

WYROK
z dnia 17 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **TurboCare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 51-117 Wrocław, ul. Paprotna 12a** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63, Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra, 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76,**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna, 40-615 Katowice, ul. Gen. Z.W. Jankego 13** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę TurboCare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 51-117 Wrocław, ul. Paprotna 12a i:

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

z ograniczoną odpowiedzialnością, 51-117 Wrocław, ul. Paprotna 12a tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy TurboCare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 51-117 Wrocław, ul. Paprotna 12a na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, 97-400 Bełchatów, ul. 1 Maja 63, Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra, 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76 kwotę **5 649 zł 30 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset czterdzieści dziewięć złotych trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) i dojazdu na posiedzenie Izby (koszty noclegu 2 049,30 zł).

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 Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, w jej imieniu Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra z siedzibą Nowe Czarnowo 76, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *Modernizacja turbozespołu nr 5 w Elektrowni Dolna Odra*.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”. Ogłoszone o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2012 r., nr 2012/S 204-336091.

Odwołujący: TurboCare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, a polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo że oferta jest zgodna z SIWZ i ustawą oraz czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach, zwane dalej „ZRE Katowice”, który to wykonawca zgodnie z przepisami ustawy powinien zostać wykluczony, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy w zakresie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 - przez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego oraz przyjęcie, że oferta Odwołującego jest ofertą warunkową, a w konsekwencji jest niezgodna z ustawą, mimo że oferta Odwołującego jest zgodna zarówno z treścią SIWZ jak i przepisami ustawy;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego oraz przyjęcie, że oferta Odwołującego jest ofertą warunkową, niezgodną z SIWZ, mimo że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ;

3) art. 82 ust. 3 - przez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, pomimo że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ;

4) art. 7 ust. 1 - przez błędne przyjęcie, że wybór oferty Odwołującego i zawarcie z nim umowy oznaczałyby zgodę Zamawiającego na realizację zamówienia na warunkach korzystniejszych dla Odwołującego, niż miałyby to miejsce w przypadku wyboru wykonawcy, który w swojej ofercie nie zamieściłby kwestionowanego przez Zamawiającego zastrzeżenia, świadczącego w ocenie Zamawiającego o warunkowym charakterze oferty Odwołującego, pomimo że oferta Odwołującego nie ma charakteru warunkowego;

5) art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 6 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 (zwane dalej: rozporządzeniem);

6) art. 24 ust. 2 pkt 4 - przez zaniechanie wykluczenia ZRE Katowice, pomimo że w ofercie ZRE Katowice nie ma zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla prezesa zarządu tego wykonawcy na potwierdzenie, że brak jest przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8, których zaistnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania;

7) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia przez zaniechanie wykluczenia ZRE Katowice, pomimo że w ofercie ZRE Katowice brak dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, określonego przez Zamawiającego w SIWZ;

8) art. 7 ust. 3 - przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty ZRE Katowice, pomimo że najkorzystniejszą i ważną ofertą w postępowaniu jest oferta Odwołującego;
ewentualnie

9) art. 26 ust. 3 - przez zaniechanie wezwania ZRE Katowice do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że prace, mające potwierdzić wymaganą przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie, są zgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i zostały wykonane należycie oraz do uzupełnienia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla prezesa zarządu ZRE Katowice, na potwierdzenie, że brak jest przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, gdyż ZRE Katowice nie załączyło przedmiotowych dokumentów do oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty ZRE Katowice, jako najkorzystniejszej; 2) powtórzenia badania i oceny ofert oraz wykluczenie ZRE Katowice z postępowania, ewentualnie wezwania ZRE Katowice do uzupełnienia braków oferty wskazanych w treści odwołania, wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty TurboCare Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy: posiada interes w uzyskaniu zamówienia, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołujące, mimo że jest to oferta najkorzystniejsza i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty ZRE Katowice zawierającej braki, co narusza interes Odwołującego i naraża na wymierną szkodę polegającą na utracie możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

I. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę droższą od oferty Odwołującego o 2 037 273,60 zł.

1. Odwołujący przedstawił następującą argumentację na poparcie swojego stanowiska. Oferta Odwołującego została odrzucona, jako oferta warunkowa z powodu zamieszczenia na str. 2 opisu o treści: przez „Wywiązanie się z zobowiązań niniejszej oferty przez TurboCare Sp. z o.o. jest wymagane pod warunkiem braku jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych, w szczególności regulacji eksportowych”.

Odwołujący podniósł, zaniechanie ze strony Zamawiającego podjęcia czynności wyjaśnienia zamieszczonego opisu, przed odrzuceniem oferty. Powołał się na wyrok Izby, z którego wynika, że: *Zamawiający jest zobligowany do podjęcia wszelkich działań zmierzających do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności związanych z prawidłowością i prawdziwością informacji uzyskiwanych od wykonawców w ramach prowadzonego postępowania (wyrok z dnia 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt 1749/12, 1767/12).*

Odwołujący wskazał, że okoliczności sprawy nie pozwalają na uznanie warunkowości oferty, gdyż Odwołujący zamieścił oświadczenie na str. 9-11 oferty, że w całości i bez jakichkolwiek zastrzeżeń zaakceptował warunki zawarte w SIWZ, jak również zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych w załączniku nr 9 do SIWZ. Zatem, jego wolą była akceptacja wymagań SIWZ bez jakichkolwiek zmian, zastrzeżeń, czy warunków.

W ocenie Odwołującego, zaniechania i czynności Zamawiającego są niezasadne i naruszają zasady ustawy. Podniósł, że celem wdrożenia ustawy było przede wszystkim: *zapewnienie poprawy racjonalności oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych*, co znalazło

swoje odzwierciedlenie w ust. 13.1 SIWZ ustanawiającym wyłączne kryterium oceny ofert - cena.

2. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że opis nie stanowi żadnej wartości dodanej ani też nie wnosi do relacji stron niczego nowego, co nie wynikałoby z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący powołał się na przepis art. 58 Kodeksu cywilnego stanowiący: § 1. *Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna (...)* oraz § 2. *Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego*. Odwołujący uznał, że podobnie w tej materii wypowiedział się Zamawiający, w treści pkt 3.5. S1WZ (str. 5 SIWZ) zawarł opis w brzmieniu: 3.5. *Realizacja Przedmiotu zamówienia musi być wykonana zgodnie z przepisami obowiązującymi w Unii Europejskiej i Polsce, w tym zgodnie z przepisami ochrony przeciwpożarowej, bezpieczeństwa i higieny pracy oraz prawem budowlanym*. Odwołujący uznał, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby opis stanowiący, iż czynności podejmowane przez wykonawcę powinny być zgodne z prawem, może stanowić o warunkowości oferty. Uznał, za nieuzasadnione i gołosłowne twierdzenia Zamawiającego, jakoby zastrzeżenie pozwalałoby wykonawcy na uwolnienie się od zaciągniętego zobowiązania, nawet w przypadkach obiektywnej możliwości wywiązania się z zobowiązania. Wskazał, że nie sposób wyciągnąć takich wniosków z treści zastrzeżenia, ponieważ jak podniesiono, sprowadza się ono do tego, że czynności podejmowane przez Odwołującego powinny być zgodne z przepisami prawa. Stwierdził, że trudno sobie wyobrazić by czynności wykonawców w ramach realizacji przedmiotu zamówienia mogłyby pozostawać w sprzeczności z przepisami prawa, jak również by Zamawiający w ogóle dopuszczał taką możliwość, o czym świadczy chociażby treść cytowanego postanowienia 3.5 SIWZ.

3. Odwołujący zwrócił uwagę na genezę opisu zamieszczonego w treści „uwaga”, który w obrocie prawnym funkcjonuje pod nazwą „klauzuli eksportowej (ang. *retention clause*)”, mającej na celu w szczególności ograniczenie obrotu określonymi towarami i usługami z niektórymi państwami, jak również monitorowanie ich obrotu oraz końcowego zastosowania. Odwołujący wskazał, że został zobligowany do zamieszczania opisu na podstawie rozporządzenia Zarządu WIBREM Turbomachinery Service Sp. z o.o. (wcześniejsza firma Odwołującego), które to rozporządzenie było wyrazem implementacji reguł kontroli eksportu obowiązujących w grupie Siemens (Odwołujący się jest członkiem), jak również przepisów rozporządzenia Rady (WE) nr 1334/2000 z dnia 22 czerwca 2000 r. ustanawiającego wspólnotowy system kontroli eksportu produktów i technologii podwójnego zastosowania (Dz. U. L 159 z 30.6.2000), zastąpionego później rozporządzeniem Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiającym wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu,

pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania.

Dodatkowo, zgodnie z przepisem art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. *O obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (Dz. U. Nr 119 poz. 1250)*, został nałożony na Odwołującego ustawowy obowiązek utworzenia i stosowania wewnętrznego systemu kontroli zarządzania obrotem towarami o znaczeniu strategicznym. Standardowe zamieszczanie „klauzuli eksportowej” w dokumentach handlowych stanowi wyraz wywiązywania się z obowiązków nakładanych przez ustawodawcę.

W świetle powyższego, Odwołujący stwierdził, że interpretacja kwestionowanego opisu dokonana przez Zamawiającego jest chybiona, gdyż znaczenie opisu ogranicza się wyłącznie do tego, iż czynności wykonawcy nie mogą pozostawać w sprzeczności z prawem, w szczególności ze wskazanymi powyżej regulacjami dotyczącymi kontroli eksportu. *Dowód: Rozporządzenie Zarządu Wibrem TS Sp. z o. o. nr 03/05 wprowadzające z dniem 14 kwietnia 2005 zasady kontroli eksportu; odpis pełny z KRS Odwołującego, potwierdzający fakt zmiany firmy.*

4. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że opis nie znajduje się w treści oferty, a jedynie w piśmie wprowadzającym do oferty, a pismo ma charakter czysto porządkowy, grzecznościowy i w żaden sposób nie wpływa na treść czy zawartość oferty. Potwierdza to również analiza oferty, która w żadnym miejscu nie odwołuje się do pisma wprowadzającego, ani też do rzekomej jej warunkowości. Z całościowej analizy struktury oferty - co znajduje potwierdzenie m.in. w spisie treści oferty złożonej przez Odwołującego - wynika, że wola Odwołującego, nie było włączenie dokumentu do treści oferty. Tym samym, można nadać mu jedynie drugorzędne znaczenie i przypisać wyłącznie charakter kurtuazyjny, w żaden sposób niemogący oddziaływać na treść oferty i oświadczenia woli składane w ofercie. *Dowód: oferta TurboCare Sp. z o.o. str. 1-3 (w dokumentacji postępowania).*

Odwołujący stwierdził, że kwestionowany opis znalazł się pod podpisem pełnomocnika reprezentującego Odwołującego, co świadczy, że zgodnie z przyjętymi zasadami wykładni oświadczeń woli uznał, nie został objęty treścią oświadczenia woli. Wskazał, że wielokrotnie podnoszono w orzecznictwie sądów powszechnych, iż: *umieszczenie podpisu pod treścią pisma oznacza (...), że pismo zostało zakończone (etymologicznie „pod pismem”)* (np. NSA w wyroku z dnia 10 listopada 2006 r. sygn. akt II FSK 1144/2005 oraz KIO w wyroku z dnia 2 lipca 2012 r., sygn. akt 1291/12). Podobnie w tym zakresie prezentują się poglądy doktryny, z których jednoznacznie wynika, że: *tekst umieszczony poniżej podpisu nie jest objęty oświadczeniem składającego podpis* (np. Z. Radwański „Prawo cywilne - część ogólna”, str. 230, Warszawa 2003 wyd. C.H. Beck, czy S. Dmowski, S. Rudnicki „Komentarz do Kodeksu

cywilnego Księga pierwsza. Część ogólna, str. 394, Warszawa 2011, wyd. LexisNexis”).

5. W treści uzasadnienia pisma z dnia 27 grudnia 2012 r., Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego art. 89 ust. 1, 2 ustawy, mimo nieistnienia przesłanek do zastosowania tego przepisu. Odwołujący uznał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, jego oferta nie jest ofertą warunkową, spełnia wszelkie wymagania określone w SIWZ, nie narusza zatem art. 83 ust. 2 ani żadnego innego przepisu ustawy. Wobec przytoczonej argumentacji, Odwołujący stwierdził, że należy przyjąć, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1, 2 ustawy przez ich niezasadne, błędne zastosowanie. Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że wybór oferty TurboCare Sp. z o.o. i zawarcie z nim umowy oznaczałoby zgodę Zamawiającego na realizację zamówienia na warunkach korzystniejszych dla Odwołującego, niż miałyby to miejsce w przypadku wyboru wykonawcy, który w swojej ofercie nie zamieścił kwestionowanego zastrzeżenia. Wskazał, że nie można przyjąć, iż oferta Odwołującego jest ofertą warunkową. W konsekwencji stwierdził, że za niezasadne należy uznać twierdzenia Zamawiającego, że wybór oferty Odwołującego naruszyłby art. 7 ust. 1 ustawy.

II. Odwołujący wskazał na szereg uchybień w ofercie ZRE Katowice:

1. W treści oferty ZRE Katowice nie wykazały spełnienia warunków opisanych w 5.2.5.4 SIWZ (str. 14 SIWZ), tj. potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 4-8 ustawy. Na stronie 105 oferty znajduje się zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla osoby posiadającej numer PESEL 47100902510. Z treści dołączonego do oferty odpisu z KRS (str. 91 oferty ZRE Katowice) wynika, iż osoba wskazana, jako prezes zarządu posiada inny numer PESEL, tj. 47100902515. Zgodnie z przepisem art. 31 a ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. *o ewidencji ludności i dowodach osobistych*, numer PESEL jest stałym symbolem numerycznym, jednoznacznie identyfikującym osobę fizyczną. O ile, wszelkie inne dane osobowe (jak np. imię i nazwisko) mogą mieć charakter powtarzalny i takimi samymi danymi mogą się posługiwać różne osoby, o tyle w odniesieniu do numeru PESEL, sytuacja taka jest niemożliwa. Biorąc pod uwagę zamknięty zakres danych osobowych, jakimi dysponuje Zamawiający, a które zostały zawarte z ofercie (tj. imię, nazwisko, numer PESEL), Odwołujący stwierdził, że ZRE Katowice nie przedstawiły Zamawiającemu, wymaganych SIWZ i przepisami ustawy dokumentów, tj. zaświadczeń z KRK dla wszystkich członków organu zarządzającego. Brak jest zaświadczenia dla osoby wskazanej w odpisie z KRS, jako prezesa zarządu i posiadającej według odpisu z KRS numer PESEL 47100902515.

Podsumowując, Odwołujący uznał, że wykonawca wbrew wymogom SIWZ i obowiązującym przepisom ustawy, nie złożył dokumentu, potwierdzającego, że nie podlega wykluczeniu na

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. Zatem, wykonawca ten powinien zostać wykluczony na podstawie tego przepisu, a także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, czego Zamawiający zaniechał.

2. W SIWZ (pkt 5.2.2.1 lit. a, str. 8) Zamawiający opisał, że: *O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali (...) co najmniej 1 modernizację (remont) z rewitalizacją korpusów i komór zaworowych turbiny parowej o mocy powyżej 100 MW, gdzie uzyskano udarność materiału rewitalizowanych elementów $\geq 3.5 \text{ daJ/cm}^2$.*

W pkt 5.2.2.2 SIWZ Zamawiający podał, że: *W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne oświadczenie na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ oraz następujące dokumenty: a) wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, prac polegających na wykonaniu modernizacji (remontów) turbin parowych zgodnie z warunkami zawartymi w 5.2.2.1 lit. a), b) i c) z podaniem: - uzyskanej udarności materiału rewitalizowanych elementów (wymagana min. $3,5 \text{ daJ/cm}^2$), (co po przeliczeniu stanowi 35 dżuli/cm^2 .)* Z treści dostarczonych przez ZRE Katowice referencji (str. 15, 18, 23, 31, 32 oferta) wynika, że uzyskana wartość udarności materiału rewitalizowanych elementów wynosi jedynie $3,5 \text{ dJ/cm}^2$ (co po przeliczeniu stanowi $0,35 \text{ dżuli/cm}^2$). Przeliczenie dokonane zostało w oparciu o jednostki Międzynarodowego Układu Jednostek Miar (tzw. układ SI), które zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach (Dz. U. Nr 63 poz. 636), stanowią legalne jednostki miar. Oznacza to, że ZRE Katowice przedstawiły Zamawiającemu referencje, z których wynika, że uzyskana udarność materiału była 100 (stukrotnie) mniejsza niż wymagana przez Zamawiającego. Tym samym ZRE Katowice nie potwierdziły w sposób wymagany opisami SIWZ posiadanego doświadczenia, gdyż nie przedstawiły na tę okoliczność stosownych referencji.

Odwołujący stwierdził, że należy jednoznacznie uznać, iż ZRE Katowice nie wykazały spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.2.1 lit. a SIWZ, a zatem wykonawca ten powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, czego Zamawiający zaniechał.

III. W ocenie Odwołującego, czynności i zaniechania Zamawiającego wskazane w pkt I i II uzasadnienia odwołania naruszają również art. 7 ust. 3, zgodnie z którym: *Zamówienie udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.* Odwołujący

wskazał, że Zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która jest ważna i spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego, a dokonał wyboru oferty ZRE Katowice, która jest mniej korzystna, a wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający wniósł w odpowiedzi na odwołanie o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu podniósł, że w jego ocenie, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Jednocześnie wskazał jak niżej.

1. W pierwszej kolejności uznał, że niezasadne są zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, wyrażającego się w niezgodnym z prawem odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający podtrzymał w całości argumentację przedstawioną w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego, stwierdził, że organizując przetarg oczekiwał i nadal oczekuje, że wykonanie zamówienia zostanie wykonane w sposób określony w SIWZ i przyniesie określony efekt, w szczególności, że zmodernizowana turbina osiągnie określone w SIWZ i umowie parametry techniczne. Zamawiający dał temu wyraz w treści SIWZ, zwłaszcza w jej części technicznej. Określając najistotniejsze parametry techniczne, których uzyskaniu służyć miało zamówienie, Zamawiający podniósł, że nie zawarł w SIWZ opisów zezwalających wykonawcy by dotrzymanie zaciągniętych zobowiązań i osiągnięcie parametrów technicznych mogło być obwarowane jakimikolwiek warunkami.

Odwołujący zamieścił na str. 2 oferty warunek następującej treści: *Uwaga: Wywiązanie się z zobowiązań niniejszej oferty przez TurboCare Sp. z o.o. jest wymagane pod warunkiem braku jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych, w szczególności regulacji eksportowych.*

Opis zawarty w ofercie wykonawcy jest sprzeczny z ustawą i treścią SIWZ i powoduje, że oferta jest ofertą warunkową. Charakter opisu powoduje, że spełnienie warunku wykonawca uznał za element na tyle istotny, iż uzależnił od niego wywiązanie się z wszelkich zobowiązań, jakie wiązały się ze złożeniem oferty. Zastosowane przez wykonawcę sformułowanie odznacza się kategorięcznym charakterem. Na podstawie zastrzeżenia Zamawiający uznał, że jedynie spełnienie warunków podanych przez wykonawcę spowoduje, iż realizacja zamówienia i postanowienia umowy zostaną zrealizowane. Stwierdził, że zastrzeżenie w ofercie wykonawcy ma charakter niedopuszczalnego warunku, bez względu na to, jaki był cel i zamiar wykonawcy w jego ujęciu w treści oferty. Zamawiający uznał, że skoro złożona przez wykonawcę oferta ma charakter warunkowy, oferta pozostaje w sprzeczności z wymogami SIWZ.

Zamieszczenie w ofercie warunku powoduje, że pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ (załącznika nr 9 do SIWZ - Projekt umowy) zachodzi niezgodność o charakterze istotnym i jednocześnie powoduje, iż złożona w postępowaniu oferta nie ma charakteru stanowczego, zaś zaoferowane świadczenie nie jest pod względem merytorycznym tożsame z określonym w SIWZ. Zamawiający nie przewidywał w SIWZ (w tym w Projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ), by realizacja zobowiązań wynikających z umowy mogła być warunkowana przez wykonawcę *brakiem jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych, w szczególności regulacji eksportowych*.

Odwołujący wskazał, że we wzorze umowy stanowiącym integralną część SIWZ, Zamawiający zamieścił w punkcie 9.7 odpowiednie regulacje, o treści, że „Odpowiedzialność STRON z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania UMOWY wyłączają jedynie zdarzenia siły wyższej, których nie można było przewidzieć i którym nie można było zapobiec, a w szczególności okoliczności wskazane w pkt 11 UMOWY”. W punkcie 11 wzoru Umowy, zatytułowanym Siła wyższa opisano: „11.1. Termin SIŁA WYŻSZA oznacza akty terroru, wojny wypowiedziane i niewypowiedziane, blokady, powstania, zamieszki, epidemie, osunięcia gruntu, trzęsienia ziemi, powódzie, wybuchy oraz inne nagłe, zewnętrzne, niezależne od woli STRON zdarzenia, uniemożliwiające wykonanie UMOWY w całości lub w części, na stałe lub na pewien czas, którego skutkiem STRONY, przy zachowaniu należytej staranności, nie mogły zapobiec ani przeciwdziałać oraz których, rozumując racjonalnie, nie mogły przewidzieć. 11. 2. Powstanie i ustanie SIŁY WYŻSZEJ winno być zgłoszone drugiej STRONIE przez STRONĘ podlegającą jej działaniu. Zawiadomienia - dokonane za pośrednictwem korespondencji pocztowej, kurierskiej, telefonicznej lub faksu - winny nastąpić bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 14 dni od powstania SIŁY WYŻSZEJ”.

Zamieścił więc regulacje stosowne na wypadek przedstawionych zdarzeń. Złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ (dopuszczającej możliwość niewywiązania się przez wykonawcę z zaciągniętych zobowiązań w innych przypadkach niż przewidział to Zamawiający), uznał za sprzeczne z art. 82 ust. 3 ustawy - zgodnie, z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ - co, w przeciwnym wypadku, powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy. Wybór takiej oferty stanowiłby naruszenie nie tylko wskazanych przepisów, ale oznaczałby również naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców. Akceptacja przez Zamawiającego oferty złożonej przez TurboCare i zawarcie z nim umowy oznaczałoby wyrażenie zgody na realizację zamówienia na warunkach dla tego wykonawcy korzystniejszych, niż miałyby to miejsce w przypadku wyboru wykonawcy, który w swojej ofercie wspomnianego zastrzeżenia nie zamieścił. Zwrócił uwagę, że treść zastrzeżenia zawartego na stronie drugiej oferty nie

oznacza, że wykonawca ogranicza możliwość niewywiązania się ze swoich zobowiązań do sytuacji, gdy ograniczenia wynikające z uregulowań prawnych będą tego rodzaju, że uniemożliwią mu wykonanie przedmiotu umowy, ani nawet, że chodzi o regulacje powstałe po wyborze oferty i podpisaniu umowy. W zastrzeżeniu ofertowym nie ma o tym mowy. Jest mowa o braku *Jakichkolwiek ograniczeń wynikających z uregulowań prawnych*, co jest sformułowaniem tak pojemnym, że pozwalałoby wykonawcy na uwolnienie się od zaciągniętego zobowiązania nawet w przypadkach obiektywnej możliwości wywiązania się z zobowiązania. Uznał, że wykonawca składający ofertę winien zawczasu samodzielnie ustalić, czy jest w stanie wywiązać się z zobowiązania, które zamierza zaciągnąć i czy nie ma w tym zakresie przeszkód lub istotnych ograniczeń. Nie ma powodów, by Zamawiający miał ponosić ryzyko ewentualnej nieprawidłowej oceny wykonawcy, co do swoich możliwości faktycznego wywiązania się z zaciągniętych zobowiązań i realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, Zamawiający uznał, że wykonawca składający ofertę wprowadzając dodatkowe uwarunkowania wywiązania się z zobowiązań doprowadził do niezgodności oferty z treścią ustawy i SIWZ.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że opis oferty jest zawarty w piśmie wprowadzającym do oferty, sugerując, że jego treść nie powinna być uwzględniana przez Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że zastrzeżenie zamieszczone zostało na stronie 2 oferty, trwale połączone z resztą oferty, a przy tym, z samej treści zastrzeżenia wynika, iż stanowi ono integralny element oferty, o czym świadczy w szczególności zwrot „niniejszej oferty”. *Uwaga: Wywiązanie się z zobowiązań niniejszej oferty przez TurboCare Sp. z o.o. jest wymagane pod warunkiem braku jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych, w szczególności regulacji eksportowych.*

Zgodnie z przyjętym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2012 r., KIO 509/12, LEX nr 1131278), jak również stanowiskiem wyrażanym w opiniach Urzędu Zamówień Publicznych (np. Informator UZP nr 6 z grudnia 2009 r. str. 28, źródło www.uzp.gov.pl) ocena zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna zostać dokonana z uwzględnieniem całej treści złożonej oferty. Jeżeli w wyniku dokonanej analizy oraz z kontekstu wszystkich postanowień zawartych w ofercie będzie wynikało, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że np. wypełniony przez wykonawcę wzór umowy stanowi integralną część oferty. W związku z powyższym, w przypadku stwierdzenia niezgodności treści dołączonego do oferty wzoru umowy z treścią wzoru umowy stanowiącej integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy -

Prawo zamówień publicznych. W każdym przypadku należy badać całokształt treści złożonej oferty. W przypadku, w którym z treści dodatkowej dokumentacji wynika, iż informacje tam zawarte, mogą mieć znaczenie dla prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, należy wziąć je pod uwagę. Uznanie, że dokument przedłożony przez wykonawcę z własnej inicjatywy, który bezpośrednio dotyczy sposobu wykonania przez wykonawcę zamówienia, należy pominąć, jako dodatkowy i niewymagany, oznaczałoby faktyczne dopuszczenie sytuacji, gdy zostałaby wybrana oferta niespełniająca wymagań Zamawiającego. Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik obrotu, który zapoznał się z treścią SIWZ, posiadał wystarczającą wiedzę, co do wymaganego zakresu oferty, skoro zdecydował się przedstawić ją w szerszym zakresie niż wymagał tego Zamawiający, jednocześnie zaakceptował, że także to dodatkowe oświadczenie podlega badaniu Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że z treści samego odwołania wynika, iż zamieszczenie zastrzeżenia w ofercie nie było ani dziełem przypadku, ani pomyłki, lecz efektem w pełni świadomego działania wykonawcy wynikającego z faktu, iż jako członek grupy SIEMENS ma obowiązek zamieszczania zastrzeżenia tej treści w każdej składanej przez siebie ofercie. Wynika to z fragmentu odwołania na stronie 5, gdzie Odwołujący podał: cyt. *Do zamieszczenia ww. zapisu Zamawiający (powinno być: „Odwołujący” - przyp. T.B.) został zobligowany na podstawie Rozporządzenia Zarządu WIBREM Turbomachinery Service Sp. z o.o. (wcześniejsza firma Odwołującego), które to Rozporządzenie było wyrazem implementacji reguł kontroli eksportu obowiązujących w grupie Siemens (Odwołujący jest członkiem), jak również przepisów Rozporządzenia Rady (WE) nr 1334/2000 z dnia 22 czerwca 2000 r. ustanawiającego wspólnotowy system kontroli eksportu produktów i technologii podwójnego zastosowania (Dz. U. L 159 z 30.6.2000), zastąpionego później Rozporządzeniem Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiającego wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania.*

Zamawiający stwierdził, że tak jak niedopuszczalne byłoby dyskryminowanie przez Zamawiającego jakiegokolwiek wykonawcy ze względu na to, że realizacja zamówienia nie będzie odbywać się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czy na terytorium Unii Europejskiej, tak równie niedopuszczalnym byłoby uprzywilejowywanie któregokolwiek z wykonawców ubiegających się o zamówienie, ze względu na to, że przy realizacji zamówienia zamierza on wykonywać je poza terytorium kraju czy wspólnot europejskich. Zamówienie kierowane jest do podmiotów profesjonalnych i takim jest również Odwołujący, zatem podejmując decyzję o przystąpieniu do przetargu i składaniu oferty winien on rozważyć ryzyko i mogące wynikać z planowanego sposobu wykonania zamówienia zagrożenia i odpowiedzialnie podjąć decyzję o przystąpieniu do przetargu. Mógł też

występować do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert o dokonanie modyfikacji w SIWZ lub jej załącznikach. Przerzucanie ryzyka wynikającego z okoliczności niezależnych od Zamawiającego na Zamawiającego, czego wyrazem jest zamieszczanie w ofertach zastrzeżenia, jest w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego niedopuszczalne i Zamawiający nie wyraził zgody na takie postanowienia SIWZ i stanowiącym jej integralną część wzorcu umowy. Powyższe dowodzi, że wprowadzenie zastrzeżenia było działaniem w pełni świadomym, objętym całościowym oświadczeniem Odwołującego, jako oferenta.

Zamawiający podkreślił, że wprowadzone przez Odwołującego do oferty zastrzeżenie nie było warunkiem koniecznym do prawidłowego wykonania umowy. Przeciwnie, istotnie wpływałoby ono na sytuację tak wykonawcy jak i Zamawiającego, jaka powstałaby gdyby zastrzeżenia nie wprowadzono.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że zastrzeżenie dotyczyło wynikających z powszechnie przyjętych regulacji eksportowych. Z treści zastrzeżenia wynika, że dotyczy ono *Jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych, a w szczególności regulacji eksportowych.*

Nadmienił, że zarzut jakoby Zamawiający miał możliwość, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy żądać od Odwołującego wyjaśnień, co do treści złożonej oferty, nie może być uznany za trafiony. Z treści przywołanego przepisu wprost wynika, że stanowi on podstawę do czynności mających na celu wyjaśnienie ewentualnych występujących w treści oferty niejasności czy wątpliwości. Treść złożonej przez Odwołującego oferty nie była niejasna, ani nie wywoływała wątpliwości, które Zamawiający musiałby wyjaśniać przez występowanie do oferenta z żądaniem udzielenia wyjaśnień. W szczególności, nie pozostawiało wątpliwości to, że oferent uzależnia wywiązanie się z zobowiązań „niniejszej oferty przez TurboCare sp. z o.o.” od braku jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych. Zwracanie się przez Zamawiającego z żądaniem wyjaśnień treści oferty nie było uzasadnione, a prowadzenie jakichkolwiek negocjacji z oferentem, zwłaszcza zmierzających do wyeliminowania zastrzeżenia, byłoby zachowaniem sprzecznym z prawem, a przez to niedopuszczalnym. Twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu nie prowadzą też do wniosków odmiennych niż poczynił Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego. Argumentacja Odwołującego dotycząca nieistotności wpływu zawartego zastrzeżenia jest nie do zaakceptowania, zaś sugestie jakoby zastrzeżenie to nie stanowiło części oferty pozostają w ewidentnej sprzeczności z faktycznym zamieszczeniem zastrzeżenia na integralnej części całej oferty - stronie 2 oferty, literalną treścią owego zastrzeżenia, w którym jest mowa o „niniejszej ofercie”, a także konieczności całościowego ujmowania oferty przez Zamawiającego, czy wreszcie z podawanymi przez Odwołującego przyczynami zamieszczenia zastrzeżenia w ofercie wynikającymi z przedłożonego nawet

wraz z odwołaniem zarządzenia wewnętrznego firmy Siemens AG z 2005 r. dotyczącego Kontroli Eksportu, w którym jednoznacznie podano, że każda oferta oraz umowa wysyłana do klienta, zarówno w formacie poczty elektronicznej, jak i za pomocą dokumentu tekstowego, musi bezwzględnie zawierać zabezpieczającą wspomnianą klauzulę. W świetle powyższego, przyjmowanie przez Zamawiającego, że wprowadzone świadomie i celowo do składanej oferty tak istotnego dla samego wykonawcy (też Zamawiającego) zastrzeżenia, z którego wynikać może zwolnienie się przez wykonawcę z zobowiązania do zgodnego z SIWZ wykonania zamówienia, nie ma takiego znaczenia, jakie wynika to jednoznacznie z treści tego zastrzeżenia byłoby nie tylko nieuprawnione, ale też nonsensowne i nieracjonalne, za to bardzo niebezpieczne dla realizacji zamówienia.

Zamawiający podzielił stanowisko Odwołującego, że wdrożenie ustawy miało na celu przede wszystkim zapewnienie poprawy racjonalności wydatkowania środków publicznych oraz efektywnego ich wydatkowania i zauważył, że nie jest racjonalnym ani efektywnym wydatkowaniem środków Zamawiającego na zadanie realizowane przez wykonawcę, który - wbrew wyraźnej woli Zamawiającego - uzależnia wywiązanie się z przyjętych zobowiązań od szeregu dodatkowych okoliczności, stawiając się tym samym na znacznie lepszej pozycji zarówno względem Zamawiającego, jak i pozostałych podmiotów ubiegających się o zamówienie. Niezależnie od wynikających z przepisów prawa nakazów odrzucenia takiej oferty, zauważył, że korzystniejszym dla Zamawiającego jest powierzenie realizacji zamówienia za wyższą cenę podmiotowi, który bezwarunkowo zobowiązuje się je wykonać na zasadach określonych przez Zamawiającego, niż powierzenie realizacji zamówienia wykonawcy pozornie tańszemu, który jednak zastrzega możliwość niewykonania zobowiązania z powodu katalogu okoliczności, za których Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności i które nie są okolicznościami tego rodzaju, by obiektywnie uniemożliwiały wykonawcy realizację zamówienia. W konsekwencji, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy było obowiązkiem Zamawiającego.

2. Odwołujący niesłusznie zarzucił Zamawiającemu również, że wybierając ofertę Zakładów Remontowych Energetyki Katowice Spółka Akcyjna w Katowicach (dalej: ZRE Katowice) naruszył art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z § 2 ust. 1 pkt 6 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 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia ZRE Katowice, z powodu rzekomego braku w ofercie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla prezesa zarządu tego wykonawcy na potwierdzenie, że brak jest przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, których zaistnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Zamawiający stwierdził, że w ofercie ZRE Katowice znajdują się aktualne informacje z

Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, dla wszystkich członków zarządu ZRE Katowice, w tym (na k. 105 oferty) dla Prezesa Zarządu Jerzego Kurzaka.

Nie ma wątpliwości, że zaświadczenie na karcie 105 oferty dotyczy będącego Prezesem Zarządu ZRE Katowice J..... K..... Jakkolwiek ostatnia (jedenasta) cyfra numeru PESEL wskazana w tym dokumencie jest nieprawidłowa (zamiast „0” powinno być „5”), to jednak nie uprawnia to do stwierdzenia, że wydane zaświadczenie nie dotyczy będącego Prezesem Zarządu ZRE Katowice J..... K.....

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że to numer PESEL wskazany w odpisie KRS, czyli „47100902515” jest prawidłowy, a jedenasta cyfra numeru PESEL w zaświadczeniu z KRK powinna być cyfrą „5”, a nie „0”. Przy zbieżności pierwszych dziesięciu cyfr numeru PESEL różna jest cyfra jedenasta, będąca tzw. cyfrą kontrolną, której wartość ustala się przez zastosowanie matematycznego działania według obowiązującego wzoru. Jedenasta cyfra numeru PESEL jest zawsze wynikową pierwszych 10 cyfr numeru PESEL, dlatego jedyną możliwą cyfrą na tej pozycji w analizowanym przypadku jest cyfra „5”, a nie „0”. Oznacza to, że nie ma możliwości by ktokolwiek i kiedykolwiek mógł mieć nadany numer PESEL „47100902510”. *Dowód: wydruk ze strony www.msw.gov.pl.*

Kolejną kwestią jest to, że z treści znajdującego się na k. 105 zaświadczenia KRK dotyczącego Prezesa Zarządu ZRE Katowice J..... K..... wynika, że zaświadczenie wydane zostało wnioskodawcy, którym była spółka Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna w Katowicach i która składała zapytanie wskazując na art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10-11 ustawy. Ma to doniosłe znaczenie, gdyż nie można nie uwzględnić faktu, że jak wynika z przepisów prawa bezwzględnie obowiązującego - przepisów ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (dalej: „ustawa o KRK”) i aktów wykonawczych, informacji o osobie udziela się na podstawie zgromadzonych w Rejestrze Karnym danych osobowych, wyłącznie na zapytanie podmiotów do tego uprawnionych. Jeżeli podmiotem kierującym zapytanie jest osoba prawna (np. spółka z o.o., spółka akcyjna) albo spółka osobowa (np. spółka jawna, komandytowa), a zapytanie dotyczy członka jej organu zarządzającego bądź wspólnika, to do zapytania należy dołączyć dokument potwierdzający ten fakt, np. aktualny odpis z KRS, uchwałę zgromadzenia wspólników lub rady nadzorczej o powołaniu członka zarządu, decyzję o powołaniu itp. W podpisie powinna figurować osoba uprawniona do reprezentacji podmiotu. Osoby, które osobiście składają zapytanie, muszą przedłożyć do wglądu aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego (może być kserokopia). W braku uprawnienia do złożenia zapytania, informacja nie zostanie wnioskodawcy w ogóle udzielona.

Powyższe potwierdzają też informacje widniejące na stronach internetowych KRK Sądu

Okręgowego w Katowicach (skąd pochodzi zaświadczenie dotyczące Jerzego Kurzaka), jak i Ministerstwa Sprawiedliwości. *Dowód: wydruk ze strony www.katowice.so.gov.pl; wydruk ze strony www.bip.ms.gov.pl*

Również i z tego względu oczywistym jest, że załączone do treści oferty ZRE Katowice zaświadczenie na k. 105 oferty było zaświadczeniem dotyczącym członka organu spółki ZRE Katowice (Prezesa jej Zarządu), a nie jakiegoś innego J..... K..... o podobnym numerze PESEL.

Zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy o KRK, zapytanie o udzielenie informacji o osobie powinno zawierać cały katalog danych, a mianowicie: 1) nazwisko, w tym także przybrane, imiona, nazwisko rodowe, datę i miejsce urodzenia, imiona rodziców, nazwisko rodowe matki, miejsce zamieszkania, obywatelstwo oraz numer PESEL, a w przypadku jego nieposiadania przez osobę, której zapytanie dotyczy, numer paszportu albo innego dokumentu stwierdzającego tożsamość; 2) określenie rodzaju i zakresu danych o osobie, które mają być przedmiotem informacji; 3) wskazanie postępowania w związku, z którym zachodzi potrzeba uzyskania danych o osobie; 4) nazwę podmiotu kierującego zapytaniem; 5) datę wystawienia; 6) podpis sędziego, prokuratora albo uprawnionej osoby lub organu podmiotu kierującego zapytaniem.

Nieuprawnione byłoby twierdzenie, że wydawanie zaświadczenia z KRK dokonywane jest wyłącznie w oparciu o podawany numer PESEL. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią art. 19 ust. 4 ustawy o KRK, jeżeli zapytanie lub wniosek nie spełniają wymogów, o których mowa w ust. 2 lub 3, wzywa się pytającego lub wnioskodawcę do usunięcia braków w terminie 14 dni, z pouczeniem, że nieusunięcie braków spowoduje pozostawienie zapytania lub wniosku bez rozpoznania chyba, że braki dotyczą wyłącznie okoliczności, o których mowa w art. 19 ust. 2 pkt 1 ustawy o KRK, a tożsamość osoby, której zapytanie dotyczy, nie budzi wątpliwości.

Przepis powyższy ma zasadnicze znaczenie. Wynika z niego, że aby zaświadczenie z KRK zostało wydane nie mogą zachodzić wątpliwości, co do tożsamości osoby, której zaświadczenie ma dotyczyć, a po drugie, że nawet w przypadku uchybień w zakresie danych wskazanych w zapytaniu o niekaralność (w zakresie art. 19 ust. 2 pkt 1 ustawy o KRK, czyli nazwiska, imion, nazwiska rodowego, daty i miejsca urodzenia, imion rodziców, nazwiska rodowego matki, miejsca zamieszkania, obywatelstwa oraz numer PESEL, a w przypadku jego nieposiadania przez osobę, której zapytanie dotyczy, numeru paszportu albo innego dokumentu stwierdzającego tożsamość), można zgodnie z prawem wydać zaświadczenie z KRK, jeżeli tożsamość osoby, której zapytanie dotyczy, nie budzi wątpliwości.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, nie może ulegać wątpliwości, że skoro:

1) zapytanie o zaświadczenie z KRK dotyczące J..... K..... składane było przez ZRE Katowice, które musiało wykazać prawo do składania takiego zapytania i w tym

zakresie wskazywało na art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, jak również aby w ogóle złożyć zaświadczenie musiało przedłożyć w tym celu odpis z KRS, w którym widniały numery PESEL wszystkich członków zarządu spółki; 2) nie ma możliwości by kiedykolwiek istniała osoba o numerze PESEL „47100902510”, 3) obowiązkiem KRK jest sprawdzanie posiadania przez podmiot wnioskujący uprawnienia do występowania z zapytaniem o niekaralność danej osoby, weryfikacji tego w oparciu o dane wynikające z KRS, a nadto KRK miało uprawnienie do wydania zaświadczenia o niekaralności nawet mimo uchybień w zakresie podanych danych, o których mowa w art. 19 ust. 2 pkt 1 ustawy o KRK, a dotyczących osoby, której zaświadczenie ma dotyczyć, przy czym musiało to wiązać się z brakiem wątpliwości, co do tożsamości osoby, której zapytanie dotyczy, to nie może ulegać wątpliwości, że załączone do oferty ZRE Katowice na k. 105 zaświadczenie o niekaralności J..... K....., jest zaświadczeniem potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę ZRE Katowice wymogu wynikającego z art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy.

Skoro wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to nieuzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy, co miało polegać na zaniechaniu wezwania ZRE Katowice do uzupełnienia zaświadczenia z KRK dla Prezesa Zarządu wykonawcy. Tym bardziej nieuzasadniony jest zarzut niewykluczenia wykonawcy z postępowania z tego powodu.

Wybór oferty ZRE Katowice nie wiązał się też w żadnym razie z naruszeniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców. W tym stanie sprawy zarzuty Odwołującego należało uznać za nieuzasadnione.

3. Nietrafny jest także zarzut Odwołującego, by spółka ZRE Katowice podlegała wykluczeniu z postępowania z tej przyczyny, że w załączonych do oferty referencjach wystawionych przez Elektrociepłownię „Tuzla”, znalazły się opisy, iż po rewitalizacji korpusy uzyskały udarność wyższą niż $3,5 \text{ dJ/cm}^2$, natomiast w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania się uzyskaniem udarności materiału rewitalizowanych elementów (wymagana min. $3,5 \text{ daJ/cm}^2$).

W pkt 5.2.2.1. SIWZ Zamawiający zawarł m.in. następujące warunki uczestnictwa w postępowaniu oraz wymagał przedstawienia odpowiednich dokumentów na potwierdzenie spełniania tych warunków: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali minimum po jednej modernizacji lub remoncie kapitalnym kondensacyjnej turbiny parowej, skraplacza i generatora w każdym z zakresów wymienionych w pkt a), b), c), d) i e): a) co najmniej 1 modernizację (remont) z rewitalizacją korpusów i komór zaworowych turbiny parowej o mocy powyżej 100 MW, gdzie uzyskano udarność materiału rewitalizowanych elementów $\geq 3,5 \text{ daJ/cm}^2$, b) co najmniej 1 modernizację uszczelnień przywałowych lub/i

nadbandażowych części WP turbiny parowej; c) co najmniej 1 modernizację układu przepływowego części WP turbiny parowej o mocy powyżej 100 MW, polegającą na wymianie wszystkich łopatek wirnika i wszystkich tarcz kierowniczych na nowe o wysokosprawnych profilach; d) co najmniej 1 modernizację (remont) skraplacza turbiny bloku energetycznego o mocy powyżej 100 MW, polegającą na dostawie i wymianie całego kompletu rur; e) co najmniej 1 modernizację (remont) stojana i wirnika generatora o mocy elektrycznej powyżej 50 MW.

5.2.2.2. W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne oświadczenie na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ oraz następujące dokumenty: a) wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, prac polegających na wykonaniu modernizacji (remontów) turbin parowych zgodnie z warunkami zawartymi w 5.2.2.1 lit. a), b) i c) z podaniem: - opisu przedmiotu zamówienia, w tym m.in. zakresu modernizacji lub remontu, - mocy znamionowej turbiny, - uzyskanej udarności materiału rewitalizowanych elementów (wymagana min. $3,5 \text{ daJ/cm}^2$, - wartości zamówienia wyrażonej w zł netto, - terminu realizacji zamówienia (termin odbioru przedmiotu zamówienia), - nazwy i adresu zamawiającego; na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ; b) wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie modernizacji (remontów) skraplaczy turbin bloków energetycznych, zgodnie z warunkiem zawartym w pkt 5.2.2.1 lit. d) z podaniem: - opisu przedmiotu zamówienia (zakres dostaw i ich zabudowy), - mocy znamionowej turbin, dla których wykonano modernizacje (remonty) skraplaczy, - wartości zamówienia wyrażonej w zł netto, - terminu realizacji zamówienia (termin odbioru przedmiotu zamówienia), - nazwy i adresu zamawiającego; na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ; c) wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie modernizacji (remontów) stojana i wirnika generatora o mocy elektrycznej powyżej 50 MW, zgodnie z warunkiem zawartym w pkt. 5.2.2.1 lit. e) z podaniem: - opisu przedmiotu zamówienia (zakres dostaw i ich zabudowy), - mocy elektrycznej generatorów, na których wykonano modernizacje (remonty), - wartości zamówienia wyrażonej w zł netto, - terminu realizacji zamówienia (termin odbioru przedmiotu zamówienia), - nazwy i adresu zamawiającego; na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ; d) dokumenty potwierdzające, iż zamówienia wymienione w wykazie, o którym mowa powyżej, zostały wykonane należyście. Dokumentami takimi mogą być podpisane przez upoważnione osoby zamawiającego: referencje oraz każdy inny dokument wystawiony przez odbiorcę wykonanego zamówienia, zawierający jego oświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia.

Niesporne jest, że Spółka ZRE Katowice złożyła wykaz wykonanych prac, z którego wynikało w szczególności, że legitymuje się odpowiednim doświadczeniem, w tym w postaci remontów kapitalnych dwóch turbogeneratorów bloku nr 4 i 6 w Elektrociepłowni w Tuzli, w których wartość uzyskanej udarności materiału rewitalizowanych elementów wyniosła powyżej $3,5 \text{ daJ/cm}^2$.

Do wykazu dołączono referencje, w których użyto jednostki dJ/cm^2 i z której wynikało, że po rewitalizacji korpusy w Elektrociepłowni Tuzla uzyskały udarność wyższą niż $3,5 \text{ dJ/cm}^2$.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z przyjętym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowiskiem (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 744/11, LexPolonica nr 2522508, www.uzp.gov.pl) *referencje nie służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem te potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że zamówienia zostały zrealizowane. Podkreślił, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także, aby wynikał z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji.* Zamawiający stwierdził, że nie miał możliwości domagania się od wykonawcy przedłożenia referencji z których treści wynikałoby, że w remontach, których referencje dotyczyły, uzyskano udarność materiału rewitalizowanych elementów $\geq 3,5 \text{ daJ/cm}^2$. Wskazał, że treść przedłożonych referencji w których opisano, że *po rewitalizacji korpusy uzyskały udarność wyższą niż $3,5 \text{ dJ/cm}^2$* nie pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie prac zamieszczonym w ofercie w tym sensie, że nie można stwierdzić, że w przypadku gdy po *rewitalizacji korpusy uzyskały udarność wyższą niż $3,5 \text{ dJ/cm}^2$* to niemożliwe jest by zarazem uzyskały udarność na poziomie $3,5 \text{ daJ/cm}^2$. O tym jednak jaka była faktyczna udarność, Zamawiający może - zgodnie z przyjętym orzecznictwem - wnioskować jedynie na podstawie przedłożonego wykazu zrealizowanych prac. Tym samym treść referencji nie świadczy o istnieniu podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Na marginesie powyższego, Zamawiający wskazał, że w praktyce jasnym i nie budzącym wątpliwości Zamawiającego jest, że użycie w przedłożonych przez wykonawcę referencjach jednostki $3,5 \text{ dJ/cm}^2$ jest wynikiem oczywistej omyłki i że w rzeczywistości musiało chodzić o $3,5 \text{ daJ/cm}^2$. Niemniej nawet w takim przypadku (z uwagi na wnioski wynikające z praktyki orzeczniczej KIO) Zamawiający nie miał podstaw by dyskwalifikować przedłożone przez wykonawcę referencje, wzywać do ich uzupełnienia, a w razie braku ich przedłożenia, by wykluczać na tej podstawie wykonawcę z udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, jak również oczywisty charakter omyłki w treści przedłożonych referencji, Zamawiający uznał, że nie można zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 26 ust. 3

ustawy, ani tym bardziej zarzutem nie wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. W tym stanie sprawy wniósł i wywiódł, jak na wstępie.

Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., zwane dalej też „Przystępującym”, przystąpiły skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego uzyskując status uczestnika postępowania odwoławczego i wniosły o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Przystępujący podał, co następuje.

Odnosząc się do pierwszego z twierdzeń Odwołującego zaznaczył, że proporcje opisów świadczących o zgodności bądź niezgodności oferty z SIWZ oraz ustawą Pzp i innymi przepisami nie mają znaczenia dla ostatecznej konstatacji, że Odwołujący zastrzegł jednoznacznie i z własnej woli, iż istnieją okoliczności, w których będzie czuł się zwolniony z obowiązku spełnienia swojego świadczenia, a tym samym Zamawiający nie będzie mógł skutecznie domagać się jego spełnienia. Konstrukcja przetargu nieograniczonego prowadzonego na podstawie ustawy Pzp nie pozwala wykonawcom na samodzielne kreowanie treści przyszłej umowy. Jedynym sposobem na zmianę opisów umownych jest wniesienie odwołania lub wniosek o wyjaśnienie lub zmianę SIWZ, złożony przed terminem składania ofert. Zmiana SIWZ po upływie tego terminu jest niedopuszczalna, co wynika z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zdanie pierwsze. Taka konstrukcja postępowania ma zasadnicze znaczenie dla możliwości późniejszej oceny ofert przez Zamawiającego. Zgodnie z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) Zamawiający prowadzi postępowanie tak, aby wszyscy wykonawcy mieli możliwość powzięcia wiadomości o warunkach zawarcia umowy w tym samym czasie i zakresie. Tylko w takiej sytuacji wszyscy wykonawcy mogą przygotować i skalkulować ofertę w pełni świadomi ryzyka zawarcia i wykonania umowy, co wpływa na cenę oferty. Tylko w takim przypadku oferty będą porównywalne. Niedopuszczalna i sprzeczna z powyższymi zasadami jest sytuacja, w której jeden z wykonawców samodzielnie modyfikuje na swoją korzyść i w celu zabezpieczenia swoich interesów treść SIWZ, tylko po to by zmniejszyć ryzyko umowne i tym samym móc zaoferować niższą cenę. W takiej sytuacji zbudowana przez ustawodawcę konstrukcja postępowania umożliwiająca Zamawiającemu uczciwe porównanie ofert zostaje zburzona, a oferta Odwołującego nie może być porównywana z ofertą Przystępującego. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, Przystępujący powinien również w swojej ofercie zastrzec, że w ryzykownych i groźących poniesieniem wyższych kosztów sytuacjach, nie będzie zobowiązany do realizacji zamówienia. Wtedy z pewnością cena jego oferty mogłaby zostać obniżona i być może byłaby niższa od ceny oferty Odwołującego. Rozważania te wskazują na nierówność podmiotów, gdyby uznać działanie Odwołującego za dopuszczalne, jednak przede wszystkim wskazał, że obowiązkiem każdego wykonawcy, w tym Odwołującego jest złożenie oferty zgodnej z SIWZ w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie Zamawiającego o

woli zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po tym ogłoszeniu rola wykonawcy sprowadza się do złożenia oświadczenia o woli zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ bez stawiania warunków własnych (dodatkowych). Odwołujący nie zastosował się do tej zasady, a zatem jego oświadczenie woli nie jest zgodne z SIWZ oraz wskazanymi regułami ustawy Pzp. To powoduje obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy. Brak odrzucenia oferty Odwołującego powodowałby po stronie Zamawiającego konieczność porównywania oferty Przystępującego w pełni zgodnej z SIWZ (czego nie kwestionuje nawet Odwołujący) oraz oferty, która zawiera zastrzeżenia co do okoliczności, w których Odwołujący nie zamierza zrealizować zamówienia. W tym przypadku jedyne kryterium „cena” nie pozwala na dokonanie wyboru, spośród ofert, które różnią się merytorycznie. Przystępujący nadmienił, że nawet gdyby Zamawiający przewidział też inne kryteria, z pewnością nie byłoby jednym nich „ilość okoliczności wyłączających obowiązek realizacji umowy”. Takie postanowienie SIWZ stanowiłoby istne kuriozum i nie byłoby prawidłowe, ponieważ nie zapewniałoby wyboru najkorzystniejszej oferty zapewniającej wykonanie zamówienia.

Analizując kwestię proporcji w ofercie między ilością oświadczeń stawiających warunki dotyczące wykonania zamówienia, a tymi, które potwierdzają akceptację warunków SIWZ, Przystępujący stwierdził, że Odwołujący wskazał po jednym oświadczeniu - jedno o charakterze generalnym w formularzu oferty akceptujące SIWZ i warunki umowy i drugie szczegółowe, wskazujące na zastrzeżenie zgodnie, z którym Odwołujący części warunków nie akceptuje. Argument dotyczący liczebności oświadczeń jest nie tylko niepoważny, ale przede wszystkim nietrafny, gdyż z całości oświadczeń w ofercie wynika, że Odwołujący uczynił wyłom w akceptacji warunków, odmawiając akceptacji jednego z nich. Nie modyfikując oświadczenia w formularzu oferty, jako ustalonego przez Zamawiającego wzoru - zniósł swe związanie niektórymi warunkami przez sformułowanie własnego oświadczenia o charakterze *lex specialis*.

Przystępujący zwrócił uwagę, że postawiony przez wykonawcę warunek, co do realizacji zamówienia nie może być poprawiany na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a już z pewnością nie w omawianej sytuacji. Nie ma żadnej wątpliwości, że przytoczony na wstępie opis został dodany specjalnie a nie przypadkowo. Wzór formularza oferty, również treść SIWZ nie wskazują w żadnym miejscu na możliwość składania oferty warunkowej, nie pozwala na to również ustawa Pzp. Z tego wynika, że to wykonawca umieścił taki opis. Jedną z reguł poprawy omyłek jest interpretacja intencji wykonawcy w złożonej ofercie. Ofertę można poprawić, jeżeli intencją było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, a jedynie przeoczenie, omyłka sprawiła, że oferta nie odpowiada wymogom SIWZ. Nie ma wtedy zagrożenia niewykonania zamówienia przez wykonawcę. Jeżeli z oświadczenia woli, jakim jest oferta, Zamawiający odczyta informacje, z których wynika, że wykonanie zamówienia będzie zagrożone, poprawa

omyłki jest niedopuszczalna. Byłaby to istotna zmiana treści oferty. Nie może ulegać wątpliwości, że jeżeli Odwołujący sam dodał kwestionowanego opisu, to jego wolą było zastrzeżenie okoliczności, w których zamówienia nie wykona. W kontekście powyższego nie można mówić o omyłce, tylko o błędzie, który poprawiony być nie może, ponieważ był zamierzony. W ocenie KIO w przypadku omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy: *chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań SIWZ, ale na skutek błędnego ich odczytania, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy*. Skoro Odwołujący argumentuje zawarcie nieprawidłowej klauzuli w związku z istnieniem odpowiednich przepisów prawa, nie może być mowy o woli nie zawarcia tego opisu.

Zamawiający nie jest także obowiązany do wyjaśnienia treści oferty. Postanowienie formułujące warunek realizacji zobowiązania jest jasne i oczywiste. Nie wymaga jakiegokolwiek dodatkowego objaśnienia ze strony podmiotu, który je sformułował.

Niewiarygodny jest również argument dotyczący tego, że wolą Odwołującego nie było włączanie omawianego opisu do oferty, skoro sam Odwołujący na stronie 5 odwołania (pkt „iii”) wskazuje, że zamieścił ten opis ze względu na zobowiązania wynikające z obowiązków nałożonych przez ustawodawcę. Świadomość działania Odwołującego nie podlega wątpliwości. Przywołane przepisy nie wyjaśniają zasadności zamieszczenia klauzuli warunkowości wykonania zamówienia w treści oferty. Art. 10 ust. 2 ustawy *O obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa* (dalej: „ustawa o obrocie towarami strategicznymi”), na który powołuje się Odwołujący ma brzmienie: *przed udzieleniem wyjaśnienia, o którym mowa w ust. 1, organ kontroli obrotu może wystąpić do organów opiniujących o zajęcie stanowiska. Do stanowiska organów opiniujących stosuje się odpowiednio art. 12 ust. 2 i art. 12a*, - nie dotyczy żadnych obowiązków Odwołującego. Odwołujący powołuje się na nieaktualne przepisy. Niezależnie od tego faktem jest, że zgodnie z rozdziałem 4 tej ustawy (dotyczącym obrotu towarami o znaczeniu strategicznym) w brzmieniu obowiązującym po 7 lipca 2012 r., *podmiot dokonujący obrotu towarami o znaczeniu strategicznym jest obowiązany do prowadzenia ewidencji tego obrotu*. Wymóg ten dotyczy także obrotu uzbrojeniem (art. 11 ustawy) jednak z uwagi na przedmiot zamówienia należy uznać ten ostatni aspekt za nieadekwatny. Konstrukcja przepisów, na które powołuje się Odwołujący jest taka, że przedsiębiorca (podmiot), który prowadzi obrót towarami o znaczeniu strategicznym zobowiązany jest uzyskać zezwolenie na ich wywóz poza lub transfer wewnątrz terytorium Wspólnoty Europejskiej. Jednocześnie podmiot taki jest zobowiązany prowadzić ewidencję towarów, które są przedmiotem obrotu. Właściwe organy mają prawo kontrolować tę ewidencję (art. 28

ustawy o obrocie towarami strategicznymi), zaś w przypadku naruszeń mają prawo cofnąć w drodze decyzji administracyjnej odpowiednie zezwolenie (art. 31 ustawy). Żadne przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie zobowiązują jednak przedsiębiorców do zamieszczania w dokumentach handlowych klauzuli, która ma na celu zdjąć z wykonawcy obowiązek wykonania umowy. Odwołujący powinien zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego wykazać skąd taki obowiązek wynika, skoro wywodzi z tego skutek prawny. Odwołanie do takich przepisów nie odsyła. Należy uznać, że zamieszczenie komentowanej klauzuli nie stanowi wywiązywania się z obowiązków narzuconych prawem powszechnie obowiązującym. Nawet gdyby przyjąć, że istnieje możliwość, że odpowiednie podmioty (od których wykonawca zamierza nabywać urządzenia służące realizacji zamówienia), ze względu na uchybienie zasadom prowadzenia ewidencji zgodnie z ustawą o obrocie towarami strategicznymi, utracą stosowne zezwolenia, to fakt taki nie uprawniałby do składania oferty warunkowej, ponieważ niemożliwość spełnienia świadczenia byłaby skutkiem zaniechań Odwołującego lub jego poddostawców, a nie jak chciałby on twierdzić realizacją nałożonych prawem obowiązków.

Przystępujący podkreślił, że nie zamieścił podobnego opisu w swojej ofercie, mimo że zamierza realizować ten sam przedmiot zamówienia na zasadach określonych w SIWZ, ponieważ w przypadku nawet utrudnionego transferu odpowiednich urządzeń, nie ogranicza to całkowicie możliwości wykonywania zamówienia. Sytuacja taka stanowi normalne ryzyko umowne każdego wykonawcy, w tym Odwołującego, szczególnie, że jak wskazano byłoby konsekwencją zaniechań samego Odwołującego. Słusznie Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że w szczególnych przypadkach mieszczących się w kategorii zdarzeń rozumianych, jako „siła wyższa”, zgodnie z umową wyłączona zostaje odpowiedzialność stron z tytułu nienależytego wykonania zamówienia. Odwołujący nie musiał stawiać dodatkowych warunków wykonania zamówienia w treści oferty, ponieważ w przypadku zdarzeń nieprzewidzianych jego pozycja jako strony umowy była zabezpieczona. Próba dodatkowego wyłączenia odpowiedzialności z tytułu niewykonania zamówienia była niezgodna z SIWZ i niedopuszczalna.

Odnosząc się do kwestii miejsca złożenia podpisu oraz twierdzenia, że kwestionowany opis nie jest elementem oferty, ponieważ znajduje się po podpisem pełnomocnika, Przystępujący wskazał, że przywołany wyrok NSA oraz argumentacja nie zasługują w opinii Przystępującego na uwzględnienie. Zarówno doktryna jak i wyrok NSA z dnia 10.11.2006 r. (sygn. akt II FSK 1144/2005) wskazują, że *podpis powinien pozwolić zidentyfikować osobę /osoby/, która się nim podpisuje. Umieszczenie podpisu pod treścią pisma oznacza bowiem nie tylko, że pismo zostało zakończone /etymologicznie „pod pismem”, ale przede wszystkim wskazuje na to, że treść pisma umieszczona ponad podpisem pochodzi od podpisanej osoby.* A więc złożenie podpisu oznacza, że to co znajduje się nad nim zostało potwierdzone

przez osobę składającą ten podpis. Nacisk położony został zatem na powiązanie treści oświadczenia woli oraz osoby, która je składa. Interpretacja ta zachowuje swoją aktualność także w odniesieniu do oświadczenia woli, którym jest oferta, jednak w kontekście przepisów ustawy Pzp oraz postanowień SIWZ dotyczących sposobu przygotowania oferty (w tym dotyczących umieszczenia jej w kopercie, która ma zostać otworzona po upływie terminu składania ofert). Zatem, za oświadczenie woli należy uznać dokumenty umieszczone w kopercie. Nie ma tu znaczenia miejsce złożenia podpisu, skoro z uwagi na opisy w SIWZ o sposobie przygotowania oferty, nie ulega wątpliwości, że wszelkie dokumenty znajdujące się w kopercie, w której umieszczono ofertę, zostały załączone przez wykonawcę (lub też pełnomocnika wykonawcy). Podpis pod ofertą, która musi być zgodna z SIWZ i przepisami prawa, oznacza tyle, że wszelkie oświadczenia znajdujące się w ofercie (stanowiące elementy jednej i tej samej oferty, choć mogą występować na osobnych kartkach) zostały zaakceptowane i złożone w imieniu tego pełnomocnika. Dlatego też w przypadku oświadczenia woli, jakim jest oferta znajdująca się w kopercie, podpis złożony na formularzu oferty odnosi się do wszelkich dokumentów znajdujących się w kopercie, które składają się na ofertę *sensu stricto*. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 października 2010 r. (sygn. akt KIO 1973/12; KIO 1980/12) *ofertę należy rozpatrywać w całości, mając na uwadze także pozostałe oświadczenia w niej złożone, w szczególności co do prawidłowego i zgodnego z wymaganiami zamawiającego wykonania całego przedmiotu zamówienia*. Nie ma zatem wątpliwości, że opis: *wywiązanie się ze zobowiązań niniejszej oferty przez TurboCare Sp. z o.o. jest wymagane pod warunkiem braku jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych w szczególności regulacji eksportowych*, stanowi element oferty niezależnie od miejsca złożenia podpisu przez pełnomocnika Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutów zaniechania wykluczenia Przystępującego, wykonawca ten zauważył, że zarzut błędnego podania jedenastej cyfry nr PESEL Prezesa Zarządu Przystępującego w treści wniosku o wydanie informacji nt. niekaralności tej osoby nie ma uzasadnienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie tylko numer PESEL jednoznacznie identyfikuje osobę. Aktualne brzmienie ustawy „o ewidencji ludności” z dnia 24 września 2010 r. (Dz. U. 2010 r. Nr 217, poz. 1427, z późn. zm.) wskazuje w art. 15 ust. 1, że *osobie, której dane są gromadzone w rejestrze PESEL i rejestrze mieszkańców, nadaje się numer identyfikacyjny Powszechnego Elektronicznego Systemu Ewidencji Ludności, zwany dalej „numerem PESEL”*. Zaś w ust. 2 tego art. stanowi, że *numer PESEL jest to jedenastocyfrowy symbol numeryczny, jednoznacznie identyfikujący osobę fizyczną, zawierający datę urodzenia, numer porządkowy, oznaczenie płci oraz liczbę kontrolną*. Oznacza to, że przepisy te nie wskazują nadrzędności numeru PESEL nad danymi osobowymi, którym ten

numer jest przypisany. Powyższe jest stwierdzeniem faktu powiązania danych osobowych z jednym konkretnym numerem PESEL. Nieprawidłowe jest wnioskowanie, że błędny numer PESEL od razu sugeruje, że złożony wniosek (a tym samym informacja z KRK) mógł dotyczyć innej osoby niż wskazana we wniosku, jest to niemożliwe w świetle brzmienia art. 15 ust. 2 pkt 5 przywołanej ustawy o ewidencji ludności, który stanowi, że *jedenasta cyfra numeru PESEL jest liczbą kontrolną umożliwiającą elektroniczną kontrolę poprawności nadanego numeru identyfikacyjnego*. Punkty od 1 do 4 ust. 2 art. 15 tejże ustawy jednoznacznie potwierdzają, że osoba jest identyfikowana za pomocą pierwszych dziesięciu cyfr, które odpowiadają dacie urodzenia i zawierają numer porządkowy, którego ostatnia cyfra (dziesiąta cyfra numeru PESEL) oznacza płeć osoby. Bezsprzecznie jedenasta cyfra numeru PESEL nie zawiera danych, które mogłyby wprowadzić w błąd osobę wydającą informację o karalności. Przywołane przepisy wskazują, że dla jednoznacznej i niepowtarzalnej identyfikacji każdej osoby wystarczy pierwszych 10 cyfr numeru PESEL. Te zaś zostały wpisane do wniosku prawidłowo.

Zarzut niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia jest niesłuszny. Odwołujący wskazał, że w treści referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówienia (zamieszczonych na stronach 15, 18, 23, 31, 32 oferty Przystępującego) podano wartości udarności materiału rewitalizowanych elementów (m.in. cylindra) na poziomie 3,5 dJ/cm² zamiast 3,5 daJ/cm². Pierwsza wartość jest zdaniem Odwołującego 100 razy niższa od wymaganej, choć brak dowodu na tak sformułowane twierdzenie. Byłaby to zresztą wartość kompletnie nielogiczna, gdyż niewystępująca w urządzeniach, których dotyczy. Jeśli by nawet przyjąć tezę Odwołującego o takim sposobie odczytania skrótu jednostki, w której wyrażono wartość, to jest to jedynie oczywista omyłka ze względu na nie istnienie urządzeń, których udarność jest przedmiotem odwołania z udarnością 100 krotnie niższą od podawanej w wykazie. Przystępujący wskazał prawidłową wartość 3,5 daJ/cm² w poz. nr 1 wykazu wykonanych usług (strona 11 oferty). Powszechnie przyjęte jest w doktrynie i orzecznictwie, że to wykaz usług jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, nie zaś referencje. Z tych ostatnich ma jedynie wynikać, że dotyczą przedmiotu zamówienia wskazanego w konkretnej pozycji wykazu oraz, że zostały wystawione przez odbiorcę usług. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 9 lutego 2011 r., w którym Izba stwierdziła, że *zakres prac referencyjnych wykonawca jest zobowiązany podać w przedstawionych wykazach, jako swoje oświadczenie własne, które statuuje treść wywiązania się ustalonego warunku, a zarazem zobowiązania, to braki tego rodzaju oświadczenia nie mogą zostać zastąpione informacjami zawartymi w referencjach, pochodzącymi od podmiotów trzecich i przez nich podpisanych. Referencje mogą, ale nie muszą potwierdzać pełnego zakresu zamówienia. Powinny natomiast umożliwiać identyfikację tak z uwagi na wskazanego zamawiającego, jak i obiekt referencyjny, czy prace*

referencyjne.

W obu powyższych przypadkach, nawet gdyby kontrfaktycznie przyjąć, że zarzuty Odwołującego są zasadne, obowiązkiem Zamawiającego byłoby wezwać Przystępującego do wyjaśnienia, a w ostateczności do uzupełnienia odpowiednich dokumentów. Przystępujący oświadczył, że posiada odpowiednie dokumenty potwierdzające na dzień składania ofert spełnianie ww. warunków udziału w postępowaniu. Wniósł, jak na wstępie.

Odwołujący złożył na rozprawie pismo procesowe, w którym w uzupełnieniu złożonego odwołania i w odpowiedzi na przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone przez Zakłady Remontowe Energetyki S.A., podał, co następuje.

I. Wskazał, że nie do zaakceptowania i rażąco naruszająca przepisy prawa materialnego, w tym w szczególności konstytucyjną zasadę państwa prawa, jest zaprezentowana na str. 8 przystąpienia argumentacja dotycząca braku zaświadczenia z KRK dla wszystkich członków zarządu ZRE Katowice, co wynika z faktu, iż została ona oparta na błędnych założeniach. Wywód przeprowadzony przez Przystępującego bazuje w całości na treści aktu, któremu ustawodawca nie nadał jeszcze rangi prawa powszechnie obowiązującego. Jak bowiem wynika z art. 80 ustawy z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności (Dz. U. Nr 217, poz. 1427, z późn. zm.) oraz z art. 5 ust. 11 i 12 ustawy z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych oraz niektórych innych ustaw, przywołana przez przystępującego ustawa z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności (Dz. U. Nr 217, poz. 1427, z późn. zm.) wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2015 r. Tym samym podstawa prawna, na której przystępujący w pełni opiera swoje wywody nie stanowi źródła prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji RP, przeto - zgodnie z zasadą państwa prawa - nie może stanowić podstawy rozstrzygnięć jakichkolwiek organów, ze względu na fakt, iż prawem nie jest.

II. Podniósł, że problem był wielokrotnie już badany przez liczne składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej i doczekał się utrwalonej linii orzeczniczej. Przytoczył wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 stycznia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-111/06, wydany w identycznym jak w rozważanej sprawie stanie faktycznym, w którym trafnie poniesiono, że: *Skoro w rozumieniu ustawy nr PESEL stanowi m.in. dane identyfikujące tę osobę, wskazanie błędnego numeru skutkuje wadliwością treści zaświadczenia. Nie można zaaprobować stanowiska zamawiającego, i nieprawdopodobnym jest, aby zapytanie o niekaralność dotyczyło innej osoby, jako że są to jedynie przypuszczenia niepotwierdzone treścią dokumentu. Okoliczność braku niekaralności musi zostać potwierdzona w postępowaniu w sposób niebudzący wątpliwości. Z tych też względów Zespół Arbitrów uznał, iż wykonawca złożył dokument niespełniający wymogów braku zaistnienia okoliczności, o której mowa w art 24 ust. 1 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co winno skutkować wykluczeniem*

wykonawcy i uznaniem jego oferty za odrzuconą.

III. Stwierdził, że niezrozumiałymi i nieznajującymi odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym są wywody Przystępującego, co do nieprzedłożenia przez Odwołującego dowodów na okoliczności dotyczące dostarczonych przez ZRE Katowice referencji, potwierdzających nieosiągnięcie przez ZRE Katowice parametrów technicznych, a będących stukrotnie (100) niższymi niż wymagane przez Zamawiającego. Przypomniał, że w świetle art. 227 k.p.c. oraz obowiązującej zasady *iura novit curia*, prawo nie może być przedmiotem dowodu. Metodologia zaprezentowanego przez Odwołującego prawidłowego przeliczenia wartości zaprezentowanych przez ZRE Katowice w przedłożonych referencjach, znajduje uzasadnienie w treści powszechnie obowiązujących przepisów prawa, tj. w Załączniku nr 3 Nazwy i oznaczenia przedrostków wyrażających mnożniki dziesiętne służące do tworzenia dziesiętnych podwielokrotności i wielokrotności jednostek miar do rozporządzenia Rady Ministrów z 30 listopada 2006 r. w sprawie legalnych jednostek miar (Dz. U. Nr 225 poz. 1638), wydanego na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. - Prawo o miarach (Dz. U. z 2004 r. Nr 243, poz. 2441, z późn. zm).

Zgodnie z powyższym określenie deka (da) oznacza mnożnik równy 10 (słownie: dziesięć). Określenie decy (d) oznacza mnożnik równy 0,1 (słownie: jedna dziesiąta). Nie podlega zatem wątpliwości, że Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w zakresie realizacji projektów, w których osiągnięto parametry techniczne na poziomie 3,5 daJ, czyli 3,5 deka džuli (3,5 dżula pomnożone przez 10 = 35 džuli). Nie podlega również wątpliwości, że ZRE Katowice wykazało się doświadczeniem w zakresie realizacji projektów, w których osiągnięto parametry techniczne na poziomie 3,5 dJ, czyli 3,5 decy džuli (3,5 dżula pomnożone przez 0,1 = 0,35 džuli).

Powyższe wyliczenia, znajdujące poparcie w zasadach wiedzy i przepisach prawa, prowadzi zatem do konstatacji, że skoro Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu projektów, gdzie osiągnięte wartości wynoszą 35 džuli, a ZRE Katowice wykazało się wartościami na poziomie 0,35 džuli, to jest to wartość stukrotnie niższa.

IV. Stwierdził, że istotnym w sprawie jest fakt, że wskazana w punkcie I (iii) odwołania „klauzula eksportowa” jest powszechnie stosowana w obrocie prawnym, w tym również nawet zakresie umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego. Dowodem czego jest ulotka informacyjna dołączana do produktów (telefonów komórkowych) firmy Sony, w której na str. 11 znajduje się klauzula eksportowa. *Dowód: ulotka informacyjna.*

V. Odwołujący podtrzymał wnioski i zarzuty zawarte w treści odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie, niepodlegające odrzuceniu na posiedzeniu, zostało rozpoznane na rozprawie. Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniające go do wniesienia odwołania (legitymacja czynna do wniesienia odwołania).

Na podstawie akt sprawy odwoławczej (odwołanie wraz z załącznikami i uzupełnieniem, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pisma i dowody składane na posiedzeniu i rozprawie oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania odwoławczego) ustalono stan faktyczny sprawy, jako niebędący kwestią sporną w postępowaniu. Spór stanowi ocena i kwalifikacja prawna czynności Zamawiającego.

I. Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego - naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 i 2, art. 82 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący zamieścił na stronie 2 oferty (strona pierwsza jest stroną tytułową oferty) nazwę i dane adresowe Odwołującego, miejscowość i datę sporządzenia oferty, numer pisma; dalej nazwę adresata, tj. Zamawiającego wraz z danymi adresowymi; nazwę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego numer; następującą treść:

W nawiązaniu do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „modernizację turbozespołu nr 5 w ELEKTROWNI DOLNA ODRA” (nr postępowania: GEK/ELD/0477/2012/FZUP4), firma TurboCare Sp. z o.o. składa ofertę wraz z wymaganymi załącznikami.

Dalej został złożony podpis osoby podpisującej ofertę wraz z pieczętą imienną tej osoby. Niżej zamieszczono tekst:

Uwaga: „Wywiązanie się z zobowiązań niniejszej oferty przez TurboCare Sp. z o.o. jest wymagane pod warunkiem braku jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych, w szczególności regulacji eksportowych”.

W stopce strony podano dane sądu rejestrowego wraz z numerami KRS i NIP podmiotu oraz wysokość kapitału zakładowego.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy (pismo z dnia 27 grudnia 2012 r.), cytując treść podaną w części „Uwaga” oraz podając następujące uzasadnienie:

Powyższy zapis zawarty w ofercie Wykonawcy jest sprzeczny z ustawą PZP i treścią SIWZ. Zapis ten (jw.) powoduje, iż złożona przez TurboCare oferta jest ofertą warunkową. Charakter tegoż zapisu powoduje, iż spełnienie określonego tam warunku Wykonawca uznał

za element na tyle istotny, iż uzależnił od niego wywiązanie się z wszelkich zobowiązań jakie wiązały się ze złożeniem tejże oferty. Zastosowane przez Wykonawcę sformułowanie bezsprzecznie odznacza się kategorią charakterem. Uznać zatem należy, iż jedynie spełnienie warunków podanych przez Wykonawcę spowoduje, iż realizacja zamówienia i zapisy Umowy zostaną zrealizowane. Tym samym należy uznać, iż zastrzeżenie w ofercie Wykonawcy powyższego zapisu ma charakter niedopuszczalnego warunku, bez względu na to, jaki był cel i zamiar Wykonawcy w jego ujęciu w treści oferty. Skoro zaś złożona przez Wykonawcę oferta ma charakter warunkowy, to oferta tego Wykonawcy stoi w sprzeczności z wymogami SIWZ.

Dodanie do treści oferty omawianych warunków powoduje zarazem, iż pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ (załącznika nr 9 do SIWZ - Projekt umowy) zachodzi niezgodność o charakterze istotnym i jednocześnie powoduje, iż złożona w postępowaniu oferta nie ma charakteru stanowczego, zaś zaoferowane świadczenie nie jest pod względem merytorycznym tożsame z tym określonym w SIWZ. Zamawiający nie przewidywał bowiem w SIWZ (w tym zwłaszcza w Projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ), aby realizacja przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z Umowy mogła być warunkowana „brakiem jakichkolwiek ograniczeń wynikających z krajowych lub międzynarodowych uregulowań prawnych, w szczególności regulacji eksportowych”.

Należy wskazać, że Zamawiający w stanowiącym integralną część SIWZ wzorze Umowy, jaka zostać ma zawarta z Wykonawcą składającym ofertę najkorzystniejszą, jednoznacznie wskazał w punkcie 9.7., iż cyt. „Odpowiedzialność STRON z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania UMOWY wyłączają jedynie zdarzenia siły wyższej, których nie można było przewidzieć i którym nie można było zapobiec, a w szczególności okoliczności wskazane w pkt 11 UMOWY”.

W punkcie 11 wzoru Umowy, zatytułowanym Siła wyższa zapisano:

11.1. Termin SIŁA WYŻSZA oznacza akty terroru, wojny wypowiedziane i niewypowiedziane, blokady, powstania, zamieszki, epidemie, osunięcia gruntu, trzęsienia ziemi, powodzie, wybuchy oraz inne nagłe, zewnętrzne, niezależne od woli STRON zdarzenia, uniemożliwiające wykonanie UMOWY w całości lub w części, na stałe lub na pewien czas, którego skutkiem STRONY, przy zachowaniu należytej staranności, nie mogły zapobiec ani przeciwdziałać oraz których, rozumując racjonalnie, nie mogły przewidzieć. 11.2. Powstanie i ustanie SIŁY WYŻSZEJ winno być zgłoszone drugiej STRONIE przez STRONĘ podlegającą jej działaniu. Zawiadomienia - dokonane za pośrednictwem korespondencji pocztowej, kurierskiej, telefonicznej lub faksu - winny nastąpić bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 14 dni od powstania SIŁY WYŻSZEJ.

Tym samym złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ (dopuszczającej możliwość niewywiązania się przez Wykonawcę z zaciągniętych zobowiązań w innych przypadkach niż

przewidział to Zamawiający) stoi w sprzeczności z treścią art. 82 ust. 3 ustawy PZP - zgodnie, z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ - co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp. Wybór takiej oferty stanowiłby naruszenie nie tylko ww. przepisów, ale oznaczałby również naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasady równego traktowania wykonawców. Akceptacja przez Zamawiającego oferty złożonej przez TurboCare i zawarcie z nim umowy oznaczałoby bowiem wyrażenie zgody przez Zamawiającego na realizację przez TurboCare zamówienia na warunkach dalece dla tego ostatniego korzystniejszych, aniżeli miałyby to miejsce w przypadku wyboru Wykonawcy, który w swojej ofercie wspomnianego zastrzeżenia by nie zamieszczał. Zwrócić należy uwagę, że treść analizowanego zastrzeżenia zawartego na stronie drugiej oferty TurboCare nie oznacza bynajmniej, że Wykonawca ten ogranicza możliwość niewywiązania się ze swoich zobowiązań do sytuacji, gdy ograniczenia wynikające z uregulowań prawnych będą tego rodzaju, że uniemożliwia mu wykonanie Przedmiotu Umowy, ani nawet, że chodzi o regulacje powstałe po wyborze oferty i podpisaniu Umowy. W zastrzeżeniu ofertowym nie ma bowiem o tym mowy. Jest tam mowa o braku jakichkolwiek ograniczeń wynikających z uregulowań prawnych", co jest sformułowaniem tak pojemnym, że de facto pozwalałby Wykonawcy na uwolnienie się od zaciągniętego zobowiązania nawet w przypadkach obiektywnej możliwości wywiązania się przez niego z zobowiązania. Składając ofertę Wykonawca winien zawczasu samodzielnie ustalić, czy jest w stanie wywiązać się z zobowiązania, które zamierza zaciągnąć i czy nie ma w tym zakresie przeszkód lub istotnych ograniczeń. Nie ma powodów by to Zamawiający miał ponosić ryzyko ewentualnej nieprawidłowej oceny Wykonawcy co do swoich możliwości faktycznego wywiązania się z zaciągniętych zobowiązań i realizacji Przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego należy uznać, iż składający ofertę Wykonawca wprowadzając dodatkowe uwarunkowania wywiązania się ze swoich zobowiązań spowodował niezgodność swojej oferty z treścią ustawy PZP i SIWZ (co wykazano powyżej), Tym samym Wykonawca naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP. W konsekwencji powyższego Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności, Zamawiający podał, że uznał ofertę Odwołującego, jako ofertę warunkową, niezgodną z ustawą i której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez możliwości jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba rozpoznając odwołanie w granicach jego zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy), uznała, że treść oświadczenia nie jest sporna, sporna jest jego ocena w kontekście, czy oświadczenie zostało zamieszczone w treści oferty czyniąc ofertę warunkową, czy poza treścią, co pozwoliłoby uznać, że oświadczenie nie ma żadnego znaczenia merytorycznego. Zarzut

Odwołującego w tej kwestii sprowadza się do twierdzenia, że oświadczenie nie stanowi treści oferty wobec zamieszczenia oświadczenia w piśmie przewodnim do oferty niestanowiącym treści oferty, w sytuacji, gdy na stronach 9-11 oferty (formularz ofertowy), Odwołujący zamieścił wszelkie oświadczenia dotyczące złożenia oferty i realizacji zamówienia akceptujące wymagania Zamawiającego, ponadto kwestionowane oświadczenie zostało zamieszczone pod podpisem pełnomocnika. Odwołujący wskazał w odwołaniu na nieistotność oświadczenia i jednocześnie przedstawił:

genezę diskutowanego zapisu, który w obrocie prawnym funkcjonuje pod nazwą „klauzuli eksportowej (ang. retention clause)”, mającej na celu w szczególności ograniczenie obrotu określonymi towarami i usługami z niektórymi państwami, jak również monitorowanie ich obrotu oraz końcowego zastosowania. Do zamieszczania ww. zapisu Zamawiający (błąd, powinno być Odwołujący) został zobligowany na podstawie Rozporządzenia Zarządu WIBREM Turbomachinery Service Sp. z o.o. (wcześniejsza firma Odwołującego), które to Rozporządzenie było wyrazem implementacji reguł kontroli eksportu obowiązujących w grupie Siemens (której Odwołujący się jest członkiem), jak również przepisów Rozporządzenia Rady (WE) nr 1334/2000 z dnia 22 czerwca 2000 r. ustanawiającego wspólnotowy system kontroli eksportu produktów i technologii podwójnego zastosowania (Dz. U. L 159 z 30.6.2000), zastąpionego później Rozporządzeniem Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiającego wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania.

Dodatkowo zgodnie z przepisem art. 10 ust. 2 Ustawy z 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, Dz. U. nr 119 poz. 1250, na Odwołującego się nałożony został ustawowy obowiązek utworzenia i stosowania wewnętrznego systemu kontroli zarządzania obrotem towarami o znaczeniu strategicznym. Standardowe zamieszczanie „klauzuli eksportowej” w dokumentach handlowych stanowi wyraz wywiązywania się z obowiązków nakładanych przez ustawodawcę.

Zamawiający i Przystępujący po stronie Zamawiającego wywiedli, że jest to oświadczenie tworzące treść oferty, zostało zamieszczone przez Odwołującego świadomie, w związku z wewnętrznymi uwarunkowaniami firmy, nie może być rozumiane jako omyłka, czy inna treść niemająca żadnego znaczenia, stanowi ofertę warunkową (złożoną z zastrzeżeniem), a więc stwarzającą składającemu wykonawcy korzystniejszą sytuację na wypadek wystąpienia ryzyka związanego z realizacją zamówienia, a przede wszystkim niekorzystną dla Zamawiającego wobec możliwości odstąpienia od zawarcia umowy lub w toku realizacji kontraktu.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że opis jest treścią oferty, zgodnie ze stanowiskiem

Przystępującego, wskazującego trafnie zakres treści oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma znaczenia, że oświadczenie zostało zamieszczone pod podpisem pełnomocnika i jest odstępstwem od generalnej akceptacji treści zamieszczonej w formularzu ofertowym (str. 9-11 oferty). Do zamieszczenia takiego oświadczenia powodującego, że oferta uzyskuje charakter warunkowy, Odwołujący został zobowiązany na podstawie Rozporządzenia Zarządu WIBREM TS nr 03/05, w którym podano, że: *W związku z koniecznością regulacji obowiązujących w Unii Europejskiej (Uchwała UE nr 1334/2000) wprowadza się w Spółce z dniem 14 kwietnia 2005 r. zasady dotyczące Kontroli Eksportu. Każda oferta oraz umowa wysyłana do klienta (...), musi bezwzględnie zawierać zabezpieczającą klauzulę RC (Retention Clause) o następującym brzmieniu - podano treść zamieszczoną przez Odwołującego w ofercie w opisie „Uwaga”.*

Fakt jest bezsporny, wynika z odwołania, został potwierdzony na rozprawie i jako przyznany nie wymaga dowodu (art. 190 ust. 5 ustawy). Zatem, nie ma wątpliwości, w ocenie Izby, że oferta Odwołującego jest ofertą warunkową, jakiej nie przewidują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowienia SIWZ w postępowaniu, którego dotyczy rozpoznane odwołanie. W pkt 9 SIWZ pn. *Opis sposobu przygotowania oferty*, Zamawiający postanowił, że nie dopuszcza składania ofert wariantowych, alternatywnych, częściowych (pkt 9.4, 9.5). W pkt 9.6 SIWZ zamieścił wymóg o treści: *Wykonawca składa tylko jedną ofertę zawierającą jedną jednoznacznie opisaną propozycję dotyczącą przedmiotu zamówienia w jednym egzemplarzu.*

Mając na uwadze przepis art. 82 ust. 3 ustawy oraz pkt 9.6 SIWZ, Izba uznała, że oświadczenie Odwołującego przesądziło, że oferta została złożona pod warunkiem, o jakim stanowi art. 89 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp (ustanie skutków czynności prawnej uzależnione od zdarzenia przyszłego). Złożenie oferty pod warunkiem jest niezgodne ze wskazanymi przepisami ustawy i postanowieniami SIWZ, zatem Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty Odwołującego ze skutkiem jej odrzucenia, nie narusza przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

II. Zarzuty zaniechania wykluczenia ZRE Katowice z postępowania - naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z § 2 ust. 1 pkt 6 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, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, a także art. 7 ust. 3, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy.

1. Na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niespełniania warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy (pkt 5.2.5.4 SIWZ),

Przystępujący złożył w ofercie *Zapytanie o udzielenie informacji o osobie skierowane do Ministerstwa Sprawiedliwości Krajowy Rejestr Karny*, dotyczące Jerzego Kurzaka prezesa zarządu Zakładów Remontowych Energetyki Katowice S.A., wraz z zamieszczoną w zapytaniu adnotacją potwierdzającą niekaralność osoby (nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego), str. 105 oferty. W zapytaniu zamieszczono dane identyfikujące wnioskodawcę - ZKR Katowice wraz z danymi adresowymi i numerami: regonu, telefonu i faksu; podano dane osobowe J..... K..... oraz wskazano postępowania w związku, z którymi zachodziła potrzeba uzyskania informacji o osobie, tj. Dz. U. Nr 113, z 2010 r., poz. 759, art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10-11.

W części przeznaczony na wpisanie numeru PESEL popełniono oczywistą omyłkę pisarską wpisując jedenastą, ostatnią cyfrę numeru „0”, zamiast „5”. Omyłka nie czyni dokumentu błędnym i nie stanowi uzasadnienia do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia innego dokumentu. Mimo uchybienia w numerze PESEL podanym w *Zapytaniu o udzielenie informacji o osobie*, dokument potwierdził wymagane przez Zamawiającego okoliczności w sposób, który nie budzi wątpliwości, że dotyczy właściwej osoby. Takie stanowisko potwierdziło Biuro Informacyjne Krajowego Rejestru Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości w piśmie z dnia 11 stycznia 2013 r. złożonym przez wykonawcę na rozprawie, w którym podano, że J..... K..... (wskazano dane osobowe) nie figurował w dniu 13.11.2012 r. (data potwierdzenia niekaralności w *Zapytaniu o udzielenie informacji o osobie*) w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego. W piśmie wskazano również, że błąd w numerze PESEL nie skutkuje nieważnością wydanego zaświadczenia, gdyż Biuro Informacyjne KKRK stwierdza, że dana osoba figuruje, bądź nie figuruje w Kartotece Karnej na podstawie wszystkich wskazanych w *Zapytaniu o udzielenie informacji o osobie* danych.

Wobec wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niespełniania warunku, o którym mowa a art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, Izba uznała zarzut za niezasadny.

2. Na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 5.2.2.1 SIWZ) Przystępujący zamieścił w ofercie wykaz zrealizowanych zamówień (str. 11 oferty), podając w poz. 1 i 2 Remont kapitalny turbogeneratorskiego bloku 6 (poz. 1) i bloku nr 4 (poz. 2). Wartość uzyskanej udarności materiału rewitalizowanych elementów [daJ/cm²], wskazał zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zamieszczonymi w SIWZ, powyżej 3,5 daJ/cm² (w pkt 5.2.2.2 lit. a, tiret trzecie, Zamawiający wymagał min. 3,5 daJ/cm²). Zamówienia dotyczyły Elektrociepłowni TUZLA w Bośni. W treści złożonych referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówień str. 15, 18, 23, 31 i 32 oferty (zakres podany w odwołaniu) wskazano wartość uzyskanej udarności materiału rewitalizowanych elementów następująco: str. 15

(2/8) pkt 4, drugie tiret i str. 18 (5/8) pkt 11 (w języku obcym), wartość od $3,5 \text{ dJ/cm}^2$; str. 23 pkt 4, drugie tiret (tłumaczenie na język polski), wartość większą niż $3,5 \text{ dJ/cm}^2$ - dotyczy bloku 6; str. 31 (3/8) pkt 8 i str. 32 (4/8) pkt 20 (w języku obcym), wartość od $3,5 \text{ dJ/cm}^2$ - dotyczy bloku 4.

Przystępujący złożył na rozprawie pismo Przedsiębiorstwa Państwowego Elektroprivreda BiH Spółka Akcyjna Oddział Elektrownia „Tuzla” w Tuzli z dnia 11-01-2013 w języku bośniackim z tłumaczeniem na język polski, w którym podano, że w Poświadczeniu nr 02-4-2389-I/II wydanym w dniu 21.10.2013 (powinno być 21.10.2011, zgodnie z referencjami załączonymi do oferty) na wniosek ZRE Katowice S.A., na str. 2/8, 3/8 i 4/8 Poświadczenia, w punktach 6, 7, 8 i 20 podano $3,5 \text{ dJ/cm}^2$, powinno być $3,5 \text{ daJ/cm}^2$. To samo dotyczy Poświadczenia nr 02-4-2389-2/11, str. 2/8 i 5/8 Poświadczenia w punktach 4 i 11. Przystępujący złożył również Poświadczenie z dnia 11-01-2013 dotyczące Remontu kapitalnego turbozespołu bloku 4 z rewitalizacją korpusu w TE „Tuzla”, w którym potwierdzono, że po rewitalizacji wartość udarności wynosiła powyżej $3,5 \text{ daJ/cm}^2$.

Na podstawie przedłożonych dowodów oraz wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego, Izba uznała, że w referencjach złożonych w ofercie oznaczono wartości uzyskanej udarności materiału rewitalizowanych elementów, wpisując $3,5 \text{ dJ/cm}^2$ zamiast $3,5 \text{ daJ/cm}^2$, aczkolwiek w pozycjach wskazanych przez Odwołującego, wartość tę w referencjach podano, jako wartość „od $3,5 \text{ dJ/cm}^2$ ” (w języku obcym, oryginalnym) lub jako wartość „większą niż $3,5 \text{ dJ/cm}^2$ ” (w tłumaczeniu na język polski), co oznacza, że skoro wartość udarności była większa niż $3,5 \text{ dJ/cm}^2$, bez wskazania górnej granicy wartości, to trudno stwierdzić, że udarność nie osiągnęła wymaganej wartości min. $3,5 \text{ daJ/cm}^2$, jak podnosił Odwołujący.

Na rozprawie Przystępujący złożył referencje wskazujące właściwe oznaczenie jednostek pomiarowych. Izba uznała, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Oceniając powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do jego wyniku oraz 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....