

Sygn. akt: KIO 1235/20

Sygn. akt: KIO 1266/20

WYROK

z dnia 10 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1235/20)
- B. w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** (sygn. akt: KIO 1266/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Ciepło Sp. z o.o., ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice**

przy udziale:

- A. wykonawców **ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** oraz **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1235/20** po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** oraz **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1266/20** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1235/20;

1B. uwzględnia w całości odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1266/20

i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającemu czynności z dnia 28.05.2020 r. (przesłanej 29.05.2020 r.) w zakresie wykluczenia z udziału w postępowaniu i uznania za odrzuconą oferty ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice oraz nakazuje przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa i TAURON Ciepło Sp. z o.o., ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa i ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od TAURON Ciepło Sp. z o.o., ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice na rzecz ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1235/20

Sygn. akt: KIO 1266/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji projektu pn. Budowa kotła gazowego o mocy 140 MW, w ZW Katowice dla potrzeb rynku ciepła” - nr postępowania 2019/TC/TC/02680/L*”; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.11.2019 pod nr 2019/S 225-552829, przez TAURON Ciepło Sp. z o.o., ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice zwany dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 29.05.2020 r. (za pomocą platformy zakupowej) Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu i uznaniu ofert za odrzucone m.in. Wykonawców: ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa zwanej dalej: *„ECM Group Polska S.A.”* oraz *„Odwołującym w sprawie KIO 1235/20”* oraz *„Przystępującym w sprawie KIO 1266/20”*, jak i ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice zwanej dalej: *„ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna”* albo *„Odwołującym w sprawie KIO 1266/20”* oraz *„Przystępującym w sprawie KIO 1235/20”*.

W pierwszym wypadku stwierdzając, że: *”Wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP ze względu na to, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

W celu potwierdzenia zdolności technicznej i zawodowej, Wykonawca wykazał usługę zrealizowaną dla Grupy Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A. Wykonawca nie wykazał, że usługa wykazywana na potwierdzenie warunku zdolności technicznej i zawodowej została wykonana należycie. Na potwierdzenie należytej realizacji zadania załączono protokół przekazania przejęcia do eksploatacji, który co do zasady dotyczył zakresu prac zrealizowanych przez Generalnego Wykonawcę RAFAKO, nie wskazywał na udział i zakres zaangażowania ECM i nie zawierał informacji o należytych wykonaniu usługi nadzoru inwestorskiego przez ECM. W trybie określonym w art. 26 ust. 3 PZP wezwano Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i potwierdzenia należytego wykonania usługi dla Grupy Azoty. W wyznaczonym terminie Wykonawca złożył oświadczenie własne, co do prawidłowej realizacji usługi i korespondencję e-mail z Grupą Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A.

Zamawiający wystąpił do Grupy Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A. o informację na temat zrealizowanych usług. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego uzyskano odpowiedź Dyrektora Departamentu Inwestycji Grupa Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A., że spółka ta w omawianym przypadku nie może wystawić referencji Wykonawcy. Zamawiający uznał, że w powyższej sytuacji nie może zaakceptować oświadczenia własnego Wykonawcy, a odbiorca usługi nie potwierdził, że usługa była wykonana należycie. Wykonawca nie wykazał, że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, co pozwalałoby Zamawiającemu zaakceptować oświadczenie własne Wykonawcy. Zgodnie z art. 24 ust. 4 PZP, ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”.

W drugim z kolei, że: „Wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP ze względu na to, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W JEDZ Wykonawcy, na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, opisano usługi, które nie spełniały wymogów Specyfikacji. Zgodnie z warunkami Specyfikacji, Wykonawca musiał wykazać, że wykonał w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera, Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, Generalnego Inspektora Budowy lub równoważnej obejmującej nadzór nad realizacją i zarządzaniem zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt.

Z opisów zrealizowanych zadań inwestycyjnych nie wynikało, aby obejmowały one budowę kotłów zgodnie z warunkiem Zamawiającego opisanym w SIWZ. W trybie określonym w art. 26 ust. 3 PZP wezwano Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w zakresie dotyczącym usług wykazanych na potwierdzenie warunku zdolności technicznej i zawodowej. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca uzupełnił dokumenty, jak również przedstawił swoje stanowisko, co do warunku opisanego w SIWZ i tego, że zrealizowane przez niego usługi nadzoru nad budową instalacji oczyszczania spalin należy uznać za spełniające wymagania Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca wykazał tylko jedną usługę odpowiadającą wymaganiom SIWZ. Pozostałe wykazane przez Wykonawcę usługi dotyczyły nadzoru nad budową instalacji oczyszczania spalin, które to usługi, w ocenie Zamawiającego, nie spełniają warunków określonych w SIWZ. Oceniając zamówienia wykazane przez Wykonawcę Zamawiający oparł się na definicji pojęć zawartych w Prawie budowlanym. Zgodnie z Prawem budowlanym, w pojęciu budowa mieści się rozbudowa obiektu. Natomiast, zgodnie z art. 3

pkt 6 i 7a Prawa budowlanego przebudowa nie jest budową. Zamawiający dokonał oceny pod względem technicznym prac wykazanych przez Wykonawcę i uznał, że nie można ich zakwalifikować jako „rozbudowę kotła”. Prace dotyczące kotłów, wykazane przez Wykonawcę w związku z budową instalacji, miały charakter jedynie modernizacyjny, dostosowawczy i nie skutkowały rozbudową kotła. Ze względu na powyższe Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 4 PZP, ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 10.06.2020 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1235/20, sygn. akt: KIO 1266/20 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1235/20:

W dniu 04.06.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ECM Group Polska S.A. wniosło odwołanie na czynności Zamawiającego z 29.05.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016r., poz. 1126 ze zm. - zwane dalej „Rozporządzeniem”), poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał należytego wykonania usługi świadczonej na rzecz Grupy Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A., a tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas, gdy Odwołujący w sposób zgodny z wymaganiami Rozporządzenia wykazał powyższą okoliczność, a tym samym nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona, z daleko posuniętej ostrożności zarzucam również naruszenie:

2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w zakresie pozyskania dokumentu poświadczającego należyte wykonanie usługi.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- 2) dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 29.05.2020r., Zamawiający, poinformował Odwołującego, że wyklucza go z udziału w postępowaniu i odrzuca jego ofertę. W przedmiotowej informacji, Zamawiający wskazał, że wyklucza, a w konsekwencji również odrzuca ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu ponieważ dla usługi realizowanej na rzecz Grupy Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A. nie przedstawił dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi. Podstawą takiej decyzji był następujący stan faktyczny: Pismem z 03.04.2020r., Zamawiający - w trybie art. 26 ust. 3

Pzp - wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedstawienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, wskazanej w wykazie, realizowanej na rzecz Grupy Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A. Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie przedłożył oświadczenie własne potwierdzające należyte wykonanie usługi i wskazał, że z przyczyn obiektywnych nie jest w stanie przedłożyć „referencji” pochodzących od Grupy Azoty, gdyż podmiot ten - z uwagi na swoje ogólne zasady - nie wystawia takich dokumentów. Do uzupełnienia była załączona korespondencja mailowa prowadzona przez Odwołującego z Grupą Azoty. Pomimo powyższego, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, wskazując w uzasadnieniu, że samodzielnie zwrócił się do Grupy Azoty i uzyskał od nich informację, że *„spółka ta w omawianym przypadku nie może wystawić referencji Wykonawcy”*. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty jest sprzeczna z przywoływanymi w petitum odwołania przepisami, a tym samym należy uznać, że odwołanie jest zasadne. Odwołujący wskazał, że w Rozporządzeniu przewidziano sytuację, w której wykonawca biorący udział w postępowaniu nie może pozyskać dokumentów poświadczających należyte wykonanie usługi od właściwego Zamawiającego. W takiej sytuacji wykonawca jest uprawniony do „zastąpienia” takiego dokumentu oświadczeniem własnym wykonawcy.

Jak wynika z opisu stanu faktycznego i dokumentów złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący zwracał się do właściwego Zamawiającego o wydanie stosownego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi. W odpowiedzi na powyższe, Grupa Azoty oświadczyła, że nie wyda referencji, gdyż wynika to z ogólnych zasad obowiązujących w spółce.

Odwołujący wskazał, że z treści korespondencji mailowej wprost wynikają powyższe okoliczności, a co istotne, Odwołujący pytał Grupę Azoty, czy odmowa wystawienia wynika z innych przyczyn niż ogólne zasady ustanowione w spółce. Grupa Azoty potwierdziła, że jedyną przyczyną odmowy wydania referencji są ogólne zasady panujące w spółce, z czego wynika, że przyczyną odmowy nie było przykładowo nienależyte wykonanie usługi.

Również z uzasadnienia Zamawiającego nie wynikają okoliczności przeciwne. Z odpowiedzi Grupy Azoty udzielonej Zamawiającemu, wynika jedynie, że w tym konkretnym przypadku nie może wystawić referencji, przy czym brak jest informacji czy Grupa Azoty nie może wystawić referencji, ponieważ usługa została wykonana nienależycie, czy też z powodów opisanych powyżej tj. zasad ogólnych. Z informacji uzyskanych w Grupie Azoty wynika, że spółka ta w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego wskazała jedynie, że nie może wystawić referencji tylko i wyłącznie z tego powodu, że Odwołujący był Partnerem Konsorcjum realizującym zamówienie.

W ocenie Odwołującego, odmowa wydania referencji przez Grupę Azoty z powodu ogólnych zasad Spółki, stanowi jak najbardziej obiektywną przyczynę uzasadniającą złożenie własnego oświadczenia. Odwołujący nie jest bowiem w stanie „zmusić” jakiegokolwiek podmiotu do wystawienia stosownych referencji. Powyższa sytuacja wprost wpisuje się w dyspozycję § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia i właściwa ocena złożonych dokumentów i dowodów musi prowadzić do wniosku, że Odwołujący wykazał, iż z przyczyn obiektywnych nie może przedstawić referencji.

Odwołujący podkreślił, że wobec braku dowodów przeciwnych po stronie Zamawiającego, potwierdzających nienależyte wykonania referencyjnej usługi, winien on uznać oświadczenie własne za dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, a tym samym brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Z ostrożności, Odwołujący wskazuje, że jeżeli treść oświadczenia budziła jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego winien on wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 08.06.2020 r. wezwał (za pomocą platformy zakupowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.06.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna.

W dniu 12.06.2020 r. (e-mailem opatrzonym kwalifikowanym podpisem) Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice zwana dalej: „Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. Przystępujący stwierdził, że w dniu 27.02.2020 r. w postępowaniu złożono 6 ofert. Dnia 29.05.2020 r. Zamawiający poinformował, że wykluczył z postępowania wykonawców ECM Group Polska S.A., ANTEA POLSKA S.A. i SGS Polska Sp. z o.o. oraz odrzucił ofertę wykonawcy Biuro Studiów,

Projektów i Realizacji „ENERGOPROJEKT - KATOWICE SA”. W związku z odrzuceniem ofert w/w wykonawców oferta Przystępującego jest najkorzystniejszą ofertą w rozumieniu przepisów Pzp. W przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania Przystępujący może stracić możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Przystępujący ma zatem interes w tym, aby Odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1266/20:

W dniu 08.06.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna wniosło odwołanie na czynności Zamawiającego z 29.05.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Stwierdził, że dotyczy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu tj. od:

- a) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp,
- b) braku podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z postępowania,
- c) z ostrożności – od zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- d) zaniechania merytorycznej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, a w konsekwencji zaniechania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności: dokonanie szczegółowej weryfikacji poprawności i sprawdzenia kompletności projektu budowlanego dostarczonego przez projektanta, reprezentowanie zamawiającego na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, kontrolowanie w sposób ciągły jakości wykonywanych robót oraz wbudowywanych materiałów, dostarczonych na budowę elementów konstrukcji, urządzeń i stosowanych materiałów zgodnie z wymaganiami specyfikacji technicznych przedmiotu zamówienia, dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, powszechnie obowiązującymi przepisami oraz obowiązującymi normami, także co do wynikających z nich dobrych praktyk inżynierskich, potwierdzanie faktycznie wykonanych robót, udział w naradach. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
- b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z postępowania,
- c) z ostrożności – art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- d) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie merytorycznej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, a w konsekwencji zaniechania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- b) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
z ostrożności – wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- c) dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosnie trzech pierwszych zarzutów odwołania tj. zarzutów: naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z postępowania, oraz podnoszonego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stwierdził, co następuje.

Zgodnie z określonym w treści SIWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu, o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na pełnieniu funkcji inżyniera, inspektora nadzoru inwestorskiego, generalnego inspektora budowy lub równoważnej obejmującej nadzór nad realizacją i zarządzaniem zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt.

Odwołujący w dokumencie JEDZ złożonym wraz z ofertą, na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu, opisał zrealizowane usługi, co jednak spotkało się z negatywną oceną Zamawiającego i wezwaniem do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust.

3 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 10.03.2020 r. znak KZ/AN/128/2020 Odwołujący pismem z 17.03.2020 r. znak 883/Q.624.0109/TKU/2020 uzupełnił żądane dokumenty (JEDZ) oraz przedstawił stanowisko co do warunku udziału w postępowaniu oraz tego, że zrealizowane przez Odwołującego i wykazane w JEDZ usługi spełniają wymagania Zamawiającego.

Jak już wyżej wskazano, Zamawiający w dniu 29.05.2020 r. umieścił na Platformie Zakupowej pismo zawiadamiające m.in. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (załącznik nr 5 do odwołania). W treści tego zawiadomienia Zamawiający wskazał m.in. następujące uzasadnienie faktyczne: „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca wykazał tylko jedną usługę odpowiadającą wymaganiom SIWZ. Pozostałe wykazane przez Wykonawcę usługi dotyczyły nadzoru nad budową instalacji oczyszczania spalin, które to usługi, w ocenie Zamawiającego, nie spełniają warunków określonych w SIWZ. Oceniając zamówienia wykazane przez Wykonawcę Zamawiający oparł się na definicji pojęć zawartych w Prawie budowlanym. Zgodnie z Prawem budowlanym, w pojęciu budowa mieści się rozbudowa obiektu. Natomiast, zgodnie z art. 3 pkt 6 i 7a Prawa budowlanego przebudowa nie jest budową. Zamawiający dokonał oceny pod względem technicznym prac wykazanych przez Wykonawcę i uznał, że nie można ich zakwalifikować jako „rozbudowę kotła”. Prace dotyczące kotłów, wykazane przez Wykonawcę w związku z budową instalacji, miały charakter jedynie modernizacyjny, dostosowawczy i nie skutkowały rozbudową kotła. Ze względu na powyższe Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu”.

Z powyższymi wywodami Zamawiającego nie można się zgodzić z szeregu względów. Ich zasadniczą wadą jest brak konkretnych informacji do których Odwołujący mógłby szerzej się odnieść i które uzasadniałby decyzję Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że *„dokonał oceny pod względem technicznym prac wykazanych przez Wykonawcę i uznał, że nie można ich zakwalifikować jako „rozbudowę kotła”. Prace dotyczące kotłów, wykazane przez Wykonawcę w związku z budową instalacji, miały charakter jedynie modernizacyjny, dostosowawczy i nie skutkowały rozbudową kotła”*. Odwołujący podnosi, że twierdzenie to jest lakoniczne, nie zostało w jakikolwiek sposób rozwinięte, a zacytowane dwa zdania stanowią de facto podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że dokonana przez Zamawiającego „ocena techniczna” była co najwyżej powierzchowna. Gdyby Zamawiający zgłębił dokumentację techniczną każdego z pięciu wskazanych w JEDZ Odwołującego zadań inwestycyjnych, których dotyczyła usługa Inżyniera Kontraktu, w ocenie Odwołującego nie doszedłby do wniosków, które skutkowałyby wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Odwołujący przypomina, że zasada jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji

nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych wykluczenia z postępowania, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn takiej decyzji zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw wykluczenia go z postępowania.

Podkreślił również, że Zamawiający dokonując oceny pod względem technicznym prac wykazanych przez Wykonawcę nie skorzystał z procedury określonej w art. 26 ust. 4 Pzp. Zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśnienia treści oświadczeń lub dokumentów, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie powołanego przepisu ustawy Pzp. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, że obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień wynikający z art. 26 ust. 4 Pzp aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego (wyrok z 9.06.2016 r., sygn. akt: KIO 905/16). Zamawiający jest uprawniony do wyjaśnienia danego dokumentu, także w przypadku, gdy kolejne wątpliwości nasunęły się po złożeniu wcześniejszych wyjaśnień lub po uzupełnieniu lub poprawieniu oświadczenia lub dokumentu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zastosował procedury wyjaśnienia oświadczenia JEDZ, ani na etapie przed wezwaniem Odwołującego do jego uzupełnienia, ani przed decyzją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Dokonał oceny pod względem technicznym we własnym zakresie, finalnie uznając opisane w JEDZ prace dotyczące kotłów jako modernizacyjne, dostosowawcze (zdawkowo, dwoma zdaniami, bez jakiegokolwiek szerszego uzasadnienia swojego stanowiska) pomimo, że w treści każdej pozycji (w Opisie usługi Inżyniera Kontraktu) wskazanej w uzupełnionym przez Odwołującego oświadczeniu JEDZ zawarta była jednoznaczna informacja, że usługa dotyczyła zadania inwestycyjnego polegającego na budowie kotła/ów.

Odnosząc się, z ostrożności, do zagadnień merytorycznych Odwołujący przypomniał, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący złożył oświadczenie JEDZ, w treści którego (część IV, lit. C: ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA) wskazał na następujące, zrealizowane usługi:

Lp.	Opis	Kwoty	Daty	Odbiorcy
1	Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla potrzeby realizacji Projektu pn. „Budowa instalacji oczyszczania spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa” Zakres obejmował m.in. nadzór nad realizacją jak i zarządzanie zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła/ów. Moc znamionowa kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt	brak wymogów	05.2015 - 06.2019	TAMEH Polska Sp. z o.o.
2	Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach zadania pn. „Wsparcie techniczne dla modernizacji turbiny, układów ciśnieniowych kotłów oraz budowy instalacji odazotowania spalin dla bloków od nr 2 do 7 oraz wsparcie w zakresie kontroli jakości prac w ramach projektu Phoenix” w Elektrowni Połaniec Zakres obejmował m.in. nadzór nad realizacją jak i zarządzanie zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła/ów Moc znamionowa kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt	brak wymogów	01.2013 - 07.2016	ENGIE Energia Polska S.A.
3	Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu podczas realizacji projektu inwestycyjnego pod tytułem „Dostawa i Montaż Instalacji Odazotowania Spalin oraz Modernizacja Instalacji Odsiarczania Spalin dla Kotła K2 w Elektrociepłowni Siekierki” Zakres obejmował m.in. nadzór nad realizacją jak i zarządzanie zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła/ów Moc znamionowa kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt	brak wymogów	03.2015 - 12.2017	PGNiG Termika S.A.
4	Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu dla projektu odbudowy DeNOx dla kotłów K8, K9 i K10 w TAMEH Czech w Ostrawie Zakres obejmował m.in. nadzór nad realizacją jak i zarządzanie zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła/ów Moc znamionowa kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt	brak wymogów	01.2017 - 11.2019	TAMEH Czech s.r.o.

5	<p>Inżynier Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego polegającego na Zaprojektowaniu i wykonaniu modernizacji kotła typu WR-25 na kocioł wodny rusztowy w technologii ścian szczelnych o mocy 40 MW w elektrociepłowni ZEC S.A. – Wydział V „Wieczorek” w Katowicach przy ul. Szopienickiej 58</p> <p>Zakres obejmował m.in. nadzór nad realizacją jak i zarządzanie zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła/ów Moc znamionowa kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt</p>	brak wymogów	08.2017 - 12.2017	Zakłady Energetyki Ciepłej S.A.
---	---	--------------	-------------------------	---------------------------------

Ponownie podkreślił, że w opisie każdej usługi wymienionej w oświadczeniu JEDZ Odwołujący złożył oświadczenie, że zakres danej usługi obejmował m.in. nadzór nad realizacją jak i zarządzanie zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła/ów, a moc znamionowa kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt. Tymczasem Zamawiający zignorował podany przez Odwołującego opis i bez żadnej ustawowej procedury wyjaśnienia zdecydował, że wykonanych prac nie można zakwalifikować jako „rozbudowę kotła”. Wydaje się, że Zamawiający kierował się tutaj, zresztą niesłusznie, nazwą użytą w tytule danego projektu (modernizacja), nie zaś faktycznym zakresem zadania inwestycyjnego.

Z ostrożności, odnosząc się do poszczególnych ww. usług Odwołujący wskazuje, co następuje.

Odnosnie pozycji 1, Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zrealizowanych prac, których dotyczy usługa, była rozbudowa kotłów poprzez rozbudowanie ich o instalacje pomocnicze w tym m.in.: instalację DeSOx z zastosowaniem metody półsuchej NID, instalację DeNOx metodą SCR TailEnd oraz rozbudowa kanałów spalin wraz modernizacją komina. Ponadto zakres zadania inwestycyjnego obejmował rozbudowę systemu zabezpieczeń kotłów. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia w sposób niezwykle ogólnikowy twierdzi, że mamy tutaj do czynienia wyłącznie z modernizacją i dostosowaniem, czemu Odwołujący zaprzecza. Odwołujący wyjaśnia, że w zakres modernizacji niniejszego zadania wchodziła wyłącznie modernizacja komina, o czym Zamawiający zapewne nie miał wiedzy i czego nie wziął pod uwagę przy ocenie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Jedynie z daleko idącej ostrożności Odwołujący nadmienia, że pojęcie „modernizacja” nie znajduje odzwierciedlenia w nomenklaturze prawa budowlanego. Podkreślenia wymaga, że Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego, mając na uwadze, iż brak legalnej definicji

pojęcia „modernizacja” może powodować wątpliwości w zakresie prawidłowego zakwalifikowania wykonywanych robót budowlanych, uznaje za dopuszczalne umieszczenie, w razie konieczności, w wydawanych decyzjach o pozwoleniu na budowę, dotyczących przebudowy albo rozbudowy, w nawiasie określenia „modernizacja”; natomiast nie uważa za właściwe wydawanie pozwolenia na budowę obejmującego wykonanie robót budowlanych określonych w decyzji jedynie „modernizacja”, bowiem akt administracyjny, jakim jest decyzja o pozwoleniu na budowę, musi obejmować wyłącznie ustawowo określoną nomenklaturę. Opierając się o powszechnie przyjęte znaczenie ww. pojęcia, z uwzględnieniem definicji zawartej w Słowniku Języka Polskiego Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006, należy przyjąć, że „modernizacja” oznacza wykonywanie robót budowlanych polegających na trwałym ulepszeniu, unowocześnieniu, zwiększeniu użyteczności lub podniesieniu standardu istniejącego obiektu budowlanego; wyrażenie „modernizacja” mieści się w zakresie pojęciowym „remontu”, „przebudowy” lub „rozbudowy”.

Odnośnie pozycji 2, Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zrealizowanych prac, których dotyczy usługa, była rozbudowa kotłów poprzez m.in. rozbudowanie ich o instalację pomocniczą instalację DeNOx metodą SCR, modernizację i rozbudowę elektrofiltrów. Kotły rozbudowano o nowe rozwiązania tj. odsztywnienie kotła (parownik i międzyciąg), nowe powłoki parownika (Plasma System + Hybryd MD), zdmuchiwacze parowe i armatki wodne, zastosowanie ceramicznych pyłoprzewodów. Wykonano odbudowę kotłów: parowniki, górny pęczek ECO, przegrzewacze pary świeżej i wtórnej, całe rurociągi pary świeżej i wymiana osłabionych odcinków rur pary wtórnej. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia w sposób niezwykle ogólnikowy twierdzi, że mamy tutaj do czynienia wyłącznie z instalacją oczyszczania spalin, podczas gdy w zakresie wykonanych prac była również modernizacja układów ciśnieniowych kotłów.

Odnośnie pozycji 3, Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia w sposób niezwykle ogólnikowy twierdzi, że mamy tutaj do czynienia wyłącznie z modernizacją i dostosowaniem, a zatem z przebudową, a nie rozbudową. Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem. Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zrealizowanych prac, których dotyczy usługa, była rozbudowa kotła OP230 (budowa kotła) o wpięcie kanału obejściowego w drugi ciąg kotła przed ekonomizerem, o mocy znamionowej kotła K-2 przekraczającej 40MWt. Zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę dokonano budowy instalacji NoX, czyli rozbudowano kocioł o dodatkową instalację, co zdaniem Odwołującego oznacza zakres spełniający warunek udziału w postępowaniu.

Odnośnie pozycji 4, Zamawiający w uzasadnieniu w sposób niezwykle ogólnikowy wykluczenia twierdzi, że mamy tutaj do czynienia wyłącznie z modernizacją i dostosowaniem, a zatem z przebudową, a nie rozbudową. Odwołujący wskazuje, że

przedmiotem zrealizowanych prac, których dotyczy usługa, była rozbudowa kotła poprzez zabudowę dodatkowych dysz powietrza drugorzędowego i trzeciorzędowego. Dobudowano dodatkową liczbę dysz na ścianie tylnej kotłów numer 9 i 10. Dla kotła 8 dobudowano drugorzędowe i trzeciorzędowe dysze. Dla kotłów numer 9 i 10 dobudowano kanały i dysze powietrza zrzutowego na tylnej ścianie kotła. Kocioł K8 rozbudowano o palniki gazowe i pyłowe na ścianach bocznych (w tym odbudowano ścianę przednią kotła po zlikwidowaniu palników). Dla wszystkich trzech kotłów zabudowano system dysz iniekcyjnych dla systemu SNCR. W kotle K8 zabudowano dodatkowo system zdmuchiwczy dźwiękowych. Moc znamionowa kotła/ów przekracza 40MWt. Wykonany zakres prac świadczy, zdaniem Odwołującego, o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie pozycji 5, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z wyjaśnieniem (pismem) Zamawiającego z 05.06.2020 r., usługa ta została uznana przez Zamawiającego jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu.

W zakończeniu Odwołujący podnosi, że do czasu rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą zgromadzi dodatkowy materiał dowodowy świadczący o tym, że zakres opisanych wyżej zadań inwestycyjnych należy kwalifikować jako budowę (rozbudowę) kotła, dowodząc na rozprawie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie merytorycznej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, a w konsekwencji zaniechania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, stwierdził co następuje. Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, powinien dokonać merytorycznej oceny oferty Odwołującego, a w konsekwencji wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 09.06.2020 r. wezwał (za pomocą platformy zakupowej) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.06.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ECM Group Polska S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ECM Group Polska S.A.

W dniu 12.06.2020 r. (e-mailem opatrzonym kwalifikowanym podpisem) Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. Przystępujący stwierdził, że w dniu 27.02.2020 r. w postępowaniu złożono 6 ofert. Dnia 29.05.2020 r. Zamawiający poinformował, że wykluczył z postępowania wykonawców ECM Group Polska S.A., ANTEA POLSKA S.A. i SGS Polska Sp. z o.o. oraz odrzucił ofertę wykonawcy Biuro Studiów, Projektów i Realizacji „ENERGOPROJEKT - KATOWICE SA”. W związku z odrzuceniem ofert w/w wykonawców oferta Przystępującego jest najkorzystniejszą ofertą w rozumieniu przepisów Pzp. W przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania Przystępujący może stracić możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Przystępujący ma zatem interes w tym, aby Odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1235/20, sygn. akt: KIO 1266/20:

W dniu 07.07.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, oddzielne odpowiedzi na odwołania, w których wnosił o oddalenie w całości obu odwołań. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Jednocześnie z uwagi na bardzo obszerny charakter obu przedłożonych odpowiedzi na odwołanie (do KIO 1235 – 31 stron bez załączników, zaś do KIO 1266/20 – 35 stron bez załączników, z załącznikami ponad 100 stron), Izba nie będzie w tym miejscu przedstawiać ich treści.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących 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 odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Izba wskazuje że uznała skuteczność zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego do obu spraw, gdyż Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. wykazała (załączonymi dowodami) zaistnienie problemów technicznych, tj. trudności w dostępie do usługi ePUAP, w tym zakresie kierując się na

zasadzie analogii stanowiskiem wynikającym chociażby z wyroku KIO z 16.04.2019 r., sygn. akt: KIO 583/19: „Przenosząc powyższe rozważania na stan sprawy Izba uznała, iż odwołanie wniesione zostało w przewidzianej ustawą formie elektronicznej w terminie, jednak z wykorzystaniem innego kanału komunikacji, niż dedykowany dla tej czynności w przepisach rozporządzenia wykonawczego. Mając jednak na uwadze występujące w tym dniu trudności w dostępie do usługi ePUAP jakie napotkał Wykonawca, jak również uzyskaną przez Odwołującego informację z kancelarii Izby o możliwości wniesienia w takiej sytuacji odwołania za pomocą poczty elektronicznej, Izba uznała, iż wniesione w ten sposób odwołanie powinno wywierać skutek formalny poprzez uznanie, iż zostało wniesione do Izby w terminie. Złożenie odwołania również w formie pisemnej (po upływie terminu na jego wniesienie do Izby) nie miało wpływu na ocenę skuteczności odwołania wniesionego w formie elektronicznej. W praktyce działanie narzędzia informatycznego, jakim jest serwis ePUAP, dedykowanego do obsługi elektronicznej skrzynki podawczej Izby, nie powinno ograniczać lub pozbawiać prawa wykonawców do korzystania z środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, składanych w dopuszczalnej formie, tj. elektronicznej z bezpiecznym podpisem elektronicznym.”. Podobnie w wyroku KIO z 25.02.2020 r., sygn. akt: KIO 274/20, KIO 276/20.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej. W tym w szczególności w sprawie KIO 1235/20: JEDZ-a Odwołującego z oferty (str. 13), wezwania z 17.03.2020 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi na nie z 30.03. 2020 r. wraz z załącznikami (wykaz wykonanych usług z protokołem odbioru robót z 06.04.2017 r. oraz poświadczeniem z 08.08.2019 r.), wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 04.04.2020 r. skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi na nie z 09.04.2020 r. wraz z oświadczeniem własnym Odwołującego z 09.04.2020 r., wnioskiem o wystawianie referencji skierowanym do Grupy Azoty z 07.02.2019 r., korespondencji e-mailowej prowadzonej między Odwołującym, a Grupa Azoty z lutego 2019 r., a także własnej korespondencji Zamawiającego, który dodatkowo prowadził korespondencje z Grupa Azoty w tej sprawie, w tym odpowiedzi e-mailowej z 20.04.2020 r. W tym w szczególności w sprawie KIO 1266/20: JEDZ-a Odwołującego z oferty (str. 13), wezwania z 10.03.2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie JEDZ-a, uzupełnionego JEDZ-a wraz z wyjaśnieniami (pismem przewodnim) z 17/03.2020 r. Nadto do obu spraw: informacji o wykluczeniu Wykonawców i odrzuceniu ofert z 28.05.2020 r. (przesłanej 29.05.2020 r.) oraz wniosku z 01.06.2020 r. Odwołującego w sprawie KIO 1266/20 i odpowiedzi Zamawiającego na ten wniosek (pismo z 05.06.2020 r.).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1235/20 złożoną na rozprawie przez Odwołującego:

- odpowiedź Grupy Azoty /w ramach korespondencji prowadzonej przed rozprawą w dniu 03.06.2020 r./.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1235/20 załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołania:

- kopie oświadczenia własnego: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. (złożone w postępowaniu w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 30.04.2020 r. razem z wykazem usług tego Wykonawcy z 20.05.2020 r.)

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1235/20 złożone na rozprawie przez Przystępującego w tej sprawie - ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna:

- trzy kopie referencji wystawionych przez Grupę Azoty

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1266/20 załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołania:

- 1) poświadczony za zgodność z oryginałem wyciąg z publikacji książkowej (fragmentów publikacji), D. Laudyn, M. Pawlik, F. Strzelczyk, „Elektrownie”, Wyd. IV, Wydawnictwa Naukowo-Techniczne, Warszawa 2000 - okładka, strony tytułowe, spis treści oraz s. 66-71,
- 2) poświadczony za zgodność z oryginałem wyciągu z publikacji książkowej (fragmentów publikacji), J. Chudziński i in., „Poradnik termoenergetyka”, Wydawnictwa Naukowo-Techniczne, Warszawa 1974 - okładka, strony tytułowe, spis treści oraz s. 403-425,
- 3) poświadczony za zgodność z oryginałem wydruku skryptu wykładu „Elektrownie parowe konwencjonalne (J. Paska)” zamieszczonego na stronach Zakładu Elektrowni i Gospodarki Elektroenergetycznej Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej pod adresem http://www.iem.pw.edu.pl/zeige/instrukcje/E_wyklad_II.pdf [dostęp w dniu 6 lipca 2020 r.].

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1266/20 załączone przez ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna do pisma procesowego z 07.07.2020 r.:

- 1) przykładowe rysunki wskazujące na rozbudowane obszary kotła (szt. 2), zgodnie z oświadczeniem z rozprawy dotyczą one rozbudowy, tj. zadania z poz. 3 wykazu;
- 2) załącznik nr 1 do pisma procesowego z 07.07.2020 r. (stanowisko doktryny i judykatury o rozbudowie).;

- 3) fragment publikacji - prof. dr hab. inż. czł. rzecz. PAN m. dhc Tadeusza Chmielniaka w pozycji „Technologie Energetyczne” wydanej przez Wydawnictwo Naukowo-Techniczne w Warszawie w roku 2008 (ISBN 978-83-204- 3387-6) /str. 153-154/ (na str. 6-8 pisma procesowego z 07.07.2020 r.);
- 4) wyciąg jednego z pozwoleń na budowę wraz z wnioskiem (na str. 13-14 pisma procesowego z 07.07.2020 r.) dotyczy poz. 1 z wykazu;
- 5) ogólnodostępna prezentacja Inwestora dotyczy poz. 2 wykazu (na str. 16-17 pisma procesowego z 07.07.2020 r.);
- 6) pierwsza strona pozwolenia na budowę dotyczy poz. 3 z wykazu (str. 18 pisma procesowego z 07.07.2020 r.);;

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę pisma procesowe które wpłynęły w sprawie, czyli tak odwołania, odpowiedzi na oba odwołania oraz pismo procesowe ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna także do obu spraw, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1235/20 - ECM Group Polska S.A.:

ECM Group Polska S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał należytego wykonania usługi świadczonej na rzecz Grupy Azoty Zakłady Azotowe Kędzierzyn S.A., a tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas, gdy Odwołujący w sposób zgodny z wymaganiami rozporządzenia wykazał powyższą okoliczność, a tym samym nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona,

z daleko posuniętej ostrożności również naruszenie:

2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w zakresie pozyskania dokumentu poświadczającego należyte wykonanie usługi.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, ale także pisma procesowego Przystępującego. Zgodnie z pkt 3.1.1.3.1. SIWZ, Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w postaci:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera, Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, Generalnego Inspektora Budowy lub równoważnej obejmującej nadzór nad realizacją i zarządzaniem zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt.”.

Istotna jest także treść JEDZ-a Odwołującego z oferty (str. 13) z wykazanymi zadaniami, wezwania z 17.03.2020 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi na nie z 30.03.2020 r. wraz z załącznikami (wykaz wykonanych usług z protokołem odbioru robót z 06.04.2017 r. oraz poświadczeniem z 08.08.2019 r.), wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 04.04.2020 r. skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi na nie z 09.04.2020 r. wraz z oświadczeniem własnym Odwołującego z 09.04.2020 r., wniosku o wystawianie referencji skierowanego do Grupy Azoty z 07.02.2019 r., korespondencji e-mailowej prowadzonej między Odwołującym, a Grupa Azoty z lutego 2019 r., a także własnej korespondencji Zamawiającego, który dodatkowo prowadził korespondencje z Grupa Azoty w tej sprawie, w tym odpowiedzi e-mailowej z 20.04.2020 r. Nadto, istotna jest również treść oświadczenia własnego: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. /dołączonego do odpowiedzi na odwołanie/ (złożonego w postępowaniu w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 30.04.2020 r. razem z wykazem usług tego Wykonawcy z 20.05.2020 r.).

W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu pierwszego, Izba w/w zarzuty oddaliła.

W pierwszej kolejności należy skazać, że wszelkie dywagacje Zamawiającego z jego odpowiedzi na odwołanie o pewnej genezie przedmiotu sporu, która doprowadziła do złożenia oświadczenia własnego przez Odwołującego jest bez znaczenia (chodziło o stanowisko Zamawiającego, że z otrzymanych dotychczas dokumentów wynika, że żadne prace inżynierskie nie zostały przez Odwołującego wykonane, co najwyżej prace budowlane, co opierał na wcześniejszych dokumentach). Odwołujący bowiem nie kwestionował, a nawet przyznał, że nie był w stanie potwierdzić należytego wykonania wykazanej usługi inżynierskiej dla Grupy Azoty przed złożeniem oświadczenia własnego. Przy czym zwracał uwagę, że w oświadczeniu wstępnym JEDZ-a na str. 13 wyraźnie wykazywał usługę, a nie doświadczenie w robotach budowlanych („od początku wykazywał on usługę, wskazując

inżyniera projektu dla etapu pierwszego. Drugie zdanie w ramach zadania, budowa kotła było konieczne z uwagi na konstrukcję warunku, którego spełnienia oczekiwał Zamawiający. Chodziło, bowiem o doświadczenie inżyniera w zakresie kotła o określonej mocy.”). Izba w tym zakresie zgadza się z Odwołującym, a nawet kwestia załączonego protokołu odbioru robót z 06.04.2017 r. do złożonego w trybie art. 26 ust.1 Pzp wykazu usług, z uwagi na zawartą w wykazie klauzulę ma pewnego rodzaju sens: „Z przyczyn niezależnych Wykonawca nie był w stanie pozyskać poświadczenia usługi od Zamawiającego”. Choć naturalnie nie można dokumentem dotyczącym roboty budowlanej wykazywać należyte wykonanie usługi inżynierskiej. Podobnie jest także ze zmianą w tytule zadania i wykreślenie sformułowania „Etap 1”. Oświadczenie Przystępującego Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. załączone do odpowiedzi na odwołanie to niejako wyjaśnia.

Istotą jednak sporu jest samo oświadczenie własne Odwołującego (i to nie omyłka redakcyjna w wskazanym w nim paragrafie - § 2 ust. 4 pkt 1 zamiast pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów), tzn. czy Odwołujący wykazał, że z powodów o obiektywnym charakterze nie mógł przedłożyć stosownych referencji od Grupy Azoty. Treść z § 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazuje na to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania takiego dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając Zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, Wykonawca powinien wskazać Zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.

Skoro złożenie zamiast referencji oświadczenia własnego wymaga jednak wykazania, że wystąpiły okoliczności od wykonawcy niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania referencji, to oczywistym jest że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy. Natomiast Zamawiający otrzymując takie oświadczenie zobowiązany jest ocenić, czy na pewno wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji. Jako przykład takich okoliczności w orzecznictwie wskazuje się przede wszystkim likwidację podmiotu, na rzecz którego była świadczona usługa/dostawa i jego wykreślenie z rejestru handlowego. Czy też fakt, że dany podmiot nie jest przedsiębiorcą czynnym w swojej siedzibie i nie odbiera korespondencji w jakiegokolwiek formie. Nie można

bowiem wymagać od wykonawcy, że uzyska referencje od podmiotu, który w świetle prawa już nie funkcjonuje (np. wyrok KIO z 04.06.2013 r., sygn. akt KIO 1193/13). Do przyczyn takich nie należy jednak sytuacja, gdy zamawiający nie chce wydać referencji, gdyż ta ma charakter subiektywny (tak wyrok KIO z 03.09.2014 r., sygn. akt KIO 1713/14).

Tak również w wyroku KIO z 28.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1130/19 „W ocenie Izby - możliwość posłużenia się jednostronnym oświadczeniem o należyтым wykonaniu zamówienia może być uznane za prawnie dopuszczalne jedynie w warunkach odmowy wydania przez Zamawiającego stosownej referencji. W przekonaniu Izby - Odwołujący nie udowodnił, że nie był w stanie uzyskać tych dokumentów, tym bardziej, że w ogóle nie ubiegał się o uzyskanie stosownych referencji. Z powyższych przyczyn, Izba przyjęła argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego przy czynności wykluczenia Odwołującego z dnia 12 czerwca 2019r. na zasadzie art.24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jako znajdującą uzasadnienie prawne.”

Podobnie w wyroku z 12.03.2019 r. Sądu Okręgowy w Zielonej Górze sygn. akt: VI Ca 904/19, który stwierdził: *„Złożenie zamiast referencji oświadczenia własnego wymaga wykazania, że wystąpiły okoliczności od Wykonawcy niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania referencji lub dokumenty potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający natomiast otrzymując takie oświadczenie zobowiązany jest ocenić, czy na pewno wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji. Jako przykład takich okoliczności w orzecznictwie wskazuje się przede wszystkim likwidację podmiotu, na rzecz którego był świadczone usługi/dostawy i jego wykreślenie z rejestru handlowego, fakt że dany podmiot nie jest przedsiębiorcą czynnym w swojej siedzibie i nie odbiera korespondencji w jakiegokolwiek formie. Nie można bowiem wymagać od Wykonawcy, że uzyska referencje od podmiotu, który w świetle prawa już nie funkcjonuje. Jak już wcześniej wskazano, do przyczyn takich nie należy jednak sytuacja, gdy zamawiający nie chce wydać referencji, gdyż to ma charakter subiektywny.”*

Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, tj. korespondencji e-mailowej Odwołującego z Grupą Azoty, informacji uzyskanej przez Zamawiającego od Grupy Azoty, ale także oświadczenia Przystępującego Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. załączonego do odpowiedzi na odwołanie, zmuszona jest stwierdzić, że Odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim w tym zakresie ciężarowi dowodowemu.

Przedstawione odpowiedzi Grupy Azoty są niejednoznaczne, nawet w obliczu okoliczności wskazanych przez Odwołującego w korespondencji skierowanej do Grupy Azoty, a związanych z toczącą się rozprawą, w ramach ponownego oświadczenia Grupy Azoty złożonego jako dowód przez Odwołującego na rozprawie. Izba nie wie co oznacza:

„w tym wypadku”, czy też nawet wbrew pozorom: „wspomnianej firmie – jako członkowi konsorcjum”. Sens takich sformułowań może być różnoraki. Izba nie chce doszukiwać się istoty, tzn. czy chodziło o to, że Grupa Azoty nie jest w stanie rozgraniczyć jakie usługi realizował Odwołujący, a jakie Przystępujący Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o., który także wykazał tożsamą usługę, tworzący wspólnie konsorcjum podczas wykonywania wykazanej usługi, czy też gdyż nie wystawia referencji konsorcjom, a jedynie podmiotom realizującym zadania indywidualnie. Należy przyznać, że niewątpliwie, Grupa Azoty wystawia referencje jako takie, bo taki dowód złożył Przystępujący ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna.

Z tych przyczyn, Izba oddaliła zarzuty, a w konsekwencji całe odwołanie, gdyż Odwołujący nie wykazał, że zaistniałe przyczyny uniemożliwiające uzyskanie referencji od wystawcy mają charakter obiektywny, czy też subiektywny. Ciężar dowodu spoczywa, w tym zakresie nie na Zamawiającym, ale na Odwołującym, który temu nie sprostał.

Izba podkreśla, że mimo, iż Grupa Azoty nie wystawiła referencji ani Odwołującemu, ani Przystępującemu Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o., jednak faktyczna przyczyna, która legła u podstaw odmowy jest niejasna (Przystępujący Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o.o. stwierdził w swoim oświadczeniu, iż miało to miejsce z powodu, tego, że: „program modernizacyjny został zawieszony”).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu, Izba w/w zarzut oddaliła.

Wykonawca w ramach odwołania, tak naprawdę nie sprecyzował czego miałyby dotyczyć wezwanie do wyjaśnień, skoro tryb z art. 26 ust. 3 Pzp został już wyczerpany, a ewentualne wyjaśnienia mogłyby skutkować naruszeniem zasady jednokrotności wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1235/20 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1266/20 – ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna:

ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
- b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z postępowania,
- c) z ostrożności – art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- d) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie merytorycznej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, a w konsekwencji zaniechania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, ale także pisma procesowego ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna. Zgodnie z pkt 3.1.1.3.1. SIWZ, Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w postaci:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera, Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, Generalnego Inspektora Budowy lub równoważnej obejmującej nadzór nad realizacją i zarządzaniem zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotła o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt.”

Nie mniej ważna jest treść JEDZ-a Odwołującego z oferty (str. 13) z wykazanymi zadaniami, wezwania z 10.03.2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie JEDZ-a, uzupełnionego JEDZ-a z wykazanymi zadaniami (poszerzenie do docelowych pięciu) wraz z wyjaśnieniami (pismem przewodnim) z 17.03.2020 r.: *„Wykonawca, aby potwierdzić spełnianie Warunku udziału w postępowaniu przedstawił w Części III punkt C podpunkt 1b) JEDZ dwie usługi tj.:*

- 1. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla potrzeby realizacji Projektu pn. „Budowa instalacji oczyszczania spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa” Łączna nominalna moc cieplna w paliwie kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt*
- 2. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach zadania pn. „Wsparcie techniczne dla modernizacji turbiny, układów ciśnieniowych kotłów oraz budowy instalacji odazotowania spalin dla bloków od nr 2 do 7 oraz wsparcie w zakresie kontroli jakości prac w ramach projektu Phoenix” w Elektrowni Połaniec łączna moc cieplna w paliwie kotłów objętych inwestycją wynosi powyżej 40 MWt. Usługi te zostały wykonane w przeciągu ostatnich 5 lat,*

co wskazano w ofercie. Również rodzaj usługi jakim jest funkcja Inżyniera Kontraktu odpowiada postawionym wymaganiom. Usługi te obejmowały nadzór nad realizacją jak i zarządzanie zadaniami inwestycyjnymi polegającymi na budowie kotłów o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40 MWt a w szczególności:

Ad1.: Rozbudowa kotłów poprzez rozbudowanie ich o instalacje pomocnicze w tym m.in.: instalację DeSOx z zastosowaniem metody półsuchej NID, instalację DeNOx metodą SCR Tail-End oraz rozbudowa kanałów spalin wraz modernizacją komina. Ponadto zakres obejmował rozbudowę systemu zabezpieczeń kotłów.

Ad2.: Rozbudowa kotłów poprzez m.in. rozbudowanie ich o instalacje pomocnicze instalację DeNOx metodą SCR, modernizację i rozbudowę elektrofiltrów. Kotły rozbudowano o nowe rozwiązania tj. odsztywnienie kotła (parownik i międzyciąg), nowe powłoki parownika (Plasma System + Hybryd MD), zdmuchiwacze parowe i armatki wodne, zastosowanie ceramicznych pyłoprzewodów. Odbudowę kotłów: parowniki, górny pęczek ECO, przegrzewacze pary świeżej i wtórnej, całe rurociągi pary świeżej i wymiana osłabionych odcinków rur pary wtórnej.

Zaznaczmy, iż zgodnie z Art. 3 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. 2019 poz. 1186 – tekst jednolity z późn. zm.), budowa kotłów oznacza wykonanie kotłów w określonym miejscu, a także odbudowę kotłów, czy rozbudowę kotłów. Wykonawca przedstawiając przedmiotowe realizacje referencyjne opierał się na definicjach prawa budowlanego wg. którego te inwestycje były wykonywane. Zarówno w zakresie inwestycji z ZW Nowa jak i w Elektrowni Połaniec nadzorowano prace polegające na budowie kotłów o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt, polegające na zainstalowaniu w samym kotle dodatkowych elementów i funkcji jak np. nowe systemy regulacji, nowe rozwiązania technologiczne np. dla parowników itd.

Jednakże z ostrożności przedstawiamy uzupełniony JEDZ o dodatkowe referencje spełniające wymogi postawione w Specyfikacji Istotnych Warunków tj.:

- Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu podczas realizacji projektu inwestycyjnego pod tytułem „Dostawa i Montaż Instalacji Odazotowania Spalin oraz Modernizacja Instalacji Odsiarczania Spalin dla Kotła K2 w Elektrociepłowni Siekierki”. W ramach inwestycji m.in. rozbudowano kocioł OP-230 (budowa kotła) o wpięcie kanału obejściowego w drugi ciąg kotła przed ekonomizerem. Moc znamionowa kotła K-2 przekracza 40MWt.
- Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla projektu odbudowy DeNOx dla kotłów K8, K9 i K10 w TAMEH Czech w Ostrawie. W ramach inwestycji m.in. rozbudowano kocioł poprzez zabudowę dodatkowych dysz powietrza drugorzędowego i trzeciorzędowego. Dobudowano dodatkową liczbę dysz na ścianie tylnej kotłów numer 9 i 10. Dla kotła 8 dobudowano drugorzędowe i trzeciorzędowe dysze. Dla kotłów numer 9 i 10 dobudowano kanały i dysze powietrza zrzutowego na tylnej ścianie kotła. Kocioł K8 rozbudowano o palniki gazowe

i pyłowe na ścianach bocznych (w tym odbudowano ścianę przednią kotła po zlikwidowaniu palników). Dla wszystkich trzech kotłów zabudowano system dysz iniekcyjnych dla systemu SNCR. W kotle K8 zabudowano dodatkowo system zdmuchiwczy dźwiękowych. Moc znamionowa kotła/ów przekracza 40MWt.

• Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn. *Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji kotła typu WR-25 nr 8 na kocioł wodny rusztowy w technologii ścian szczelnych o mocy 40 MW w elektrociepłowni ZEC S.A. – Wydział V „Wieczorek” w Katowicach przy ul. Szopienickiej 58. W ramach inwestycji wykonane były roboty budowlane, w ramach których wybudowano kocioł WR-40 (moc cieplna w paliwie 47,1 MWt). Moc znamionowa kotła nie mniejsza niż 40MWt. (...)*”.

Nadto, istotna jest treść informacji o wykluczeniu Wykonawców i odrzuceniu ofert z 28.05.2020 r. (przesłanej 29.05.2020 r.) oraz wniosku z 01.06.2020 r. Odwołującego w sprawie KIO 1266/20 i odpowiedzi Zamawiającego na ten wniosek (pismo z 05.06.2020 r.).

W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu pierwszego, Izba w/w zarzut uwzględniła.

Zamawiający z pięciu wykazanych usług uznał jedynie ostatnią piątą, która wprost odnosi się do budowy kotła. Pozostałe cztery uznał za dotyczące instalacji związanych z ochroną środowiska (do odsiarczania lub odazotowania). Jednocześnie uznał także, że nie dotyczą one rozbudowy kotła sensu stricto, a co najwyżej sensu largo. Podkreślił, że kierując się prawem budowlanym, uznawał nie tylko budowę, lecz również rozbudowę kotła, za pozwalające potwierdzić zadania wskazane w uzupełnionym JEDZ-u.

W ocenie Izby, kluczowe dla uwzględnienia są usługi wykazane w poz. 3 (Elektrociepłownia Siekierki) i 4 (Tameh Czech w Ostrawie).

W pierwszym wypadku (co do poz. 3), Zamawiający nie uznał wskazanej przez Odwołującego rozbudowy kotła mimo dość znacznej ingerencji w strukturę kotła (czemu Zamawiający nie przeczył podczas rozprawy), gdyż uznał, że chodzi o wpięcie określonej instalacji. Nadto, zmiana kubatury kotła, co miało miejsce w tym zadaniu, nie uznał za element rozbudowy, byłoby to tylko wtedy możliwe, gdyby zmianie uległy parametry z tabeli znamionowej kotła, tzn. moc, wydajność i powierzchnia ogrzewalna. Przyznał zarazem, że nie wskazywał w SIWZ, że taka ingerencja w płaszcz kotła nie zostanie uznana za jego rozbudowę. Nie było też w SIWZ owych parametrów, które miały służyć do technicznej

kwalifikacji danej rozbudowy, tzn. czy jest to rozbudowa kotła, czy też nie. Izba biorąc pod uwagę brak takich parametrów kwalifikacji w SIWZ uważa, że nie ma podstaw gradacja, taka jaką uczynił w tym wypadku Zamawiający.

Jednocześnie, Izba przywołuje wyrok KIO z 30.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1120/08, zgodnie z którym: „Z rozbudową mamy do czynienia w przypadku zmiany innych charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego jak kubatura, powierzchnia zabudowy, jego długość czy szerokość. Rozbudową będzie zatem powiększenie istniejącego obiektu budowlanego o taki stanowiący charakterystyczny parametr budynku element techniczny, który stanowi (zewnątrzną) część obiektu budowlanego - tak stanowi wyrok WSA w Poznaniu z dnia 16 stycznia 2019 r., sygn. akt: IISA/Po 730/18.” (...) „Izba stwierdza, (...) należy uznać za zasadne stanowisko Zamawiającego, że Wykonawca, który w ramach inwestycji dokonywał rozbudowy legitymuje się doświadczenie w zakresie budowy. W tym kontekście Izba uznała za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 10.10.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1204/07. (...) Izba zwraca także uwagę, iż zgodnie z definicją budowy zawartej w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) pod pojęciem „budowa” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Zaś komentatorzy Prawa budowlanego stwierdzają, iż: „rozbudowa jest jedną z kategorii budowy i tym różni się np. od przebudowy, że w jej wyniku zawsze powstaje nowa substancja budowlana”. Zaś zgodnie z art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego przez obiekt budowlany należy rozumieć:

- a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi,
- b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami oraz
- c) obiekt małej architektury.”

Ponadto, Izba zauważa w tym samym wyroku, jak wyżej, iż: „Dość często używa się potocznie (ale także w niektórych aktach prawnych) pojęcia "modernizacja", jako jednego z rodzajów robót budowlanych. Ustawa Prawo budowlane takim pojęciem się nie posługuje i nie jest to bynajmniej przeoczenie (początkowo modernizacja występowała jako rodzaj budowy, a następnie robót budowlanych). Należy uznać, że pojęcia "przebudowa" oraz "remont" w sposób wystarczający i pełny określają sytuacje, w których mamy do czynienia z ulepszeniem już istniejącej substancji i posługiwanie się pojęciem "modernizacja" wprowadzałoby wyłącznie zbędny chaos terminologiczny. Innymi słowy potocznie rozumiana "modernizacja", w zależności od zakresu, będzie po prostu przebudową albo remontem”. (Dziwiński Robert, Ziemiński Paweł, komentarz, ABC 2006, Komentarz do art.3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.03.207.2016), [w:] R. Dziwiński, P. Ziemiński, Prawo budowlane. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2006, wyd. II). Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym wykazana przez ECM Group Polska Sp. z o.o. usługa nie powinna być

oceniańa poprzez pryzmat użytej nazwy: „modernizacja”, ale w oparciu o faktyczny zakres nadzorowanych robót. Zgodnie bowiem z wykazanym zakresem, zdaniem Izby miała miejsce rozbudowa obiektu budowlanego.”

W drugim wypadku (co do poz. 4), Izba uważa, że Zamawiający jest niekonsekwentny w swojej odpowiedzi na odwołanie, gdyż z jednej strony stwierdza, że wymienione prace w tej pozycji: „obejmowały kocioł”, a z drugiej stwierdza, w tym samym zdaniu, że: „ich zakres ograniczał się do zamontowania dodatkowych dysz powietrza, dodatkowych palników i systemu zdmuchiwozcy dźwiękowych”. Następnie stwierdza, że to kategoria prac remontowo-modernizacyjnych, standardowo występujących przy modernizacji kotłów, nie powodujących istotnych zmian znamionowych parametrów charakterystycznych kotła, jak wydajność czy moc. Poza tym zakres wykonanych prac jest bardzo mały w porównaniu z zakresem prac obejmujących budowę kotła. (całość na str. 28 odpowiedzi na odwołanie). Wynika więc z tego, że prace obejmowały kocioł, co więcej powodowały nawet zmiany parametrów z tabliczki znamionowej, i to parametrów, które na rozprawie Zamawiający uznał za kluczowe, ale je zignorował bo miały charakter nieznaczny. Nadto, dlatego, że była to modernizacja w rozumieniu remontu.

Izba pragnie przypomnieć Zamawiającemu, że w wymogu nie wskazał, jaka skala, ma być budowy, czy też rozbudowy kotła (nie wymagał też wykazaniem się budową, czy też rozbudową od podstaw), a jedynie wskazywał na budowę kotła o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40 MWt (czyli określił jedynie jakiej mocy ma być przedmiot budowy, czy też rozbudowy, który podlegał usłudze polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera, Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, Generalnego Inspektora Budowy lub równoważnej obejmującej nadzór nad realizacją i zarządzaniem zadaniem inwestycyjnym). Stwierdził za to na rozprawie, że modernizacją może być przebudowa lub rozbudową w zależności od przedmiotu. Izba uznała, że w tym wypadku jest to modernizacja na zasadzie rozbudowy (co także akceptował zgodnie z jego stanowiskiem z rozprawy Zamawiający), bo wpływa na tak ważne, w ocenie Odwołującego, parametry z tabliczki znamionowej.

W rezultacie, Izba uznała wskazane powyżej, dwie dalsze zadania, opierając swoje stanowisko na niekonsekwencji postanowień SIWZ Zamawianego, relatywizmowi oraz stanowisku Zamawiającego z rozprawy ukazującemu luki w argumentacji i niekonsekwencje w twierdzeniach. Izba także kierowała się stanowiskiem orzecznictwa przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *„Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców”*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *„Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć*

przeciw autorowi». Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.". Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)" oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: "Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów".

Niewątpliwie SIWZ, w tym przetargu było skierowane do profesjonalistów z branży, ale to nie zwalnia Zamawiającego do precyzyjnego wskazania kryteriów kwalifikacji technicznej tego co jest, a co nie jest rozbudową kotła. Nadto, dla Izby nie podlega dyskusji, że w ramach oceny spełniania wymogu Zamawiający musiał opierać się na przepisach powszechnie obowiązujących, w tym przepisach prawa budowlanego i uznawać, że budowa, to także rozbudowa.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że brak ścisłych definicji tego, co jest kotłem, a nie jest mogłoby nawet skutkować uznaniem wszystkich zadań Odwołującego, jednak Izba uznała, że czym innym jest kocioł, blok energetyczny, czy też elektrociepłownia. Przy czym, nie zmienia to stanowiska Izba przedstawionego wcześniej. Nadto, powyższe nie zmienia także tego, że warunki techniczne jakimi kierował się Zamawiający zostały „objawione” Odwołującemu dopiero w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba w/w zarzut uwzględniła.

Informacja z 29.05.2020 r. jest niewątpliwie zbyt uboga w swej treści i nawet profesjonalny charakter Wykonawców nie zwalnia Zamawiającego od konieczności

szczegółowego ustosunkowania się do czterech pierwszych wykazanych zadań (abstrahując od pierwotnego braku wskazania, które zadanie zostało uznane przez Zamawiającego, co uczynił dopiero odrębną informacją z 05.06.2020 r. – nota bene jedynie wobec Odwołującego, a nie względem wszystkich). Odwołujący dowiedział się o przyczynach nie uznania poszczególnych zadań dopiero z odpowiedzi na odwołanie. Izba na zasadzie analogii wskazuje, że często są uwzględniane odwołania, w których okazuje się, że dany Zamawiający przedstawiał ogólną punktację lub szczegółową punktację w kryteriach pozacenowych nie wyjaśniając dlaczego przyznał tylko tyle, a nie więcej punktów, czyli nie przedstawił przyczyn takiej a nie innej punktacji. Jest to powszechnie znana okoliczność o ma poparcie w orzecznictwie krajowym i europejskim. Przykładowo: *„Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym”* (wyrok z dnia 25.05.2015, sygn. akt: KIO 946/15, KIO 947/15). Dalej: *„Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach”* (wyrok z 20.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1429/15). Należy bowiem w tym kontekście wskazać także, że: *„Pożądanym jest, aby zawsze Wykonawca składający odwołanie dysponował tak wyczerpującymi informacjami co do powodów jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, tudzież odrzucenia jego oferty. Nie jest bowiem zjawiskiem odosobnionym sytuacja, gdy tak wielowątkowe i obszerne uzasadnienie faktyczne, jak zostało przedstawione na etapie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, jest przedstawiane dopiero na rozprawie”* (w tym zakresie tego rodzaju negatywne stany faktyczne w szczególności za wyrokiem KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13 oraz wyrokiem KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13). /za wyrokiem KIO z 23.05.2014 r., sygn. akt: KIO 634/14, KIO 638/14/).

Podobnie Izba stwierdził w wyroku KIO z 16.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2708/14, sygn. akt: KIO 2717/14, sygn. akt: KIO 2720/14, sygn. akt: KIO 2723/14, w zakresie wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków (w tym zakresie Izba uznaje, za analogiczne co do zasady obowiązki Zamawiającego): *„Zdaniem Izby, rozumienie tego przepisu nie może ograniczać się wyłącznie do podania całkowitych wyników przyznanej punktacji, ale powinno zawierać uzasadnienie z czego taka punktacja wynika (z przedstawieniem procesu decyzyjnego co*

oceny poszczególnych projektów i usług referencyjnych), skoro po tym etapie postępowania wykonawcy mają prawo korzystać ze środków ochrony prawnej na podjęte czynności w terminie zawitym 10 dni, stosownie do postanowień art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tylko wykonawca prawidłowo poinformowany o motywach działań zamawiającego jest zdolny prawidłowo ocenić swoją sytuację i zagrożenie interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazać w odwołaniu wadliwe czynności, naruszenie przepisów ustawy Pzp i podjąć rzeczową polemikę ze stanowiskiem zamawiającego w granicach realnie istniejących naruszeń prawa, a nie domyślając się intencji zamawiającego i działając „na oślep” zaskarżać wszystkie potencjalnie możliwe uchybienia, przy założonych hipotetycznych wariantach tej oceny.”. Niniejsze orzeczenie zostało zweryfikowane i potwierdzone wyrokiem SO w Gdańsku z 27.04.2015 r., sygn. akt: XII Ga 108/15. (za wyrokiem KIO z 24.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1957/15, sygn. akt: KIO 1962/15).

Podobnie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: *“W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”*. Nadto, identycznie w wyroku Sądu (Pierwszej Instancji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) z dnia 20.10.2011 r. w sprawie T-57/09 Alfastar Benelux S.A.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba w/w zarzut uwzględniła, choć z racji uznania zarzutów dalej idących nic nie nakazywała w tym zakresie.

Należy podkreślić, że zarzut ten został sformułowany de facto w konsekwencji enigmatycznego w swej treści wykluczenia z 29.05.2020 r., które nota bene nie odwołuje się zupełnie do udzielonych przy okazji uzupełnienia JEDZ-a w dniu 17.03.2020 r. wyjaśnień. Odwołujący miał prawo uznać, że działanie Zamawiającego charakteryzują się dużą dozą uznaniowości. W ocenie Izby, wobec tak daleko idących konsekwencji, jak wykluczenie, Zamawiający miał obowiązek, a nie prawo do wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, chociażby po to, aby nie bazować tylko i wyłącznie na swojej wiedzy, ale stricte na wyjaśnieniach uzyskanych od Odwołującego. Konieczne jest również przypomnienie Zamawiającemu, że postępowanie ma charakter transparenty oraz pisemny sensu stricte, a wszelką uznaniowość trzeba ograniczyć do minimum.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia pozostałych zarzutów, Izba uwzględniła także jako konsekwencji powyższego, także zarzut czwarty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1266/20 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1235/20, sygn. akt: KIO 1266/20 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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 Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1266/20 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....