

WYROK

z dnia 15 listopada 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2017 roku przez wykonawcę **D. Sp. z o.o. z siedzibą w R.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **J.S.W. S.A. z siedzibą w J.**

przy udziale wykonawcy: **E. S.A. z siedzibą w C.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty o oryginał lub notarialnie poświadczoną kopię zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zasobów potwierdzających zdolność techniczną;
2. oddala zarzuty odwołania w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – D. Sp. z o.o. z siedzibą w R. i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Odwołującego D. Sp. z o.o. z siedzibą w R.** na rzecz **Zamawiającego - J.S.W. S.A. z siedzibą w J.** kwotę 3 750,00 zł (słownie: trzech tysięcy siedmiuset pięćdziesięciu złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione przez Zamawiającego o z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę do Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Dnia 2 listopada 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca: **D. Sp. z o.o. z siedzibą w R.**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, w trybie przetargu nieograniczonego na: *Dokończenie budowy klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych w J.S.W. S.A. K. „B.-Z.-J. Ruch „Z.”* prowadzi Zamawiający: **J.S.W. S.A. z siedzibą w J.**

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę E. S.A. z siedzibą w C. (dalej „E.” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę E.,
- c) zaniechania czynności wezwania wykonawcy E. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- d) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy E. z postępowania, pomimo że wykonawca E. nie wykazał spełniania warunków udziału oraz zaniechania czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę E. za odrzuconą, pomimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- e) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. z dnia 05 lipca 2017 r., numer ogłoszenia (...). Postępowanie zostało wszczęte 05 lipca 2017 r. (data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego), zatem mają do niego zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. (...)).

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty naruszenia

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy E. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy E. z postępowania, pomimo że wykonawca E. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę E. za odrzuconą, pomimo że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy E. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy E. jako najkorzystniejszej;
- b) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę E.;
- c) wezwał wykonawcę E. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w razie niezłożenia, nieuzupełnienia lub niepoprawienia tych oświadczeń i dokumentów, aby dokonał czynności wykluczenia wykonawcy E. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp a w konsekwencji
- d) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zaznaczył, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dokonał zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący w dniu 23 października 2017 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którą jako

najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy E., natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zatem odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP, odwołanie nie zawierało więc braków formalnych.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wówczas dopiero Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożone przez wykonawcę E. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający odmawiał Odwołującemu udostępnienia tych dokumentów wskazując, że elementy te stanowią załączniki do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia. Stąd jawność załączników do protokołu podlega ograniczeniu czasowemu, bowiem załączniki do protokołu podlegają ujawnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania. Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt X, ppkt 1.1), lit. c) SIWZ w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej „JEDZ”), którego złożenia wraz z ofertą wymagał Zamawiający, w Części IV: Kryteria kwalifikacji wymagane było wypełnienie tylko Sekcji B. Innymi słowy w JEDZ z ofertą wykonawcy jak i podmioty udostępniające zasoby składali tylko ogólne oświadczenie, że spełniają wymagane kryteria kwalifikacji, bez żadnych dalszych informacji w tym zakresie. Natomiast szczegółowe informacje co do spełniania warunków udziału w postępowaniu miały wynikać dopiero z oświadczeń i dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący dodał, że zgodnie z pkt II SIWZ postępowanie prowadzone jest na zasadach określonych w art. 24aa ustawy Pzp. Więc dopiero po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający mógł ustalić, która oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej) i tym samym dopiero po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający mógł dokonać oceny podmiotowej wykonawcy E.. Zamawiający nie dokonał natomiast takiej oceny wcześniej, tj. przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej, w szczególności przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej nie sprawdzał prawidłowości zobowiązań

Odnosnie postawionych zarzutów Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazał w SIWZ (pkt IX, lit. B., ppkt 1), że:

„B. Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu:

1. Na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, wskazanego w punkcie A.2) lit c) wymagane jest: posiadanie wiedzy i doświadczenia

w zakresie wykonania (zakończenia realizacji) - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia obejmującego projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej minimum 4MW."

Zatem Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się co najmniej jednym zamówieniem obejmującym projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie wszystkich urządzeń centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej minimum 4MW, bez żadnych wyłączeń. W ocenie Odwołującego Zamawiający celowo i świadomie posłużył się w warunku sformułowaniem „urządzenia centralnej klimatyzacji”, gdyż chodziło mu o wszystkie urządzenia centralnej klimatyzacji a nie tylko o niektóre z nich. Jak się bowiem powszechnie przyjmuje: *„Klimatyzacja centralna - jeden z systemów klimatyzacji wyrobisk górniczych. Klimatyzacja centralna związana jest z lokalizacją urządzeń odbierających ciepło skraplania na powierzchni i lokalizacją agregatów chłodniczych na powierzchni (tj. Urządzenie Stacji Powierzchniowej - przyp. Odwołującego), pod ziemią lub na powierzchni i pod ziemią. Układ klimatyzacji składa się z obiegów niskiego i wysokiego ciśnienia wody wraz z reduktorem ciśnienia na dole kopalni. W układach klimatyzacji centralnej wykorzystuje się agregaty chłodnicze chłodzące wodę, która jest nośnikiem zimna w wodnych chłodnicach powietrza.*

(...)

Klimatyzacja centralna z agregatami na powierzchni i reduktorem ciśnienia hydrostatycznego na dole składa się z:

- *Części naziemnej (tj. Stacji Powierzchniowej - przyp. Odwołującego): agregaty chłodnicze sprężarkowe lub absorpcyjne wraz z zespołem urządzeń zasilania, zabezpieczenia i sterowania elektrycznego oraz regulacji automatycznej, pompy obiegowe wymuszające przepływ zimnej wody (wody lodowej) w rurociągu pomiędzy agregatami chłodniczymi a wymiennikiem ciśnienia na dole kopalni.*
- *Części szybowej (tj. Obiegu Pierwotnego - przyp. Odwołującego): zespół izolowanych rurociągów wysokociśnieniowych ułożonych w szybie służących do opuszczania zimnej wody na dół i odpompowania podgrzanej wody na powierzchnie.*
- *Części podziemnej tj. Stacji Dołowej i Obiegu Wtórnego - przyp. Odwołującego): reduktor ciśnienia hydrostatycznego trójkomorowy podajnik cieczy, turbina Peltona), zespół preizolowanych i nieizolowanych rurociągów niskociśnieniowych rozprowadzających zimną wodę (wodę jodową) do chłodnic powietrza, pompy obiegowe wymuszające przepływ zimnej wody i wody lodowej) w rurociągu niskociśnieniowym na dole kopalni." (cytat za: Wikipedia, https://pl.wikipedia.org/wiki/Klimatyzacja_centralna).*

W przypadku klimatyzacji centralnej z agregatami na powierzchni i reduktorem ciśnienia hydrostatycznego na dole (tak jak w przypadku przedmiotowego przetargu) na urządzenia centralnej klimatyzacji składają się co najmniej trzy grupy podstawowych

urządzeń (w części naziemnej - Stacja Powierzchniowa, w części szybowej - Obieg Pierwotny i w części podziemnej - Stacja Dołowa i Obieg Wtórny), zatem wykonawca powołujący się na doświadczenie dotyczące takiej właśnie klimatyzacji powinien wykazać się zamówieniem dotyczącym wszystkich ww. urządzeń klimatyzacji centralnej. W ocenie Odwołującego inna interpretacja warunku, w szczególności przyjęcie, że wykonawca może się wykazać zamówieniem obejmującym projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie jakichkolwiek urządzeń centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej minimum 4MW, prowadzi do niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji. Przy takim rozumieniu warunku wykonawca mógłby się bowiem powołać na np. zamówienie obejmujące projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie dwóch niewielkich zaworów wchodzących w skład centralnej klimatyzacji, gdyż niewątpliwie zawór jest urządzeniem. Jednocześnie takie doświadczenie byłoby całkowicie nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, który jest bardzo skomplikowany i obejmuje:

- 1) budowę powierzchniowej stacji chłodniczej na bazie chłodziarek absorpcyjnych i sprężarkowych wraz z rurociągami powierzchniowymi, czyli prace w zakresie Stacji Powierzchniowej,
- 2) budowę rurociągów w szybie IIz (preizolowany rurociąg wody chłodniczej (zimnej) zasilającej dół, rurociąg powrotny - bez izolacji), czyli prace w zakresie Obiegu Pierwotnego, tj. rurociągów pionowych,
- 3) wykonanie prób ciśnieniowych rurociągów głównych ciągów sieci klimatycznej na przekopach głównych, czyli prace w zakresie Obiegu Wtórnego, tj. rurociągów poziomych,
- 4) budowę systemu zdalnego sterowania i wizualizacji, dla obsługi całego układu na powierzchni i na dole kopalni, czyli prace w zakresie Stacji Powierzchniowej, Stacji Dołowej, Obiegu Pierwotnego i Obiegu Wtórnego.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że aby wykonać tak złożone zamówienie konieczne jest legitymowanie się doświadczeniem w realizacji zamówienia obejmującego projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie wszystkich urządzeń wchodzących w skład każdej centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej minimum 4MW. Każda centralna klimatyzacja składa się ze Stacji Powierzchniowej, Obiegu Pierwotnego, Stacji Dołowej i Obiegu Wtórnego. Żaden z tych elementów, jak i składających się na te elementy urządzeń nie może więc stanowić z osobna, sam w sobie, centralnej klimatyzacji, ponieważ aby mówić o centralnej klimatyzacji wszystkie elementy muszą ze sobą współpracować i być powiązane.

Odnosząc powyższe do doświadczenia wykazanego przez wykonawcę E. Odwołujący podniósł, że z oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę E. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca ten powołał się na doświadczenie udostępnione mu przez G.R.P. Sp. z o.o. W

złożonym Zamawiającemu wykazie wykonanych zamówień, w kolumnie 6, wykonawca E. potwierdził Zamawiającemu, że zamówienie wykonane przez G.R.P. Sp. z o.o. obejmowało projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń centralnej klimatyzacji.

Tymczasem analiza innych informacji podanych w wykazie, a zwłaszcza analiza załączonych do wykazu referencji nie pozostawia wątpliwości, że zamówienie wykonane przez G.R.P. Sp. z o.o. obejmowało projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie tylko urządzeń Stacji Powierzchniowej, czyli tylko jednego elementu, który sam w sobie nie stanowi centralnej klimatyzacji.

Zarówno w wykazie, w kolumnie 2, jak i w załączonych do wykazu referencjach wskazano, że zamówienie (a de facto dwa zamówienia) wykonane przez G.R.P. Sp. z o.o. obejmowało zaprojektowanie, dostawę oraz montaż i uruchomienie kompletnej amoniakalnej instalacji chłodniczej Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji dla pola B. w L.W. „B.” S.A. Innymi słowy, zamówienie wykonane przez G.R.P. Sp. z o.o. dotyczyło tylko urządzeń Stacji Powierzchniowej,

tj. amoniakalnych agregatów sprężarkowych śrubowych G.. W przedstawionej referencji brak jest wzmianki o centralnej klimatyzacji, jest jedynie informacja o zamówieniu obejmującym Powierzchniową Stację Klimatyzacji. Jest to kolejny argument za tym, że czym innym jest centralna klimatyzacja, a czym innym Powierzchniowa Stacja Klimatyzacji. Natomiast postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczy urządzeń centralnej klimatyzacji a nie urządzeń Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji.

Skoro wykonawca E. powołał się na doświadczenie dotyczące klimatyzacji centralnej z agregatami na powierzchni i reduktorem ciśnienia hydrostatycznego na dole, to powinien wykazać się zamówieniem dotyczącym wszystkich urządzeń wchodzących w skład takiej klimatyzacji centralnej, czyli urządzeń w części naziemnej, w części szybowej i w części podziemnej. Tymczasem doświadczenie, na które powołał się wykonawca E., dotyczy tylko i wyłącznie urządzeń w części naziemnej klimatyzacji centralnej (tj. Stacji Powierzchniowej), czyli amoniakalnych agregatów sprężarkowych śrubowych G. zamontowanych w Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji. Zamówienie wykonane przez G.R.P. Sp. z o.o. nie dotyczyło bowiem w ogóle urządzeń w części szybowej (tj. Obiegu Pierwotnego - rurociągów pionowych) i w części podziemnej klimatyzacji centralnej (tj. Stacji Dołowej i Obiegu Wtórnego - rurociągów poziomych). Już zatem tylko z tego względu nie sposób przyjąć, że wykonawca E. legitymuje się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę brzmienie warunku, w ocenie Odwołującego nie ma wątpliwości, że to jedno konkretne zamówienie miało obejmować swoim zakresem projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej

minimum 4MW. Innymi słowy Zamawiający nie zezwolił na łączenie doświadczenia wynikającego z dwóch czy więcej zamówień.

Wykonawca E. powołał się na doświadczenie udostępnione mu przez G.R.P. Sp. z o.o. W złożonym Zamawiającemu wykazie zamówień doświadczenie to opisano jako wynikające z jednego konkretnego zamówienia na rzecz L.W. „B.” S.A., obejmującego zaprojektowanie, dostawę oraz montaż i uruchomienie kompletnej amoniakalnej instalacji chłodniczej Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji dla pola B. w L.W. „B.” S.A. Analiza załączonych do wykazu referencji nie pozostawia żadnych wątpliwości, że G.R.P. Sp. z o.o. w rzeczywistości wykonała dwa odrębne zamówienia, jedno dla G.K.W. S.A. jako podwykonawca, a drugie dla Ł.E. Sp. z o.o., również jako podwykonawca.

Innymi słowy zaprojektowanie, dostawa oraz montaż i uruchomienie kompletnej amoniakalnej instalacji chłodniczej Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji dla pola B. w L.W. „B.” S.A. nastąpiło w ramach dwóch różnych zamówień wykonanych dla dwóch różnych podmiotów (G.K.W. S.A. i Ł.E. Sp. z o.o.) a żadnym z nich nie była L.W. „B.” S.A.

W ocenie Odwołującego „sumowanie” czy też „łączenie” doświadczenia uzyskanego przez G.R.P. Sp. z o.o. w ramach dwóch różnych zamówień jest niedopuszczalne i bezpodstawne, tym bardziej że Zamawiający jasno i wyraźnie wymagał w warunku, aby wykonawca legitymował się jednym zamówieniem, które miało obejmować cały wymagany zakres.

Odwołujący zaznaczył też, że znane mu są orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w których Izba dopuściła możliwość „sumowania” czy też „łączenia” doświadczenia uzyskanego w ramach dwóch czy więcej różnych zamówień. Niemniej jednak w świetle tego orzecznictwa nie ma wątpliwości, że dopuszczalność takiego „sumowania” czy też „łączenia” doświadczenia zależy od spełnienia szeregu różnych warunków. Podstawowym warunkiem jest tzw. tożsamość czasowa zamówienia, rozumiana w taki sposób, że odrębne zamówienia muszą być zrealizowane jednocześnie albo w zbliżonej perspektywie czasowej, tj. bezpośrednio po sobie, jedno po drugim, bez przerw w realizacji. Tymczasem jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego:

- a) rozwiązanie umowy przez L.W. „B.” S.A. z G.K. W. S.A. (a dokładnie z Konsorcjum Firm: Grupa Kapitałowa W. S.A. z siedzibą w Pszczynie [Lider Konsorcjum] oraz Łęczyńskie PRG S.A. z siedzibą w Łęcznej [Uczestnik Konsorcjum]), której podwykonawcą była G.R.P. Sp. z o.o., nastąpiło w dniu 05 marca 2015 r.,
- b) zawarcie umowy przez L.W. „B.” S.A. z Ł.E. Sp. z o.o. w B. nastąpiło w dniu 6 lipca 2015 r.,

c) zawarcie umowy podwykonawczej przez Ł.E. Sp. z o.o. w B. z G.R.P. Sp. z o.o. nastąpiło w dniu 01 września 2015 r.

Z powyższego wynika, że pomiędzy zakończeniem realizacji prac przez G.R.P. Sp. z o.o. jako podwykonawcy G.K.W. S.A. a ich rozpoczęciem jako podwykonawcy Ł.E. Sp. z o.o. nastąpiło niemal 6 miesięcy przerwy, w ciągu których żadne prace nie były przez G.R.P. Sp. z o.o. wykonywane. W ocenie Odwołującego wobec tak znacznej, niemal półrocznej przerwy pomiędzy zamówieniami nie sposób uznać, że spełniony jest tutaj warunek tożsamości czasowej zamówienia. W rezultacie każde z tych dwóch zamówień powinno być rozpatrywane osobno.

W ocenie Odwołującego żadne z tych dwóch zamówień nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, gdyż żadne nie jest zamówieniem, które obejmowało swoim zakresem projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej minimum 4MW. Po pierwsze, żadne z tych dwóch zamówień nie dotyczyło w ogóle urządzeń w części szybowej i w części podziemnej klimatyzacji centralnej. Doświadczenie, na które powołał się Przystępujący, dotyczy tylko i wyłącznie urządzeń w części naziemnej klimatyzacji centralnej (tj. Stacji Powierzchniowej). Po drugie, żadne z tych dwóch zamówień nie obejmowało wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów, tj. projektu technicznego, dostawy, montażu i uruchomienia urządzeń centralnej klimatyzacji. Zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego L.W. „B.” S.A. w dniu 05 marca 2015 r. rozwiązał umowę z G.K. W. S.A., której podwykonawcą była G. R.P. Sp. z o.o. Rozwiązanie umowy nastąpiło przed jej wykonaniem w całości, w szczególności nie została dostarczona i zamontowana w całości instalacja chłodnicza Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji, nie nastąpiło też uruchomienie dostarczonych i zamontowanych urządzeń. Innymi słowy zamówienie, które G. R.P. SD. z o.o. wykonała jako podwykonawca G.K.W. S.A.. nie obejmowało co najmniej uruchomienia urządzeń centralnej klimatyzacji. Tymczasem Zamawiający w warunku bezwzględnie wymagał tego elementu. Ponadto, przedmiotem umowy zawartej w dniu 6 lipca 2015 r. pomiędzy L.W. „B.” S.A. a Ł.E. Sp. z o.o. było wykonanie robót budowlanych obejmujących wykonanie (dokończenie) obiektów budowlanych wraz z dostawą i montażem urządzeń i instalacji oraz uruchomienie instalacji klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych w polu B. w L. „B.” S.A. wraz z wykonaniem dokumentacji powykonawczej. Z powyższego zakresu G.R.P. Sp. z o.o. jako podwykonawcy Ł.E. Sp. z o.o. został powierzony do wykonania wyłącznie zakres robót dotyczący kompletnej amoniakalnej instalacji chłodniczej Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji, co wynika choćby z referencji wystawionej przez L.W. „B.” S.A. Innymi słowy, zakres robót powierzony do wykonania G.R.P. Sp. z o.o. jako podwykonawcy nie obejmował pozostałych robót zleconych Ł.E. Sp. z o.o. w ramach dokończenia budowy instalacji klimatyzacji centralnej, ani co

najważniejsze nie obejmował projektu technicznego urządzeń centralnej klimatyzacji. Tymczasem Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu bezwzględnie wymagał projektu technicznego urządzeń centralnej klimatyzacji. Zatem żadne z tych dwóch zamówień nie obejmowało całego wymaganego przez Zamawiającego zakresu.

Odwołujący wyjaśniał też, że czym innym jest wymagany w warunku projekt techniczny urządzeń centralnej klimatyzacji, a czym innym dokumentacja powykonawcza, której wykonanie zlecono Ł.E. Sp. z o.o. w ramach dokończenia budowy instalacji klimatyzacji centralnej. Projekt techniczny urządzeń centralnej klimatyzacji poprzedza dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń centralnej klimatyzacji, gdyż wskazuje jakie urządzenia i w jaki sposób mają zostać zamontowane i uruchomione. Natomiast dokumentacja powykonawcza dokumentuje to, co zostało zrobione wcześniej, czyli wskazuje jakie urządzenia i w jaki sposób zostały zamontowane i uruchomione. Różnica między projektem technicznym urządzeń centralnej klimatyzacji a dokumentacją powykonawczą jest zatem oczywista a opracowania te nie mogą być traktowane zamiennie. Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z posiadanymi przez niego informacjami zakres robót zleconych Ł.E. Sp. z o.o. w ramach dokończenia budowy instalacji klimatyzacji centralnej został rozdzielony pomiędzy kilku różnych podwykonawców, a G.R.P. Sp. z o.o. była tylko jednym z tych podwykonawców i to wyłącznie w zakresie dotyczącym kompletnej amoniakalnej instalacji chłodniczej Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji.

Podsumowując, w świetle powyższego zdaniem Odwołującego wykonawca E. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie Odwołujący podniósł, że skoro wykonawca E. powołał się na doświadczenie udostępnione mu przez G.R.P. Sp. z o.o., w takim wypadku, zgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami SIWZ, powinien przedstawić Zamawiającemu zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. Co do formy zobowiązania, to w Załączniku nr 8 do SIWZ (wzór wykazu wykonanych zamówień) Zamawiający zamieścił następującą uwagę:

„W przypadku gdy wykazano doświadczenie innego podmiotu, na zasoby którego Wykonawca się powołuje, składający ofertę zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności dołączając w tym celu do oferty oryginał pisemnego zobowiązania (lub notarialnie poświadczoną kopię dokumentu) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”.

Zamawiający wskazał zatem jasno i wyraźnie, że w przypadku zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wymagana jest forma pisemna i złożenie zobowiązania w oryginale lub w notarialnie poświadczonej kopii. Jeżeli natomiast przyjąć by

nawet, że wykonawcy mogli przedstawić zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, to przypomnieć trzeba, że zgodnie z pkt XVIII ppkt 6 SIWZ: *„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonują odpowiednio: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot na zdolnościach którego wykonawca polega: w zakresie tych dokumentów, które każdego z nich dotyczą.”* Nie ma wątpliwości, że zobowiązanie jest dokumentem, które dotyczy podmiotu trzeciego, zatem jeśli w ogóle dopuszczać jego złożenie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, to poświadczenia za zgodność z oryginałem powinien dokonać podmiot ,na zdolnościach którego wykonawca polega.

Natomiast E. załączył do swojej oferty (str. 45) zobowiązanie G.R.P. Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, przy czym zobowiązanie to zostało załączone po pierwsze w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, po drugie poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonał wykonawca E., a dokładnie prokurent wykonawcy E., pan Piotr C. Zatem w ocenie Odwołującego zobowiązanie G.R.P. Sp. z o.o. nie zostało złożone w wymaganej formie, więc nie powinno być brane przez Zamawiającego pod uwagę. Jednocześnie wykonawca E. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się wyłącznie na doświadczenie udostępnione mu przez G.R.P. Sp. z o.o., zatem niewłaściwa forma zobowiązania ma zasadniczy i zarazem negatywny wpływ na wykazanie przez wykonawcę E. spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. To więc wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z postępowania. W świetle ustawy Pzp nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, nie ma też żadnego domniemania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on - na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b ustawy PZP - spełnianie warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie

zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Takie działanie należy zakwalifikować jako niedopuszczalne i uchybiające art. 7 ust 1 ustawy Pzp (tak wyrok KIO z dnia 2510/2012, sygn. akt KIO 2220/12 oraz wyrok KIO z dnia 2/01/2013, sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12)

Odwołujący podkreślił również, że nie ma przy tym znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawione przez Zamawiającego warunki i nie podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób. Odwołujący stwierdził, że wykonawca E. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a dokładnie warunku doświadczenia, w wymagany przez Zamawiającego sposób, tj. poprzez złożenie dokumentów i oświadczeń żądanych w SIWZ.

Odwołujący zauważył jednak, że Zamawiający do chwili obecnej nie zastosował wobec wykonawcy E. trybu przewidzianego w art. 26 ust 3 ustawy Pzp. W świetle argumentów przedstawionych przez Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę E. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia, a w razie niezłożenia, nieuzupełnienia lub niepoprawienia tych oświadczeń i dokumentów powinien wykluczyć wykonawcę E. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Brak powyższych działań świadczy jednoznacznie o powierzchownym sprawdzeniu przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów przedłożonych przez wykonawcę E..

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący zauważył, że powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych w odwołaniu. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ Zamawiający powinien wezwać wykonawcę E. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w razie niezłożenia, nieuzupełnienia lub niepoprawienia ww. oświadczeń i dokumentów Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę E. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą nie podlegającą odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil jak w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie wykluczenia Przystępującego i uznanie jego oferty przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego, który złożył ofertę drugą w rankingu, możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **E. S.A. z siedzibą w C.**, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba potwierdziła prawidłowość przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty o oryginał lub notarialnie poświadczoną kopię zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału zdolności technicznej. Przystępujący na posiedzeniu przed Izbą oświadczył, że nie będzie w tej części korzystał z prawa do zgłoszenia sprzeciwu.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 sentencji umorzyła postępowanie odwoławcze, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów odwołania. Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie istnieje już spór pomiędzy stronami, jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musiała znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki

o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w: wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie może zawierać również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę ich charakter i treść są postanowieniami.

Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło umorzenia postępowania, wobec uwzględnienia zarzutów odwołania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W związku z faktem, że w części Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty odwołania – a Przystępujący po stronie Zamawiającego w tej części nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu, stosownie do art. 186 ust. 3a w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp należało umorzyć.

Odnosząc się do zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający opierając się na oświadczeniach wiedzy

zawartych w dokumencie JEDZ dokonuje w ramach postępowania czynności sprawdzenia poprawności treści oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i za istotną w tym zakresie należy uznać rzetelność zawartych tam informacji. W przypadku zastosowania przez Zamawiającego procedury odwróconej, informacje te są następnie, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzane przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Ocenie podlegają dostarczone dokumenty, które weryfikują zdolność danego wykonawcy do należytego wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Przystępujący po stronie Zamawiającego nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez przedstawienie dokumentów potwierdzających wymaganą wiedzę i doświadczenie oraz należyte wykonanie zadania referencyjnego. Nie zachodziła konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zawierająca obowiązek uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ustalonych w postępowaniu warunków udziału.

W przedmiotowym postępowaniu najistotniejszą kwestią była kwestia interpretacji warunku udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia. Na mocy rozdziału IX lit. B ppkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania (zakończenia realizacji) - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia obejmującego projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej minimum 4MW.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się co najmniej jednym zamówieniem obejmującym projekt techniczny, dostawę, montaż i uruchomienie wszystkich urządzeń centralnej klimatyzacji o mocy chłodniczej minimum 4MW, bez żadnych wyłączeń. Tymczasem zarówno Zamawiający, jak też Przystępujący zwracali uwagę, że treść warunku odnosi się do urządzeń wchodzących w skład centralnej klimatyzacji, nie zaś do kompletnego układu centralnej klimatyzacji, obejmującego wszystkie niezbędne urządzenia we wszystkich strefach.

Biorąc pod uwagę przedstawione stanowiska Stron i Uczestnika postępowania oraz brzmienie warunku, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, co prowadziło do oddalenia odwołania w zakresie podtrzymywanych zarzutów.

Przed wszystkim dokonując wykładni warunku udziału wyjść należy od literalnego brzmienia postanowienia SIWZ i wykładni gramatycznej. Niewątpliwie warunek odnosił się do urządzeń centralnej klimatyzacji o określonej mocy. Nie było mowy o liczbie tych urządzeń, czy ich usytuowaniu. Nie można zatem z takiej treści wywodzić, że warunek odnosił się do

wszystkich urządzeń tworzących stację centralnej klimatyzacji. Zamawiający nie wymagał doświadczenia przy wykonywaniu kompletnej stacji. Jednocześnie w warunku wskazywano na „urządzenia”, nie zaś na kompletną klimatyzację centralną. Nie można jednocześnie wywodzić, jak próbował w odwołaniu Odwołujący, że już zamontowanie prostych zaworów w stacji potwierdzało będzie warunek udziału. Zamawiający ograniczył warunek mocą danej stacji, co zapewniało, że w postępowaniu wezmą udział wykonawcy posiadający odpowiedni poziom wiedzy. Zamawiający wymagał też, aby były to elementy, przy których konieczne było projektowanie, dostawa, montaż i uruchomienie danego urządzenia, tak aby stanowiło ono cały element klimatyzacji. Zatem przedstawienie dokumentów potwierdzających zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie stacji amoniakalnej instalacji chłodniczej w Stacji Powierzchniowej ten wymóg wypełniało. Przedstawione przez Odwołującego na rozprawie dowody w postaci schematów blokowych i opracowań naukowych nie były istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu. Nikt bowiem z uczestników postępowania odwoławczego nie kwestionował, że w skład kompletnej klimatyzacji centralnej wchodzi określone grupy podstawowych urządzeń (w części naziemnej - Stacja Powierzchniowa, w części szybowej - Obieg Pierwotny i w części podziemnej - Stacja Dołowa i Obieg Wtórny). Istotne było raczej, że warunek odnosił się do któregośkolwiek z wymienionych urządzeń w danej grupie.

Takie rozumienie warunku udziału w postępowaniu potwierdza także zastosowanie wykładni celowościowej, odnoszącej warunki udziału do opisu przedmiotu zamówienia, na co nacisk kładł Odwołujący. Nie można nie zauważyć, że prowadzone postępowanie dotyczy dokończenia prac inwestycyjnych. Prawdą jest, że zakres czynności do wykonania składający się na opis przedmiotu zamówienia obejmuje do wykonania czynności we wszystkich strefach stacji i uruchomienie kompleksu. Są to jednak czynności możliwe do realizacji przez wykonawcę, który wykonywał prace przy elementach przedmiotowo istotnych dla funkcjonowania całej instalacji w części powierzchniowej. Zakres prac do wykonania obejmuje prace o charakterze uzupełniającym, bowiem wszystkie podstawowe urządzenia są już zamontowane. Jak słusznie w piśmie procesowym zauważył Przystępujący, wykonawca, który wykonywał prace przy części powierzchniowej musi mieć wiedzę o części dołowej układu, ponieważ musi te dwa elementy ze sobą powiązać projektując i montując część powierzchniową. Biorąc te rzeczy pod uwagę, nie można zgodzić się z twierdzeniem, że warunek udziału w postępowaniu był nieadekwatny i niewspółmierny do opisu przedmiotu urządzenia. Właśnie z uwagi na zakres stosunkowo niewielki prac do wykonania, żądanie posiadania doświadczenia przy realizacji kompletnego układu centralnej klimatyzacji byłoby nadmierne.

Z tych też powodów zarzut niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że powołano się na zadanie referencyjne, które nie odnosiło się do wszystkich urządzeń klimatyzacji centralnej należało uznać za niezasadny.

Rozstrzygając następnie, czy Przystępujący wskazanym zadaniem referencyjnym i złożonymi dokumentami potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu, Izba postanowiła, że ocenę oferty dokonaną przez Zamawiającego należało uznać za prawidłową.

Przedewszystkim dostrzeżenia wymaga, iż zadanie referencyjne wykonywane było na rzecz tego samego Zamawiającego, który prowadzi przedmiotowe postępowanie. To on był wystawcą i autorem treści referencji. Podważając zatem ten dokument Odwołujący próbował *de facto* wykazać, że to Zamawiający nie racji kształtując taką, a nie inną treść referencji. Tymczasem obowiązkiem Odwołującego było wykazanie, że zadanie referencyjne nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podmiot, na rzecz którego wystawiane są dokumenty potwierdzające należyte wykonanie kontraktu ma nikły wpływ na jego treść i ujęty zasób informacji. Z drugiej strony, to podmiot, na rzecz którego realizowana była inwestycja jest najlepszym źródłem wiedzy na temat przebiegu i sposobu jej realizacji, problemów, które pojawiły się podczas wykonywania zamówienia. Jeżeli Zamawiający poświadczył, że dana firma zaprojektowała, dostarczyła, zamontowała i uruchomiła instalację chłodniczą dla stacji powierzchniowej o wydajności 6 MW jako podwykonawca określonych podmiotów, a prace te wykonane były w terminie, zgodnie z projektem i należytą starannością zawodową, to w ocenie składu orzekającego Izby takiemu dokumentowi nie można odmówić wiarygodności. Informacja, z której wynika, że w trakcie wykonywania inwestycji nastąpiła zmiana podmiotowa głównego wykonawcy jest informacją indyferentną z punktu widzenia celu referencji, jaki przypisał im ustawodawca. Nawet jeżeli w trakcie wykonywania zamówienia taka zmiana miała miejsce, to z przyczyn niezależnych od podwykonawcy (skoro zmienił się wykonawca główny a nie podwykonawca) a sam Zamawiający dany kontrakt, choć wykonywany w ramach dwóch umów, traktował jako jedno zadanie inwestycyjne. Nic w tym dziwnego, ponieważ gdyby do takiej zmiany podmiotowej nie doszło, to inwestycja realizowana byłaby jako ciąg działań i czynności w ramach jednej umowy. Fakt istnienia dwóch umów wynika jedynie z konieczności wprowadzenia wykonawcy zastępczego. Nie dziwi także brak ciągłości czasowej między pierwszą a drugą umową. Siłą rzeczy musiało dojść do wyłonienia wykonawcy zastępczego, a nie jest to proces, który następuje z dnia na dzień. Dlatego też za bezzasadny uznała Izba wnioszek Odwołującego o odroczenie rozprawy do czasu przekazania Odwołującemu przez Zamawiającego treści obu umów w ramach dostępu do informacji publicznej.

W perspektywie zapoznanie się z treścią umów nie mogłoby zmienić oceny treści referencji. Jednocześnie między jedną a drugą umową Przystępujący mógł wykonywać prace o charakterze porządkowym i zabezpieczającym teren inwestycji, co potwierdziły złożone protokoły odbioru. Założenie, że Przystępujący wykonywał dwa odrębne zadania inwestycyjne, każde na podstawie odrębnej umowy nie znajduje pokrycia w zgromadzonym materiale dowodowym. Obie umowy odnosiły się do tej samej inwestycji, a druga z nich polegała na dokończeniu rozpoczętych prac, które miały być wykonane już w ramach pierwszej umowy. Siłą rzeczy więc każda z tych umów różniła się zakresem prac do wykonania, choć łącznie obie z nich spełniały i potwierdzały wymogi ustalonego w postępowaniu warunku udziału co do wiedzy i doświadczenia. Nie jest to przypadek, który był przedmiotem rozpoznania przez TSUE, do którego to nawiązywał w odwołaniu Odwołujący. Jak celnie zauważył Przystępujący w piśmie procesowym, rozstrzygnięcia te dotyczyły problemu, czy dwa zamówienia, od początku realizowane jako odrębne (dotyczące innego zakresu) można potraktować w specyficznych okolicznościach jak jedno zamówienie. W przedmiotowym postępowaniu realizowane było jedno zamówienie, które z powodu ogłoszenia upadłości podmiotu zobowiązanego do jego realizacji, dokończył inny podmiot.

Podsumowując zatem treść złożonych przez Przystępującego referencji była jasna i jednoznaczna, nie budziła wątpliwości, nie wymagała uzyskania dodatkowych wyjaśnień, a zarzuty Odwołującego należało uznać za chybione.

Z tych powodów orzeczono jak w sentencji oddalając odwołanie w zakresie podtrzymywanych zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

