

WYROK

z dnia 22 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez WIBREM Przedsiębiorstwo Remontowo - Usługowe Sp. z o.o. we Wrocławiu od czynności zamawiającego Biuro Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt - Warszawa S.A. w Warszawie, przy udziale wykonawcy ZRE Gdańsk sp. z o.o. w Gdańsku, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża WIBREM Przedsiębiorstwo Remontowo – Usługowe Sp. z o. o., 51 – 117 Wrocław, ul. Paprotna 12a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez WIBREM Przedsiębiorstwo Remontowo – Usługowe Sp. z o. o., 51 – 117 Wrocław, ul. Paprotna 12a
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zł zero groszy) przez WIBREM Przedsiębiorstwo Remontowo – Usługowe Sp. z o. o., 51 – 117 Wrocław, ul. Paprotna 12a na rzecz Biura Studiów i Projektów Energetycznych ENERGOPROJEKT – WARSZAWA S. A., 00 – 950 Warszawa, ul. Krucza 6/17, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację w ograniczonym, określonym przez Inwestora zakresie części mechanicznej hydrozespołów w Elektrowni Wodnej Żydowo*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, wynosi 6.806.827 EURO.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S-52-077246 w dniu 16 marca 2010r.

Pismem z dnia 20 maja 2010r., które doręczono odwołującemu faksem w tej samej dacie, zamawiający powiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert i wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

W dniu 28 maja 2010r. odwołujący wniósł odwołanie od następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu:

- 1) wykluczenia odwołującego z postępowania a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, z powodu niespełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia tj. warunku określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt. 1 SIWZ;
- 2) czynności wyboru oferty ZRE Gdańsk Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że w wyniku dokonania powyższych czynności zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów ustawy: art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 5, poprzez błędne przyjęcie, iż dokumenty zawarte w ofercie odwołującego wbrew ich jednoznacznej treści, nie potwierdzają spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia tj. warunku określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt. 1 SIWZ, a w konsekwencji podjęcie wadliwych decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego w sytuacji braku podstaw faktycznych do podjęcia takich decyzji, a następnie o wyborze oferty ZRE Gdańsk Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty ZRE Gdańsk Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
3. powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący podniósł, iż zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty zarzucając, iż nie potwierdził on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IV ust. 1 punkt. 1 SIWZ, podczas gdy zarzut ten nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania z następujących przyczyn: 1. Warunek określony w Rozdziale IV ust. 1 punkt. 1 SIWZ był następujący: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (...) którzy: 1) wykazują się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej 1 usługi, odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Za spełnienie tego warunku Zamawiający uzna wykonanie co najmniej 1 usługi modernizacji części mechanicznej hydrozespołu o mocy minimum 30 MV A, obejmującej przynajmniej: modernizacje układu przepływowego hydrozespołu, modernizacje łożyskowania hydrozespołu.* Zgodnie z Rozdziałem V ust. 1, ust. 1 punkt 1.1 oraz 1.7 SIWZ, w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy, wykonawca miał załączyć do oferty. „*Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ*” oraz „*wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia - wypełniony załącznik nr 3 do SIWZ wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należyście. Informacja musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale IV. 1.1) SIWZ.*” Odwołujący podał, że zgodnie z ww. wymogami SIWZ w swej ofercie zawarł „*Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ*” - str. 16 oferty oraz wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia - wypełniając załącznik nr 3 do SIWZ - str. 28 oferty. Odwołujący podkreślił, że w żaden sposób nie ingerował w treść załącznika nr 2 i 3 do SIWZ, załączając oba dokumenty w pełni zgodne w treści z wzorami załączonymi do SIWZ. Wykaz prac w pozycji pierwszej zawierał wszelkie wymagane informacje o projekcie referencyjnym wykonywanym przez ČKD Blansko Engineering (podmiot udzielający odwołującemu wsparcia w zakresie doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy) na rzecz ČEZ w Elektrowni Dalešice w Czechach. Z treści wykazu wynika

jednoznacznie, iż projekt ten dotyczył hydrozespołu o mocy 120 MVA (wymóg SIWZ co najmniej 30 MVA) i został zakończony w 2005 roku (wymóg SIWZ ostatnie 5 lat). Jako dokument potwierdzający, że projekt ten został wykonany należycie odwołujący załączył na stronie 29 oferty list referencyjny opatrzony pieczęcią firmy ČEZ i podpisem Pana Zdenka Saturki, wystawiony w dniu 12.04.2010 o następującej treści: *„Niniejszym potwierdzamy, że spółka akcyjna ČKD Blansko Engineering z siedzibą ul. Capkova 2357/5, 678 01 Blansko, REGON: 25305034, wykonała dla nas w ciągu ostatnich 5 lat usługę związaną z modernizacją części mechanicznej hydrozespołu odwracalnego o mocy 120 MW w Elektrowni Wodnej Dalešice. Wykonany zakres usługi obejmował między innymi modernizację układu przepływowego i modernizację łożyskowania hydrozespołu. Usługa została wykonana za cenę całkowitą ok 165 000 000,- CZK (bez VAT). Usługa została wykonana należyście w uzgodnionych terminach i gwarantowanej jakości.”* Zdaniem odwołującego, zarówno treść wykazu usług ze strony 28 oferty jak i ww. treść referencji w sposób jednoznaczny potwierdzały spełnienie warunku i nie były ze sobą sprzeczne. Odwołujący podniósł, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, pomimo iż nie uważał by istniały podstawy do uzupełniania dokumentów, złożono dodatkowe wyjaśnienie i dodatkowy list referencyjny, który zgodnie z informacją uzyskaną od ČEZ został również przesłany do zamawiającego w odpowiedzi na pytanie skierowane do ČEZ przez zamawiającego, zawierający m.in. następującą treść: *„Szczególny Panie Dyrektorze, W związku z Pana pismem nr DX/431/2010 z dnia 29.04.2010r i nr DX/446/2010 z dnia 05.05.2010r. niniejszym informuje jak następuje: 1) Modernizacja i remont kapitalny hydrozespołu nr 4 w EW Dalešice została zrealizowana w okresie od 2003r. do 2005r. Modernizacja i remont kapitalny hydrozespołu nr 4 w EW Dalešice obejmowała: a) Rozwiązanie projektowe modernizacji i remontu kapitalnego, b. Projekt, wykonanie i dostawa nowego wirnika turbiny, c. Modernizacja i remont kapitalny turbiny, d. Modernizacja i remont kapitalny zaworu motylowego (wraz z dostawą nowego dysku), e.) Demontaż, montaż i uruchomienie hydrozespołu. Hydrozespół nr 4 został uruchomiony po kompletnym dokonaniu modernizacji i remontu kapitalnego dnia 16.12.2005r. Modernizację i remont kapitalny w całości zrealizowała spółka akcyjna ČKD Blansko Engineering jako dostawca główny.”* Odwołujący podniósł w odniesieniu do decyzji o jego wykluczeniu, że zamawiający podjął ją na podstawie okoliczności, które nie mogą być podstawą tego rodzaju decyzji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazano, że zamawiający podważa wiarygodność przedstawionych przez odwołującego dokumentów referencyjnych w oparciu o nieweryfikowalne i nie będące częścią postępowania informacje (dokumenty z innych postępowań, których uczestnikiem nie był odwołujący, dokumenty nieznanne odwołującemu, które rzekomo podważają prawdziwość złożonych referencji), oraz kwestionując umocowanie osoby wystawiającej referencję do działania w imieniu podmiotu, który reprezentowała.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z ustawą, zamawiający może dokonywać oceny spełniania warunków przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu wyłącznie w oparciu o określone dokumenty, których katalog precyzuje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. „w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane”. Sam Zamawiający określił w SIWZ zarówno warunki udziału jak i sposób w jaki oczekuje, że będą one potwierdzone przez Wykonawców (oświadczenia, wykazy, referencje). Odwołujący argumentuje, że jego oferta zawierała już w dacie złożenia wszelkie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w SIWZ - wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy było niezasadne w takich okolicznościach, ale jako nie szkodzące bezpośrednio interesom odwołującego zostało wykorzystane przez odwołującego jako możliwość złożenia wyjaśnienia i dodatkowego dokumentu, odpowiadającego w odczuciu odwołującego, w pełni wykraczającym ponad wymogi ustawy oczekiwaniom zamawiającego. Pomimo dwukrotnego potwierdzenia poprawności treści referencji przez podmiot na rzecz, którego były wykonywane prace referencyjne, zamawiający w oparciu o tylko sobie znane informacje podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Jednocześnie odnosząc się do zarzutu, iż referencje złożone przez odwołującego są wadliwe ponieważ nie wiadomo czy Pan Saturka miał umocowanie do ich podpisania w imieniu ČEZ, odwołujący wskazał, że rozpowszechnioną praktyką w obszarze zamówień publicznych jest to, że dokumentom referencyjnym nie towarzyszą żadne kopie pełnomocnictw czy dokumenty rejestrowe spółek, umożliwiające weryfikację sposobu reprezentacji danego podmiotu. Zarzut zamawiającego jest w tym zakresie nietrafiony ponieważ rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. „w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane” nie nakłada na wykonawców obowiązku dołączania określonych dokumentów referencyjnych o określonej treści i formie - mogłyby to być również protokoły odbioru prac potwierdzające odbiór prac na projekcie. Dokumenty referencyjne złożone przez odwołującego były sporządzone na papierze firmowym podmiotu od którego pochodzą i opatrzone były pieczęcią firmową, wobec czego to zamawiającego a nie wykonawcę obciąża ewentualnie ciężar dowodu wykazania, że tak sporządzony dokument został podpisany przez osobę nie umocowaną do działania. Ponadto zamawiający w wezwaniu z 10 maja 2010 r. nie podnosił tej kwestii.

Pismem z dnia 1 czerwca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przyłączył się ZRE Gdańsk Sp. z o. o. w Gdańsku, wskazując w odniesieniu do zarzutów podniesionych w złożonym odwołaniu, ZRE Gdańsk Sp. z o.o. stwierdza, iż wszystkie

zarzuty odwołującego i argumentacja wskazana dla ich poparcia zawarta w uzasadnieniu odwołania są całkowicie bezzasadne.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony w pełni podtrzymały stanowiska prezentowane w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu na „*Modernizację w ograniczonym, określonym przez Inwestora zakresie części mechanicznej hydrozespołów w Elekrowni Wodnej Żydowo*”, zastrzegł w Rozdziale IV ust. 1 punkt. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujący warunek: „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (...) którzy: 1) wykażą się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej 1 usługi, odpowiadającej swoim rodzajem i wartości usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Za spełnienie tego warunku Zamawiający uzna wykonanie co najmniej 1 usługi modernizacji części mechanicznej hydrozespołu o mocy minimum 30 MV A, obejmującej przynajmniej: modernizację układu przepływowego hydrozespołu, modernizację łożyskowania hydrozespołu.*” Zgodnie z brzmieniem zapisu zawartego w Rozdziale V ust. 1, punkt 1.1 oraz 1.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało załączyć do oferty: „*Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ*” oraz „*wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia - wypełniony załącznik nr 3 do SIWZ wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie. Informacja musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale IV. 1.1) SIWZ.*” (vide: specyfikacja istotnych warunków zamówienia).

Odwołujący w złożonej ofercie zawarł „*Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ*” oraz wykaz usług wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania (oferta odwołującego, str. 16 i 28).

Na potwierdzenie, że prace ujęte w wykazie wykonanych usług zostały wykonane prawidłowo, odwołujący załączył między innymi list referencyjny opatrzony pieczęcią firmy ČEZ i podpisem Pana Zdenka Saturki, wystawiony w dacie 12 kwietnia 2010r. o następującej treści: „*Niniejszym potwierdzamy, że spółka akcyjna CKD Blanko Engineering z siedzibą ul. Čapkova 2357/5, 678*

01 Blansko, REGON: 25305034, wykonała dla nas w ciągu ostatnich 5 lat usługę związaną z modernizacją części mechanicznej hydrozespołu odwracalnego o mocy 120 MW w Elektrowni Wodnej Dalešice. Wykonany zakres usługi obejmował między innymi modernizację układu przepływowego i modernizację łożyskowania hydrozespołu. Usługa została wykonana za cenę całkowitą ok 165 000 000,- CZK (bez VAT). Usługa została wykonana należyście w uzgodnionych terminach i gwarantowanej jakości.” (vide: strona 29 oferty).

Zamawiający – powziawszy wątpliwości co do załączonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu referencji złożonych przez odwołującego, wynikające z posiadanych informacji z wcześniejszego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia, które zostało uprzednio unieważnione, podjął działania mające na celu wyjaśnienie tej kwestii:

- uzyskał dokument referencyjny dotyczący remontu kapitalnego hydrozespołu nr 4 elektrowni wodnej Dalešice z dnia 8 kwietnia 2009r. (vide: referencje wystawione przez ČEZ a.s. Stechovice na rzecz ČKD Blansko Engineering a.s. z dnia 8 kwietnia 2009r., wraz z tłumaczeniem na język polski), z którego wynika, że „(...) Hydrozespół był w r. 2004 z powodzeniem uruchomiony i obecnie pracuje ku pełnemu (...) zadowoleniu”;

- uzyskał dokument referencyjny z dnia 5 grudnia 2006r. dotyczący opisywanej inwestycji, z którego wynika wykaz prac wykonywanych w elektrowni wodnej Dalešice, w tym w odniesieniu do zespołu nr 4, którego dotyczą referencje przedstawione przez odwołującego w postępowaniu wskazano dwa etapy prac: w 2004 – remont kapitalny zaworu motylowego DN 5400, PN 16, rozwiązanie techniczne, demontaż i montaż, dokumentacja techniczna, uruchomienie, oraz w 2005r. – dostawę nowego dysku zaworu motylowego DN 5400, PN 16, badanie oraz projektowanie kształtu nowego dysku, dokumentacja techniczna, demontaż, montaż i uruchomienie (vide: referencje wystawione przez ČEZ a.s. Stechovice na rzecz ČKD Blansko Engineering a.s. z dnia 5 grudnia 2006r., wraz z tłumaczeniem na język polski);

- uzyskał dokument dotyczący odbioru prac w elektrowni wodnej Dalešice, z którego wynika, że dnia 17 listopada 2004r. dzieło zostało przekazane odbiorcy i od tego dnia zaczyna biec okres gwarancji (vide: pismo ČKD Blansko Strojirny a.s. z dnia 23 listopada 2004r. do ČKD Blansko Engineering a.s., wraz z tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego języka czeskiego);

- zebrał ze stron internetowych ČKD Blansko Engineering a.s. informacje, z których wynika że prace dotyczące układu przepływowego (hydrauliczny projekt wirnika, próby modelu, remont TG 4, montaż, remont zaworu szybkiego zamykania kłapy) miał miejsce w 2004r. oraz że umowę na dostawę nowego korpusu obrotowego zaworu kłapowego (zawór motylowy) podpisano w marcu 2005r. z terminem przekazania wykonanej pracy w grudniu 2005r. (vide:

wydruki ze stron internetowych ČKD Blansko Engineering a.s. wraz z tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego języka czeskiego);

- zwrócił się do: wystawcy referencji (Pana Zdenka Saturki z firmy ČEZ a.s.) o wyjaśnienie zakresu usług opisanych w referencjach, okresu ich wykonania (vide: pisma zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2010r. i 5 maja 2010r.), uzyskując informacje, zgodnie z którą: *„Modernizacja i remont kapitalny hydrozespołu nr 4 w EW Dalešice została zrealizowana w okresie od 2003r. do 2005r. Modernizacja i remont kapitalny hydrozespołu nr 4 w EW Dalešice obejmowała: a. Rozwiązanie projektowe modernizacji i remontu kapitalnego, b. Projekt, wykonanie i dostawa nowego wirnika turbiny, c. Modernizacja i remont kapitalny turbiny, d. Modernizacja i remont kapitalny zaworu motylowego (wraz z dostawą nowego dysku), e.) Demontaż, montaż i uruchomienie hydrozespołu. Hydrozespół nr 4 został uruchomiony po kompletnym dokonaniu modernizacji i remontu kapitalnego dnia 16.12.2005r. (vide: fax z dnia 1 maja 2010r. – czeskie: 01 kve 2010 godz. 11.38 am, opatrzony znakiem firmowym ČEZ a.s. Stechovice, wraz z tłumaczeniem na język polski).*

Uznając, że zebrane informacje nie rozwiewają wskazanych wątpliwości dotyczących referencji załączonych przez odwołującego, zamawiający w dniu 10 maja 2010r. zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o uzupełnienie brakujących dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku określonego w Rozdziale IV ust. 1 punkt. 1 SIWZ wskazując, że dotychczas załączone do oferty dokumenty (wykaz i referencje) nie potwierdzają spełnienia warunku; podając, że miał poważne wątpliwości dotyczące referencji przedstawionych przez odwołującego i w związku z tym zwrócił się do wystawcy referencji o wyjaśnienia w tej kwestii, których nie otrzymał.

(vide: pismo zamawiającego z dnia 10 maja 2010r. o złożenie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnień i dodatkowych dokumentów).

W odpowiedzi na to wezwanie, odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienie i dodatkowy list referencyjny, który zgodnie z informacją uzyskaną od ČEZ został również przesłany do zamawiającego w odpowiedzi na pytanie skierowane do ČEZ przez zamawiającego, zawierający m.in. następującą treść: *„Szczególny Panie Dyrektorze, W związku z Pana pismem nr DX/431/2010 z dnia 29.04.2010r i nr DX/446/2010 z dnia 05.05.2010r. niniejszym informuje jak następuje: 1) Modernizacja i remont kapitalny hydrozespołu nr 4 w EW Dalešice została zrealizowana w okresie od 2003r. do 2005r. Modernizacja i remont kapitalny hydrozespołu nr 4 w EW Dalešice obejmowała: a) Rozwiązanie projektowe modernizacji i remontu kapitalnego, b. Projekt, wykonanie i dostawa nowego wirnika turbiny, c. Modernizacja i remont kapitalny turbiny, d. Modernizacja i remont kapitalny zaworu motylowego (wraz z dostawą nowego dysku), e.) Demontaż, montaż i uruchomienie hydrozespołu. Hydrozespół nr 4 został*

uruchomiony po kompletnym dokonaniu modernizacji i remontu kapitalnego dnia 16.12.2005r. Modernizację i remont kapitalny w całości zrealizowała spółka akcyjna ČKD Blansko Engineering jako dostawca główny.”

(vide: wyjaśnienia odwołującego z dnia 13 maja 2010r., wraz z referencjami od ČEZ a.s. Stechovice z dnia 12 maja 2010r.).

Pismem z dnia 20 maja 2010r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty, w tym min. o wykluczeniu z postępowania odwołującego i o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu zamawiający podał, że miał poważne wątpliwości dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IV. 1.1) SIWZ, wskazując, że jest w posiadaniu dwóch różnych listów referencyjnych dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia (modernizacja i remont turbozespołu TG-4 w EW Dalešice): jeden z dnia 8 kwietnia 2009r i drugi z dnia 12 kwietnia 2010r., przy czym oba dokumenty są podpisane przez Pana dyr. Zdenka Saturkę z firmy ČEZ, a.s. (z działu wodnych elektrowni) i są sprzeczne ze sobą. Wskazał dalej zamawiający, że w dniu 29 kwietnia 2010r. wystąpił bezpośrednio do autora tych listów referencyjnych z prośbą o stosowne wyjaśnienia, w odpowiedzi otrzymując nieczytelny faks bez adresata i daty jego wystawienia. Podał dalej zamawiający, że na zasadzie art. 26 ust. 3 wezwał wykonawcę – Wibrem Przedsiębiorstwo Remontowo - Usługowe Sp. z o.o. do uzupełnienia, w nieprzekraczalnym terminie do 14 maja 2010r., wykazu wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia jak w rozdziale IV 1.1) SIWZ o dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie. W odpowiedzi Wibrem Sp. z o.o. przesłała Zamawiającemu pismem z dnia 13 maja 2010r. powtórnie ten sam list Pana Zdenka Saturka z firmy ČEZ, a.s., który w dalszym ciągu jest w sprzeczności z poprzednim listem referencyjnym. Zamawiający w piśmie podał, że Wibrem Sp. z o.o. nie wykonał wezwania zamawiającego i nie przedstawił stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia jak w rozdziale IV ust. 1 pkt 1) SIWZ (n.p. kopii umów, protokołów odbioru, protokołów zakończenia rozruchu, materiałów przetargowych w.s. modernizacji turbozespołu TG-4 w EW Dalešice, które to mogły być dowodem jako że to zadanie było udzielone w przetargu publicznym, a przedstawienie takich dokumentów umożliwiłoby zamawiającemu podjęcie pozytywnej decyzji ponieważ oferta Wibrem Sp. z o.o. jest atrakcyjna pod względem ceny. Wskazał dalej zamawiający, że w międzyczasie, zamawiający otrzymał dokument, który jednoznacznie stwierdza, że modernizacja/ remont układu przepływowego oraz łożyskowania turbozespołu TG-4 w EW Dalešice została zakończona i przekazana do eksploatacji w dniu 17 listopada 2004r. o godzinie 9:00. Wskazał zamawiający, że dokument ten potwierdza pierwszą wersję listu referencyjnego Pana Saturki (z dnia 8 kwietnia 2009r), a oba

dokumenty nie mogą być przez zamawiającego uznane ponieważ nie spełniają warunku udziału w postępowaniu z rozdziału IV ust. 1 pkt 1) SIWZ. Zdaniem zamawiającego, wykonawca nie dołożył należytej staranności aby dokumenty podpisane przez Pana Saturkę mogły być formalnie oceniane - Pan Saturka nie jest członkiem zarządu ČEZ a.s. i nie posiada uprawnień do reprezentacji tego podmiotu. Wibrem Sp. z o.o. nie dostarczył zamawiającemu żadnych stosownych pełnomocnictw w tym względzie, czyli zamawiający przyjął, że takowe nie istnieją. Finalnie zamawiający wskazał, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

(vide: pismo zamawiającego z dnia 20 maja 2010r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania).

W dacie 4 czerwca 2010r. zamawiający uzyskał od ČEZ a.s. (w imieniu tego podmiotu – od Pana Zděnka Saturki dodatkowe wyjaśnienie dotyczące usługi wykazanej przez odwołującego, w którym szczegółowo wymieniono prace składające się na modernizację elektrowni wodnej Dalešice wskazując wyraźnie okresy wykonywania poszczególnych etapów prac. Zgodnie z tym pismem, w zespole TG 4 remont generalny z nowym zmodernizowanym kołem obiegowym trwał od 12 stycznia 2004r. do 17 listopada 2004r.

(vide: pismo ČEZ a.s. z dnia 4 czerwca 2010r. podpisane przez Pana Zděnka Saturkę oraz Vladimira Ježek, wraz z tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego języka czeskiego)

Powyższy stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła na podstawie przedłożonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez odwołującego, w tym przede wszystkim załączonych do niej referencji, wyjaśnień odwołującego z dnia 13 maja 2010r. wraz z dodatkowymi referencjami a także wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie w dniu 22 czerwca 2010r.; pism zebranych przez zamawiającego w postępowaniu i załączonych do jego dokumentacji (załączonych przez zamawiającego ponownie do odpowiedzi na odwołanie) oraz złożonego na rozprawie pisma wystawionego przez ČKD Blansko Holding a.s. datowanego 4 czerwca 2010r., podpisanego przez Pana Zděnka Saturkę oraz Vladimira Ježek, wraz z tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego języka czeskiego).

**Na tle tak ustalonego stanu faktycznego,
Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę

odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie analizowanej sprawy brak jest podstaw do przypisania działaniom zamawiającego w postępowaniu naruszeń ustawy, które by miały wpływ na wynik postępowania, w związku z czym odwołanie podlegało oddaleniu.

Oceniając kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty uznać należało, że została ona dokonana w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Spór niniejszej sprawy sprowadza się do przesądzenia, czy załączone do oferty odwołującego referencje (str. 129 oferty) wraz z uzupełnieniem z dnia 13 maja 2010r. potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, przy czym sporna między stronami jest okoliczność, czy referencje dotyczące prac stanowiących *modernizację układu przepływowego hydrozespołu* obejmują wymagane przez zamawiającego prace wykonane w ciągu ostatnich 5 lat czy też okres wcześniejszy. Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu, że prace składające się na modernizację układu przepływowego hydrozespołu nie obejmują swym zakresem wykonania

zaworu motylowego – co jest bezspornym, wynika nadto z załączonego do odpowiedzi na odwołanie schematu, na którym zobrazowano umiejscowienie zaworu motylowego oraz części przepływowej turbiny.

Odwołujący w swojej ofercie przedstawił wykaz wykonanych robót i referencje, zgodnie brzmieniem, których: „*spółka akcyjna ČKD Blanko Engineering (...), wykonała dla nas w ciągu ostatnich 5 lat usługę związaną z modernizacją części mechanicznej hydrozespołu odwracalnego o mocy 120 MW w Elektrowni Wodnej Dalešice. Wykonany zakres usługi obejmował między innymi modernizację układu przepływowego i modernizację łożyskowania hydrozespołu*”. Zamawiający natomiast wykazywał w niniejszym postępowaniu, że prace mające za przedmiot modernizację układu przepływowego hydrozespołu zostały przez podmiot wymieniony w tych referencjach wykonane w 2004r. (w dniu 17 listopada 2004r. oddano inwestycję do użytku) zaś w 2005r. miał miejsce ostatni etap modernizacji elektrowni wodnej Dalešice, obejmujący wykonanie zaworu motylowego.

Tym samym, zbadania w niniejszym postępowaniu wymagało, jakie prace w rzeczywistości obejmowały opisane w złożonych przez odwołującego referencjach i czy modernizacja układu przepływowego hydrozespołu została wykonana przed dniem 16 marca 2005r. (ta data stanowi bowiem najodleglejszy w czasie moment wymaganego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia pięcioletniego terminu na wykonanie robót we wskazanym zakresie – wobec ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu oraz upublicznienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 16 marca 2010r.). Powyższa wątpliwość na tle analizowanej sprawy zdaje się wynikać z wielokrotnie spotykanej praktyki przy dużych przedsięwzięciach i inwestycjach, gdy składają się one z kilku etapów, na podstawie odrębnych kontraktów, że opisuje się je jako jedno zadanie, czy też referencje wystawia się w sposób uniwersalny, agregując cząstkowe prace w jedno zadanie, bez rozbicia na poszczególne etapy, ze wskazaniem łącznego zakresu dat wszystkich prac jako terminu ich wykonania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w analizowanym postępowaniu zamawiający zasadnie uznał na podstawie wszystkich ustalonych okoliczności – w tym złożonych przez odwołującego dokumentów jak i zebranych przez siebie informacji, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem nie wykazał się należytych wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania usługi modernizacji części mechanicznej hydrozespołu o mocy minimum 30 MV A, obejmującej przynajmniej: modernizację układu przepływowego hydrozespołu, modernizację łożyskowania hydrozespołu.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga – wbrew twierdzeniom odwołującego – że co do zasady nie jest niedopuszczalne podejmowanie przez zamawiającego czynności mających na

celu wyjaśnienie czy w złożonej ofercie nie występują braki, szczególnie wtedy gdy celem tych czynności jest rozwianie wątpliwości co do oferty i składających się na nią dokumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza bowiem tego rodzaju działań a nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny. Powyższe znajduje potwierdzenie w powszechnie stosowanej przez zamawiających praktyce, która znajduje wyraz również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku KIO/UZP/519/10 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, z uwzględnieniem przy tej ocenie okoliczności wynikających z zebranych samodzielnie przez zamawiającego materiałów i informacji dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu a także dowodów dostarczonych zamawiającemu przez innego wykonawcę i na tej podstawie dokonanie oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzące z innych postępowań - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzec trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji. Za niedopuszczalne należałoby zatem uznać takie działanie zamawiającego, które będzie zmierzało do usunięcia braków oferty czy też wątpliwości pojawiających się na jej tle za wykonawcę – zamawiający nie może bowiem podejmować czynności za wykonawcę, celem wykazania że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający stanie się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników postępowania, zaś takie działanie może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie sposób mówić w tej konkretnej sytuacji o naruszeniu przez zamawiającego powyższych zasad, z niżej przedstawionych powodów.

Po pierwsze, w złożonej przez odwołującego ofercie, w wykazie i załączonych do oferty referencjach zakres usługi mającej potwierdzać posiadanie odpowiedniego doświadczenia został określony dość ogólnie: „*Niniejszym potwierdzamy, że spółka akcyjna CKD Blansko Engineering (...), wykonała dla nas w ciągu ostatnich 5 lat usługę związaną z modernizacją części mechanicznej hydrozespołu odwracalnego o mocy 120 MW w Elektrowni Wodnej Dalešice. Wykonany zakres usługi obejmował między innymi modernizację układu przepływowego i modernizację łożyskowania hydrozespołu.*”

Z posiadanych przez zamawiającego informacji wynikało natomiast, że usługa, o której mowa w analizowanych referencjach składała się z kilku etapów, wykonywanych rozłącznie, w różnych okresach czasu (w tym w okresie dawniejszym, aniżeli wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia 5 lat), które nie wszystkie wpisywały się w postawione przez zamawiającego wymaganie: tylko jeden element robót opisanych w referencjach dotyczył wymaganej modernizacji układu przepływowego hydrozespołu (te roboty wykonano w 2004r., a więc dawniej aniżeli wymagane ostatnie 5 lat), przedmiotem drugiego zaś – wykonanego w 2005r. był zawór motylowy, nie mieszczący się jednak w zakresie wymagania rozdziału IV ust. 1 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako nie dotyczący układu przepływowego hydrozespołu lub łożyskowania hydrozespołu.

Zamawiający zatem zwrócił się z zapytaniem do ČKD Blansko Engineering, i uzyskał informację, że koniec realizacji inwestycji stanowiącej modernizację układu przepływowego hydrozespołu miał miejsce w dniu 17 listopada 2004r. Zamawiający zweryfikował dodatkowo powyższą informację wyciągiem ze strony internetowej zawierającej wykaz referencji ČKD Blansko Engineering, z której wynikało (str. 4 wydruku, poz. 2 wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego języka czeskiego), że istotnie – modernizacja układu przepływowego hydrozespołu miała miejsce w 2004r., a nie w 2005r. Potwierdzeniem powyższego wniosku była zawartość kwartalnika publikowanego przez ČKD Blansko Engineering a.s., pobranego przez zamawiającego ze strony internetowej tego podmiotu, gdzie wskazano, że w 2005r. miała miejsce w elektrowni wodnej Dalešice w ramach przetargu z 2004r. dostawa *nowego korpusu obrotowego zaworu kłapowego* (co oznacza prace dotyczące zaworu motylowego a nie układu przepływowego hydrozespołu) i że umowę podpisano w marcu 2005r. z terminem przekazania wykonanej pracy w grudniu 2005r. (vide: wydruk ze strony internetowej ČKD Blansko Engineering a.s. – kwartalnik 2005, str. 3, wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego języka czeskiego).

W świetle powyższego, wątpliwości zamawiającego na tle złożonych przez odwołującego referencji, w kontekście jego wiedzy z wcześniejszego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu, które zostało unieważnione, należy uznać za uzasadnione. Powyższa niepewność

zamawiającego co spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu zasadniczo została pogłębiona w wyniku zebrania przez zamawiającego informacji o zakresie i czasie wykonania spornej usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza dała wiarę dowodom przedstawionym przez zamawiającego na powyższą okoliczność, uznając, że są one wzajemnie spójne i niesprzeczne, zgodne także z załączonymi przez odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 10 czerwca 2010r. referencjami. Odwołujący nie kwestionował tych dowodów (wyjąwszy wydruki ze stron internetowych podnosząc brak waloru dowodowego takich źródeł informacji), a jedynie dopuszczalność podejmowania przez zamawiającego samodzielnie czynności wyjaśniających innych aniżeli wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie bez znaczenia jest jednak, że zebrane przez zamawiającego informacje pochodziły z różnych niezależnych źródeł, niezaangażowanych w przedmiotowe postępowanie a także, że czynności zamawiającego nie zmierzały do wyeliminowania odwołującego z postępowania a jedynie do przesądzenia, czy zachodzi podstawa do formułowania wątpliwości w odniesieniu do złożonych w postępowaniu dokumentów. Dodatkowo dostrzec trzeba, że po zebraniu powyższych informacji zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i dokumentów, powołując się wyraźnie na źródło swoich wątpliwości, zebrane przez siebie dowody i załączając ich kserokopie, dając tym samym odwołującemu możliwość zaprzeczenia tym informacjom czy też wykazania okoliczności przeciwnych.

Po drugie, dostrzec trzeba, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

W analizowanej sprawie, przedmiotem sporu jest spełnianie opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, którego spełnienie ma być udokumentowane załączonymi do oferty

odwołującego referencjami. Nie bez znaczenia w tym miejscu jest okoliczność, że wykazanie spełnienia tego warunku przez odwołującego nastąpiło z wykorzystaniem zasobów podmiotu trzeciego – na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący załączył bowiem zobowiązanie ČKD Blansko Engeering a.s., z którego wynika że podmiot ten odda do dyspozycji odwołującego niezbędne zasoby ludzkie i techniczne w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia i do realizacji tego zadania, z jednoczesnym wskazaniem że odwołujący może polegać na wiedzy i doświadczeniu tego podmiotu (vide: oferta odwołującego, str. 125 oferty), a jednocześnie wskazał ČKD Blansko Engeering a.s. jako podwykonawcę w zakresie opracowania dokumentacji remontowej i modernizacyjnej hydrozespołów (oferta odwołującego, str. 41).

Zgodnie natomiast z treścią art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać 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, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posilkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy (na gruncie analizowanej sprawy – warunku w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia) został więc wzmocniony – ustawodawca bowiem wyraźnie zastrzegł w tym wypadku obowiązek udowodnienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu, jak również że podmiot udzielający odpowiedniego zasobu (na gruncie analizowanej sprawy wiedzy i doświadczenia) rzeczywiście ją posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Co do obowiązku i zakresu tego udowodnienia należy podzielić poglądy wyrażane przykładowo w wyrokach KIO z dnia 17 maja 2010r., KIO 790/10, KIO 786/10, jak i publikacji *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów*, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34, wskazujące na relatywnie szeroki zakres obowiązku w zakresie udowodnienia korzystania z potencjału innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy.

To zatem obowiązkiem odwołującego było wykazanie – również w kontekście uzasadnionych wątpliwości zamawiającego, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Nie przeczy powyższemu regulacja zawarta w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Nie zmienia ona bowiem w tym zakresie wskazanego obowiązku wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo, art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawia otwarty katalog dowodów, którymi można wykazywać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sytuacji korzystania z zasobów podmiotu trzeciego).

Po trzecie, działania zamawiającego, polegające na wystąpieniu do innych niż odwołujący podmiotów (w tym wystawca referencji, podmioty uczestniczące w realizacji analizowanych robót) miały na celu nie wykazywanie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ani też zastąpienie tego wykonawcy w realizacji obowiązku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale rozwianie wątpliwości co do tego, czy referencja jest prawidłowa i czy zachodzi potrzeba wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe działania zamawiającego zdają się nosić znamiona podjętych w interesie odwołującego.

Na gruncie analizowanej sprawy nie bez znaczenia jest bowiem konfiguracja w czasie czynności zamawiającego: zamawiający po powzięciu wątpliwości dotyczących oferty, w szczególności tego czy wskazane przez odwołującego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia rzeczywiście potwierdzają spełnianie tego warunku, podjął działania zmierzające do przesądzenia – wobec niejednoznacznego w tym zakresie brzmienia referencji złożonych przez odwołującego, czy istnieje podstawa do wyrażania wątpliwości co do załączonych referencji i występowania do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy o jej wyjaśnienie lub uzupełnienie a dopiero później zwrócił się do tego wykonawcy.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień wystosowane przez zamawiającego wyraźnie nawiązuje do podstaw wątpliwości zamawiającego oraz ich źródeł – w piśmie z dnia 10 maja 2010r. wymieniono bowiem i załączono dokumenty i pisma uzyskane przez zamawiającego oraz wskazano, co z nich wynika, dając odwołującemu szansę „obronienia” swojej oferty w kontekście tych właśnie wątpliwości. W tej sytuacji odwołującemu zaprezentowano informacje pozostające w dyspozycji zamawiającego i wątpliwości jakie na ich tle powstały, celem umożliwienia mu definitywnego wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, „referencje”, co do zasady, nie muszą potwierdzać zakresu wykonanej usługi, a są składane w celu wykazania należytego wykonania zamówienia. Jednakże zauważyć należy, iż w przypadku, gdy w świetle uzyskanych przez zamawiającego informacji z innych źródeł wynika, że zakres danej usługi budzi wątpliwości, to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wyjaśnienia zakresu tej usługi, w tym również poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezabicie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia. Brak wykazania, że usługa obejmowała wymagany zakres świadczenia lub że wykonano ją w wymaganym okresie obciąża w sposób negatywny wykonawcę, skutkując uznaniem, iż wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Zebrane w sprawie dowody: oferta odwołującego wraz z załącznikami oraz pismo złożone na wezwanie zamawiającego wraz z dodatkową referencją a także dokumenty zebrane przez zamawiającego – korespondencja z wystawcą referencji, wydruki ze stron internetowych czynią zasadnym wniosek zamawiającego, że modernizacja elektrowni wodnej Dalešice składała się z kilku etapów, i że ten etap, który dotyczył modernizacji układu przepływowego hydrozespołu zakończony został w dniu 17 listopada 2004r., to jest przed datą 16 marca 2005r. Referencje złożone przez odwołującego są bardzo ogólne - obejmują całą inwestycję – bez wskazywania poszczególnych jej etapów i terminów ich zakończenia (w tekście referencji wskazano, że wykonanie usługi miało miejsce „*w ciągu ostatnich 5 lat*” bez wskazania dokładnej daty, podano też ogólnie, że „*wykonany zakres usługi obejmował między innymi (...)*”). Stąd należało uznać za trafną ocenę zamawiającego, że w 2005r. miał miejsce ostatni etap prac, na który składało się wykonanie zaworu motylowego, zaś modernizacja układu przepływowego hydrozespołu została zakończona – jak to wskazano w piśmie ČEZ a.s. z dnia 4 czerwca 2010r. - w dniu 17 listopada 2004r., czyli w okresie poprzedzającym wymagane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pięć lat.

Oceniając czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty należało zatem podzielić ocenę, że złożony najpierw z ofertą a następnie na wezwanie zamawiającego list referencyjny nie potwierdza spełniania przez tego wykonawcę określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym, decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych była uzasadniona.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się – ze wskazanych wyżej względów - naruszenia w działaniach zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust.

4, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy podlegało oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....