

**WYROK**

**z dnia 13 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Energomontaż - Południe S.A. w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrownię „Kozienice” S.A. w Świerże Górne**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Elektrownię „Kozienice” S.A. w Świerże Górne** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez **Energomontaż - Południe S.A. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Elektrowni „Kozienice” S.A. w Świerże Górne** na rzecz **Energomontaż - Południe S.A. w Katowicach** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Radomiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Elektrownia „Kozienice” S.A. w Świerże Górne prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „remont i modernizacja kotła OP-650 na bloku nr 4 w Elektrowni Kozienice S.A.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 5-007026 w dniu 8 stycznia 2011 r.

W dniu 7 kwietnia 2011 r. zamawiający przesłał faksem wykonawcy Energomontaż - Południe S.A. w Katowicach zwanym dalej „odwołującym” zawiadomienie o tym, iż odrzucił jego ofertę oraz informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na:

- a) wezwaniu odwołującego do uzupełnienia oferty,
  - b) czynności zamawiającego polegającej na braku podania w decyzji zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2011 r. o odrzuceniu oferty odwołującego uzasadnienia faktycznego i prawnego rozstrzygnięcia zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego,
  - c) czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
  - d) czynności zamawiającego, polegającej na wyborze przez zamawiającego oferty wykonawcy Polimex -Mostostal S.A. w Warszawie jako najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł w dniu 15 kwietnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- a) art. 92 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- b) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1, 22 ust. 1 pkt. 2, art. 25 ust. 1 art. 26 ust. 3 i 29 ust. 2 ustawy Pzp,
- c) art. 91 ust.1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- d) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- e) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 25 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że zamawiający wskazał jedynie, że wykonawca nie przedstawił referencji spełniających warunki z pkt. 6. ppkt. 6.2. SIWZ. Takie stwierdzenie byłoby słuszne jedynie wtedy, gdyby wykonawca nie załączył fizycznie do oferty w ogóle dokumentów referencji (dokumentów potwierdzających posiadanie przez wykonawcę wymaganej wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji

zamówienia). Tymczasem referencje takie zostały złożone wraz z ofertą wykonawcy, lecz zostały niesłusznie ocenione negatywnie przez zamawiającego w świetle wymagań SIWZ.

Powołując się na przepis art. 92 ust. 1 pkt. 2 prawa zamówień publicznych wywodził, że zamawiający nie spełnił ciążącego na nim z mocy ustawy obowiązku podania przyczyn odrzucenia oferty wykonawcy. Lakoniczna treść decyzji o odrzuceniu oferty nie pozwala wykonawcy zorientować się, czy zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych; w konsekwencji nie wiadomo też, czy wykonawca winien skorzystać z środków ochrony prawnej przewidzianej w ustawie prawo zamówień publicznych. Opisane wyżej zachowanie zamawiającego jest oczywiście sprzeczne z ideą prawa zamówień publicznych wyrażającą się w założeniu, aby w wyniku procedury o udzielenie zamówienia publicznego były wybierane jak najkorzystniejsze oferty.

Wskazywał, że wymagania zamawiającego były następujące:

- a) wykonanie przedmiotowych prac w okresie 3 lat przed upływem składania ofert, tj. w okresie od 21.02.2008 r. do 21.02.2011 r. (pierwotny termin składania ofert zamieszczony w ogłoszeniu o przetargu),
- b) dwa remonty kotłów o mocy minimum 200 MWe za kwotę nie mniejszą niż 5.000.000 zł brutto,
- c) prace w zakresie podobnym do podanego w wymaganiach technicznych,
- d) potwierdzenie, że wyżej wymienione prace zostały wykonane należycie.

Zdaniem odwołującego, pierwszy list referencyjny wystawiony przez Steinmüller Instandsetzung Kraftwerke GmbH potwierdzał:

- a) realizację przez wykonawcę prac w okresie od kwietnia do sierpnia 2009 r.
- b) remont kotła Kotła BB-1150 (K-4) w PGE S.A. Elektrowni Bełchatów, a zatem o mocy około 360 MWe za kwotę 17.080.000 zł brutto; należy zaznaczyć, iż moc kotła można było ustalić na podstawie technicznego opisu kotła zawartego w referencjach, a ponadto zamawiający posiada podobne kotły w swojej elektrowni,
- c) prace polegające na demontażu przegrzewaczy pary, montażu nowych przegrzewaczy pary, demontażu i montażu komór wlotowych i wylotowych do przegrzewaczy, montażu rurociągów zasilających wdmuchiwalce sadzy - a zatem prace remontowe polegające na wymianie zużytych części i zastąpieniu ich nowymi,
- d) fakt, że prace zostały wykonane terminowo, a podczas prowadzenia prac wykonawca wykazał się bardzo dobrą organizacją i profesjonalizmem w prowadzeniu prac.

Drugi list referencyjny wystawiony przez Steinmüller Instandsetzung Kraftwerke GmbH potwierdzał:

- a) realizację przez wykonawcę prac w okresie od marca do października 2010 r.,
- b) remont kotła BB-1150 (K-5) w PGE S.A. Elektrowni Bełchatów, a zatem o mocy około 360 MWe za kwotę 25.010.000 zł brutto; należy zaznaczyć, iż moc kotła można było

ustalić na podstawie technicznego opisu kotła zawartego w referencjach, a ponadto zamawiający posiada podobne kotły w swojej elektrowni,

- c) prace polegające m.in. na demontażu i montażu podgrzewaczy wody, demontaż i montaż komór wlotowych i wylotowych do w/w przegrzewaczy, demontażu i montażu rurociągu okrężnego - a zatem prace remontowe polegające na wymianie zużytych części i zastąpieniu ich nowymi,
- d) że prace zostały wykonane terminowo, a podczas prowadzenia prac wykonawca wykazał się bardzo dobrą organizacją i profesjonalizmem w prowadzeniu prac.

Stwierdził w oparciu o powyższe, iż referencje przedłożone przez wykonawcę odpowiadały wymaganiom zamawiającego z SIWZ. Podkreślał, iż zamawiający wymagał, aby zakres prac, o którym mowa w SIWZ był „podobny” - a nie taki sam - w odniesieniu do zakresu prac ujętych w referencjach.

Akcentował, iż żądanie sporządzenia przez zamawiającego należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego jest konieczne ze względu na zachowanie zasady jawności postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.

Podnosił, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentu powinno być na tyle precyzyjne, aby wykonawca wiedział, jaki dokument ma uzupełnić oraz jaką treść taki dokument powinien zawierać. Wywodził, że wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji braku zachowania przez zamawiającego należytej staranności polegającej na pominięciu w wezwaniu dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentu, oświadczenia lub pełnomocnictwa bądź też precyzyjnego wskazania przyczyn, dla których uznał, że zawierają one błędy. Zamawiający obowiązany jest w takim przypadku do usunięcia skutków swego zaniechania przez dokonanie prawidłowego wezwania.

Wywodził, iż celem postępowania naprawczego z art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych, jest umożliwienie wykonawcy konwalidacji braków popełnionych na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zaznaczał, iż postępowanie w trybie zamówień publicznych wymaga tym bardziej dbałości w zachowaniu zamawiającego, że ustawa nie nakłada na wykonawców przymusu korzystania z profesjonalnych doradców (np. adwokatów, radców prawnych itp.) celem spełnienia wymagań przewidzianych ustawą i przez zamawiającego. Oznacza to, że czynności zamawiającego - w tym np. wezwania - winny być zrozumiałe dla przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu postępujących według zasad zdrowego rozsądku, które można im przypisać na podstawie art. 355 § 2 KC.

Zestawienie treści wezwania z dnia 15 marca 2011 r. z pismem zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2011 r. wskazuje, że cel art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych nie został przez Elektrownię "Kozienice" S.A. spełniony. W ocenie odwołującego zamawiający wyjaśnił na czym polega w jego ocenie wadliwość referencji dopiero w piśmie z dnia 12

kwietnia 2011 r. Ponieważ dopiero z tą datą wykonawca dowiedział się jakie są zdaniem zamawiającego przyczyny wadliwości referencji, to nie istniała wcześniej możliwość kwestionowania omawianej czynności zamawiającego. Uznać należy zatem, że termin do zaskarżenia wezwania z dnia 15 marca 2011 r. rozpoczął się dopiero 13 kwietnia 2011 r., tj. z momentem wpływu do wykonawcy pisma zamawiającego wyjaśniającego de facto, jakimi ewentualnymi brakami były dotknięte referencje odwołującego.

Nadmieniał, iż odwołujący miał prawo rozumieć wezwanie z dnia 15 marca 2011 r. jedynie w tym kontekście, że referencja z dnia 25.02.2008 r. była wadliwa, bo dotyczyła okresu prac wykraczającego poza terminy z pkt. 6 ppkt. 6.2. SIWZ. Trudno natomiast było rozumieć wezwanie tak jak zaprezentował to zamawiający dopiero w piśmie z dnia 12 kwietnia 2011 r., tj. że referencje odwołującego nie były podobne do zakresu prac z przedmiotowych wymagań technicznych. Stwierdzał, że błędne postępowanie zamawiającego przyczyniło się istotnie do nieprzedłożenia przez wykonawcę satysfakcjonujących zamawiającego dokumentów.

Zwracał uwagę, iż faktyczne uzasadnienie prawne i faktyczne odbyło się poza decyzją o odrzuceniu oferty odwołującego dopiero w piśmie z dnia 12 kwietnia 2011 r. Zaznaczał, iż zamawiający sam przyznał, że decyzja o odrzuceniu oferty była pozbawiona wymaganego uzasadnienia; pismo z dnia 12 kwietnia 2011 r. nie byłoby konieczne, gdyby rozstrzygnięcie o odrzuceniu było sporządzone prawidłowo. Nadmieniał, iż uzasadnienie podane dopiero teraz - a nie w wezwaniu z dnia 15 marca 2011 r. - jest bezskuteczne, bo uniemożliwiło zamawiającemu uzupełnienie braków oferty.

Z pisma z dnia 12 kwietnia 2011 r. wynika, iż zasadniczym zarzutem zamawiającego co do treści referencji odwołującego jest to, że każda z referencji z osobna nie obejmuje wszystkich urządzeń pomocniczych kotła, tj. np.: obrotowych podgrzewaczy powietrza, wentylatorów młynowych, palników wraz z pyłoprzewodami, leja żużlowego i popiołowego, prac przy rewizji walczaka oraz opancerzenia kotła. Akcentował, iż zamawiający nie kwestionował referencji odwołującego co do zadania głównego objętego zamówieniem publicznym, tj. do remontu części ciśnieniowej kotła, a zatem referencje odwołującego należy uznać za spełniające wymagania SIWZ.

Wskazywał, iż rozumienie przez zamawiającego pkt. 6 ppkt. 6.2. SIWZ jest sprzeczne z wyraźną treścią SIWZ, jak i z samą naturą prawną przedkładanych referencji. Jest tak dlatego, iż treść SIWZ wymagała, aby referencje odnosiły się do prac podobnych do przedstawionych w przedmiotowych wymaganiach technicznych. Słowo „podobny” zostało zdefiniowane w Słowniku Języka Polskiego (internetowe wydanie, wydawnictwo PWN) jako „mający pewne cechy wspólne z czymś, z kimś”. Referencje nie muszą zatem odzwierciedlać dokładnie zakresu prac z opisu przedmiotowych wymagań technicznych, lecz

wystarczy że muszą mieć pewne cechy wspólne. Wywodził, że zamawiający mylnie utożsamia wymóg „podobieństwa” z wymogiem „dokładnego odzwierciedlenia”. Podnosił, że odwołujący posiada również inne referencje spełniające wymagania SIWZ a dotyczące podobnych urządzeń pomocniczych kotła np. podgrzewacz spalin GAVO, lecz ze względu na brak równoczesnego wykonania z remontem kotła referencji tych nie załączono. Zaznaczał również iż koszt remontu urządzeń pomocniczych (z wyjątkiem obrotowych powietrza) stanowi niewielką część remontu i ze względu na ten fakt pomimo ich wykonywania w trakcie remontów nie są zapisywane w listach referencyjnych.

Wskazywał, że w tabeli nr VI tj. wykaz wykonanych zamówień odwołujący przedstawił również referencje na remont innych kotłów w tym urządzeń pomocniczych o których pisze zamawiający w piśmie z dnia 12 kwietnia 2011 roku, lecz referencje te nie spełniają wymogu 5 000 000 PLN brutto stawianych przez zamawiającego.

Wywodził, iż formułowanie precyzyjnych kryteriów odnośnie referencji wymaganych przez zamawiającego jest niezasadne, albowiem zamawiający jako znawca techniki energetycznej doskonale wie, że kotły tzw. jednociągowe na które referencje spełniające ogólne wymogi pkt. 6.2 SIWZ przedstawił odwołujący, nie posiadają części urządzeń pomocniczych (np. walczak, leje popiołowe), tak więc wykonawca był w stanie przedstawić odpowiednich zdaniem zamawiającego referencji.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego o niewłaściwości referencji wystawionej przez PKE EI. Łaziska wskazywał, iż remont kotła OP 650 nr 11 w latach 2007/2008 był prowadzony zarówno w oparciu o zamówienie sektorowe jak i osobne zamówienie dotyczące instalacji powietrza zaporowe, dysz OFA oraz kanałów. Wystawiający referencje tj. PKE S.A. uznała iż było to jedno zadanie.

Nadmieniał, iż żaden z wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie spełnił wymagań zamawiającego wyrażonych dopiero w piśmie z dnia 12 kwietnia 2011 r. W szczególności wymagań tych nie spełnił wykonawca Polimex - Mostostal S.A. Zwracał uwagę, iż referencje Polimex - Mostostal S.A. nie obejmowały wszystkich urządzeń pomocniczych kotła podobnego do kotła podlegającego rzeczonemu remontowi. Zaznaczyć trzeba, iż faktycznie Polimex - Mostostal SA złożył dwie referencje: (1) dotyczące prac na tym samym kotle (2) przy czym każda referencja nie obejmowała zakresem całego kotła, lecz tylko część. Oznacza to, iż referencje Polimex - Mostostal S.A. brane pod uwagę każda z osobna nie obejmowały całego zakresu prac jaki wymagał zamawiający w SIWZ; w tym nie obejmowały wszystkich urządzeń pomocniczych.

Trzeba stwierdzić, iż nawet gdyby wymagania z pkt. 6 ppkt. 6.2. SIWZ należało błędnie rozumieć tak jak rozumiał je zamawiający w piśmie z dnia 12 kwietnia 2011 r., to przy prawidłowo sprecyzowanym wezwaniu z dnia 15 marca 2011 r. wykonawca byłby w stanie

przedłożyć inne referencje, które odpowiadałyby błędnemu rozumieniu wymagań przez zamawiającego.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenia przez Izbę czynności zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2011 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz w konsekwencji: nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 7 kwietnia 2011 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Polimex - Mostostal S.A., nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert, w tym oferty odwołującego; nakazanie zamawiającemu sporządzenia precyzyjnego wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywającego wykonawcę do uzupełnienia oferty o referencje rozumiane zgodnie z postanowieniami pkt. 6 ppkt. 6.2. SIWZ i przepisami ustawy Pzp,
- 2) ewentualnie w razie nie uwzględnienia powyższego żądania nakazanie zamawiającemu sporządzenia prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego do decyzji z dnia 7 kwietnia 2011 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, ofertę wykonawcy Polimex Mostostal S.A., wezwania zamawiającego do uzupełnienia treści oferty, pismo odwołującego z dnia 17 marca 2011 r., pismo wykonawcy Polimex Mostostal z dnia 17 marca 2011 r., pismo zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2011 r. o rozstrzygnięciu postępowania, pismo odwołującego z dnia 11 kwietnia 2011 r. z wnioskiem o uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, pismo zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2011 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 6 ppkt 6.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp.

Zamawiający, na podstawie art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia, stwierdzając iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy posiadający wiedzę i

doświadczenia. Na potwierdzenie powyższego wykonawca do oferty załączy: oświadczenie, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, co najmniej dwa remonty kotłów dla bloków o mocy minimum 200 MWe za kwotę nie mniejszą niż 5000000 PLN brutto każdy o podobnym zakresie jak opisany w wymaganiach technicznych i dokumenty potwierdzające, że powyższe prace zostały wykonane należycie (wykaz wykonywanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie należy przedstawić w załączniku nr A 3 do SIWZ).

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonywanych zamówień, w którym wykazał wykonanie następujących zamówień:

- 1) remont kotła OP -140 nr 3 i nr 4 na rzecz SEJ S.A. EC Zofiówka w Jastrzębiu Zdroju o wartości 4.725.200,00 zł w 2007 r.,
- 2) remont kapitalny i modernizacja kotła OP-380 bl. Nr 1 na rzecz PKE S.A. Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych o wartości 2.500.000,00 zł w 2006 r.,
- 3) modernizacja układu spalania kotła OP-650 nr 3 w Elektrowni Dolna Odra na rzecz Energotechniki – Energorozruch S.A. o wartości 990.000,00 zł w roku 2006,
- 4) modernizacja kotła BB-1150 bl. Nr 3 w El. Bełchatów na rzecz Babcock Borgis Service BOT Elektrownia Bełchatów S.A. o wartości 5.427.000,00 Euro w roku 2007,
- 5) remont kapitalny i modernizacja kotła OP-650 nr 11 na rzecz PKE S.A. Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych o wartości 4.397.000,00 zł w roku 2007 i 2008,
- 6) modernizacja GAVO nr 2 na IOS bloków 225 MW na rzecz PKE S.A. Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych o wartości 7.996.795,00 zł w roku 2007,
- 7) dostawy, montaż konstrukcji stalowej rurociągów, kolektora, mostów nawęglania w ZK Przyjaźń na rzecz Polimex Mostostal S.A. w Warszawie o wartości 55.000.000,00 zł w latach 2006-2009,
- 8) remont kapitalny kotła OP – 650 bl. 10 w El. Łaziska na rzecz PKE S.A. Elektrownia Łaziska o wartości 2.400.000,00 zł w roku 2008,
- 9) prace montażowe w ramach modernizacji opalanego węglem brunatnym kotła BB-1150 (K-4) w El. Bełchatów na rzecz Steinmuller o wartości 14.000.000,00 zł w roku 2009,
- 10) prace serwisowe i remontowe kotła fluidalnego CYMIC w EC Tychy na rzecz Grupy Tauron EC Tychy w Tychach o wartości 1.138.644,00 zł w roku 2008
- 11) prace serwisowe i remontowe kotła fluidalnego CYMIC w EC Tychy na rzecz Grupy Tauron EC Tychy w Tychach o wartości 1.068.200,00 zł w roku 2009,
- 12) prace związane z montażem rur łączących powierzchnie grzewcze z komorami w ramach Pakietu nr 3 dla bloku 858 MW w El. Bełchatów, na rzecz konsorcjum Alstom-Rafako o wartości 19.000.000,00 zł w roku 2009,



- 13) remont kapitalny kotła OP-650 bloku nr 9 w El. Łaziska na rzecz Grupy Tauron PKE S.A. Elektrowni Łaziska o wartości 2.428.000,00 zł w roku 2009,
- 14) remont średni kotła OP-650 bloku nr 9 w El. Łaziska na rzecz Grupy Tauron PKE S.A. Elektrowni Łaziska o wartości 482.000,00 zł w roku 2010,
- 15) modernizacja kotła pyłowego OP-140 nr 9 w Synthos Dwory na rzecz Synthos Dwory sp. z oo. W Oświęcimiu o wartości 30.997.000,00 zł w roku 2010.

Do wykazu załączył:

- a) referencje z dnia 28.04.2010 r. (dotyczące zadania nr 12),
- b) referencje Steinmuller (dotyczące zadania nr 9),
- c) referencje Grupy Tauron PKE S.A. (dotyczące zadania nr 13),
- d) referencje Grupy Tauron PKE S.A. (dotyczące zadania nr 14),
- e) referencje Grupy Tauron EC Tychy z 8 stycznia 2010 r. (dotyczące zadania nr 11),
- f) referencje Alstom z 14 listopada 2007 r.

Zamawiający, pismem z dnia 15 marca 2011 r., przesłanym w tym dniu faksem, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 6 ppkt 6.2 SIWZ.

Pismem z dnia 17 marca 2011 r. odwołujący wskazał doświadczenie w wykonaniu następujących prac:

- 1) remont kapitalny i modernizacja kotła OP-650 bl nr 1 w PKE S.A. Elektrownia Łaziska na kwotę brutto 5.364.340 zł, prace zakończone w 2008 roku,
- 2) modernizacja kotła BB-1150 bl nr 4 w PGE Elektrownia Bełchatów na kwotę brutto 17.080 000 zł, prace zakończone w 2009 roku,
- 3) modernizacja kotła BB-1150 bl nr 5 w PGE Elektrownia Bełchatów na kwotę brutto 25 010 000 zł, prace zakończone w 2010 roku.

Do pisma załączył referencje:

- a) PKE z 25.02.2008 roku (dotyczące zadania wymienionego w pkt 1 uzupełnionego wykazu),
- b) Steinmuller z dnia 15.03.2011 roku (dotyczące zadania wymienionego w pkt 3 uzupełnionego wykazu),
- c) Steinmuller (dotyczące zadania wymienionego w pkt 2 uzupełnionego wykazu).

Pismem z dnia 7 kwietnia 2011 r. przesłanym za pośrednictwem faksu zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie. Zawiadomił również odwołującego, iż odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż odwołujący nie przedstawił referencji spełniających warunki określone w pkt 6 ppkt 6.2 SIWZ.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o sprecyzowanie dlaczego zamawiający nie uznał przedstawionych w uzupełnieniu do oferty w dniu 18 marca 2011 r. referencji.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r., przesłanym faksem w następnym dniu, przesłał uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualna niezasadna czynność odrzucenia oferty odwołującego, który złożył ofertę, jaka w świetle kryteriów oceny ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą uniemożliwia mu uzyskanie danego zamówienia, a tracąc tę możliwość może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na względzie ustalony stan faktyczny, stwierdzono, iż w podanych okolicznościach faktycznych zamawiający błędnie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przywoływany przez zamawiającego przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu następuje wyłącznie w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w SIWZ wymagań merytorycznych zamawiającego (treść SIWZ). Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym orzecznictwie, w którym podkreśla się, że treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego." (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP

883/08). Z ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę wynika natomiast, iż de facto opisane przez zamawiającego uzasadnienie faktyczne podstawy odrzucenia oferty, dotyczy w świetle ustawy, podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż zarzuty dotyczą dokumentów, składanych na potwierdzenie opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia. Zatem takie ustalenie mogłoby stanowić tylko podstawę ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, z uwzględnieniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, i to z kolei uzasadniałoby, w świetle przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznanie takiej oferty za odrzuconą. Ewentualne niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowi bowiem podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozstrzygając w przedmiocie spornej kwestii, dotyczącej braku wykazania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia – skład orzekający Izby stwierdził, że warunek udziału w postępowaniu opisany przez zamawiającego postanowieniem pkt 6. ppkt 6.2 SIWZ został przez odwołującego wykazany.

Zgodnie z przywoływanym postanowieniem SIWZ w celu wykazania opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy obowiązani byli złożyć oświadczenie, że wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, co najmniej dwa remonty kotłów dla bloków o mocy minimum 200 MWe za kwotę nie mniejszą niż 5000000 PLN brutto każdy o podobnym zakresie jak opisany w wymaganiach technicznych i dokumenty potwierdzające, że powyższe prace zostały wykonane należycie (wykaz wykonywanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie należy przedstawić w załączniku nr A 3 do SIWZ).

Literalna wykładnia opisanego warunku udziału w postępowaniu prowadzi do wniosku, iż należało wykazać wykonanie dwóch remontów kotła, z których każdy musiał spełniać następujące wymogi:

- a) remont kotła musiał dotyczyć bloków o mocy minimum 200 MWe,
- b) o wartości 5.000.000 PLN brutto,
- c) o zakresie podobnym jak w wymaganiach technicznych,
- d) wykonany w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres,
- e) fakt wykonania należycie ww. prac musiał zostać potwierdzony stosownymi dokumentami.

Nie ulegało również wątpliwości, iż wymogi te musiały być spełnione łącznie, w ramach każdego z dwóch wykazywanych zadań.

Obydwa dokumenty, którymi należało wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tj. wykaz i referencje) mają inny charakter. Pierwszy pochodzi od samego wykonawcy i przygotowany jest na potrzeby danego postępowania, a więc wykonawca przy jego pomocy może w sposób najbardziej precyzyjny odnieść się do opisanego warunku udziału w postępowaniu. Drugi dokument przygotowany jest przez podmiot, na rzecz którego było realizowane zamówienie i jest przedkładany na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Jest dokumentem niesformalizowanym, który może być konstruowany w sposób dowolny przez podmiot, na rzecz którego nastąpiła realizacja wykazywanego projektu. W celu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest zbadać obydwa dokumenty. Istotne jest w tych dokumentach, aby dotyczyły faktycznie tego samego zadania i nie zawierały informacji sprzecznych.

W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący podnosił, iż w jego ocenie opisany warunek udziału w postępowaniu spełniają zadania:

- 1) remont kapitalny i modernizacja kotła OP-650 bl nr 11 w PKE S.A. Elektrownia Łaziska,
- 2) modernizacja kotła BB-1150 bl nr 4 w PGE Elektrownia Bełchatów,
- 3) modernizacja kotła BB-1150 bl nr 5 w PGE Elektrownia Bełchatów.

Odnosnie pierwszego z zadań Izba stwierdziła, iż nie zostało przez odwołującego wykazane, iż zadanie to zostało zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Jak wynika z dokumentacji postępowania, ostateczny termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 1 marca 2011 r., a zatem za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu można było uznać zamówienia wykonane w okresie ostatnich 3 lat przed tą datą. Tymczasem z listu referencyjnego wystawionego przez Południowy Koncern Energetyczny z dnia 25 lutego 2008 r. wynika, iż prace w ramach tego zadania zostały wykonane w okresie od 22 października 2007 roku do 11 stycznia 2008 roku, a więc zakończyły się przed wymaganym przez zamawiającego okresem. Z wykazu złożonego przez odwołującego wraz z ofertą, jako termin realizacji wskazany został rok 2007 i 2008, zaś z uzupełnionego wykazu – rok 2008. Najbardziej precyzyjna informacja pochodziła więc z dokumentu referencyjnego.

Odwołujący wprawdzie podnosił na rozprawie, że wykonywał na tym kotle prace również na podstawie jeszcze jednej umowy i aneksu do niej i że wszystkie prace zakończyły się w kwietniu 2008 r., jednakże okoliczność ta nie została wykazana dokumentami wymaganymi przez zamawiającego w SIWZ, a nawet nie została poparta żadnymi dowodami w trakcie rozprawy.

Ponadto zamawiający wymagał, aby wartość prac wykonanych w ramach remontu kotła była nie mniejsza niż 5.000.000 PLN brutto. Odwołujący w wykazie określił wartość prac wykonanych w tym zadaniu na kwotę 4.397.000.000 zł. W uzupełnionym wykazie

wyjaśnił iż wartość ta jest wartością netto i wskazał jako wartość brutto kwotę 5.364.340 zł. W referencji z dnia 25 lutego 2008 roku zleceniodawca potwierdził, iż wartość zleconych robót wynosiła 4.397.000,00 zł, bez sprecyzowania czy jest to wartość netto czy brutto. W przedstawionym stanie faktycznym brak podstaw do stwierdzenia, iż pomiędzy wykazem a referencją występują rozbieżności. Z referencji nie wynikało bowiem iż wartość tam wskazana jest wartością brutto, zaś odwołujący wyjaśnił iż jest to wartość netto. Jeśli zamawiający miał mimo to wątpliwości co do rzetelności oświadczenia wykonawcy, mógł wezwać odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednakże, jak wynika z oświadczenia złożonego w trakcie rozprawy przez odwołującego wartość 4.397.000,00 zł netto, obejmowała koszt wykonania remontu kotła, który został wykonany na podstawie dwóch odrębnych umów, co do których zleceniodawca wystawił wspólną referencję. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów, z których wynikałoby iż, pomimo wykonania tych robót na podstawie dwóch odrębnych umów, dotyczyły one de facto jednego remontu. Ponadto, jak wynika z ogłoszenia o udzielenie zamówienia zamieszczonego przez zleceniodawcę robót w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 września 2007 roku całkowita wartość prac zleconych odwołującemu na podstawie pierwszej z tych umów wynosiła 3.598.196,75 zł brutto. Świadczy to o tym, iż wartość prac wykonanych na podstawie żadnej z umów z osobna nie przekraczała kwoty 5.000.000 zł brutto, co w sytuacji nie wykazania, iż mamy do czynienia z jednym remontem, w ocenie Izby świadczy o nie wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie drugiego i trzeciego z wykazanych przez odwołującego zadań tj. modernizacji kotła BB-1150 bl nr 4 w PGE Elektrowni Bełchatów oraz modernizacji kotła BB-1150 bl nr 5 w PGE Elektrowni Bełchatów sporne pomiędzy stronami było to, czy wykonane w trakcie tego zadania prace, świadczyły o zrealizowaniu przez odwołującego remontu o zakresie podobnym jak w wymaganiach technicznych. Izba ustaliła, na podstawie postanowień SIWZ, w tym załączonych do niej wymagań technicznych, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w wymaganiach technicznych w SIWZ obejmował prace na układzie ciśnieniowym kotła oraz prace na urządzeniach pomocniczych kotła tj. walczak, lej żużlowy i popiołowy kotła, skrzynie palnikowe, palniki i pyłoprzewody, obrotowe podgrzewacze powietrza, wentylatory młynowe, i wygarniacze żużla. Biorąc powyższe pod uwagę prace wykonane przez odwołującego w ramach ww. modernizacji należało odnieść do opisanego przez zamawiającego w wymaganiach technicznych przedmiotu zamówienia.

Ponieważ odwołujący w wykazie robót nie wykazał, że zrealizowane przez niego zadania są podobne w swym zakresie do przedmiotu zamówienia, charakter i zakres

wykonanych przez niego prac w ramach obu modernizacji zamawiający mógł ustalić wyłącznie w oparciu o złożone przez odwołującego dokumenty referencyjne.

Strony były zgodne co do tego, że odwołujący wykazał przy obu analizowanych zadaniach doświadczenie w wykonaniu prac dotyczących układu ciśnieniowego kotła. Ponadto, opierając się na cenach zaproponowanych w ofercie przez wykonawcę Polimex Mostostal i odwołującego Izba ustaliła, że prace na układzie ciśnieniowym kotła stanowiły około 65% wartości całego przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy Stronami. Zamawiający podniósł ją w odpowiedzi na odwołanie, zaś odwołujący w trakcie rozprawy.

Odwołujący wskazywał ponadto, że w ramach modernizacji kotła nr 4 w Elektrowni Bełchatów wykonywał również remont opancerzenia. Izba stwierdziła jednak, iż okoliczność ta nie wynikała z samej referencji, która ponadto określała w sposób zamknięty katalog wykonanych prac nie posługując się przykładowo sformułowaniem „w szczególności”. Również ze złożonego przez odwołującego wykazu nie wynikało, iż w ramach tego zadania wykonał prace dotyczące opancerzenia. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż twierdzenie odwołującego w tym zakresie nie zostało poparte żadnym dowodem albowiem ze złożonych dokumentów nie wynikało, iż w ramach ww. zadania wykonywał prace dotyczące opancerzenia.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak należy interpretować pojęcie „remont o zakresie podobnym do opisanego w wymaganiach technicznych”. W szczególności zamawiający nie wskazał, że za remonty podobne uznawane będą wyłącznie remonty obejmujące również prace na wszystkich urządzeniach pomocniczych kotła tj. walczak, lej żużlowy i popiołowy kotła, skrzynie palnikowe, palniki i pyłoprzewody, obrotowe podgrzewacze powietrza, wentylatory młynowe, i wygarniacze żużla. Z tego powodu pojęciu „podobny” można było przypisać wyłącznie potoczne znaczenie. Jak słusznie zauważył odwołujący, wyrażenie „podobny” jest definiowane jako „mający pewne cechy wspólne z czymś, z kimś” i ma zdecydowanie szersze znaczenie niż pojęcie „taki sam”, czy „tożsamy”. Przy interpretacji warunku udziału w postępowaniu Izba wzięła pod uwagę również to, że zamawiający posłużył się ogólnym i nieostrym sformułowaniem (remont o zakresie podobnym do określonego w wymaganiach technicznych). W ocenie Izby, takie skonstruowanie warunku świadczyło o tym, że zamawiający nie nadał szczególnego znaczenia urządzeniom pomocniczym kotła. Na uwagę zasługuje bowiem fakt, że zamawiający opisując interpretowany warunek nadał precyzyjne i jednoznaczne brzmienie parametrowi mocy bloku, w którym remontowany miał być kocioł, określając go na poziomie minimum 200 MWe. Świadczyło to o tym, iż ten wymóg miał kluczowe znaczenie dla zamawiającego, skoro został przez niego doprecyzowany.

Natomiast zamawiający nie uściślił w analogiczny sposób znaczenia, jakie przypisywać chciał doświadczeniu w remoncie urządzeń pomocniczych kotła.

Izba wzięła pod uwagę charakter prac przy układzie ciśnieniowym kotła i przy urządzeniach pomocniczych kotła. Stwierdziła, że prace na układzie ciśnieniowym polegają generalnie na demontażu dużych fragmentów orurowania kotła, konstrukcji stalowych, zapewnieniu dostaw nowych elementów i przeprowadzeniu montażu przy użyciu dużej liczby pracowników. Z kolei prace na urządzeniach pomocniczych kotła wymagają szeregu żmudnych i drobiazgowych czynności, jak przykładowo przy robotach polegających na rewizji walczaka. W tym znaczeniu pracom tym nie można odmówić miana specjalistycznego, a ponadto różnią się swym charakterem od prac na części ciśnieniowej kotła.

Jednakże, w ocenie Izby, bardziej specjalistyczny charakter mają prace na części ciśnieniowej kotła, co do których odwołujący wykazał doświadczenie. To roboty dotyczące elementów części ciśnieniowej kotła wymagają uprawnień weryfikowanych przez Urząd Dozoru Technicznego, zaś uprawnień takich nie wymagają prace dotyczące urządzeń pomocniczych kotła (pkt 3.3. a s. 70 wymagania techniczne, stanowiące część SIWZ). Ponadto, na koniec prac modernizacyjnych na części ciśnieniowej kotła przeprowadzane są próby, a procedura ta podlega kontroli Urzędu Dozoru Technicznego. Prace na urządzeniach pomocniczych kotła nie podlegają zaś temu nadzorowi.

Wreszcie, to sam zamawiający zdecydował się na połączenie w jedno zadanie prac polegających na remoncie części ciśnieniowej kotła i urządzeniach pomocniczych, w taki sposób, że w zadaniu tym pierwsze prace, co do których odwołujący wykazał doświadczenie, znacząco przeważają.

Izba wzięła również pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie remontu kotła. Podstawowym kotłem występującym w blokach energetycznych w Polsce jest kocioł OP 650, który występuje m.in. w elektrowni Łaziska, Jaworzno, Ostrołęka, Kozienice, Dolna Odra. Każdy z tych kotłów różni się pomimo, iż producentem kotła jest ten sam producent tj. firma Rafaco. Pomimo eksploataowania tego samego kotła, praktycznie w każdej z tych elektrowni występują inne urządzenia pomocnicze kotła. Gdyby rozumieć opisany w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tak jak interpretuje go zamawiający oznaczałoby to, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wyłącznie wykonawca, który uprzednio wykonał prace polegające na remoncie kotła w Elektrowni Kozienice. Oznaczałoby to konieczność wykazania doświadczenia w wykonaniu remontu o zakresie takim samym, a nie tylko podobnym do zakresu prac ujętych w wymaganiach technicznych, tak jak wymagał pkt 6.6.2 SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że odwołujący poprzez wykazanie należytego wykonania zadań dotyczących modernizacji kotła BB-1150 bl nr 4 w

PGE Elektrowni Bełchatów oraz modernizacji kotła BB-1150 bl nr 5 w PGE Elektrowni Bełchatów potwierdził w sposób określony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisany w pkt 6 ppkt 6.2 SIWZ. Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego, naruszając tym samym przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przytoczone przez odwołującego okoliczności faktyczne nie świadczyły o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 25 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przywoływane w odwołaniu przepisy dotyczą czynności, jakie zamawiający dokonuje w trakcie przygotowania postępowania tj. pierwszy odnosi się do czynności wskazania w ogłoszeniu o zamówienia, SIWZ, lub zaproszeniu do składania ofert dokumentów podmiotowych i przedmiotowych (art. 25 ust. 1), zaś drugi traktuje o zakazie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Tymczasem odwołanie skierowane było generalnie przeciwko czynnościom i zaniechaniem zamawiającego dokonany na etapie badania i oceny ofert.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że podnoszony przez odwołującego w treści odwołania zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest, w okolicznościach danej sprawy, zarzutem spóźnionym. Jak wynika z akt sprawy, zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 15 marca 2011 r., wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 6 ppkt 6.2 SIWZ. Pismo to zostało przesłane odwołującemu faksem w dniu 15 marca 2011 roku. A więc, w ocenie Izby, odwołujący już w tej dacie powziął wiadomość o lakonicznej treści wezwania. Zgodnie ze znajdującym w niniejszym przypadku zastosowanie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Jedną z dopuszczalnych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp form komunikacji zamawiającego z wykonawcami jest przesyłanie informacji faksem. Skoro zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przesłał odwołującemu faksem w dniu 15 marca 2011r., to dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności upływał w dacie 25 marca 2011 r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 15 kwietnia 2011r. W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako spóźniony, należało



pozostawić bez rozpoznania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 21 września 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1151/09).

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności uzasadnienia faktycznego i prawnego rozstrzygnięcia zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, albowiem odwołujący, w trakcie rozprawy cofnął ww. zarzut.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Polimex Mostostal S.A. z powodu nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 6.6.2 SIWZ). Odwołujący w odwołaniu podnosił, iż gdyby rozumieć warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia tak jak interpretował go zamawiający, to również wykonawca ten nie wykazał doświadczenia w remontach wszystkich urządzeń pomocniczych kotłów objętych przedmiotem zamówienia. W trakcie rozprawy, odwołujący po zapoznaniu się z uzupełnionym przez ww. wykonawcę pismem z dnia 17 marca 2011 r. zawierającym wykaz robót i referencje stwierdził, iż nie kwestionuje, iż dokumenty te potwierdzają wykonanie remontów kotłów o podobnym zakresie jak opisany w wymaganiach technicznych.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego nie wykazania przez wykonawcę Polimex Mostostal S.A. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 6.6.2 SIWZ) wskutek niezłożenia przez wykonawcę Polimex Mostostal dokumentu urzędowego potwierdzającego następstwo prawne po Zakładach Remontowych Energetyki Lublin S.A. W trakcie rozprawy odwołujący zakwestionował, iż wykonawca ten nie był uprawniony do posługiwania się referencjami wystawionymi na rzecz Zakładów Remontowych Energetyki Lublin S.A. (referencje z dnia 10 sierpnia 2008 r. i 01 października 2009 r.), albowiem fakt następstwa prawnego Polimex Mostostal S.A. po ZRE Lublin S.A. nie został wykazany dokumentem urzędowym, a jedynie dokumentem prywatnym. W oparciu o powyższe wywodził, że wykonawca Polimex Mostostal S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 6.6.2 SIWZ).

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności lub zaniechań zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności (zaniechania) zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30

lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10).

Z uwagi na powyższe, pomimo wskazania tych samych przepisów Pzp, jako naruszone przez zamawiającego w postępowaniu, ale poprzez odniesienie ich do innych okoliczności faktycznych nastąpiło sformułowanie przez odwołującego nowych zarzutów, uzasadniających w jego ocenie konieczność wykluczenia wykonawcy Polimex Mostostal S.A. Przyjęcie poglądu, iż dopuszczalne jest zgłaszanie nowych zarzutów w trakcie rozprawy oznaczałoby ponadto obejście przepisów ustawy Pzp dotyczących terminów na wniesienie odwołania, które mają charakter terminów zawitych, a więc takich których upływ powoduje wygaśnięcie prawa.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy odrzucił ofertę odwołującego, zaś oferta ta, w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....