

Sygn. akt: KIO 327/19

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**  
**Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz**  
**Monika Szymanowska**  
**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 marca 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 lutego 2019 r.** przez wykonawcę **Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o. o., ul. Pożarowa 6, 03-309 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Polimex Energetyka Sp. z o.o. (Lider Konosrcjum), 2) Polimex - Mostostal S.A., Aleja Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, 3) Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 46, 09-411 Płock, z adresem dla lidera Konsorcjum: Aleja Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o. o., ul. Pożarowa 6, 03-309 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Bilfinger**

**Industrial Services Polska Sp. z o. o., ul. Pożarowa 6, 03-309 Warszawa**  
tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o. o., ul. Pożarowa 6, 03-309 Warszawa** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Zorganizowanie i prowadzenie serwisu przemysłowego*”, nr referencyjny: DZA.ZOZ.27.41.2018.KB, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 187 - 422772 z 28.09.2018 r., przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 15.02.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 oraz uznaniu oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o. o., ul. Pożarowa 6, 03-309 Warszawa zwana dalej: „*Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o. o.*” albo „*Odwołującym*”. Zamawiający na podstawie pkt 7.3.1.4. cz. I SIWZ wymagał od Wykonawcy wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. [...]. Wykaz powinien być zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 6.2.2.4. SIWZ i sporządzony wg wzoru określonego w zał. nr 3 do SIWZ. W pkt 6.2.2.4. Cz. I SIWZ Zamawiający wskazał, że za spełniających warunki udziału w postępowaniu uzna Wykonawców, którzy wykażą, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - należycie zrealizowali usługi wartościowo i rodzajowo porównywalne z przedmiotem zamówienia polegające na konserwacji, naprawach lub remontach maszyn i urządzeń wykorzystywanych w przynajmniej jednym z dwóch wskazanych rodzajów działalności gospodarczej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2012), tj. 35.11 lub 39. Wymagane jest wykonanie lub wykonywanie w 35.11. lub 39 co najmniej jednej umowy o wartości minimum 3.000.000,00 zł netto obejmującej konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj.:

- kotłów parowych o min. wydajności 15 Mg pary na godzinę,
- turbogeneratorów o min. mocy 2,5 MW,
- pieców rusztowych o min. wydajności spalania 5 Mg na godzinę,
- instalacji oczyszczania spalin,
- suwnic o udźwigu min. 10 Mg,

przy czym obowiązkowo dotyczącej min. kotłów parowych lub turbogeneratorów. Celem oceny spełnienia warunku Zamawiający dopuszczał wykazanie się usługami będącymi w trakcie realizacji, z zastrzeżeniem że do oceny brana będzie pod uwagę zrealizowana część zamówienia o wartości nie mniejszej niż wskazana powyżej. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w pkt 7.3.4.1. Cz. I SIWZ (tj. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp) złożył Zamawiającemu wykaz usług, w którym wykazał 3 usługi wykonane na rzecz PGNiG Termika S.A. w przedmiocie:

1. w poz. 1 na *„Remont kapitalizowany kotła fluidalnego OFz450B w Ec Żerań w 2015 r. (część I) oraz remont planowy kotła fluidalnego OFz450B w Ec Żerań w 2016 r. (część II), Wydajność pary 450 [t/h]”*. Wymieniona przez Wykonawcę usługa nie spełniała, w ocenie Zamawiającego, warunków stawianych w Cz. I SIWZ pkt 6.2.2..4. Wskazana usługa nie obejmuje w ramach jednej umowy:

- konserwacji, naprawy lub remontu maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych,
- co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych.

Wykonawca wykazał remont dwóch kotłów fluidalnych OFz450B - czyli urządzeń o jednym rodzaju maszyn wymaganych przez Zamawiającego, co jest niezgodne z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. Brak jest wskazania wykonania konserwacji, naprawy lub remontu innego urządzenia określonego w pkt 6.2.2.4. Cz. I SIWZ.

2. w poz. 2 na *„Wykonanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym maszynowym, kotłowni, odpopielania, nawęglania i biomasy w zakładzie EC Siekierki i C Kawęczyn”*. Wskazana usługa, w ocenie Zamawiającego, nie obejmował konserwacji, naprawy lub remontu maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Pojawiająca się informacja o spalaniu biomasy w kotle nie wyczerpuje definicji odpadów komunalnych, które to mają inny skład, a zatem zostały sklasyfikowane pod innym kodem niż biomasa w klasyfikacji odpadów.

Ponadto Wykonawca nie wykazał, że umowa obejmowała, co najmniej dwa rodzaje maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych wskazanych przez Zamawiającego w pkt 6.2.2.4. Części I SIWZ. Wykonawca wykazał bowiem obszar, w jakim były wykonywane naprawy bez wskazania rodzaju urządzeń, jakich te naprawy dotyczyły, co jest niezgodne z wymaganiami stawianymi przez

Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie. Zamawiający w ww. pozycji wymagał podania przynajmniej następujących informacji: „Rodzaj działalności gospodarczej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2012) ..... (35.11. lub 39) Konserwacja, naprawa lub remont maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj.: .....[...].” Usuwając powyższe informacje Wykonawca doprowadził swoim działaniem do zmiany treści zał. nr 3 do SIWZ, co jest niedopuszczalne, a tym samym nie wskazał rodzajów maszyn i urządzeń celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

3. poz. 3 na „Wykonywanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym maszynowni, kotłowni, odpopielania, gospodarki wodno-ściekowej, nawęglania w zakładzie Elektrociepłownia Żerań i Źródła Lokalne”. Wskazana, w ocenie Zamawiającego, usługa nie obejmowała konserwacji, naprawy lub remontu maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych oraz Wykonawca nie wykazał, że umowa obejmowała, co najmniej dwa rodzaje maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych wskazanych przez Zamawiającego w pkt 6.2.2.4. Cz. I SIWZ. Wykonawca wykazał bowiem obszar, w jakim były wykonywane naprawy bez wskazania rodzaju urządzeń, jakich te naprawy dotyczyły, co jest niezgodne z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie. Zamawiający w ww. pozycji wymagał podania przynajmniej następujących informacji: „Rodzaj działalności gospodarczej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2012)..... (35.11. lub 39) Konserwacja, naprawa lub remont maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj. ....[...].” Usuwając powyższe informacje Wykonawca doprowadził swoim działaniem do zmiany treści zał. nr 3 do SIWZ, co jest niedopuszczalne, a tym samym nie wskazał rodzajów maszyn i urządzeń celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług, który będzie jednoznacznie potwierdzał spełnienie przez Wykonawcę warunku określonego w SIWZ. Jednocześnie Zamawiający zalecił, aby Wykonawca skorzystał ze wzoru ww. wykazu, który stanowił zał. nr 3 do SIWZ i nie dokonywał w nim zmian.

Odwołujący przedstawił nowy wykaz usług obejmujący 5 pozycji, w którym:

1. Poz. 1 Usługa utrzymania ruchu i prace remontowe w ramach umowy nr 14DFZZ040-01 na „Wykonanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym maszynowym, kotłowni, odpopielania, nawęglania i biomasy w zakładzie EC Siekierki iC Kawęczyn”, w tym prace remontowe na:

> kotłach parowych o wydajności:

- 230 t/h, tj. kotły nr OP-230 nr K-1, K-2, K3, K-4;
- 380 t/h, tj. kocioł OP-380 nr K-11,
- 430 t/h tj. kocioł OP-430 nr K-10, K-14, K-15,

> turbogeneratorach o mocy:

- 30 MW, tj. Tz-2 typu TU-30,
- 50 MW, tj. Tz-1 typu TUK-50
- 100 MW, tj. Tz-9, Tz-10 typu SST-600
- 110 MW, tj. Tz-7 typu 13P110
- 125 MW, tj. TZ8 typu 13U125,

> urządzeniach do odsiarczania spalin. Usługa realizowana była na rzecz PGNiG Termika S.A. w terminie 01.07.2014 r. - 30.06.2018 r. Była to ta sama usługa, która została wskazana w pozycji 2 poprzedniego wykazu, a jedynie Wykonawca wskazał, jakie maszyny/urządzenia były przedmiotem usług.

2. W poz. 2 wskazał usługę w zakresie PKD 35.11 utrzymania ruchu i prace remontowe w ramach umowy nr 13DFZZ002-02 na „*Wykonywanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym maszynowni, kotłowni, odpopielania, gospodarki wodno-ściekowej, nawęglania w zakładzie Elektrociepłownia Żerań i Źródła Lokalne*”, w tym prace remontowe na:

> kotłach parowych o wydajności 230 t/h, tj. kotły nr OP-230 nr K-1, K-2, K3, K-4, K-5;

> kotłach fluidalnych o wydajności 450 t/h, tj. kotłach OFz450 „A” oraz „B”,

> turbogeneratorach o mocy:

- 25 MW, tj. Tz1, Tz-2, Tz-3, Tz-4, Tz-5 typu WT25-4, WPT25-3,
- 25 MW, tj. Tz-10 typu PT-20,
- 80 MW, tj. Tz-11, Tz-12 typu VE80. Usługa realizowana była na rzecz PGNiG Termika S.A. w terminie 01.07.2014 r.-30.06.2018 r. Była to ta sama usługa, która została wskazana w pozycji 3 poprzedniego wykazu, a jedynie wykonawca wskazał, jakie maszyny/urządzenia były przedmiotem usług,

3. W poz. 3 wskazał usługę w zakresie PKD 35.11 utrzymania ruchu i prace remontowe w ramach umowy nr 13DFZZ002-06 na „*Wykonywanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym maszynowni, kotłowni, odpopielania, gospodarki wodno-ściekowej, nawęglania w zakładzie Elektrociepłownia Żerań i Źródła Lokalne*”, w tym prace remontowe na suwnicy bramowej o udźwigu 16t. Usługa o wartości 1.050.000,00 zł była realizowana na rzecz PGNiG Termika S.A. w terminie 01.07.2014r. - 30.06.2018 r.

4. W poz. 4 (mylnie oznaczonej jako 3) wskazał usługę realizowaną w zakresie PKD 35.11 utrzymania ruchu i prace remontowe w ramach umowy nr 13DFZZ002-05 na „*Wykonywanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym instalacji odsiarczania*”

spalin i gospodarki wodno-ściekowej w zakładzie Elektrociepłownia Siekierki i Ciepłownia Kawęczyn", w tym prace remontowe w obszarze mechanicznym instalacji odsiarczenia spalin. Usługa o wartości 3.200.000,00 zł była realizowana na rzecz PGNiG Termika S.A. w terminie 01.07.2014 r. - 30.06.2018 r.

5. W poz. 5 (mylnie oznaczonej jako 4) wskazał usługę „*Remont kapitalizowany kotła fluidalnego OFz450B w Ec Żerań w 2015 r. (część I) oraz remont planowy kotła fluidalnego OFz450B w Ec Żerań w 2016 r. (część II), Wydajność pary 450 [t/h]*” wykonywana w okresie 01.07.2015 r. - 15.11.2016 r. o wartości 4.700.000,00 zł. Była to ta sama usługa, która została wskazana w poz. 1 poprzedniego wykazu i która została uznana przez Zamawiającego za niespełniającą warunku udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca powtórzył 3 poprzednio wskazane i zakwestionowane przez Zamawiającego usługi (poz. 1, 2, 5) oraz dodał 2 usługi - w poz. 3 usługę dotyczącą wyłącznie suwnic o wartości poniżej wskazanej w warunku oraz w poz. 4 usługę dotyczącą wyłącznie instalacji odsiarczenia spalin. W piśmie towarzyszącym wykazowi Wykonawca wskazał, że w wykazie złożonym na wezwanie Zamawiającego (pierwszym) w poz. 2 wskazał usługę, spełniającą wymagania Zamawiającego:

- usługa była wykonywana w rodzaju działalności 35.11 PKD tj. wytwarzanie energii elektrycznej;
- obejmowała 3 rodzaje maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej obróbki odpadów komunalnych tj. kotły parowe o wydajności ponad 15 Mg na godzinę, turbogeneratory o mocy ponad 2,5 MW oraz urządzenia instalacji oczyszczania spalin,
- wartość umowy przekraczała 3 mln zł. Wskazał także, że w poz. 3 wykazu pierwszego (powtórzonej w wykazie drugim pod poz. 2) podał usługę, która także spełnia wymagania:
- usługa była wykonywana w rodzaju działalności 35.11 PKD tj. wytwarzanie energii elektrycznej;
- obejmowała 3 rodzaje maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej obróbki odpadów komunalnych tj. kotły parowe o wydajności ponad 15 Mg na godzinę, turbogeneratory o mocy ponad 2,5 MW oraz urządzenia instalacji oczyszczania spalin,
- wartość umowy przekraczała 3 mln zł.

Dodał, że w tym samym czasie wykonywał usługę wskazaną w poz. 3 wykazu drugiego dotyczącą remontów suwnicy. Umowa była zawarta w wyniku tego samego postępowania podzielonego na części. Suwnica była wydzielona do odrębnej części. Dodatkowo w ramach tego samego postępowania realizował prace remontowe dotyczące instalacji odsiarczenia spalin o wartości przekraczającej 3 mln. Odwołujący uznawał, że wykazał 4 umowy w dopuszczonym PKD 35.11. w ramach których wykonywane były prace remontowe na 4 rodzajach maszyn i urządzeń wskazanych w warunku udziału w postępowaniu. Podnosił, że: „*Wskazane maszyny i urządzenia należą więc do kategorii*

*maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów tj. kotły, turbogeneratory, instalacja oczyszczania spalin oraz suwnica.*" Wskazał także, że spalanie odpadów jest sklasyfikowane w PKD pod kodem 38.21.Z, a w warunku wymagane było wykazanie się umową w działalności 35.11 lub 39 PKD. Ponadto w wymaganiach dopuszczone były urządzenia takie jak suwnica lub turbogenerator, dla których bez znaczenia jest rodzaj spalanego w instalacji paliwa. Stał na stanowisku, że takie dwa urządzenia zostały przez niego wykazane. Podnosił, że nie jest dla niego jasne, czy w piśmie wzywającym do uzupełnienia Zamawiający stara się dodatkowo nałożyć warunek dotyczący konieczności wykazania się doświadczeniem w usługach na urządzeniach/maszynach, które w ramach danych umów były wykorzystywane do termicznej obróbki odpadów. Wskazał, że jeżeli takie jest stanowisko Zamawiającego, to jest to nadinterpretacja, biorąc pod uwagę, że:

- 1) Po słowach „*maszyny i urządzenia*” następuje doprecyzowanie „*to jest*” poprzez wskazanie konkretnych maszyn/urządzeń o określonej wydajności. Zdaniem Odwołującego wskazuje to na próbę zakwalifikowania wskazanych maszyn/urządzeń do kategorii takich, które co do zasady są wykorzystywane w termicznej obróbce odpadów, nie zaś na wymóg wykazania się doświadczeniem w serwisowaniu urządzeń/maszyn które już były wykorzystywane w instalacji spalania odpadów. W ocenie Wykonawcy warunek w zawężonym kształcie byłby nieproporcjonalny. Skoro Wykonawca potrafi naprawiać, konserwować i remontować urządzenia określonego rodzaju i o odpowiedniej wydajności, to zawężenie rynku jedynie do takich którzy mają doświadczenie w instalacjach spalania odpadów jest nieuzasadnione (jest ich tylko kilka w Polsce, z czego część jest nadal objęta serwisem producenta);
- 2) Zamawiający nie dopuścił umów z działalności w podklasie 38.21 PKD (która obejmuje m.in. usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne poprzez spalanie), co wskazuje raczej na brak możliwości przedstawienia doświadczenia w instalacjach spalania odpadów;
- 3) dla działania urządzeń, które Zamawiający wskazał co do zasady bez znaczenia dla czynności naprawy, remontu, konserwacji pozostaje rodzaj spalanego paliwa.

W opinii Zamawiającego w dalszym ciągu Wykonawca pomija pełną treść wymagania, tj. że usługi miały dotyczyć: „*(...) co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów (...)*”. Intencją Zamawiającego jest wyłonienie Wykonawcy, który w szczególności posiada doświadczenie na instalacjach wykorzystywanych tylko i wyłącznie w procesie termicznej utylizacji odpadów. Nie jest tylko ważne że serwisuje, konserwuje instalacje zgodnie z PKD 35.11 dla co najmniej dwóch rodzajów maszyn, ale te konkretne (objęte usługą) urządzenia muszą służyć w procesie termicznej utylizacji odpadów. Analiza stanowiska Odwołującego wskazuje następujące okoliczności.



1. Niezależnie od oceny merytorycznej usług wymienionych w wykazie złożonym na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp wykaz ten był nieprawidłowy, ponieważ nie pozwalał na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.2.4. SIWZ. Tymczasem wykaz usług jest środkiem dowodowym, który powinien być sporządzony w taki sposób, aby Zamawiający był w stanie ocenić, czy Wykonawca potwierdził spełnienie postawionych w SIWZ wymagań podmiotowych. Wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp już z tej przyczyny było zasadne. Uzupelniony wykaz usuwał tę nieprawidłowość i pod tym względem był poprawny.

2. Wykaz złożony na wezwanie Zamawiającego zawierał 5 pozycji (nieprawidłowo oznaczone jako 4), przy czym poz. 1, 2 i 5 stanowiły powtórzenie usług zawartych w wykazie pierwszym w poz. odpowiednio 2, 3 i 1. Opis pozycji został rozbudowany o wskazanie rodzajów maszyn i urządzeń oraz ich wydajność.

3. Oceniając poszczególne pozycje z wykazu drugiego wskazał, że:

- poz. 5 (poz. 1 z pierwszego wykazu) nie spełnia wymagań Zamawiającego niezależnie od wykładni treści warunku udziału w postępowaniu. Obejmuje bowiem tylko jeden rodzaj maszyn/urządzeń (kocioł fluidalny), a zgodnie z treścią pkt 6.2.2.4. obligatoryjnie wymagane były dwa rodzaje dla jednej umowy;

- poz. 4 drugiego wykazu nie spełnia wymagań Zamawiającego niezależnie od wykładni treści warunku udziału w postępowaniu. Obejmuje bowiem tylko jeden rodzaj maszyn/urządzeń (instalację odsiarczania spalin), a zgodnie z treścią pkt 6.2.2.4. obligatoryjnie wymagane były dwa rodzaje dla jednej umowy. Stanowisko Odwołującego, że usługa była realizowana w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na części nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z treścią pkt 6.2.2.4. wymagane było: wykonanie lub wykonywanie w 35.11. lub 39 co najmniej jednej umowy o wartości minimum 3.000.000,00 zł netto obejmującej konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Tym samym przedmiotem umowy o wartości minimum 3.000.000,00 zł netto musiało być wykonywanie konserwacji, napraw lub remontów co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Treść warunku nie dopuszczała sumowania przedmiotowego usług zawartych w ramach odrębnych umów, nawet jeżeli zostały zawarte w ramach postępowania podzielonego na części i były realizowane w tym samym czasie. Bezspornie dla usługi wskazanej w poz. 4 była zawarta odrębna umowa nr 13DFZZ002-05. Ponadto, w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na części każda z części stanowi w istocie odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego; Dla tej pozycji również wartość realizowanej umowy budzi wątpliwości, ponieważ zgodnie z wykazem wyniosła ona ponad 3.200.000,00 zł w okresie od 01.07.

2014 r. do 30.06.2018 r. Zgodnie z pkt 6.2.2.4. SIWZ usługi brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny być wykonywane w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. W sytuacji, gdy rozpoczęcie realizacji usługi miało miejsce przed tym czasem Wykonawca powinien przedstawić jaką część usługi (kwotowo) zrealizował w terminie, który wskazał Zamawiający. Z uwagi na wskazany wyżej powód, dla którego usługa nie może być brana pod uwagę jako dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu (dotyczy jednego rodzaju urządzenia) nie ma jednak konieczności domagania się wyjaśnień w tej kwestii.

- poz. 3 drugiego wykazu nie spełnia wymagań Zamawiającego niezależnie od wykładni treści warunku udziału w postępowaniu. Obejmuje bowiem tylko jeden rodzaj maszyn/urządzeń (suwnicę o udźwigu 16t), a zgodnie z treścią pkt 6.2.2.4. obligatoryjnie wymagane były dwa rodzaje maszyn/urządzeń. Ponadto nie spełnia wymagania wartościowego, ponieważ jej wartość wynosi 1.050.000 zł, zatem jest niższa niż wymagane min. 3.000.000 zł. Stanowisko Odwołującego, że usługa była realizowana w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na części nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z treścią pkt 6.2.2.4. wymagane było: wykonanie lub wykonywanie w 35.11. lub 39 co najmniej jednej umowy o wartości min. 3.000.000,00 zł netto obejmującej konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych.

Tym samym przedmiotem umowy o wartości min. 3.000.000,00 zł netto musiało być wykonywanie konserwacji, napraw lub remontów co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Treść warunku nie dopuszczała sumowania przedmiotowego ani wartościowego usług wykonywanych w ramach odrębnych umów, nawet jeżeli umowy zostały zawarte w ramach postępowania podzielonego na części, a usługi były realizowane w tym samym czasie. Bezspornie dla usługi wskazanej w poz. 4 zawarta była odrębna umowa nr 13DFZZ002-06. Ponadto w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na części każda z części stanowi w istocie odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

4. Tym samym do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozostają usługi wskazane w poz. 1 i 2 wykazu drugiego. W tym zakresie kluczowe znaczenie ma wykładnia treści warunku udziału w postępowaniu, ponieważ stanowisko Wykonawcy zasadniczo różni się od stanowiska Zamawiającego dotyczącego tego, czego Zamawiający wymagał w pkt 6.2.2.4. SIWZ.

5. Powyższe usługi (poz. 1. i 2.) należy zakwestionować jako merytorycznie niezgodne z SIWZ. Zgodnie z przywołaną treścią pkt 6.2.2.4. należy wskazać, że za spełniających

warunek uznaje się Wykonawców, którzy: wykażą, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - należycie zrealizowali usługi wartościowo i rodzajowo porównywalne z przedmiotem zamówienia polegające na konserwacji, naprawach lub remontach maszyn i urządzeń wykorzystywanych w przynajmniej jednym z dwóch wskazanych rodzajów działalności gospodarczej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2012), tj. 35.11 lub 39. Wymagane jest wykonanie lub wykonywanie w 35.11. lub 39 co najmniej jednej umowy o wartości minimum 3.000.000,00 zł netto obejmującej konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj.:

- kotłów parowych o min. wydajności 15 Mg pary na godzinę,
- turbogeneratorów o min. mocy 2,5 MW,
- pieców rusztowych o min. wydajności spalania 5 Mg na godzinę,
- instalacji oczyszczania spalin,
- suwnic o udźwigu min. 10 Mg,

przy czym obowiązkowo dotyczącej min. kotłów parowych lub turbogeneratorów.

6. Wykonawca twierdzi, że ww. warunek należy rozumieć w ten sposób, że Wykonawca miał wykazać, że:

1) usługi były wykonywane w ramach co najmniej jednej umowy o wartości minimum 3 mln zł netto,

2) umowa/umowy była wykonywana w 35.11. lub 39 PKD,

3) umowa/umowy obejmowała usługi konserwacji, naprawy lub remontu co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj.:

- kotłów parowych o min. wydajności 15 Mg pary na godzinę,
- turbogeneratorów o min. mocy 2,5 MW,
- pieców rusztowych o min. wydajności spalania 5 Mg na godzinę,
- instalacji oczyszczania spalin,
- suwnic o udźwigu min. 10 Mg,

przy czym obowiązkowo dotyczącej min. kotłów parowych lub turbogeneratorów.

Kryterium wartościowe jest spełnione. Usługi były realizowane w elektrociepłowni, zatem były wykonywane w rodzaju działalności 35.11.PKD - wytwarzanie energii elektrycznej. Z wykazu drugiego wynika także, że usługi dotyczyły trzech rodzajów maszyn i urządzeń.

7. Niewłaściwie jest jednak rozumiana przez Wykonawcę pozostała część warunku. Usługa miała bowiem obejmować konserwację, naprawę lub remont maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Takie rozumienie treści warunku i niespełnienie przez usługę wskazaną przez Odwołującego zostało

wskazane w wezwaniu do uzupełnienia wykazu. Zostało tam przedstawione stanowisko, że wskazana usługa nie obejmuje konserwacji, naprawy lub remontu maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Pojawiająca się w wykazie informacja o spalaniu biomasy w kotle nie wyczerpuje definicji odpadów komunalnych, które mają inny skład niż biomasa, a zatem zostały sklasyfikowane pod innym kodem niż biomasa w klasyfikacji odpadów. Podkreślił, że intencją Zamawiającego jest wyłonienie Wykonawcy, który w szczególności posiada doświadczenie na instalacjach wykorzystywanych tylko i wyłącznie w procesie termicznej utylizacji odpadów. Nie jest tylko ważne że serwisuje, konserwuje instalacje zgodnie z PKD 35.11 dla co najmniej dwóch rodzajów maszyn, ale te konkretne (objęte usługą) urządzenia muszą służyć w procesie termicznej utylizacji odpadów.

8. Wykonawca kwestionuje stanowisko, że w ramach warunku należało się wykazać usługami na urządzeniach lub maszynach, które w ramach danych umów były wykorzystywane do termicznej utylizacji odpadów. Wskazuje, że użycie po słowach „*maszyny i urządzenia wykorzystywane do termicznej obróbki odpadów*” określenia „*to jest*” i wskazanie konkretnych maszyn/urządzeń o określonej wydajności wskazuje na próbę zakwalifikowania wskazanych maszyn/urządzeń do kategorii co do zasady wykorzystywanych w termicznej utylizacji odpadów, a nie na wymóg wykazania się doświadczeniem w serwisowaniu maszyn/urządzeń, które już były wykorzystywane w instalacji spalania odpadów. Zdaniem Odwołującego tak rozumiany warunek byłby nieproporcjonalny, ponieważ jest zaledwie kilka spalarni w Polsce, z czego część jest objęta serwisem producenta w pierwszych latach działalności. Przywołał także brak wskazania kodu 38.21.Z PKD, który dotyczy spalania odpadów, z czego wywiódł wniosek, że Zamawiający nie dopuścił wykazania się doświadczeniem w spalarniach odpadów. Podniósł również, że dla działania wskazanych urządzeń co do zasady bez znaczenia dla czynności naprawy, remontu i konserwacji pozostaje rodzaj spalanego paliwa.

Mając powyższe na uwadze, podkreślił, że Zamawiający uważa, iż zgodnie z treścią warunku usługa mogła dotyczyć tylko maszyn i urządzeń, które w ramach danych umów wskazanych w wykazie są wykorzystywane do termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Istotne zatem jest to, aby doświadczenie Wykonawcy obejmowało usługi, które dotyczyły maszyn i urządzeń faktycznie wykorzystywanych do utylizacji termicznej odpadów komunalnych, co jest zgodne z przedmiotem zamówienia obejmującym kompleksowy serwis przemysłowy spalarni odpadów komunalnych. Odpierając zarzut Wykonawcy należy także zauważyć, że Zamawiający pisząc, że w ramach warunku należało się wykazać usługami dotyczącymi maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych i uszczegóławiając dalej określeniem „*to jest*” nie miał na celu zakwalifikowania wskazanych maszyn/urządzeń jako z zasady wykorzystywanych w termicznej utylizacji

odpadów. Zamierzeniem Zamawiającego było określenie serwisowania jakich urządzeń spośród wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych będzie potwierdzać posiadanie przez Wykonawcę wymaganego doświadczenia. Jest to zatem ograniczenie zakresu rodzaju tych urządzeń, aby nie dopuścić aby, serwisowanie jakichkolwiek maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych było spełnieniem warunku. Podając skonkretyzowane ich rodzaje wskazał te, które są dla Zamawiającego szczególnie istotne w ramach realizacji usługi, której dotyczy postępowanie. Zamawiający wskazał również, że na podstawie swojego wieloletniego doświadczenia w pracy z instalacją, w której konkretne maszyny i urządzenia są wykorzystywane w procesie termicznej utylizacji odpadów może stwierdzić, że czynności naprawy, remontu i konserwacji tych urządzeń różnią się, od tych samych czynności w innych zakładach w szczególności ze względu na stosowane paliwo oraz różniące się czynniki oddziałujące na urządzenia w tym wykorzystaniu, a co za tym idzie szczególną specyfikę konserwowania, napraw i remontów oraz usterki i awarie charakterystyczne dla tego typu instalacji. Różnice, o których mowa powyżej, jak wskazano biorą się w pierwszej kolejności bezpośrednio z wykorzystywanego paliwa, jego formy i metody podawania w instalacji. Dotyczy to najpierw suwnic, których objęcie usługą mogłoby potwierdzać spełnianie warunku. Suwnice o udźwigu min. 10 t w spalarniach odpadów wykorzystywane są we współpracy z chwytakami wielolupinowymi do transportu paliwa do pieca, w którym będą spalane. W ten sposób suwnice narażone są na warunki panujące w hali zmagazynowanych odpadów do spalania. Warunki te charakteryzują się wysokim zapyleniem oraz podwyższoną wilgotnością, część odpadów jest też unoszona (foliowe lub papierowe lekkie odpady) i może dostawać się między ruchome części tych urządzeń powodując usterki. Również samo pobieranie paliwa, ze względu na jego niejednorodność może prowadzić do plątania lin lub upadku chwytaka do fosy. Usterki te są szczególnie niebezpieczne dla pracowników serwisu, zachodzi bowiem wówczas konieczność prowadzenia naprawy w miejscu wystąpienia usterki, tj. w przestrzeni gromadzenia odpadów. Doświadczenie konserwacji urządzenia pracującego w takich warunkach pozwala wcześniej wykrywać potencjalne zagrożenia związane z takimi czynnikami oraz konserwować w sposób eliminujący zagrożenia z tego tytułu, a w razie awarii szybko usunąć przyczynę i następstwo wykorzystując sprawdzone wcześniej metody działania w wyjątkowych okolicznościach z zachowaniem zasad bezpieczeństwa. Doświadczenia takiego nie można wynieść z prac w innych niż spalające odpady komunalne zakładach, ponieważ suwnice mają tam zdecydowanie inne zastosowanie. Kolejnym elementem instalacji, dla którego istotnym jest rodzaj wykorzystywanego paliwa jest kocioł parowy wraz z paleniskiem. W spalarni Zamawiającego zastosowana jest nietypowa technologia, gdzie kocioł parowy i piec w którym znajduje się palenisko są dwoma współpracującymi, ale

odrębnymi urządzeniami. Rozwiązanie to nie jest popularnym w tego typu obiektach, dlatego Zamawiający wskazał te urządzenia rozdzielnie, dopuszczając wykazanie się doświadczeniem w obsłudze kotła parowego wykorzystywanego w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych, zakładając, że Wykonawca nie mający doświadczenia w pracy z takim układem pracy tych urządzeń jak w instalacji Zamawiającego, wykaże doświadczenie obsługi kotła, który jest jednocześnie urządzeniem do spalania odpadów, co jest jedynym stosowanym rozwiązaniem w spalarniach odpadów. Paleniska w takich kotłach są paleniskami rusztowymi o podobnej specyfice działania jak piec rusztowy w instalacji Zamawiającego, a zatem doświadczenie nabyte przy obsłudze kotła parowego, który łączy funkcje dwóch urządzeń z instalacji Zamawiającego - kotła odzysknicowego i pieca rusztowego pozwala stwierdzić, że Wykonawca ma wystarczające przygotowanie do obsługi tych dwóch urządzeń objętych umową. Wspomniał, że kotły parowe wykorzystywane w innych instalacjach, niż te do termicznej utylizacji odpadów komunalnych mają dużo więcej możliwych sposobów podawania paliwa i sposobu ich spalania niż na palenisku rusztowym, wobec czego doświadczenie w takich instalacjach z założenia ma pomijalne znaczenie dla Zamawiającego. Tak jest również w przypadku urządzeń, które wskazuje Wykonawca, gdzie żaden z kotłów wskazanych w poz. 1, 2 i 5 (drugi wykaz) nie są kotłami z paleniskami rusztowymi - są to kotły fluidalne i pyłowe. Doświadczenie Zamawiającego pozwala stwierdzić, że właściwa praca rusztu wymaga bardzo uważnej i dokładnej konserwacji tego urządzenia opartej na doświadczeniu pracy przy tego typu instalacji, gdyż tylko właściwie serwisowany pracuje bezawaryjnie. Ruszt sterowany hydraulicznie narażony jest na wysokie naprężenia zarówno termiczne jak i mechaniczne, pozostaje pod tymi naprężeniami w czasie prac serwisu, co wymaga od świadczącego usługi wiedzy o doświadczenia jak takie prace prowadzić w sposób bezpieczny dla urządzenia i pracowników. Zauważył, że kocioł i palenisko z punktu widzenia prowadzenia procesu są urządzeniami kluczowymi, dlatego właściwe ich serwisowanie w sposób umożliwiający prace ciągłą bez przestojów ma szczególne znaczenie dla Zamawiającego przy realizacji umowy, której dotyczy postępowanie. W przypadku urządzenia jakim jest kocioł parowy, rodzaj spalanego paliwa ma również znaczenie z uwagi na spaliny powstające w wyniku spalania odpadów. Mają one bardzo agresywny charakter, z uwagi na dużą zawartość pyłu oraz niespotykane w konwencjonalnych elektrowniach ilości dodatkowych zanieczyszczeń spalin, takich jak HCl, HF, dioksyny, furany i inne, które w sposób niszczący działają na urządzenia, przez które przepływają. I tak na przykład w kotle parowym wykorzystywanym w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych zachodzi m.in. korozja chlorkowa rur ekranowych i przegrzewaczy, niespotykana w instalacjach z innym paliwem, czy zwiększona erozja zewnętrzna rur (od strony spalin), podczas gdy w innych instalacjach kluczowe znaczenie ma erozja wewnętrzna (od czynnika wewnątrz rur). Kolejnym elementem instalacji, dla

którego szczególne znaczenie ma wykorzystywanie go w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych z uwagi na skład i charakter spalin ma instalacja oczyszczania spalin. Składa się na nią zwykle szereg urządzeń, z których każde zatrzymuje inny rodzaj zanieczyszczeń. Już sam fakt innego składu spalin wymusza zastosowanie dodatkowych urządzeń do oczyszczania (np. adsorber z koksem aktywnym w instalacji Zamawiającego niespotykany w innego typu instalacjach). Dodatkowo normy środowiskowe dla składu spalin w takich instalacjach są dużo bardziej rygorystyczne. Instalacja oczyszczania spalin ma zatem za zadanie zatrzymywanie większego ładunku zanieczyszczeń, co wymusza dużą wydajność urządzeń. W celu utrzymania standardów emisyjnych oraz z uwagi na fakt, że serwisowanie tej instalacji podlega kontroli WIOŚ należy w sposób szczególny zadbać o właściwą jej obsługę serwisową. Spośród wskazanych urządzeń wyłącznie turbogeneratory nie różnią się w istotny sposób, tzn. urządzenia te wykorzystywane w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych są serwisowane w podobny sposób do wszystkich innych urządzeń tego typu. Odnosząc się do dalszych argumentów Wykonawcy Zamawiający wskazuje także, że określenie, iż warunek jest nieproporcjonalny jest nieuzasadnione, ponieważ warunek ten nie musiał być spełniony w polskiej instalacji do termicznej utylizacji odpadów komunalnych, zatem Wykonawca może nabyć takie doświadczenie w instalacjach zagranicznych, których jest wiele w krajach europejskich, również sąsiadujących z Polską. Nie można też mówić o ograniczaniu konkurencji, do zaledwie kilku podmiotów, ponieważ Zamawiający nie ograniczył możliwości udziału w postępowaniu podmiotom zagranicznym wykonującym prace w instalacjach tego typu za granicą. Zamawiający wskazuje także, że brak wskazania kodu 38.21.Z PKD, który dotyczy spalania odpadów w tym warunku nie może być podstawą do zmiany jego rozumienia.

W dniu 25.02.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o. o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 15.02.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.02.2019 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pod zarzutem niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia (w zakresie doświadczenia w wykonaniu usług), określonego w pkt 6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnianie wymaganego warunku udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp - poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy nie było do tego podstaw, gdyż wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- 3) art. 65 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez wyinterpretowanie przez Zamawiającego z warunku zdolności technicznej określonego w pkt

6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ, treści, które z niego nie wynikają i w związku z tym żądanie od Odwołującego potwierdzenia warunku, który nie został postawiony w postępowaniu, co doprowadziło do bezprawnego wykluczenia Odwołującego;

4) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, co uniemożliwia dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryterium oceny ofert w postępowaniu. W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2) unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;

3) dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący został wykluczony z postępowania pismem Zamawiającego z 15.02.2019 r. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp ze względu na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia, określonego w pkt 6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ. Zgodnie z treścią przywołanego warunku, za spełniającego warunek Zamawiający uzna wykonawców, którzy: *„wykażą, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - należycie zrealizowali usługi wartościowo i rodzajowo porównywalne z przedmiotem zamówienia polegające na konserwacji, naprawach lub remontach maszyn i urządzeń wykorzystywanych w przynajmniej jednym z dwóch wskazanych rodzajów działalności gospodarczej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2012), tj. 35.11 lub 39. Wymagane jest wykonanie lub wykonywanie w 35.11. lub 39 co najmniej jednej umowy o wartości minimum 3.000.000,00 zł netto obejmującej konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj.:*

- *kotłów parowych o min. wydajności 15 Mg pary na godzinę,*

- *turbogeneratorów o min. mocy 2,5 MW,*

- *pieców rusztowych o min. wydajności spalania 5 Mg na godzinę,*

- *instalacji oczyszczania spalin,*

- *sownic o udźwigu min. 10 Mg,*

*przy czym obowiązkowo dotyczącej min. kotłów parowych lub turbogeneratorów.*

*Celem oceny spełnienia warunku Zamawiający dopuszcza wykazanie się usługami będącymi w trakcie realizacji, z zastrzeżeniem że do oceny brana będzie pod uwagę zrealizowana część zamówienia o wartości nie mniejszej niż wskazana powyżej."*

Oferta Odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza, wobec czego Zamawiający wezwał wykonawcę pismem z 10.12.2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, w tym



wykazu usług określonego w pkt 7.3.1.4 SIWZ, składanego na potwierdzenie warunku udziału z pkt 6.2.2.4. SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wraz z pismem z 18.12.2018 r. przedłożył wymagane dokumenty, w tym w wykaz osób, w którym wskazał następujące usługi, wykonane na rzecz PGNIG Termika S.A., w ramach działalności PKP 35.11:

1. poz. 1: *„Remont kapitalizowany kotła fluidalnego OFz450B w Ec Żerań w 2015 r. (część I) oraz remont planowy kotła fluidalnego OFz450B w Ec Żerań w 2016 r. (część H Wydajność pary 450 (t/h)”, wartość usługi 4.700.000 zł netto;*
2. poz. 2: Usługa utrzymania ruchu i prace remontowe w ramach umowy nr 14DFZZ040-01 na *„Wykonywanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym maszynowni, kotłowni, odpopielania, nawęglania / biomasy w zakładzie EC Siekierki i C Kawęczyn”, wartość usługi ponad 10.000.000 zł netto;*
3. poz. 3: Usługa utrzymania ruchu i prace remontowe w ramach umowy nr 13DFZZ002-02 na *„Wykonywanie prac i świadczenie usług remontowych w obszarze mechanicznym maszynowni, kotłowni, odpopielania, gospodarki wodno-ściekowej, nawęglania w zakładzie Elektrociepłownia Żerań i Źródła Lokalne”, wartość usługi ponad 10.000.000 zł netto.*

Następnie Zamawiający pismem z 25.01.2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, wskazywanych na potwierdzenie warunku dotyczącego zdolności technicznej z pkt 6.2.2.4. SIWZ. Jako podstawę faktyczną wezwania wskazał, że jego zdaniem usługi wykazane przez Odwołującego pod poz. 1-3 (wskazane powyżej) nie spełniają tego warunku, gdyż każda z tych usług nie obejmuje:

- konserwacji, naprawy i remontu maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych,
- co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych, w tym co najmniej kotłów parowych albo turobenaratorów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca złożył wraz z pismem z 29.01.2019 r., zawierającym obszernie wyjaśnienia w sprawie, żądane dokumenty, w tym nowy wykaz usług (uzupełniony wykaz usług - załącznik nr 4 do odwołania). W uzupełnionym wykazie wykonawca ponownie wskazał poprzednio wykazywane usługi (tj. w poz. 1 - wskazano usługę wykazaną poprzednio w poz. 2, w poz. 2 - usługę wykazaną poprzednio w poz. 3, w poz. 4 - usługę wykazaną poprzednio w poz. 1), a dodatkowo wykazał nową usługę pod poz. 3. W uzupełnionym wykazie Odwołujący m.in. szczegółowo wskazał, jakich maszyn i urządzeń, wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych dotyczyły świadczone przez niego usługi. Wskazał, że Odwołujący potwierdził warunki udziału w postępowaniu już usługami wskazanymi w wykazie usług, złożonym przez Odwołującego z pkt 6.2.2.4. SIWZ, a uzupełniony wykaz wskazywał jeszcze dodatkowe, w stosunku do wcześniej wykazanych, usługi. Nie można więc zgodzić się z tezą

Zamawiającego, że tego warunku nie spełniono. Zamawiający uzasadnia wykluczenie Odwołującego tym, że wykonawca powinien wykazać, iż objęte usługą urządzenia były wykorzystywane w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych, zaś urządzenia serwisowane przez Odwołującego nie służyły faktycznie do tej utylizacji, tylko do wytwarzania energii w ramach działalności prowadzonej przez odbiorcę tych usług - PGNiG Termika S.A. Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń w szczególności w stosunku do samych kwot wykazywanych usług, jak i rodzajów serwowanych urządzeń, które były określone w treści warunku. Interpretacja warunku z pkt 6.2.2.4. SIWZ prezentowana przez Zamawiającego jest błędna, gdyż przede wszystkim nie wynika ona z literalnej treści SIWZ, podczas gdy warunek musi być interpretowany zgodnie z jego treścią, a nie niewyraźnymi w tej treści ewentualnymi intencjami Zamawiającego. Z treści warunku wynika jedynie, by umowa (umowy):

A. była wykonywana w 35.11 PKD (wytwarzanie energii elektrycznej) lub 39 PKD (działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami) oraz

B. obejmowała usługi konserwacji, naprawy lub remontu co najmniej 2 rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej obróbki odpadów komunalnych. Warunek ten zgodnie z zasadami interpretacji musi być odczytywany łącznie, oraz w taki sposób aby miał sens.

ad A. Zamawiający zarówno w zd. 1, jak i w zd. 2 pkt 6.2.2.4 SIWZ powołuje się na działalność oznaczoną kodami PKD 35.11 (wytwarzanie energii elektrycznej) i 39. Jak wskazano powyżej zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności przyjętą Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 24.12.2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (Dz. U. Nr 251 poz. 1885 ze zm.) klasa 35.11 obejmuje wytwarzanie energii elektrycznej - i jest doprecyzowana w jednej podklasie 35.11.Z tj. wytwarzanie energii elektrycznej w elektrowniach, elektrociepłowniach, elektrowniach atomowych lub hydroelektrowniach, za pomocą turbin gazowych, generatorów wysokoprężnych i ze źródeł odnawialnych. Podklasa ta nie obejmuje wytwarzania energii elektrycznej przez spalanie odpadów, sklasyfikowanego w 38.21.Z. Z kolei klasa 39 PKD obejmuje działalność związaną z rekultywacją i pozostałą działalność usługową związaną z gospodarką odpadami i również została opisana w jednej podklasie 39.00.Z, która zgodnie z opisem obejmuje:

- odkażanie gleby i wód gruntowych w miejscu zanieczyszczenia lub poza nim, przy zastosowaniu metod mechanicznych, chemicznych lub biologicznych,
- odkażanie zakładów i terenów przemysłowych, włączając zakłady i tereny elektrowni jądrowych,
- odkażanie i czyszczenie wód powierzchniowych z zanieczyszczeń powstałych w wyniku gromadzenia się substancji szkodliwych lub przez zastosowanie środków chemicznych,

- usuwanie wycieku oleju lub pozostałych zanieczyszczeń na lądzie i na wodzie,
- usuwanie azbestu, farb ołowiowych i pozostałych surowców toksycznych,
- pozostałe specjalistyczne działalności związane z kontrolą zanieczyszczeń.

Podklasa ta nie obejmuje:

- oczyszczania wody w celu jej dostawy, sklasyfikowanego w 36.00.Z,
- przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów innych niż niebezpieczne, sklasyfikowanych w 38.21.Z.
- przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych, sklasyfikowanych w 38.22.Z.
- zmiatania i polewania ulic itp., sklasyfikowanych w 81.29.Z.

ad B. W drugiej części warunku zamawiający sprecyzował rodzaj wykonywanych usług tj. wskazał usługi konserwacji, naprawy lub remontu co najmniej 2 rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej obróbki odpadów komunalnych. Zgodnie zatem z tym warunkiem trzeba było wykazać się serwisem maszyn czy urządzeń, rodzajowo wymienionych w treści warunku. Po słowach „*maszyny i urządzenia wykorzystywane do termicznej obróbki odpadów*” następuje doprecyzowanie „*to jest*” i wskazanie konkretnych maszyn/u rządzeń o określonej wydajności: - kotłów parowych o min. wydajności 15 Mg pary na godzinę,

- turbogeneratorów o min. mocy 2,5 MW,
- pieców rusztowych o min. wydajności spalania 5 Mg na godzinę,
- instalacji oczyszczania spalin,
- suwnic o udźwigu min. 10 Mg,

Tym samym zakwalifikowano wskazane maszyn/urządzenia do kategorii takich, które co do zasady są wykorzystywane (mogą być wykorzystywane) w termicznej obróbce odpadów. Warunek zaś nie nakłada wymogu aby świadczone usługi konserwacji ... maszyn i urządzeń, które były już faktycznie (w ramach danej umowy) wykorzystane w instalacji spalania odpadów. Jeśli zatem Zamawiający wskazał, że wymagane jest wykonanie co najmniej jednej umowy (umów) obejmującej serwis urządzeń „*wykorzystywanych*” w procesie termicznej utylizacji odpadów, to należy przez to rozumieć urządzenia, które mogą być wykorzystane w takim procesie. W przeciwnym bowiem razie - wbrew treści warunku - nie można by w ogóle się wykazać doświadczeniem w świadczeniu usług w działalności oznaczonej kodami PKD 35.11 lub 39. Spalanie odpadów komunalnych zgodnie z PKD jest bowiem oznaczone innym kodem i zakwalifikowane do podklasy 38.21.Z „*Podklasa ta obejmuje obróbkę i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne stałych lub nie:*

- *działalność składowisk odpadów innych niż niebezpieczne,*
- *usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne poprzez spalanie lub inne metody, któremu może towarzyszyć produkcja prądu, pary; kompostu, paliw zastępczych, biogazu, popiołu lub innych produktów ubocznych do dalszego zastosowania itp.,*

- obróbkę odpadów organicznych w celu ich usunięcia." Zamawiający uzasadniając przyjęte przez siebie znaczenie warunku pkt 6.2.2.4 SIWZ w ogóle pomija fakt, że wymagał wykazania się usługami serwisowymi w działalności oznaczonej kodami 35.11 lub 39, odnosząc się tylko do jednego fragmentu warunku wskazującego, że wykazywany serwis powinien dotyczyć „maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych". Tymczasem pytanie brzmi, po co Zamawiający miałby odwoływać się w obu tych zdaniach wprost do obu kodów PKB, odnosząc je do konieczności wykazania się doświadczeniem w usługach wykonywanych w działalnościach oznaczonych tymi kodami, jeśli jego zamiarem nie byłoby właśnie dopuszczenie wykazania się serwisem w ramach działalności objętymi tymi kodami. Przedmiotem odwołania nie jest rozstrzygnięcie czy Zamawiający dopuścił wykazanie się serwisem w działalności podklasy 38.21.Z, na pewno jednak dopuścił wykazanie się doświadczeniem wykazanym przez Odwołującego, czyli w działalności polegającej na wytwarzaniu energii elektrycznej (35.11 PKD). Wykluczenie Odwołującego oznacza, że Zamawiający próbuje faktycznie na tym etapie postępowania zmienić SIWZ, co jest na tym etapie niedopuszczalne. Wskazał na wyrok KIO z 27.06.2018 r., sygn. akt: KIO 1200/18. Izba w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślała, że SIWZ należy interpretować literalnie, a ewentualne wątpliwości trzeba interpretować na korzyść wykonawcy. Przywołał wyrok KIO z 18.05.2018 r., sygn. akt: KIO 845/18, jak i uchwałę KIO z 31.12.2015 r., sygn. KIO/KD 71/15. Dodatkowo wskazał na wyrok KIO z 21.06.2018 r., sygn. akt: KIO 1127/18, wyrok KIO z 30.05.2018 r., sygn. akt: KIO 925/18, czy też na wyrok KIO z 28.05.2018 r., sygn. akt: KIO 923/18. Na koniec powołał się na wyrok SN z 09.12.2014 r., sygn. akt: IV CSK 10/14. Wynika z tego, w ocenie Odwołującego, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała dokument. Polega to na tym, że kto proponuje określone klauzule - tego ryzyko, że druga strona zrozumie je opacznie. Zatem skoro Zamawiający formułował treść SIWZ, to wszelkie wątpliwości co do konstruowania oferty należy interpretować na korzyść wykonawcy. Co więcej, poprzez odesłanie z art. 14 Pzp podstawę prawną do stosowania wykładni warunku udziału w postępowaniu stanowi art. 65 § 2 k.c. Jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten rozumieć powinien (art. 65 § 1 kc) (uchwała SN z 29.06.1995 r., sygn. akt: III CZP 66/95).

Podjęwając decyzję o wykluczeniu Zamawiający zinterpretował warunek w sposób zawężający, ignorując fakt, że wskazał wprost na działalność określoną w klasach PKD, które nie obejmują spalania odpadów. Zawężające rozumienie warunku prezentowane przez Zamawiającego - czyli możliwość wykazania się usługami serwisowymi jedynie takich

urządzeń, które były wykorzystywane w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych - oznaczałoby nieproporcjonalność tego warunku. Podkreślił przy tym, że dyrektywa wykładni warunku, dotycząca konieczności uwzględnienia jego proporcjonalności, jest przywoływana w tym miejscu jedynie pomocniczo, gdyż nie ma bezwzględnej potrzeby po nią sięgać, z uwagi na to, że już z wykładni literalnej warunku wynika szerokie rozumienie tego warunku. Jednakże skoro wykonawca bowiem potrafi naprawiać, konserwować i remontować urządzenia określonego rodzaju i o odpowiedniej wydajności, to zawężenie rynku jedynie do takich, którzy mają doświadczenie w ich serwowaniu w instalacjach spalania odpadów, jest nieuzasadnione. Podniósł, że dużych instalacji spalania odpadów (o urządzeniach o wymaganej wydajności) na terenie Polski jest jedynie kilka, z czego część nadal objęta jest serwisem producenta w pierwszych latach działalności.

Dodatkowo Zamawiający dopuścił w treści warunku takie urządzenia jak p. suwnica lub turbogenerator, dla których użytkowania i serwisu absolutnie bez znaczenia jest rodzaj spalanego w instalacji paliwa. Przypomniał, że dla spełnienia warunku wystarczające było wykazanie wykonywania usług dla dwóch rodzajów urządzeń. Takie właśnie dwa urządzenia Odwołujący wskazał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nawet jeśli jednak założyć pewne różnice w obsłudze czy serwisowaniu niektórych urządzeń wskazanych w treści warunku, w zależności od tego, czy są one użytkowane w procesie termicznej utylizacji odpadów czy wytwarzania energii cieplnej i elektrycznej, przez spalanie węgla lub innego paliwa to nie miałyby to znaczenia dla spełnienia warunku. Po pierwsze przedmiot zamówienia i warunek dotyczą tylko serwisowania (konserwacji, napraw i remontów) urządzeń i maszyn, a nie samej ich obsługi, a po drugie ewentualne różnice w serwisowaniu tych urządzeń w tych dwóch rodzajach działalności nie świadczy absolutnie o tym, że doświadczenie z takich serwisów nie jest porównywalne. Wymienione w treści warunku urządzenia i maszyny mają bowiem taką samą specyfikę konserwowania, napraw i remontów, czy też usuwania usterek i awarii, bez względu na to, w którym rodzaju działalności są wykorzystywane. Zamawiający w zd. 1 pkt 6.2.2.4 SIWZ przesądził, że usługami porównywalnymi rodzajowo z tymi, które są przedmiotem zamówienia, są usługi dotyczące maszyn i urządzeń wykorzystywanych przynajmniej w działalności polegającej na wytwarzaniu energii (35.11) lub na rekultywacji (39). Z założenia zatem chybiona jest argumentacja Zamawiającego zwarta w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, w której Zamawiający próbuje uzasadnić swoją interpretację warunku „specyfiką” termicznej obróbki odpadów komunalnych. W szczególności niczym nie różni się np. konserwacja suwnicy, która jest zapylna w hali magazynowej odpadów do spalania od konserwacji suwnicy, która ulegała zapyleniu wskutek przebywania w hali wytwarzania energii. Suwnica jako maszyna, ze względu na swoje uniwersalne zastosowanie, może znaleźć zastosowanie zarówno w zakładzie, który wytwarza energię elektryczną z węgla, jak i takim gdzie spalane są

odpady. Podobnie serwisowanie turbogeneratorsa nie zależy od tego w jakim typie zakładu jest on wykorzystywany. Ponadto Zamawiający uzasadniając wykluczenie wykonawcy wskazał, że funkcjonuje u niego nietypowe rozwiązanie polegające na tym, że kocioł parowy i piec z paleniskiem rusztowym są odrębnymi urządzeniami, podczas gdy typowym jest połączenie funkcji tych urządzeń w jednym urządzeniu. Zamawiający dodał, że dopuścił wykazanie się serwisem urządzenia łączącego te funkcje. Wskazał też, że *„kotły parowe wykorzystywane w innych instalacjach, niż te do termicznej utylizacji odpadów komunalnych mają dużo więcej możliwych sposobów podawania paliwa i sposobów ich spalania niż na palenisku rusztowym, wobec czego doświadczenie w takich instalacjach ma z założenia pomijalne znaczenie dla Zamawiającego”*, Jednakże kwesta ta pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia zarzutu Zamawiającego w stosunku do wykazu usług przedstawionego przez Odwołującego. Można było się bowiem wykazać w Postępowaniu doświadczeniem w serwisie np. kotła parowego o wskazanej w warunku wydajności, który jednakże jest odrębnym do pieca rusztowego urządzeniem oraz innego urządzenia, np. suwnicy. Wykonawca zatem nie musiał wykazywać się koniecznie doświadczeniem w serwisie pieca rusztowego (połączonego z kotłem parowym czy też stanowiącego odrębne urządzenie); zgodne z treścią warunku ma mieć bowiem doświadczenie dotyczące minimum kotłów parowych (które, jak przyznaje Zamawiający, nie muszą być połączone z piecem) lub turbogeneratorów. Nadmieniał, iż Wykonawca posiada długoletnie doświadczenie w serwisie kotłów rusztowych w Ec. Pruszków (jednostka PGNiG Termika S.A ), gdzie świadczy usługi utrzymania ruchu dla następujących kotłów rusztowych: • OR-32 – 2 szt., • OR-40 – 2 szt., • OR-55 – 1 szt., • WR-10 – 1 szt., • WR- 25 -1 szt. Każdy z nich o wydajności spalania powyżej 5 MG na godzinę, a więc spełniający wymagania Zamawiającego.

Podobnie niezasadnym jest argument Zamawiającego podniesiony w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, wskazujący na to, że inny może być skład i ilość spalin i zanieczyszczeń wytwarzanych przez kotły parowe czy instalacje oczyszczania spalin, funkcjonujące w elektrowni i spalarni odpadów. Spalanie w obu przypadkach, mimo pewnych różnic wynikających z użytego paliwa, daje bardzo zbliżone efekty z punktu widzenia konieczności konserwacji czy remontów. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający nadinterpretował też warunek w zakresie kwot i liczby rodzaju maszyn i urządzeń jakie miała obejmować jedna umowa. Jak wynika z wyjaśnień przedstawionych na str. 6 wynika, że Zamawiający chce interpretować warunek w ten sposób, że musi być wykonana jedna umowa, która ma wartość 3 mln zł za usługi wykonane jedynie na danych urządzeniach oraz taka jedna umowa musi obejmować co najmniej 2 rodzaje urządzeń z listy wskazanej w warunku. Interpretacja taka jest błędna. Przywołując ponownie warunek w brzmieniu ustalonym w SIWZ: *„wykażą, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - należy*

*zrealizowali usługi wartościowo i rodzajowo porównywalne z przedmiotem zamówienia polegające na konserwacji, naprawach lub remontach maszyn i urządzeń wykorzystywanych w przynajmniej jednym z dwóch wskazanych rodzajów działalności gospodarczej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2012), tj. 35.11 lub 39. Wymagane jest wykonanie lub wykonywanie w 35.11. lub 39 co najmniej jednej umowy o wartości minimum 3.000.000,00 zł netto obejmującej konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj.:*

- kotłów parowych o min. wydajności 15 Mg pary na godzinę,*
- turbogeneratorów o min. mocy 2,5 MW,*
- pieców rusztowych o min. wydajności spalania 5 Mg na godzinę,*
- instalacji oczyszczania spalin,*
- suwnic o udźwigu min. 10 Mg,*

*przy czym obowiązkowo dotyczącej min. kotłów parowych lub turbogeneratorów"*

Jak wynika z powyższego wymagane było wykonywanie co najmniej 1 umowy - można więc było wykazać spełnienie warunku dowolną liczbą wykonanych umów. Jednocześnie trzeba było się wykazać odpowiednimi umiejętnościami w serwisowaniu co najmniej dwóch rodzajów urządzeń, w tym zawsze przynajmniej kotła parowego lub turbogeneratorsa. Skoro możliwe było wykazanie się większą liczbą umów a umowy te musiały obejmować dwa rodzaje urządzeń, to nadinterpretacją jest to, że teraz zamawiający wymaga aby jedna umowa obejmowała 2 rodzaje urządzeń. Pozostaje to zresztą bez znaczenia dla stwierdzenia umiejętności wykonawcy. Dla nabycia doświadczenia nie ma znaczenia ile umów zostało zawartych. Właściciel instalacji może zawierać umowy na każde urządzenie oddzielnie. Jednocześnie serwisujący z dwoma lub większą liczbą umów potrafi serwisować różne rodzaje urządzeń. Przyjęty sposób interpretacji warunku jest więc po pierwsze niezgodny z zapisem literalnym (pomija wyrażenie co najmniej), po drugie zaś w sposób nieuzasadniony, gdyż nieproporcjonalny do celu zamówienia ogranicza do niego dostęp. Zamawiający też zdaje się sugerować, że nie jest możliwe sumowanie wartości umów - i ponownie takie stanowisko pomija wyrażenie „co najmniej”. Jeżeli trzeba się wykazać minimum 1 umową na daną wartość, to oznacza, że można wykazać się każdą liczbą umów, które osiągają daną wartość. Zamawiający nie wskazał, że każda umowa wykazywana ma mieć wartość co najmniej 3 mln zł. Logika zresztą wskazuje, że tego typu ograniczenie miałoby sens gdyby zamawiający wymagał większej niż 1 liczby umów. Przy wyrażeniu „co najmniej 1” ograniczenie kwotowe do jednej umowy nie ma sensu. Ponadto tego typu interpretacja ponownie stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Jeżeli wykonawca posiadał wymagane umiejętności o odpowiedniej skali, to ponownie bez

znaczenia pozostaje czy skala tych umiejętności wyrażona kwotą została osiągnięta w ramach jednego czy kilku stosunków prawnych.

W poz. 1 - uzupełnionego wykazu wskazał jedną umowę o wartości ponad 20 mln zł, która obejmowała usługi konserwacji, napraw i remontu w zakresie: kotły parowe (8 szt.) oraz turbogeneratory (6 szt.), instalacja oczyszczania spalin. Usługa była wykonywana od VII 2014 do 30.06.2018 r. Spełniono warunki: czasu wykonywania (3 lata), klasy PKD, wartości umowy, rodzaju usług, wykazano 3 rodzaje urządzeń, w tym 2 obowiązkowe. W poz. 2 - wykonawca wskazał jedną umowę o wartości ponad 20 mln zł obejmującą usługi remontowe dla kotłów parowych o wymaganej mocy (5 szt.), kotłów fluidalnych (2 szt.) oraz turbogeneratorów (8 szt.). Usługa była wykonywana od VII 2014 do 30.06.2018 r. Spełniono warunki: czasu wykonywania (3 lata), klasy PKD, wartości umowy, rodzaju usług, wykazano 2 rodzaje urządzeń w tym oba obowiązkowe. W poz. 3 - wskazano na usługi konserwacji, naprawy i remontu suwnicy bramowej o udźwigu 16 ton. Spełniono warunki: czasu wykonywania (3 lata), klasy PKD, rodzaju usług, wykazano 1 rodzaj urządzenia. Umowa ta samodzielnie ma wartość poniżej 3 mln, jednakże z innymi umowami wartość wymaganą znacznie przekracza. Ponadto obejmuje inny rodzaj urządzenia niż wskazany w innych usługach, co wskazuje, że wykonawca posiada umiejętność serwisowania także tego typu urządzenia. Umowa była zawarta z tym samym Zamawiającym, co inne wykazane umowy oraz na dokładnie ten sam okres, co usługi wykazane w wykazie pod poz. 1, 2 oraz 4. W poz. 4 (omyłkowo oznaczonej liczbą 3), wskazano na usługi konserwacji, naprawy i remontu dla instalacji odsiarczania spalin. Spełniono warunki: czasu wykonywania (3 lata), klasy PKD, rodzaju usług, wykazano 1 rodzaj urządzenia. Umowa ta samodzielnie ma wartość powyżej 3 mln. W poz. 5 (omyłkowo oznaczonej liczbą 4), wskazano na usługi remontu kotłów fluidalnych (2 sztuki). Spełniono warunki: czasu wykonywania (3 lata), klasy PKD, rodzaju usług, wykazano 1 rodzaj urządzenia (urządzenie obowiązkowe do wykazania). Umowa ta samodzielnie ma wartość powyżej 3 mln. Razem więc np. z umową wykazaną pod poz. 3 spełnia wszystkie wymagane warunki (drugi rodzaj urządzenia). Jak wynika z powyższego wykonawca spełnił warunek z naddatkiem - zarówno w ramach jednej umowy (poz. 1, 2), jak i łącznie (poz. 3 i 4 lub 3 i 5 lub 4 i 5). Działanie Zamawiającego zaś ma na celu wyeliminowanie wykonawcy, który bez żadnych wątpliwości posiada umiejętności potwierdzone wieloletnim doświadczeniem zapewniające prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zamawiający w dniu 26.02.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.



W dniu 01.03.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Firm: 1) Polimex Energetyka Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 2) Polimex - Mostostal S.A., Aleja Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, 3) Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o., ul. Zglenickiego 46, 09-411 Płock, z adresem dla lidera Konsorcjum: Aleja Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Polimex Energetyka” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta została uznana za odrzuconą, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba oddaliła wnioski Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania. Zamawiający wskazywał na spóźniony charakter odwołania. Uważał, że cała argumentacja zawarta w odwołaniu de facto sprowadza się do zakwestionowania wezwania do uzupełnienia, które miało miejsce 25.01.2019 r. Wskazywał, że w wyniku dokonanego uzupełnienia Odwołujący de facto wykazał się tymi samymi zadaniami i załączonymi referencjami. Dodatkowo zwracał uwagę, że duża część argumentacji Odwołującego dotyczy samego warunku udziału, czas na jego zakwestionowanie również minął, co dodatkowo czyni odwołanie spóźnionym. Przystępujący, popierając wniosek dodatkowo wskazał, że rodzaj sformułowanych zarzutów odnosi się do treści warunku.

Izba, oddając wnioski o odrzucenie odwołania, uznała je za bezzasadne, albowiem w wyniku dokonanego uzupełnienia przedstawiono Zamawiającemu nowe dokumenty – nowy wykaz zawierający nowe pozycje oraz informacje, m.in. informacje co do rodzaju serwisowanych urządzeń i maszyn w zakresie powtórzonych zadań z wykazu pierwotnego w zakresie poz. 2 i 3. Powyższe stanowiło podstawę dokonania czynności przez

Zamawiającego, tj. wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w zakresie: treści ogłoszenia, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 10.12.2018 r. skierowanego do Odwołującego, pisma Odwołującego z 18.12.2018 r. wraz z pierwotnym wykazem usług (trzy pozycje) i dołączonymi referencjami, wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 25.01.2019 r. skierowanego do Odwołującego oraz informacją z 15.02.2019 r. o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą. Odpowiedź Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z 25.01.2019 r. została zaliczona jako załącznik do odwołania poniżej.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) pismo Odwołującego z 29.01.2019 r.;
- 2) uzupełniony wraz ze wskazanym wyżej pismem wykaz usług na pięć pozycji;
- 3) referencje załączone do wykazu.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- 1) Zestawienie postępowań na usługi serwisowania i napraw w zakładach przetwarzania odpadów w Polsce w okresie ostatnich 3 lat (4 tabele – Konin, Białystok, Bydgoszcz, Kraków).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, jak i odpowiedź na odwołanie złożoną na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty:

- 1) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pod zarzutem niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia (w zakresie doświadczenia w wykonaniu usług), określonego w pkt 6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnianie wymaganego warunku udziału w postępowaniu;

- 2) naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp - poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy nie było do tego podstaw, gdyż wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- 3) naruszenia art. 65 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez wyinterpretowanie przez Zamawiającego z warunku zdolności technicznej określonego w pkt 6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ, treści, które z niego nie wynikają i w związku z tym żądanie od Odwołującego potwierdzenia warunku, który nie został postawiony w postępowaniu, co doprowadziło do bezprawnego wykluczenia Odwołującego;
- 4) naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, co uniemożliwia dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryterium oceny ofert w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści informacji o wykluczeniu oraz wniesionego odwołania i przytoczonego tam – obowiązującego warunku w postępowaniu - dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia (w zakresie doświadczenia w wykonaniu usług) z pkt 6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ. Na jego potwierdzenie należało przedstawić, na podstawie pkt 7.3.1.4. cz. I SIWZ, wykaz usług wykonanych. Nadto, Izba przywołuje wskazane szczegółowo w informacji o wykluczeniu poszczególne pozycje tak w wykazie pierwotnym (trzy pozycje) przedstawionym wraz z pismem z 18.12.2018 r. (złożonym po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 10.12.2018 r.), jaki i wykazie złożonym wraz z pismem z 29.01.2019 r. w wyniku uzupełnienia przez Odwołującego (pięć pozycji) w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (po wezwaniu z 25.01.2019 r.). W dalszej kolejności istotny jest sposób rozumienia warunku przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia w wykonaniu usług przedstawiony w informacji o wykluczeniu oraz dokonany ostatecznie przez Zamawiającego w tym kontekście sposób oceny złożonego w wyniku uzupełnienia wykazu wraz z przedstawionymi tam motywami. Argumentacja przedstawiona w ramach złożonej odpowiedzi na odwołanie na rozprawie de facto nie odbiegała, za wyjątkiem wniosku o odrzucenie odwołania, od argumentacji przedstawionej w informacji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Krajowe Izby Odwoławczej stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście sformułowanego warunku w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia (w zakresie doświadczenia w wykonaniu usług) i złożonego przez Odwołującego w wyniku uzupełnienia wykazu usług i referencji. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie do zarzutów odwołania, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter zostaną rozpatrzone łącznie.

Izba, oddając odwołanie dokonała wykładni warunku sformułowanego przez Zamawiającego w pkt 6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ przez pryzmat celu jaki mu przyświecał, uznając zarazem zasadność przedstawionej przez niego argumentacji. Pozornie może się wydawać, że stanowisko Odwołującego z odwołania i rozprawy jest słuszne, jednakże sformułowany warunek należy postrzegać jako zbiór określonych wyznaczników, od którego trafego zdekodowania uzależnione jest jego właściwe rozumienie. W tym wypadku winno to mieć miejsce, poprzez przejście od ogółu do szczegółu przez pryzmat celu jaki nie tylko przyświecał, ale także wynika wprost z treści warunku, tzn. konserwacji, naprawy lub remontu maszyn i urządzeń wykorzystywanych, a nie jak twierdził w odwołaniu oraz na rozprawie mogących być wykorzystywanych (w trybie przypuszczającym) w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Pierwsze zdanie warunku ma charakter szerszy, a drugie zdanie węższy, drugie doprecyzowuje pierwszy element. Odniesienie do dwóch wskazanych rodzajów działalności gospodarczej w rozumieniu PKD (w zdaniu pierwszym – „(...) porównywalne z przedmiotem zamówienia polegające na konserwacji, naprawach lub remontach maszyn i urządzeń wykorzystywanych w przynajmniej jednym z dwóch wskazanych rodzajów działalności gospodarczej w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2012), tj. 35.11 lub 39. (...)”, jak i dwóch rodzajów maszyn (w zdaniu drugim – „ (...) Wymagane jest wykonanie lub wykonywanie w 35.11. lub 39 co najmniej jednej umowy o wartości minimum 3.000.000,00 zł netto obejmującej konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych tj.: (...)”) i ich wymienienie nie można traktować w oderwaniu od wskazanego powyżej wykorzystywania (dwukrotnie użyto słowa: „wykorzystywanych” w obu zdaniach) w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych.

Izba nie uznała także, że doświadczenie Odwołującego w konserwacji, naprawie lub remoncie co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w energetyce 35.11 PKD, a nie w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych jest porównywalne (Odwołujący wskazywał na rozprawie, że przeznaczenie serwisowanych urządzeń jest bez znaczenia, wystarczy że są to urządzenia wymienione w warunku tj. dotyczy: „ - *kotłów parowych o min. wydajności 15 Mg pary na godzinę, - turbogeneratorów o min. mocy 2,5 MW, - pieców rusztowych o min. wydajności spalania 5 Mg na godzinę, - instalacji oczyszczania spalin, - suwnic o udźwigu min. 10 Mg, przy czym obowiązkowo dotyczącej*

*min. kotłów parowych lub turbogeneratorów*"). W tym zakresie Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego z informacji o wykluczeniu, odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy, że przy termicznej utylizacji odpadów komunalnych występuje inny charakter i częstotliwość usterek z uwagi na rodzaj spalanego, czyli zastosowanego paliwa. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie przedstawiona na rozprawie nie była przekonująca.

Jednocześnie, Izba uznała także, że jedynym wymagającym wykładni jest właśnie przedstawiony powyżej element. Niewątpliwe bowiem w pozostałym zakresie w warunku chodziło o wykazanie się co najmniej jedną umową o wartości minimum 3 mln zł netto i nie było możliwości sumowania umów, aby osiągnąć tą wartość. Nadto, chodziło o konserwację, naprawy lub remonty co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń w ramach jednej, a nie kilku oddzielnych umów.

Izba nadto wskazuje, że skoro Odwołujący miał wątpliwości co do sposobu rozumienia sformułowanego przez Zamawianego warunku, co przełożyło się na przedłożone przez Odwołującego wykazy (pierwotny oraz uzupełniony) to winien wystosować stosowne zapytanie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że nie zwrócenie się przez Wykonawcę do Zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości - o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 46, z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, nie publ., z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15). W konsekwencji można uznać, że Odwołujący przyjął określone ryzyko, że dokonana z jego strony wykładnia nie jest właściwa. Jednocześnie, Izba podkreśla, że celem stawiania określonych warunków przez Zamawiającego, w tym będącego przedmiotem wykładni, jest wybór Wykonawcy zapewniającego odpowiedni poziom zdolności technicznych i zawodowych.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający zasadnie uznał, że wykazane w uzupełnionym wykazie usługi nie potwierdzają spełniania warunku z pkt 6.2.2.4., Roz. II, Cz. I SIWZ. W zakresie poz. 1 i 2 wykazu, gdyż nie dotyczą one serwisowania co najmniej dwóch rodzajów maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych (co de facto przyznał Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie), zaś w poz. 3 wykazano tylko jeden rodzaj maszyn i urządzeń, do tego umowa jest niższa niż minimum 3 mln zł netto, w poz. 4 i 5 z kolei wykazano tylko jeden rodzaj maszyn i urządzeń. Przy czym, co do poz. 3-5, Izba abstrahuje od kwestii tego, czy wykazane usługi dotyczyły serwisowania maszyn i urządzeń wykorzystywanych w procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych, gdyż wobec ewidentnego nie spełniania innych elementów warunku jest to irrelewantne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....