

WYROK
z dnia 9 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Izabela Kuciak
Aneta Mlącka
Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2012 r. przez wykonawcę **Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16,** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., 64-100 Leszno, ul. Spółdzielcza 12,**

przy udziale wykonawcy **INTROL S.A., 40-519 Katowice, ul. Kościuszki 112,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16, na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., 64-100 Leszno, ul. Spółdzielcza 12, kwotę **4 116 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto szesnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Modernizacja systemu ciepłowniczego polegająca na budowie elektrociepłowni do produkcji energii cieplnej i elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji ze spalania gazu ziemnego.”

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 04/07/2012 r., poz. 2012/S 126-209429, zamówienie sektorowe, roboty budowlane.

Wykonawca Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wskazując czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami Pzp: - dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INTRON S.A. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „wykonawcą INTRON”, która to oferta podlegała odrzuceniu; - zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTRON, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania; - zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTRON, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu; - zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTRON, który nie udowodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, gdyż podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jako zwięzłe przedstawienie zarzutów podał.

I. Zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy INTRON, z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazał postanowienia rozdziału 3 pkt 3.1.3.1 ppkt Bg specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

II. Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ, zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w zakresie *oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia*, załączył m.in. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w

zakresie określonym, wystawioną nie wcześniej niż przed terminem składania ofert (dotyczy wszystkich członków zarządu oraz wszystkich prokurentów).

III. Zarzut niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez nieudowodnienie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia.

IV. Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy INTRON z treścią SIWZ. Zgodnie z treścią rozdziału 5 pkt 5.3 ppkt f SIWZ, zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zawarł w ofercie opis oferowanego podstawowego urządzenia technicznego, tj. silnika gazowego i generatora spełniającego określone parametry przedstawione w SIWZ, tj. minimalną moc netto bloku kogeneracyjnego wynoszącą 7,2 MW.

Odwołujący przedstawił wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania: 1) uwzględnienie odwołania; 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 3) nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy INTRON, 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy INTRON.

Wskazał okoliczności faktyczne i prawne odwołania oraz dowody na ich poparcie.

I. Zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy INTRON, z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

1. Zgodnie z treścią rozdziału 3 pkt 3.1.3.1 ppkt Bg SIWZ, zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał w zakresie osób niezbędnych do realizacji zamówienia, dysponowanie m.in. pracownikiem posiadającym świadectwo kwalifikacyjne do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w przedmiocie obsługi, konserwacji, remontów oraz montażowym w zakresie: przemysłowe odbiorniki paliw gazowych o mocy powyżej 50 kW, urządzenia, instalacje gazowe o ciśnieniu nie wyższym niż 5 kPa, urządzenia, instalacje gazowe o ciśnieniu wyższym niż 5 kPa, sieci gazowe rozdzielcze o ciśnieniu nie wyższym niż 0,5 MPa. Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty dokument potwierdzający kwalifikacje osoby na stanowisku dozoru w przedmiocie obsługi, konserwacji, remontów oraz montażu w przedstawionym wyżej zakresie. W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawca INTRON dołączył do oferty świadectwo kwalifikacyjne Marcina Wołkwa, wydane przez *Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Górnictwa Zarząd Oddziału Chorzowsko-Rudzki*. Podczas oceny i analizy ofert, zamawiający uznał, że Marcin Wołkow nie posiada niezbędnych kwalifikacji oraz stosownych uprawnień w zakresie urządzenia, instalacje gazowe o ciśnieniu nie wyższym niż 5 kPa, w związku z tym, wezwał w dniu 22.08.2012 r. wykonawcę INTRON do uzupełnienia dokumentów. W dniu 24.08.2012 r. wykonawca INTRON udzielił odpowiedzi, przedkładając uprawnienia - nowy dokument dotyczący kwalifikacji M..... W..... W ocenie odwołującego, analiza obu

dokumentów wykazuje, iż wykonawca INTROL przedstawił w ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące kwalifikacji M..... W....., a informacje te miały wpływ na wynik postępowania. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 28 marca 2012 r., sygn. KIO 478/12 r., w zakresie podmiotowej weryfikacji wykonawców, w tym, w sytuacji złożenia przez wykonawców nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Zgodnie z treścią postanowień rozdziału 3 pkt 3.1.2 SIWZ, zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, realizację m.in. budowy budynku kubaturowego o powierzchni zabudowy powyżej 400 m² i kubaturze powyżej 2000 m³. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty *dokumenty potwierdzające, że roboty budowlane zamieszczone w wykazie robót budowlanych zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone*. Zamawiający podkreślał w swoich wymaganiach, że dokumenty przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny zawierać *jednoznaczne i nie budzące wątpliwości potwierdzenie należytego wykonania i nie powinny zawierać sprzecznych z wykazem informacji*.

Wykonawca INTROL załączył do wniosku list referencyjny wystawiony przez Drukarnię Kolejową Kraków Sp. z o.o. na rzecz firmy Ekosystem Sp. z o.o., który dotyczył kompleksowego wykonania hali produkcyjnej oraz budynku biurowego z całą infrastrukturą.

W ocenie odwołującego, złożone w tym zakresie informacje są nieprawdziwe i mają istotny wpływ na wynik postępowania.

II. Zarzut niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią postanowień SIWZ, zamawiający wymagał, by wykonawca w zakresie *oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia braku podstaw wykluczenia*, załączył, m.in. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym, wystawioną nie wcześniej niż przed terminem składania ofert (dotyczy wszystkich członków zarządu oraz wszystkich prokurentów). Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku, wykonawca INTROL załączył aktualny wyciąg z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu firmy, tj. P..... J....., S..... J....., W..... B....., J..... B..... Natomiast nie zostały załączone dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego dla widniejących w Krajowym Rejestrze Sądowym prokurentów, tj. Józefy Marchel oraz Dariusza Bigaj.

W związku z niepotwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób wynikający z opisu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, tj. Krajowego Rejestru Karnego dla prokurentów, zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę INTROL,

czego zaniechał.

III. Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez nieudowodnienie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca INTROL posłużył się potencjałem podmiotów trzecich, tj. Ekosystem Sp. z o.o. oraz Investeko S.A. Jednakże, zarówno z treści oferty, jak i wyjaśnień z dnia 27 sierpnia 2012 r. wynika, że firma Ekosystem Sp. z o.o. udostępniająca wykonawcy INTROL potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji robót budowlanych w zakresie wymaganym przez zamawiającego, nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Odwołujący uznał, że powyższe jest niezgodne z interpretacją art. 26 ust. 2b dokonaną przez Urząd Zamówień Publicznych, jak również wynikającą z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zacytował opinię UZP pt. *Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych)*, www.uzp.gov.pl oraz wyrok Izby z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO160/12.

IV. Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy INTROL z treścią SIWZ. Zgodnie z treścią rozdziału 5 pkt 5.3. ppkt f SIWZ, zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zawarł w ofercie opis oferowanego podstawowego urządzenia technicznego, tj. silnika gazowego i generatora, spełniającego określone parametry przedstawione w SIWZ, tj. minimalną moc netto bloku kogeneracyjnego wynoszącą 7,2 MW. Wykonawca zobowiązany był sporządzić pełną ofertę techniczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi obliczeniami pozwalającymi w sposób jednoznaczny określić spełnienie powyższego założenia. Wykonawca INTROL przygotował swoją ofertę w oparciu o silnik Rolls Royce typ B35:40V16AG2 (*str. 138-139 oferty*).

Po wykonaniu szczegółowych bilansów mocy elektrycznej, poprzedzonych doborem sprężarki gazu na potrzeby zasilania w paliwo przedmiotowych silników, odwołujący stwierdził, że moc elektryczna generowana przez generator współpracujący z silnikiem Rolls-Royce typ B35:40V16AG2, jest nie wystarczająca (nie zapewnia osiągnięcia wymaganej w materiałach przetargowych, tj. SIWZ minimalnej mocy netto bloku kogeneracyjnego wynoszącej 7,2 MW). Niedobór mocy, z obliczeń przedstawionych w bilansie mocy potrzeb własnych, wynosi 61,54 kW. Obliczenia, o których mowa, odwołujący przedstawił w bilansie mocy potrzeb własnych oraz opisie głównych urządzeń (*bilans mocy potrzeb własnych: tabela wraz z opisem w skanie odwołania*). Sprawdzenie spełniania wymagań PFU: *tabela wraz z opisem w skanie odwołania*. Według obliczeń odwołującego, zapotrzebowanie na energię elektryczną (potrzeby własne) poprzedzone doborem sprężarki gazu, jako pracującej w pełnym zakresie ciśnień gazu (zgodnie warunkami przyłączenia do sieci gazowej w PFU)

oraz wymaganego przez silnik zapotrzebowania na gaz (wpływającego na wydajność, wielkość sprężarki) - rozwiązanie oparte na silniku Rolls-Royce typ B35:40V16AG2, nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie minimalnej mocy elektrycznej netto. Odwołujący uznał, powołując się na wyrok Izby z dnia 13 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 626/12, że: *Skoro oferta wykonawcy (...) merytorycznie nie odpowiada treści SIWZ zamawiający ma obowiązek odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.*

Do postępowania odwoławczego przystąpił skutecznie po stronie zamawiającego wykonawca INTROL S.A. z siedzibą w Katowicach, uzyskując status uczestnika postępowania. Wniósł o oddalenie odwołania wykazując jego bezzasadność w zakresie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji w przedmiocie wykazania wymaganych kwalifikacji przez podanego w wykazie osób M..... W.....

Podobnie w kwestii zarzutu, dotyczącego referencji wystawionych przez Drukarnię Kolejową Kraków Sp. z o.o., uczestnik postępowania wskazał na niekonkretność zarzutu, wręcz sugestie odwołującego, bez wykazania okoliczności faktycznych i prawnych odwołania. W zakresie wymagania informacji o niekaralności prokurentów spółki, uczestnik wskazał, że zarzut i żądanie zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp, zatem nie może być podstawą negatywnej kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Ponadto podniósł brak interesu po stronie odwołującego w podnoszeniu tego zarzutu, z uwagi na fakt, że odwołujący również nie przedłożył w swojej ofercie informacji dotyczących prokurentów spółki.

W zakresie udostępnienia uczestnikowi postępowania przez firmę Ekosystem Sp. z o.o. potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji robót budowlanych, bez uczestniczenia w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, uczestnik postępowania podniósł, że wbrew stanowisku odwołującego konstrukcja skorzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego potwierdza zgodność z przepisami Pzp. Uczestnik postępowania stwierdził, że korzystanie z zasobów Ekosystem Sp. z o.o. nastąpi przez doradztwo techniczne, świadczone w ramach konsultacji okresowych lub doraźnych oraz przekazania *know-how*. Zwrócił uwagę, że w zacytowanej opinii nie zawarto stwierdzenia, że wiedzę i doświadczenie można przekazać będąc jedynie podwykonawcą. Tak jest *co do zasady*. Orzecznictwo i piśmiennictwo wskazuje również inne dopuszczalne formy transferu wiedzy i doświadczenia obok podwykonawstwa, jak doradztwo, konsultacje, udostępnianie *know-how*, nadzór, wskazał wyroki Izby: z 20.09.2011 r., sygn. akt KIO 1938/11, z 17.05. 2010 r., sygn. akt KIO 790/10, z 4.11.2011 r., sygn. akt KIO 2294/11. Uczestnik podał, że w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego wskazał, że sam posiada wiedzę i doświadczenie w realizacji obiektów bardzo zbliżonych do wskazanych w SIWZ, dlatego będzie korzystać z doradztwa, a nie podwykonawstwa firmy Ekosystem Sp.

Z o.o.

W przedmiocie zarzutu niezgodności treści oferty z SIWZ stwierdził, że w rozdziale 5 pkt 5.3 ppkt f SIWZ zamawiający wymagał, by wykonawca zawarł w ofercie opis oferowanego podstawowego urządzenia technicznego, tj. silnika gazowego i generatora spełniającego określone parametry przedstawione w SIWZ, tj. minimalną moc bloku kogeneracyjnego wynoszącą 7,2 MW. Podniósł, że nie znajduje potwierdzenia w SIWZ wymóg sporządzenia pełnej dokumentacji technicznej wraz ze wszystkimi niezbędnymi obliczeniami pozwalającymi w sposób jednoznaczny określić spełnianie powyższego założenia.

Zakwestionował obliczenia odwołującego. Podniósł, że wskazane w ofercie parametry gwarantowane zaoferował na podstawie wiedzy i doświadczenia wynikającego z realizacji już zakończonych inwestycji z zastosowaniem silników gazowych Rolls-Royce. Sporządził projekty wykonawcze dla innej inwestycji opartej o taki sam typ silnika gazowego, tego samego producenta. Bilanse mocy przedstawione przez odwołującego daleko odbiegają od bilansu mocy zatwierdzonego projektu wykonawczego dotyczącego faktycznie realizowanej inwestycji. Uznał, że podane w odwołaniu obliczenia są nieweryfikowalne. Część wartości w tabeli str.11 odwołania uzależniona jest od zastosowanej technologii. Rodzaj zaprojektowanej technologii nie był znany na dzień wnoszenia odwołania. Nie jest możliwe z technicznego punktu widzenia dokonanie weryfikacji tychże danych.

Podniósł, że zasadnie zamawiający wymagał jedynie zadeklarowania wartości takiej, jak moc potrzeb własnych instalacji silnikowych. Oświadczenie to będzie wiążące dla wykonawcy na etapie realizacji zamówienia i będzie determinować sposób projektowania, tak by zaproponowane rozwiązanie spełniało zadeklarowane wartości parametrów gwarantowanych.

Podniósł również, że o niewłaściwej jakości i precyzji obliczeń odwołującego świadczą hipotetyczne założenia - str.11 poz. 7 i 8 - dla wszystkich niesprecyzowanych i niezidentyfikowanych przez odwołującego urządzeń. Wskazał, że przygotował swoją ofertę w oparciu o silnik Rolls-Royce typ B35:40V16AG2. Dodatkowo potwierdził, że realizował już inwestycje w oparciu o taki typ silnika. Podtrzymał w pełni swoją ofertę.

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie - w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

W uzasadnieniu, w kolejności zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu, zamawiający podniósł.

I. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy INTROL S.A. z uwagi

na podanie nieprawdziwych danych mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wskazał, że uzasadnienie zarzutu prowadzi do wniosku o jego bezpodstawności, gdyż odwołujący podnosząc zarzut podania nieprawdziwych danych, nie określił w żadnej mierze, które jego zdaniem dane i w jakim zakresie są nieprawdziwe oraz nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swych ogólnikowych tez. Zarzut dotyczący nieprawdziwych danych, co do uprawnień M..... W..... (pkt I. 1 uzasadnienia odwołania) odwołujący zbudował na tej tylko podstawie, że wykonawca INTROL S.A. składając ofertę nie wykazał części wymaganych uprawnień dozorowych, skutkiem czego został przez zamawiającego wezwany do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z wezwaniem wykonawca przedłożył wymagane dokumenty. Z odwołania nie wynika, by pierwotnie lub uzupełniająco złożone dokumenty zawierały nieprawdę, a analiza samych dokumentów nie pozwala na taką ocenę.

W toku weryfikacji ofert pod kątem oceny spełniania warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający zidentyfikował w dokumentach złożonych wraz z ofertą INTROL S.A. niezgodność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy złożonym w tabeli zał. 5 na str. 101, potwierdzającym spełnianie warunku określonego w SIWZ ust. 3.1.3.1., a złożoną na str. 125 kserokopią *Świadectwa kwalifikacyjnego* M..... W..... W świadectwie tym brak informacji o posiadaniu, lub nieposiadaniu uprawnień co do obsługi, konserwacji, remontów oraz montażu w zakresie *urządzenia, instalacje gazowe o ciśnieniu nie wyższym niż 5 kPa*. W związku z brakiem dokumentu potwierdzającego oświadczenie złożone na str. 101, zamawiający stwierdził fakt, że wykonawca nie załączył wymaganych dokumentów, ponieważ dokument załączony do oferty potwierdza jedynie część wymaganych kwalifikacji. W związku z tym zamawiający wezwał wykonawcę pismem z dnia 22.08.2012 r., sygn. DKP/4241/224/71/12 do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wymagane uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w przedmiocie obsługi, konserwacji, remontów oraz montażowym w zakresie *urządzenia, instalacje gazowe o ciśnieniu nie wyższym niż 5 kPa*. Wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie wymaganego warunku zamawiający otrzymał drogą faksową w dniu 27.08.2012 r., a następnie w dniu 29.08.2012 r. wpłynął oryginał dokumentów.

W obliczu przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, zamawiający stwierdził, że INTROL S.A. przedstawił w ofercie jedynie niekompletne dokumenty w zakresie potwierdzenia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nie odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Zarzut o podaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania jest zatem wręcz bezprzedmiotowy, bowiem w postępowaniu wyjaśniającym, przedkładając uzupełnienie dokumentów dotyczących uprawnień M..... W....., INTROL S.A. wykazał, że złożone przez niego oświadczenie o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, było i jest

zgodne z prawdą. W konsekwencji zamawiający stwierdził brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Na marginesie zamawiający wskazał, że obszerne orzecznictwo KIO, przytoczone w odwołaniu na potrzeby omawianego zarzutu jest jasne i niekwestionowane przez zamawiającego, lecz dotyczy ono wypadków podania nieprawdziwych danych. Załączył dowody: 1) kopia tabeli wg zał. 5 ze str. 101 oferty, 2) kopia Świadectwa kwalifikacyjnego ze str. 125 oferty, 3) kopia pisma zamawiającego z dnia 22.08.2012 r., sygn. DKP/4241/224/71/12, 4) kopia odpowiedzi wykonawcy sygn. TR/KS/66/2012 z dnia 24.08.2012.

W odniesieniu do drugiego zarzutu, opisanego w części I.2 uzasadnienia odwołania zamawiający podał, jak niżej. Zamawiający wymagał m.in. spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, co do budowy budynku kubaturowego o powierzchni powyżej 400 m² i kubaturze powyżej 2000 m³. Wykonawca INTROL S.A. wykazał w załączniku 4a (str. 41 oferty) przez oddane mu do dyspozycji przez Ekosystem Sp. z o.o. zasoby tej spółki, potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zasoby zostały wykazane w załączniku 6a, zgodnie z przepisami Pzp i wymaganiem SIWZ, w formie zobowiązania firmy Ekosystem Sp. z o.o. zamieszczonego na str. 55-56 oferty. Z kolei list referencyjny wystawiony przez Drukarnię Kolejową Kraków Sp. z o.o. dla Ekosystem Sp. z o.o. nie zawierał żadnych sprzecznych informacji w stosunku do oświadczenia zawartego w tabeli 4a na str. 56 oferty i zgodnie z jego przeznaczeniem potwierdzał jedynie należyte wykonanie robót budowlanych. Zamawiający podał, że zgodnie z linią orzecniczą KIO, dokument referencji nie służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie musi opisywać w sposób pełny zakresu i ilości wykonanych robót (wyrok KIO/UZP 1221/09 z 13.10.2009 r.), lecz powinien je jedynie zidentyfikować, jako odnoszące się do prac wykazanych w wykazie. Dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO/UZP 1092/09 z dnia 7.09.2009 r.).

Dokumentem wystarczająco potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest oświadczenie wykonawcy złożone w formie wykazu robót budowlanych, potwierdzające wykonanie robót o wymaganym przez zamawiającego zakresie i parametrach. Zatem, na podstawie przedłożonych dokumentów (oświadczenie INTROL S.A. oraz zobowiązanie Ekosystem Sp. z o.o.), zamawiający stwierdził spełnianie przez wykonawcę warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i nie podzielił lakonicznej opinii odwołującego ani o wzajemnej sprzeczności złożonych dokumentów, ani tym bardziej o nieprawdziwości tych dokumentów. Dowody: 1) kopia tabeli zał. 4a ze str. 41-42 oferty, 2) List referencyjny ze str. 54 oferty, 3) Zobowiązanie zał. 6a ze str. 55-56 oferty. II. Zarzut niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Istota zarzutu sprowadza się do przekonania odwołującego, że INTROL S.A. miała obowiązek przedłożenia informacji z Krajowego

Rejestru Karnego dotyczących prokurentów spółki, gdyż w pouczeniu zawartym w pkt 3.4.1 h SIWZ wymieniono także prokurentów. Zdaniem odwołującego, skoro INTROL S.A. nie przedłożył informacji z KRK dotyczących prokurentów, winien w efekcie być wykluczony z postępowania. Zamawiający stwierdził, że o ile bezspornym jest, iż w pouczeniu zawartym w punkcie 3.4.1. h SIWZ wymieniono - obok członków zarządu - także prokurentów, to jednak zarzut odwołującego jest całkowicie nieuzasadniony. W punkcie 3.4.1. h SIWZ zamawiający precyzyjnie wskazał, że domaga się aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego... w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp... Zamawiający nie jest uprawniony do żądania, a żaden z wykonawców nie jest zobowiązany do składania takich informacji o prokurentach, gdyż wskazany przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp wymienia jednoznacznie członków organów zarządzających. Potwierdzeniem tego jest przepis § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Obszerne orzecznictwo, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych jednolicie wskazuje, że członkowie organów zarządzających, to członkowie zarządu, natomiast dyspozycją wskazanych przepisów nie są objęci prokurenci.

W powyższym kontekście nieuzasadnione jest pouczenie zawarte w nawiasie po merytorycznym, prawidłowym opisie w punkcie 3.4.1. h SIWZ, które może sugerować, jakoby prokurenci byli członkami organów zarządzających. Zamawiający podniósł, że o ile złożenie zaświadczeń dotyczących prokurentów nie może w opisanej sytuacji powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, to zaniechanie złożenia zaświadczeń, jako niewymaganych ani w świetle obowiązujących przepisów, ani w świetle merytorycznego opisu punktu 3.4.1. h SIWZ, także nie może powodować takich skutków. Zamawiający potwierdził, że nieprzedstawienie przez wykonawcę zaświadczeń z KRK dotyczących prokurentów, nie jest niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż: - przepis ten nie obejmuje negatywnych przesłanek wymienionych w ust. 1 tego artykułu, które to przesłanki, zgodnie z literalnym brzmieniem ustępu 1 stanowią samodzielną podstawę wykluczenia wykonawcy, - zamawiający nie postawił w SIWZ (i nie był uprawniony) żadnych warunków co do niekaralności prokurentów. Zamawiający wskazał, że nieprzedłożenie zaświadczeń z KRK dotyczących prokurentów, nie stanowi podstawy wykluczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż przepisy te ograniczają wykluczenie do członków organów zarządzających (m.in. wyrok z 18.04.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-1039/06). Wskazał wyroki - z 22.09.2008 r., sygn. KIO/UZP 941/08; sygn. akt KIO 1337/10 z 13.07.2010 r. Podsumowując zamawiający podał, że zarzut jest całkowicie nieuzasadniony.

III. Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez nieudowodnienie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i

doświadczenia. Na wstępie oceny zarzutu zamawiający podniósł, że poglądy nauki i praktyki (w tym orzeczniczej) skierowały się w stronę dopuszczenia dowolnej formy prawnej udostępnienia zarówno wiedzy, jak i doświadczenia. Wskazał, że wykonawca, który chce skorzystać z zasobów innego podmiotu musi wykazać, że podmiot dysponuje takimi zasobami oraz, że udostępni je wykonawcy na potrzeby wykonania zamówienia. Nie jest przy tym wymagane, by wykonawca przedłożył umowę zawartą z podmiotem, istotne jest wykazanie możliwości korzystania z zasobów.

Złożony przez INTROL S.A. dokument w postaci zobowiązania firmy Ekosystem Sp. z o.o. do oddania wykonawcy wiedzy, doświadczenia i wszystkiego, co składa się na *know-how* na okres niezbędny do wykonania zamówienia odpowiada wymogom art. 26 ust. 2b Pzp. Dokument zawiera więcej danych niż przewiduje minimum ustawowe, gdyż wskazuje formę współpracy obu podmiotów, która ma się wyrażać w szczególności w bieżącym i okresowym doradztwie technicznym i w zakresie *know-how*. Odwołujący słusznie nie podniósł zarzutu wadliwości zobowiązania, lecz ograniczył się do wyrażenia poglądu, jakoby dla spełnienia omawianego warunku konieczna była prawna forma podwykonawstwa firmy Ekosystem sp. z o.o. Wskazany przepis nie wymaga takiej formy stosunku prawnego pomiędzy obydwoma podmiotami, istotne natomiast jest, że podmiot dysponujący niezbędną wiedzą i doświadczeniem zobowiązał się do ich udostępnienia wykonawcy, przez okres wykonywania przedmiotu zamówienia. O wiarygodności dokumentu świadczy m.in. określenie formy, w jakiej nastąpi udostępnienie zasobów oraz podpisanie zobowiązania przez osobę uprawnioną do reprezentacji wskazanego podmiotu. *Dowód: odpis z KRS firmy Ekosystem sp. z o.o. - kopia ze str. 59-63 oferty INTROL S.A.* Oznacza to, że zobowiązanie spełnia wymogi ustawowe, w tym te, które akcentowane są w najnowszym orzecznictwie KIO: *Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu* (wyrok z dnia 20.12.2011 r., sygn. akt KIO 2585/11). *Korzystanie z podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia możliwe jest, oprócz fizycznego wykonania całości bądź części zamówienia, przez doradztwo, przekazanie wiedzy w zakresie technologii, udostępnienie dokumentów, itp., co może nastąpić w dowolnym momencie, nie powiązanych ściśle z wykonaniem zamówienia* (wyrok z 15.11.2011 r., sygn. akt KIO 2366/11). *1. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy winno być sporządzone zgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu, który takie zobowiązanie podejmuje. Jest to bowiem niewątpliwie oświadczenie woli, którego celem jest wywołanie określonego skutku prawnego w postaci zapewnienia dysponowania zasobem niezbędnym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. 2. Dla udowodnienia*

dysponowania zasobem niezbędne jest, aby zobowiązanie przedkładane zamawiającemu miało charakter wiążący i skuteczny. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy, wymieniając „zobowiązanie” jako dokument, który „w szczególności” może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS (wyrok z 15.11.2011 r., sygn. akt KIO 2366/11).

Wykonawca INTROL S.A. wyjaśnił dodatkowo, że realizował już obiekty w zakresie robót budowlanych o parametrach zbliżonych do wymagań zamawiającego i posiada doświadczenie w takich robotach, lecz obiekty przez niego realizowane nie spełniały ściśle wymagań zamawiającego. Z tej przyczyny skorzystał z możliwości ustanowionej przez ustawodawcę, dopuszczającej udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot. Wobec posiadania przez INTROL S.A. własnego doświadczenia w zakresie robót ogólnobudowlanych, możliwe jest realne i efektywne skorzystanie z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przez doradztwo techniczne oraz przekazanie *know-how*, bez bezpośredniego udziału wykonawcy w wykonaniu zamówienia, jako podwykonawcy robót. Zamawiający przyjmując wyjaśnienie wykonawcy INTROL S.A. kierował się również stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażonym w wyroku, sygn. akt XII Ga 315/11, w którym zamieszczono rozstrzygnięcie: *Ratio legis art. 26 ust. 2b pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca uczestniczący w postępowaniu przetargowym nie musi spełniać samodzielnie wszystkich postawionych w nim warunków i ma prawo powoływać się na cudzy potencjał. Przy czym, aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonywaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze... oraz... Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie.* Zamawiający uznał zarzut za bezzasadny.

IV. Zarzut niezgodności oferty INTROL S.A. z treścią SIWZ. Zamawiający podniósł, że w żadnym punkcie SIWZ, ani w toku żądania wyjaśnień dotyczących treści ofert, nie zobowiązywał wykonawców do sporządzenia pełnej oferty technicznej ze wszystkimi niezbędnymi obliczeniami. Wobec powyższego jakiegokolwiek obliczenia wstępne, wykonawcy mogli wykonywać jedynie na własne potrzeby w celu złożenia oferty, przedłożenie obliczeń nie było zamawiającemu konieczne. Zamawiający stwierdził, że żądanie jakiegokolwiek obliczeń czy bilansów na etapie badania ofert jest niezasadne i wykracza poza wymagania określone w SIWZ, gdyż wszelkie obliczenia i bilanse będą zawarte w dokumentacji projektowej sporządzonej przez wykonawcę w pierwszym etapie realizacyjnym inwestycji. W celu weryfikacji zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ, zamawiający żądał na etapie składania ofert, jedynie: określenia w załączniku 11a tzw. parametrów gwarantowanych,

które będą stanowiły załącznik do umowy, a których to wartości brzegowe zostały określone przez zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik do SIWZ oraz oświadczenia dotyczącego gwarantowanej sprawności w cz. III Formularza Ofertowego w ust. 4 opisu wskazanego w pkt. 5.3.1 f SIWZ pn. *Opis oferowanego podstawowego urządzenia technicznego (tj. silnika gazowego i generatora), w formie np. DTR-ki, katalogowej karty technicznej lub innego dokumentu producenta, określającego podstawowe parametry urządzenia (w tym charakterystykę sprawności oferowanego silnika i generatora przy obciążeniu od 25% do 100%).*

Zamawiający podniósł, że na etapie badania ofert, może dokonać oceny zgodności oferty z SIWZ jedynie na podstawie wymaganych danych i dokumentów określonych w SIWZ, a sugerowane przez odwołującego żądanie dodatkowych obliczeń technicznych od INTRON S.A. wykracza poza wymogi SIWZ. Wskazał że odwołujący nie może domagać się stwierdzenia niezgodności oferty INTRON S.A. jedynie na podstawie własnego poglądu i samodzielnie przeprowadzonych obliczeń. Zawarte w odwołaniu teoretyczne obliczenia techniczne przeprowadzone przez odwołującego, nie mogą stanowić dowodu na niezgodność oferty firmy INTRON S.A. z SIWZ, gdyż odwołujący nie posiada pełnej wiedzy na temat wszystkich urządzeń zaplanowanych przez INTRON S.A. do zabudowy w ramach realizacji zamówienia, a zatem przyjęte przez odwołującego założenia wyjściowe do obliczeń (w tym moce urządzeń z bilansu potrzeb własnych) opierają się wyłącznie na doświadczeniu i rozeznaniu rynku dostawców odwołującego, które nie muszą być tożsame z doświadczeniem i dostawcami INTRON S.A. Zamawiający wskazał wyrok KIO z dnia 3 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 330/11, z którego wynika, że: *odrzućenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach przepisów Pzp, w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, co w pełni koresponduje z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.*

Zatem, zamawiający przyjął oświadczenia INTRON S.A. złożone wraz z ofertą w pkt 4, cz. III Formularza Ofertowego i w załączniku 11a wraz z danymi technicznymi silnika (na str. 139 oferty), jako wiarygodne i potwierdzające spełnianie warunków przetargowych w zakresie przedmiotu zamówienia, ponieważ są to jedyne dane i dokumenty wymagane SIWZ na podstawie, których zamawiający ma prawo określić zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiem SIWZ i przepisami Pzp. *Dowody: 1) kopia załącznika 11a ze str. 140-141 oferty, 2) kopia oświadczenia dotyczącego gwarantowanej sprawności w cz. III formularza ofertowego w pkt 4 ze str. 3 oferty, 3) kopia opisu urządzenia technicznego ze str. 139 oferty.* Wobec powyższego zamawiający uznał także, że ten zarzut nie zasługuje na

uwzględnienie. Mając na uwadze, że wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty są nieuzasadnione, wskazał, że odwołanie powinno być oddalone w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzuty ograniczając odwołanie w zakresie zarzutów: zaniechania wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji oraz nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (pierwsze i drugie tiret, str. 2 odwołania), naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp; w zakresie uzasadnienia - część: I.1 i 2 oraz II. Podtrzymał i poparł zarzuty: zaniechania wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z powodu nie udowodnienia, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu, który te zasoby udostępnił, ponieważ podmiot - Ekosystem Sp. z o.o. nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, jako podwykonawca, naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; uzasadnienie - część: III i IV.

Odnosnie nie udowodnienia, że uczestnik postępowania będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu Ekosystem Sp. z o.o., który udostępnił zasoby, ponieważ nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, jako podwykonawca oraz naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp (część III uzasadnienia), Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w SIWZ w rozdziale 3 pn. *Warunki udziału w postępowaniu*, w pkt 3.4.4 pn. *Zasady składania ofert w przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów*, opisał wymogi w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, załączając formularze określające treść odpowiednich zobowiązań. W pkt 3.4.4.1 zamawiający podał: *Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W związku z powyższym winien w szczególności przedłożyć pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, którego treść powinna być zgodna z załącznikiem nr 6 lub winna zawierać minimum: oświadczenie Wykonawcy, że zamierza skorzystać ze wskazanych zasobów należących do podmiotu, który je udostępnia; wskazanie podmiotu, z zasobów, którego Wykonawca zamierza skorzystać; precyzyjne określenie konkretnych zasobów podlegających udostępnieniu*

(stopień szczegółowości ich opisu winien odzwierciedlać treść postawionego przez Zamawiającego warunku); wskazanie tytułu prawnego, pod jakim potencjał zostanie udostępniony (np. rodzaj umowy); wskazanie okresu korzystania z udostępnionych zasobów przy wykonywaniu zamówienia. W pkt 3.4.4.3 SIWZ zamawiający opisał obowiązki wykonawców w zakresie złożenia odpowiednich dokumentów w razie, gdy podmioty, na których potencjale będzie polegał wykonawca, będą brały udział w realizacji części zamówienia. Zamawiający w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy udziale zasobów innych podmiotów, rozgraniczył udostępnianie zasobu z możliwością brania udziału w realizacji części zamówienia i bez takiego udziału.

Uczestnik postępowania wskazał w wykazie robót udostępniony zasób (załącznik nr 4a, poz. 5) - wykonanie hali produkcyjnej oraz budynku biurowego wraz z infrastrukturą, podając odpowiednio do wymagań: zakres prac, powierzchnię i kubaturę, str. 42 oferty. Wykazana robota stanowiła potwierdzenie spełniania warunku wykonania budowy budynku przemysłowego o powierzchni zabudowy powyżej 400 m² i kubaturze powyżej 2000 m³ (pkt 3.1.2 SIWZ). Załączył list referencyjny, str. 45 oferty oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia, str. 55 i 56 oferty, sporządzone według wzoru zamawiającego oraz załączył dokumenty służące weryfikacji podmiotowej podmiotu udostępniającego zasób, o których stanowi pkt 3.4.4.3 SIWZ - dotyczące braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, składane w razie udziału podmiotu w realizacji części zamówienia. Stąd uczestnik postępowania był wezwany do złożenia wyjaśnień i wyjaśnił, że Ekosystem Sp. z o.o. udostępnia swój zasób na zasadzie *doradztwa technicznego, świadczonego w ramach konsultacji okresowych lub doraźnych oraz przekazania know-how* (opis sposobu korzystania z zasobu zamieszczony w zobowiązaniu). Wymienione dokumenty nie były zakwestionowane przez odwołującego, ich rodzaj i forma nie stanowią zarzutu i nie są przedmiotem sporu. Zarzut odwołującego dotyczy obowiązku udostępnienia zasobu wyłącznie na zasadzie podwykonawstwa. W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 27 sierpnia 2012 r.), uczestnik postępowania podał m.in., że zakres robót ogólnobudowlanych zamierza wykonać samodzielnie korzystając z zasobu na zasadzie transferu wiedzy i doświadczenia firmy Ekosystem Sp. z o.o. w niewielkim zakresie, gdyż sam, jako wykonawca wznosił obiekty o analogicznej kubaturze - filharmonię w Olsztynie, park Handlowy RAWA w Katowicach, ma więc spory zakres własnego *know-how* w takim zakresie. Wskazał, że firma Ekosystem Sp. z o.o., jako podmiot udostępniający zasób w zakresie doradztwa technicznego, świadczonego w ramach konsultacji okresowych lub doraźnych oraz przekazania *know-how*, nie będzie podwykonawcą. Uczestnik postępowania wyjaśnił na rozprawie, że z potencjału innego podmiotu korzysta wyłącznie w tym zakresie z powodu wymogu w SIWZ pkt 3.1.2, pierwsze

tiret, drugi znak „□”, wykazania *budowy budynku przemysłowego*. Mimo posiadania znacznego doświadczenia porównywalnego z wymaganym, nie dotyczyło ono budynku przemysłowego.

Odnosnie naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (uzasadnienie - część IV - niezgodność treści oferty INTROL S.A. z treścią SIWZ), Izba ustaliła, co następuje. W pkt 5.3.lit. f SIWZ zamawiający opisał wymagane dokumenty ofertowe podając, że do oferty należy załączyć *Opis oferowanego podstawowego urządzenia technicznego (tj. silnika gazowego i generatora), w formie np. DTR-ki, katalogowej karty technicznej lub innego dokumentu producenta, określającego podstawowe parametry urządzenia (w tym charakterystykę sprawności oferowanego silnika i generatora przy obciążeniu od 25% do 100%), pozwalającego Zamawiającemu zweryfikować informację, czy zaoferowane urządzenie spełnia wymagania techniczne określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik nr 12 do siwz.*

Uczestnik postępowania złożył w ofercie dokument producenta Rolls-Royce *Dane techniczne silnika typu B35:40V16AG2*, w którym podano moc elektryczną przy obciążeniu 100% 7487 kW oraz założenia techniczne przy uwzględnieniu, których osiągnięto wskazaną moc, str. 138 i 139 oferty. W załączniku 11a, str.140 oferty, uczestnik postępowania podał w *Wykazie wiążących parametrów deklarowanych znamionową moc elektryczną netto dla zespołu wytwórczego 7,2MW_e*, jako wartość gwarantowaną przez wykonawcę (trzeci wiersz w tabeli).

Odwołujący złożył na rozprawie dwie opinie: Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie oraz Biura Dziekana Wydziału Inżynierii Środowiska i Energetyki Politechniki Śląskiej, uznane w postępowaniu dowodowym, jako stanowisko odwołującego w sprawie, które były tożsame co do treści i zawierały identyczne obliczenia w zakresie bilansu mocy potrzeb własnych, jakich dokonał odwołujący, tj. wskazywały niedobór mocy o wartości 61,54 kW w odniesieniu do wymaganej wielkości. W obu opiniach, tak samo jak w obliczeniu odwołującego, zapotrzebowanie mocy przez poszczególne odbiorniki oszacowano na podstawie parametrów technicznych odbiorników oraz powszechnie przyjętych w praktyce projektowej współczynników korekcyjnych, przyjęto takie same dla innych niezidentyfikowanych odbiorów wielkości mocy potrzeb własnych.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca miał przedstawić w ofercie opis urządzeń, tj. silnika gazowego i generatora, co oznaczało wymóg podania ogólnych informacji, takich jak typ, rodzaj silnika. Wskaźnik mocy elektrycznej stanowił wyłącznie deklarację składającego ofertę. Podkreślił, że sprawdzenie, czy rzeczywiście zaoferowany silnik pozwoli na

osiągnięcie wymaganej mocy elektrycznej, będzie możliwe wyłącznie na podstawie wykonanego projektu, który jest elementem przedmiotu zamówienia. Zamawiający zakwestionował złożone przez odwołującego opinie, podnosząc nieprzydatność zawartych w nich obliczeń, z uwagi na ich teoretyczny charakter, oderwany od urządzeń peryferyjnych, które będą dopiero zamontowane i na tym etapie nie są jeszcze znane. Podniósł, że bilans mocy w opiniach złożonych przez odwołującego, nie został zidentyfikowany, co do urządzeń będących urządzeniami odbiorczymi (urządzenia nie są wiadome). Podkreślił, że w specyfikacji nie wymagał dokonania jakichkolwiek obliczeń.

Uczestnik postępowania reprezentowany przez wiceprezesa zarządu spółki, upoważnionego do jednoosobowego podejmowania czynności w imieniu spółki, oświadczył w zakresie danych technicznych, że wskazał w ofercie moc elektryczną silnika przy obciążeniu 100%, jako wielkość 7487 kW, to jest wielkość większą o 287 kW od deklarowanej w ofercie (7,2 MW). Uzasadnił, że przy zastosowaniu wypracowanych rozwiązań i nabytego doświadczenia zaoferowane rozwiązanie osiąga moc elektryczną dla potrzeb własnych w wielkości 271 kW. Podniósł, że wykonuje w oparciu o oferowany silnik również inną inwestycję, na rzecz OPEC Gdynia, Ciepłownia Wejherowo. Dokumentacja dla tej inwestycji została wykonana i zatwierdzona, a budowa i instalacja zostały ukończone i znajdują się w fazie rozruchu. Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu będzie to drugi silnik tego rodzaju, po inwestycji w Wejherowie, o największej mocy w Polsce. Wielkość zadeklarowana w wykazie wiążących parametrów deklarowanych ((7,2 MW) - załącznik 11a) jest realna, jak również uzyskanie bilansu mocy potrzeb własnych na poziomie 271 kW.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia składając ofertę, która uzyskała drugą w kolejności punktację na podstawie kryteriów oceny ofert, spośród 4 złożonych ofert. Odwołujący na skutek nie uzyskania zamówienia w wyniku udowodnionego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTRON S.A. i odrzucenia oferty tego wykonawcy), mógłby ponieść szkodę, a więc odwołujący wykazał legitymację czynną do wniesienia odwołania, o której stanowi przepis art. 179 ust.1 Pzp.

Izba rozpoznała na rozprawie odwołanie w granicach podtrzymanych zarzutów, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, uznając, że nie podlega ono uwzględnieniu wobec nie udowodnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż 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 wykonywaniu zamówienia.

Potwierdzenie korzystania z zasobów innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie m.in. wiedzy i doświadczenia, należy do zakresu potwierdzania spełnienia warunków podmiotowych wykonawców, których ocena przesądza o zakwalifikowaniu ich do dalszego etapu postępowania - badania i oceny ofert zmierzającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, bądź wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zatem, zgodnie z ogólnymi zasadami dotyczącymi konstruowania warunków udziału w postępowaniu i obowiązku opisanego sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, zamawiający zobowiązany jest opisać sposób dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu przedstawionego przez wykonawcę zasobu innego podmiotu, w szczególności sposób udowodnienia przez wykonawcę dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W rozpoznanej sprawie, zamawiający zamieścił wyczerpujący opis w SIWZ łącznie z wzorem wymaganego zobowiązania, którego zastosowanie uznał za wystarczające dla prawidłowego udowodnienia korzystania z zasobu, o którym stanowi art. 26 ust. 2b Pzp. Dopuścił możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu w sposób określony przez wykonawcę i podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie oraz korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu na zasadzie udziału tego podmiotu w realizacji części zamówienia, zobowiązując wykonawcę w takiej sytuacji, zgodnie z przepisem § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie.

Uczestnik postępowania, w zakresie jednej części zamówienia wykazał udział innego podmiotu w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa tego podmiotu - projekt akustyczny firmy Investeko S.A., natomiast w części ogólnobudowlanej, ze względu na posiadane swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, wskazał korzystanie z niewielkiego wsparcia innego podmiotu - Ekosystem Sp. z o.o., na zasadzie *Korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, które będzie polegało na*

doradztwie technicznym, świadczonym w ramach konsultacji okresowych lub doraźnych oraz przekazaniu know-how.

Zarzut odwołującego o niezgodności sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia z przepisem art. 26 ust. 2b Pzp, nie może być uwzględniony. Kwestionowanie sposobu korzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przez żądanie udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa, w sytuacji, gdy forma takiego udziału nie była wymagana w SIWZ, nie znajduje uzasadnienia. Zamieszczony przez zamawiającego w SIWZ opis, mógł być kwestionowany w stosownym terminie do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ. Obowiązkiem zamawiającego, jak wynika z Pzp i wskazuje orzecznictwo, jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert na podstawie zasad i wymagań opisanych w specyfikacji. W przeciwnym wypadku prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania uczestnika postępowania odwoławczego z powodu nie przedstawienia wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego swój zasób temu wykonawcy na zasadzie podwykonawstwa, w sytuacji, gdy zamawiający opisał w sposób szczegółowy wymagania w tym zakresie nie żądając wyłącznie podwykonawstwa, nie może być uznany w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, jako naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

W zakresie udziału w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający swój zasób, Izba wypowiedziała się min. w dość obszernym zakresie w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1448/10, 1450/10, 1451/10, wskazując, że: *Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w analizowanym przepisie nie wynika, że osoba trzecia będzie miała obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia, jako podwykonawca. Trzeba także dodać, iż „podwykonawca” nie został w ustawie zdefiniowany, jednak niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy sformułowania „dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Zatem, kierując się założeniem, że ustawodawca w akcie prawnym nazywa te same instytucje w taki sam sposób, przy użyciu jednakowych pojęć, należy wyrazić pogląd, iż w omawianym przypadku takiej jednolitości nie zachował (do podwykonawcy odnoszą się postanowienia art. 36 ust. 4 i 5 Pzp), co także przemawia za przyjęciem, iż art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne. Niewątpliwie jednak oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy zasobów, gdy dotyczy wiedzy i doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to*

jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Wiedza i doświadczenie mogą być także udostępnione poprzez oddanie do korzystania know-how, schematów technologicznych urządzeń, dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych, topografii układów scalonych lub systemów zarządzania jakością. Wiedzę i nabyte w drodze empirycznej doświadczenie można także przekazać poprzez udostępnienie dokumentacji opisującej procesy technologiczne, chemiczne, jak również zastrzeżonej dokumentacji serwisowej czy technicznej lub danych serwisowych (parametrów krytycznych pracy urządzenia czy tolerancji pasowania współpracujących podzespołów). Brak powyższych danych może uniemożliwić wykonywanie określonych czynności (serwisowych, konserwacyjnych) w zasadzie każdemu podmiotowi, natomiast ich udostępnienie może skutkować otwarciem dostępu do realizacji zamówienia wszystkim tym, którzy prowadzą działalność w danej branży. Także proces edukacyjny (szkolenia, wykłady, warsztaty naukowe) prowadzi do przyswojenia przez osoby uczestniczące wiedzy i doświadczenia, którymi dysponuje wykładowca.

W wyroku z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że: *Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu).*

Również w tym przedmiocie zajął stanowisko Sąd Okręgowy w Gdańsku, w przywołanym już przez zamawiającego wyroku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11, wskazując różne sposoby skutecznego udostępniania potencjału przez podmiot trzeci i zakres udziału podmiotu w realizacji zamówienia, dopuszczając także eliminację podmiotu z udziału w wykonaniu zamówienia. Sąd wskazał też, że korzystając z zasobu podmiotu trzeciego, wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie.

Mając powyższe na uwadze powyższe, Izba uznała, że w toku badania i oceny ofert zamawiający zobowiązany jest stosować zasady zgodne z przyjętym opisem, znaczeniem przypisanym warunkom i kryteriami zamieszczonymi w SIWZ. Zamawiający wskazał w SIWZ możliwość polegania na zasobach innych podmiotów, opisując sposób udowodnienia przez wykonawców dysponowanie zasobami. Uczestnik postępowania zastosował się do opisu

zamawiającego, stąd brak jest podstaw, w obowiązującym stanie prawnym, by uznać, że czynność zamawiającego zgodna z postanowieniami SIWZ, kwalifikuje się do uznania jej, jako naruszenie przepisów ustawy, o którym stanowi art. 180 ust. 1 Pzp (przesłanka zasadności odwołania).

W zakresie wymagań technicznych i zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała za zasadne wyjaśnienia zamawiającego oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, wobec opisu zamieszczonego w SIWZ (wymóg opisu podstawowego urządzenia technicznego, tj. silnika gazowego i generatora, zgodnie z pkt 5.3.f specyfikacji, a więc przedstawienie ogólnych informacji, jak typ, rodzaj silnika, przy wyłącznie zadeklarowaniu wskaźnika mocy elektrycznej z uwagi na możliwość sprawdzenia osiągnięcia wymaganej mocy elektrycznej dopiero na podstawie wykonanego projektu, stanowiącego część zamówienia).

Stanowisko odwołującego tożsame w odwołaniu i złożonych opiniach, nie stanowi wystarczającej przeciwwagi oświadczeniu uczestnika postępowania o rzeczywistym i realnym zastosowaniu oferowanego silnika oraz możliwości osiągnięcia wymaganych parametrów o mocy energii netto na poziomie 7,2 MW. Izba uznała za przekonujące stanowisko zamawiającego i uczestnika postępowania w przedmiocie uzasadnienia różnicy poziomu bilansu mocy potrzeb własnych: ustalenie odwołującego 384,54 kW, uczestnika postępowania 271 kW, m.in. tym, że obliczenia przedstawione przez odwołującego są to obliczenia teoretyczne, oderwane od urządzeń peryferyjnych, bilans mocy przedstawiony w opiniach nie został zidentyfikowany w zakresie urządzeń odbiorczych (urządzenia na tym etapie postępowania nie są jeszcze znane). Ponadto, w ocenie Izby, istotne znaczenie ma przedstawione przez uczestnika postępowania doświadczenie (zrealizowane prace projektowe dotyczące zabudowy silnika kogeneracyjnego o łącznej mocy ok. 13 MW - projekty budowlane i wykonawcze we wszystkich branżach - str. 71 oferty) uzyskane w związku z inwestycją realizowaną na rzecz operatora OPEC Gdynia Sp. z o.o.

W świetle powyższego, Izba uznała, że nie został udowodniony również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty uczestnika postępowania.

Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 oraz § 5 ust. 3 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), uwzględniając uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (nie wyższe niż 3 600 zł) i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby (516 zł), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....