

WYROK

z dnia 3 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2016 r. przez **Odwołującego – ELMA Energia Sp. z o.o., ul. Wioślarska 18, 10-192 Olsztyn**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów**,

przy udziale wykonawcy **OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

- 1.1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zaś w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w części dotyczącej parametru czasu reakcji na impulsy oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert;**
- 1.2. **w pozostałym zaś zakresie oddala odwołanie.**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik**: na rzecz: 1) **Odwołującego** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 2) na rzecz **Zamawiającego** kwotę **2 809 zł 53 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) 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 (Dz.U.2015.2164 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Opracowanie projektu technicznego, dostawy i wykonania oraz uruchomienia układu kompensacji mocy biernej w układzie zasilania skipowej maszyny wyciągowej szybu 2.1 kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A.”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 października 2015 r., pod nr: 2015/S 203-369396.

Pismem z dnia 12 stycznia 2016 r., Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, wskazując, że do realizacji zamówienia wybrana została oferta wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik.

W dniu 21 stycznia 2016 r., Odwołujący – ELMA Energia Sp. z o.o., ul. Wioślarska 18, 10-192 Olsztyn – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu zaniechania i działania niezgodne z ustawą Pzp, polegające na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o. podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą,
- 2) dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez OPA-ROW Sp. z o.o. podczas, gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- 3) dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez OPA ROW Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

- co doprowadziło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz innych przepisów podanych w uzasadnieniu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz
 - a. wykluczenia z postępowania wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o. i uznania oferty złożonej przez OPA-ROW Sp. z o.o. za odrzuconą,
 - b. dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez OPA-ROW Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ,
 - c. dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez ELMA Energia Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że Odwołujący pismem z dnia 27 listopada 2015 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę na wątpliwości, jakie powstały na gruncie dokumentacji przetargowej, co do braku złożenia dokumentów przez podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o. i biorący udział w realizacji zamówienia oraz co do braku wskazania sposobu przeliczenia wartości wykonanych przez podmiot udostępniający doświadczenie dostaw.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z pismem z dnia 18 grudnia 2015 r. o wyjaśnienia. Pismem z dnia 22 grudnia 2015 r. OPA - ROW Sp. z o.o. poinformowała, jak w jej ocenie należy interpretować zapisy SIWZ. W dniu 12 stycznia 2016 r. Odwołujący otrzymał informację o wyniku przedmiotowego postępowania. Oferta złożona przez OPA-ROW Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza. Tego dnia doszło do powzięcia przez Odwołującego informacji o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przejawiającego się w dokonaniu wyboru oferty złożonej przez OPA-ROW Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy).

Wskazano następnie, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Oferta złożona przez Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku wykluczeniu wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o. i uznania jej oferty za odrzuconą. Tym samym Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Nadto, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może dojść do poniesienia szkody przez Odwołującego.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o., Odwołujący podniósł, że w treści rozdziału V SIWZ, Zamawiający wskazał warunki udziału w

postępowaniu. Na podstawie zapisów Rozdziału VI pkt: 11 Zamawiający zażądał, aby w sytuacji, w której wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, przedstawił w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wskazane w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 1,2 i 4-6 do SIWZ, tj.:

- aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji działalności gospodarczej jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w art 22 ustawy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy,
- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący argumentował następnie, że OPA-ROW Sp. z o.o. w treści oferty oświadczyła, iż zamówienie wykona samodzielnie. jednocześnie w wykazie wykonanych usług sporządzonym zgodnie z wzorem - załącznikiem nr 3 do SIWZ, wykazała doświadczenie w wykonaniu zamówienia obejmującego „Projekt, dostawy sprzętu i materiałów, usługi techniczne w zakresie instalacji, testów działania systemu 10 MVar SVG ++(STATCOM) z korekcją współczynnika mocy biernej, filtrem harmonicznym oraz funkcją

stabilnego napięcia (napięcie 22 kV) dla Saigon-Quyhon Minig Corporation, Wietnam, użyczone przez podmiot udostępniający zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia – Zhuhai Wanlida Electric Co. Ltd., Chiny. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania opozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia (str. 33 oferty), stanowiącego załącznik do oferty OPA-ROW Sp. z o.o. wynika, iż zasoby podmiotu użyczającego ZHUHAI WANLIDA ELKCTRICAL AUTOMATION CO., LTD zostaną udostępnione w zakresie:

- 1) przekazania dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w celu ubiegania się o zamówienie,
- 2) (sposób udostępnienia zasobów) dostawy urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, oraz doradztwo i konsulting w zakresie niezbędnym do uruchomienia przedmiotu dostawy,
- 3) (charakter stosunku łączącego użyczającego z wykonawcą) umowa pisemna na dostawę urządzeń oraz doradztwo i konsulting przy uruchomieniu przedmiotu dostawy,
- 4) (zakres udziału podmiotu użyczającego) udział ograniczony w zakresie dostawy urządzeń oraz doradztwo i konsulting dotyczący uruchomienia przedmiotu dostawy,
- 5) (okres udostępnienia zasobów) okres niezbędny do realizacji całego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że treść zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia jednoznacznie wskazuje na jego rzeczywisty udział w wykonywaniu zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający ma prawo i obowiązek (jeżeli taki warunek zamieści w SIWZ) weryfikacji podmiotów trzecich oddających swoje zasoby do dyspozycji wykonawcy i współpracujących z nim przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Możliwość żądania od wykonawców dokumentów dotyczących podmiotów, na których zasoby powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (§3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 poz. 231 — dalej jako Rozporządzenie), nie jest ograniczona jedynie do podwykonawców. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie „Hipoteza analizowanej normy prawnej nie ogranicza udziału w realizacji części zamówienia jedynie do formy podwykonawstwa. Podobnie przypisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią, by tego rodzaju udział możliwy był wyłącznie na zasadzie podwykonawstwa. Przypis art. 26 ust. 2b Pzp stanowi przy tym, że poleganie na zasobach innych podmiotów dopuszczalne jest

niezależnie od charakteru prawnego stosunku, jaki wiąże wykonawcę z podmiotem trzecim. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego wiąże się jednocześnie, w określonych sytuacjach, z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia i to bez względu na to, jaki jest wzajemny charakter prawny stosunku łączącego wykonawcę z tym podmiotem, w szczególności – niezależnie od tego, czy stosunek ten przybiera formę podwykonawstwa. W konsekwencji, nawet gdy poleganie na zasobach podmiotu trzeciego nie ma postaci podwykonawstwa, a okoliczności sprawy, w tym rodzaj udostępnianych zasobów, wskazują na udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, to zamawiający zachowuje uprawnienie do weryfikacji tego podmiotu i żądania dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia." (wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1502/14). Żaden z przepisów rozporządzenia czy ustawy nie ogranicza udziału w realizacji przedsięwzięcia jedynie do podwykonawstwa. Działaniem niezbędnym jest analiza okoliczności danej sprawy. Korzystanie z zasobów innego podmiotu może wiązać się z koniecznością jego udziału w realizacji zamówienia, w szczególności w przypadku udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia (por. wyrok KIO z 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1265/10, wyrok KIO z 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452, 53, 54/10; wyrok KIO z 10 stycznia 2011 r., KIO 2790/10; wyrok KIO z 13 marca 2014 r., sygn. akt; 400/14). Zdaniem Odwoływającego treść zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, jednoznacznie wskazuje na udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji przedmiotowego zamówienia. Podmiot udostępniający wskazał, iż dostarczy urządzenia niezbędne do wykonania przedmiotu umowy oraz będzie doradzał i konsultował uruchomienie przedmiotu dostawy. Nie można zgodzić się z poglądem, jakoby zadeklarowane wprost uczestnictwo w realizacji przedmiotu zamówienia nie wiązało się z czynnym udziałem tego podmiotu w wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Powyższe jest niezwykle istotne również z punktu widzenia zakresu przedmiotu zamówienia, który obejmuje wykonanie projektu oraz dostawę i uruchomienie urządzeń wskazanych w SIWZ. Podmiot udostępniający swoje zasoby zgodnie ze złożonym zobowiązaniem będzie uczestniczył w wykonaniu głównych części przedmiotowego zamówienia — dostarczy urządzenia niezbędne do jego wykonania oraz będzie nadzorował ich uruchomienie. Mając na uwadze wysoce specjalistyczny przedmiot zamówienia i jego charakter, zarówno dostawa urządzeń, jak i doradztwo i konsultacje, mają bezpośredni wpływ na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1502/14). Zdaniem Odwoływającego zgodzić się należy z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, zgodnie z którym korzystanie z możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich nie może służyć jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie przeciwnej

praktyki prowadziłyby w zasadzie do bezcelowości stawiania warunków udziału w postępowaniu dla wykonawców, a w rezultacie do realizacji zamówień przez podmioty nieposiadające odpowiedniego doświadczenia (por. wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2885/13 oraz wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2866/13). Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie, aby oddanie do dyspozycji OPA-ROW Sp. z o.o. zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia polegających na dostawie urządzeń oraz doradztwie i konsultacji w ich uruchomieniu miało charakter realny, niezbędny jest udziału podmiotu oddającego swoje zasoby do dyspozycji w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Bezpośredniemu udziałowi podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie zaprzeczają również wyjaśnienia OPA-ROW Sp. z o.o. z dnia 22 grudnia 2015 r. OPA-ROW Sp. z o.o. w żaden sposób nie udokumentowała, iż rzeczywiste udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia będzie dotyczyło innego zakresu, niż wskazany w oświadczeniu złożonym przez podmiot oddający zasoby do dyspozycji. Co więcej, zdaniem strony odwołującej danie wiary wyjaśnieniom złożonym przez OPA-ROW Sp. z o.o., w szczególności stwierdzeniom dotyczącym zakresu udziału podmiotu trzeciego jedynie na etapie produkcji urządzeń (dostawa urządzeń do produkcji kompensatorów oraz doradztwo i konsulting na etapie produkcji), wskazuje na jedynie pozorne udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, ponieważ w istocie zgodnie z twierdzeniami OPA-ROW Sp. z o.o. nie będzie on uczestniczył w wykonywaniu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy i uznaniem jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy.

Odwołujący skonkludował, że mając na uwadze powyższe, w szczególności jednoznacznie wskazany udział podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonawca powinien załączyć do oferty dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 1,2 i 4-6 do S1WZ.

Odwołujący podkreślił końcowo, że OPA-ROW Sp. z o.o. ww. dokumentów nie załączyła do oferty. Nie załączyła ich również w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Brak ww. dokumentów winien w ocenie Odwołującego skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b i § 3 ust. 4 rozporządzenia.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że następnym argumentem przesądzającym o obowiązku wykluczenia OPA-ROW Sp. z o.o. z przedmiotowego

postępowania, jest brak wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł netto każde obejmujących łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie nadążnej instalacji kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1kV. OPA-ROW Sp. z o.o. powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego w wykazie wykonanych zamówień wskazała zamówienie wykonane przez podmiot udostępniający swoje zasoby o wartości wyrażonej w kwocie 391 780 USD (str. 33 Oferty). OPA-ROW dokonał przeliczenia wartości wykonanego przedmiotu zamówienia po kursie obowiązującym w dniu sporządzenia oferty (vide wyjaśnienia z dnia 22 grudnia 2015 r.). Zdaniem Odwołującego warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny spełnienia tych warunków winny być powiązane z przedmiotem zamówienia w celu zagwarantowania wykonywania zamówienia przez podmiot posiadający wymagane doświadczenie. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której przedstawiona w wykazie usługa/dostawa, tylko pod kątem formalnym potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, de facto prowadząc do wykonywania zamówienia przez podmiot nie spełniający warunków udziału w postępowaniu. Faktem powszechnie znanym jest, iż kurs dolara w stosunku do złotego uległ znaczącej zmianie w okresie od wykonania zamówienia wskazanego w wykazie wykonanych zamówień, do dnia ogłoszenia o zamówieniu. Zatem kursem właściwym do przeliczenia wartości tego zamówienia, nie może być kurs obowiązujący w dacie sporządzania oferty, ale średni kurs z momentu zakończenia realizacji ww. inwestycji. Przyjęcie takiego stanowiska jest zasadne z kilku powodów:

- 1) przy akceptacji dowolności sposobu i terminu przeliczania wartości wykonanych zamówień, w zależności od kursu w każdym postępowaniu przetargowym wartość już, wykonanych robót byłaby inna, w konsekwencji prowadziłyby do fikcji spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nadto w sposób oczywisty prowadziłyby to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w szczególności stosowania surowszych kryteriów kwalifikacji wykonawcy, który wykonał zamówienie w walucie polskiej oraz wykonawcy, który wykonał zamówienie w walucie obcej i korzystając z korzystnego kursu, pomimo nieposiadanego w rzeczywistości doświadczenia, wykazuje spełnienie warunku);
- 2) moment zakończenia inwestycji jest terminem pewnym, wyrażającym rzeczywistą wartość zamówienia w danym czasie, dlatego nawet w sytuacji nie wskazania rozwiązań szczególnych w treści SIWZ, może stanowić jedyną właściwą podstawę przeliczenia wartości wykonanych zamówień, biorąc pod uwagę zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- 3) brak szczegółowych zapisów w SIWZ dotyczących sposobu przeliczania wartości wykonanych zamówień (określenia sposobu przyjęcia właściwego kursu) nie może stanowić argumentu uzasadniającego dopuszczenie do realizacji, przedmiotu, zamówienia przez podmiot de facto nieposiadający wymaganego przez zamawiającego doświadczenia.

Mając na uwadze fakt średniego kursu dolara w miesiącu lutym 2014 r. na poziomie 3.0490 zł, należy wskazać, iż wartość zrealizowanej inwestycji nie wynosi jak wskazała OPA-ROW Sp. z o.o. 1.562.418,64 zł (przyjęty kurs: 3,988 zł) a jedynie 1.194.537,22 zł (średni kurs z miesiąca lutego 2014 r.). W konsekwencji w ocenie Odwołującego OPA-ROW Sp. z o.o. nie wykazała spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 lit. b) SIWZ, co winno prowadzić do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, iż wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania. Oferta złożona przez OPA-ROW Sp, z o.o. winna podlegać odrzuceniu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o., Odwołujący podniósł, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest opracowanie projektu technicznego, dostawa urządzeń i uruchomienie układu kompensacji mocy biernej w układzie zasilania skipowej maszyny wyciągowej szybu 2.1 kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A.

W części III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, podpunkt III.1 zamawiający określił parametry i właściwości układu kompensacji mocy biernej. Zgodnie z podpunktem III.1 lit. e układ powinien posiadać czas reakcji na impulsy $\leq 0,1$ ms. Wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o., w treści złożonej oferty, w załączniku nr 14 - opis oferowanych rozwiązań technicznych, w pkt 2. Opis układu kompensacji mocy biernej, lit. c — Parametry, wskazał czas reakcji na poziomie ≤ 1 ms. Powyższe powoduje, iż zaoferowany przez OPA-ROW Sp. z o.o. przedmiot zamówienia nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ. W konsekwencji Oferta złożona przez OPA-ROW Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z treścią SIWZ.

W dniu 22 stycznia 2016 r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik. Izba na posiedzeniu w dniu 3 lutego 2016 r., stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Na posiedzeniu w dniu 3 lutego 2016 r., Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

Przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania, wnosząc o jego oddalenie.

W złożonym piśmie procesowym Przystępujący podniósł m.in., że zgodnie z wymogami SIWZ, jeśli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, przedstawi w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wskazane w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 1,2 i 4-6 do SIWZ. Warunkiem konieczności dostarczenia dokumentacji dotyczącej podmiotu trzeciego jest stwierdzenie faktu, że podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia.

W ofercie wskazano zasoby udostępniane Przystępującemu, w postaci dostawy urządzeń niezbędnych w realizacji zamówienia oraz doradztwa i konsultingu niezbędnego do realizacji.

Powyższa kwestia była przedmiotem wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 22 grudnia 2015 roku. W tym miejscu powtórzono, że Przystępujący deklaruje, iż przedmiot zamówienia zostanie samodzielnie i w całości wykonany przez Przystępującego, bez udziału podwykonawców. Podmiot trzeci, udostępniający wiedzę i doświadczenie, nie jest podwykonawcą w rozumieniu ustawy p.z.p. i nie będzie samodzielnie wykonywał całości ani części przedmiotu zamówienia. Udział podmiotu trzeciego ogranicza się do dostawy niezbędnych urządzeń i podzespołów oraz do umożliwienia Przystępującemu konsultacji z inżynierami Zhuhai Wanlida Electrical Automation Co. Ltd. w kwestii produkcji kompensatorów. Przystępujący powołał w tym miejscu dowody z dokumentów: kopii wezwania Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2015 r., kopii wyjaśnień Wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o. z dnia 22 grudnia 2015 r.

Nadto, jak wskazano w Zobowiązaniu podmiotu trzeciego (oferta, str. 37) oraz w wyjaśnieniach OPA-ROW Sp. z o.o. z dnia 22 grudnia 2015 r., zakres udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci dotyczy etapu produkcji urządzeń do kompensacji mocy biernej i filtracji harmoniczných w sieciach średniego napięcia.

Co wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego (oferta, str. 37) zasoby zostaną udostępnione w zakresie:

- 1) przekazania dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w celu ubiegania się o zamówienie,

- 2) (sposób udostępnienie zasobów) dostawy urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, oraz doradztwo i konsulting w zakresie niezbędnym do uruchomienia przedmiotu dostawy,
- 3) (charakter stosunku łączącego użyczającego z wykonawcą) umowa pisemna na dostawę urządzeń oraz doradztwo i konsulting przy uruchomieniu przedmiotu dostawy,
- 4) (zakres udziału podmiotu użyczającego) udział ograniczony w zakresie dostawy urządzeń oraz doradztwo i konsulting dotyczący uruchomienia przedmiotu dostawy,
- 5) (okres udostępnienia zasobów) okres niezbędny do realizacji całego zamówienia.

Jako dowód Przystępujący powołał kopię strony 37 oferty Przystępującego.

Przystępujący argumentował następnie, że jak wskazano w ofercie, współpraca z podmiotem trzecim polegać ma na dostawie niezbędnych urządzeń i podzespołów potrzebnych do produkcji kompensatorów oraz doradztwo i konsulting na etapie ich wytwarzania. Podkreślić należy, że doradztwo i konsulting są niezbędne ze względu na różnice w chińskich i europejskich standardach technicznych. Konieczne jest przystosowanie dostarczonych komponentów do standardów europejskich, a także wprowadzenie oprogramowania w języku polskim. Współpraca polegać ma na kontakcie mailowym i telefonicznym z przedstawicielami podmiotu trzeciego (doradztwo i konsulting zdalny). Zaznaczyć należy, że podmiot trzeci nie będzie obecny w Polsce przy realizacji zamówienia, a także nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia u Zamawiającego. Nie będzie żadnej relacji pomiędzy Zamawiającym a podmiotem trzecim.

Ponadto, warto zarysować kształt dotychczasowej współpracy OPA-ROW Sp. z o.o. z chińską firmą Zhunai Wanlida Electrical Automation Co. Strony współpracują już od około dwóch lat. Współpraca dotyczy produkcji falowników średniego napięcia oraz kompensatorów i filtrów wyższych harmonicznych średniego napięcia. Strona chińska przekazuje Przystępującemu swoje doświadczenia w tej dziedzinie oraz dostarcza niezbędne urządzenia i komponenty do produkcji.

Dotychczas inżynierowie OPA-ROW Sp. z o.o. jeździli do Chin, a czasem inżynierowie chińscy odwiedzają firmę w Polsce, w zależności od zapotrzebowania. Nadto, ze względu na specyfikę branży technicznej, strony konsultują się drogą telefoniczną i mailową (zdalnie).

Przystępujący podniósł, że współpraca polegająca na udostępnieniu wiedzy i doświadczenia nie zobowiązuje podmiotu trzeciego do samodzielnej realizacji jakiegokolwiek części zamówienia. Rola podmiotu trzeciego nie polega więc na pomocy w realizacji zamówienia u Zamawiającego i nie powinna być utożsamiana z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. Na potwierdzenie powyższego wywodu Przystępujący

odwołał się do wyroku KIO z dnia 10 stycznia 2011 roku (sygn. akt KIO 2790/10), wyroku KIO z dnia 9 lipca 2010 roku, w sprawie o sygnaturze akt KIO 1265/10. Stosując wykładnię teleologiczną art. 22 ust. 2b p.z.p., posiłkując się komentarzem do p.z.p. autorstwa Anety Bazan i Józefa Nowickiego, wskazać należy, że: „Celem wprowadzenia art. 26 ust. 2b było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków” (zob. Bazan A., Nowicki J.B., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Lex 2014).

Interpretacja zawężająca, stosowana przez Odwołującego poprzez wskazywanie na wymóg dostarczenia dokumentacji podmiotu trzeciego, bez względu na faktyczny udział tego podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia - przeczy z ideą wspomnianego przepisu.

Podkreślono także, że Odwołujący rozrzutnie traktuje linię orzeczniczą KIO, kiedy to w wielu wyrokach istotne znaczenie odgrywa właśnie - „określona sytuacja” - czyli okoliczności stanu faktycznego. Tym niemniej, gdyby Zamawiający stwierdził, że bez względu na charakter podmiotu trzeciego żąda dokumentów - to takie uprawnienie zachowuje. Wskazać jednak należy, że regulacje SIWZ Zamawiającego zawężają obowiązek przedstawienia dokumentacji do podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji części zamówienia (zob. Rozdział VI pkt 5 z uwzględnieniem Rozdziału VI pkt 1 ppkt 1, 2 i 4-6 SIWZ Zamawiającego). I chociaż zamawiający - w duchu powoływanego przez Odwołującego orzeczenia - mają uprawnienie do żądania dokumentacji, to wciąż jest to uprawnienie, a nie obowiązek. Zamawiający w przypadku przedmiotowego postępowania z tego uprawnienia nie skorzystał i nie miał takiego obowiązku. W świetle powyższego, nie ma podstaw do wykluczenia OPA-ROW Sp. z o.o. z postępowania.

Podniesiono następnie, że Odwołujący w swoim piśmie nie wykazał, aby jakkolwiek przepis p.z.p. czy też wymóg SIWZ został naruszony poprzez przyjęcie takiego kursu walut przez Przystępującego, nie przywołał linii orzeczniczej KIO w tej kwestii, nie powoływał się również, na dorobek doktryny. Ponawiając argumenty wskazane już w wyjaśnieniach z dnia 22 grudnia 2015 roku, wskazano na linię orzeczniczą KIO w przedmiocie przyjęcia daty przeliczenia kursu waluty. Przytoczono argumentację KIO z wyroku z dnia 27 stycznia 2009 roku, w sprawie o sygnaturze akt KIO 44/09: „Co do żądania przeliczenia, przez Inwestora wystawiającego referencję, EURO na PLN, to żądanie tego rodzaju nie znajduje

uzasadnienia w żadnym z obowiązujących przepisów, ani warunków ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ. W tym stanie rzeczy nie można zakwestionować sposobu przeliczenia, w Wykazie przez Odwołującego, robót wykazanych w BURO na PLN, według średnich kursów rocznych obowiązujących w dacie realizacji inwestycji. Skoro Zamawiający w SIWZ nie wskazał daty przeliczenia EURO na PLN, dla robót wykonywanych na obszarze gdzie rozliczenia są w innej walucie niż PLN, to Wykonawca nie posiadał w tym zakresie ograniczeń".

Mając na uwadze powyższe, Przystępujący wskazał, że można wyprowadzić wniosek, że przy przeliczaniu kursu walut dla prac stanowiących podstawę wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, stosować należy datę wskazaną przez Zamawiającego w SIWZ. W przypadku braku zapisu dotyczącego daty - zgodnie z duchem orzeczenia przytoczonego wyżej -- wykonawca ma dowolność w tym zakresie.

Ponadto, odwołanie się do wyroku KIO z dnia 21 stycznia 2015 roku, dotyczącego skutków nieprecyzyjnych postanowień SIWZ: „Nieprecyzyjne postanowienia SIWZ, po pierwsze należy interpretować na korzyść wykonawców, po drugie nie mogą być podstawą do uznania złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji".

Odnosnie zarzutów dotyczących niezgodności z treścią SIWZ, podniesiono, że w ofercie Przystępujący nie przedstawił czasu reakcji na impulsy w pkt 2c - Parametry (oferta, str. 111), ponieważ ten parametr nie został w SIWZ zdefiniowany.

Argumentowano, że oferta Odwołującego też nie podaje czasu reakcji na impulsy. Jeżeli przyjąć, że jest to czas reakcji na zakłócenie, jak przyjęto w ofercie konkurencyjnej Odwołującego, to rozwiązanie Przystępującego również spełnia wymaganie $\leq 0,1$ ms. Potwierdzeniem są załączone do oferty OPA-ROW Sp. z o.o. rzeczywiste oscylogramy, z których wynika, że odpowiedź na zakłócenie wynosi mniej niż 0,1 ms. Natomiast podany w pkt 2c opisu technicznego (oferta, str. 111) parametr czas reakcji ≤ 1 ms należy porównywać z wymaganiem Specyfikacji, podanym w pkt III.1.g, nazywanym średnim czasem regulacji, który ma być mniejszy niż 5 ms.

Analogiczny z proponowanym układem kompensacji jest, zabudowany przez Przystępującego, układ w jednej z kopalń JSW S.A. dla skipowej maszyny wyciągowej (referencja - oferta, str. 34). Jest to pierwszy w Polsce tego typu układ. Dzięki temu Przystępujący dysponuje wszystkimi wynikami badań po uruchomieniu, potwierdzającymi parametry podane w ofercie. Jako dowody Przystępujący wskazał na: kopię stron 88 - 91 oferty Odwołującego, kopię strony 111 oferty Przystępującego, kopię strony 34 oferty Przystępującego.

W załączeniu Przystępujący przedłożył oscylogramy, potwierdzające spełnienie wymagań SIWZ oferowanego układu, w tym wymaganie na czas reakcji na zakłócenie $\leq 0,1$ ms. Na załączonych oscylogramach przedstawiono wyniki pracy układu analogicznego z oferowanym. Układ jest zabudowany do kompensacji mocy biernej i filtracji wyższych harmonicznych w skipowej maszynie wyciągowej 4L-5500/2x3150 zainstalowanej na jednej z kopalń JSW S.A. W celu przedstawienia pełni możliwości tego typu kompensacji oscylogram został zarejestrowany po przełączeniu układu sterowania maszyny do pracy sześciopulsowej podczas wykonywania próby statycznej hamulca (największe odkształcenie prądu zasilania i największy pobór mocy biernej). Jako dowód Przystępujący wskazał na oscylogramy potwierdzające spełnienie wymagań SIWZ (wymagania czasu reakcji na zakłócenie $\leq 0,1$ ms).

Ponadto, w SIWZ określono wymagania techniczne w stosunku do układu kompensacji. W formularzu ofertowym w pkt 7 Przystępujący oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją i uznał się za związanego określonymi w niej wymaganiami. Dodatkowo na stronie 97 oferty (załącznik nr 13), Przystępujący oświadczył, że oferuje realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego.

W załączniku nr 14 do Oferty Przystępujący przedstawił opis oferowanych rozwiązań technicznych, gdzie w pierwszym zdaniu oświadczał, że proponowane przez OPA-ROW Sp. z o.o. rozwiązania techniczne spełniają wszystkie określone przez Zamawiającego w SIWZ wymagania. Przystępujący podtrzymuje wszystkie te oświadczenia. Jako dowody wskazano na stronę 97 oferty Przystępującego oraz strony 105 - 113 oferty Przystępującego.

Podkreślono również, że opis techniczny oraz dołączone oscylogramy w pełni zostały zaakceptowane przez Zamawiającego i nie było konieczności dodatkowych wyjaśnień.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały swoje stanowiska i argumentację.

Przystępujący podniósł m.in., w zakresie zarzutu 1, że istota sporu sprowadza się do interpretacji zapisu z rozdziału 6 pkt 11 SIWZ. Odwołujący interpretuje to sformułowanie szeroko. Przyjęcie takiej optyki prowadziłoby do absurdu. Prowadziłoby to do tego, że wykonawcy musieliby zgłaszać np. takie firmy jak firmy prawnicze, z których usług korzystają żeby zrealizować zamówienie, czy firmy informatyczne, które dają np. jakieś programy wykonawcy. Argumentowano, że można dostarczać urządzenia nie biorąc udziału w realizacji zamówienia, jest to powszechna praktyka. Wykonawcy otrzymują produkt, modyfikują go i dopiero oferują zamawiającemu. W tym postępowaniu podmiot udostępniający dostarczy wykonawcy pewne urządzenia, urządzenia te będą modyfikowane, dostosowane do standardów europejskich. Do tego będą potrzebne konsultacje z podmiotem

trzecim. Potem dopiero Przystępujący stworzy projekt dla Zamawiającego. Podmiot trzeci nie będzie realizował zamówienia ani na własne ryzyko, ani na własny rachunek. Przystępujący wyjaśnił, że współpraca z podmiotem trzecim będzie polegała na tym, że podmiot ten dostarczy pewne komponenty do zbudowania kompensatora oraz że współpraca odbywać się będzie na etapie przed realizacją zamówienia. Odnośnie pkt 1 zobowiązania Przystępujący wskazał, że chodzi o całościowe przekazanie wiedzy i doświadczenia, tzn. gdy zaistnieje taka potrzeba to podmiot trzeci będzie także na etapie realizacji zamówienia wspierał wykonawcę swoim know-how, ale nie będzie obecny w czasie realizacji na obiekcie. Projekt jest całościowo Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V SIWZ – pkt 1 ppkt 1 lit. b – Zamawiający wymagał, by w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) wykonali należycie:

- co najmniej dwa zamówienia (o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł netto każde) obejmujące łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie nadążnej instalacji do kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1 kV;
- lub co najmniej jedno zamówienie (o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł netto) obejmujące łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie co najmniej dwóch nadążnych instalacji do kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1 kV.

W rozdziale V pkt 11 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w Rozdziale V pkt. 1 ppkt 1 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 1,2 i 4-6 SIWZ.

W rozdziale XXI pkt 1 – Podwykonawcy – Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, oraz podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

W formularzu oferty – załącznik nr 1 do SIWZ – w pkt 9, Zamawiający wymagał wskazania, czy przedmiot zamówienia oferent zamierza wykonać sam czy powierzyć podwykonawcom w określonych częściach (ze wskazaniem zakresu prac powierzanych podwykonawcy oraz przybliżonego szacunkowego % udziału wartości prac realizowanych przez podwykonawcę w całości zamówienia).

Wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o., w treści złożonej oferty, wskazał w pkt 9, że przedmiot zamówienia zamierza powierzyć sam.

W załączonym do oferty wykazie wykonanych zamówień wykonawca OPA-ROW podał dwa zamówienia:

- 1) zrealizowane przez tego wykonawcę na rzecz JSW S.A. KWK Budryk o wartości 2.564.000 zł;
- 2) zrealizowane przez podmiot udostępniający zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia: Zhuhai Wanlida Electric Co. Ltd., Chiny, na rzecz Saigon-Quyhon Minig Corporation o wartości 391 780 USD, w przeliczeniu 1.562.418,64 zł po średnim kursie NBP – tabela A.

W treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów z dnia 15 listopada 2015 r., podmiot Zhuhai Wanlida Electrical Automation CO., LTD, zobowiązał się do oddania niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia do dyspozycji wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o. na potrzeby wykonania niniejszego zamówienia. Podmiot udostępniający zasoby oświadczył, że udostępni wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

- „1) przekazanie dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w celu ubiegania się o zamówienie,*
- 2) sposób udostępnienia zasobów: dostawa urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, oraz doradztwo i konsulting w zakresie niezbędnym do uruchomienia przedmiotu dostawy,*
- 3) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą : umowa pisemna na dostawę urządzeń oraz doradztwo i konsulting przy uruchomieniu przedmiotu dostawy,*
- 4) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia: udział ograniczony w zakresie dostawy urządzeń oraz doradztwa i konsultingu dotyczącego uruchomienia przedmiotu dostawy,*
- 5) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: na okres niezbędny do zrealizowania przez Wykonawcę całości przedmiotu zamówienia”.*

Wraz z ww. zobowiązaniem wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o. złożył przy ofercie oświadczenie z dnia 23 listopada 2015 r., że w związku z udziałem w przedmiotowym postępowaniu współpracuje z firmą Zhuhai Wanlida Electric Co. Ltd. w zakresie produkcji urządzeń do kompensacji mocy biernej i filtracji wyższych harmonicznych w sieciach średniego napięcia.

W części III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – Zamawiający wskazał, że: *„Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie układu kompensacji mocy biernej w układzie zasilania skipowej maszyny wyciągowej szybu 2.1 kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A.*

I. Wymagania ogólne.

- 1. Układ zasilania maszyny wyciągowej -jest obiektem podstawowym zakładu górniczego w rozumieniu §30 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. (Dz.U. Nr 139 poz. 1169) wraz z późniejszymi zmianami i w związku z tym tryb postępowania związanego z jej projektowaniem, a następnie oceną dokumentacji i odbiorem winien spełniać wymagania w/w Rozporządzenia.*
- 2. Układ zasilania maszyny wyciągowej składa się z czterech transformatorów 6/0,4kV, o mocy 3200kVA i grupie połączeń YyO i Dyli, przynależnych im przekształtników tyrystorowych oraz dwóch silników prądu stałego o mocy 2x3600kW.*
- 3. Oferent powinien dokonać stosownych pomiarów i na ich podstawie dokonać doboru układu do nadążnej kompensacji mocy biernej.*
- 4. Oferent winien szczegółowo przedstawić zastosowane rozwiązania techniczne celem ich oceny przez zamawiającego.*
- 5. Dokumentacja przed realizacją zlecenia podlega ocenie przez służby Zamawiającego (Zamawiający zastrzega sobie możliwość wniesienia poprawek).*

II. Zakres zadania.

- 1. Opracowanie niezbędnej dokumentacji dla realizacji przedmiotowego zadania.*
- 2. Dostawa przedmiotowych układów do nadążnej kompensacji mocy biernej.*
- 3. Zabudowa układów do nadążnej kompensacji mocy biernej.*
- 4. Rozruch przedmiotowych układów do nadążnej kompensacji mocy biernej.*
- 5. Dostosowanie pola rozdzielczego rozdzielni STR-M2.1 do podłączenia układu kompensacji*
- 6. Przeprowadzenie pięciodniowego ruchu próbnego układu, potwierdzającego osiągnięcie założonych parametrów.*
- 7. Minimalna długość gwarancji: 24 miesiące liczonych od dnia podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy - bez wad istotnych.*

III. Charakterystyka systemu energetycznego (po stronie 6kV).

- Moc zwarcia $S_z = 200 \text{ MVA}$
- Prąd początkowy $I_p = 17,5 \text{ kA}$
- Zastępczy prąd zwarcia $I_{zM} = 31,5 \text{ kA}$
- Prąd udarowy $i_u = 75 \text{ kA}$
- Czas trwania zwarcia $t_z = 0,5 \text{ s}$
- Maks. napięcie systemu $U_m = 6,3 \text{ kV}$

1. Wymagania w stosunku do układu kompensacji mocy biernej Układ kompensacji mocy biernej winien posiadać następujące parametry i właściwości:

- a. układ nadążny STATCOM oparty na tranzystorach IGBT,
 - b. napięcie znamionowe: 6,3kV,
 - c. częstotliwość znamionowa: 50Hz,
 - d. zakres regulacji mocy: $\pm Q_{\max}$,
 - e. czas reakcji na impulsy: $\leq 0,1 \text{ ms}$,
 - f. czas osiągnięcia pełnej mocy od 0 do Q_{\max} : $\leq 10 \text{ ms}$,
 - g. średni czas regulacji: $\leq 5 \text{ ms}$,
 - h. sposób zasilania: bezpośrednio z pola 6kV, bez zastosowania transformatorów obniżających,
 - i. wyposażony w port komunikacyjny RS-485 (protokół transmisji MODBUS-RTU),
 - j. wyposażony w funkcję samodiagnostyki,
 - k. wyposażony w funkcję rejestracji zdarzeń,
 - l. posiadać menu w języku polskim,
 - m. opisy i oznaczenia dostarczonych urządzeń powinny być w języku polskim,
 - n. wyklucza się stosowanie układów zawierających baterie kondensatorów (np.: filtry pasywne, baterie załączane łącznikami tyrystorowymi),
 - o. temperatura pracy: od - 10 do +40 °C,
 - p. stopień ochrony obudowy: min IP3x,
- (...)"

W załączniku nr 14 do oferty wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o., w pkt 2 – Opis układu kompensacji mocy biernej, lit. c – Parametry, w wierszu „Czas reakcji” podał „ $\leq 1 \text{ ms}$ ”.

Pismem z dnia 18 grudnia 2015 r., Zamawiający skierował wobec wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o. wezwanie, w którym wskazano, że:

„I. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części I SIWZ Instrukcja dla Oferentów Rozdział XXI Podwykonawcy pkt. 1 „Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, oraz podania przez

wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP." Ponadto zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części I SIWZ Instrukcja dla Oferentów Rozdział VI Dokumenty wymagane w ofercie pkt. 11 Zamawiający wymagał: „Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w Rozdziale V pkt. 1 ppkt 1 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 1,2 i 4-6 SIWZ".

Wykonawca w treści oświadczenia zamieszczonego na str. 7 oferty oświadczył, że „posiada pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (zobowiązanie w załączeniu do oferty)" (pkt 4 oświadczenia).

Jednocześnie Wykonawca na str. 4 oferty w Formularzu ofertowym w pkt. 9 zapisał, iż przedmiot zamówienia zamierza wykonać samodzielnie.

Tymczasem z treści Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, załączonego przez Wykonawcę na stronie 36-37 oferty, wynika, że podmiot trzeci udostępni Wykonawcy zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie m.in.: - „sposób udostępniania zasobów: dostawa urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia [...], - „charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą: umowa pisemna na dostawę urządzeń [...]", - „zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia: udział ograniczony w zakresie dostawy urządzeń oraz doradztwa i konsultingu dotyczącego uruchomienia przedmiotu dostawy".

1) Ponieważ zatem z treści ww. Zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, wynika, że podmiot ten będzie podwykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy PZP a zakres prac powierzonych podwykonawcy obejmuje dostawę urządzeń, na podstawie art. 87 ust. 1 PZP Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez wskazanie - zgodnie z treścią formularza ofertowego - przybliżonego szacunkowego % udziału wartości prac realizowanych przez podwykonawcę w całości zamówienia.

2) Jednocześnie, ponieważ z treści ww. Zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, wynika, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia, a Wykonawca nie załączył w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia

Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia brakujących dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 1, 2 i 4-6 SIWZ (z uwzględnieniem Rozdziału VI pkt 5 SIWZ), dotyczących podmiotu, na zasoby którego powołuje się Wykonawca (ZHUHAI WANLIDA ELECTRICAL AUTOMATION CO., LTD).

II. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części I SIWZ Instrukcja dla Oferentów Rozdział V Warunki wymagane od Wykonawców pkt. 1 ppkt. b) „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, spełniający warunki określone w art. 22. ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące: ... b) posiadania wiedzy i doświadczenia: Zamawiający wymaga, by w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) wykonali należycie: co najmniej dwa zamówienia (o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł netto każde) obejmujące łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie nadążnej instalacji do kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1 kV; lub co najmniej jedno zamówienie (o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł netto) obejmujące łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie co najmniej dwóch nadążnych instalacji do kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1 kV”.

Wykonawca na str. 33 oferty załączył Wykaz Wykonanych Zamówień stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ, w którym wymienił zamówienie dot. „projekt dostawy sprzętu i materiałów, usługi techniczne w zakresie instalacji, testów działania systemu 10MVar SVG++ (STATCOM) z korekcją współczynnika mocy biernej, filtrem harmonicznym oraz funkcją stabilnego napięcia (napięcie 22kV) dla Saigon-Quyhon Mining Corporation, Wietnam - zakład szlaki tytanowej”.

Tymczasem z treści Świadectwa odbioru końcowego (str. 39-40) załączonego na potwierdzenie należytego wykonania powyższego zamówienia nie wynika, ażeby przedmiot zamówienia obejmował zaprojektowanie nadążnej instalacji do kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1 kV.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wskazał, iż koniec realizacji przedmiotowego zamówienia zakończył się w dniu 19.02.2014 r., zaś wartość przedmiotowego zamówienia wynosiła 391780,00 USD, co stanowi w przeliczeniu 1 562 418,64 zł po średnim kursie NBP-tabela A, nie wskazując jednak dnia, z którego kurs ten został przyjęty. Tymczasem kurs średni USD w dniu 19.02.2014 r. wg NBP (Tabela nr 034/A/NBP/2014 z dnia 2014-02-19) wynosił 3,0286 zł. Oznacza to, że wartość przedmiotowego zamówienia w przeliczeniu na PLN winna zostać określona na 1 186 544,91 zł.

Mając na uwadze powyższe, dokumenty złożone przez Wykonawcę nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 PZP, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia brakujących dokumentów i/lub złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów”.

W odpowiedzi, pismem z dnia 22 grudnia 2015 r., wykonawca OPA-ROW Sp. z o.o. wskazał m.in., że w pełni podtrzymuje stanowisko wyrażone na str. 4 pkt. 9 oferty, że przedmiot zamówienia zostanie samodzielnie i w całości wykonany przez wykonawcę, bez udziału podwykonawców. Wyjaśniono, że podmiot trzeci, który udostępnia wykonawcy zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest podwykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. Podmiot trzeci nie będzie samodzielnie wykonywał całości jak i części przedmiotu zamówienia. Wskazany w ofercie wykonawcy sposób oraz zakres udostępniania wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci dotyczy etapu produkcji urządzeń do kompensacji mocy biernej i filtracji wyższych harmonicznych. Wynika to z treści oświadczenia wykonawcy zamieszczonego na str. 38 oferty, w którym wykonawca wskazuje, że współpracuje z podmiotem trzecim w zakresie produkcji urządzeń do kompensacji mocy biernej i filtracji wyższych harmonicznych w sieciach średniego napięcia. Udział podmiotu trzeciego będzie więc polegał na dostawie niezbędnych urządzeń do produkcji kompensatorów oraz doradztwo i konsulting na etapie produkcji. Wszystkie prace i dostawy składające się na wykonanie przedmiotu zamówienia będą realizowane przez wykonawcę bez udziału podmiotów trzecich. W związku z powyższym, mając na uwadze postanowienia przepisów ustawy PZP oraz SIWZ-u, wykonawca nie jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu dokumentów podmiotu trzeciego potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenia zamówienia wskazanych w pkt. 1.2) wezwania.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej sposobu przeliczenia przez wykonawcę wartości zamówienia opisanego w "Wykazie Wykonanych Zamówień" na str. 33 oferty tj. „Projekt, dostawy sprzętu i materiałów, usługi techniczne w zakresie instalacji, testów działania systemu 10MVAr SVG ++ (STATCOM) z korekcją współczynnika mocy biernej, filtrem harmonicznym oraz funkcją stabilnego napięcia (napięcie 22kV) dla Saigon-Quyhon Mining Corporation, Wietnam - Zakład Szlaki Tytanowej” – wyjaśniono, że przeliczenie wartości zamówienia z USD na PLN dokonane zostało w oparciu o średni kurs USD wynoszący 3,9880 PLN/1 USD wg. NBP (Tabela nr 227/A/NBP/2015 z dnia 2015-11-23) . Podana wartość netto ww. zamówienia w przeliczeniu z USD/PLN wynosi : 391.780,00 USD x 3,9880 PLN/1 USD = 1 562 418,64 PLN netto. Przeliczenie ww. wartości zamówienia zostało

dokonane prawidłowo ponieważ: Zamawiający nie określił w SIWZ sposobu przeliczania wartości zamówień zrealizowanych w walutach inne niż PLN; przepisy ustawy Pzp nie wskazują daty z jakiej powinien zostać przyjęty kurs waluty dla określenia wartości referencji. Wykonawca wskazał jednocześnie, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej kwestia wskazania daty, jaką należy przyjąć przy przeliczeniu kursu walut dla prac stanowiących podstawę wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia jest w pierwszej kolejności data jaką Zamawiający wskazał w postanowieniach SIWZ-u. W przypadku braku takiej regulacji w SIWZ, wykonawca ma pełną dowolność, jeżeli chodzi o określenie tejże daty - tak KIO wyrok z dnia 27.01.2009r. KIO/UZP 44/09. Wobec nie uregulowania tejże kwestii w SIWZ-ie wykonawca przyjął datę przeliczenia kursu walut na dzień sporządzenia oferty tj. na dzień 23.11.2015 r.

Pismem z dnia 18 grudnia 2015 r. Zamawiający wystosował wezwanie do wykonawcy ELMA Energia Sp. z o.o., w treści którego wskazano, że wykonawca na str. 33 oferty załączył Wykaz Wykonanych Zamówień (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ), w którym wymienił:

- w poz. 3 ww. Wykazu - zamówienie dot. „projekt, wykonanie i montaż dwóch instalacji systemów SVG o mocy 4MVar/10kV (łącznie 8MVar), wskazując, że wartość przedmiotowego zamówienia wynosiła 645.160 USD, co stanowi w przeliczeniu 2.581.994.84 zł wg średniego kursu NBP-tabela A z dnia 24.11.2015 r. Wykonawca wskazał także, iż koniec realizacji przedmiotowego zamówienia zakończył się w dniu 30.09.2013 r.
- w poz. 4 zamówienie dot. „Wykonanie układu SVG o mocy 4MVar/10kV), wskazując, iż wartość przedmiotowego zamówienia wynosiła 580.645 USD, co stanowi w przeliczeniu 2.323.799,35 zł wg średniego kursu NBP-tabela A z dnia 24.11.2015 r.. Wykonawca wskazał także, iż koniec realizacji przedmiotowego zamówienia zakończył się w dniu 24.08.2014 r.

W ocenie Zamawiającego wartość powyższych zamówień powinna zostać przeliczona na PLN wg średniego kursu NBP z dnia zakończenia realizacji każdego z tych zamówień, tj. odpowiednio:

- wg kursu średniego USD w dniu 30.09.2013 r. wg NBP (Tabela nr 189/A/NBP/2013 z dnia 2013-09-30), tj. 3,1227 zł dla zamówienia wskazanego w poz. 3 ww. Wykazu,
- z uwagi na brak publikacji kursu z dnia 24.08.2014 r. - wg kursu średniego USD w dniu 25.08.2014 r. wg NBP (Tabela nr 163/A/NBP/2014 z dnia 2014-08-25), tj. 3,1680 zł dla zamówienia wskazanego w poz. 4 ww. Wykazu

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów poprzez potwierdzenie, że wartość zamówienia wskazanego w poz. 3 ww. Wykazu winna zostać określona na kwotę 2 014 641,13 zł, zaś zamówienia wskazanego w poz. 4 ww. Wykazu - na kwotę 1 839 483,36 zł.

W odpowiedzi wykonawca poinformował, że na str. 33 oferty w Wykazie Wykonanych Zamówień błędnie przeliczył wartość zamówień w pozycjach 3 i 4 ww. Wykazu. Wykonawca zgodził się, że aby pokazać rzeczywistą wartość realizacji wartość ta powinna być przeliczona na PLN wg średniego kursu NBP z dnia zakończenia realizacji każdego z tych zamówień.

W związku z powyższym potwierdzono, że wartości zamówień wskazanych w ww. Wykazie wynoszą odpowiednio: - dla pozycji 3 - kwota 2 014 641,13 zł; - dla pozycji 4 - kwota 1 839 483,36 zł. W załączeniu wykonawca przesłał poprawiony Wykaz Wykonanych Zamówień.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów dotyczących wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Izba podkreśla jednocześnie, że na obecnym etapie postępowania brak było podstaw, by definitywnie uznawać żądania Odwołującego i nakazywać Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, czy nakazywać odrzucenie oferty Przystępującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż wyniki niniejszej sprawy potwierdziły jedynie to, że w zakresie powyższych kwestii zaistniały uchybienia bądź wątpliwości, wobec których Zamawiający nie stosował jeszcze przewidzianego przepisami ustawy Pzp trybu konwalidowania braków (art. 26 ust. 3 Pzp) lub wyjaśniania wątpliwości (art. 87 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania Odwołujący upatrywał w zasadniczej mierze w fakcie niezłożenia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. Za punkt wyjścia dla uczynienia powyższej okoliczności przyczyną wykluczenia Przystępującego z postępowania, Odwołujący przyjął wniosek o udziale podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. Znalazło to jednoznaczny wyraz w argumentacji Odwołującego przedstawionej także na rozprawie (vide protokół z rozprawy: *„Odwołujący w zakresie zarzutu 1 wskazuje, że oś sporu dotyczy tego czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia, bo to wiąże się z obowiązkiem złożenia szeregu dokumentów. Bezsprzecznie ten udział wynika z treści zobowiązania”*).

Zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3.

W kwestii udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia Izba uznała jednak za przekonującą argumentację Przystępującego. Mając na uwadze treść złożonego zobowiązania, podmiotu trzeciego nie można uznać za podwykonawcę, jak również uznać, by podmiot ten w inny sposób brał udziału w realizacji części zamówienia.

Treść zobowiązania, w powiązaniu z oświadczeniami Przystępującego złożonymi w treści oferty, potwierdzonymi dalszymi wyjaśnieniami, wskazuje, że istota korzystania z udostępnionych zasobów sprowadza się do otrzymania od podmiotu trzeciego dostawy urządzeń, komponentów, które dopiero pozwolą Przystępującemu na wykonanie urządzenia końcowego oferowanego Zamawiającemu. W zakresie wykonania tego końcowego urządzenia podmiot trzeci będzie też świadczył doradztwo i konsultacje. W zasadzie, tak

określona przez Przystępującego rola podmiotu trzeciego sprowadza się do roli dostawcy oraz konsultanta przy produkcji, w dodatku na etapie przed realizacją zamówienia, co zresztą przyznał Przystępujący na rozprawie. Z uwagi na to, Izba uznała, że przy tak skonstruowanych zasadach współpracy i korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, nie sposób tutaj dopatrywać się udziału w realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do wniosku o braku obowiązku złożenia dokumentów podmiotu trzeciego, określonych w treści specyfikacji.

Powyższe nie oznacza jednak, że Izba uznaje przedmiotowe zobowiązanie do udostępniania zasobów za prawidłowe i wystarczające dla wykazania warunku wiedzy i doświadczenia. Przeciwnie, przy tak skonstruowanej istocie zobowiązania, pominięty zostaje cel, jakiemu służyło dopuszczenie możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich, a Przystępujący nie wykazuje się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w takim zakresie, w jaki wymagał tego Zamawiający, nie wykazuje się w konsekwencji także tym, że jest wykonawcą gwarantującym należyte wykonanie zamówienia (co uzależnione zostało w tym postępowaniu m.in. od posiadania wiedzy i doświadczenia w realizacji przynajmniej dwóch skomplikowanych inwestycji o określonej wartości).

Przystępujący konsekwentnie prezentował stanowisko, że udział podmiotu trzeciego ogranicza się do dostawy niezbędnych urządzeń i podzespołów oraz do umożliwienia konsultacji w kwestii produkcji kompensatorów. Dostawa tych komponentów oraz doradztwo i konsulting zostały zawężone do etapu wytwarzania kompensatorów. Istota współpracy z podmiotem trzecim, a więc i korzystanie z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, zamyka się więc na etapie produkcji urządzeń do kompensacji mocy biernej i filtracji harmonicznych w sieciach średniego napięcia. Jak sam wskazał to Przystępujący są to działania, które będą miały miejsce jeszcze przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. W istocie więc, już na etapie realizacji zamówienia Przystępujący nie przewidywał rzeczywistego korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia. Powyższe zasady współpracy można w zasadzie uznać za zwykłą dostawę komponentów z rynku wspartą pomocą techniczną ze strony dostawcy przy produkcji urządzenia końcowego. Nie sposób jednak uznać, by taka dostawa i wsparcie techniczne na etapie poprzedzającym przystąpienie do realizacji zamówienia mogła być jednocześnie rzeczywistym korzystaniem z zasobów podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. Temu zaś winno służyć zapewnienie sobie potencjału podmiotu trzeciego, gdy sam wykonawca nie legitymuje się odpowiednim zakresem wiedzy i doświadczenia wymaganym przez zamawiającego. Uznanie, że wystarczające jest powołanie się na zasoby innego podmiotu – w postaci wiedzy i doświadczenia w wykonaniu danej inwestycji, której

wykonaniem nie może wylegitymować się wykonawca startujący w przetargu, co jest niezbędne dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jest to „brakująca” inwestycja w portfolio danego wykonawcy) – oraz przyzwolenie by wykonawca w istocie nie korzystał następnie z zasobów tego podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia (ograniczając współpracę z tym podmiotem przykładowo do nieznacznego fragmentu z całości zadań niezbędnych do wykonania zamówienia, a w sprawie niniejszej dodatkowo ograniczając to do zadań, które są niejako etapem wstępnym poprzedzającym przystąpienie do właściwej realizacji zamówienia) – mogłoby prowadzić do wypaczenia istoty i celu, jakie służyły wprowadzeniu instytucji korzystania z zasobów podmiotów trzecich, utrwaląc podejście sprowadzające się do pozornego korzystania z tych zasobów jedynie po to, by formalnie wykazać spełnienie warunków stawianych w danym postępowaniu przez zamawiającego, jak również prowadzić do nierównej pozycji wykonawców. Korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego nie może faworyzować wykonawcy, jak również nie może sprowadzać się do tego, by tylko formalnie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli dany wykonawca wykazuje się własną wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu inwestycji, które zamawiający stawia, jako minimum wymaganego „dorobku gospodarczego”, nie ma wątpliwości dla uznania tego wykonawcy za podmiot gwarantujący należyte wykonanie zamówienia (właśnie z uwagi na to, że podmiot ten posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie – wynikające z faktu zrealizowania już określonego rodzaju inwestycji i z wiedzy tej oraz doświadczenia może w sposób nieograniczony korzystać przy realizacji zadania, o które ubiega się w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego). Tożsamy stan rzeczy powinien zachodzić w sytuacji korzystania z zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, gdy wykonawca sam nie może wykazać się zrealizowaniem wymaganego rodzaju inwestycji. Jeżeli, tak jak w sprawie niniejszej, Zamawiający wymagał wykazania się realizacją dwóch skomplikowanych inwestycji (co najmniej dwa zamówienia, o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł netto każde, obejmujące łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie nadążnej instalacji do kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1 kV; lub co najmniej jedno zamówienie, o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł netto, obejmujące łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie co najmniej dwóch nadążnych instalacji do kompensacji mocy biernej o mocy powyżej 3,5MVar i napięciu powyżej 1 kV – z której to alternatywy Przystępujący jednak nie korzystał), to jeżeli Przystępujący był w stanie wylegitymować się własnym doświadczeniem jedynie w zakresie realizacji jednej inwestycji odpowiadającej ww. wymogom, to korzystając z zasobów podmiotu trzeciego (wiedzy i doświadczenia z realizacji drugiej inwestycji niezbędnej dla wykazania spełnienia warunku)

winien udowodnić Zamawiającemu m.in., że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego z realizacji inwestycji, której sam nie wykonywał oraz że będzie mógł wiedzę i doświadczenie tego podmiotu wykorzystać na każdym etapie wykonywania przedmiotowego zamówienia, ze wskazaniem, w jaki sposób będzie to korzystanie urzeczywistniane w praktyce.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba oceniła, że Przystępujący pod nazwą „zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia” zapewnił sobie w istocie jedynie dostawę komponentów do produkcji kompensatorów wraz z konsultacjami i doradztwem na etapie tej produkcji – które to działania miały mieć miejsce jeszcze przed przystąpieniem do właściwej realizacji zamówienia. Izba nie uznała tym samym, by Przystępujący za pomocą złożonego przy ofercie zobowiązania podmiotu trzeciego, wykazał, że faktycznie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem, jakie podmiot trzeci nabył z uwagi na realizację inwestycji ujętej w wykazie, nie wykazał, że posiadanie zasobu podmiotu trzeciego pozwala na uznanie go za wykonawcę, który legitymuje się zakresem wiedzy i doświadczenia określonym w treści warunku, w tym nie wykazał, że (i w jaki sposób) posiadanie przedmiotowego zasobu znajdzie rzeczywiste przełożenie na realizację niniejszego zamówienia, a tym samym nie wykazał, że z uwagi na posiadanie minimum wymaganej wiedzy i doświadczenia, jest podmiotem gwarantującym należyte wykonanie zadania. Przystępujący wykazał jak na razie posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie jednej inwestycji oraz wykazał możliwość korzystania z pomocy podmiotu trzeciego w wąskim zakresie sprowadzającym się do dostawy urządzeń i konsultacji służących wyprodukowaniu urządzenia końcowego, które dostarczy Zamawiającemu (podczas, gdy zgodnie z treścią warunku należało wykazać się doświadczeniem i wiedzą w inwestycjach obejmujących łącznie zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie nadążnej instalacji do kompensacji mocy biernej). Nie jest to, w ocenie Izby, to samo co posiadanie wiedzy i doświadczenia, jaką zdobywa się realizując dwie inwestycje określone w treści warunku (obejmujące wskazane powyżej elementów), ani to samo, co posiadanie i możliwość wykorzystania wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, które nabył on przy realizacji danego rodzaju inwestycji (także obejmujące wskazane powyżej elementów). Decydując się na korzystanie z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca powinien zagwarantować sobie możliwość korzystania z całości wiedzy i doświadczenia nabytych przez dany podmiot przy realizacji określonej inwestycji, odpowiadającej wymogom ze specyfikacji, oraz powinien wskazać, w jaki konkretny sposób owo korzystanie będzie urzeczywistniane przy realizacji inwestycji, o którą ubiega się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący, co prawda, starał się dowodzić na rozprawie, że chodzi o całościowe przekazanie wiedzy i doświadczenia (vide protokół z rozprawy: *„odnośnie pkt 1 zobowiązania przystępujący wskazuje, że chodzi o całościowe przekazanie wiedzy i doświadczenia, tzn. gdy zaistnieje taka potrzeba to podmiot trzeci będzie także na etapie realizacji zamówienia wspierał wykonawcę swoim know-how, ale nie będzie obecny w czasie realizacji na obiekcie. Projekt jest całościowo przystępującego”*).

Izba nie uznała jednak przedmiotowej argumentacji za przekonującą. Pozostaje ona w sprzeczności z treścią i kierunkiem wyjaśnień składanych przez Przystępującego przed Zamawiającym, jak również przed Izbą (w złożonym piśmie procesowym, jak również do protokołu, przykładowo: *„Tutaj podmiot udostępniający dostarczy wykonawcy pewne urządzenia, urządzenia te będą modyfikowane, dostosowane do standardów europejskich. Do tego będą potrzebne konsultacje z podmiotem trzecim. Potem dopiero przystępujący stworzy projekt dla zamawiającego”*). W treści zobowiązania, w pkt 1, wskazano na „przekazanie dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w celu ubiegania się o zamówienie”. O ile wiedzę można przekazać za pomocą dokumentów, to przekazanie w ten sposób doświadczenia, które mogłoby być wykorzystane przy wykonaniu zamówienia, należy uznać za wątpliwe. Treść tego oświadczenia jest przy tym bardzo ogólnikowa, nie wiadomo, co należy rozumieć pod pojęciem „dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia” (czy np. nie chodzi o same referencje bądź potwierdzenia należytego wykonania danej inwestycji, co nie jest tożsame z dokumentacją zawierającą wiedzę zdobytą w trakcie realizacji inwestycji, którą następnie mógłby wykorzystać Przystępujący przy realizacji tego zamówienia). Niezależnie od tego, kolejne punkty zobowiązania dają ostateczny obraz zakresu współpracy, zawężając ją jedynie do dostawy komponentów i konsultacji na etapie produkcji (tak zresztą, jak w głównej mierze przedstawiał to Przystępujący). W konsekwencji, samo ograniczenie się w jednym punkcie do udostępniania dokumentów, nie mogło zostać uznane za wystarczające, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę dalsze zapisy zobowiązania podmiotu trzeciego ograniczające w istotnym stopniu, z jednej strony rolę tego podmiotu, a z drugiej strony zakres dostępnych wykonawcy „zasobów”.

Odwołujący, oprócz skupienia argumentacji na zaniechaniu złożenia dokumentów podmiotu trzeciego (co przy takiej, jak powyżej wskazano, istocie zobowiązania, nie miało miejsca) podniósł jednocześnie w uzasadnieniu odwołania argumenty, że danie wiary wyjaśnieniom złożonym przez OPA-ROW Sp. z o.o., w szczególności stwierdzeniom dotyczącym zakresu udziału podmiotu trzeciego jedynie na etapie produkcji urządzeń

(dostawa urządzeń do produkcji kompensatorów oraz doradztwo i konsulting na etapie produkcji), wskazuje na jedynie pozorne udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci. W petitum odwołania postawiono zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i powyższa argumentacja odnosi się także do normy prawnej zawartej w przedmiotowym przepisie. Ponadto, w petitum odwołania został również postawiony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe pozwoliło Izbie na ocenę wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie tylko przez pryzmat wskazywanego przez Odwołującego obowiązku złożenia dokumentów podmiotu trzeciego (na co Odwołujący kładł główny nacisk), ale także w szerszym aspekcie, dotyczącym oceny prawidłowości i realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia w kontekście treści warunku zawartego w SIWZ. Jak wskazano powyżej, złożone przez Przystępującego zobowiązanie nie może stanowić podstawy do uznania należytego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze treść tego dokumentu oraz argumentację Przystępującego Izba uznała, że jest to przykład pozornego udostępnienia i przykład posłużenia się „zasobem” podmiotu trzeciego, jedynie w celu formalnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Trafnie argumentował w tym zakresie Odwołujący podnosząc na rozprawie, że jeżeli współpraca miałaby być na etapie przed realizacją to nie sposób uznać, że wykonawca będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia.

Złożony na rozprawie dowód w postaci porozumienia z dnia 8 stycznia 2015 r. nie mógł stanowić podstawy do odmiennej oceny. Izba nie uznała, by dowód ten mógł mieć znaczenie dla kierunku rozstrzygnięcia sprawy. Niezależnie od tego, że jest to porozumienie datowane po dacie oferty (jak również dacie zobowiązania), to także sama treść tego porozumienia jest bardzo generalna i w żaden sposób nie odnosi się ona do niniejszego postępowania, co także nie pozwala, by dokument ten mógł stanowić podstawę do wykładni treści zobowiązania, w tym co do realności i zakresu udostępnionych zasobów.

Odwołujący postawił żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania. Żądanie to Izba uznała na tym etapie za przedwczesne. Zamawiający skupił się bowiem dotychczas w swoich wezwaniach na kwestii podwykonawstwa i udziale podmiotu trzeciego. Poza zakresem wezwania pozostały powyższe kwestie – Zamawiający w ogóle nie odnosił się do tego w dotychczasowym wezwaniu – które w ocenie Izby, nakazują uznanie wadliwości tak złożonego zobowiązania. Jednocześnie, po otrzymaniu wyjaśnień od Przystępującego odnoszących się do braku podstaw do wskazania przybliżonego szacunkowego % udziału wartości prac realizowanych przez podwykonawcę (z uwagi na podnoszony brak podwykonawstwa) oraz odnoszących się do braku obowiązku składania dokumentów podmiotu trzeciego (z uwagi na podnoszony brak jego udziału w realizacji części

zamówienia), Zamawiający zaakceptował w pełni stanowisko Przystępującego. Następnie, zmienił je na etapie posiedzenia przed Izbą. Orzekanie w tej sytuacji o wykluczeniu wykonawcy wiązałoby się z pozbawieniem Przystępującego prawa do konwalidowania powyższych uchybień (którego to prawa nie zrealizował Zamawiający akceptując i przyjmując za wystarczające treść zobowiązania oraz treść wyjaśnień, składanych przy tym dla wykazania innych okoliczności niż te, które legły u podstaw rozstrzygnięcia Izby). Izba uznała końcowo, że nakazanie wykluczenia jest na tym etapie przedwcześnie. Przystępujący powinien mieć szansę uzupełnienia dokumentów dla należytego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwie wykonawcę w tym zakresie, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Jeżeli Zamawiający otrzyma dokumenty uzupełnione dokona na ich podstawie ponownie oceny oferty, w tym oceny realności udostępnienia zasobu, jak również oceny ewentualnego udziału podmiotu trzeciego.

Odnośnie zastosowanego przez Przystępującego kursu przeliczenia to Zamawiający dopuścił się uchybienia nie wskazując w specyfikacji daty przeliczenia wartości wykonanych inwestycji, w sytuacji, gdy wartość ta wyrażona jest w walucie obcej. Pominięcie tej kwestii w treści specyfikacji mogło skutkować naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp. Izba uznaje przy tym trafność argumentacji Odwołującego odnoszącej się do kwestii równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji. Jest to jednak argumentacja trafna o tyle, o ile można by ją odnieść do zaniechań Zamawiającego przy sporządzaniu treści SIWZ, a nie działań wykonawcy. Argumentacja ta mogła zostać podniesiona na etapie kwestionowania treści specyfikacji wobec Zamawiającego. Nie może być natomiast podnoszona na obecnym etapie przeciwko wykonawcy, który nie sporządził oferty wbrew wytycznym zawartym w specyfikacji. Izba w zakresie tego zarzutu podzieliła stanowisko Przystępującego. Kwestia zastosowanej daty przeliczenia kursu walut nie mogła

więc ostatecznie stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania i zarzuty odwołania w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie. Dodatkowo, krytyczną ocenę żądania Odwołującego, by wykluczyć Przystępującego z uwagi na zastosowany kurs przeliczenia (a w konsekwencji z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) nakazywał fakt, że także sam Odwołujący pierwotnie zastosował kurs z daty złożenia oferty.

Odnosnie zarzutów związanych z niezgodnością oferty Przystępującego z treścią SIWZ, dotyczących parametru czasu reakcji na impulsy, to skoro Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości to dał Izbie sygnał, że nie weryfikował tej kwestii w sposób dostateczny. Odnosnie dowodów złożonych przez Przystępującego należy wskazać, że etap rozprawy nie służy wyjaśnianiu wątpliwości wynikających z treści oferty, co do których Zamawiający nie przeprowadził sam należytej weryfikacji. Przystępujący wyjaśnił, że w tabeli ze str. 111 oferty nie podawał parametru czasu reakcji na impulsy, argumentując, że wynika on z opisu technicznego i oscylogramów załączonych do oferty. Na rozprawie Przystępujący przedstawił oscylogramy, które jednak nie były tożsame z tymi załączonymi do oferty – przy czym Przystępujący argumentował, że te składane na rozprawie stanowią powiększenie oscylogramów załączonych do oferty. Izba nie miała podstaw, by odrzucić przedmiotowe wyjaśnienia, co jednak nie mogło mieć kluczowego znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia. To Zamawiający, jako gospodarz postępowania, obowiązany jest w pierwszej kolejności przeprowadzić weryfikację i ocenę oferty. Izba nie może wyręczać Zamawiającego w tym działaniu, w tym nie może za Zamawiającego podejmować wniosków, co do tego, czy i jakie wnioski płyną przykładowo z dokumentów przedstawianych przez Przystępującego, jako powiększenie oscylogramów załączonych do oferty. Trafnie przy tym argumentował Odwołujący, że z opisu technicznego, jak również z załączonych do oferty oscylogramów trudno wyczytać wprost zachowanie parametru z pkt III.1 lit. e OPZ. Odwołujący nie przedstawił jednak dowodów, które w sposób jednoznaczny wskazywałyby na niezachowanie tego parametru. Jedyne, co zostało wykazane, to to, że istnieją w tym zakresie wątpliwości, których Zamawiający dotychczas w ogóle nie wyjaśniał. Ostatecznie, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała za przedwczesny i nie udowodniony na tym etapie postępowania. Jednocześnie, Izba uznała, że w zakresie postawionego zarzutu mieści się zarzut nie przeprowadzenia przez Zamawiającego należytej oceny i weryfikacji oferty w części dotyczącej ww. parametru. Wykazane w tym przedmiocie wątpliwości w pierwszej kolejności winien wyjaśnić Zamawiający korzystając z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 5 ust. 2 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Zgodnie z powołanym § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego.

Przewodniczący: