

Sygn. akt: KIO 2/18

**WYROK**  
**z dnia 16 stycznia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**

**Aneta Mlącka**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 r. przez **Wykonawcę – Control Process Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie przy ul. Obrońców Modlina 16 (30-733 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Energa Elektrownie Ostrołęka Spółka Akcyjna** z siedzibą w Ostrołęce przy ul. Elektrycznej 5 (07-401 Ostrołęka)

przy udziale

Wykonawcy **Rafako Spółka Akcyjna** z siedzibą w Raciborzu przy ul. Łąkowej 33 (47-400 Racibórz) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Ostrołęce**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Zamawiającego – Energa Elektrownie Ostrołęka S.A. z siedzibą w Ostrołęce na wykonanie zadania pn. *Budowa Instalacji Odsiarczania Spalin II w Elektrowni Ostrołęka B* (nr ref.: ZP/EEO/150/2017/AK), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2017 r. 2017/S 246-516019, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz Wykonawca Control Process S.A. z/s w Krakowie wniósł w dniu 2 stycznia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2/18).

Odwołujący zakwestionował wymagania związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę osób wykonujących prace fizyczne na obiekcie, a także warunki związane z oceną sytuacji finansowej lub ekonomicznej i zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, wymóg dotyczący ubezpieczenia OC kierownika budowy oraz zapisy dotyczące kryteriów selekcji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił część zarzutów w całości (wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz ubezpieczenia OC), co do pozostałych dokonał częściowej modyfikacji zapisów lub uznał zarzuty za bezzasadne (pismo z dnia 12.01.2018 r., przekazane faksem w dniu 12.01.2018 r. i złożone do akt sprawy w oryginale w dniu 15.01.2018 r.). Na rozprawie Zamawiający przedłożył sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu, uwzględniające zmiany podyktowane uwzględnionym w części odwołaniem oraz modyfikację siwz z dnia 12.01.2018 r. opublikowaną na stronie internetowej.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 16 stycznia 2018 r. Odwołujący wycofał zarzuty opisane w pkt 1, 2 i 6 odwołania (str. 2), w całości lub w części uwzględnione przez Zamawiającego.

Odwołujący podtrzymał pozostałe zarzuty, w tym te co do których Zamawiający w części zmodyfikował zapisy ogłoszenia i siwz.

1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z 7 Pzp poprzez określenie na zbyt rygorystycznym poziomie warunku udziału dotyczącego sytuacji finansowej lub ekonomicznej oraz określenie zbyt restrykcyjnych środków dowodowych (pkt 6.2.1 ppkt 2 siwz), poprzez wymaganie dysponowania zdolnością kredytową w postaci pożyczki celowej lub kredytu celowego na poziomie 100 mln zł w jednym banku oraz przedstawienia dokumentów potwierdzających przyznanie takiej zdolności (np. promesa udzielenia ww. pożyczki lub kredytu). Odwołujący żąda zmiany wymagania poprzez obniżenie zdolności kredytowej do kwoty 50 mln zł, którą wykonawca będzie mógł dysponować przez cały okres realizacji zamówienia potwierdzoną poprzez odpowiednie oświadczenie banku lub banków lub innych instytucji uprawnionych do udzielania

kredytów lub pożyczek i dopuszczenia sumowania zdolności kredytowej poszczególnych członków konsorcjum.

W ocenie Odwołującego wymagane posiadania zobowiązania banku do udzielenia kredytu/pożyczki celowej w sytuacji, gdy nie są znane podstawowe elementy wymagane do podjęcia takiej decyzji (nie jest znana treść kontraktu i określone w nim zasady i terminy płatności oraz inne dane potrzebne do oceny ryzyka kredytowego), nie jest możliwe do spełnienia. Ponadto, żądanie potwierdzenia zdolności kredytowej z jednego banku utrudnia uczciwą konkurencję i może być niemożliwe do spełnienia. Podmiot gospodarczy prowadzący operacje z wykorzystaniem wielu rachunków bankowych w wielu bankach z łatwością będzie w stanie pozyskać łącznie kredyty na żądaną sumę, a nie uzyska takiego kredytu w jednym banku. Zaburzeniem zasady równego traktowania wykonawców jest sytuacja, gdy konsorcjanci mogą łączyć potencjał w zakresie zdolności kredytowej (Zamawiający nie widzi takich przeszkód i dopuszcza różne zdolności z różnych banków), a wykonawca samodzielnie składający ofertę nie może skorzystać ze swojego potencjału w postaci własnej zdolności kredytowej w różnych bankach.

2. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 Pzp poprzez określenie na zbyt wygórowanym poziomie warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt 6.2.2. ppkt 1 siwz) – wymagania, aby wykonawca zaprojektował, wykonał i uruchomił co najmniej 2 (dwie) IOS, w sytuacji gdy całkowicie wystarczającym do wykazania zdolności technicznej i zawodowej jest wykonanie 1 instalacji. Odwołujący żąda zmniejszenia ilości wykonanych instalacji do jednej IOS opartej o technologię mokrą (wapienno-gipsową).

Ponieważ tego typu instalacje IOS nie są powszechnymi ( w przeciągu 10 lat w Polsce odbyło się zaledwie kilkanaście postępowań) legitymowanie się wykonaniem jednej instalacji powinno być wystarczające dla zapewnienia odpowiedniego poziomu wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Odwołujący wskazał na postępowanie prowadzone przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. (ogłoszenie 2013/S 176-304455), w którym przy znacznie większym zakresie wymagane obejmowało tylko 1 IOS.

3. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 Pzp poprzez wymaganie dysponowania potencjałem technicznym w postaci własnej technologii odsiarczania spalin metodą mokrą (wapienno-gipsową) przez co Zamawiający rozumie „*technologię do której Wykonawca posiada prawa autorskie lub licencję*”, w sytuacji gdy wymaganie takie nie znajduje uzasadnienia w szczególności w sytuacji, gdy zamówienie obejmuje projektowanie instalacji, a na etapie składania oferty nie można szczegółowo określić przedmiotu zamówienia (zostanie on skonkretyzowany w projekcie), zaś przedmiotem umowy będzie przeniesienie własności instalacji, a zatem Zamawiający będzie korzystał z niej jako

właściciel, a nie licencjobiorca. Odwołujący żąda usunięcia wymagania z pkt 6.2.2 ppkt 2 siwz.

W ocenie Odwołującego, posiadanie przez Wykonawcę praw autorskich lub licencji do technologii odsiarczania spalin jest bez znaczenia i jeżeli będą one niezbędne do realizacji zamówienia, Wykonawca będzie zobowiązany je pozyskać. Ponieważ zamówienie realizowane ma być w formule zaprojektuj i wybuduj, pełna konkretyzacja przedmiotu budowy nastąpi w momencie sporządzenia i ostatecznego zatwierdzenia projektu budowlanego. Zatem zadaniem wykonawcy jest dobór na etapie projektowania najlepszych i całkowicie spełniających wymagania Zamawiającego technologii. Posiadanie praw/licencji do jednej konkretnej technologii może prowadzić do zaprojektowania instalacji tak, aby wykorzystać tę technologię, a nie koniecznie maksymalizować rezultaty požądane przez Zamawiającego.

4. Zarzut naruszenia art. 51 ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez zróżnicowanie oceny spełniania kryterium selekcji (pkt 6.3) w zależności od miejsca realizacji instalacji oraz nieuzasadnione zróżnicowanie pojęć „na terenie UE” i „na terenie Polski”, w sytuacji gdy Polska jest państwem członkowskim UE. Odwołujący żąda usunięcia zróżnicowania punktacji, o której mowa w pkt 6.3 siwz uzależnionej od miejsca realizacji instalacji.

Ustalone w kryterium selekcji rozróżnienie ilości punktów uzależnione od miejsca realizacji inwestycji (położenia) stanowi o dyskryminacyjnym charakterze kryterium, w którym wyróżnia się terytorium Polski od terytorium Unii Europejskiej, której rynki powinny być traktowane w sposób jednolity. Trudno jest również odmówić większego doświadczenia wykonawcy, który zrealizował łącznie 5 instalacji (4 w USA i 1 w Szwajcarii), od tego jakie zdobył wykonawca realizując 2 instalacje w Polsce, za które otrzyma więcej punktów tylko z racji miejsca położenia inwestycji.

5. Art. 51 ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 7 Pzp poprzez określenie, że Zamawiający „nie będzie przyznawał punktów za doświadczenie dotyczące zamówień, które zostały udostępnione Wykonawcy na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”, w sytuacji gdy przepis art. 22a ust. 4 Pzp wymaga, aby podmiot udostępniający zasoby zrealizował roboty budowlane lub usługi do realizacji, których te zdolności są wymagane. Odwołujący żąda zmiany zapisów w tym zakresie.

Odwołujący powołał się na wyrok TSUE z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14 dotyczący polegania na zasobach podmiotów trzecich, co ma służyć otwarciu zamówień na jak najszerszą konkurencję. Przepisy w obecnym kształcie wskazują na obowiązek realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jeżeli udostępni on zasoby, które pozwolą na spełnienie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Jeżeli zatem kryteria selekcji oparte są na warunkach udziału, a jednocześnie zostanie zagwarantowany faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, to tym samym minimalizowane jest ryzyko zaangażowania wykonawcy, który zajął wysoką pozycję w rankingu wykonawców polegając na potencjale obcym, a następnie nie będzie go faktycznie wykorzystywał na etapie realizacji zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego Wykonawca Rafako S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ograniczając zakres swojego stanowiska do zarzutu dotyczącego oceny potencjału ekonomicznego wykonawcy (zdolności kredytowej).

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych postanowień ogłoszenia i siwz. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany złożeniem oferty i uzyskaniem zamówienia, w momencie wnoszenia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu opisu warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Z uwagi na znaczenie tych postanowień, które decydować będą o zakwalifikowaniu wykonawców do kolejnego etapu postępowania, niewątpliwie naruszenia Zamawiającego w tym obszarze, mogą godzić w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogły utrudniać lub wręcz uniemożliwiać mu skuteczne ubieganie się o zamówienie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Na obecnym etapie postępowania każdy potencjalny podmiot działający na rynku właściwym może być zainteresowany ubieganiem się o uzyskanie zamówienia, nawet jeżeli nie może wykazać się

realizacją tego rodzaju robót, ale potencjalnie może złożyć ofertę wspólnie z innym podmiotem, lub samodzielnie korzystając z potencjału doświadczonego podmiotu. Doprowadzenie do takiego kształtu warunków, który umożliwi złożenie oferty niewątpliwie jest działaniem podjętym w celu ochrony interesu takiego wykonawcy, który dąży do pozyskania nowego zamówienia i poszerzenia tym samym zakresu dotychczasowej działalności. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zgodnie z art. 186 ust. 4a Ustawy, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.* Niezależnie od skutków ustawowych oświadczenia Zamawiającego Odwołujący na posiedzeniu niejawnym przed otwarciem rozprawy wycofał odwołanie dotyczące części postanowień już zmodyfikowanych przez Zamawiającego. Izba rozpoznała odwołanie w zakresie podtrzymanych zarzutów.

Ad. 1

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 Pzp Zamawiający uwzględnił w zakresie w jakim Odwołujący żądał obniżenia kwoty wymaganej zdolności kredytowej oraz zarzucił „określenie zbyt restrykcyjnych środków dowodowych”. Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów siwz i ogłoszenia poprzez obniżenie wymaganej zdolności kredytowej do 50.000 000 zł oraz wykreślenie wskazania na wykazanie zdolności kredytowej w postaci uzyskania pożyczki celowej lub kredytu celowego. Odwołujący podtrzymał zarzut z odwołania, gdyż zmiana dokona w treści ogłoszenia oraz siwz nie obejmowała wskazania na ograniczenie możliwości wykazania dysponowania zdolnością kredytową w jednym banku. Zamawiający zarówno w pierwotnej treści ogłoszenia, jak i po zmianie (obejmującej między innymi wysokość zdolności kredytowej ze 100 mln na 50 mln) nie dopuścił możliwości sumowania zdolności kredytowej jednego wykonawcy potwierdzonych przez różne instytucje (banki). W przypadku konsorcjum od początku zapisy wskazywały na możliwość sumowania zdolności kredytowej poszczególnych członków konsorcjum. Po zmianie wymaganej kwoty zdolności kredytowej, wymagane jest aby jeden z członków konsorcjum dysponował zdolnością kredytową w wysokości wskazanej w ogłoszeniu (po zmianie minimum 30 milionów złotych).

Istotę podtrzymanego zarzutu sprowadzić można do rozstrzygnięcia, czy w świetle Ustawy Zamawiający uprawniony jest do określenia na etapie ogłoszenia o zamówieniu, iż oceniać będzie zdolność kredytową wykonawcy w oparciu o ocenę dokonaną przez jedną instytucję (bank), co uniemożliwi okazanie się informacjami pochodzącymi z różnych banków, do których wykonawca mógłby wystąpić o wystawienie opinii. Odwołujący wskazał wprost, iż przy wprowadzonym ograniczeniu może się okazać niemożliwym uzyskanie zaświadczenia z jednego banku, chociaż wykonawca mógłby wykazać się zdolnością kredytową w wysokości wymaganej, gdyby Zamawiający dopuścił sumowanie zdolności kredytowych potwierdzonych przez różne instytucje.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze cel jakiego służyć ma badanie zdolności ekonomicznej wykonawcy, a którym jest potwierdzenie jego wiarygodności jako podmiotu, któremu ma być powierzone zrealizowanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Podstawą tej weryfikacji może być wynik badania zdolności do spłaty kredytu do wskazanej kwoty, która w ocenie Zamawiającego pozwala na pozytywną prognozę co do osiągnięcia celu zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający obniżył poziom zdolności kredytowej zgodnie z żądaniem Odwołującego, decydując się jednak na pozostawienie zastrzeżenia, iż wiarygodność wykonawcy oceniać będzie na podstawie oceny dokonanej przez jedną instytucję (bank). Odwołujący zasadniczo dążył do wykazania, iż w świetle Ustawy Zamawiający nie może wprowadzać ograniczeń, jakie nie zostały wprost wyartykułowane w przepisach art. 22 ust. 1a Ustawy.

Mając na uwadze taki zakres zarzutu Izba uznała, iż zapisy ogłoszenia (oraz siwz) nie prowadziły do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a wskazany sposób oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia umożliwi poznanie realnej oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy. Przyjmując jako wytyczną dla ustalenia znaczenia dokumentu, jakim wykonawca może okazać się przed zamawiającym dorobek orzecznicy Izba przyjęła, iż informacja o jakim mowa w rozporządzeniu wykonawczym stanowi dokument o charakterze niesformalizowanym stanowiący informację a nie opinię, zaświadczenie czy wręcz zobowiązanie do udzielenia kredytu. Nie chodzi tutaj o oświadczenie woli, a raczej o specyficzne oświadczenie wiedzy, informację o wynikach oceny zdolności kredytowej przeprowadzonej w banku - konkretnym wydziale banku (vide wyrok SO w Gliwicach z 15.5.2015 r., sygn. X Ga 132/15). Powyższe pozwala przyjąć, iż informacja przedkładana na potwierdzenie zdolności kredytowej nie może podlegać daleko idącej nadinterpretacji, której wyniki mogłyby znacząco odbiegać od tego, co było wynikiem oceny banku, dla której istotną pozostaje przede wszystkim wskazana i potwierdzona zdolność kredytowa. Powyższe stanowić powinno podstawę do dalszych wniosków, które prowadzą do stwierdzenia, iż ograniczenie które wprowadził



Zamawiający faktycznie ma na celu umożliwienie poznania rzeczywistej sytuacji wykonawcy. W tym samym orzeczeniu wskazano dalej, iż informacja dotycząca zdolności kredytowej prezentowana przez bank nie pozostawia przestrzeni do poddawania jej jakimś zabiegom polegającym na odejmowaniu lub dodawaniu czegoś ponad treść przedstawioną przez bank. Stanowisko Odwołującego prezentuje zgoła odmienną ocenę celu i znaczenia informacji prezentowanej przez bank prowadząc wywód w tym kierunku, aby przekonać, że zdolność kredytowa zbadana w różnych bankach po jej zsumowaniu pozwoli przyjąć, iż wykonawca posiada zdolność wyższą niż faktycznie zbadana przez każdy z tych banków. W ocenie Izby wskazanie przez dwie niezależne instytucje na zdolność kredytową tego samego podmiotu, mniejszą od wymaganej, nie uczyni go bardziej wiarygodnym. Informacja o wielkości zdolności kredytowej potwierdzonej przez bank oznacza, iż instytucja dokonała weryfikacji sytuacji faktycznej podmiotu w oparciu o pełną informację gospodarczą, a zatem fakt zwielokrotnienia tej oceny nie oznacza podniesienia wiarygodności prognoz dokonanych przez daną instytucję. W ocenie Izby można pokusić się o stwierdzenie, iż takie automatyczne sumowanie zdolności kredytowej doprowadziłoby do zaburzenia oceny, do której nie jest uprawniony Zamawiający poprzez wprowadzenie mechanizmu, który nie był uwzględniony przy ocenie dokonywanej przez instytucje finansowe. Odwołujący porównywał mechanizm sumowania z tym, jaki występuje przy konsorcjach, w których dwa lub więcej podmioty składają dokumenty potwierdzające ich zdolności kredytowe. Nie ma tu jednak analogii, gdyż wyróżniającym obie sytuacje jest przede wszystkim różna ilość podmiotów poddanych weryfikacji przez różne instytucje. Sumowanie zdolności kredytowej różnych podmiotów pozwala przyjąć, iż łącznie posiadają one potencjał wyższy, co jest istotą składania oferty wspólnej. Sytuacja, jakiej dotyczy niniejszy spór nie dotyczy sumowania potencjałów różnych podmiotów, lecz weryfikacji faktycznej zdolności kredytowej wykonawcy, która zasadniczo powinna być stwierdzona na podobnym poziomie przez dowolny bank. Można wyobrazić sobie sytuację, iż podmiot, który nie posiada dużych zobowiązań finansowych występuje jednocześnie o wydanie zaświadczenia o zdolności kredytowej do pięciu różnych instytucji, w każdej występując o stwierdzenie zdolności na poziomie 10 mln zł. Nie może budzić wątpliwości, iż każda z tych instytucji dokona oceny według przyjętych u niej zasad i prognoz dla wskazanej kwoty kredytu, którego możliwość spłacenia stanowi przedmiot badania. Stwierdzenie w takiej sytuacji na podstawie kilku zaświadczeń, iż instytucje (banki) potwierdziły zdolność kredytową na poziomie 50 mln złotych prowadziłoby do wypaczenia sensu żądania potwierdzenia przez instytucję finansową faktycznej sytuacji ekonomicznej podmiotu i możliwości zaciągnięcia kredytu do dużo wyższej kwoty, niż wskazana w zaświadczeniu. W ocenie Izby, taka ocena faktycznie stanowiłaby niedozwoloną ingerencję polegającą na określeniu mechanizmu oceny zdolności kredytowej odbiegającej od oceny dokonywanej przez bank. Ponownie należy przywołać

wskazany na początku wyrok i prezentowany w nim zakaz modyfikacji informacji pochodzącej od banku poprzez dodawanie kwoty kredytu w sposób sztuczny, który tu sprowadzałby się wyłącznie do matematycznego działania, a nie rzetelnej oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy. W świetle powyższego Izba uznała, iż opis warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu potwierdzenia nie prowadzi do naruszenia wskazanych przepisów Ustawy.

Izba nie doniosła się do kwestii poruszonej przez Przystępującego Rafako S.A. związanej z brakiem dopuszczenia możliwości wykazania się środkami finansowymi w wysokości odpowiadającej kwocie wskazanej przez Zamawiającego lub możliwości zsumowania środków finansowych ze zdolnością kredytową, co wykraczało poza zakres zarzutu. Odwołujący wskazując podstawę faktyczną zarzutu odnosił się wyłącznie do wyłączenia możliwości sumowania zdolności kredytowej potwierdzonej przez różne instytucje (banki).

#### Ad. 2

Zarzut dotyczący minimalnego doświadczenia opisanego ilością co najmniej dwóch zaprojektowanych, wykonanych i uruchomionych IOS, w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący wskazywał, iż ustalenie doświadczenia na poziomie co najmniej dwóch wykonanych instalacji prowadzi do nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z opisem warunku Zamawiający oceniać będzie doświadczenie, jakie dany podmiot mógł zdobyć w wydłużonym do 10 lat okresie przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie ograniczając wartości wykonanych instalacji. Uzasadnienie jakie prezentował Odwołujący w celu wykazania, iż wymóg jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i nieproporcjonalny, zasadniczo sprowadzało się do subiektywnej oceny o wystarczającym jednokrotnym doświadczeniu w należyтым wykonaniu roboty budowlanej.

W ocenie Izby nie można odmówić Zamawiającemu prawa do weryfikacji realizacji co najmniej dwóch instalacji, jako źródła wiedzy o zdolności realizacji tak skomplikowanego przedmiotu robót w różnych uwarunkowaniach. Niekoniecznie trafnym jest wskazywanie na pewną powtarzalność, jako wartość dodaną i istotną z punktu widzenia weryfikacji przygotowania zawodowego wykonawcy. Należałoby natomiast wskazać, iż ocena co najmniej dwóch zakończonych i prawidłowo wykonanych robót budowlanych pozwala ocenić zdolność dostosowania się do oczekiwań różnych zamawiających i różnych warunków pracy instalacji. Również to zamówienie stanowi indywidualny projekt, który będzie wymagał umiejętności i wiedzy na temat rozwiązań pozwalających osiągnąć cel, jakim jest prawidłowo

działająca instalacja odsiarczania spalin. Zamawiający może oczekiwać, aby zamówienie zrealizował podmiot działający na rynku w dłuższym przedziale czasu, co wymaga przy tego rodzaju działalności utrzymywania pewnego poziomu aktywności. Ograniczenie doświadczenia do jednokrotnej realizacji inwestycji, która w skrajnym przypadku mogłaby być jedyną realizowaną w okresie 10 lat, nie daje pozytywnej perspektywy oceny przygotowania zawodowego podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne. Powyższe prowadziło do wniosku, iż opis warunku udziału w postępowaniu nie ma na celu ograniczenia konkurencji poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, które wykraczałyby poza konieczny do oceny przygotowania zawodowego poziom weryfikacji doświadczenia zawodowego.

#### Ad. 3

Zarzut dotyczący potencjału technicznego Izba oddaliła. Żądanie dysponowania własną technologią odsiarczania spalin metodą moką pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia, które będzie realizowane tą metodą. Stąd warunek pozostaje proporcjonalnym i nie można mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący zasadniczo swoją argumentację sprowadzał do wskazania na istnienie ryzyka wykazania się technologią, która uniemożliwi jej dostosowanie do określonych na późniejszym etapie wymagań wobec przedmiotu zamówienia. Izba nie dała wiary tym deklaracjom, gdyż samo wskazanie na dysponowanie technologią ma na celu wykazanie, że wykonawca jest zdolny do jej zastosowania, co wymaga wcześniejszej znajomości tego narzędzia. Ma ono szczególne znaczenie dla zamówień realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj, w których zamawiający określa warunki pracy pozostawiając wykonawcy dostosowanie znanych mu rozwiązań, tak aby osiągnąć satysfakcjonujący efekt końcowy prac. Jeżeli wykonawca nie dysponował dotychczas taką technologią, trudno zmuszać zamawiającego do uznania, iż daje on gwarancję osiągnięcia zakładanego efektu końcowego prac, co wymaga zaplecza technicznego, weryfikowanego w trybie przetargu ograniczonego na etapie poprzedzającym zaproszenie do złożenia oferty. Zamawiający zatem kierując zaproszenie do złożenia oferty powinien uzyskać ogólne przekonanie o zdolności podmiotu do realizacji robót w przewidzianej technologii. Nie można tego uzyskać inaczej, niż określając warunki udziału w postępowaniu, które pozwolą ocenić potencjał wykonawcy konieczny do wykonania prac.

#### Ad 4 i 5

Zarzuty dotyczące kryteriów selekcji Izba oddaliła zasadniczo na tej podstawie, iż wskazane przez Zamawiającego zasady przyznawania punktów z założenia mają na celu ograniczenie kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu umowy (spełniających warunki udziału

w postępowaniu), do tych którzy w najwyższym stopniu mają wiedzę, przygotowanie i doświadczenie pozwalające zakładać, iż inwestycja zostanie dostosowana do potrzeb i oczekiwań Zamawiającego. Kryteria dotyczyły doświadczenia związanego z budową instalacji IOS i zawierały dodatkowe, obiektywne wytyczne, dotyczące zrealizowanych robót. W sposób naturalny stanowiły formę badania, które zastrzało ocenę Wykonawcy w stosunku do minimalnych wymagań (warunku udziału w postępowaniu). W ocenie Izby, nie ograniczały one przez to dostępu do zamówienia podmiotom spoza Polski, chociaż najwyżej punktowane były te roboty wykonane na terenie Polski. Przede wszystkim nie można wykluczyć, iż inwestycje realizowane były przez podmioty zagraniczne, co przy tak dużym stopniu zaawansowania technicznego, wiedzy i umiejętności oraz zasobów finansowych potrzebnych do pokrycia kosztów inwestycji, wydaje się być wysoce prawdopodobnym. Przekonującym był przede wszystkim argument merytoryczny jaki wybrzmiał w stanowisku Zamawiającego o istotnych różnicach w wykonaniu instalacji usytuowanych w różnych warunkach klimatycznych oraz zasilanych paliwem o zróżnicowanych parametrach związanych z miejscem wydobywania, które przekładają się na prawidłową pracę instalacji. Ponieważ kryteria selekcji nie prowadzą do wykluczenia z udziału w postępowaniu, a stanowią naturalny mechanizm doboru podmiotów zapraszanych do dalszego udziału w postępowaniu przy większym zainteresowaniu podmiotów niż 5, nie można mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Kolejnym elementem opisu kryteriów selekcji budzącym zastrzeżenia jest wyłączenie z punktacji inwestycji zrealizowanych przez podmiot, który udostępni wykonawcy potencjał (doświadczenie), również w sytuacji, w której będzie on realizował część prac. Kwestia dotycząca możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego zasadniczo sprowadzona jest do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co uregulowane zostało w przepisach art. 22 a Ustawy. Ustawodawca wprost wskazał, iż poleganie na zasobach podmiotów trzecich zostało dopuszczone „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2 Ustawy stanowią natomiast dodatkowe, ponad konieczne do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wytyczne. Wyraźnie a art. 25 a ust. 1 Ustawy rozróżnia się cel, jakemu służyć mają oświadczenia składane Zamawiającemu poprzez potwierdzenie że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 1), a także spełnia kryteria selekcji (pkt.2). Istotnym pozostaje treść zmodyfikowanego art. 25a ust. 3 Ustawy w którym wskazuje się obecnie na zasoby innych podmiotów w celu wykazania braku istnienia podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsekwentnie w art. 36b Ustawy potencjał podmiotu trzeciego ma na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe prowadzi do wniosku, iż kryteria

selekcji stanowią odrębny przedmiot oceny, co do którego zastosowanie powinny mieć ogólne zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z uwagi na cel, w jakim kryteria selekcji są ustalane w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, należy mieć na uwadze iż ich efektem ma być wyselekcjonowanie podmiotów spełniających warunki udziału w postępowaniu. Skoro kryteria selekcji stanowią ich zaostrenie, nie można również wykluczyć tego, że Zamawiający punktować będzie wyłącznie doświadczenie własne lub konsorcjalne, jako najbardziej oczekiwane od przyszłego wykonawcy prac. Kwestie dotyczące polegania na potencjale podmiotu trzeciego nie mają wprost przeniesienia na opis kryteriów selekcji, które powinny pozwalać na obiektywną ocenę ich przydatności dla realizacji przedmiotu umowy. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji, która mogłaby czynić zarzut zasadny.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie w zakresie wszystkich podtrzymanych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....