacji operatorskich. Rozwiązanie z serwerami pośredniczącymi jak ma to miejsce w ofercie ABB nie spełnia tego wymagania.

6. Zgodnie z SIWZ pkt. 2.2.1.5, ABB zainstaluje monitory, klawiaturę, mysz (dla stacji operatorskich) w pomieszczeniu „Nastawnia BGP”, a za pomocą odpowiednio dobranego cyfrowego systemu kablowej transmisji sygnału zapewni przesłanie obrazu w standardzie Full HD i dźwięku (z możliwością miejscowej regulacji głośności niezależnej od systemu operacyjnego). Z przedstawionego schematu wynika, że wykonawca nie ujął w ofercie takiego systemu.

7. Ze schematu wynika, że oferta ABB nie obejmuje dostawy wymaganego monitora dla serwera konfiguracji i kopii zapasowej, co było wymagane w SIWZ pkt.2.2.1.6.

8. Ze schematu wynika, że oferta ABB nie obejmuje dostawy wymaganego komputera i monitora dla stacji inżynierskiej (SIWZ pkt.2.2.1.7).

9. Ze schematu wynika, że oferta ABB nie obejmuje dostawy wymaganego monitora dla stacji antywirusowej (SIWZ pkt.2.2.1.7).

10. Ze schematu wynika, że oferta ABB nie obejmuje dostawy wymaganego monitora dla serwera konfiguracji i kopii zapasowej (SIWZ pkt.2.2.1.8) - jeżeli miałby to być monitor wspólny z serwerem danych historycznych, to brak jest na rysunku odpowiedniego przełącznika sygnałów.

11. Brak jest także w ofercie ABB wymaganego w SIWZ (pkt. 2.2.1.12) zredundowanego układu komunikacyjnego połączenia systemu pomiarów specjalnych TG i TS i systemu zabezpieczeń TG i TS z systemami zewnętrznymi i wewnętrznymi SST.

12. Wg załączonego do oferty schematu oferta ABB nie obejmuje dostawy (brak na rysunku) istotnej części systemu SST, jaką jest układ wzbudzenia generatora (SIWZ pkt.2.2.3.2)

13. Wg załączonego w ofercie schematu, oferta ABB nie obejmuje dostawy (brak na rysunku) istotnej części systemu SST, jaką jest układ rozruchu generatora (SIWZ

pkt.2.2.3.3.)

Wykonawca ABB Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 18 maja 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutów zaniechania odrzucenia oferty ABB jako niezgodnej z SIWZ albo o oddalenie odwołania w całości oraz o dopuszczenie dowodów w postaci: pisma PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 1 w Krakowie z dnia 15 maja 2018 r. i pisma PGE GIEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Gorzów z dnia 15 maja 2018 r. - na okoliczność wykonania przez ABB usług potwierdzających doświadczenie wykonawcy w zakresie wykonania usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej oraz w zakresie wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora, a także o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty ABB z treścią SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 16 marca 2018 r. zakończył etap badania i oceny obu ofert pod kątem zaistnienia przesłanek do odrzucenia ofert, i w konsekwencji na podstawie pkt 6.2 SIWZ wezwał obu wykonawców do złożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe wezwanie wskazywało jednoznacznie, że żadna z dwóch złożonych ofert nie podlegała odrzuceniu, a zatem możliwe było przeprowadzenie aukcji elektronicznej, którą Zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu, w przypadku gdy co najmniej dwie oferty nie będą podlegały odrzuceniu. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca Emerson w dniu 28 marca 2018 r. zapoznał się z korespondencją prowadzoną przez Zamawiającego z wykonawcą ABB, w tym z treścią wezwania z dnia 16 marca 2018 r. Zamawiający potwierdził, że co prawda w dniu 23 kwietnia 2018 r. zostało wysłane do wykonawców zawiadomienie o zakończeniu oceny ofert i dokumentów złożonych w postępowaniu, z tym, że de facto pismo to dotyczyło zakończenia badania dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powołując się na orzecznictwo, Zamawiający podniósł, że termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty należy liczyć od dnia 16 marca 2018 r., a już na pewno od dnia 28 marca 2018 r., kiedy to wykonawca posiadał już pełną wiedzę o tym, że oferta ABB nie została odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że żądał w przedmiotowym postępowaniu złożenia wraz z ofertą schematu architektury oferowanego systemu sterowania, przy czym schemat należało rozumieć, zgodnie z definicją słownikową, jako „ogólny, wstępny szkic lub plan czegoś”, „uproszczony rysunek techniczny obiektu, układu lub urządzenia”. Zamawiający wyjaśnił, że nie określił stopnia szczegółowości schematu, miał on dotyczyć kluczowych elementów systemu, a gdyby wymagał opisu wszystkich rozwiązań i urządzeń przewidzianych w SIWZ, to zażądałby złożenia w ofercie szczegółowego opisu oferowanego systemu, a nie schematu. Wskazał dodatkowo, że po podpisaniu umowy z wykonawcą będzie on zobowiązany przedstawić Zamawiającemu projekt wykonawczy wraz ze „Szczegółową konfiguracją nowego systemu” (pkt 6.2.6.1. OPZ), zatem dopiero wówczas Zamawiający będzie wymagał szczegółowego opisu konfiguracji proponowanego systemu. Jedynie w celu dochowania staranności przy ocenie ofert, Zamawiający wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego w ofercie schematu. Zdaniem Zamawiającego, złożone przez wykonawców wyjaśnienia nie rozszerzają ani nie zmieniają treści złożonych ofert.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy ABB z powodu niespełniania warunku doświadczenia (zdolności technicznej lub zawodowej), Zamawiający wskazał, że w zakresie pozycji 1 Wykazu usług złożonego przez ABB wykonawca wskazał wykonanie usługi „Modernizacja regulatora turbiny TG1 w EDF Polska S.A. Oddział nr 1 w Krakowie”. Ponieważ ze złożonego Wykazu ani protokołu odbioru nie wynikało literalnie i wprost, że zadanie to obejmowało wymianę lub zabudowę systemu sterowania, Zamawiający wezwał wykonawcę ABB do złożenia wykazu usług wraz z załączeniem dowodów należytego wykonania. Wykonawca złożył pismo z dnia 30.03.2018 r. w którym oświadczył m.in. że zadanie wskazane w poz. 1 Wykazu dotyczy wymiany starego układu regulatora turbiny parowej na nowy regulator. Harmonogram ramowy potwierdzał, że zadanie zostało wykonane w zakresie wykonania projektów, dostawy, montażu i udziału w uruchomieniu. Protokół odbioru końcowego potwierdza, że wykonano dostawę montaż i uruchomienie. Zamawiający wskazał, że dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania zadania nie muszą zawierać szczegółowego wykazu wszystkich czynności i prac realizowanych w ramach danego zadania. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że ww.

zadanie było realizowane na rzecz Spółki z Grupy Kapitałowej Zamawiającego, wobec czego Zamawiający jest de facto w posiadaniu informacji dotyczących wykonania wskazanego zadania przez ABB. Na dowód Zamawiający przedstawił potwierdzenie wykonania prac wystawione przez PGE Energia Ciepła S.A. (poprzednio EDF Polska S.A.) z dnia 15 maja 2018 r. z którego wynika, że w ramach zadania ABB wykonał m.in. projekty wykonawcze, dostawy szafy Melody, modułów i osprzętu, demontaż i montaż szafy i modułów oraz brał udział w uruchomieniu. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że miał wiedzę o powyższym na etapie, gdy oceniał dokumenty złożone przez wykonawców a ww. pismo pozyskał w celu przedstawienia w toku rozprawy.

Zarzut niewykazania doświadczenia w wykonaniu usługi wymiany lub zabudowy systemu sterowania generatora Zamawiający uznał także za niezasadny. W Wykazie usług wykonawca ABB wskazał w pozycji 2 usługę „Modernizacja systemu AVR”. W związku z tym, że z treści wykazu i protokołu odbioru nie wynikało wprost, że zadanie dotyczyło wymiany lub zabudowy systemu sterowania generatora Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu wraz z załączeniem dowodów określających, czy zadanie zostało wykonane należycie w zakresie w pkt 5.1. lit.b tiret trzecie SIWZ. W odpowiedzi, pismem z dnia 30 marca 2018 r., wykonawca ABB złożył wyjaśnienia i załączył do ww. pisma Załącznik do Umowy na „Odtworzenie układu wzbudzenia Unitroll 6080 bloku gazowo-parowego”. Zakres zadania w poz. 2 Wykazu obejmował zabudowę nowego układu przekształcania mocy wraz z wykonaniem projektu oraz integrację układu z istniejącym systemem nadrzędnym, a dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie jest protokół odbioru usługi. Tym samym, na podstawie oświadczenia ABB, że wskazane w pkt 2 usługi dotyczą warunku określonego w pkt 5.1.lit.b tiret trzecie SIWZ oraz że ww. zadanie obejmowało zabudowę nowego układu przekształcania mocy wraz z wykonaniem projektu oraz integrację układu z istniejącym systemem nadrzędnym, załącznika do umowy, z którego wynika, że ww. zadanie obejmowało wykonanie projektów, demontaż, dostawy, zintegrowanie modernizowanego układu z istniejącym systemem i udział w uruchomieniu, protokołu odbioru usługi (str. 104 oferty), z którego wynika prawidłowa realizacja zadania, Zamawiający uznał, że wykonawca ABB potwierdził wykonanie usługi i tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że ww. zadanie wykonywane było na rzecz Oddziału Zamawiającego, stąd de facto Zamawiający jest zarówno w posiadaniu informacji dotyczących wykonania zadania przez ABB, jak i dokumentów potwierdzających należyte jego wykonanie. Na dowód Zamawiający przedstawił pismo Oddziału Zamawiającego (PGE GiEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Gorzów), z którego wynika określony zakres zadania.

Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie przesłanki określonej w pkt 5.9 SIWZ Zamawiający uznał za niezasadny. Wyjaśnił, że do oferty ABB dołączone zostało zaświadczenie z Rejestru Spółek (Camera di Commercio) dotyczące podmiotu udostępniającego wykonawcy potencjał, tj. ABB S.p.A., w którym znajduje się wpis: „potwierdza się również, że żadne oświadczenie o niewypłacalności nie zostało wprowadzone do rejestru spółek zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie”. Zamawiający powziął pewne wątpliwości co do tego, czy ww. zapis jest równoważny z potwierdzeniem, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości podmiotu i wezwał wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości ABB S.p.A. ewentualnie do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi wykonawca ABB przedłożył oświadczenie złożone przed notariuszem, że ww. podmiot nie jest bankrutem ani nie jest zaangażowany w żadne postępowanie sądowe dotyczące upadłości, ani nie znajduje się w stanie likwidacji. Zamawiający wezwał ABB do uzupełnienia zaświadczenia z Rejestru Spółek. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca ABB przedstawił zaświadczenie Sądu w Mediolanie - Wydziału ds. upadłościowych, w którym stwierdzono, że „[...] po weryfikacji rejestrów sądowych, nie odnotowano w okresie ostatnich pięciu lat, toczących się postępowań upadłościowych, postępowań układowych, przymusowej likwidacji administracyjnej lub ustanowienia zarządu nadzwyczajnego wyłącznie w zakresie orzeczeń wydanych przez tutejszy Sąd [...]”. Tym samym w oparciu o posiadane ww. dokumenty Zamawiający uznał, że wobec podmiotu ABB S.p.A. nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, a tym samym, że nie zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania określona w pkt 5.9 SIWZ. Zamawiający wskazał dodatkowo, że baza e-Certis ma charakter jedynie pomocniczy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca ABB skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) przedstawionych w odwołaniu.

Zarzuty niewykazania przez ABB spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej i generatora Izba uznała za niezasadne. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ABB, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, które w myśl ust. 1b pkt 3 Pzp mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. W pkt 5.5.1. lit.b SIWZ Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu, zastrzegając, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają odpowiednią zdolność techniczną i zawodową, tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali m.in. następujące usługi:

- usługę wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej o mocy co najmniej 20 MW i zakres tej usługi obejmował minimum: wykonanie projektu, dostawy elementów, montaż i prace programowe oraz uczestnictwo w rozruchu;

[...] oraz

- usługę wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora o mocy co najmniej 50 MW i zakres tej usługi obejmował minimum: wykonanie projektu, dostawy elementów, montaż i prace programowe oraz uczestnictwo w rozruchu.

Wykonawca ABB na potwierdzenie spełniania wymaganej SIWZ zdolności technicznej i zawodowej przedstawił w ofercie wymagany przez Zamawiającego w SIWZ - Wykaz wykonanych usług.

Usługa wskazana w pozycji 1 Wykazu (usługa dla EDF Polska SA) została przedstawiona na potwierdzenie spełniania warunku posiadania doświadczenia w zakresie wykonania usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej, tj. pkt 5.5.1.lit.b tiret pierwsze. Z treści dokumentów przedstawionych przez ABB wynika, że wykonawca wykazał spełnianie tego warunku. Fakt, że Wykaz usług zawiera lakoniczny opis (nazwę) projektu dla EDF jako „modernizacja regulatora turbiny” nie oznacza, że projekt ten nie obejmował „wymiany lub zabudowy systemu sterowania turbiny”. Opis prac wykonanych w ramach tego zadania podany w załączonych protokołach odbioru dla tej usługi (strony 100-103 oferty ABB) dotyczy szczegółowych czynności, które nie stoją w jakiegokolwiek sprzeczności z wykonaniem (wymianą lub zabudową) systemu sterowania oraz udziału w rozruchu. Odwołujący nie wykazał, że wskazane w protokole czynności nie są wykonywane w ramach referowanego zadania. Złożony przez wykonawcę Wykaz usług był przedmiotem wyjaśnień i uzupełnienia przez wykonawcę ABB na wezwanie Zamawiającego.

Pismem z dnia 29 marca 2018 r. wykonawca ABB złożył wyjaśnienia w zakresie Wykazu usług oraz dokumenty potwierdzające zakres wykonanych usług. Wskazał, że dokumentem potwierdzającym wykonanie usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej o mocy co najmniej 20 MW oraz zakres tej usługi jest Harmonogram Ramowy będący załącznikiem nr 3 do umowy na „Modernizację regulatora TG1 w EDF S.A. Oddział w Krakowie”. Wyjaśnił, że zakres obejmował wymianę starego układu regulatora turbiny parowej PROCONTROL P13 na nowy regulator turbiny Melody. Jako dowód należytego wykonania tego zadania wykonawca ABB powołał protokół odbioru prac dołączony do oferty.

Opis zakresu prac wskazany w Harmonogramie Ramowym jednoznacznie nawiązuje do zadania wskazanego w Wykazie usług przez wykonawcę ABB w celu wykazania spełnienia wymogu zawartego w pkt 5.5.1. lit.b tiret pierwsze SIWZ (wymiana systemu sterowania lub zabudowa nowego systemu sterowania turbiny parowej). Podpisy i pieczętki

widniejące na tym dokumencie zawierają wskazanie nazwisk i pełnionych funkcji. Według oświadczenia ABB, załączony dokument pochodzi z umowy na „Modernizację regulatora TG1 w EDF S.A. Oddział w Krakowie”. Powyższe nie budziło wątpliwości Zamawiającego, który posiadał wiedzę na temat realizacji tego projektu na rzecz Oddziału Zamawiającego. W tych okolicznościach Harmonogram ramowy złożony przez ABB wskazuje, że wykonawca wykazał posiadanie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej. Odwołujący nie wykazał, że taka usługa jak „inventaryzacja” czy też „testy i próby działania, udział w I-wszym uruchomieniu bloku” nie mogą być częścią składową usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania turbiny parowej/generatora. Złożony przez wykonawcę ABB protokół odbioru prac potwierdza natomiast należyte wykonanie zadania bez jakichkolwiek zastrzeżeń i uwag. Tym samym wykonawca ABB wykazał spełnienie wymogu posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej. Izba wzięła w tym miejscu pod uwagę dowód złożony przez Zamawiającego - pismo PGE Energia Ciepła S.A. z dnia 15 maja 2018 r. w zakresie potwierdzenia wykonania prac

modernizacyjnych regulatora turbiny TG1 na rzecz EDF Polska S.A. Oddział nr 1 w Krakowie przez ABB, które jednoznacznie wskazuje, że kwestionowane przez Odwołującego czynności opisane w Harmonogramie Rzeczowym - Kamienie Milowe stanowiły składowe czynności ww. zadania..

Jak już powyżej nadmieniono, nie potwierdził się także zarzut niewykazania przez wykonawcę ABB warunku doświadczenia w wykonaniu usługi wymiany systemu sterowania lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora, na potwierdzenie którego wykonawca przedstawił zadanie w pozycji 2 Wykazu usług (pkt 5.5.1.lit.b tiret trzecie SIWZ).

Z opisu pozycji 2 wynika co prawda, że wskazane zadanie dotyczyło modernizacji układu AVR, jednak jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie stoi to w sprzeczności z treścią warunku udziału - dokonaniem wymiany lub zabudowy nowego systemu sterowania generatora. W piśmie z dnia 29 marca 2018 r. wykonawca ABB wyjaśnił, że dokumentem potwierdzającym posiadanie zdolności technicznej i zawodowej w ww. zakresie jest „Załącznik nr 1 Opis przedmiotu zamówienia do Umowy na Odtworzenie układu wzbudzenia Unitroll 6080 bloku gazowo-parowego” dołączony do tego pisma. Z ww. załącznika wynika zakres usług, który świadczy o spełnieniu wymagania zawartego w SIWZ. Jak wyjaśnił zatem wykonawca, zakres prac tego zadania obejmował zabudowę nowego układu przekształcania mocy wraz z wykonaniem projektu oraz integrację układu z istniejącym systemem nadrzędnym. Jako dowód należytego wykonania tego zadania wykonawca ABB powołał protokół odbioru prac załączony w ofercie, który bez jakichkolwiek zastrzeżeń potwierdza należyte wykonanie tego zadania. Izba wzięła pod uwagę również, że dodatkowo dowód złożony przez Zamawiającego - pismo GiEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Gorzów Wlkp. z dnia 15 maja 2018 r. w zakresie potwierdzenia wykonania prac „Odtworzenie układu wzbudzenia Unitroll 6080 bloku gazowo-parowego” dla generatora turbiny GT8C w pełni potwierdza treść wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez wykonawcę ABB w powyższym zakresie.

Izba wskazuje, że zakres wymaganego zadania powinien znaleźć potwierdzenie w wykazie usług - a zatem w oświadczeniu wykonawcy. Nie ma potrzeby składania dokumentów potwierdzających dodatkowo wskazane przez wykonawcę informacje, chyba że zachodzą uzasadnione wątpliwości. Jednocześnie wykonawca, który w postępowaniu odwoławczym powyższe okoliczności faktyczne jest zobowiązany przedstawić dowodu, stosownie do brzmienia art. 190 ust. 1 Pzp, gdyż w przeciwnym razie jego zarzuty należy uznać za całkowicie gołosłowne. Dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania zadań wskazanych w Wykazie usług nie muszą zawierać sformułowań tożsamyh do użytych w treści warunku udziału opisanego w postępowaniu. Podkreślić należy, że referencje są składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie wyłącznie faktu należytego wykonania świadczeń, do których referują. Nie są to dokumenty, które mają potwierdzać zakres zadania sformułowany w sposób dokładnie oddający brzmienie warunku udziału w danym postępowaniu. Podkreślić należy przy tym, że referencje są zwykle wykorzystywane wielokrotnie w różnych postępowaniach, a nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania. Nie jest zatem możliwe, aby ich treść odpowiadała dokładnie treści warunków udziału w różnych postępowaniach, prowadzonych przez różnych zamawiających. Referencje muszą zawierać jedynie informacje pozwalające na identyfikację podmiotu, który zadanie wykonał, podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało wykonane, daty realizacji, ewentualnie wartość i przedmiot umowy oraz to, że zadanie zostało wykonane w sposób należyty.

W świetle treści Wykazu usług oraz dokumentów złożonych przez wykonawcę ABB w ofercie (wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie), a także wyjaśnień złożonych w piśmie z dnia 29 marca 2018 r. należało stwierdzić, że wykonawca ABB wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 5.1 lit.b tiret 1 oraz pkt 5.1 lit.b tiret trzecie SIWZ, co zostało potwierdzone bez wątpliwości przez

Zamawiającego, w oparciu o przedstawione przez niego na rozprawie dowody. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, stosownie do brzmienia art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp, nie wykazał, że wykonawca ABB nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w kwestionowanym w odwołaniu zakresie.

Zarzut niewykazania przez wykonawcę ABB braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie przesłanki wskazanej w 5.9 SIWZ w związku z art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający zawarł w pkt 5.9 SIWZ postanowienie, że wykluczy wykonawcę, wobec którego otwarto likwidację lub w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne lub którego upadłość ogłoszono.

Wykonawca ABB złożył ofertę, w ramach której polega na zdolnościach podmiotu trzeciego, tj. spółki ABB S.p.A. Stosownie zatem do treści postanowienia pkt 5.9 SIWZ był zobowiązany wykazać, że firma ABB S.p.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Na potwierdzenie braku spełnienia przesłanki do wykluczenia z postępowania dotyczącej otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości ABB S.p.A. wykonawca ABB przedłożył w ofercie zaświadczenie o rejestracji w Rejestrze Spółek (Camera di Commercio), w którym stwierdzono, że „żadne oświadczenie o niewypłacalności nie zostało wprowadzone do rejestru spółek zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie”.

W ocenie Izby nie ma podstaw do kwestionowania powyższego dokumentu, jako potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia spółki ABB S.p.A. z postępowania w związku z przesłankami wymienionymi w pkt 5.9 SIWZ. Jest to dokument zawierający informację, która choć ogólna, to nie pozostawia wątpliwości, że żadna procedura dotycząca otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości wobec tego podmiotu nie została wszczęta. Zamawiający z daleko posuniętej ostrożności, pismem z dnia 5 kwietnia 2018 r. wezwał wykonawcę ABB do przedłożenia odrębnego zaświadczenia z Rejestru Spółek (Camera di commercio), z którego wynikać miałby fakt braku wpisów dotyczących likwidacji bądź prowadzonego postępowania upadłościowego wobec ABB S.p.A. Jak wynika z odpowiedzi wykonawcy ABB na wezwanie z 16 marca 2018 r. - przy piśmie z dnia 29 marca 2018 r. złożył on oświadczenie z dnia 19 marca 2018 r. złożone przez osobę uprawnioną do reprezentacji Spółki przed notariuszem, że Spółka „nie jest bankrutem ani nie jest zaangażowane w żadne postępowanie sądowe dotyczące upadłości, ani ABB S.p.A. nie znajduje się w likwidacji.” Na kolejne wezwanie Zamawiającego, w dniu 18 kwietnia 2018 r. wykonawca ABB przedstawił dodatkowo „zaświadczenie z Wydziału do spraw upadłościowych Sądu w Mediolanie o braku wpisów dotyczących likwidacji i postępowania upadłościowego ABB S.p.A.” wraz z jego tłumaczeniem na język polski.

W świetle złożonych dokumentów, nie ma żadnych przesłanek by uznać, że wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w pkt 5.9 SIWZ, stosownie do art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. W ocenie Izby, wykonawca ABB przedstawił Zamawiającemu prawidłowy dokument na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia spółki ABB S.p.A. - zaświadczenie z Rejestru Spółek (Camera di Commercio), a tym samym wykazał, że nie wystąpiły przesłanki wykluczenia wskazane w pkt 5.9 SIWZ. W konsekwencji nie może mieć tu zastosowania przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, nakazujący odrzucenie oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ABB, której treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznała, że zarzut został podniesiony przez wykonawcę Emerson po upływie terminu określonego w ustawie (art. 182 ust. 3 Pzp), i z tego względu nie podlegał rozpoznaniu. Jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania, zarzut powyższy został podniesiony przez Odwołującego jedynie z ostrożności. Odwołujący na posiedzeniu prezentował stanowisko w sprawie KIO 809/18 (połączonej do wspólnego rozpoznania), że zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty Emerson przez Zamawiającego należy traktować na obecnym etapie jako spóźnione wobec zakończenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny przesłanek do odrzucenia ofert - w dniu 16 marca 2018 r. W tym zakresie ww. wykonawca poparł stanowisko Zamawiającego.

Izba podzieliła pogląd prezentowany przez Zamawiającego w tej sprawie, stwierdzając, że skoro wykonawca Emerson, poprzez zapoznanie się z korespondencją prowadzoną przez Zamawiającego z wykonawcą ABB, powziął w dniu 28 marca 2018 r. informację, że obie oferty (w tym oferta ABB) złożone w postępowaniu zostały przez Zamawiającego ocenione jako niepodlegające odrzuceniu, i Zamawiający, zgodnie z pkt 6.2 SIWZ wezwał w dniu 16 marca 2018 r. obu wykonawców do złożenia dokumentów na

potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznaczało, że wystąpiła sytuacja, w której wykonawcy po wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia mogą zostać zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej, to termin na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej rozpoczął bieg od tego dnia tj. od dnia 28 marca 2018 r., pomimo że w dniu 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o zakończeniu czynności oceny ofert i dokumentów złożonych na brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, która na tym etapie postępowania (po 16 marca 2018 r.) obejmowała de facto wyłącznie ocenę dokumentów złożonych przez obu wykonawców na potwierdzenie warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia.

W powyższym zakresie Izba oparła swoje stanowisko na wytycznych płynących z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 107/12, po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 6 grudnia 2012 r., „W sytuacji, gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).” Jak wynika z treści ww. uchwały, Sąd Najwyższy poddał analizie wzajemne relacje przepisów art. 182 ust. 1 i 2 do art. 182 ust. 3 Pzp, wskazując: „W ocenie Sądu Najwyższego, rozróżnienie zakresów stosowania art. 183 ustęp 1 i 3 p.z.p. nie powinno zależeć, jak optują zwolennicy dychotomicznego podziału, od zróżnicowania czynności, mogących stanowić podstawę odwołania, na takie, o których zamawiający ma prawny obowiązek poinformowania wykonawcy (do nich miałyby zastosowanie termin z art. 182 ustęp 1) i na czynności pozostałe, co do których takiego obowiązku ustawa nie przewiduje (art. 183 ustęp 3), lecz od tego, czy zamawiający przesłał wykonawcy informację o podjętych przez niego i zaskarżalnych czynnościach czy też nie dopełnił tej, spoczywającej na nim z mocy przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, powinności. Artykuł 182 ust. 1 p.z.p. wiąże początek biegu terminu do wniesienia odwołania na czynności zamawiającego z momentem przesłania wykonawcy informacji o czynności, mogącej stanowić podstawę odwołania. Z przepisu tego nie wynika przy tym, że dotyczy on wyłącznie czynności, co do których zamawiający ma obowiązek zawiadomienia wykonawcy. Wskazuje jedynie, że odwołanie wnosi się w określonych przez ten przepis terminach rozpoczynających swój bieg od „przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia”. Termin określony w art. 182 ust. 1 p.z.p. będzie miał zastosowanie również do (zaskarżalnych) czynności zamawiającego, co do których nie ma on obowiązku informowania wykonawcy, jeżeli przesłał on wykonawcy informację o tych czynnościach. Prezentowana wykładnia art. 182 ust. 1 p.z.p. pozwala na doprecyzowanie treści art. 182 ust. 3 p.z.p. Termin do wniesienia odwołania określony przez ten przepis będzie miał zastosowanie to tych zaskarżalnych czynności zamawiającego, co do których: 1) nie przesłał on wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu (art. 182 ust. 1); 2) nie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 182 ustęp 2). Termin do złożenia odwołania określony w art. 182 ust. 3 p.z.p. rozpocznie zatem swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego zaskarżalnych czynnościach, co do których (uprzednio) zamawiający nie przesłał informacji (art. 182 ust. 1 p.z.p.). Bez znaczenia jest przy tym to, czy czynności, o których uzyskał informację wykonawca należą do kategorii czynności objętych obowiązkiem informacyjnym czy też nie. Artykuł 182 ust. 3 p.z.p. ma zastosowanie wobec braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności zaskarżalnych podjętych w toku postępowania przetargowego. Takie rozumienie art. 182 ust. 3 p.z.p. potwierdza również uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. [...]. Przyjęta wyżej wykładnia art. 182 ust. 1 i 3 p.z.p., zapewnia szybkie i skuteczne zaskarżanie przez wykonawcę niekorzystnych dla niego czynności zamawiającego, szczególnie w sytuacji nie przesłania wykonawcy informacji o czynnościach zamawiającego mogących stanowić podstawę odwołania, a więc w przypadku nie wykonania przez zamawiającego obowiązku informacyjnego. Pozwala jednocześnie na racjonalne ograniczenie czasowe możliwości kwestionowania przez wykonawców czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowania przetargowego, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia szybkości tego postępowania i stabilności podejmowanych przez zamawiającego decyzji.”

W danym stanie faktycznym, wobec stwierdzenia, że oferta wykonawcy ABB nie podlega odrzuceniu, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, jako jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający nie naruszył także przepisu art. 91a ust. 1 Pzp, poprzez decyzję o zaproszeniu wykonawcy ABB do udziału w aukcji elektronicznej. Przepis ten stanowi, że jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Skoro oferta ABB nie podlega odrzuceniu, to tym samym są w postępowaniu złożone dwie oferty, a zatem przewidziana przez Zamawiającego w tym postępowaniu aukcja elektroniczna jest możliwa do przeprowadzenia.

Zamawiający nie naruszył w tym stanie rzeczy także art. 91b ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, poprzez uznanie, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, a zatem będą one uczestniczyły w aukcji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.