

Sygn. akt KIO 346/11

**WYROK**  
**z dnia 8 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska  
**Członkowie:** Ewa Rzońca  
Robert Skrzyszewski  
**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ENERGOTEST Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 44B** od czynności zamawiającego **Biuro Studiów i Projektów Energetycznych „ENERGOPROJEKT-WARSZAWA” Spółka Akcyjna, 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14**

przy udziale wykonawcy **Elektrobud-Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31-262 Kraków, ul. Pękowicka 77**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża ENERGOTEST Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 44B i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ENERGOTEST Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 44B**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych sześćset zero groszy) przez **ENERGOTEST Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 44B** na rzecz **Biura Studiów i Projektów Energetycznych „ENERGOPROJEKT-WARSZAWA” Spółka Akcyjna, 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Biuro Studiów i Projektów Energetycznych „ENERGOPROJEKT-WARSZAWA” S.A., 00-950 Warszawa, ul. Krucza 6/14 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Modernizację w ograniczonym przez Inwestora zakresie części elektrycznej i automatyki trzech hydrozespołów w Elektrowni Wodnej Żydowo.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu wykonawca ENERGOTEST Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Chorzowska 44B (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołującego się oraz wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy – ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o.

Odwołujący się złożył odwołanie na:

- 1) Czynność wykluczenia przez zamawiającego - Biuro Studiów i Projektów Energetycznych „ENERGOPROJEKT-WARSZAWA” SA z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację w ograniczonym przez Inwestora zakresie części elektrycznej i automatyki trzech hydrozespołów w Elektrowni Wodnej Żydowo” Wykonawcy - ENERGOTEST Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, podczas gdy wykonawca ENERGOTEST Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia i jego oferta jest najkorzystniejsza w kryterium oceny ofert 100% cena;
- 2) Czynność wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o. pomimo że, oferta nie jest najkorzystniejsza w kryterium oceny ofert;
- 3) Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy - ELEKTROBUD Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo nie spełnienia przez tego wykonawcę postawionego warunku wiedzy i doświadczenia

Zamawiającemu odwołujący się zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców i naruszający reguły uczciwej konkurencji, oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenia wykonawcy - ENERGOTEST Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty; niezgodny z ustawą wybór oferty Wykonawcy, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu; a nadto wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza wg. przyjętego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert.

Wobec powyższego odwołujący się wniósł o:

- I. Uwzględnienie odwołania;

II. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy - ENERGOTEST Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty

III. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy - ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o.;

IV. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

V. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

VI. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 11.02.2011 r. powziął wiadomość o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i wyborze oferty ocenionej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu. W uzasadnieniu decyzji zamawiający podał jako powód wykluczenia odwołującego się i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 4 u ust. 4 Pzp) nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu postawionego w SIWZ pkt IV 2) c), d), tj. nie wykazania się doświadczeniem:

- w zainstalowaniu systemu automatyki, zabezpieczeń i układu rozliczeniowego dla hydrozespołu o mocy min. 15 MV A w elektrowni szczytowo-pompowej oraz
- w rozruchu elektrowni wodnej.

Zdaniem zamawiającego, nie może być uznane wykonanie rozruchu elektrowni EW Żarnowiec, ponieważ rozruch w tym obiekcie przeprowadził „wyłącznie Energoprojekt-Warszawa”, zaś pod pozostałymi pozycjami nie wykazano rozruchu elektrowni wodnej. Zamawiający nie wskazał innych powodów odrzucenia oferty - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, którą to podstawę przywołał w treści decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego się.

Zamawiający w wykonaniu dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp postawił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następujący warunek posiadania wiedzy i doświadczenia:

„ 2) wykazania się wykonaniem w ciągu ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej 1 usługi, odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Za spełnienie tego warunku Zamawiający uzna wykonanie po co najmniej 1 usłudze obejmującej:

- a. modernizację części elektrycznej hydrozespołu o mocy minimum 5 MVA,
- b. dostawę i zainstalowanie lub modernizacją systemu komputerowego nadzoru i sterowania hydrozespołu w elektrowni szczytowo-pompowej, obejmującego wykonanie projektu systemu, prefabrykację szaf systemowych, montaż, wykonanie oprogramowania i uruchomienie,
- c. zainstalowanie systemu automatyki, zabezpieczeń i układu rozliczeniowego dla hydrozespołu o mocy min. 15 MVA w elektrowni szczytowo-pompowej,
- d. rozruch elektrowni wodnej ”.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku zamawiający wymagał załączenia do oferty stosownego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a nadto wykazu

wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (SIWZ pkt V ppkt 1.9). Odwołujący ENERGO TEST Sp. z o.o. wykazał w postępowaniu spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym w zakresie niesłusznie kwestionowanym przez zamawiającego, tj. z lit. c) i d) pkt 2 cz. IV SIWZ. Odwołujący załączył do swojej oferty Wykaz wykonanych usług (str. 92-94 załączników do oferty), natomiast konkretnie:

- na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w lit. c) przedstawił następujące referencje:
- Na potwierdzenie zainstalowania systemu automatyki, zabezpieczeń dla hydrozespołu o mocy min 15 MVA w elektrowni szczytowo-pompowej: List referencyjny z Elektrowni Wodnej Żarnowiec SA - Oferta, Tom I, str. 107 List referencyjny z Elektrowni Wodnej Żarnowiec SA- Oferta, Tom I, str. 100 List referencyjny z Elektrowni Wodnej Żarnowiec SA - Oferta, Tom I, str. 101, List referencyjny z Elektrowni Wodnej Żarnowiec SA - Oferta, Tom I, str. 102, List referencyjny z Elektrowni Wodnej Porąbka-Żar SA - Oferta, Tom I, str. 104,
- Na potwierdzenie zainstalowania układu rozliczeniowego dla hydrozespołu o mocy min 15 MVA w elektrowni szczytowo-pompowej: List referencyjny z Elektrowni Wodnej Porąbka-Żar SA - Oferta, Tom I, str. 104, List referencyjny z Elektrowni Wodnej Porąbka Żar SA- Oferta, Tom I, str. 103,
- na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w lit. d) „rozruch elektrowni wodnej” przedstawił następujące referencje: Listy referencyjne z Elektrowni Wodnych w Macedonii- Oferta, tom I str. 109-114 i list referencyjny z firmy Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. - oferta, Tom I str. 108 List referencyjny Elektrowni Wodnej Żarnowiec SA z dnia 30.07.2010r. wystawiony dla Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. - oferta, tom I str. 107.

Odnosnie do zakwestionowanej przez zamawiającego referencji wystawionej przez Elektrownię Wodną Żarnowiec w zakresie „rozruchu elektrowni wodnej”, nie jest zgodne z prawdą twierdzenie zamawiającego, że rozruchu dokonał wyłącznie Energoprojekt -Warszawa.

Z treści referencji wystawionej przez Elektrownię Wodną Żarnowiec SA z dnia 30.07.2010r. wynika wprost, że zakres prac wykonany przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. obejmował „dostawę kompletnego sprzętu, oprogramowania systemowego oraz aplikacyjnego, dokumentacji, urządzeń do prowadzenia prób, przeprowadzenie pełnego rozruchu oraz przeszkolenie pracowników”. Zamawiający na użytek prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma prawa ingerować w treść referencji wystawianych przez inwestorów na rzecz wykonawców, które potwierdzają należyte wykonanie dostaw lub usług. Jeżeli natomiast zamawiający kwestionuje prawdziwość stanu faktycznego odzwierciedlonego w referencjach, to na Zamawiającego winien być przerzucony ciężar dowodu w tym zakresie. Odwołujący korzysta z doświadczenia firmy Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. na zasadzie art. 26 ust. 2 b Pzp jako podmiotu użyczającego do dyspozycji również niezbędne zasoby na czas realizacji zadania „Modernizacji części elektrycznej i automatyki trzech hydrozespołów w

Elektrowni Wodnej Żydowo", będącego jednocześnie podwykonawcą faktycznym w tym zadaniu, wykazany w Wykazie podwykonawców. Stosowne zobowiązanie firmy Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. zostało załączone do oferty Odwołującego (str. 154 oferty).

Również treść referencji wystawionych przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. na rzecz odwołującego się oraz referencji wystawionych przez Elektrownie Wodne w Macedonii: Vrutok, Raven, Vrben, Tikves, Globocica, Splije, potwierdza należyte wykonanie rozruchu macedońskich elektrowni wodnych po zainstalowaniu układu sterowania, zabezpieczeń i pomocniczego zasilania NN i Black Oufu (str. 108 i str. 109-114 oferty). Odwołujący w tym miejscu przyznaje, że w „Wykazie wykonanych usług” przedstawionym do oferty w rubryce „Rodzaj zamówienia, wartość, moc hydrozespołu, opis lokalizacja, adres” w pozycji dotyczącej modernizacji systemów sterowania elektrowni wodnych w Macedonii (str. 93 oferty) nie zamieścił w opisie zadania uruchomienia elektrowni wodnych, jednakże zakres zadania - w postaci uruchomienia elektrowni - został *expressis verbis* określony w treści samych referencji. Referencje te zostały załączone do oferty i były znane zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert. Treść tych referencji nie została podważona przez zamawiającego.

Rozporządzenie Prezesa RM z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) w § 1 pkt 1 ust. 3) nie różnicuje pod względem hierarchii ważności dwóch rodzajów dokumentów przedkładanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. „wykazu dostaw lub usług” i „dokumentu potwierdzającego, że dostawy lub usługi są wykonywane lub zostały wykonane należycie”. Powyższe implikuje twierdzenie, że te dwa dokumenty powinny być traktowane przez zamawiającego równorzędnie, i o ile wzajemnie się nie wykluczają - Zamawiający nie ma podstaw do ich podważenia. W niniejszej sprawie informacje zawarte w referencjach wystawionych przez firmę Emerson i Elektrownie Wodne w Macedonii uzupełniają, a nie zaprzeczają, dokument w postaci Wykazu wykonanych usług, w zakresie dodatkowej informacji o wykonaniu rozruchu elektrowni wodnych. Zamawiający analizując treść przedmiotowych dokumentów powinien zatem uznać za wykazane przez odwołującego się wylegitymowanie się doświadczeniem również i w tym zakresie, tj. przeprowadzenia rozruchu elektrowni wodnej. Niezrozumiałe jest zatem nie wzięcie pod uwagę przez zamawiającego przedmiotowych referencji i brak ich merytorycznej oceny, a wyłącznie dokonanie - niezgodnej zresztą ze stanem faktycznym i bezpodstawnie podważającej referencje - oceny prac wykazanych w referencjach pochodzących z Elektrowni Wodnej Żarnowiec SA, do czego zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych, ani prawnych.

Odwołujący się podkreślił, że o ile w zakresie zainstalowania systemu automatyki, zabezpieczeń i układu rozliczeniowego dla hydrozespołu o mocy min. 15 MVA, zamawiający postawił wymóg dla elektrowni szczytowo-pompowej (lit. c), to już w zakresie rozruchu elektrowni nie ograniczył tego uszczegółowienia do elektrowni szczytowo-pompowych (lit. d). Zatem, prace wykonane w

elektrowniach wodnych przepływowych na terenie Macedonii powinny zostać uznane przez Zamawiającego za spełniające warunek wiedzy i doświadczenia.

Powyższe działania zamawiającego świadczą o tendencyjnej, pobieżnej i nie dokładnej analizie dokumentów załączonych do oferty przez wykonawcę ENERGOTEST Sp. z o.o., co następnie miało bezpośrednie przełożenie na wynik postępowania. Zamawiający naruszył swoim postępowaniem reguły wynikające z art. 7 ustawy Pzp równego traktowania wszystkich wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji, w kontekście oceny doświadczenia Wykonawcy ELEKTROBUD Kraków.

Wykonawca ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, podlega wykluczeniu z powodu nie wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia postawionego w pkt IV ppkt 2) SIWZ. Wykonawca ten nie legitymuje się doświadczeniem własnym we wszystkich zakresach postawionego warunku wiedzy i doświadczenia, tj. samodzielnie nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia na elektrowniach szczytowo-pompowych w zakresie ppkt 2) lit. b), d) SIWZ tj. „dostawy i zainstalowanie lub modernizacji systemu komputerowego nadzoru i sterowania hydrozespołu w elektrowni szczytowo-pompowej, obejmującej wykonanie projektu systemu, prefabrykację szaf systemowych, montaż, wykonanie oprogramowania i uruchomienie " oraz „rozruchu elektrowni wodnej ". ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o. nie wykazał również, że legitymuje się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów uczyczących mu swych zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Pzp, mianowicie:

1. Wykaz i referencje przedstawione przez podwykonawcę Efekt-Automatyka Sp. z o.o.

- Modernizacja systemu komputerowego nadzoru i sterowania wykazana w referencji z PGE Energia Odnawialna SA z dnia 29.11.201 Or. (str. 65 oferty ELEKTROBUDU Kraków) była w rzeczywistości wykonywana na obiekcie Elektrowni Myczkowce, która jest elektrownią przepływową. Tymczasem, zamawiający wymagał wykazania dostawy i zainstalowania lub modernizacji systemu komputerowego nadzoru i sterowania hydro zespołu (...) w elektrowni szczytowo-pompowej, jaką jest Elektrownia Solina. Okoliczność, że obie elektrownie wodne tworzą organizacyjnie i prawnie Zespół Elektrowni Solina-Myczkowce nie upoważnia wykonawcy do przypisywania sobie wykonania konkretnych prac na innym obiekcie elektrowni, niż w rzeczywistości. Brać należy pod uwagę bowiem faktyczne doświadczenie wykonawcy.

Przedstawione prace nie potwierdzają zatem spełnienia warunku doświadczenia z pkt IV ppkt 2) lit b) SIWZ.

- Referencje z PGE Energia Odnawialna SA z dnia 29.11.2010r. (str. 66 oferty ELEKTROBUDU Kraków) nie dotyczą postawionego warunku wiedzy i doświadczenia.

Z treści referencji wynika bowiem, że wykonawca prowadzi serwis na elektrowni wodnej, tymczasem serwisowanie urządzeń elektrowni nie jest objęte warunkiem wiedzy i doświadczenia, jak w pkt IV ppkt. 2) lit. a)-d). Z tego względu przedstawione w wykazie prace i przedmiotowe referencje na ich wykonanie są nieprzydatne dla oceny w niniejszym postępowaniu spełnienia przez wykonawcę ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o. postawionego warunku.

- Referencje z BUDOKOP Sp. z o.o. Myślenice z dnia 07.10.2010 (str. 67 oferty ELEKTROBUDU Kraków) potwierdzają wyłącznie właściwe wykonanie projektu systemu komputerowego nadzoru i operatorskiego wspomaganie Elektrowni Wodnej Włocławek. Tymczasem zamawiający wymagał w ramach postawionego warunku doświadczenia w pkt IV ppkt 2) lit. b) poza wykonaniem projektu systemu komputerowego również doświadczenia w prefabrykacji szaf, montażu, wykonania oprogramowania i uruchomienia systemu w elektrowni szczytowo-pompowej. Dlatego nie można uznać, że przedstawione w wykazie prace na Elektrowni Wodnej Włocławek potwierdzają spełnienie przez wykonawcę wymaganego warunku wiedzy i doświadczenia, ponieważ jest elektrownią przepływową.

## 2. Wykaz prac i referencje podwykonawcy Biproen Sp. z o.o. Siemianowice Śląskie

- Referencje wystawione przez ZEW Solina-Myczkowce (oferta str. 82) dotyczą wyłącznie wykonania prac polegających na serwisie określonych urządzeń, badaniach okresowych, gotowości serwisowej, itp. Serwisowanie urządzeń elektrowni nie jest objęte warunkiem wiedzy i doświadczenia, jak w pkt IV ppkt. 2) lit. a)-d). Z tego względu przedstawione w Wykazie prace i przedmiotowe referencje na ich wykonanie są nieprzydatne dla oceny w niniejszym postępowaniu spełnienia przez Wykonawcę ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o. postawionego warunku.

- Referencje wystawione przez Zakład Produkcyjny Aparatury Elektrycznej Sp. z o.o. z dnia 02.08.2010r. (oferta str. 83) dotyczą prac wykonanych na terenie Elektrociepłowni Saturn Świecie, a nie na elektrowni wodnej

- Referencje wystawione przez Elektrownie Wodne Sp. z o. o. Samociążek 92 z dnia 10.08.2009r. dotyczą prac na EW Trzyczyn nie będącej elektrownią szczytowo-pompową. Ponadto w elektrowni tej zainstalowane są 2 hydrozespoły o mocy 2,5MVA każdy i w związku z tym przedstawione referencje nie spełniają wymagań SIWZ pkt IV ppkt. 2) lit. a)-d) z uwagi na wymaganie zamawiającego dot. Mocy hydrozespołu min. 5 MVA.

- Referencje wystawione przez Elektrociepłownię Białystok S.A. z dnia 27.08.2009r. (oferta str. 85) dotyczą prac wykonanych na terenie Elektrociepłowni Białystok, a nie na elektrowni wodnej

## 3. Wykaz prac i referencje podwykonawcy ZPrAE SA

Żadna z prac w wykazie i żadna z przedstawionych referencji nie dotyczy prac wykonywanych na elektrowniach wodnych. Dlatego nie można uznać, że przedstawione w wykazie prace potwierdzają spełnienie przez wykonawcę wymaganego warunku wiedzy i doświadczenia.

## 4. Wykaz prac i referencje, przy których współpracował pan Andrzej S.

Prace z Wykazu prac i referencje nie potwierdzają wykonania wskazanych tam zadań przez podmiot gospodarczy Energowod - Andrzej S., ale przez osobę Andrzeja S. - jako pracownika innej firmy. Zdaniem odwołującego się wykonaniem wskazanych prac może legitymować się ówczesny pracodawca pana Andrzeja S., jako strona umowy z inwestorem i podmiot wykonujący zadanie umowne, a nie poszczególni pracownicy. Ponadto, pan A. S. jako osoba fizyczna, również nie legitymuje się wykonaniem samodzielnie prac z zakresu wymaganego przez Zamawiającego w



postawionym warunku wiedzy i doświadczenia. Dlatego nie można uznać, że przedstawione w Wykazie prace potwierdzają spełnienie przez wykonawcę wymaganego warunku wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o. powinien zatem zostać wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ nie spełnił postawionego w SWIZ warunku wiedzy i doświadczenia. Powyższe uchybienia, zaniechania, przeoczenia Zamawiającego implikują również twierdzenie, że Zamawiający Energoprojekt - Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Energoprojekt - Warszawa zdaje się bowiem nie zauważać oczywistych braków w wiedzy i doświadczeniu po stronie jednego z wykonawców, podczas gdy bezpodstawnie i bez jakichkolwiek dowodów neguje fakty i dokumenty przedstawione przez Odwołującego.

Wybór oferty Wykonawcy ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o. rażąco narusza dyspozycję art. 91 ust. 1 Pzp, wobec czego wnoszę o unieważnienie tej decyzji i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny ofert.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych oferty, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego się z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazał się doświadczeniem w zainstalowaniu systemu automatyki, zabezpieczeń i układu rozliczeniowego dla hydrozespołu o mocy min. 15 MVA w elektrowni szczytowo-pompowej oraz rozruchu elektrowni wodnej.

Zamawiający postawił wykonawcom biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następujący warunek posiadania wiedzy i doświadczenia:

*2) wykazania się wykonaniem w ciągu ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Za spełnienie tego warunku Zamawiającego uzna wykonanie po co najmniej 1 usłudze obejmującej:*

*a. modernizację części elektrycznej hydrozespołu o mocy minimum 5 MVA,*

*b. dostawę i zainstalowanie lub modernizację systemu komputerowego nadzoru i sterowania hydrozespołu w elektrowni szczytowo-pompowej, obejmującego wykonanie projektu*

*systemu, prefabrykacje szaf systemowych, montaż, wykonanie oprogramowania i uruchomienie,*

*c. zainstalowanie systemu automatyki, zabezpieczeń i układu rozliczeniowego dla hydrozespołu o mocy min. 15 MVA w elektrowni szczytowo-pompowej,*

*d. rozruch elektrowni wodnej.*

Odwołujący się w odwołaniu podniósł, iż na potwierdzenie zainstalowania systemu automatyki, zabezpieczeń dla hydrozespołu o mocy min. 15 MVA w elektrowni szczytowo-pompowej przedstawił referencje z Elektrowni Wodnej Żarnowiec SA (Oferta t. I str. 100-102, 104 i 107) oraz referencję z Elektrowni Wodnej Porąbka-Żar S.A. (Oferta t. I str. 104).

Izba przeanalizowała wskazane referencje i skonstatowała, że wykazany w nich zakres wykonanych prac nie potwierdza, że odwołujący się spełnia wymagany warunek w zakresie doświadczenia. Wystawiająca referencje Elektrownia Wodna Żarnowiec (stwierdziła, że Przedsiębiorstwo Usług Elektroenergetycznych Energotest-Energopomiar Sp. z o.o. z Gliwic brało udział w remoncie kapitalnym hydrozespołów. W dalszej części referencji wskazany jest wykonany zakres prac, który w ramach tej usługi był wykonany. Listy referencyjne na stronach 100-102 oferty nie wskazują na zainstalowanie systemu zabezpieczeń i rejestracji zakłóceń, ale na wykonanie dokumentacji technicznej, wykonanie prób i uruchomienie układu zabezpieczeń i rejestracji zakłóceń hydrozespołu. List referencyjny znajdujący się na stronie 104 oferty dotyczy prac polegających na dostawie, pracach montażowych i uruchomieniu układów zabezpieczeń, sygnalizacji i pomiarów rozdzielni 30kV, nie zaś hydrozespołów. Z kolei list referencyjny znajdujący się na stronie 107 oferty nie dotyczy systemu automatyki, lecz dostawy przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. sprzętu dla systemu sterowania, dokumentacji technicznej i jej wdrożenie.

Potwierdzeniem powyższego jest pismo PGE Energia Odnawialna SA Oddział w Czymanowie (poprzednio Elektrownia Wodna Żarnowiec S.A.) z dnia 2 marca 2011 roku, w którym potwierdzono, że firma Energotest Sp. z o.o. nie zainstalowała układów Elektrowni Wodnej Żarnowiec, Odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że zakres prac wykonywanych w Elektrowni Wodnej Żarnowiec obejmował prace wymagane przez zamawiającego. Faktu tego nie dowodzą złożone przez odwołującego się na rozprawie zakresy rzeczowe prac na hydrozespołach nr 1, 2, 3 i 4 w EW Żarnowiec.

Izba stwierdziła, że odwołujący się nie wykazał także, by dokonał zainstalowania układu rozliczeniowego dla hydrozespołu o mocy min. 15 MVA w elektrowni szczytowo-pompowej. Listy referencyjne znajdujące się na str. 103 i 104 oferty potwierdzają wykonanie prac nie na opisanym hydrozespołe, ale na rozdzielni elektrycznej 30 kV.

Izba ustaliła, że odwołujący się nie udowodnił faktu wykonywania przez niego rozruchu elektrowni wodnej. W pierwszym rzędzie Izba stwierdziła, że odwołujący się w

sposób nieprawidłowy interpretuje warunek opisany w pkt. IV. 2 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym wykonawca winien był wykonać co najmniej jedną usługę obejmującą rozruch elektrowni wodnej. Ani z tego, ani z żadnego innego zapisu SIWZ nie wynika, że rozruch miał być wykonany wyłącznie w zakresie części elektrycznej i automatyki. Zapis pkt IV. 2 lit. d SIWZ jest jasny i precyzyjny i nie pozostawia wątpliwości co do tego, że wykonawca winien był dokonać rozruchu całej elektrowni wodnej, a nie pewnej jej części.

Zarówno listy referencyjne z Elektrowni Wodnych w Macedonii (oferta t. I, str. 109-114), jak i list referencyjny Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. nie potwierdzają spełnienia wskazanego warunku. Z listów tych wynika jedynie, że wykonawca dokonywał rozruchu niektórych podzespołów elektrowni. Z kolei list referencyjny Elektrowni Wodnej Żarnowiec S.A. (str. 107 oferty) potwierdza wykonanie prac w zakresie Systemu Sterowania i Monitorowania Pracy Elektrowni.

Powyższe potwierdza cytowane już wyżej pismo PGE Energia Odnawialna Oddział w Czymanowie, z którego wynika, że firma Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. nie wykonywała pełnego rozruchu hydrozespołów (prace rozruchowe ograniczały się do rozruchu dostarczonego i zainstalowanego systemu sterowania i monitorowania pracy elektrowni).

W ocenie Izby odwołujący się nie wykazał, że wykonawca, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą (przystępujący) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący się zarzucił, że ELEKTROBUD Kraków Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia na elektrowniach szczytowo-pompowych w zakresie pkt IV.2 lit b i d, tj. *dostawy i zainstalowanie lub modernizacji systemu komputerowego nadzoru i sterowania hydrozespołu w elektrowni szczytowo-pompowej, obejmującej wykonanie projektu systemu, prefabrykacje szaf systemowych, montaż, wykonanie oprogramowania i uruchomienie oraz rozruchu elektrowni wodnej.*

Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie warunku opisanego w pkt IV.2 lit. b przystępujący wskazał usługę wykonywaną na obiekcie Elektrowni Szczytowo-Pompowej Solina oraz w przepływowej Elektrowni Wodnej Myczkowce. Przystępujący w tym zakresie powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego - Efekt-Automatyka Sp. z o.o. na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z akt postępowania (w tym pismo PGE Energia Odnawialna S.A. Oddział w Solinie z dnia 23 lutego 2011 roku) wynika, że usługi wykonywane przez Efekt-Automatyka Sp. z o.o. obejmowały swym zakresem czynności wymagane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt IV.2 lit. d przystępujący wskazał doświadczenie Pana Andrzeja S. jako innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący się zakwestionował możliwość powoływania się na doświadczenie

osoby fizycznej twierdząc, że nie jest to podmiot, na którego zasoby można powoływać się na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W ocenie odwołującego się podmiotem, na którego doświadczenie można się powołać, jest Voith Siemens Hydro Power Generationn GmbH, w którego imieniu działał Pan Andrzej S.

Zdaniem Izby argumentacja odwołującego się nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie precyzuje, jaki powinien być status podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nie wymaga także, aby działalność tego podmiotu prowadzona była w konkretnej formie.

W tej sytuacji należy rozważyć, czy „doświadczenie”, o którym mowa w art. 26 ust. 2b, jest indywidualnym doświadczeniem osób proponowanych do realizacji zamówienia czy też zbiorowym doświadczeniem przedsiębiorstwa.

W piśmiennictwie panuje przekonanie, iż wiedza i doświadczenie podmiotu jako całości nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozzerwalnie związane z zespołem osób, zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Owo połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości. Toteż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio, osobiście w realizację zamówienia (tak też: Aleksandra Sołtyśńska, Grzegorz Wicik *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów* Kwartalnik PZP Nr 4(23)/2009)

Jednakże treść referencji przedłożonych przez przystępującego dowodzi, że Pan Andrzej S. dokonując rozruchu elektrowni wodnej Akköy 1 w Turcji był odpowiedzialny za koordynację wszystkich czynności odbiorczych oraz przeprowadzenie prób odnośnie sprzętu elektromechanicznego zainstalowanego w tym zakładzie. Jego doświadczenie nie jest zatem doświadczeniem jednej osoby wchodzącej w skład zespołu ludzi wykonującej zadanie, lecz doświadczeniem samodzielnego podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie zadania. Zwrócić należy uwagę, że referencje zostały wystawione nie dla Voith Siemens Hydro Power Generation GmbH, ale dla samego Pana Andrzeja S., a ich treść jednoznacznie wskazuje na jego osobę jako wykonawcę zadania. W tej sytuacji brak jest podstaw do stwierdzenia, że Pan S. nie może obecnie udostępniać posiadanego doświadczenia nawet w sytuacji, gdy aktualnie działa jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą pod określoną firmą.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

.....

.....