

**WYROK**  
z dnia 11 kwietnia 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez wykonawcę **PGNiG TERMIKA Spółka Akcyjna, 03-216 Warszawa, ul. Modlińska 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Historii Żydów Polskich, 00-157 Warszawa, ul. Anielewicza 6,**

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PGNiG TERMIKA Spółka Akcyjna, 03-216 Warszawa, ul. Modlińska 15** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Historii Żydów Polskich z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa energii ciepłej do nowej siedziby Muzeum Historii Żydów Polskich zlokalizowanej przy ul. Anielewicza 6 w Warszawie”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówienie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.03.2013 r., pozycja 34475.

I. Na podstawie art. 180 Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołujący PGNiG TERMIKA S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

- 1) opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w rozdziale 5 ust. 1 lit. a SIWZ - uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania oraz w zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp;
- 2) wykluczeniu odwołującego z postępowania, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem jego oferty;
- 3) niewykluczeniu wykonawcy Dalkia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie z udziału w postępowaniu, co w konsekwencji nie skutkowało odrzuceniem oferty tego wykonawcy;
- 4) wyborze oferty złożonej przez Dalkia Warszawa S.A., jako oferty najkorzystniejszej.

II. Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 22 ust. 4 i ust. 5 przez przyjęcie, że wykonawcy muszą się wykazać posiadaniem łącznie koncesji na: wytwarzanie, obrót i przesył energii ciepłej wydanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, ważnych w okresie obowiązywania umowy;

- 2) art. 24 ust. 4 przez uznanie oferty wykonawcy za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez uznanie, że wykonawca Dalkia Warszawa S.A. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, co w konsekwencji nie skutkowało odrzuceniem jego oferty;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 przez uznanie, że oferta wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

III. W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na niezgodnym z art. 22 ust. 4 i 5 Pzp opisanu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - rozdział 5 ust. 1 lit. a SIWZ;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty;
- 3) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Dalkia Warszawa S.A., jako najkorzystniejszej;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej;
- 6) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego, przez zasądzenie kwoty 11.928 PLN, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

IV. Odwołujący uzasadnił zachowanie ustawowego terminu do wniesienia odwołania oraz spełnienie przesłanek przesądzających o posiadaniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania podał następującą argumentację.

W dniu 27 marca 2013 r. doręczono odwołującemu, w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z zawiadomieniem o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało zgodnie z 24 ust. 4 Pzp uznaniem jego oferty za odrzuconą.

Na podstawie postanowień rozdziału 5 ust. 1 lit. a SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do

wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający wymagał od wykonawców wykazania, że posiadają łącznie koncesje na: prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania, obrotu i przesyłu energii cieplnej wydane przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki ważne w okresie obowiązywania umowy. Zamawiający wymagał także przedłożenia aktualnych koncesji.

W wykonaniu tego obowiązku odwołujący dołączył do oferty koncesję na wytwarzanie energii cieplnej oraz taryfę dla ciepła zatwierdzoną przez Prezesa URE.

Odwołujący wezwany do uzupełnienia oferty wyjaśnił, że jako wytwórca ciepła prowadzi sprzedaż ciepła do odbiorców w oparciu o koncesje na wytwarzanie ciepła. Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6a ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2012 poz. 1059) sprzedaż oznacza - bezpośrednią sprzedaż paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich wytwarzaniem lub odsprzedaż tych paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich obrotem. Zatem, wytwórca energii jest podmiotem uprawnionym do jej bezpośredniej sprzedaży. Odwołujący podkreślał, że Taryfa dla Ciepła PGNiG TERMIKA S.A. zatwierdzona została przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w oparciu o koncesje na wytwarzanie ciepła w źródłach należących do odwołującego.

Odwołujący zaznaczył także w ofercie, że usługa obrotu i przesyłu energii cieplnej świadczona jest przez niego za pośrednictwem sieci ciepłowniczych należących do Dalkia Warszawa S.A., jako podwykonawcy. Umowa o świadczenie usług przesyłu lub dystrybucji z Dalkia Warszawa S.A. została zawarta 22 lipca 2008 r. na czas nieoznaczony. Dalkia Warszawa S.A. ma wymagane prawem koncesje na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na obrocie i przesyłu energii cieplnej na terenie Warszawy udzielone przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Zatem, wykonawca ma pełną możliwość świadczenia usług dostawy ciepła do obiektów na terenie Warszawy, w tym także do obiektu zamawiającego przy ulicy Anielewicza 6. W ten sposób odwołujący wykazał, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, które nakładają przepisy prawa (dowód: oferta wykonawcy i oferta Dalkia Warszawa S.A.)

Zamawiający nie miał prawa żądać od wykonawców w celu wykazania spełniania warunków dotyczących posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, łącznie koncesji na prowadzenie działalności w zakresie: wytwarzania, obrotu i przesyłu energii cieplnej wydanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, ważnych w okresie obowiązywania umowy i ich przedłożenia.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w rozdziale 5 ust. 1 lit. a SIWZ powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do

przedmiotu zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków ma na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy.

Muzeum Historii Żydów Polskich, którego nowa siedziba mieści się przy ul. Anielewicza 6 w Warszawie będzie zasilane w ciepło dostarczane za pośrednictwem warszawskiej sieci ciepłowniczej, której właścicielem jest Dalkia Warszawa S.A. i do której to sieci ciepło dostarczane jest przez 5 zakładów wytwórczych - EC Żerań, EC Siekierki, C Kawęczyn, C Wola, których właścicielem jest odwołujący oraz spalarnię odpadów, której właścicielem jest MPO. Taryfa dla ciepła Dalkia Warszawa S.A. ustalona przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki uwzględnia zakup ciepła w powyższych zakładach.

Dalkia Warszawa S.A. nie ma żadnego zakładu produkującego ciepło, z którego ciepło dostarczane byłoby do warszawskiej sieci ciepłowniczej. Nie może więc wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdział 5 ust. 1 lit. a SIWZ, bo nie ma koncesji na wytwarzanie ciepła w rejonie warszawskiej sieci ciepłowniczej. Dlatego oferta tego wykonawcy również winna zostać odrzucona.

Dalkia Warszawa S.A. posiada na terenie Warszawy jedynie lokalne źródła ciepła, które zasilają wydzielone obszary na terenie Warszawy, ale źródła te nie są podłączone do warszawskiej sieci ciepłowniczej.

Taryfa dla ciepła Dalkia Warszawa S.A. zatwierdzona przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, złożona w postępowaniu na podstawie, której ma być rozliczana dostawa ciepła do budynku zamawiającego przy ul. Anielewicza 6 jednoznacznie określa, że ciepło będzie kupione od odwołującego, ponieważ jest to węzeł zamawiającego, o czym zamawiający informuje na 12 stronie SIWZ i w związku z tym dla tego budynku taryfa Dalkia Warszawa S.A. ma symbol - A3B1C3.

Wybrany wykonawca Dalkia Warszawa S.A. nie jest wytwórcą ciepła, które ma być dostarczane zamawiającemu i nie ma koncesji na wytwarzanie ciepła, które ma być dostarczane zamawiającemu. Ponadto oferta wykonawcy Dalkia Warszawa S.A. nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust.1 Pzp (dowód: oferta Dalkia Warszawa S.A.).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, jako bezzasadne. W uzasadnieniu pisma podał.

1. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 i ust. 5 Pzp przez postawienie przez zamawiającego wymogu, że wykonawcy muszą wykazać się posiadaniem łącznie koncesji na wytwarzanie, obrót i przesył energii cieplnej wydanych przez Prezesa URE, zamawiający

w pierwszej kolejności podniósł, że zarzut ten jest spóźniony. Zgodnie z art. 182 ust. 2 i 3 Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, a wobec innych czynności - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W świetle tego przepisu podnoszenie przez odwołującego na obecnym etapie zarzutów, co do sposobu opisanego przez zamawiającego dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać za spóźnione, skoro odwołujący nie uczynił tego w przepisany terminie, a czyni to dopiero na etapie wyboru wykonawcy.

Niezależnie zamawiający podniósł, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie także ze względów merytorycznych. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa energii ciepłej do nowej siedziby Muzeum Historii Żydów Polskich zlokalizowanej przy ul. Anielewicza 6 w Warszawie obejmująca przesył, dystrybucję i sprzedaż energii ciepłej. Zgodnie art. 32 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania paliw lub energii, obrotu paliwami lub energią oraz przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii wymaga uzyskania koncesji wydanej przez Prezesa URE. W związku z tym - skoro przepisy prawa wymagają posiadania szczególnych uprawnień do wykonywania działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania, obrotu oraz przesyłania energii ciepłej, wynikających z udzielonej koncesji - zamawiający stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp wymagał od wykonawców wykazania, że takie uprawnienia posiadają przez złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków do wykonywania przedmiotu zamówienia oraz przedłożenia koncesji na wytwarzanie, obrót oraz przesyłanie ciepła, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że sformułowany przez zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie był związany z przedmiotem zamówienia (gdyż jego przedmiotem jest przesyłanie ciepła siecią ciepłowniczą) oraz aby nie był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (gdyż przesyłanie ciepła jest koniecznym elementem wykonania zamówienia), skoro przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne nakładają na wykonawców obowiązek posiadania koncesji zarówno w zakresie wytwarzania i obrotu, jak i przesyłania ciepła, a zatem czynności, które były przedmiotem zamówienia.

2. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp wskutek odrzucenia oferty odwołującego oraz nieuznania jej za najkorzystniejszą, zamawiający podniósł, że - mimo wezwania do uzupełnienia złożonej oferty i wyjaśnienia jej treści - odwołujący nie wykazał, że posiada uprawnienia w zakresie działalności polegającej na przesyłce i dystrybucji ciepła w wymagany sposób, w szczególności nie przedłożył w tym zakresie wymaganej przepisami prawa oraz treścią SIWZ koncesji na prowadzenie takiej działalności. Powoływanie się przez odwołującego na posiadanie takiej koncesji przez spółkę Dalkia Warszawa S.A. nie jest wystarczające, bowiem zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp - wykonawca może wprawdzie polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, jednakże przepis ten pozwala na posługiwanie się zasobami innego podmiotu dla wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, nie pozwala jednak na posłużenie się „uprawnieniami innego podmiotu do wykonywania określonej działalności”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. - na potrzeby tej sprawy - posłużenia się cudzą koncesją na przesył i dystrybucję ciepła. W tym stanie rzeczy zarzut odwołującego dotyczący odrzucenia jego oferty należy uznać za bezzasadny.

3. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wskutek uznania oferty Dalkia Warszawa S.A. za spełniającą warunki udziału w postępowaniu i wybór jej oferty, zamawiający podniósł, że zarzut ten jest chybiony. Wykonawca Dalkia Warszawa S.A. spełnił warunki udziału w postępowaniu, wykazując w szczególności, że posiada wymagane przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ koncesje Prezesa URE w zakresie wytwarzania, obrotu oraz przesyłania i dystrybucji ciepła, zatem brak było podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Wobec powyższego zamawiający wniósł, jak na wstępie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę tańszą o 1 628,64 zł od oferty wybranej (w postępowaniu złożono 2 oferty), zatem udowodnienie naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp w toku postępowania, stwarza odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołanie dotyczy postępowania o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, które ograniczają zakres odwołania do przypadków przewidzianych w art. 180 ust. 2 Pzp, tj. w rozpoznawanym odwołaniu do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą.

Nie stanowiły przedmiotu rozpoznania w postępowaniu odwoławczym zarzuty dotyczące oceny oferty wybranej, jako najkorzystniejszej.

Nie stanowiły przedmiotu rozpoznania odwoławczego również przedstawione w odwołaniu zarzuty dotyczące opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, gdyż zostały podniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z przepisami art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, termin do wniesienia odwołania wynosi - 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ustawodawca przyznał wykonawcom uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od wartości udzielanego zamówienia. Zatem, na czynność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, będącym przedmiotem rozpoznawanego odwołania, służyły wykonawcom środki ochrony prawnej. Skutkiem zaniechania korzystania z ustawowego uprawnienia w określonym w ustawie terminie przez odwołującego, jest brak możliwości rozpoznania zarzutów podniesionych w terminie późniejszym.

Warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, wymagane są od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Od wykazania spełniania warunków uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.



Na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia spoczywa ciężar udowodnienia, że spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp oraz, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy *nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu*. Stosownie do art. 26 ust. 2a Pzp: *wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1*. Zatem, sam fakt nie wykazania spełniania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 Pzp, stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Obligatoryjny opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 5 odnośnie SIWZ) stanowi dla zamawiającego wiążące przesłanki, jakimi jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny. Brak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków stanowiłby naruszenie Pzp, prowadziłby również do dowolności w ocenie spełniania warunków przez wykonawców, a zarazem stwarzałby możliwość podejmowania decyzji arbitralnych, naruszających interes wykonawców, w tym zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.

Weryfikacja warunku posiadania uprawnień (...) - art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp - następuje przez odesłanie do odrębnych przepisów prawa, które wskazują na obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Wykazaniu spełniania warunku posiadania uprawnień służy odpowiedni dokument koncesji, zezwolenia lub licencji (§ 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).

Zamawiający skonkretyzował, na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, ustawowy warunek w postanowieniach Rozdziału 5 SIWZ ust. 1 lit. a wymagając wykazania przez wykonawców posiadania koncesji na prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania, obrotu i przesyłu energii cieplnej wydanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, ważnych w okresie obowiązywania umowy. W Rozdziale 6 ust. 1 lit. b SIWZ zamawiający zamieścił wymóg dostarczenia wraz z ofertą wskazanych koncesji.

Odwołujący nie załączył do oferty koncesji na obrót i przesył energii cieplnej, nie załączył jej także na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (pismo z dnia 20.03.2013 r.). Przyznał w odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 22 marca 2013 r.), w odwołaniu i na rozprawie, że nie posiada takiej koncesji. Stwierdził, że realizacja zamówienia możliwa byłaby przy udziale Dalkia S.A., jako podwykonawcy.

Zasadnie, w ocenie Izby, zamawiający ocenił, że nie można wykazać potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, odpowiednio skonkretyzowanym w SIWZ, na podstawie uprawnień posiadanych przez podwykonawcę, gdyż uprawnienia wymagane są od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Z objaśnień użytych w ustawie Prawo energetyczne określić (słowniczek ustawowych pojęć) - art. 3 pkt 6a pojęcie sprzedaży - nie sposób wywieść, że na tej podstawie można zastąpić brak wymaganych koncesji po stronie odwołującego.

Oceniając materiał dowodowy, Izba uznała, że zamawiający w okolicznościach przedstawionej sprawy nie naruszył przepisów Pzp przez czynność wykluczenia odwołującego z postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty - art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 Pzp (pismo z dnia 26.03.2013 r.). Zatem, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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: .....**