

WYROK

z dnia 29 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 r. przez **wykonawcę - OTS-IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij GmbH, ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddała odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - OTS-IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - OTS-IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usługa doradztwa i nadzoru w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn.: „Budowa instalacji termicznego przetwarzania z odzyskiem energii (ITPOE)”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2014 r. pod numerem 2014/S 121-216160.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BSPiR „ENERGOPROJEKT-KATOWICE” S.A. z siedzibą w Katowicach, SAVONA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, TBF + Partner AG, Consulting Engineers z siedzibą w Zurychu, zwanych dalej: „Konsorcjum Energoprojekt”, ewentualnie zaniechania wezwania Konsorcjum Energoprojekt do uzupełnienia dokumentów oraz wobec zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez:
 - a) zaniżenie punktacji przyznanej Odwołującemu w zakresie zamówień wskazanych w poz. 1, 5 i 6 Wykazu usług oraz zaniechanie zaproszenia Odwołującego do składania ofert, a w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie z postępowania, pomimo, że zgodnie z kryteriami kwalifikacji podanymi w ogłoszeniu o zamówieniu, Odwołujący powinien być sklasyfikowany w liczbie wykonawców zaproszonych do dalszego udziału w postępowaniu;
 - b) niezasadne dopuszczenie do kolejnego etapu postępowania i w konsekwencji do składania ofert Konsorcjum Energoprojekt;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień i/lub uzupełnienia dokumentów w zakresie zamówień wykazywanych w Wykazie usług w poz. 1, 5, 6 i w konsekwencji niezasadną odmowę przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów za usługi wskazane w poz. 1, 5 i 6 Wykazu usług, mimo, iż Zamawiający kierował wezwania w zbieżnym zakresie w stosunku do Konsorcjum Energoprojekt, a także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij GmbH (dalej: „Konsorcjum Grontmij”) i ocenił złożone wyjaśnienia jako skuteczne i wystarczające dla przyznania tym wykonawcom dodatkowej punktacji, co

dotychczas dodatkowo narusza również zasadę równego traktowania wykonawców oraz obowiązek wyłonienia wykonawców zaproszonych do składania ofert w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz §1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231 - dalej: „rozporządzenie”) poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Energoprojekt, mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów udostępnionych przez A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AKOR Consulting A. K.;
- 4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Energoprojekt do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, mimo iż wykonawca ten nie wykazał we wniosku, iż nie podlega wykluczeniu w zakresie dotyczącym członków zarządu spółki TBF+Partner AG, Consulting Engineers z siedzibą w Zurychu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny wniosków oraz ewentualnie również unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do składania ofert, jeśli czynność ta zostanie przez Zamawiającego dokonana przed rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego;
- 2) powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny wniosku Odwołującego z uwzględnieniem pozycji 1, 5, 6 Wykazu usług i przyznaniem za te usługi dodatkowych punktów, po uprzednim ewentualnym wezwaniu Odwołującego do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp;
- 3) wykluczenia Konsorcjum Energoprojekt z postępowania;
- 4) w przypadku nieuwzględnienia żądania w pkt 3: nakazanie wezwania Konsorcjum Energoprojekt w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających brak karalności w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp dla pozostałych członków zarządu spółki TBF+Partner AG, Consulting Engineers z siedzibą w Zurychu, zaś w przypadku braku prawidłowego uzupełnienia ww. dokumentów - wykluczenia Konsorcjum Energoprojekt z postępowania;
- 5) zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie ocenił wniosek Odwołującego i należną mu ilość punktów za realizację wykazywanych we wniosku zamówień. Odwołujący podniósł, że pozycja nr 5 w Wykazie usług zakwestionowana została w całości pomimo należytego uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz uzupełnienia informacji w zakresie daty zakończenia usługi w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym. Zdaniem Odwołującego, rzeczywisty zakres świadczonej usługi dotyczył pełnienia funkcji doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej. Co więcej, przepustowość instalacji wskazanej w liście referencyjnym i Wykazie usług znacząco przewyższa minimalny wymóg Zamawiającego.

W zakresie pozycji nr 6 w Wykazie usług Odwołujący oświadczył, iż udzielił wyjaśnień zgodnych ze stanem faktycznym. Usługa doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów była wykonywana w zakresie całości kontraktu, zatem formalnie należałoby uznać, iż świadczenie usługi zostało zakończone razem z wykonaniem usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu, tj. wraz z zakończeniem całości prac. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wyjaśnił, że usługa doradztwa zakupowego świadczona była także po złożeniu i zakończeniu oceny ofert przetargowych, tj. podczas zamówień uzupełniających, które również wchodziły w skład usługi Inżyniera Kontraktu. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu w sposób mówiący o tym, że doradztwo w procesie zakupowym to tylko przygotowanie dokumentacji przetargowej i ocena ofert - był to tylko element obligatoryjny tej usługi i została ona wykonana należycie. Odwołujący wykonywał usługi doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym podczas wszystkich zamówień uzupełniających objętych referencyjnym kontraktem, a więc usługa była realizowana również po zakończeniu oceny ofert.

Odnosnie pozycji nr 1 w Wykazie usług Odwołujący stoi na stanowisku, że usługa została wykonana należycie w okresie 5 ostatnich lat przed terminem składania wniosków. W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający miał wątpliwości, co do daty zakończenia usługi to mógł poprosić Odwołującego o wyjaśnienie tej kwestii. Zamawiający nie wykonał jednak takiej czynności, usprawiedliwiając się, iż wzywał Odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie ww. usługi i nie może dokonać powtórnego wezwania do uzupełnienia tego dokumentu. Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie musiał ponownie wzywać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a jedynie poprosić o stosowne wyjaśnienia dotyczące daty zakończenia inwestycji, co w tym przypadku znalazłoby swoje zastosowanie (tak jak uczynił to Zamawiający w przypadku wykonawcy Konsorcjum Energoprojekt, które było kilkakrotnie wzywane o wyjaśnienie daty zakończenia

jednej inwestycji) i rozwiąło wątpliwości Zamawiającego. Po drugie, nawet jeżeli Zamawiający byłby zmuszony do ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednakże w odmiennym zakresie, to wskazując na praktykę orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i stosowaną interpretację art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż w tym przypadku powtórne wezwanie było nie tylko możliwe, ale wręcz konieczne i nie naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców. Powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2014 r., sygn. KIO 1434/14.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego ocena Wykazu usług, została przeprowadzona w sposób nieprawidłowy. Zamawiający przedwcześnie uznał wskazane zamówienia za niespełniające wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i bezpodstawnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowych punktów. Zaś wszelkie wątpliwości Zamawiającego mogły zostać usunięte przez wezwanie Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów.

Zdaniem Odwołującego, powyższe zaniechanie Zamawiającego jest tym bardziej rażące, iż w podobnym zakresie Zamawiający wzywał do wyjaśnień i uznawał za skuteczne wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów złożone przez innych wykonawców, tj. Konsorcjum Energoprojekt i Grontmij. Działania i zaniechania Zamawiającego naruszają zatem, w opinii Odwołującego, również przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, trzykrotne wzywanie Konsorcjum Energoprojekt do złożenia wyjaśnień w zakresie tej samej inwestycji (poz. 2 Wykazu usług: Usługa projektowania i nadzoru dla budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów w formule „projektuj & buduj - Bern (Szwajcaria)”) jest niedopuszczalne w sytuacji, gdy podobnej staranności Zamawiający nie dochował w przypadku oceny wniosku złożonego przez Odwołującego.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, zastanawiający jest fakt, że Wykonawca podał trzy różne daty zakończenia usługi, a Zamawiający uznał takie wyjaśnienia pomimo faktu, że pierwsze wyjaśnienia Wykonawcy nie wskazywały jednoznacznie, że usługa doradcy w procesie zakupowym została wykonana wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Co więcej, w ocenie Odwołującego, przedstawiony w liście referencyjnym okres pomiędzy 2008-2009 r. wskazuje, że proces zakupowy został wykonany w okresie wcześniejszym niż dzień składania ofert, tj. pomiędzy 1 stycznia 2008 r. a 24 lipca 2009 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że w żadnym z wyjaśnień Konsorcjum Energoprojekt nie widnieje dokładna data wykonania usługi z 2009 r., wskazanej wprost w liście referencyjnym.

Na tym tle Odwołujący wskazał, że Zamawiający mając wątpliwości, co do okresu realizacji usługi z poz. nr 1 Wykazu usług stwierdził, że nie może wezwać Wykonawcy do wyjaśnień/uzupełnień w tym przedmiocie, gdyż zostałby to uznane jako powtórne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie, przy zastosowaniu wielokrotnej procedury wezwania do wyjaśnień w stosunku do Konsorcjum

Energoprojekt, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady niedyskryminacji przy wyłanianiu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Do naruszenia ww. zasad doszło również, w opinii Odwołującego, poprzez nierówne traktowanie i ocenę punktową zamówień wykazywanych przez Odwołującego oraz Grontmij. Odwołujący podniósł, że tak jak w przypadku zamówienia wykazywanego przez Grontmij w pozycji nr 2 Wykazu usług pn. „Utylizacja odpadów Erfurt-Ost”, zamówienie z pozycji nr 6 Wykazu usług, przedłożonego przez Odwołującego stanowiło przedmiot jednego kontraktu/umowy, a więc formalnie usługa w charakterze dorady uczestniczącego w procesie zakupowym została zakończona razem z wykonaniem usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Energoprojekt ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący podniósł, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył dokument potwierdzający uprawnienia do reprezentacji AKOR-Consulting na dzień 10 września 2014 r. Zamawiający nie był w zatem stanie poprawnie ocenić, czy A. K., który podpisał zobowiązanie w imieniu AKOR-Consulting, posiadał stosowne uprawnienia/upoważnienia do składania podpisów pod zobowiązaniem do udostępnienia zasobów oraz reprezentacji podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał. Zatem, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Energoprojekt nie wykazało umocowania do reprezentacji AKOR-Consulting na dzień składania ofert, tj. 24 lipca 2014 r., a tym samym dokument załączony do wyjaśnień nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że ponieważ Konsorcjum Energoprojekt było wzywane do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej dokument zobowiązania do działania w imieniu podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, powtórne wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu oznaczałoby wezwanie do uzupełnienia dokumentu w zakresie, w którym był on już kwestionowany przez Zamawiającego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, jak również w związku z zasadą równego traktowania wykonawców, umożliwienie Konsorcjum Energoprojekt uzupełnienie przedmiotowego dokumentu byłoby w obecnej sytuacji niedopuszczalne. W związku z powyższym, należy uznać, iż wykonawca Energoprojekt nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Energoprojekt ze względu na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia w stosunku do jednego z

członków konsorcjum Odwołujący podniósł, że wykonawca Energoprojekt w stosunku do partnera konsorcjum TBF+Partner AG, Consulting Engineers z siedzibą w Zurychu, przedstawił ww. dokumenty w stosunku do czterech członków zarządu wymienionych w dokumencie rejestrowym, tj.: L. V. P., J. R., T. P. V., H. A. M.. Tymczasem w dokumencie rejestrowym firmy TBF+Partner AG, Consulting Engineers widnieją imiona i nazwiska kolejnych ośmiu osób, które wchodzi w skład zarządu i dla tych osób ww. dokumenty nie zostały przedłożone, tj.: J. R., B. K., H.-D. H., D. B., M. L., F. T., T. W., M. W. .

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyciąg z dokumentu rejestrowego wraz z tłumaczeniami przysięgłymi jednoznacznie wskazują, że zarząd TBF+Partner AG liczy dwunastu członków zarządu, a nie jak wskazał wykonawca Energoprojekt cztery osoby. W takiej sytuacji Wykonawca winien przedstawić zaświadczenia z właściwego rejestru dla każdego urzędującego członka zarządu wymienionego w dokumencie rejestrowym.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum Energoprojekt nie wykazało braku podstaw do wykluczenia i powinno zostać wezwane do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaś, nieuzupełnienie przedmiotowych dokumentów dla każdego z pozostałych członków zarządu, potwierdzających brak karalności tych osób nie później niż na dzień upływu terminu składania wniosków, powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum Energoprojekt z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt 1.1. sformułował następujące warunki udziału w postępowaniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują odpowiednim potencjałem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali następujące usługi:

1) *co najmniej 1 (jedną) usługę w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło pełnienie nadzoru nad procesem inwestycyjnym realizowanym w formule „projektuj i buduj”, prowadzenie sprawozdawczości i bieżące rozliczanie inwestycji dla instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów (rocznie) oraz co najmniej 1 (jedną) usługę w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów (rocznie) oraz*

co najmniej 1 (jedną) usługę w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów (rocznie)

2) co najmniej 1 (jedną) usługę w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło pełnienie nadzoru nad procesem inwestycyjnym realizowanym w formule „projektuj i buduj”, prowadzenie sprawozdawczości i bieżące rozliczanie budowy bloku energetycznego o mocy nie mniejszej niż 10 MWe w kogeneracji oraz

co najmniej 1 (jedną) usługę w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów (rocznie).”

Ponadto w sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu zostały sformułowane kryteria dodatkowe, pozwalające na zakwalifikowanie wykonawców zaproszonych do składania ofert w przypadku złożenia wniosków do udziału w postępowaniu, nie podlegających odrzuceniu, przez liczbę wykonawców większą niż 5:

„1.1. Zamawiający, spośród wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, z zastrzeżeniem poniższych punktów 1.2. i 1.3.

1.2. Jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymali największą liczbę punktów przyznanych według zasady:

- za każde zamówienie polegające na wykonaniu usługi w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów (rocznie), potwierdzone dokumentami, że usługa ta została wykonana należyście, Wykonawca otrzymuje 3 pkt; dodatkowo w przypadku gdy wskazane zamówienie zostało zrealizowane przy bezpośrednim udziale Wykonawcy powyższa liczba punktów zostanie powiększona o 3 pkt;

- za każde zamówienie polegające na wykonaniu usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło pełnienie nadzoru nad procesem inwestycyjnym realizowanym w formule „projektuj i buduj”, prowadzenie sprawozdawczości i bieżące rozliczanie inwestycji dla instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów, potwierdzone dokumentami, że usługa ta została wykonana należyście, Wykonawca otrzymuje 2 pkt;

dodatkowo w przypadku gdy wskazane zamówienie zostało zrealizowane przy bezpośrednim udziale Wykonawcy powyższa liczba punktów zostanie zwiększona o 1 pkt.;

- za każde zamówienie polegające na wykonaniu usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło pełnienie nadzoru nad procesem inwestycyjnym realizowanym w formule „projektuj i buduj”, prowadzenie sprawozdawczości i bieżące rozliczanie budowy bloku energetycznego o mocy nie mniejszej niż 10 MWe w kogeneracji, potwierdzone dokumentami, że usługa ta została wykonana należycie Wykonawca otrzymuje 1 pkt; dodatkowo w przypadku gdy wskazane zamówienie zostało zrealizowane przy bezpośrednim udziale Wykonawcy powyższa liczba punktów zostanie powiększona o 1 pkt.

1.3. Jeżeli nie będzie można wytypować 5 wykonawców, którzy otrzymali największą liczbę punktów, ze względu na to, że dwóch lub więcej wykonawców otrzymało identyczną ilość punktów, Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu wszystkich tych wykonawców i wówczas liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert może wynieść odpowiednio 6 lub więcej.”

Odwołujący we wniosku przedłożył Wykaz usług składający się z 9 pozycji, z czego w pozycjach nr 3, 4, 5, 6, 7 wykazał spełnienie warunku określonego w sekcji III.2.3 pkt. 1.1 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wykonania „usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło pełnienie nadzoru nad procesem inwestycyjnym realizowanym w formule „projektuj i buduj”, prowadzenie sprawozdawczości i bieżące rozliczanie inwestycji dla instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów (rocznie)”.

Dodatkowo w Wykazie usług w pozycjach nr 1, 2, 4, 5, 6, 7 Odwołujący wykazał spełnienie drugiego warunku w sekcji III.2.3 pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wykonania „usługi w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 60 tys. ton odpadów (rocznie).”

Ponadto w celu podkreślenia, że Wykonawca posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, w pozycjach nr 8 i 9 przedstawił bieżące realizacje wykonywane w zakresie usług w charakterze Inżyniera Kontraktu, w skład której wchodziło pełnienie nadzoru nad procesem inwestycyjnym realizowanym w formule „projektuj i buduj”, prowadzenie sprawozdawczości i bieżące rozliczanie budowy bloku energetycznego o mocy nie mniejszej niż 10 MWe w kogeneracji.

Zamawiający pismem z dnia 1 września 2014 r. wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia niezbędnych wyjaśnień i uzupełnień wniosku. W szczególności, odnośnie pozycji nr 5 Wykazu usług w zakresie referencji Zamawiający oczekiwał przedłożenia rzeczowego dokumentu, bowiem w jego ocenie z jego

treści nie wynikało należyte wykonanie usług przedstawionych w Wykazie, a w zakresie daty zakończenia „usługi w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności min. 100 tys. ton odpadów (rocznie)”, Zamawiający zażądał podania dokładnej daty zakończenia usługi.

W zakresie pozycji nr 6 Wykazu usług, Zamawiający zażądał podania dokładnej daty zakończenia „usługi w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności 115 tys. ton odpadów (rocznie)”.

Odwołujący zobowiązany był również odnośnie pozycji nr 1 Wykazu usług w zakresie „usługi w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym (w tym opracował dokumentację przetargową i wykonał ocenę ofert) prowadzonym w celu przeprowadzenia postępowania wyboru wykonawcy instalacji termicznego przekształcania odpadów w technologii rusztowej o wydajności 115 tys. ton odpadów (rocznie)” do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie ww. usługi (ewentualnie tłumaczenia dokumentu uprzednio dołączonego do wniosku), bowiem zdaniem Zamawiającego, dokument dołączony w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi zawiera niezrozumiałe sformułowania, co czyni niemożliwym stwierdzenie autentycznej treści dołączonego dokumentu i zweryfikowanie, czy dotyczy on usługi podanej we Wniosku.

W odpowiedzi (pismo z dnia 9 września 2014 r.) Odwołujący w zakresie pozycji nr 5 Wykazu usług przedłożył uzupełnione tłumaczenie dokumentu potwierdzające należyte wykonanie usługi i wyjaśnił, że usługa w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym zakończyła się w styczniu 2010 r. Odnośnie pozycji nr 6 Wykazu usług podał, że usługa w charakterze doradcy uczestniczącego w procesie zakupowym zakończyła się w sierpniu 2009 r. Zaś, jeśli idzie o pozycję nr 1 Wniosku, to Odwołujący przedłożył tłumaczenie dokumentu złożonego wraz z wnioskiem, w celu potwierdzenia należytego wykonania przedmiotowej usługi.

Pismem z dnia 3 października 2014 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że usługi z poz. 1, 5 i 6 (w zakresie usługi dotyczącej doradcy) nie zostały uwzględnione przy obliczaniu liczby punktów, zgodnie z Zasadami kwalifikowania wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu, bowiem Odwołujący nie wykazał, że wymienione usługi referencyjne potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z sekcją III.2.1) pkt 2.5 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał przedłożenia następujących dokumentów:

„2.5. Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Ustawy wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: dokument składa każdy Wykonawca. Jeżeli, w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 Ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 Ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z tym że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem”.

Odwołujący, w stosunku do partnera konsorcjum: TBF+Partner AG, Consulting Engineers z siedzibą w Zurychu, przedstawił ww. dokumenty w stosunku do czterech osób wymienionych w dokumencie rejestrowym:

- a) L. V. P. – przewodniczący rady zarządzającej
- b) J. R. – członek rady zarządzającej
- c) T. P. V. - członek rady zarządzającej
- d) H. A. M. - członek rady zarządzającej.

Natomiast zaświadczenia o niekaralności nie przedstawiono w stosunku do pozostałych osób ujawnionych w dokumencie rejestrowym, które pełnią funkcję członka zarządu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie wadliwej oceny poz. nr 5 Wykazu usług przedłożonego celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie wiedzy i doświadczenia, Izba pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania uwzględniając okoliczność, że Odwołujący cofnął zarzut. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący na mocy przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp uprawniony jest do cofnięcia odwołania, co skutkuje umorzeniem postępowania. Sięgając do reguły wnioskowania *a maiori ad minus* należało dojść do przekonania, że dopuszczalne jest również cofnięcie zarzutu. Skoro cofnięcie odwołania jest czynnością, mocą której odwołujący wycofuje wniesione odwołanie, a więc rezygnuje z jego rozpoznania w toku

postępowania odwoławczego, to złożenie oświadczenia woli w przedmiocie cofnięcia zarzutu w określonym zakresie winno wywoływać skutki, mając na uwadze również przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniające powyższe. Mocą złożonego oświadczenia woli Odwołujący zrezygnował z rozpoznania odwołania przez Izbę we wskazanym zakresie, co przy jednoczesnym braku podstaw do badania przez Izbę dopuszczalności przedmiotowej czynności i braku konieczności uzyskania zgody strony przeciwnej na dokonanie rzeczowej czynności, powoduje konieczność pozostawienia przez Izbę przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania (wobec braku instrumentu w postaci uprawnienia do umorzenia postępowania w części).

Przechodząc do oceny czynności Zamawiającego, polegającej na weryfikacji doświadczenia Odwołującego, dokonanej przez pryzmat postawionego warunku udziału w postępowaniu zauważyć należy, w odniesieniu do pozycji 6 Wykazu usług, że wykonawca pierwotnie złożył oświadczenie, iż sporna usługa została wykonana w roku 2011. Powyższe budziło wątpliwości Zamawiającego na tle przedłożonych referencji, gdzie w treści wskazano, że w rzeczonym roku miało miejsce również uruchomienie i przejęcie inwestycji. Tymczasem doświadczenie życiowe wskazuje, że etap przygotowania postępowania i wyłonienia wykonawcy nie przebiega równoległe z procesem inwestycyjnym i nie kończy się w momencie oddania przedmiotu inwestycji do użytkowania.

Przypuszczenia Zamawiającego okazały się trafne, bowiem Odwołujący wezwany do udzielenia wyjaśnień wskazał, że wykonanie spornej usługi zostało zakończone w sierpniu 2009 r. Oznacza to, że zmienił (odwołał) swoje pierwotne oświadczenie. Skoro więc, Odwołujący konsekwentnie i ostatecznie oświadczył, w jakim terminie została zrealizowana sporna usługa, Zamawiający mając na uwadze, że przedmiotowe oświadczenie wywiera daleko idące skutki prawne a Odwołujący jest profesjonalnym wykonawcą, od którego należy oczekiwać podwyższonej staranności (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c.), nie miał podstaw wzywania do udzielenia kolejnych wyjaśnień. Odwołujący zajął bowiem jednoznaczne stanowisko.

Zdaniem Izby, oceny tej nie zmienia również fakt, że Zamawiający dysponował informacjami, z których wynikało, że realizacja spornej usługi została zakończona w innym czasie. Rozważania te Izba czyni jedynie na marginesie, bowiem w istocie Odwołujący nie sformułował prawidłowo zarzutu (rozumianego w świetle ustawy Pzp jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych) naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący w istocie poza wskazaniem przepisu prawa i twierdzeniu, że w okolicznościach niniejszej sprawy zaktualizowały się przesłanki do zastosowania wskazanej regulacji w istocie w żaden sposób tego nie uzasadnia. Lektura treści odwołania prowadzi wręcz do wniosku, że sam Odwołujący takiej podstawy nie dostrzega, skoro „oświadcza, że udzielił

wyjaśnień zgodnych ze stanem faktycznym.”

Natomiast Izba stoi na stanowisku, że skoro Odwołujący złożył oświadczenie, które ma niebagatelne znaczenie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu to treść tego oświadczenia nie może być przez Zamawiającego w sposób bezkrytyczny przyjmowana, tym bardziej w sytuacji, w której Zamawiający dysponuje wiedzą powziętą w toku prowadzenia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a informacje te pochodzą od pomiotu, który bezpośrednio realizował referencyjną usługę. W ocenie Izby, Zamawiający jest uprawniony do konfrontowania tej wiedzy z treścią oświadczenia Odwołującego, przeciwnie stanowisko oznaczałoby bowiem, że nie mamy do czynienia z realną oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jedynie z formalnym sprawdzeniem, czy treść oświadczenia Odwołującego odpowiada treści warunku. Jednocześnie ocena występujących rozbieżności nie zawsze musi prowadzić do stwierdzenia, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), bowiem częstokroć nie ma podstaw do przypisania wykonawcy świadomego i celowego działania, jednakże nie stoi to na przeszkodzie ustaleniu stanu odpowiadającego rzeczywistości.

Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący mimo, że z pisma Zamawiającego z dnia 3 października 2014 r. powziął informację o powodach negatywnej weryfikacji spornej usługi, w toku postępowania odwoławczego informacji pochodzącej od Wykonawcy spornej usługi nawet nie zakwestionował, nie udowodnił również ani też nie uprawdopodobnił, że wiedza ta nie odpowiada stanowi faktycznemu. Odwołujący również nie wskazywał, że skoro Zamawiający dysponował wiedzą na temat referencyjnej usługi pochodzącą nie tylko z treści wniosku Odwołującego winien był zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

Co więcej, na użytek postępowania odwoławczego z jednej strony twierdził, że oświadczenie, które złożył polegało na prawdzie, z drugiej zaś domagał się uznania, że usługa zakończyła się jednak w roku 2011. Twierdzenie Odwołującego, że sporna usługa „była wykonywana w zakresie całości kontraktu” zatem jej zrealizowanie nastąpiło z wykonaniem usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu, po pierwsze co do treści pozostaje w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem, nie można bowiem przyjąć, że jest możliwe wskazanie dwóch terminów zakończenia realizacji usługi, jeden ściśle związany z wykonaniem przedmiotu inwestycji, drugi przypisany z przyczyn formalnych. Sam Odwołujący więc nie twierdzi, że sporna usługa była świadczona równolegle z usługą Inżyniera Kontraktu, a dostrzega jedynie pewną zależność między nimi.

Domaganie się uznania z przyczyn formalnych, iż zakończenie realizacji spornej usługi miało miejsce razem z realizacją usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu przeczy również kolejnemu twierdzeniu Odwołującego, że po zakończeniu oceny ofert przetargowych

usługa doradcy dalej była świadczona. Jeśli w istocie by tak było, to Odwołujący nie używałby argumentów formalnych. W ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego o rzekomej działalności doradcy w zakresie zamówień uzupełniających podczas świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu nie znajdują jakiegokolwiek potwierdzenia. Odwołujący zaniechał w tym przedmiocie jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. Nadto, nie sposób również nie dostrzec, że pozostają one w sprzeczności z oświadczeniem Odwołującego złożonym w toku wyjaśnień.

Zamawiający zatem prawidłowo przyjął, opierając się na informacjach uzyskanych od Wykonawcy referencyjnej usługi, że usługa doradcy w procesie zakupowym została wykonana w roku 2008. Ponadto, w ocenie Izby, przedłożonego dokumentu nie może dyskredytować jedynie z uwagi na fakt, że podpis na przedmiotowym dokumencie złożono obok odcisku pieczęci „za zgodność z oryginałem”, po pierwsze, podpisu nie umieszczono na rzeczonym odcisku, co mogłoby wskazywać na zamiar jedynie potwierdzenia zgodności z oryginałem, po drugie, podpis został złożony na dokumencie, więc należy przyjąć, że osoba ta w istocie składa to oświadczenie, tym bardziej, że dokument ten został złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i miał znaczenie z punktu widzenia treści tam zawartych, a podpis pochodzi od pełnomocnika Konsorcjum, które wniosek złożyło.

Podsumowując, stwierdzić należy, że Odwołujący w sposób niebudzący wątpliwości nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w analizowanym zakresie. Wręcz przeciwnie, z jednej strony zmienia pierwotne oświadczenie, z drugiej stoi na stanowisku, że w istocie realizacja spornej usługi została zakończona z wykonaniem usługi Inżyniera Kontraktu. Powyższe wskazuje, że Odwołujący kreuje rzeczywistość na użytek prowadzonego postępowania, a przytoczona w treści odwołania argumentacja jest obliczona jedynie na osiągnięcie korzystnego rozstrzygnięcia. Tym bardziej, że Odwołujący wiedząc o powodach negatywnej weryfikacji przedmiotowej usługi przez Zamawiającego w żaden sposób nie starał nie wykazać, że Zamawiający błędnie przyjął, że sporna usługa została wykonana w roku 2008 r. Odwołujący nie podniósł również w treści odwołania, że wobec posiadanych informacji, winien zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień.

W piśmie procesowym Odwołujący zaś starał się z przyczyn formalnych zakwestionować decyzję Zamawiającego, wskazując, że Zamawiający nie skorzystał z instrumentu, o którym mowa w § 1 ust. 5 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Jednakże przedmiotowego zarzutu Odwołujący nie podniósł w treści odwołania, a zatem z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brak możliwości rozstrzygnięcia w tym zakresie.

W rzeczonym piśmie procesowym powołana jest również argumentacja, iż sporna

usługa została wykonana na podstawie jednej umowy wraz z usługą Inżyniera Kontraktu, w tym zakresie jedynie na marginesie, mając na względzie wywody uczynione powyżej, wskazać należy, że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu znaczenie ma data wykonania referencyjnej usługi, a nie data realizacji umowy, której przedmiotem jest wiele usług.

Odnosząc się do weryfikacji doświadczenia Odwołującego wskazanego w pozycji 1. Wykazu usług stwierdzić należy, iż brak było podstaw do wezwania Odwołującego do przedłożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że Zamawiający pismem z dnia 1 września 2014 r. wezwał Odwołującego do doręczenia przedmiotowego dokumentu odnośnie spornej pozycji. Biorąc zaś pod uwagę utrwaloną linię orzeczniczą, iż w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszczalne jest jednokrotne wzywanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Dalej podkreślić należy, że z mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy zobowiązani są do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że ciężar dowodu w tym przedmiocie spoczywał na Odwołującym i wykazanie tej okoliczności winno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a nie w toku postępowania odwoławczego.

Skoro Odwołujący zobowiązany został do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie spornej usługi, to po pierwsze, przy pomocy rzeczonego dokumentu winien w sposób niewątpliwy wykazać, że referencyjne zamówienie zostało wykonane, po drugie, że zostało wykonane należycie.

W tłumaczeniu referencji pierwotnie dołączonych do wniosku użyto sformułowania „analiza bieżących ofert (2) – na podstawie umowy”. Z uzupełnionego tłumaczenia rzeczonych referencji wynika zaś, że zamówienie zostało zrealizowane. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że obie wersje tłumaczenia dotyczą tożsamego dokumentu, a zwrot „*prévu au contrat*” występujący w obu dokumentach został przetłumaczony odmiennie, przy czym tłumaczenia te niosą zupełnie różną treść, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia weryfikacji spornej usługi. W ocenie Izby, ze sformułowaniem „na podstawie umowy” nie sposób łączyć wykonania usług, z pewnością bowiem zwrot „na podstawie umowy” nie oznacza zrealizowania czy wykonania tej umowy.

Skoro więc Zamawiający miał do czynienia z odmiennym tłumaczeniem tożsamego dokumentu, a przyjęcie któregokolwiek z nich rodziło daleko idące skutki, Zamawiający w ramach rzetelnej oceny, przyjął tłumaczenie za słownikiem francusko-polskim, czego Odwołujący nie kwestionuje. Tym samym Zamawiający ustalił, że zwrot „*prévu au contrat*”

oznacza „przewidziano w umowie”, zaś „*termine*”, które to sformułowanie użyte jest w treści analizowanych referencji znaczy tyle co „zakończone”. Potwierdza to również tłumaczenie spornego dokumentu wykonane na zlecenie Zamawiającego przez podmiot zewnętrzny.

Zatem nie można było przyjąć, na podstawie dostarczonych przez Odwołującego dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że referencyjne zamówienie zostało zrealizowane. Stanowisko Zamawiającego znajdowało potwierdzenie również i z tego powodu, że w treści spornych referencji w odniesieniu do konkretnych czynności użyto określenia „*termine*”, a w przypadku innych posłużono się zwrotem „*prévu au contrat*”. Biorąc więc pod uwagę konsekwencję wystawcy dokumentu należało dojść do przekonania, że autor dokumentu wyraźnie zaznacza, które zamówienia zostały wykonane. Zatem na podstawie przedłożonych dokumentów uprawniona była ocena Zamawiającego.

Izba nie dostrzega podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, skoro wątpliwe nie były okoliczności faktyczne, a jedynie tłumaczenie dokumentu było nierzetelne.

Ponadto, ocenie Zamawiającego podlegał uzupełniony dokument i z treści tego dokumentu nie wynikało, że referencyjne zamówienie zostało zrealizowane. Zdaniem Izby, niezależnie od tego, czy zwrot „*prévu au contrat*” zostanie przetłumaczony jako „na podstawie umowy” czy „zawarte w umowie” (tłumaczenie dokumentu przedłożone na rozprawie przez Odwołującego) to z obu wersji tych tłumaczeń nie wynika fakt zrealizowania zamówienia. Oznacza jedynie tyle, że sporna usługa była przedmiotem określonej umowy. Mając to na uwadze, Izba nie dostrzega podstaw, wobec braku wątpliwości co do etapu realizowanej usługi, tym bardziej, że w odniesieniu do usług zakończonych okoliczność ta została wyraźnie wyartykułowana, do żądania wyjaśnień w tym przedmiocie (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

Zdaniem Izby, nie ma również uzasadnienia do dokonania weryfikacji spornej usługi na podstawie dokumentu z dnia 16 października 2014 r., przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. To wykonawca, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Czyni to za pomocą dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, ale to wykonawca decyduje, jakie dokumenty przedstawia. Skoro Odwołujący zdecydował się na przedstawienie dokumentu, który w ocenie Odwołującego, nie potwierdza stanu aktualnego na moment złożenia wniosku, to nie oznacza, że po raz kolejny dokument może uzupełnić i może to uczynić w toku postępowania odwoławczego. W świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie jest bowiem istotne, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale czy ten fakt wykazał.

W zakresie umocowania do działania A. K. (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 powołanego rozporządzenia) Odwołujący cofnął zarzut, co skutkuje pozostawieniem go bez rozpoznania, z powodów, o których była mowa wyżej.

Odwołujący domaga się wezwania Konsorcjum Energoprojekt do uzupełnienia dokumentów z uwagi na fakt, że nie przedłożono zaświadczenia na okoliczność, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 8 i 11 ustawy Pzp dla wszystkich członków zarządu wykonawcy TBF+Partner AG, Consulting Engineers. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zwracając uwagę na fakt, że w powołanych przepisach mowa o urzędującym członku zarządu, co oznacza, iż chodzi o osobę uprawnioną do zarządzania i reprezentacji spółki. Jednakże ustalenie tej okoliczności nie może odbywać się na gruncie prawa polskiego w odniesieniu do spółek prawa obcego. Dla stwierdzenia, które osoby stanowią urzędujących członków zarządu nie wystarczy w okolicznościach niniejszej sprawy odwołanie się do właściwego rejestru handowego i odkodowanie danej osoby jako członka zarządu, ale niezbędnym jest również uwzględnienie systemu organów spółek na gruncie danego ustawodawstwa.

Odwołujący nie wykazał, że w Szwajcarii występuje dualistyczny system organów spółki (rozdzielenie kompetencji nadzorczych od zarządczych), jak ma to miejsce w Polsce, nie wniosł również o przeprowadzenie dowodu w tym zakresie.

Izba ustaliła, że w Szwajcarii został ustanowiony system monistyczny organów spółek, w którym występuje jeden organ zarządzający, tzw. rada dyrektorów lub rada administrująca (Konaceraia Senatu Biuro Analiz i Dokumentacji: *Ekspertyza na temat zielonej księgi Komisji Europejskiej pt. „Unijne ramy ładu korporacyjnego”*). Model monistyczny charakteryzuje się tym, że członkowie rady dyrektorów dzielą się na tzw. dyrektorów zarządzających, którzy prowadzą na bieżąco sprawy spółki, i niezarządzających, którzy wykonują funkcję nadzorczą i do pewnego stopnia, stanowią odpowiednik członków rady nadzorczej w systemie dualistycznym. Oznacza to, że w ramach jednego organu następuje funkcjonalne rozdzielenie kompetencji. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący winien wykazać, że osoby, dla których nie dołączono spornych zaświadczeń pełnią rolę dyrektorów zarządzających. Skoro Odwołujący obowiązku tego nie udźwignął i tylko na podstawie wpisu w rejestrze handlowym wywodzi o konieczności przedłożenia rzeczonych dokumentów, działania te należy uznać za niewystarczające dla stwierdzenia podstaw do wezwania wskazanego Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że przedstawiono zaświadczenia dla wszystkich członków rady zarządzającej, na podstawie czego należy wnosić, że pozostałe osoby pełniące funkcję członków zarządu, a funkcji organu zarządzającego nie spełniają.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) i niedyskryminacyjnego i obiektywnego wyłonienia wykonawców zaproszonych do składania ofert (art. 51 ust. 2 ustawy Pzp). W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż zarzuty te są nieuzasadnione już z tej przyczyny, że Izba nie stwierdziła, iż zaktualizowały się przesłanki do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, o złamaniu przedmiotowych zasad nie świadczy fakt podjęcia tożsamej rodzajowo czynności w odniesieniu do innego wykonawcy, skoro czynność ta nie podlega badaniu Izby, bowiem nie jest kwestionowana. Wobec braku oceny nie jest możliwe przyjęcie takiego oto założenia, że skoro czynność została dokonana wobec danego wykonawcy to tym samym winna być podjęta wobec Odwołującego.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Zamawiający wzywał do wyjaśnień Konsorcjum Energoprojekt w odniesieniu do usługi, która została zrealizowana, zaś z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego odnośnie pozycji nr 1 Wykazu usług wynikało, że usługa nie została wykonana, co oznacza, że nie może być brana pod uwagę przy weryfikacji doświadczenia wykonawcy, a fakt braku jej realizacji nie wymaga dalszych wyjaśnień.

Jeśli idzie zaś o Konsorcjum Grontmij, to zwrócić należy uwagę, że Wykonawca ten wskazał w ramach udzielonych wyjaśnień (pismo z dnia 10 września 2014 r.), że usługa doradcy była wykonywana przez cały okres budowy instalacji, odmienne więc niż uczynił to Odwołujący, który wycofał się z pierwotnego oświadczenia, że usługa Inżyniera Kontraktu i doradcy były realizowane równolegle. Dopiero na użytek postępowania odwoławczego prezentuje argumentację podobną do tej powołanej przez Konsorcjum Grontmij. Dostrzec jednocześnie wypada, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, fakt wykonywania usług w ramach jednej umowy nie był przesądzający, a znaczenie miał okres faktycznej realizacji określonej usługi.

Reasumując stwierdzić należy, że dokonana przez Zamawiającego ocena doświadczenia Odwołującego została przeprowadzona w sposób prawidłowy. Zatem, nie było podstaw do zaproszenia Odwołującego do składania ofert (art. 51 ust. 1 ustawy Pzp), a tym samym w świetle przepisu art. 51 ust. 2 ustawy Pzp winno go się traktować jako wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: