

Sygn. akt: KIO 1713/14

WYROK
z dnia 3 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 r. przez **Bilfinger ELWO Spółkę Akcyjną w Pszczynie** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON WYTWARZANIE Spółkę Akcyjną w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Balcke-Dürr Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Bilfinger ELWO Spółkę Akcyjną w Pszczynie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bilfinger ELWO Spółkę Akcyjną w Pszczynie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację i remont kapitalny elektrofiltra bloku nr 9 w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna – Oddział Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 22 sierpnia 2014 roku wykonawca Bilfinger ELWO SA w Pszczynie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. Wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp
2. Uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp
3. Wyborze w postępowaniu oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia.
2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta odwołującego winna być uznawana za odrzuconą.
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu.
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą.
3. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BALCKE-DURR POLSKA sp. z o.o. w Warszawie.

Odwołujący stwierdził, iż posiada interes we wniesieniu odwołania od wskazanych wyżej czynności Zamawiającego, gdyż przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu i związane z tym uznanie jego oferty za odrzuconą, zamawiający uniemożliwił odwołującemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta odwołującego pozostaje zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi ofertę najkorzystniejszą. Co szczególnie istotne, zgodność treści przedmiotowej oferty z treścią SIWZ była już przedmiotem badania ze strony Krajowej Izby Odwoławczej, która mocą wyroku z dnia 18.07.2014 r., wydanego pod sygnaturą akt KIO 1371/14 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Wykonawszy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający przystąpił do ponownego badania ofert w niniejszym postępowaniu. W jego rezultacie stwierdził on konieczność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia. Tego rodzaju stanowisko zamawiającego nie znajduje jednak żadnego oparcia w stanie prawnym i faktycznym niniejszej sprawy i narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych statuowane przepisami ustawowymi.

Zgodnie z treścią punktu 3.1.1.2. SIWZ, spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagało wykazania przez wykonawcę, że wykonał on usługi modernizacji lub remontu przynajmniej jednego elektrofiltra w zakresie odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla kotłów pyłowych o przepływie spalin mokrych (przez elektrofiltr) minimum 250.000 Nm³/h i obniżającego średnio-godzinowy poziom emisji pyłu do

wartości 580 mg/Nm³ (w spalinach suchych w warunkach normalnych przy zawartości O₂ w spalinach 6%), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym wartość modernizacji lub remontu winna wynosić co najmniej 4.000.000 zł brutto.

Wedle punktu 3.2.1.2. SIWZ, w celu wykazania spełnienia wyżej opisanego warunku, do oferty należało dołączyć wykaz głównych usług modernizacji lub remontu elektrofiltra o charakterystyce przedstawionej powyżej, wraz z dowodami, że usługi zostały lub są wykonywane należycie, to jest poświadczenie, a w razie niemożności jego uzyskania z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze - oświadczenie Wykonawcy.

Odwołujący na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej dnia 5.07.2013 r., oznaczonej numerem 22/2013, wykonywał na rzecz tego samego zamawiającego, który prowadzi niniejsze postępowanie, prace, których przedmiotem była „Modernizacja i remont kapitalny elektrofiltra bloku nr 10 w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych”. Wartość tych prac przekraczała kwotę 4.000.000 zł brutto, a parametry techniczne odpowiadały wymogom podanym w punkcie 3.1.1.2. SIWZ. Wykonawca wymienił więc przedmiotową usługę w wykazie usług dołączonym do jego oferty, dołączając także pochodzące od samego zamawiającego pismo oznaczone znakiem DN/570/2014, zatytułowane „Potwierdzenie wykonania prac”. Treść pisma wskazuje, że odwołujący, na podstawie umowy z dnia 5.07.2013 r. wykonał modernizację i remont kapitalny elektrofiltra bloku nr 10. Podano, że wartość umowy wynosiła 7.869.120 zł, a wszystkie prace remontowe zostały zrealizowane zgodnie z umową. Wskazano też, że po modernizacji osiągnięto obniżenie poziomu emisji pyłu do wartości średnio-godzinowego stężenia znacznie poniżej 80 mg/Nm³ według wskazań eksploatacyjnych.

W ocenie odwołującego zamawiający niesłusznie uznał, że powyższe informacje i dokumenty nie dowodzą posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia w zakresie oczekiwanym wedle treści SIWZ. Odwołując się do treści samej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wyjaśnień treści oferty przedstawionych przez odwołującego, zamawiający w piśmie z dnia 13.08.2014 r., informującym o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, podał, że protokół przekazania do eksploatacji nie był protokołem końcowego odbioru przedmiotu umowy i nie był równoznaczny z potwierdzeniem należytego wykonania umowy. Do dnia składania ofert nie zaistniały przesłanki do podpisania protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy, którego podpisanie zgodnie z zapisami umowy § 3 pkt 3.3 było równoznaczne z uznaniem należytego wykonania umowy.

Odwołujący stwierdził, że podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego zamawiający błędnie zinterpretował zapisy łączącej strony umowy i nieprawidłowo zestawiał je z istniejącym w sprawie stanem faktycznym. Należy bowiem odnotować, że całość prac związanych z modernizacją i remontem elektrofiltra bloku nr 10 zakończyła się dnia 8.12.2013 r., a więc na długo przed upływającym w dniu 16.05.2014 r. terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu. Prace te zostały wykonane przez odwołującego należycie, a zamawiający nie zgłosił do nich zastrzeżeń, o czym zaświadcza spisany dnia 9.12.2013 r. „Protokół przekazania elektrofiltru do eksploatacji po ruchu próbnym”, oznaczony nr 004/A1300012/2013. Potwierdza to również załączone do oferty wystawione przez Zamawiającego „Potwierdzenie wykonania prac” z dnia 8.05.2014 r., znak DN/57/2014.

Zgodnie z treścią § 3 ust. 2 umowy nr 22/2013 z dnia 5.07.2013 r., której przedmiotem było wykonanie modernizacji i remontu elektrofiltra bloku nr 10, za datę wykonania modernizacji i remontu przez wykonawcę uznaje się dzień podpisania przez zamawiającego protokołu przekazania elektrofiltra do eksploatacji. Wedle zaś § 3 ust. 3 umowy, należyte wykonanie przedmiotu umowy miało być stwierdzone podpisaniem protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy, co z kolei miało nastąpić po przeprowadzeniu pomiarów gwarancyjnych mających na celu ustalenie, czy poziom emisji pyłu osiągną zakładane umową wartości. W razie nieprzeprowadzenia pomiarów gwarancyjnych w okresie 6 miesięcy od dnia protokolarnego przekazania elektrofiltra do eksploatacji (czyli dnia 9.12.2014 r.) z przyczyn technicznych leżących po stronie zamawiającego, umowa miała być uznana za należyte wykonaną - przy czym możliwość uznawania, że stan należytego wykonania umowy istnieje pojawiała w pierwszym dniu po upływie szóstego miesiąca - czyli w tym przypadku dnia 9.06.2014 r.

Odwołujący wykazał, iż równocześnie z modernizacją i remontem elektrofiltra bloku nr 10 (wykonywanymi przez Odwołującego), Zamawiający zlecił prace w zakresie modernizacji i remontu kotła bloku nr 10, a także dostosowania kotła bloków nr 9, nr 10, nr 11 oraz nr 12 do obniżenia emisji NO_x (wykonywane przez inne podmioty). Gwarantowany przez odwołującego poziom emisji pyłu za elektrofiltrem warunkowany był dotrzymaniem parametrów kotła. Co za tym idzie, mimo poprawnego wykonania przez odwołującego całości prac remontowych i modernizacyjnych, pomiary gwarancyjne odnoszące się do pracy elektrofiltra nie były przeprowadzane z uwagi na oczekiwanie na możliwość przeprowadzenia pomiarów gwarancyjnych dotyczących kotła. Jest to zaś okoliczność bez cienia wątpliwości leżąca po stronie zamawiającego, za którą odwołujący nie ponosi żadnej odpowiedzialności.

Dopiero dnia 8.07.2014 r. sporządzony został protokół przedpomiarowy, zawierający uzgodnienia zainteresowanych stron (zamawiającego, wykonawcy prac modernizacyjnych

kotła oraz odwołującego) przed pomiarem nr 1 i stwierdzający, że kocioł OP-6SOk oraz elektrofiltr na bloku nr 10 wraz z instalacją odazotowania spalin oraz urządzeniami pomocniczymi są gotowe do rozpoczęcia badań gwarancyjnych. Wynika z tego jasno, że przez okres 6 miesięcy licząc od dnia przekazania elektrofiltra do eksploatacji pomiary gwarancyjne nie miały miejsca z przyczyn technicznych leżących po stronie zamawiającego. Powyższe uprawnia odwołującego do twierdzenia, że umowa dotycząca elektrofiltra nr 10 została wykonana należycie, zgodnie z zapisem jej § 3 ust. 3.

Treść wystosowanego przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień, jak też informacji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu wskazuje, iż w ocenie zamawiającego odwołujący winien był przedstawić dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy nr 22/2013 pochodzący sprzed dnia składania ofert w niniejszym postępowaniu. Jest to nieprawidłowe podejście do zagadnienia. Wszak pomiary gwarancyjne miały służyć li tylko ustaleniu, czy prace remontowe i modernizacyjne doprowadziły do osiągnięcia przez elektrofiltr zakładanych parametrów. Jednakże parametry te charakteryzują elektrofiltr nie z chwilą wykonania pomiaru, ale już od momentu zakończenia prac remontowych i modernizacyjnych. Oznacza to, że wedle ustaleń poczynionych przez strony mocą § 3 ust. 3 umowy, sytuacja w której do pomiarów gwarancyjnych nie doszło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego przez okres 6 miesięcy od dnia przekazania elektrofiltra do eksploatacji uprawnia odwołującego do uznania, że elektrofiltr osiągnął wymagane parametry od chwili przekazania go do eksploatacji, to jest od dnia 9.12.2013 r. - wszak po tym dniu w odniesieniu do elektrofiltra nie były prowadzone żadne dalsze prace. Skoro tak, to należyte wykonanie przez odwołującego usługi w postaci remontu kapitalnego i modernizacji elektrofiltra także miało miejsce już dnia 9.12.2013 r., z dniem spisania przez strony protokołu przekazania urządzenia do eksploatacji.

Jeżeli nawet zamawiający nie przyjął potwierdzających tę okoliczność dokumentów dołączonych do oferty odwołującego, winien był stwierdzić spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu po otrzymaniu żądanych przez siebie wyjaśnień i uzupełnień. Za pismem z dnia 11.08.2014 r. odwołujący przedstawił bowiem własne oświadczenie, potwierdzające należyte wykonanie usługi. Możliwość jego złożenia wynikała z wyżej opisywanych regulacji umownych, nakazujących uznanie umowy za należyte wykonaną, jeżeli w przeciągu 6 miesięcy od dnia przekazania elektrofiltra do eksploatacji nie zostaną przeprowadzone pomiary gwarancyjne, a także z wyraźnej regulacji pkt 3.2.1.2.2. SIWZ. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe oświadczenie potwierdza w istocie spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, ponieważ prace remontowe i modernizacyjne w odniesieniu do

elektrofiltra zakończyły się dnia 8.12.2013 r., czyli przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Już po podjęciu przez zamawiającego nieprawidłowej decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu przekazał on odwołującemu pismo z dnia 18.08.2014 r., znak MPLZ/1021/2014, informujące o pozytywnych wynikach pomiarów gwarancyjnych i akceptacji przez zamawiającego spełnienia warunków należytego wykonania umowy. Powyższe pismo, pochodzące od samego zamawiającego, dowodzi bez cienia wątpliwości, że roboty modernizacyjne i remontowe (zakończone dnia 9.12.2013 r.) były przez odwołującego wykonane prawidłowo, a więc że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 20.10.2010 r. (sygn. akt K10/UZP 2187/10), wyrok z dnia 21.11.2013 r. (sygn. akt KIO 2595/13), oraz wyrok z dnia 17.01.2013 r. (sygn. akt KIO 2939/12).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września 2014 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że spośród 8 usług wskazanych przez odwołującego w ofercie tylko 2 spełniły warunek kwotowy postawiony przez zamawiającego w punkcie 3.1.1.2 SIWZ. Usługi te budziły jednak inne wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 sierpnia 2014 roku zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie usługi wykazanej pod poz. 5 wykazu głównych usług, tj. modernizacja elektrofiltru kotła WP-140. Zamawiający poprosił o wyjaśnienia, ile wskazany przepływ spalin wynosi po przeliczeniu na jednostki miary wskazane przez zamawiającego. W odpowiedzi z dnia 4 sierpnia 2014 roku odwołujący wyjaśnił, że przepływ ten wynosi 153 200 Nm³/h, co oznacza, że wpisana do wykazu pozycja nie spełniała wymagań zamawiającego.

Druga z wykazanych przez odwołującego usług spełniająca warunek kwotowy to usługa pn. „Modernizacja i remont kapitalny elektrofiltru bloku nr 10 w Łaziskach Górnych”. Zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ta usługa nie wymagała przedstawienia referencji, gdyż była świadczona dla zamawiającego, ale wykonawca mimo to przedstawił dokument zatytułowany „Potwierdzenie wykonania prac” wystawiony przez Dyrektora Elektrowni Łaziska. Zamawiający mimo to powziął wątpliwość, czy wykonawca mógł się posłużyć takim dokumentem, gdyż na dzień składania ofert nie został podpisany protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tym samym przedstawiony dokument „Potwierdzenie wykonania prac” nie mógł być uznany bez przeprowadzenia dodatkowych

wyjaśnień, za potwierdzający należyte wykonanie umowy, zgodnie z zasadami w niej określonymi.

W wyniku wewnętrznego postępowania wyjaśniającego zamawiający ustalił, że przedmiot umowy wykazanej usługi w dniu składania ofert był jeszcze wykonywany i do tego dnia nie został należycie wykonany, gdyż nie zostały uzyskane zagwarantowane przez wykonawcę w umowie parametry emisji pyłów dla poszczególnych ciągów elektrofiltra. „Potwierdzenie wykonania prac” wydane w dniu 8 maja 2014 roku potwierdza wyłącznie osiągnięcie stężenia poniżej 80 mg/Nm³ i przedłożenie takiego dokumentu przez wykonawcę potwierdza jednoznacznie, że na dzień składania ofert nie zostały spełnione gwarancje wykonawcy (poniżej 30 mg/Nm³), a więc nie zostały spełnione warunki uznania umowy za należyte wykonaną zgodnie z zapisami umowy.

W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy usługa modernizacji i remontu kapitalnego elektrofiltra bloku nr 10 była w dniu składania ofert usługą wykonaną czy wykonywaną. Zamawiający w piśmie wskazał również na zapisy § 3 pkt 3.1 oraz § 6 pkt 6.1.5 umowy 22/2013 prosząc o potwierdzenie, czy przed dniem 16 maja 2014 r. został podpisany protokół odbioru końcowego.

W odpowiedzi wykonawca wskazał, że z przyczyn technicznych leżących po stronie zamawiającego nie był w stanie wykonać analizy i otrzymać akceptacji parametrów gwarantowanych, a tym samym zastosowanie mają zapisy § 3 pkt 3.3 zd. 2 umowy 22/2013, tj., że „W przypadku, gdy przyczyny techniczne leżące po stronie Zamawiającego nie pozwolą wykonać takiej analizy w okresie 6 miesięcy liczonych od terminu protokolarnego przekazania do eksploatacji, uznaje się przedmiot umowy za należyte wykonany po upływie 6 miesięcy”.

Wobec braku przedłożenia przez odwołującego dokumentu, który zgodnie z umową 22/2013 miał być potwierdzeniem należytego wykonania umowy oraz wskazaniu wykonawcy, że takiego dokumentu nie posiada, zamawiający postanowił, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie załącznika nr 5 do oferty, tj. wykazu usług wykonanych wraz z dowodami, że usługi te zostały wykonane, a w przypadku usług okresowych lub ciągłych – że są wykonywane należyte.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący przedłożył własne oświadczenie, że usługi wymienione w pozycji 8 załącznika nr 5 zostały wykonane należyte, wskazując jednocześnie, że składa oświadczenie z powodu okoliczności wskazanych przez niego w piśmie z dnia 7 sierpnia 2014 roku.

Mając na względzie fakt, że wykonawca nie dysponował protokołem odbioru końcowego potwierdzającym należyte wykonanie umowy oraz fakt, że sam odwołujący w korespondencji kierowanej do zamawiającego wskazał, w jakiej sytuacji oświadczenie wykonawcy może potwierdzać należyte wykonanie umowy 22/2013 i z jaką datą, zamawiający uznał, że nie ma podstawy, by przyjąć, że odwołujący przedłożył zamawiającemu dokumenty potwierdzające wykonanie umowy 22/2013 na dzień terminu składania ofert. Tym samym zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Przedstawione przez zamawiającego okoliczności faktyczne uzasadniają również stwierdzenie, iż pozostałe zarzuty odwołania należy uznać za bezpodstawne.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią punktu 3.1.1.2. SIWZ, spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagało wykazania przez wykonawcę, że wykonał on usługi modernizacji lub remontu przynajmniej jednego elektrofiltra w zakresie odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla kotłów pyłowych o przepływie spalin mokrych (przez elektrofiltr) minimum 250.000 Nm³/h i obniżającego średnio-godzinowy poziom emisji pyłu do wartości 580 mg/Nm³ (w spalinach suchych w warunkach normalnych przy zawartości O₂ w spalinach 6%), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym wartość modernizacji lub remontu winna wynosić co najmniej 4.000.000 zł brutto.

Wedle punktu 3.2.1.2. SIWZ, w celu wykazania spełnienia wyżej opisanego warunku, do oferty należało dołączyć wykaz głównych usług modernizacji lub remontu elektrofiltra o charakterystyce przedstawionej powyżej, wraz z dowodami, że usługi zostały lub są wykonywane należycie, to jest poświadczenie, a w razie niemożności jego uzyskania z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze - oświadczenie Wykonawcy.

Odwołujący w wykazie głównych usług złożonych wraz z ofertą wykazał 8 usług, z których 2 spełniły warunek kwotowy postawiony przez zamawiającego w punkcie 3.1.1.2 SIWZ.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 sierpnia 2014 roku zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie usługi wykazanej pod poz. 5 wykazu głównych usług, tj. modernizacja elektrofiltru kotła WP-140. Zamawiający poprosił o wyjaśnienia, ile wskazany przepływ spalin wynosi po przeliczeniu na jednostki miary wskazane przez zamawiającego. W odpowiedzi z dnia 4 sierpnia 2014 roku odwołujący wyjaśnił, że przepływ ten wynosi 153 200 Nm³/h, co oznacza, że wpisana do wykazu pozycja nie spełniała wymagań zamawiającego.

Druga z wykazanych przez odwołującego usług spełniająca warunek kwotowy to usługa pn. „Modernizacja i remont kapitalny elektrofiltru bloku nr 10 w Łaziskach Górnych”. Usługa ta była świadczona dla zamawiającego. Odwołujący to przedstawił również dokument z dnia 8 maja 2014 roku, zatytułowany „Potwierdzenie wykonania prac” wystawiony przez Dyrektora Elektrowni Łaziska o następującej treści:

Niniejszym potwierdzamy, że firma ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie, działając na podstawie umowy zawartej dnia 05.07.2013 r., wykonała modernizację i remont kapitalny elektrofiltru bloku nr 10 w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna – Oddział Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych – pod klucz. Wartość usługi wynosiła 7 869 120 zł.

Wszystkie prace remontowe zostały zrealizowane zgodnie z umową.

Po modernizacji osiągnięto obniżenie poziomu emisji pyłu do wartości średniodobowego stężenia znacznie poniżej 80 mg/Nm³ według wskazań eksploatacyjnych (w spalinach suchych w warunkach normalnych przy zawartości O₂ w spalinach 6% na wylocie z elektrofiltra).

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy usługa modernizacji i remontu kapitalnego elektrofiltra bloku nr 10 była w dniu składania ofert usługą wykonaną czy wykonywaną. Zamawiający w piśmie wskazał również na zapisy § 3 pkt 3.1 oraz § 6 pkt 6.1.5 umowy 22/2013 prosząc o potwierdzenie, czy przed dniem 16 maja 2014 r. został podpisany protokół odbioru końcowego.

W odpowiedzi wykonawca wskazał, że z przyczyn technicznych leżących po stronie zamawiającego nie był w stanie wykonać analizy i otrzymać akceptacji parametrów gwarantowanych, a tym samym zastosowanie mają zapisy § 3 pkt 3.3 zd. 2 umowy 22/2013, tj., że „W przypadku, gdy przyczyny techniczne leżące po stronie Zamawiającego nie pozwolą wykonać takiej analizy w okresie 6 miesięcy liczonych od terminu protokolarnego przekazania do eksploatacji, uznaje się przedmiot umowy za należycie wykonany po upływie 6 miesiąca”.

Zamawiający wezwał, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie załącznika nr 5 do oferty, tj. wykazu usług wykonanych wraz z dowodami, że usługi te zostały wykonane, a w przypadku usług okresowych lub ciągłych – że są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący przedłożył własne oświadczenie, że usługi wymienione w pozycji 8 załącznika nr 5 zostały wykonane należycie, wskazując jednocześnie, że składa oświadczenie z powodu okoliczności wskazanych przez niego w piśmie z dnia 7 sierpnia 2014 roku.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2014 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania.

Usługa modernizacji i remontu kapitalnego elektrofiltra nr 10, wykazana przez odwołującego w wykazie usług, realizowana była na podstawie umowy Nr 22/2013 z dnia 5 lipca 2013 roku.

Zgodnie z § 3 ust. 3.1 umowy termin wykonania zamówienia liczony od daty podpisania Umowy do podpisania protokołu końcowego przedmiotu Umowy wynosi 12 miesięcy. Planowany termin postoju bloku: od 08.07.2013 roku do 30.11.2013 roku.

W myśl ust. 3.2 za datę wykonania modernizacji i remontu przez Wykonawcę uznaje się dzień podpisania przez Zamawiającego protokołu przekazania elektrofiltra do eksploatacji.

W myśl ust. 3.3 za datę należytego wykonania przedmiotu Umowy przyjmuje się datę podpisania protokołu końcowego odbioru przedmiotu Umowy, tj. datę zaakceptowania przez Zamawiającego (na podstawie Pomiarów Gwarancyjnych zrealizowanych do 6-ciu miesięcy po przekazaniu do eksploatacji) parametrów gwarantowanych przez wykonawcę zgodnie z § 8. W przypadku, gdy przyczyny techniczne leżące po stronie Zamawiającego nie pozwolą wykonać takiej analizy w okresie 6 miesięcy liczonych od terminu protokolarnego przekazania do eksploatacji, uznaje się przedmiot Umowy za należycie wykonany w pierwszym dniu po upływie 6 miesiąca.

Stosownie do § 8 ust. 8.3 wykonawca gwarantuje następujące parametry elektrofiltra po modernizacji i remoncie.

8.3.1 Wykonawca gwarantuje osiągnięcie przez elektrofiltr bloku nr 10 po modernizacji i remoncie poziomu średnio-godzinnego stężenia pyłu w spalinach suchych w warunkach normalnych przy zawartości 6% O₂ na wylocie z elektrofiltra:

- $\leq 30 \text{ mg/Nm}^3$ dla ciągu technologicznego nr 1 elektrofiltra przy przepływie spalin mokrych od 135.000 do 370.000 Nm^3/h

- $\leq 30 \text{ mg/Nm}^3$ dla ciągu technologicznego nr 2 elektrofiltra przy przepływie spalin mokrych od 150.000 do 260 Nm^3/h

- $\leq 30 \text{ mg/Nm}^3$ dla ciągu technologicznego nr 3 elektrofiltra przy przepływie spalin mokrych od 135.000 do 370.000 Nm^3/h

Powyższe gwarancje są udzielone przy stężeniu średnio-godzinowym pyłu w spalinach suchych w warunkach normalnych przy zawartości 6% O_2 na wlotach dla elektrofiltrów $\leq 30 \text{ g/Nm}^3$.

Prace związane z modernizacją i remontem elektrofiltra bloku nr 10 zakończyły się dnia 8.12.2013 r., o czym zaświadcza spisany dnia 9.12.2013 r. „Protokół przekazania elektrofiltra do eksploatacji po ruchu próbnym”.

Termin składania ofert w przedmiotowym wyznaczony został na dzień 16 maja 2014 roku. Do dnia składania ofert nie zaistniały przesłanki do podpisania protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy nr 22/2013.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy odwołujący na dzień składania ofert wykazał spełnianie warunku w postępowaniu, wskazanym i opisanym w pkt. 3.1.1.2.

Zgodnie z treścią punktu 3.1.1.2. SIWZ, spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagało wykazania przez wykonawcę, że wykonał on usługi modernizacji lub remontu przynajmniej jednego elektrofiltra w zakresie odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla kotłów pyłowych o przepływie spalin mokrych (przez elektrofiltr) minimum 250.000 Nm^3/h i obniżającego średnio-godzinowy poziom emisji pyłu do wartości 580 mg/Nm^3 (w spalinach suchych w warunkach normalnych przy zawartości O_2 w

spalinach 6%), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym wartość modernizacji lub remontu winna wynosić co najmniej 4.000.000 zł brutto.

Wedle punktu 3.2.1.2. SIWZ, w celu wykazania spełnienia wyżej opisanego warunku, do oferty należało dołączyć wykaz głównych usług modernizacji lub remontu elektrofiltra o charakterystyce przedstawionej powyżej, wraz z dowodami, że usługi zostały lub są wykonywane należycie, to jest poświadczenie, a w razie niemożności jego uzyskania z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze - oświadczenie Wykonawcy.

Zasadnicze dla rozstrzygnięcia są wskazane wyżej postanowienia §§ 3 i 8 umowy nr 22/2013 z dnia 5 lipca 2013 roku.

Zgodnie z § 3 ust. 3.2 umowy za datę wykonania modernizacji i remontu uznaje się dzień podpisania przez zamawiającego protokołu przekazania elektrofiltra do eksploatacji. Wynikająca ze wskazanego zapisu data wykonania modernizacji i remontu nie jest tym samym co data należytego wykonania przedmiotu umowy, co jednoznacznie wynika z ust. 3.3 wskazanego paragrafu. W myśl ust. 3.3 za datę należytego wykonania przedmiotu umowy przyjmuje się datę podpisania protokołu końcowego przedmiotu umowy, tj. datę zaakceptowanych przez zamawiającego parametrów określonych w § 8 umowy. Skoro strony w umowie postanowiły rozróżnić datę wykonania umowy od daty należytego wykonania przedmiotu umowy, Izba przy ocenie zarzutów musiała postanowienia te wziąć pod uwagę.

Protokół podpisania elektrofiltra do eksploatacji został podpisany w dniu 9 grudnia 2014 roku. W ciągu kolejnych 6 miesięcy nie został podpisany protokół końcowy odbioru przedmiotu umowy pozwalający na uznanie, iż przedmiot umowy został wykonany należycie. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania i podczas rozprawy prezentował stanowisko, iż protokół końcowy nie został podpisany w tym czasie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, co oznacza, iż powinno znaleźć zastosowanie postanowienie § 3 ust. 3.3 zd. 2 umowy nr 22/2013, zgodnie z którym, w przypadku, gdy przyczyny techniczne leżące po stronie zamawiającego nie pozwolą wykonać takiej analizy w okresie 6 miesięcy liczonych od terminu przekazania do eksploatacji, uznaje się przedmiot umowy za należycie wykonany w pierwszym dniu po upływie 6 miesięcy.

Izba nie badała, czy protokół końcowy odbioru przedmiotu umowy nie został podpisany z przyczyn leżących po stronie zamawiającego czy też odwołującego, uznając to za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy. Skoro sam odwołujący prezentował stanowisko, iż przyczyny braku odbioru leżały po stronie zamawiającego i jest to stanowisko

dla odwołującego najkorzystniejsze, uznać należy, iż – zgodnie ze wskazanym postanowieniem umownym – przedmiot umowy został należycie wykonany w pierwszym dniu po upływie 6 miesięcy od dnia 9 grudnia 2013 roku, czyli w dniu 10 czerwca 2014 roku. W związku z tym, że dzień składania ofert wyznaczony został na 16 maja 2014 roku, w tym dniu odwołujący nie mógł wykazać się należytych wykonaniem usługi realizowanej na podstawie umowy 22/2013, a zatem nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, fakt uznania usługi za należycie wykonaną na podstawie § 3 ust. 3.3 zd. 2 umowy nie oznacza, że potwierdzenie należytego wykonania odnosi swój skutek *ex tunc*, czyli od dnia podpisania przez zamawiającego protokołu przekazania elektrofiltra do eksploatacji (9 grudnia 2013 roku). Twierdzeniu takiemu przeczy właśnie treść wskazanego postanowienia umownego, z którego wyraźnie wynika, że przedmiot umowy uznaje się za należycie wykonany w pierwszym dniu po upływie 6 miesięcy. Brak jest podstaw do nadawania wskazanemu zapisowi innego znaczenia niż wynika ono z jego treści. W ocenie Izby zapis ten jest jasny i nie budzi wątpliwości co do tego, jaka była wola stron przy zawieraniu umowy.

Odnosząc się do dokumentu pt. „Potwierdzenie wykonania prac” z dnia 8 maja 2014 roku, który w ocenie odwołującego jest dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie umowy nr 22/2013, Izba stwierdziła, że analiza treści tego dokumentu musi być dokonana z uwzględnieniem postanowień wskazanej umowy.

W § 8 ust. 8.3 umowy odwołujący zagwarantował, iż po dokonanej modernizacji i remoncie parametry filtra osiągną stężenie pyłu $\leq 30 \text{ mg/Nm}^3$. Stwierdzić zatem należy, że o należytych wykonaniu umowy może być mowa dopiero wówczas, gdy umówione parametry zostaną osiągnięte. Tymczasem z dokumentu z dnia 8 maja 2014 roku wynika jedynie, iż odwołujący wykonał zgodnie z umową prace remontowe, natomiast po modernizacji osiągnięto obniżenie poziomu emisji pyłu znacznie poniżej 80 mg/Nm^3 . Dokument, z którego wynika, iż należycie wykonano jedynie część prac (remont) i nie osiągnięto wymaganych umową parametrów nie może być uznany za potwierdzenie wykonania przedmiotu umowy.

W ocenie Izby potwierdzeniem należytego wykonania umowy w rozpoznawanym przypadku nie może być oświadczenie złożone przez odwołującego. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231) dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług jest oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o

obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 1. Przez przyczyny obiektywne niemożności wystawienia poświadczenia należytego wykonania należy rozumieć sytuację, gdy podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należyte wykonanie usługi (tak w wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2014 roku sygn. akt: KIO 2873/13). Do przyczyn takich nie należy sytuacja, gdy zamawiający nie chce wydać takiego poświadczenia, gdyż ma to charakter subiektywny. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 4 czerwca 2013r. sygn. akt: KIO 1193/13) za uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze można uznać okoliczność, gdy główny wykonawca zobowiązany do wystawienia poświadczenia dla podwykonawcy składającego ofertę nie figuruje obecnie w KRS, nie jest przedsiębiorcą czynnym w swojej siedzibie, nie odbiera również korespondencji w jakiegokolwiek formie.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi zaś, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W myśl art. 22 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Stwierdzając, że w rozpoznawanym przypadku zamawiający zasadnie uznał, że na dzień składania ofert odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i wykluczył go z udziału w postępowaniu oraz uznał jego ofertę za odrzuconą, Izba uznała zarzuty odwołania za bezpodstawne.

Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika pomimo złożenia przez niego takiego wniosku. Stosownie do § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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) do kosztów postępowania odwoławczego wynikających z wynagrodzenia pełnomocnika zalicza się koszty strony w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zamawiający nie złożył do akt rachunku obejmującego wynagrodzenie pełnomocnika, w związku z czym koszty te nie mogły zostać uznane za koszty postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....