

Sygn. akt: KIO 2319/11  
2330/11  
2335/11  
2336/11

**WYROK**  
z dnia 14 listopada 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 26 października 2011 r. przez wykonawcę **Foster Wheeler Energia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 5**
- B. w dniu 27 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm : Energotechnika – Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach ul. Kozielska 18, AIUT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Wyczółkowskiego 113, AWBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Ogrodzieńcu, ul. Reja 4 i Innowacyjne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Francuska 35/37**
- C. w dniu 27 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1**
- D. w dniu 27 października 2011 r. przez wykonawcę **Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Grupę Energetyczną Elektrownia Opole Spółka Akcyjna w Brzeziu, ul. 1 Maja 63 bud. adm. pok. 513**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2319/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2319/11 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2330/11 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2330/11 po stronie zamawiającego
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2335/11 po stronie zamawiającego
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2336/11 po stronie zamawiającego

- G. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2336/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołania **Foster Wheeler Energia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 5, Konsorcjum firm : Energotechnika – Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach ul. Kozielska 18, AIUT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Wyczółkowskiego 113, AWBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Ogrodzieńcu, ul. Reja 4 i Innowacyjne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Francuska 35/37, Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1, Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzyć czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17** oraz przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu uwzględnić wnioski wykonawców **Foster Wheeler Energia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 5, Konsorcjum firm : Energotechnika – Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach ul. Kozielska 18, AIUT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Wyczółkowskiego 113, AWBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Ogrodzieńcu, ul. Reja 4 i Innowacyjne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Francuska 35/37, Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11,**
2. kosztami postępowania obciąża **Polską Grupę Energetyczną Elektrownia Opole Spółka Akcyjna w Brzeziu, ul. 1 Maja 63 bud. adm. pok. 513** i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A** koszty w wysokości 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Foster Wheeler Energia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 5**
- B** koszty w wysokości 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm : Energotechnika – Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach ul. Kozielska 18, AIUT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Wyczółkowskiego 113, AWBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Ogrodzieńcu, ul. Reja 4 i Innowacyjne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Francuska 35/37,**
- C** koszty w wysokości 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1**
- D** koszty w wysokości 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11**

2.3. dokonać wpłaty kwoty 67 200 zł 00gr (słownie: sześćdziesiąt siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

- A** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Polską Grupę Energetyczną Elektrownia Opole Spółka Akcyjna w Brzeziu, ul. 1 Maja 63 bud. adm. pok. 513 na rzecz Foster Wheeler Energia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego,
- B** kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Polską Grupę Energetyczną Elektrownia Opole Spółka Akcyjna w Brzeziu, ul. 1 Maja 63 bud. adm. pok. 513 na rzecz Konsorcjum firm : Energotechnika – Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach ul. Kozielska 18, AIUT spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Wyczółkowskiego 113, AWBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Ogrodzieńcu, ul. Reja 4 i Innowacyjne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Francuska 35/37 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego,

**C** kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Polską Grupę Energetyczną Elektrownia Opole Spółka Akcyjna w Brzeziu, ul. 1 Maja 63 bud. adm. pok. 513** na rzecz **Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego

**D** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Polską Grupę Energetyczną Elektrownia Opole Spółka Akcyjna w Brzeziu, ul. 1 Maja 63 bud. adm. pok. 513** na rzecz **Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego,

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

Przewodniczący: .....

**Sygn. akt: KIO 2319/11**  
**2330/11**  
**2335/11**  
**2336/11**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Redukcję emisji NOx poniżej 200 mg/Nm<sup>3</sup> na blokach nr 1, 2 i 4 metodami niekatalicznymi w PGE Elektrownia Opole S.A.” zostało wszczęte przez zamawiającego Polską Grupę Energetyczną Elektrownia Opole Spółkę Akcyjną w siedzibą w Brzeziu, ul. 1 Maja 63 bud. adm. pok. 513, ogłoszeniem o zamówieniu publicznym w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lipca 2011r. za numerem 2011/S 129 – 214737.

W dniu 17 października 2011r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) następujących wykonawców: Foster Wheeler Energia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 5, Konsorcjum firm : Energotechnika – Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach ul. Kozielska 18, AIUT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Wyczółkowskiego 113, AWBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Ogrodzieńcu, ul. Reja 4 i Innowacyjne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Francuska 35/37 oraz Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11 wskazując, że wykonawcy Ci nie wykazali się spełnieniem warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wymaganym przez zamawiającego, zgodnie z Sekcją III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu, gdyż nie wykazali, iż wykonywali w ramach modernizacji kotła lub wykonania instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalicznymi dla kotła parowego montaż takiego kotła. Nadzór nad montażem nie jest samodzielnym wykonaniem roboty. Zamawiający poinformował także, iż do dalszego etapu postępowania zakwalifikowali się wykonawcy :Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu

„Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1 oraz Konsorcjum Firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17.

### **Sygn. akt KIO 2319/11**

W dniu 26 października 2011r. wykonawca Foster Wheeler Energia Polska Sp. z o. o.- dalej odwołujący Foster złożył odwołanie na czynność błędnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez uznanie, że zadania referencyjne przedstawione przez odwołującego w wykazie zadań jako załączniku do wniosku odwołującego z dnia 8.08.2011 roku nie spełniają wymagań zamawiającego podanych w ogłoszeniu w zakresie „zrealizowania zamówienia na modernizację kotła (...) i w rezultacie wykluczenie odwołującego z dalszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

Odwołujący Foster zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w rezultacie wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie, że w ocenie zamawiającego złożone przez odwołującego dokumenty we wniosku z dnia 08.08.2011 roku wraz z wyjaśnieniami z dnia 05.10.2011 roku nie potwierdzały spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, mimo iż że sformułowania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny tych warunków nie wynikało, aby „realizacja modernizacji kotłów” obejmowała także wykonanie prac montażowych;
- 2) art. 7 PZP poprzez dokonanie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o nakazanie unieważnienia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia odwołującego, powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowania przez wykonawców i w jego wyniku uznanie, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kwalifikuje się do dalszego etapu postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący Foster wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykluczony został z dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Poprzez niepodanie przez zamawiającego jako jednego z warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu realizacji prac montażowych objętych przedmiotem zamówienia, odwołujący pozbawiony został możliwości należytej ochrony swoich praw. Wskazał, że zgodnie z ogłoszeniem wymogiem było, aby wykonawcy, którzy „posiadają niezbędną wiedzę i

doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie na modernizację kotła lub wykonanie instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalicznymi, dla kotła parowego o wydajności >650 Mg pary/h, opalanego pyłem węgla o wartości opałowej < 19 MJ/kg, w wyniku której osiągnięto metodami niekatalicznymi poziom emisji NOx < 230 mg/M3. Na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający żądał złożenia wykazu prac zrealizowanych wg w/w kryterium.

Odwołujący Foster taki wykaz załączył do swojego wniosku. W dniu 1 września 2011r. zamawiający wezwał go do wyjaśnień Części technicznej Wniosku w Części technicznej w pkt.2.1. Wykaz zrealizowanych zamówień. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący pismem z dnia 15.09.2011 roku złożył m. in. dokument w postaci Wykazu zrealizowanych modernizacji kotłów lub wykonanych instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalicznymi, w wyniku której osiągnięto trwale poziom emisji NOx < 230 mg/Nm3.

Zamawiający pismem z dnia 30.09.2011 roku poinformował odwołującego, iż w jego ocenie „z załączonych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań nie wynika jednoznacznie, jakiego rodzaju prace dla każdej pozycji Wykazu były w zakresie zadań Wykonawcy”, w związku z czym wniósł o szczegółowe wyjaśnienie do każdej pozycji wymienionej w Wykazie „które prace wchodzące w zakres realizacji modernizacji tj. projektowanie, dostawy, montaż, uruchomienie, były w zakresie zadań Wykonawcy, za realizację których ponosił odpowiedzialność...”. Odwołujący Foster takie wyjaśnienie złożył w dniu 5 października 2011r. wskazując, że prace te obejmowały: "dokumentację, dostawy, nadzór nad montażem, rozruch i optymalizację". Dodatkowo wyjaśnił znaczenie poszczególnych prac wchodzących w skład tego zakresu, w tym m.in. wskazał, że przez „nadzór nad montażem należy rozumieć "wydanie zaleceń i instrukcji montażu instalacji oraz nadzorowanie całego procesu montażu instalacji, który wykonany został przez Zamawiającego". W dniu 17 października 2011r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu odwołującego Foster z postępowania, gdyż zamawiający wymagał, aby prace wchodzące w skład realizacji modernizacji tj. projektowanie dostawy, montaż, uruchomienie, były w zakresie zadań wykonawcy, za które ponosił odpowiedzialność. Zdaniem zamawiającego zakres prac, które wykonywał odwołujący nie obejmował prac montażowych, a jedynie nadzór nad montażem, zatem były one poza zakresem obowiązków Wykonawcy. W ocenie odwołującego Foster, takie stanowisko zamawiającego jest niezasadne, gdyż z literalnego brzmienia treści ogłoszenia nie wynikał obowiązek wykazania się doświadczeniem wykonania prac montażowych. Odwołujący przedłożył wykaz tych prac, które stanowiły realizację modernizacji kotła przy zastosowaniu technologii redukcji emisji



NOx, na dowód całkowitego wykonania zadań objętych tą modernizacją, a w dalszych wyjaśnieniach i uzupełnieniach do Wniosku Odwołujący wykazał, że nadzorowanie całego procesu montażu, w tym wydanie zaleceń i instrukcji, w istocie stanowiło realizację prac montażowych. Odwołujący był podmiotem w pełni odpowiedzialnym za sfinalizowanie wszystkich etapów i zadań w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji.

Ponadto należy wskazać, że w analogicznym postępowaniu z 2007 roku o udzielenie zamówienia o wykonanie usługi o takim samym zakresie. Zamawiający użył podobnych kryteriów oceny wniosków i na tej samej podstawie uwzględnił wówczas wniosek odwołującego mimo posługiwania się przez niego tymi samymi referencjami, co w postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem i zakwalifikował go do dalszego udziału.

Ponadto nawet niewykonanie montażu nie przesądza o braku realizacji zadania jakim jest wykonanie instalacji redukcji tlenków azotu - z uwagi na specyfikę tego typu projektu .

Istotnym, według odwołującego Foster, jest fakt, że Zamawiający sformułował ogłoszenie o zamówieniu w sposób, który nie zawierał konieczności przeprowadzenia montażu, a wykluczył odwołującego na tej podstawie, której nie sprecyzował jako warunku udziału potencjalnych wykonawców w zamówieniu. Powyższe stanowisko zamawiającego wprowadzało lub mogło wprowadzić w błąd potencjalnych wykonawców, co do kryterium oceny wniosków, ponieważ wymóg osobistego wykonania montażu, jako jednej z czynności składającej się na zakres prac objętych zamówieniem pojawił się dopiero w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z dalszego postępowania. Na poparcie swojego stanowiska powołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 czerwca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1582/06, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 lipca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1969/06, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 60/09. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji łącznej, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 października 2011r.

W dniu 27 października 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 października 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli swój udział Konsorcjum firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17 wskazując, iż interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego wynika z faktu zakwalifikowania przystępującego Fortum do dalszego postępowanie. Przystępujący stwierdził, że pismo odwołującego zawiera błędną ocenę działań zamawiającego. Wymóg

zamawiającego odnośnie posiadania odpowiednich referencji znany był już na etapie ogłoszenia o postępowaniu i odwołujący nie wniósł wtedy odwołania od treści Ogłoszenia zgodnie z art. 182 ust.2 PZP. Przystępując do postępowania odwołujący akceptował warunki postępowania. Zamawiający w ogłoszeniu o postępowaniu wymagał wykazania się „zrealizowaniem, co najmniej jednego zamówienia na modernizację kotła lub wykonanie instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi...”. Jest rzeczą oczywistą, że realizacji takiej modernizacji lub wykonania instalacji, musi zawierać również jej montaż. W przeciwnym razie nie jest to całościowa realizacja modernizacji lub dostawa instalacji. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 sierpnia 2011r. udzielonego przez lidera Konsorcjum Fortum Power and Heat Oy i podpisanego przez dwóch prokurentów, ujawnionych w Rejestrze Handlowym Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w Finlandii. Lider działa na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego podpisanego przez obu członków konsorcjum, przy czym za Polimex – Mostostal S.A. przez pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z 27 lipca 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Pełnomocnictwo konsorcjalne i pełnomocnictwo z 27 lipca 2011r. zawierają upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu .

W 31 października 2011r. (30 października 2011r. – niedziela dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli swój udział Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1 – dalej przystępujący Nalco, wskazując, iż wnoszą o oddalenie odwołania. Przystępujący Nalco uznał czynności zamawiającego za prawidłowe i zgodne z prawem i nie znalazł żadnych zaniechań z jego strony lub nadużycia prawa.. Przystępujący Nalco podniósł, że posiada interes w przystąpieniu, gdyż uwzględnienie odwołania spowodowałoby dopuszczenie do udziału wykonawców, który nie posiadają odpowiednich przymiotów niezbędnych do udziału w wspomnianym postępowaniu, co byłoby naruszeniem art. 7 PZP i wydatnie mogłoby zmniejszyć się do możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego powodując w konsekwencji poniesienie szkody przez przystępującego. Kopię przystąpienia przystępujący Nalco przekazał zamawiającemu w dniu 31 października 2011r. zamawiającemu drogą elektroniczną, a odwołującemu faksem. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych mu przez każdego z partnerów konsorcjum : przez Nalco w dniu 3 sierpnia 2011r. podpisane przez członka zarządu

upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS, oraz przez Remak Rozruch S.A. z dnia 29 lipca 2011r. podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

W dniu 8 listopada 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Podniósł, że zadania referencyjne przedstawione przez odwołującego Foster w wykazie załączonym do wniosku z dnia 8 sierpnia 2011r. nie spełniają wymagań zamawiającego podanych w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie zrealizowania zamówienia na modernizację kotła, gdy w referencjach tych odwołujący Foster odpowiedzialny był jedynie za nadzór nad montażem, a montaż był wykonywany przez inny podmiot prawny nie będący podwykonawcą odwołującego. Wykonanie prac montażowych to według zamawiającego umowa o dzieło, natomiast nadzór nad montażem to umowa o świadczenie usług. O ile przy umowie o dzieło wykonawca odpowiada za rezultat, o tyle przy umowie o świadczenie usług wyłącznie za brak należytej staranności. Tym samym wykonawca nie wykazał, że zrealizował modernizację. Realizacja oznacza wykonanie całego zakresu prac, na które składają się projektowanie, dostawy, montaż i uruchomienie. Wykonawca nadzorując montaż nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania prac montażowych i z tego względu nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

#### **Sygn. akt KIO 2330/11**

W dniu 27 października 2011r. Konsorcjum firm : Energotechnika – Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach ul. Kozielska 18, AIUT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Wyczółkowskiego 113, AWBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Ogrodzieńcu, ul. Reja 4 i Innowacyjne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLIN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Francuska 35/37 wniosło odwołanie. Odwołujący EESA zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, oraz z ostrożności procesowej jeśli zamawiający dokonał już czynności zaproszenia do składania ofert wstępnych (na podstawie art. 57 ust. 2 ustawy), art. 57 ust. 2 ustawy poprzez bezprawne zaniechania zaproszenia do złożenia oferty wstępnej Konsorcjum EESA. Wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z ostrożności procesowej zaproszenie do złożenia oferty wstępnej Konsorcjum EESA. Wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w jego ocenie wykazał spełnienie postawionych przez zamawiającego warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu ergo powinien zostać zaproszony do kolejnego etapu

postępowania tj. do złożenia oferty wstępnej. Tylko w ten sposób Konsorcjum EESA ma szansę złożenia oferty najkorzystniejszej i uzyskania zamówienia. Może ponieść szkodę - będącą wynikiem naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy - w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący powołał treść sekcji III.2.3) ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu (Zdolność techniczna).

Ocena spełniania tego warunku miała być dokonana na podstawie wykazu zrealizowanych zamówień. W wykazie należało podać:

- zakres prac wykonanych przez wykonawcę w ramach każdego zadania,
- nominalną wydajność kotła w Mg pary/h i nominalną moc bloku brutto w MWe,
- poziom emisji NOx kotła przed modernizacją wyrażony w mg/Nm<sup>3</sup>,<sup>2</sup>,
- osiągnięty po modernizacji średnio-godzinowy poziom emisji NOx wyrażony w mg/Nm<sup>3</sup> dla nominalnej mocy bloku brutto,
- rodzaj paliwa spalane w kotle i jego wartość opałową w MJ/kg,
- datę przyjęcia instalacji redukcji NOx do eksploatacji,
- nazwę użytkownika (odbiorcy zadania), lokalizację zadania i wskazanie osoby ze strony użytkownika mogącej udzielić informacji na temat eksploatacji instalacji.

Dodatkowo do wykazu należało załączyć dokumenty, z których będzie wynikało, że zadania te zostały należycie. Odwołujący m. in. w ramach wykazu wykazał wyniki modernizacji trzech kotłów typu EP-650-137 o numerach 4, 5 i 8 w celu redukcji emisji tlenków azotu (NOx) w Elektrowni Połaniec SA. GDF SUEZ Energia Polska w latach 2006 - 2010, które zostały wykonane przez INNOWACYJNE PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE POLIN Sp. z o.o. we współpracy ze spółką ENERGOTECHNIKA - ENERGOROZRUCH S.A.

Zakres prac realizowany przez INNOWACYJNE PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE POLIN Sp. z o.o. obejmował każdorazowo dla ww. kotłów:

- opracowanie koncepcji modernizacji wraz z udostępnieniem technologii i know-how,
- wykonanie prac projektowych,
- regulację i optymalizację pracy kotła po wprowadzeniu instalacji niskoemisyjnej,
- nadzór nad każdym etapem modernizacji.

Do wykazu wykonanych przez Konsorcjum EESA zamówień zostały załączone odpowiednie dokumenty (listy referencyjne), z których wynika, że zamówienia ujęte w wykazie zostały należycie wykonane.

Pismem z dnia 1 września 2011 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy wezwał odwołującego EESA do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Zgodnie z treścią ww. pisma, Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie żadne ze wskazanych w wykazie zamówień nie spełnia wymagań określonych w sekcji III.2.3) ogłoszenia o

zamówieniu jak również podniósł brak wymienienia w treści wykazu wykonanych zamówień jednoznacznej informacji, że osiągnięto po modernizacji średnio - godzinowy poziom emisji NOx < 230 mg/Nm<sup>3</sup> dla nominalnej mocy bloku brutto wyrażonej w MWe. Ponadto zdaniem Zamawiającego, żaden z - załączonych do wykazu wykonanych zamówień - listów referencyjnych nie potwierdzał należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo podniósł, że w zakresie prac realizowanych przez Odwołującego był nadzór nad wykonawstwem, a nie wykonawstwo. Zamawiający wytknął również odwołującemu, że nie wskazał on osób mogących udzielić informacji o zrealizowanych instalacjach. W odpowiedzi na powyższe pismo, odwołujący w określonym przez zamawiającego terminie, przekazał:

- wypełniony - zgodnie z rekomendacją Zamawiającego - wykaz zrealizowanych zamówień, gdzie jednoznacznie określono wymagane przez zamawiającego parametry;
- uzupełniający list referencyjny, potwierdzający prawidłowość wykonania wszystkich trzech ujętych w wykazie zamówień;
- dane osób, które mogą udzielić informacji o zrealizowanych instalacjach (uprzednio wskazane na stronie 152 wniosku Konsorcjum EESA).

Ponadto, w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego, iż w zakresie prac realizowanych przez odwołującego był nadzór nad wykonawstwem a nie wykonawstwo, Konsorcjum EESA wskazało, że umowy realizacyjne obejmowały wykonawstwo w zakresie:

- koncepcji,
- projektu technicznego i wykonawczego,
- nadzoru nad prefabrykacją, demontażami oraz montażami,
- uruchomienia instalacji,
- regulacji pracy zespołów młynowych,
- optymalizacji pracy paleniska,
- sprzedaży know-how.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że całość wiedzy i umiejętności technicznych związanych z technologicznymi zagadnieniami niskoemisyjnego spalania leżała po stronie Konsorcjum EESA, natomiast na życzenie zleceniodawcy zamówień referencyjnych, prace związane z prefabrykacją, demontażami i montażami realizowały spółki zależne zleceniodawcy (głównie ELPOREM Sp. z o.o. oraz ELPOAUTOMATYKA Sp. z o.o.) pod ścisłym nadzorem odwołującego. Pomimo tych wyjaśnień zamawiający wykluczył odwołującego EESA, gdyż wskazane przez niego doświadczenia nie wypełniają formuły „zrealizowania zamówienia na modernizację kotła” gdyż odwołujący był odpowiedzialny jedynie za nadzór nad wykonawstwem, a wykonanie modernizacji powierzono innym wykonawcom. Odwołujący EESA podniósł, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający nie sprecyzował w treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, aby prace wchodzące w zakres realizacji modernizacji, tj. projektowanie, dostawy, montaż, uruchomienie, były w zakresie zadań

wykonawcy, za które ponosił odpowiedzialność. W ocenie odwołującego definiowanie na etapie oceny dokumentów złożonych wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, elementów treści warunku udziału w postępowaniu należy uznać za niedopuszczalne i godzące w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Zamawiający w żadnym miejscu ogłoszenia, nie sprecyzował co rozumie przez „modernizację” i jakie elementy powinna ona zawierać. Jeżeli Zamawiający oczekiwał, iż „modernizacja” będzie oznaczała/zawierała takie czynności jak: projektowanie, dostawy, montaż, uruchomienie to powinien to wyraźnie i jednoznacznie ująć w treści ogłoszenia. Należy bowiem zaznaczyć, że określenie „modernizacja” nie zostało zdefiniowane w żadnym z aktów prawnych istotnych z punktu widzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego. Przy interpretacji „modernizacji” można posłużyć się np. definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, modernizacja to „unowocześnienie i usprawnienie czegoś” (<http://sjp.pwn.pl>). Na marginesie można dodać, że w polskim prawie określenie „modernizacja” występuje wyłącznie w art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 ze zm.). Na gruncie przepisów o rachunkowości modernizacja to ulepszenie, które powiększa wartość początkową środka trwałego i jednocześnie nie jest: rozbudową, przebudową lub rekonstrukcją. Również przepisy prawa budowlanego nie używają pojęcia „wykonanie” i „modernizacja”. Wobec użycia przez zamawiającego określenia z języka potocznego, należy przyjąć, że zamawiający określił zakres doświadczenia w sposób możliwie najszerszy (zgodnie z zasadą ugruntowaną w orzecznictwie zarówno Zespołu Arbitrów jak i Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), że wątpliwości odnośnie postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ należy rozstrzygać w sposób korzystny dla wykonawców). Na poparcie swojego stanowiska odwołujący EESA powołał wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 809/11.

Zdaniem odwołującego użycie przez zamawiającego alternatywy łącznej dla „modernizacji” lub „wykonania” pozwala przyjąć, że modernizacja może nie zawierać wszystkich prac związanych z wykonaniem instalacji na danym obiekcie (kotle). Jeżeliby bowiem zamawiający nie rozróżniał znaczenia „modernizacji” i „wykonania” to użycie dwóch sformułowań w treści warunku byłoby bezcelowe. W ocenie odwołującego EESA wykonanie instalacji oznacza wykonanie, projektu, prefabrykację, montaż oraz optymalizację, natomiast na wykonanie modernizacji składa się projekt, nadzór nad prefabrykacją i montażem oraz optymalizacja. Podkreślił, że w wykazywanych zadaniach za uzyskanie wymaganego celu odpowiadała spółka INNOWACYJNE PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE POLIN Sp. z o.o. w całej rozciągłości. Oznacza to, że odpowiedzialność wykonawcy obejmowała efekt wszystkich prac, łącznie z montażem i prefabrykacją elementów (w zakresie ww. umowy był nadzór nad montażem według własnego projektu) czyli faktycznie wykonywane było to w taki sam sposób jak inne modernizacje prowadzone „pod klucz” z tą tylko różnicą,

że wykonawcy prac montażowych otrzymali wynagrodzenie bezpośrednio od Elektrowni Połaniec S.A. Odwołujący EESA z ostrożności podniósł, że spełniając faktycznie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, powinien zostać zaproszony do kolejnego etapu postępowania - złożenia oferty wstępnej, czego zaniechał zamawiający. Odwołanie zostało podpisane przez lidera konsorcjum tj. przez dwóch członków zarządu lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji łącznej. Lider Energotechnika – Energorozruch S.A. działa na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 1 sierpnia 2011r. udzielonego przez partnerów konsorcjum i podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentacji każdego z członków konsorcjum, zgodnie z załączonymi do odwołania odpisami z KRS.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 października 2011r. drogą elektroniczną.

W dniu 28 października 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31 października 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli swój udział Konsorcjum firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17 wskazując, iż interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego wynika z faktu zakwalifikowania przystępującego Fortum do dalszego postępowanie. Przystępujący stwierdził, że pismo odwołującego zawiera błędną ocenę działań zamawiającego. Wymóg zamawiającego odnośnie posiadania odpowiednich referencji znany był już na etapie ogłoszenia o postępowaniu i odwołujący nie wniósł wtedy odwołania od treści Ogłoszenia zgodnie z art. 182 ust.2 PZP. Przystępując do postępowania odwołujący akceptował warunki postępowania. Zamawiający w ogłoszeniu o postępowaniu wymagał wykazania się „zrealizowaniem, co najmniej jednego zamówienia na modernizację kotła lub wykonanie instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi...”. Jest rzeczą oczywistą, że realizacji takiej modernizacji lub wykonania instalacji, musi zawierać również jej montaż. W przeciwnym razie nie jest to całościowa realizacja modernizacji lub dostawa instalacji. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 sierpnia 2011r. udzielonego przez lidera Konsorcjum Fortum Power and Heat Oy i podpisanego przez dwóch prokurentów, ujawnionych w Rejestrze Handlowym Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w Finlandii. Lider działa na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego podpisanego przez obu członków konsorcjum, przy czym za Polimex – Mostostal S.A. przez pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z 27 lipca 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do

jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Pełnomocnictwo konsorcjalne i pełnomocnictwo z 27 lipca 2011r. zawierają upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu .

W 31 października 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli swój udział Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1 – dalej przystępujący Nalco, wskazując, iż wnoszą o oddalenie odwołania. Przystępujący Nalco uznał czynności zamawiającego za prawidłowe i zgodne z prawem i nie znalazł żadnych zaniechań z jego strony lub nadużycia prawa.. Przystępujący Nalco podniósł, że posiada interes w przystąpieniu, gdyż uwzględnienie odwołania spowodowałoby dopuszczenie do udziału wykonawców, którzy nie posiadają odpowiednich przymiotów niezbędnych do udziału w wspomnianym postępowaniu, co byłoby naruszeniem art. 7 PZP i wydatnie mogłoby zmniejszyć się do możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego powodując w konsekwencji poniesienie szkody przez przystępującego. Kopię przystąpienia przystępujący Nalco przekazał zamawiającemu w dniu 31 października 2011r. zamawiającemu drogą elektroniczną, a odwołującemu faksem. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych mu przez każdego z partnerów konsorcjum : przez Nalco w dniu 3 sierpnia 2011r. podpisane przez członka zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS, oraz przez Remak Rozruch S.A. z dnia 29 lipca 2011r. podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

W dniu 8 listopada 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Podniósł, że zadania referencyjne – modernizacja trzech kotłów typu EP - 650-137 o numerach 4, 5 i 8 w celu redukcji emisji tlenków azotu (NOx) w Elektrowni Połaniec SA GDF SUEZ Energia polska w latach 2006-2010, przedstawione przez odwołującego EESA w wykazie załączonym do wniosku z dnia 8 sierpnia 2011r. nie spełniają wymagań zamawiającego podanych w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie zrealizowania zamówienia na modernizację kotła, gdy w referencjach tych odwołujący EESA odpowiedzialny był jedynie za nadzór nad montażem, a montaż był wykonywany przez inny podmiot prawny nie będący podwykonawcą odwołującego. Wykonanie prac montażowych to według zamawiającego umowa o dzieło, natomiast nadzór nad montażem to umowa o świadczenie usług. O ile przy umowie o dzieło wykonawca odpowiada za rezultat, o tyle przy umowie o świadczenie usług wyłącznie za brak należytej staranności. Tym samym wykonawca nie wykazał, że zrealizował



modernizację. Realizacja oznacza wykonanie całego zakresu prac, na które składają się projektowanie, dostawy, montaż i uruchomienie. Wykonawca nadzorując montaż nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania prac montażowych i z tego względu nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

### **Sygn. akt KIO 2335/11**

W dniu 27 października 2011r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum w składzie. Nalco Mobotec Polska sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” S.A. (dalej „Odwołujący Nalco”). Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:

A. zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Fortum z postępowania z uwagi na brak wykazania prawidłowego umocowania pana Stanisława B. do działania w imieniu całego Konsorcjum Fortum oraz w konsekwencji podpisania i złożenia wniosku przez osobę, która przekroczyła swoje umocowania i nie była uprawniona do reprezentowania całego Konsorcjum Fortum, do czego zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) PZP;

B. zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Fortum z postępowania z uwagi na brak przedstawienia dokumentu - wydanego przed organy administracji/sądowe w Finlandii potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Oy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości i uznanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Finlandii;

C. zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Fortum z postępowania z uwagi na brak przedstawienia dokumentu - wydanego przed organy administracji/sądowe w Finlandii potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Oy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne/nie figuruje w rejestrze skazanych, i uznanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Finlandii; alternatywnie zaniechania wezwania Konsorcjum Fortum Oy od uzupełnienia rzeczzonego dokumentu.

Odwołujący Nalco zarzucił zamawiającemu :

A. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 23 ust. 2 PZP, art. 14 PZP w zw. z art. 103 i 104 k.c. poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Fortum z postępowania z uwagi na przekroczenie umocowania przez dalszego pełnomocnika pana Stanisława B. do reprezentowania Konsorcjum Fortum w dniu podpisania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

B. naruszenie §4 ust.1 pkt) 1 ppkt. a) i ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. z 2009r. Nr 226, poz. 1817) (dalej „rozporządzenie”), które miało zastosowanie do przedmiotowego postępowania w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4) PZP, poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż w Finlandii nie wydaje się dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Oy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości; i zaakceptowanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Finlandii;

C. naruszenie §4 ust.1 pkt) 1 ppkt. b) i ust. 3 rozporządzenia, które miało zastosowanie do przedmiotowego postępowania w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4) PZP, poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż w Finlandii nie wydaje się urzędowego dokumentu (przez Centrum Rejestru Prawnego) potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Oy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne/nie figuruje w rejestrze skazanych, i uznanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Finlandii,

alternatywnie art. 26 ust 3 i 4 PZP

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy konsorcjum Fortum z postępowania, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do postępowania. Wskazał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, gdyż został zproszony do składania ofert, a w wyniku naruszeń przepisów ustawy przez zamawiającego do udziału w postępowaniu zostali zaproszeni również wykonawcy niespełniający warunków formalnych udziału w postępowaniu. Gdyby wykonawcy ci złożyli oferty, postępowanie byłoby objęte wadą prawną oraz zmniejszyłyby się szanse odwołującego Nalco na uzyskanie zamówienia, gdyż musiałby on konkurować z wykonawcami podlegającymi wykluczeniu, co w konsekwencji naraziłoby go na poniesienie wymiernej szkody materialnej.

W uzasadnieniu podniósł, że w zakresie braku umocowania pełnomocnika substytucyjnego Pana Stanisława B. do działania w imieniu Konsorcjum Fortum zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu określił wyraźnie w rozdziale IV.3 Informacje Dodatkowe pkt. 2 -4 ogłoszenia (str. 12) wymagał, aby oryginał wniosku był podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy zgodnie z zasadą reprezentacji danego wykonawcy wynikającą z dokumentu wydanego przez właściwy organ rejestrowy (np. Krajowy Rejestr Sądowy) bądź przez prawidłowo umocowanych pełnomocników, dla których należy załączyć stosowne pełnomocnictwo. Jeżeli o udzielenie zamówienia Wykonawcy ubiegają się wspólnie, Wniosek musi być podpisany przez wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia albo przez pełnomocnika, o którym mowa w sekcji III.2.1) punkt 8. ogłoszenia. Wykonawca miał złożyć we wniosku wszystkie niezbędne pełnomocnictwa

(ogólne lub szczególne) udzielone osobom fizycznym lub osobom prawnym. Treść pełnomocnictwa powinna dokładnie określać zakres umocowania, w tym ewentualnie prawo do udzielenia dalszych pełnomocnictw. Wszystkie pełnomocnictwa składane we wniosku powinny być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Odwołujący Nalco podał, że we wniosku Konsorcjum Fortum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkie powyżej wskazane oświadczenia podpisane zostały przez pana Stanisława B. niebędącego, który w ocenie odwołującego nalco, był upoważniony jedynie do reprezentowania i składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy Fortum Oy. Przedstawione we wniosku upoważnienie z dnia 1 sierpnia 2011 r., wystawione przez Fortum Oy na rzecz Stanisława B., upoważnia tego drugiego do określonych czynności wyłącznie w imieniu Fortum Oy, a nie w imieniu całego konsorcjum Fortum. Na takie ograniczenie udzielonego pełnomocnictwa wskazuje jednoznacznie następująca jego treść:

„My, niżej podpisani Fortum Power and Heat Oy (...) niniejszym upoważniamy Pana Stanisława B., którego podpisy umieszczone są poniżej, jednoosobowo, do wykonywania następujących czynności w imieniu naszej firmy:

a) do podpisania i złożenia w imieniu naszej firmy dokumentów do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...) d) do reprezentowania naszej firmy podczas prowadzenia korespondencji w ramach postępowania przetargowego."

Odwołujący Nalco podkreślił, iż zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, udzielenie pełnomocnictwa do wykonywania określonych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określonej osobie przez lidera konsorcjum, któremu wcześniej zostało udzielone pełnomocnictwo do działania w imieniu konsorcjum, nie pociąga za sobą automatycznie prawa tej osoby do działania w imieniu konsorcjum. Prawo takie musi wyraźnie wynikać z treści pełnomocnictwa oraz z okoliczności sprawy. Natomiast w przypadku pełnomocnictwa udzielonego przez Fortum Oy na rzecz Stanisława B. mamy do czynienia z sytuacją skrajnie przeciwną. Z treści upoważnienia wyraźnie wynika wola przeniesienia na Stanisława B. prawa do dokonywania czynności wyłącznie w imieniu Fortum Oy. W takim wypadku niedopuszczalna byłaby wykładnia rozszerzająca uznająca takie pełnomocnictwo za uprawniające do działania w imieniu całego konsorcjum. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący Nalco powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1825/09.

Jeżeli Mocodawca posiadałby zamiar upoważnienia Pana B. do działania w imieniu Konsorcjum, to zapewne wyartykułowałby ten fakt jak to uczynił w „Oświadczeniu” z dnia 5 września 2011 roku (k. 5 Uzupelnienia Wniosku). Do upływu terminu składania wniosków nie zostało prawnie udzielone skutecznie Panu B. substytucyjne pełnomocnictwo do

reprezentowania całego Konsorcjum Fortum. Pan Stanisław B. podpisując wniosek nie działał z przekroczeniem udzielonego pełnomocnictwa, i takie czynności nie mogą być prawnie sanowane przez późniejsze oświadczenia pełnomocnika Fortum Oy, złożone po dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po pierwsze czynność taka jest sprzeczna z prawem i wykładnią przepisów art. 103 i 104 k.c. Po drugie stanowiłoby to obejście przepisów o formie pisemnej pełnomocnictwa, które w omawianym przypadku nie istniało w prawidłowym zakresie przed upływem terminu do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jedynym środkiem prawnym, którym Konsorcjum Fortum mogło w ramach uzupełnienia sanować działalność pana Stanisława B., byłoby dostarczenie zamawiającemu w ramach uzupełnienia wniosku prawidłowego pełnomocnictwa wystawionego w formie pisemnej nie później niż przed upływem terminu do złożenia wniosku. Tak się nie stało, wbrew pozorom, Fortum Oy wystawiając „Oświadczenie” z dnia 5.09.2011 będące de facto pełnomocnictwem o prawidłowej treści do reprezentowania Konsorcjum Fortum potwierdził, iż takie pełnomocnictwo nie istniało na dzień złożenia wniosku. Wskazał, że przekroczenie zakresu pełnomocnictwa nie może być sanowane w trybie art. 104 zd. 2 kc, gdyż przepis ten ma zastosowanie tylko w przypadku braku umocowania. Na poparcie swojej argumentacji powołał stanowisko doktryny oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2005 r. sygn. akt V CK 865/04. Podkreślił, iż potwierdzenie jednostronnych czynności prawnych dokonanych przez pełnomocnika substytucyjnego Pana Stanisława B. z przekroczeniem udzielonego mu umocowania, jest niedopuszczalne zgodnie z prawem i nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Wniosek został podpisany przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu Konsorcjum Fortum, a samo Konsorcjum Fortum nie złożyło na wezwanie Zamawiającego odpowiedniego prawidłowego pełnomocnictwa wystawionego nie później niż w dniu 9 sierpnia 2011 (tj. dnia podpisania wniosku i upływu terminu na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Złożone przez Konsorcjum Fortum de facto pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum Fortum datowane jest niestety na dzień 5 września 2011 roku. W tej sytuacji zamawiający zobowiązany był wykluczyć Konsorcjum Fortum z Postępowania wobec nieprzedstawienia ważnych pełnomocnictw. Ponadto Konsorcjum Fortum nie przedłożyło dokumentu wydawanego przez urzędowy rejestr w Finlandii potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Power and Heat Oy nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Zgodnie z sekcją III.2.1 ogłoszenia wykonawca zagraniczny zobowiązany był zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia (tj. dokumentów wystawianych w Polsce) złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę przez odpowiednie jednostki administracji publicznej, sądy, rejestry etc. Stąd obligatoryjnie zagraniczny wykonawca, winien przedłożyć zamawiającemu odpowiedni dokument/zaświadczenie wydane przez kompetentny organ krajowy potwierdzający, że

wobec takiego wykonawcy nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (§4 ust. 1 pkt1)a). Zagraniczny wykonawca mógł przedłożyć zastępcze oświadczenie tylko, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust, 1, § 4 rozporządzenia. Odwołujący Nalco podkreślił, że dyspozycja §4 rozporządzenia nie umożliwia zagranicznemu wykonawcy alternatywnego wyboru pomiędzy dostarczeniem dokumentu z oficjalnego publicznego rejestru czy też złożenia zastępczego oświadczenia przed notariuszem. Złożenie zastępczego oświadczenia przez wykonawcę przed notariuszem jest możliwe jedynie wtedy, gdy w kraju zagranicznego wykonawcy nie wydaje się oficjalnie wspomnianych dokumentów przez odpowiednie organy. Na potwierdzenie powyższego powołał wyrok KIO z dnia 20.08.2010 sygn. akt KIO/UZP 1668/10.

W Finlandii prowadzony jest publiczny rejestr upadłości i reorganizacji, a wykonawca Fortum Power and Heat Oy nie postarał się o uzyskanie odpowiedniego oficjalnego dokumentu z publicznego rejestru (a posiadał taki ustawowy obowiązek i możliwość jego swobodnego uzyskania), lecz na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia braków Wniosku zastąpił w nieuzasadniony sposób oficjalny dostępny dokument, oświadczeniem zastępczym złożonym w dniu 6 września 2011 przed fińskim notariuszem (k-8-9 uzupełniania wniosku).

Powyższy oficjalny publiczny rejestr (oprócz wielu innych rejestrów, jak karalności, grzywien, zakazu prowadzenia działalności itd) jest prowadzony przez powołany do tego specjalny fiński publiczny organ Oikeusrekisterikeskus (nazwa ang podana na oficjalnej stronie. Legat Register Center) (tłumaczenie na język polski: Centrum Rejestru Prawnego). Informacje, iż zaświadczenia takie podmiot fiński może otrzymać po złożeniu wniosku są nie tylko zamieszczone na oficjalnej stronie wyżej wymienionego Centrum Rejestru Prawnego (fin. Oikeusrekisterikeskus) [www.oikeus.fi](http://www.oikeus.fi), którego treść jest również dostępna w języku angielskim i szwedzkim, ale zamieszczone są również na oficjalnych stronach internetowych portalu prowadzonym przez Komisję Europejską: [www.e-justice.europa.eu](http://www.e-justice.europa.eu) (część Przedsiębiorstwa, podrozdział „rejestry upadłości”) zawierających dane przekazywane przez Państwa członkowskie dotyczące obowiązującego w danym kraju porządku prawnego w tym funkcjonowaniu odpowiednich publicznych rejestrów.

Z informacji tych wynika, że „W Finlandii istnieją dwa publiczne rejestry upadłości. Rejestr upadłości i reorganizacji, rejestr zadłużenia prywatnego oraz rejestr zakazów prowadzenia działalności gospodarczej to publiczne rejestry, z których każdy może zamówić odpłatne wyciągi. Korzystając z danych przechowywanych w tych rejestrach, można zabezpieczać swoje interesy przy żądaniach zapłaty lub przy zawieraniu umów”. Na dowód tych twierdzeń Odwołujący Nalco załączył wydruk sporządzony z powyższej strony zawierający szczegółowe informacje, w jaki sposób fiński wykonawca Fortum Oy mógł uzyskać rzeczony zaświadczenie. Odwołujący Nalco podkreślił, że Fortum Power and Heat Oy uzyskał bez

problemu zaświadczenia dotyczące niekaralności członków zarządu spółki z tego samego Centrum Rejestru Prawnego, którego poświadczono za zgodność z oryginałem kopie załączone są do Wniosku (k-43-46). Nic nie stało na przeszkodzie, aby Fortum Power and Heat Oy uzyskało w odpowiednim czasie i złożyło zamawiającemu odpowiedni dokument (wyciąg) z rejestru upadłości i reorganizacji. Zamawiający winien zweryfikować poprawnie wniosek i uzupełnienie Konsorcjum Fortum i wykluczyć Konsorcjum Fortum z postępowania zgodnie z dyspozycją artykułu 24 ust 2 pkt. 4) PZP wobec nie spełniania przez Konsorcjum Fortum wymogów formalnych w Postępowaniu.

W zakresie niezłożenia przez Konsorcjum Fortum dokumentu wydawanego przez urzędowy rejestr w Finlandii potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Power and Heat Oy nie otwarto orzeczone zakazu ubiegania się o zamówienie; odwołujący Nalco, podniósł dodatkowo, iż wykonawca zagraniczny wchodzący w skład Konsorcjum Fortum, na identycznych zasadach jak wyżej, posiadał pełną możliwość uzyskania w Centrum Rejestru Prawnego zaświadczenia/wyciągu potwierdzającego, iż wobec wykonawcy zagranicznego Fortum Power and Heat Oy nie orzeczone zakazu ubiegania się o zamówienie (względnie, iż nie skazano spółki za jakiegokolwiek przestępstwo, co byłoby równoznaczne z potwierdzeniem, że nie orzeczone wobec spółki zakazu ubiegania się o zamówienie). Z nieznanymi przyczyn, Konsorcjum Fortum, zaniechało uzyskania stosownego potwierdzenia (wyciągu) z Centrum Rejestru Prawnego uprawnionego do wydawania takich zaświadczeń, wyciągów. Należy również podkreślić, że w odróżnieniu od rejestru upadłości i reorganizacji, (z których zaświadczenia/wyciągi) może otrzymywać każda zainteresowana osoba, w rejestrze dotyczącego niekaralności dane są wydawane podmiotom prywatnym, tym których one dotyczą oraz organom państwowym (np. prokuraturze i policji). Wobec powyższego, odwołujący Nalco stwierdził, że wykonawca zagraniczny Konsorcjum Fortum uchybił obligatoryjnie obowiązującym przepisom rozporządzenia, a zamawiający winien zweryfikować poprawnie wniosek i uzupełnienie Konsorcjum Fortum i wykluczyć Konsorcjum Fortum z postępowania zgodnie z dyspozycją artykułu 24 ust 2 pkt. 4 ustawy. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych mu przez każdego z partnerów konsorcjum : przez Nalco w dniu 3 sierpnia 2011r. podpisane przez członka zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS, oraz przez Remak Rozruch S.A. z dnia 29 lipca 2011r. podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 27 października 2011r.

W dniu 28 października 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31 października 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli swój udział Konsorcjum firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17 wskazując, iż interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego wynika z faktu zakwalifikowania przystępującego Fortum do dalszego postępowanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 sierpnia 2011r. udzielonego przez lidera Konsorcjum Fortum Power and Heat Oy i podpisanego przez dwóch prokurentów, ujawnionych w Rejestrze Handlowym Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w Finlandii. Lider działa na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego podpisanego przez obu członków konsorcjum, przy czym za Polimex – Mostostal S.A. przez pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z 27 lipca 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Pełnomocnictwo konsorcjalne i pełnomocnictwo z 27 lipca 2011r. zawierają upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu .

W dniu 8 listopada 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy w skutek nieprawidłowego podpisania wniosku i załączonych do niego oświadczeń, zamawiający podniósł, że zastosował wobec wykonawcy Fortum instytucję obligatoryjną z art. 26 ust. 3 ustawy. Konieczność jej zastosowania została potwierdzona wyrokiem Izby z dnia 18 maja 2011r. sygn. akt KIO/UZP962/11. Zamawiający wezwał wykonawcę Fortum w dniu 1 września 2011r. i w dniu 9 września 2011r. Konsorcjum Fortum przedstawiło dokument, z którego jednoznacznie wynika, iż potwierdza fakt upełnomocnienia w dniu 1 sierpnia 2011r. pana Stanisława B. do działania w imieniu obu członków konsorcjum. W ocenie zamawiającego stanowisko odwołującego Nalco, co do zakazu stosowania art. 104 zd. 2 kc i niemożności uzupełnienia dokumentów po dacie złożenia wniosku jest nieprawidłowe. Według zamawiającego ustawodawca wprowadzając art. 26. Ust. 3 ustawy dopuścił możliwość uzupełnienia dokumentów po upływie terminu składania wniosków, a data z jaka te dokumenty zostały wystawione nie przesądza o ich prawidłowości. W tym zakresie powołał wyrok Izby z dnia 26 sierpnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1729/10. Zamawiający uznał za dopuszczalne zastosowanie instytucji określonej w art. 104 zd. 2 kc, gdyż, w jego ocenie, Pan B. działał bez umocowania Polimex-Mostostal składając wniosek w imieniu obu członków Konsorcjum, a nie z przekroczeniem granic umocowania i dlatego możliwe jest zastosowanie art. 103 kc. Ponadto zamawiający stoi na stanowisku, że działanie bez umocowania obejmuje także działanie przekraczające zakres umocowania, podobne stanowisko prezentuje doktryna oraz

orzecznictwo izby w wyroku z dnia 12 maja 2011r. sygn. akt KIO/UZP 786/11 i KIO/UZP 797/11. W ocenie zamawiającego Fortum Power and Heat Oy jako lider Konsorcjum Fortum skutecznie sanował wadliwe pełnomocnictwo. Co do zarzutów zaniechania wykluczenia Konsorcjum Fortum z powodu nie wykazania braku podstaw wykluczenia właściwymi dokumentami, to zamawiający podniósł, że w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Konsorcjum Fortum do uzupełniania dokumentów potwierdzających fakt, iż wobec Fortum Power and Heat Oy nie ogłoszono upadłości i nie otwarto likwidacji oraz nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie i Konsorcjum Fortum pismem z dnia 14 września 2011r. złożył oświadczenia złożone na dzień 1 sierpnia 2011r., że nie toczy się żadne postępowanie dotyczące bankructwa lub likwidacji lub program restrukturyzacji oraz nie istnieje żaden zakaz sądowy ani inny zakaz w odniesieniu do udziału Fortum Power and Heat Oy w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, oraz nie ma innych ograniczeń formalnych dotyczących ubiegania się o nowe zamówienia. Zamawiający uznał te oświadczenia za wystarczające i podkreślił, że nie ma obowiązku sprawdzania, czy dokumenty o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia mogą i w jakim zakresie być zastępowane oświadczeniami złożonymi przed notariuszem.

#### **Sygn. akt KIO 2336/11**

W dniu 27 października 2011r. wniósł Odwołanie Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy w zakresie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 4, 26 ust. 3 PZP i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania odwołującego Siemens do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań, określonych w pkt. 2, 3, 4 wykazu zrealizowanych zadań, uznania, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zadania, określonego w pkt. 1 wykazu zrealizowanych zadań, ewentualnie wezwania do złożenia wykazu zrealizowanych zadań, zgodnego z treścią ogłoszenia, zaproszenia odwołującego do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą, który złożył w postępowaniu ważny wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, potwierdzający spełnianie przez niego warunków udziału w Postępowaniu. Decyzja zamawiającego, dokonana wbrew przepisom ustawy, o wykluczeniu go z postępowania poprzez uznanie, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwia złożenie przez odwołującego Siemens oferty w niniejszym postępowaniu i w sposób oczywisty naraża go na wymierną szkodę polegającą na utracie możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego postępowaniem.



W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 17 października 2011 został poinformowany przez zamawiającego o wykluczeniu go z niniejszego postępowania, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt. III.2.3) ogłoszenia. Odwołujący przywołał treść tego postanowienia ogłoszenia. Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazał, że odwołujący Siemens nie spełnia wymagań określonych w powyżej wskazanym pkt. III.2.3) ogłoszenia, ponieważ „tylko jedno zadanie, spośród czterech zaprezentowanych w Wykazie zrealizowanych zadań, zostało potwierdzone dokumentem potwierdzającym jego należyte wykonanie. Jednakże po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień z dnia 30.09.2011 zamawiający stwierdził, że zadanie to - Rodemacher Unit 2 - nie spełnia wymagań zamawiającego podanych w ogłoszeniu”. Zamawiający uznał, że odwołujący w zadaniu wskazanym pod nr 1 w Wykazie zrealizowanych zadań (dalej: Wykaz), tj. Rodemacher Unit 2 nie zrealizował usług montażu, a świadczył jedynie usługę nadzoru nad realizacją prac montażowych, co nie jest zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w pkt. III.2.3) ogłoszenia. Odwołujący nie zgodził się z tym stanowiskiem zamawiającego, gdyż zamawiający nie określił w ogłoszeniu, jakie konkretnie czynności składają się w jego ocenie na przeprowadzenie modernizacji.

Według odwołującego, nie ulega wątpliwości, że wykazał się on wykonaniem modernizacji kotła, w zakresie określonym w pkt. III.2.3) ogłoszenia również w ramach zadania nr 1, określonego w Wykazie. Jednoznacznie wynika to z referencji wystawionych na rzecz Siemens Energy Inc. (podmiot, o którym mowa art. 26 ust. 2b Ustawy), w których wskazuje się, że spółka ta zrealizowała w sposób należyty modernizację kotła, w zakresie wymaganym przez zamawiającego w ogłoszeniu. Nie sposób przyjąć, że czynności wykonywane w ramach zadania, wskazanego pod numerem 1 Wykazu, takie jak: projektowanie, produkcja, dostawy, techniczny nadzór nad montażem, uruchomienie, optymalizacja i testy nie składają się na modernizację. Wbrew stanowisku zamawiającego, odwołujący Siemens wskazał, że podmiot wykonujący nadzór nad montażem ma prawo do wydawania wiążących poleceń w zakresie montażu i ponosi odpowiedzialność za jego prawidłowe wykonanie. Odwołujący ponosi również pełną odpowiedzialność za całość zrealizowanej modernizacji w tym za uruchomienie i optymalizację zamontowanego urządzenia. W związku z powyższym, według odwołującego Siemens, należało uznać, że w istocie w ramach zadania nr 1 Wykazu, odwołujący zrealizował modernizację kotła, w sposób określony w pkt. III.2.3) ogłoszenia. Nie zachodzą zatem przesłanki do wykluczenia odwołującego Siemens na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP, ponieważ odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak przyjęto by, że Wykaz nie odpowiada stawianym przez zamawiającego wymaganiom z pkt. III.2.3) Ogłoszenia, odwołujący wskazał, że w świetle art. 26 ust. 3 PZP, Zamawiający powinien wezwać odwołującego do przedłożenia właściwego Wykazu.

Odwołujący Siemens podniósł, że zamawiający nie kwestionował zakresu prac zrealizowanych w ramach zadania nr 2, 3 oraz 4, określonych w Wykazie. Zamawiający podał jedynie, że należyte wykonanie tych zadań nie zostało potwierdzone właściwymi dokumentami. W świetle art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający w przypadku, gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego nie zawiera wymaganych przez zamawiającego dokumentów (w niniejszym przypadku dokumentów poświadczających należyte wykonanie zadań, wskazanych w pkt. 2, 3, 4 Wykazu), jest zobligowany do wezwania odwołującego do przedłożenia przedmiotowych dokumentów. Zamawiający w niniejszym postępowaniu, zaniechał wezwania odwołującego Siemens do przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań, wskazanych pod numerem 2, 3, 4 Wykazu i wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, czym tę ustawę naruszył. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji łącznej odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 października 2011r. faksem.

W dniu 28 października 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31 października 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli swój udział Konsorcjum firm Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Finlandii, Espoo, Keilaniementie 1 oraz Polimex-Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul Czackiego 15/17 wskazując, iż interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego wynika z faktu zakwalifikowania przystępującego Fortum do dalszego postępowanie. Przystępujący stwierdził, że pismo odwołującego zawiera błędną ocenę działań zamawiającego. Wymóg zamawiającego odnośnie posiadania odpowiednich referencji znany był już na etapie ogłoszenia o postępowaniu i odwołujący nie wniósł wtedy odwołania od treści Ogłoszenia zgodnie z art. 182 ust.2 PZP. Przystępując do postępowania odwołujący akceptował warunki postępowania. Zamawiający w ogłoszeniu o postępowaniu wymagał wykazania się „zrealizowaniem, co najmniej jednego zamówienia na modernizację kotła lub wykonanie instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi...”. Jest rzeczą oczywistą, że realizacji takiej modernizacji lub wykonania instalacji, musi zawierać również jej montaż. W przeciwnym razie nie jest to całościowa realizacja modernizacji lub dostawa instalacji. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 sierpnia 2011r. udzielonego przez lidera Konsorcjum Fortum Power and Heat Oy i podpisanego przez dwóch prokurentów, ujawnionych w

Rejestrze Handlowym Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w Finlandii. Lider działa na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego podpisanego przez obu członków konsorcjum, przy czym za Polimex – Mostostal S.A. przez pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z 27 lipca 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Pełnomocnictwo konsorcjalne i pełnomocnictwo z 27 lipca 2011r. zawierają upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu .

W 31 października 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli swój udział Konsorcjum firm w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55 i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1 – dalej przystępujący Nalco, wskazując, iż wnoszą o oddalenie odwołania. Przystępujący Nalco uznał czynności zamawiającego za prawidłowe i zgodne z prawem i nie znalazł żadnych zaniechań z jego strony lub nadużycia prawa.. Przystępujący Nalco podniósł, że posiada interes w przystąpieniu, gdyż uwzględnienie odwołania spowodowałoby dopuszczenie do udziału wykonawców, którzy nie posiadają odpowiednich przymiotów niezbędnych do udziału w wspomnianym postępowaniu, co byłoby naruszeniem art. 7 PZP i wydatnie mogłoby zmniejszyć się do możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego powodując w konsekwencji poniesienie szkody przez przystępującego. Kopię przystąpienia przystępujący Nalco przekazał zamawiającemu w dniu 31 października 2011r. zamawiającemu drogą elektroniczną, a odwołującemu faksem. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych mu przez każdego z partnerów konsorcjum : przez Nalco w dniu 3 sierpnia 2011r. podpisane przez członka zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS, oraz przez Remak Rozruch S.A. z dnia 29 lipca 2011r. podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

W dniu 8 listopada 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Podniósł, że zadania referencyjne przedstawione – na str. 52 i 53 poz. 1 pn. „Rodemacher Unit 2” przez odwołującego Siemens w wykazie załączonym do wniosku z dnia 5 sierpnia 2011r. nie spełniają wymagań zamawiającego podanych w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie zrealizowania zamówienia na modernizację kotła, gdy w referencjach tych odwołujący Siemens odpowiedzialny był jedynie za nadzór nad montażem, a montaż był wykonywany przez inny podmiot prawny nie będący podwykonawcą odwołującego. Wykonanie

prac montażowych to według zamawiającego umowa o dzieło, natomiast nadzór nad montażem to umowa o świadczenie usług. O ile przy umowie o dzieło wykonawca odpowiada za rezultat, o tyle przy umowie o świadczenie usług wyłącznie za brak należytej staranności. Tym samym wykonawca nie wykazał, że zrealizował modernizację. Realizacja oznacza wykonanie całego zakresu prac, na które składają się projektowanie, dostawy, montaż i uruchomienie. Wykonawca nadzorując montaż nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania prac montażowych i z tego względu nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Co do zarzutu niewezwania odwołującego Siemens do uzupełnienia wniosku poprzez nadesłanie dokumentów potwierdzających wykonanie zadań ze str. 52 i 53 w poz. 2, 3, 4, to w tej części zamawiający uznał zarzuty odwołującego.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. ogłoszenia o zamówieniu, wniosków odwołujących, wniosku przystępującego Fortum, wyjaśnień i uzupełnień złożonych wniosków, informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, protokołu postępowania, zaświadczenia z rejestru upadłości i reorganizacji przedsiębiorstw z dnia 5 września 2011r., zaświadczenia z rejestru upadłości i reorganizacji przedsiębiorstw z dnia 28 października 2011r., informacji z Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Helsinkach z dnia 8 listopada 2011r., aktów notarialnych Rep A 10633/2011, 10635/2011, 10621/2011, 10623/2011, 10627/2011, 10628/2011, 10624/2011, 10625/2011, wyciągu z Rejestru Skazanych z dnia 16 września 2011r.

Izba nie dopuściła dowodu z zaświadczenia z Rejestru Skazanych na dzień 8 sierpnia 2011r., gdyż dokument ten nie został przedłożony w tłumaczeniu, stosownie do §19 ust. 3 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa fińskiego na okoliczność wykazania faktu jakie zaświadczenia są wydawane z Centrum Rejestru Prawnego, uznając, iż spór pomiędzy stronami sprowadza do interpretacji prawa polskiego, a w szczególności zakresu stosowania § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a i c rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) oraz § 4 ust. 3 tegoż rozporządzenia, a więc stosowania prawa polskiego, co do którego Izba jest uprawniona i obowiązana rozstrzygnąć spór samodzielnie.

Opinię prawną Kancelarii Prawniczej Magnusson Helsinki Attorneys AT Law Izba oceniła jako stanowisko strony odwołującej – Konsorcjum Nalco.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

Zgodnie z sekcją II.1.5 ogłoszenia przedmiotem zamówienia jest modernizacja kotłów w celu redukcji emisji NOx metodami niekatalitycznymi w formule „pod klucz” – projektowanie, dostawa, budowa, rozruch, przekazanie do eksploatacji i serwis w okresie gwarancyjnym.

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia zostanie przez zamawiającego określony w siwz.

Zgodnie z sekcją III.2.1.pkt. 8 ogłoszenia wykonawcy wspólnie składający wniosek zobowiązani są przedłożyć dokument ustanawiający pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia kontraktu w sprawie zamówienia publicznego. Wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu wszystkich wykonawców musi zostać wyraźnie wyrażona w składanym pełnomocnictwie. Treść pełnomocnictwa powinna wyraźnie określać zakres umocowania, w tym ewentualne prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw. Wszystkie pełnomocnictwa składane we wniosku powinny być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.

Wykonawca zagraniczny

Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wkładając we wniosku wyżej wymienione dokumenty stosuje zasady Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817).

1. Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów, o których mowa powyżej w sekcji III.2.1 w punkcie 3, 4,5 i 7 składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że :
  - a)** nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości- wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału (ad punkt 3 w sekcji III.2.1),
  - b)** nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału (ad punkt 4 i punkt 5 w sekcji III.2.1),
  - c)** nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału (ad punkt 7 w sekcji III.2.1);
2. Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentu, o którym mowa powyżej w punkcie 6 w sekcji III.2.1. składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub

administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w [art. 24 ust. 1 pkt. 4-8](#) ustawy - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt. 1 i 2, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

4. W przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu.

Zgodnie z pkt. III 2.3.) Ogłoszenia:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie na modernizację kotła lub wykonanie instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi dla kotła parowego o wydajności >650 Mg pary/h, opalanego pyłem węgla o wartości opałowej >19MJ/kg, w wyniku której osiągnięto trwale poziom emisji NOx < 230 mg/Nm<sup>3</sup> (w przeliczeniu na N<sub>2</sub>, w temperaturze 273.15K, pod ciśnieniem 101,3kPa i po odliczeniu zawartości pary wodnej w gazach odlotowych, przy znormalizowanej zawartości O<sub>2</sub> wynoszącej 6 %) dla nominalnej mocy bloku.

Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie powyższych wymogów:

Wykonawca złoży Wykaz zrealizowanych w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, zrealizowanych zamówień na modernizację kotłów lub wykonanie instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi, dla kotłów parowych o wydajności >650 Mg pary/h i opalanych pyłem węgla o wartości opałowej

>19MJ/kg, w wyniku której osiągnięto metodami niekatalitycznymi poziom emisji NOx < 230 mg/Nm<sup>3</sup> (1).

W Wykazie wykonanych przez Wykonawcę zadań należy podać:

- zakres prac wykonanych przez Wykonawcę w ramach każdego zadania,
- nominalną wydajność kotła w Mg pary/h i nominalną moc bloku brutto w MWe,
- poziom emisji NOx kotła przed modernizacją wyrażony w mg/Nm<sup>3</sup> (1),
- osiągnięty po modernizacji średnio-godzinowy poziom emisji NOx wyrażony w mg/Nm<sup>3</sup> (1) dla nominalnej mocy bloku brutto,
- rodzaj paliwa spalane w kotle i jego wartość opałową w MJ/kg,
- datę przyjęcia instalacji redukcji NOx do eksploatacji,
- nazwę użytkownika (odbiorcy zadania), lokalizację zadania i wskazanie osoby ze strony użytkownika mogącej udzielić informacji na temat eksploatacji instalacji.

(1) (w przeliczeniu na N<sub>2</sub>, w temperaturze 273,15K, pod ciśnieniem 101,3kPa i po odliczeniu zawartości pary wodnej w gazach odlotowych, przy znormalizowanej zawartości O<sub>2</sub> wynoszącej 6%).

Do Wykazu wykonanych przez Wykonawcę zadań należy załączyć dokumenty, z których będzie wynikało, że zadania te zostały należycie wykonane przez Wykonawcę (np. listy referencyjne). Uwzględnione / ocenione będą tylko te zadania, które będą potwierdzone, jako należycie wykonane.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca złoży Wykaz zrealizowanych zamówień przez te podmioty. Ponadto Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest załączyć dokumenty, z których będzie wynikało, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz podając sposób uczestnictwa podmiotu mającego odpowiednią wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia. "

Wniosek odwołującego Foster :

Na stronie 141 wniosku znajduje się wykaz wykonanych zadań, w którym wskazano 5 pozycji: tajemnica

- poz. 1 dla Wester – Elektrownia Jeffrey Energy Center, gdzie w opisie wskazano – modernizacja 56 palników w systemie TLN3, zainstalowanych na 7 elewacjach, w 8 narożach komory paleniskowej, komora dzielona, dokumentacja, dostawy, nadzór nad montażem, rozruch i optymalizacja,

- poz. 2 dla Wester – Elektrownia Jeffrey Energy gdzie w opisie wskazano – modernizacja 56 palników w systemie TLN3, zainstalowanych na 7 elewacjach, w 8 narożach komory paleniskowej, komora dzielona, dokumentacja, dostawy, nadzór nad montażem, rozruch i optymalizacja, ECT/CADM+IINC (Integrated Intelligent Nox Control) zainstalowany,
- poz. 3 dla City Public Service San Antonio, Spruce nr 1, gdzie w opisie wskazano modernizacja 24 palników w systemie TLN2, na 6 elewacjach, w 4 narożach komory paleniskowej, dokumentacja, dostawy, nadzór nad montażem, rozruch i optymalizacja,
- poz. 4 dla City Public Service San Antonio Deely 1, 2 gdzie w opisie wskazano modernizacja 20 palników narożnych w systemie TLN3, na 5 elewacjach, w 4 narożach komory paleniskowej wraz z instalacją powietrza SOFA, dokumentacja, dostawy, nadzór nad montażem, rozruch i optymalizacja,
- poz. 5 dla TMPA Gibbons Creek nr 1 gdzie w opisie wskazano modernizacja 28 palników narożnych w systemie TLN3, w 4 narożach komory paleniskowej wraz z instalacją powietrza SOFA, system LFSC, ECT i CADM, nowe końcówki dysz węglowych i powietrza, modernizacja klap, nowe napędy dla tiltu, dokumentacja, dostawy, nadzór nad montażem, rozruch i optymalizacja.

W dniu 1 września 2011r. zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy m. in. do uzupełnienia wniosku o wypełnioną tabelę załączoną do pisma zamawiającego, zawierającą wymagane informacje zgodnie z pkt. III.2.3. ogłoszenia oraz ewentualne dostarczenie referencji z obiektu Westar poz. 1 i 2 tabeli na str. 141 wniosku, jeśli wykonawca już ją posiada.

W dniu 15 września 2011r. odwołujący Foster złożył m. In. tabelę wypełnioną, zgodnie z nadesłanym załącznikiem oraz potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię listu zawierającego referencje z obiektu Westar wraz z tłumaczeniem na język polski, gdzie ujęto te same informacje, co na stronie 141 wniosku, przy czym przedstawiono je w układzie wymaganym przez zamawiającego, zgodnie z załącznikiem nr 12 do ogłoszenia – gdzie jest ten wykaz w dokumentacji zamawiającego.

W dniu 30 września 2011r. zamawiający wezwał do uzupełnienia wyjaśnienia z dnia 15 września 2011r. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do szczegółowego wyjaśnienia do każdej pozycji wymienionej w wykazie zrealizowanych modernizacji kotłów lub wykonanych instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi, które prace wchodzące w zakres realizacji modernizacji tj. projektowanie, dostawy, montaż, uruchomienie były w zakresie zadań wykonawcy, za realizację, których ponosił on odpowiedzialność.

W dniu 5 października 2011r. odwołujący Foster wyjaśnił, że w jego ocenie wymagania zamawiającego wynikające z sekcji III.2.3. ogłoszenia spełnił, natomiast przychyliając się do prośby wskazał, że zakres wykonanych prac podał w wykazie i dla każdej z pozycji od 1 -5 obejmował on dokumentację, dostawy, nadzór nad montażem, rozruch i optymalizację i



wyjaśnił, że pod pojęciem dokumentacja należy rozumieć wykonanie projektu i całej dokumentacji technicznej niezbędnej do zrealizowania modernizacji, dostawy tj. prefabrykacja wszystkich części instalacji, niezbędne zakupy i ich dostawa do klienta, nadzór nad montażem, wydawanie zaleceń i instrukcji montażu instalacji oraz nadzorowanie całego procesu montażu instalacji, który został wykonany przez zamawiającego, rozruch i optymalizacja – uruchomienie instalacji po zakończonym montażu kotła w ramach uruchomienia całego kotła, ruch próbny i optymalizacja w celu osiągnięcia gwarantowanych przez Foster parametrów oraz przekazanie do eksploatacji.

#### Wniosek EESA:

Na stronie 150-152 wniosku znajduje się wykaz wykonanych zamówień, w którym wskazano nazwę 3 zadań – modernizacji trzech kotłów EP-650-137 o numerach 4, 5 i 8 w celu redukcji emisji tlenków azotu (NOx) w Elektrowni Połaniec S. A. GDF SUEZ Energia Polska w latach 2006-2010, które zostały wykonane przez IPW Polin we współpracy z Energotechnika Energorozruch S.A. Zakres prac obejmował każdorazowo dla wskazanych kotłów :

- opracowanie koncepcji modernizacji wraz z udostępnieniem technologii know-how,
- wykonanie prac projektowych,
- regulacja i optymalizacja pracy kotła po wprowadzeniu instalacji niskoemisyjnej,
- nadzór nad każdym etapem realizacji.

W dniu 1 września 2011r. zamawiający wezwał odwołującego EESA w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia wniosku o informacje i dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę warunku zdolności technicznej określonego w pkt. III.2.3. ogłoszenia w tym o wpisanie wymaganych w ogłoszeniu informacji według załączonej do niniejszego pisma tabeli oraz złożenie dokumentów jednoznacznie potwierdzających należyte wykonanie zamówienia.

#### Wniosek Siemens :

Na stronie 50 -51 wniosku znajduje się list referencyjny Cleco Power LLC z dnia 1 sierpnia 2011r. potwierdzający, iż Siemens Energy Inc. Dostarczył, zainstalował i uruchomił dla CLECo Projekt Rodemacher Blok 2, lokalizacja Luizjana Isa, data zakończenia 2009.

Na stronie 52-53 wniosku znajduje się lista prac modernizacyjnych wykonanych przez Siemens Energy Inc., gdzie wskazano 4 projekty dla Rodemacher Blok nr 2, Louisa Blok nr 1, Neal Blok nr 4 i Welsh Blok nr 1.

W dniu 1 września 2011r. zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcę Siemens m. In. do uzupełnienia wniosku według załączonej do pisma tabeli oraz podanie nominalnej wydajności kotła Mg pary/h.

W dniu 12 września 2011r. odwołujący Siemens przedłożył oryginał wykazu zrealizowanych modernizacji kotła lub wykonania instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi, jednocześnie Siemens oświadczył, że wszystkie złożone w niniejszym piśmie oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień 5 sierpnia 2011r. W załączonym wykazie wskazano 4 pozycje:

- poz. 1 Rodemacher Unit #2, gdzie jako zakres prac wskazano 24 palniki niskoemisyjne, 12 portów OFA/ACP, panele ekranów, odgięcia wlotowe, nowe palniki rozpałkowe, modelowanie sondy do pomiaru powietrza,
- poz. 2 Louisa Unit #1 – 56 palników niskoemisyjnych, 20 portów OFA/ACP, panele ekranów, modelowanie sondy do pomiaru powietrza,
- poz. 3 Neal Unit #4 – 26 palników niskoemisyjnych, 6 portów OFA/ACP, panele ekranów, odgięcia wlotowe, modelowanie sondy do pomiaru powietrza,
- poz. 4 AEP Southwestern Electric Power Company – 42 palniki niskoemisyjne, 18 portów OFA/ACP, panele ekranów, kanały powietrza wtórnego, modelowanie sondy do pomiaru powietrza.

W dniu 30 września 2011r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do szczegółowego wyjaśnienia do każdej pozycji wymienionej w wykazie zrealizowanych modernizacji kotłów lub wykonanych instalacji redukcji tlenków azotu metodami niekatalitycznymi, które prace wchodzące w zakres realizacji modernizacji tj. projektowanie, dostawy, montaż, uruchomienie były w zakresie zadań wykonawcy, za realizację, których ponosił on odpowiedzialność.

W dniu 30 września 2011r. odwołujący Siemens podał, że dla wszystkich pozycji zakres prac obejmował : projektowanie, dostawy, uruchomienie, optymalizację i testy, natomiast dla pozycji 1 o 4 także techniczny nadzór nad montażem, a w zakresie poz. 2 i 3 także montaż.

We wniosku Przystępującego Fortum:

- na stronach od 7 do 22 znajduje się wyciąg Rejestru Handlowego Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w Finlandii, dla Fortum Power and Heat Oy, w którym nie ma informacji o otwarciu likwidacji czy ogłoszeniu upadłości.
- na str. 33 znajduje się pełnomocnictwo konsorcjalnego podpisanego przez obu członków konsorcjum, przy czym za Polimex – Mostostal S.A. przez pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z 27 lipca 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS, a za Fortum Power and Heat Oy przez dwóch prokurentów, ujawnionych w Rejestrze Handlowym

Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w Finlandii – pełnomocnictwo konsorcjalne upoważnia do udzielania dalszych pełnomocnictw.

- na 35 znajduje się pełnomocnictwo z dnia 1 sierpnia 2011r. udzielonego przez Fortum Power and Heat Oy i podpisane przez dwóch prokurentów, ujawnionych w Rejestrze Handlowym Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w Finlandii. W treści postanowiono „My, niżej podpisani Fortum Power and Heat Oy, (...), niniejszym upoważniamy pana Stanisława B. (...), jednoosobowo, do wykonywania następujących czynności w imieniu naszej firmy :

a) do podpisania i złożenia w imieniu naszej firmy dokumentów do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami (...)

d) reprezentowania naszej firm podczas prowadzenie korespondencji w ramach postępowania przetargowego.”

- na stronach od 43 do 50 znajdują się wyciągu z Rejestru Skazanych Centrum Rejestru Prawnego Finlandii dla członków zarządu Fortum Power and Heat Oy,

- na stronach 55 -56 znajduje się oświadczenie złożone przed notariuszem przez dwóch prokurentów spółki Fortum Power nad Heat Oy, w którym oświadczone, że nie istnieje żaden zakaz sądowy ani inny zakaz w odniesieniu do udziału Fortum Power and Heat Oy (...) w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych oraz nie ma innych ograniczeń formalnych dotyczących ubiegania się o nowe zamówienia.

W dniu 1 września 2011r. zamawiający wezwał Przystępującego Fortum w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy m. In. do złożenia pełnomocnictwa uprawniającego pana Stanisława B. do reprezentowania obu członków Konsorcjum, gdyż z załączonego do wniosku pełnomocnictwa nie wynika upoważnienie do działania w imieniu Polimex –Mostostal S.A. oraz do złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających, że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości w stosunku do Fortum Power and Heat Oy lub – jeżeli w Finlandii nie wydaje się takich dokumentów – złożenia oświadczenia w formie wymaganej przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 14 września 2011r. przystępujący Fortum przedstawił na str. 5 uzupełnienia oświadczenie z dnia 5 września 2011r., w którym Fortum Power and Heat Oy oświadczyło, że w dniu 1 sierpnia 2011r. pan Stanisław B. posiadał pełnomocnictwo do działania w imieniu obu członków konsorcjum tj. Fortum Power and Heat Oy i Polimex – Mostostal S.A. do wykonywania jednoosobowo wskazanych w oświadczeniu czynności. Zaś na stronie 8 i 9 uzupełnienia złożono oświadczenie przed notariuszem, że wobec Fortum Power and Heat Oy nie toczy się żadne postępowanie dotyczące bankructwa lub likwidacji lub programu restrukturyzacji przed żadnym sądem w Finlandii zajmującym się takimi sprawami.

Odwołujący Foster przedłożył :

1. ogłoszenie o zamówieniu nr 2007/S 145-180604, gdzie w sekcji III.2.3. Zdolność techniczna w literze a) wskazano „O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy wykażą się należytych wykonaniem jako np. wykonawcy lub realizator przynajmniej 1 zadania polegającego na modernizacji kotła o mocy cieplnej  $\geq 150\text{MWt}$  opalanego pyłem węgla kamiennego w celu redukcji emisji NOx, w wyniku których osiągnięto poziom emisji NOx  $\leq 300\text{ mg}/\mu\text{m}^3$  (6% tlenu, spaliny suche), w oparciu o metody niekatalityczne w okresie ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie.

Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie powyższych wymogów:

Wykonawca złoży Wykaz wykonanych zadań polegających na modernizacji kotła o mocy cieplnej  $\geq 150\text{MWt}$  opalanego pyłem węgla kamiennego w celu redukcji emisji NOx, w wyniku których osiągnięto poziom emisji NOx  $\leq 300\text{ mg}/\mu\text{m}^3$  (6% tlenu, spaliny suche), w oparciu o metody niekatalityczne w okresie ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie

W Wykazie wykonanych przez Wykonawcę zadań należy podać:

- zakres wykonanych prac,
- moc cieplną obiektu i osiągnięty poziom emisji NOx,
- wartość wykonanych prac w PLN (bez VAT)
- datę i miejsce wykonania
- nazwy użytkownika (odbiorcy), /

Do Wykazu wykonanych przez Wykonawcę zadań należy załączyć dokumenty, z których będzie wynikało, że zadania te zostały należycie wykonane przez Wykonawcę (np. listy referencyjne, opinie użytkowników, protokoły odbioru). Uwzględnione / ocenione będą tylko te zadania, które będą potwierdzone, jako należycie wykonane.

2. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez odwołującego Foster z dnia 21 września 2007r. do którego na stronach 41-47 załączono wykaz wykonanych prac, w którego zakresie dla wszystkich 31 pozycji wykazu wskazano nadzór nad montażem.

3 Wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia złożonych dokumentów z dnia 12 października 2011r., w którym zamawiający wnosił o wyjaśnienie i uzupełnienie mocy cieplnej wykazanych obiektów oraz wyjaśnienie rozbieżności w informacjach dotyczących osiągniętej emisji.

4.uzupełnienia i wyjaśnienia odwołującego Foster z dnia 23 października 2011r.

5. informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 9 listopada 2007r., z których wynika, iż odwołujący uzyskał w tym postępowaniu pierwszą ocenę spełniania warunków i zajął pierwsze miejsce w rankingu.

Z zaświadczenia z rejestru upadłości i reorganizacji przedsiębiorstw z dnia 5 września 2011r. oraz zaświadczenia z rejestru upadłości i reorganizacji przedsiębiorstw z dnia 28 października 2011r. wynika, iż możliwe jest uzyskanie informacji, czy wobec wykonawcy nie ogłoszono upadłości, okoliczność tę potwierdza także informacja z Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Helsinkach z dnia 8 listopada 2011r., oraz odpisy aktów notarialnych Rep A 10633/2011, 10635/2011, 10621/2011, 10623/2011, 10627/2011, 10628/2011.

Z Rep A nr 10624/2011, 10625/2011 oraz wyciągu z Rejestru Skazanych z dnia 16 września 2011r. wynika, że prowadzony jest w Finlandii Rejestr Skazanych, z którego także spółka może uzyskać zaświadczenie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań połączonych do łącznego rozpoznania.

Izba uznała, że odwołujący Foster, odwołujący EESA oraz odwołujący Siemens mają interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku odwołania zmierzają do przywrócenia swoich wniosków do postępowania i poddania ich ocenie, a zatem dążą do uzyskania możliwości złożenia oferty i możliwości uzyskania zamówienia. Mogą ponieść szkodę w postaci kosztów sporządzenia wniosków, a także potencjalnie w postaci utraty zysku, jaki zakładali w ramach przedmiotowego zamówienia licząc się z możliwością złożenia oferty i uzyskania zamówienia.

Odwołujący Nalco także w ocenie Izby ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego odwołanie zmierza do wyeliminowania podmiotu, z którym odwołujący musiałby konkurować w przypadku złożenia ofert. Odwołujący Nalco może ponieść szkodę w postaci kosztów sporządzenia wniosku i oferty, a także potencjalnie w postaci utraty zysku jaki zakładał w ramach przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby wszyscy odwołujący wykazali zaistnienie przesłanki materialno-prawnej dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

**Sygn. akt KIO 2319/11**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w rezultacie wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie, że w ocenie zamawiającego złożone przez odwołującego dokumenty we wniosku z dnia 08.08.2011 roku wraz z wyjaśnieniami z dnia 05.10.2011 roku nie potwierdzały spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, mimo iż że sformułowania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny tych warunków nie wynikało, aby

„realizacja modernizacji kotłów" obejmowała także wykonanie prac montażowych; oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 PZP poprzez dokonanie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Rację należy przyznać odwołującemu Foster, iż w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie określił w sekcji III.2.3 ogłoszenia, jakie prace muszą wchodzić w skład zrealizowanej modernizacji kotła lub wykonania instalacji redukcji emisji NOx. Rację ma zamawiający, że informację, co do tego co zamawiający rozumiał pod pojęciem modernizacji kotła w formule „pod klucz” zamawiający podał w sekcji II.1.5. ogłoszenia. Jednakże w ocenie Izby taki skrótowy opis przedmiotu zamówienia, w żaden sposób nie stanowił reguły interpretacyjnej dla postawionego warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia. Przede wszystkim wybrany przez zamawiającego tryb negocjacji z ogłoszeniem wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, tym samym to co zostało zakreślone wstępnie przez zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia może ulec zmianie lub modyfikacji, nadto opis przedmiotu zamówienia w formule do negocjacji jest przekazywany dopiero wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych. Sam zamawiający ma tego świadomość, gdyż taką informację zamieścił w sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu. Prawdłowo zatem wykonawcy odczytali treść tych postanowień ogłoszenia przyjmując, że jest to maksymalny zakres przedmiotu zamówienia jaki może być przedmiotem negocjacji, a w jej wyniku realizacji. Wobec jednak faktu, że zakres ten może ulec zmianie czy to na etapie zaproszenia do składania ofert wstępnych czy to na etapie negocjacji, trudno jest wymagać od wykonawców, aby dokonali interpretacji warunku udziału w postępowaniu przez pryzmat nie wiążącego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu. Nawet gdyby mimo wszystko to uczynili, to należy stwierdzić za odwołującymi w sprawach sygn. akt KIO 2319/11, KIO 2330/11 i KIO 2336/11, że zamawiający użył różnych pojęć w sekcji II.1.5 i w sekcji III.2.3 ogłoszenia. W pierwszym przypadku wskazał na „modernizację w formule pod klucz” i zdefiniował, jakie prace będzie pod tym pojęciem rozumiał, a w drugim użył ogólnego pojęcia „modernizacja”, bez dookreślenia w jakiej formule, czy wykonanie jakich prac będzie traktował jako modernizację. Tym samym w ocenie Izby nie można było przyjąć, że modernizacja, w ramach której nie wykonano wszystkich czynności, o których mowa w sekcji II.1.5 ogłoszenia nie jest modernizacją wymaganą w sekcji III.2.3. ogłoszenia. O tym, że zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem w ramach modernizacji kotła także prac montażowych, wykonawcy dowiedzieli się dopiero w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nawet wezwania do uzupełnienia i wyjaśnień nie wskazywały jednoznacznie, że zamawiający wymagał wykazania się właśnie wykonaniem prac

montażowych. Analiza art. 22 ust. 4 ustawy wskazuje wprost, że ocena spełniania warunku w zakresie postawionych nie musi być równa wymaganiom stawianym dla wykonania przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunku ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zatem nie musi być tożsamy. Stąd na etapie ogłoszenia u wykonawców postawiony warunek nie musiał wzbudzić jakichkolwiek wątpliwości, co do tego czy wszystkie czynności wchodzące w skład „modernizacji w formule pod klucz” muszą znaleźć się w doświadczeniu wykazywanym w celu potwierdzenia „realizacji modernizacji kotła”. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom odwołujących, w tym odwołującego Foster, że pod pojęciem modernizacji kotła rozumiane jest zarówno wykonanie modernizacji kotła wraz z czynnościami remontowymi na bloku jak i wykonanie modernizacji poprzez opracowanie dokumentacji, dostawę, nadzór nad robotami montażowymi, rozruch. O tym, że pojęcie „modernizacja kotła” jest rozumiane także bez konieczności wykonywania prac montażowych potwierdzają, choćby referencje zamawiający przedłożone do wniosków w niniejszym postępowaniu. Zarówno dla prac obejmujących montaż jak i dla prac tego montażu nie obejmujących inwestorzy posługują się pojęciem „modernizacja kotła”. Tym samym rozważania zamawiającego, co do charakteru prawnego umowy o nadzór nad pracami montażowymi, są pozbawione znaczenia dla przedmiotowego sporu. Zamawiający nie sprecyzował w postawionym przez siebie warunku wymogu wykazania się wykonaniem wszystkich prac wymienionych w sekcji II.1.5 ogłoszenie, tym samym brak było podstaw do wykluczenia odwołującego Foster z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Jedynie na marginesie Izba zauważa, że zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał analizy charakteru prawnego czynności nadzoru nad montażem. Nie można bowiem rozważać skutków prawnych dla konkretnej czynności w oderwaniu od okoliczności, w jakich do jej dokonania dochodzi. W przedmiotowych zadaniach referencyjnych nadzór nad montażem był jedynie jedną z szeregu czynności, które należały do obowiązków wykonawcy, w ramach poszczególnych umów zawieranych na modernizację kotła. Tym samym odpowiedzialność wynikająca za wykonanie konkretnych czynności musi być rozważana przez pryzmat umowy o charakterze mieszanym, nadto nie sposób pominąć możliwości odmiennego od postanowień kodeksu cywilnego ukształtowania odpowiedzialności w umowie przy uwzględnieniu swobody kontraktowania wynikającej z art. 353<sup>1</sup> kc. Co do stanowiska przystępującego Nalco, że odwołujący Foster, a także odwołujący EESA i Siemens nie są w stanie wykazać się wykonaniem prac montażowych, to stanowisko to nie zostało udowodnione, a nadto nie ma związku z istotą przedmiotowego sporu, który sprowadzał się do rozstrzygnięcia o treści postanowień ogłoszenia, a nie o doświadczeniu jakim mogą lub nie legitymować się poszczególni wykonawcy. Skoro w ocenie Izby, zamawiający nie postawił warunku wykazania się wykonaniem prac montażowych, to to czy wykonawcy odwołujący się posiadają doświadczenie w tym zakresie jest obojętne dla

rozstrzygnięcia. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy poprzez jego zastosowanie i niezasadne wykluczenie odwołującego Foster z postępowania.

#### **Sygn. akt KIO 2330/11**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy poprzez wykluczenie odwołującego EESA z postępowania, oraz z ostrożności procesowej jeśli zamawiający dokonał już czynności zaproszenia do składania ofert wstępnych (na podstawie art. 57 ust. 2 ustawy), zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 57 ust. 2 ustawy poprzez bezprawne zaniechania zaproszenia do złożenia oferty wstępnej Konsorcjum EESA.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Izba w całej rozciągłości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 2319/11 i z uwagi na identyczność stanu faktycznego i prawnego w sprawie sygn. akt KIO 2319/11 i przedmiotowej, stwierdza, iż również wobec odwołującego EESA zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez jego zastosowanie i niezasadne wykluczenie odwołującego EESA z postępowania.

#### **Sygn. akt KIO 2336/11**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego Siemens z postępowania pomimo tego, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Izba w całej rozciągłości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 2319/11 i z uwagi na identyczność stanu faktycznego i prawnego w sprawie sygn. akt KIO 2319/11 i przedmiotowej, stwierdza, iż również wobec odwołującego Siemens zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez jego zastosowanie i niezasadne wykluczenie odwołującego Siemens z postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do dokumentów potwierdzających należytego wykonanie usług wskazanych w wykazie odwołującego Siemens pod pozycjami 2, 3 i 4.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący Siemens we wniosku wykazał te same prace referencyjne, które były następnie objęte uzupełnionym wykazem z dnia 12 września 2011r. oraz były przedmiotem wyjaśnień z dnia 30 września 2011r. Ani w wezwaniu do uzupełnienia



w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ani w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 30 września 2011r. zamawiający nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań referencyjnych wskazanych w pozycjach 2, 3 i 4. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający uznał zasadność zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących poz. 2, 3 i 4, a na rozprawie wyjaśnił jedynie, że skoro wzywał o uzupełnienie wykazu, to nie może ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentów dotyczących tego wykazu. Izba uważa, że stanowisko takie jest nieprawidłowe. Zamawiający może zaniechać wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tylko w sytuacji, gdy zachodzi okoliczność uzasadniająca unieważnienia postępowania (co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca), albo mimo złożenia takich dokumentów oferta wykonawcy i tak podlegałaby odrzuceniu. Pod pojęciem odrzucenia oferty należy rozumieć także podstawę określoną w art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy tj. odrzucenie oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania. Zatem zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów byłoby uzasadnione w sytuacji, gdyby zamawiający wykazał, że żadna z pozycji wykazanych w wykazie nie spełnia jego wymagań postawionych w sekcji III.2.3 ogłoszenia. Izba ustaliła, że przedmiotem wezwania do uzupełnienia z dnia 1 września 2011r., jak i wezwania do wyjaśnień z dnia 30 września 2011r. nie były dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zadań referencyjnych. W pierwszym przypadku zamawiający wymagał przedstawienia wykazu zadań referencyjnych na opracowanym przez siebie formularzu oraz podania nominalnej wydajności kotła, natomiast nie wskazał, że w odniesieniu, do któregośkolwiek z zadań uważa, że nie zostało wykazane należyte jego wykonanie. Natomiast w wezwaniu do wyjaśnień zamawiającego interesował zakres prac, w ramach poszczególnych zadań, a nie ich należyte wykonanie. W ocenie Izby, choć zrozumiała jest obawa zamawiającego, co do naruszenia zakazu ponownego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu, to w przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie zachodzi. Wprawdzie elementem wykazu wykonanych usług są dokumenty potwierdzające należytego wykonanie, jednak nie oznacza to, że zawsze jeśli wzywało się, w jakimś zakresie do uzupełnienia wykazu usług, nie wolno jest wezwać do uzupełnienia tego wykazu ponownie. Przede wszystkim należy wskazać, że aby doszło do skutecznego wezwania do uzupełnienia dokumentów zamawiający musi skonkretyzować wezwanie, wykonawca nie powinien się domyślać, co w ocenie zamawiającego jest wadliwe. Skoro zatem zamawiający nie wyartykułował, że w jego ocenie zachodzi brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług wskazanych w poz. 2, 3 i 4 wykazu, to w tym zakresie nie było skutecznego wezwania i zamawiający może zaniechanej czynności dokonać nie naruszając nakazu jednokrotnego wzywania. W przedmiotowej sprawie ma to szczególne znaczenie, gdyż dokument pochodzący od inwestora w ramach wszystkich pozycji wykazu był załączony do wniosku i zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia z 1 września 2011r., kiedy nie mógł

wiedzieć jeszcze, czy pozycje z wykazu, a przede wszystkim zakwestionowana przez zamawiającego pozycja nr 1, spełniają warunki udziału w postępowaniu czy też nie. Aby zaniechać czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług w poz. 2, 3 i 4 zamawiający w informacji o wynikach oceny spełniania warunków powinien był wykazać, że żadna z pozycji wykazu tego warunku nie spełnia, czego nie uczynił. Nie wykazał tego także na rozprawie. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający nie wzywając do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań referencyjnych wskazanych w poz. 2, 3 i 4 naruszył art. 26 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie.

### **Sygn. akt KIO 2335/11**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 23 ust. 2 PZP, art. 14 PZP w zw. z art. 103 i 104 k.c. poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Fortum z postępowania z uwagi na przekroczenie umocowania przez dalszego pełnomocnika pana Stanisława B. do reprezentowania Konsorcjum Fortum w dniu podpisania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w sekcji III.2.1 pkt 8 ogłoszenia ustanowił szczegółowe wymagania dla pełnomocnictw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W zakresie tych postanowień stanowczo wymagał, aby wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu wszystkich wykonawców została wyraźnie wyrażona w składanym pełnomocnictwie. O ile pełnomocnictwo pierwotne Polimex Mostostal S.A. dla Fortum Power and Heat Oy wyraz takiej woli dawało, to z pełnomocnictwa dla Stanisława B. taka wola nie wynikała, zatem jego działanie jako pełnomocnika całego konsorcjum nie zostało wyrażone. Bezsporne jest, że Stanisław B. miał uprawnienie do działania w imieniu Fortum Power and Heat Oy. Fakt wprowadzenia przez zamawiającego szczegółowych wymagań dotyczących pełnomocnictwa pochodzącego od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wyłącza w ocenie Izby możliwość jego konwalidowania poprzez dokonanie wykładni oświadczeń woli. Byłoby to bowiem działanie wbrew postanowieniom ogłoszenia, a więc warunkom, na jakich ma odbywać się udział w postępowaniu, określonych przez zamawiającego i na które wykonawcy składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu się zgodzili. Izba stoi na stanowisku, że wymagania dotyczące pełnomocnictw dla podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczą w jednakowym stopniu pełnomocnictwa pierwotnego jak i pełnomocnictw dalszych. W tej sytuacji, gdyby przyjąć, że Stanisław B. miał działać w imieniu obu członków konsorcjum, to okoliczność ta zgodnie z sekcją III.2.1 pkt. 8 powinna być wynikać z jego pełnomocnictwa. Słusznie zatem zamawiający wezwał przystępującego

Fortum do uzupełnienia pełnomocnictwa Stanisława B. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W wyniku tego wezwania przystępujący Fortum przedłożył oświadczenie firmy Fortum Power and Heat Oy, że pełnomocnictwo z dnia 1 sierpnia 2011r. było udzielone dla upoważnienia Pana B. do działania w imieniu obu członków konsorcjum. Zamawiający uznał, że doszło do potwierdzenia czynności zdziałanej bez umocowania w imieniu Polimex Mostostal. Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 listopada 2011r., o tyle, o ile zamawiający przyjął, że Stanisław B. działał bez umocowania w imieniu Polimex-Mostostal. W ocenie Izby stanowisko odwołującego Nalco, że było to działanie z przekroczeniem granic pełnomocnictwa jest nieprawidłowe. Bezsporne jest, że czynności dokonane przez Stanisława B. w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne były dokonane zgodnie z zakresem tego pełnomocnictwa, to jest czynnościami do jakich był umocowany Stanisław B. w imieniu Fortum Power and Heat Oy i tu nie można mówić o przekroczeniu zakresu pełnomocnictwa, natomiast z pełnomocnictwa nie wynikały jakiegokolwiek czynności, do których Pan B. był umocowany w imieniu Polimex Mostostal, co więcej brak jest jakiegokolwiek wskazania, że Fortum Power and Heat Oy działało w imieniu własnym i w imieniu Polimex Mostostal, co zgodnie z sekcją III.2.1 pkt. 8 ogłoszenia powinno było wynikać, dla przyjęcia tezy, że Stanisław B. był umocowany w imieniu Konsorcjum. Wobec zarówno braku wskazania jako mocodawcy Polimex Mostostal, jak i wskazania jakiegokolwiek czynności, która przez Stanisława B. miałaby być zdziałana przez Stanisława B., to należy stwierdzić w tym zakresie brak pełnomocnictwa, a nie przekroczenie jego zakresu. Wobec takiej konstatacji, Izba uznała, że zgodnie ze zdaniem 2 art. 104 kc w związku z art. 14 ustawy dopuszczalne było konwalidowanie czynności poprzez jej potwierdzenie przez mocodawcę tj. odpowiednie zastosowanie art. 103 §1 kc w związku z art. 14 ustawy. Jednakże w ocenie Izby do takiego potwierdzenia nie doszło. W art. 103 § 1 kc ustawodawca wyraźnie określił podmiot, który ma dokonać potwierdzenia i jest to „osoba, w której imieniu umowa została zawarta”, a na gruncie czynności jednostronnej jaką jest udzielenie pełnomocnictwa należałoby powiedzieć, że podmiotem potwierdzającym czynność rzekomego pełnomocnika, jest osoba w imieniu, której czynność została dokonana. Niewątpliwie podmiotem w imieniu którego miał być złożony wniosek oraz załączone do niego dokumenty i oświadczenia był Polimex Mostostal (oczywiście niesporne jest między stronami, że w imieniu Fortum Power and Heat Oy pan Stanisław B. działał prawidłowo i złożył zarówno wniosek jak i podpisał oświadczenia oraz poświadczył składane dokumenty). Tym samym osobą, która powinna była potwierdzić czynności pełnomocnika nie mógł być dalszy pełnomocnik, ale wyłącznie Polimex Mostostal. Tymczasem w wyniku uzupełnienia dokumentów potwierdzenia czynności pełnomocnika dokonał Fortum Power and Heat Oy. W ocenie Izby czynności zdziałane przez Stanisława B. nie zostały przez właściwy podmiot potwierdzone, a zatem są nieważne, a w konsekwencji nie można uznać,

że wniosek został podpisany przez osobę upoważnioną, jak również że załączone do wniosku dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu dla obu członków Konsorcjum. Tym samym zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Fortum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy naruszało ustawę.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego §4 ust.1 pkt) 1 ppkt. a) i ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy, poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż w Finlandii nie wydaje się dokumentu potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Oy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości; i zaakceptowanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Finlandii

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zarówno odwołujący Nalco jak i przystępujący Fortum zgodnie wykazali, że w Finlandii prowadzony jest Rejestr Upadłości i Reorganizacji, w którego obaj wykonawcy uzyskali zaświadczenia dla firmy Fortum Power and Heat Oy, że nie ogłoszono wobec niej upadłości. Wobec faktu, że taki dokument w kraju siedziby firmy Fortum Power and Heat Oy jest wydawany niedopuszczalne było jego zastąpienie oświadczeniem w trybie §4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego i przystępującego Fortum, że konieczne jest, aby składane dokumenty potwierdzały ściśle okoliczności wskazane w §4 ust. 1 pkt 1 lit. a i c cyt. Rozporządzenia. Takiej wykładni tego paragrafu przeczy przedewszystkiem treść pkt. 1 ust. 1 §4 rozporządzenia, w której ustawodawca wyraźnie posłużył się sformułowaniem „dokument lub dokumenty potwierdzające odpowiednio”. „Odpowiednio” oznacza z uwzględnieniem różnic wynikających z systemów prawnych w państwie pochodzenia. Tym samym, jeśli w Finlandii nie stwierdza się otwarcia likwidacyjale ogłoszenie postępowania restrukturyzacyjnego, to należy przyjąć, że zaświadczenie z Rejestru Upadłości i Reorganizacji Przedsiębiorstw potwierdza odpowiednio okoliczności określone w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia. Tym samym przystępujący Fortum nie mógł skorzystać z § 4 ust. 3 rozporządzenia i wykazać skutecznie braku podstaw wykluczenia przedkładając oświadczenie złożone przed notariuszem. Izba nie podziela także stanowiska zamawiającego, że był on uprawniony i zobowiązany oprzeć się przy badaniu braku podstaw wykluczenia wykonawcy zagranicznego wyłącznie na dokumentach załączonych przez tego wykonawcę do wniosku. Takie stanowisko zostaje w sprzeczności z treścią §4 ust. 4 rozporządzenia, gdyż w sytuacji, gdy wykonawca zagraniczny składa oświadczenie przed notariuszem, zamiast zaświadczenia, to w treści tego dokumentu znajduje się oświadczenie, że w danym kraju zaświadczenia nie wydaje się. Zamawiający tę okoliczność może i

powinien weryfikować, choćby przez wystąpienie do właściwych organów miejsca zamieszkania lub siedziby podmiotu z wniosekimi o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu, a w szczególności informacji, czy prawidłowe jest oświadczenie wykonawcy, że kraju jego siedziby lub miejsca zamieszkania nie wydaje się zaświadczeń odpowiednio potwierdzających okoliczności opisane w § 4 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający w dniu 1 września 2011r. wezwał przystępującego Fortum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wobec Fortum Power and Heat Oy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości lub złożenia oświadczenia, jeśli dokumentu nie wydaje się. Nie ma zatem możliwości ponownego wezwania przystępującego Fortum do uzupełnienia w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby przystępujący Fortum nie wykazał właściwym dokumentem braku podstaw wykluczenia i zamawiający nie dokonując czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z § 4 ust. 1 pkt 1 lit a i § 4 ust. 3 i 4 rozporządzenia.

Na marginesie Izba zauważa, że przywołane przez zamawiającego orzecznictwo Izby zapadło przy ocenie stanu faktycznego i prawnego związanego z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Zapadło ono w odmiennym stanie faktycznym i prawnym i nie ma w przedmiotowej sprawie zastosowania przede wszystkim z tego względu, że pkt 2 cyt. Paragrafu brak jest wymogu odpowiedniości dokumentów, natomiast ustawodawca wyraźnie wskazał katalog przestępstw, co do których brak skazania ma być zaświadczeniem wykazany poprzez odwołanie się do art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Ustawodawca użył także pojęcia „w zakresie”, a zatem skutkiem wykluczenia z postępowania objął tylko tego wykonawcę, którego członek organu zarządzającego lub wspólnik popełnił określonego rodzaju przestępstwo, zagrażające prawidłowemu wykonaniu zamówienia publicznego, lub uznane za zagrażające prawidłowemu obrotowi gospodarczemu czy praktykom rynkowym.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego §4 ust.1 pkt) 1 ppkt. b) i ust. 3 rozporządzenia w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4) PZP, poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż w Finlandii nie wydaje się urzędowego dokumentu (przez Centrum Rejestru Prawnego) potwierdzającego, że wobec wykonawcy Fortum Oy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne/nie figuruje w rejestrze skazanych, i uznanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Finlandii,.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje swoje wywody poczynione w odniesieniu do stosowania § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów także w odniesieniu do stosowania § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c tegoż rozporządzenia. Również w tym przypadku mowa jest o dokumencie lub dokumentach potwierdzających odpowiednio nie orzeczenie zakazu ubiegania się o zamówienie. Odwołujący Nalco w ocenie

izby wykazał, że w Finlandii prowadzonych jest Rejestr skazanych, w którym odnotowuje się także kary i ich wysokość orzeczone w stosunku do spółek, okoliczności tej nie przeczył przystępujący Fortum, co więcej przystępujący przedstawił zaświadczenie z takiego rejestru dotyczącego firmy Fortum Power and Heat Oy, z którego wynikało, że w Rejestrze brak jest informacji na temat tej osoby prawnej. Skoro w Rejestrze Skazanych, jak wynika z protokołów otwarcia stron internetowych sporządzonych w obecności notariusza, odnotowuje się osobę prawną w stosunku, do której orzeczono karę, to w ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że brak informacji w rejestrze na temat danej osoby prawnej oznacza, że żadnej kary nie orzeczono. W ocenie Izby dokument taki odpowiednio potwierdza, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Przystępujący Fortum do swojego wniosku załączył oświadczenie złożone przed notariuszem, a zamawiający nie dokonał weryfikacji treści tego oświadczenia i przyjął, że w Finlandii nie wydaje się dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w §4 ust. 1 pkt 1 lit. c rozporządzenia. W ocenie Izby zamawiający dopuścił się zaniechania dokonania prawidłowej weryfikacji braku podstaw wykluczenia wykonawcy – przystępującego Fortum. Gdyby działał prawidłowo ustaliby, że zaświadczenie z Rejestru Skazanych jest wydawane i wezwałby przystępującego Fortum do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W dacie orzekania Izba stwierdza, że odpadł obowiązek zamawiającego wezwania do uzupełnienia zaświadczenia z Rejestru Skazanych dla Fortum Power and Heat Oy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż gdyby przystępujący został zaproszony do złożenia oferty jego oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków oraz nie wykazanie braku podstaw wykluczenia, o których była mowa w uzasadnieniu dla dwóch zarzutów poprzedzających omawiany zarzut. W tej sytuacji zamawiający nie dokonując wykluczenia przystępującego Fortum z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego EESA skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego Nalco skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT, z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczalnej cyt. rozporządzeniem.

**Przewodniczący:**

.....