

WYROK
z dnia 13 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 września 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2011 r. przez Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „Inprex” Sp. z o.o., ul. Kossaka 7, 40-653 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów (Oddział prowadzący postępowanie: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra, 74-105 Nowe Czarnowo 76)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bitermo Service Sp. z o.o., Net Marine – Marine Power Service Sp. z o.o., ul. Krasickiego 16/1, 71-333 Szczecin** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „Inprex” Sp. z o.o., ul. Kossaka 7, 40-653 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „Inprex” Sp. z o.o., ul. Kossaka 7, 40-653 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Odwołującego – **Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „Inprex” Sp. z o.o., ul. Kossaka 7, 40-653 Katowice** na rzecz Zamawiającego - **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów (Oddział prowadzący postępowanie: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra, 74-105 Nowe Czarnowo 76)** kwotę **4.577 zł 96 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt siedem złotych 96/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. 1 Maja 63, 97-400 Bełchatów działający przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra, 74-105 Nowe Czarnowo 76 (Oddział prowadzący postępowanie), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn: „Modernizacja Kotła PTWM-50 w Elektrowni Szczecin”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S - 128737.

W dniu 19 sierpnia 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 29 sierpnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe INPREX Sp. z o.o., ul. Kossaka 7, 40-653 Katowice od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum, w skład którego wchodzi: 1. BITERMO Service Sp. o.o. (lider) i 2. Net Marine - Marine Power Service Sp. z o.o., ul. Krasickiego 16/1, 71-333 Szczecin (dalej „Konsorcjum”).

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiadała Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), a zatem winna zostać odrzucona przez Zamawiającego,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Konsorcjum wylegitymowało się referencjami wymaganymi do udziału w postępowaniu, podczas gdy referencje dołączone do oferty dotyczyły odrębnych od Wykonawców podmiotów.

Odwołujący wnosił o:

- 1) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i ponowne dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z

- pominięciem oferty odrzuconej,
- 2) orzeczenie, że Zamawiający ma zwrócić Odwołującemu koszty niniejszego postępowania, stosownie do norm przepisanych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż w odpowiedzi na ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu złożył Zamawiającemu ofertę na wykonanie modernizacji kotła PTWM-50 w Elektrowni Szczecin polegającej na przystosowaniu go do pracy na biopaliwie (bioestrach). Zgodnie z wymaganiami SIWZ w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca miał za zadanie zrealizować modernizację kompleksowo, tj. wszystkie prace inwentaryzacyjne, prace projektowe, wykonać prace obiektowe, dostarczyć materiały, elementy konstrukcyjne, części zamienne, aparaturę, instalacje i urządzenia, wykonać niezbędne przekładki i rozbiórki, zabudować i uruchomić obiekt i instalację wraz z wykonaniem wszystkich robót towarzyszących i wykończeniowych, zapewniających kompletność i gotowość obiektu wraz z instalacjami do eksploatacji. W treści SIWZ określono planowany zakres prac do wykonania, przy czym w sposób precyzyjny określono założenia modernizacji, tj.:

- a) zabudowa palników na bioestry z ograniczeniem do niezbędnego minimum układów automatyki spełniającej wymagania przepisów prawa, w tym odnośnych dyrektyw i norm. Wymagania dla bioestrów zgodnie z normą PN-EN 14 213,
- b) zapewnienie sterowania miejscowego, typ układu sterowania - standardowy w oparciu o sterownik PLC przystosowany do współpracy w przyszłości z systemem DCS zabudowanym w elektrowni Szczecin, sterowanie lokalne ma być zrealizowane za pomocą panelu operatorskiego,
- c) zapewnienie regulacyjności palników i zbiorczy pomiar ilości oleju spalanego,
- d) zapalanie palników za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych z układem kontroli płomienia wyposażonych w system samosprawdzania. Wymagana skuteczność zapłonu większa lub równa 90%,
- e) uwzględnienie ograniczenia mocy w paliwie poniżej 50 MW (wymagana moc w paliwie: 48+/-1 MW),
- f) wykorzystanie, o ile będzie to możliwe, istniejących odgięć w komorze paleniskowej,
- g) ograniczenie ilości wentylatorów powietrza z 12 szt. do 2 szt. (w tym 1 szt. rezerwa) pracujących na sieć powietrza do palników,

W opisie istniejącego stanu (cz. II SIWZ) wskazano między innymi, że na kotle zainstalowanych jest 12 palników mazutowych, po 6 szt. na przeciwnych bocznych ścianach komory paleniskowej, a dwa środkowe spośród każdej grupy 6 palników są palnikami rozpałkowymi P2, P5, P8 i P11. Zamawiający wskazał, że palniki rozpałkowe zapalane są zapalnikami gazowymi zasilanymi gazem propan butan. Zapalanie gazu w

zapalniku gazowym odbywa się natomiast za pomocą elektrycznego iskrowego urządzenia zapłonowego (...). Jako kryterium wyboru ofert Zamawiający przyjął cenę - 100% W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, mając na względzie sformułowane przez Zamawiającego warunki i założenia modernizacji kotła, zostały złożone przez Odwołującego i Konsorcjum oferty przedstawiające różne rozwiązania. Odwołujący przedstawił ofertę, w myśl której kocioł miał zostać wyposażony w 12 palników olejowych w sposób wykorzystujący istniejące odgięcia, a każdy palnik miał zostać wyposażony w zapalarkę wysokoenergetyczną. Konsorcjum zaproponowało natomiast rozwiązanie, wg którego przebudowie miała ulec konstrukcja kotła w ten sposób, że miał on zostać wyposażony w 4 palniki umieszczone po jego jednej stronie, wyposażone w zapalarki gazowo-elektryczne. Zdaniem Odwołującego spełnił on wymagania określone w treści SIWZ, przedkładając Zamawiającemu przygotowaną ofertę. Okoliczności te nie budziły wątpliwości Zamawiającego do końca postępowania. Oferta Konsorcjum zawierała natomiast rozwiązanie, które w sposób oczywisty nie odpowiadało warunkom SIWZ. Odwołujący podnosił, że w dużym uproszczeniu można wskazać, iż Konsorcjum zaoferowało instalację zapłonową palników funkcjonującą w sposób co do zasady odpowiadający temu, który istniał przed modernizacją (zapalenie iskrowo - gazowe), proponując jedynie nowocześniejszy system palników. W toku postępowania Zamawiający powziął wątpliwości co do poprawności rozwiązania Konsorcjum w przedstawionym zakresie. Do Konsorcjum zostało skierowane zapytanie Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2011 r., znak: FP/PO/8273/2011 celem wyjaśnienia wskazanych okoliczności. W odpowiedzi, pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. Konsorcjum przedstawiło absurdalne, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienie sugerujące, że rozwiązanie żądane w SIWZ przez Zamawiającego nie może sprawdzić się w przypadku modernizowanego kotła wg projektu Konsorcjum. Wskazano w treści pisma, że dla zapewnienia skuteczności zapłonu bliskiej 100% dla czterech palników większej mocy, które chciało zainstalować Konsorcjum istnieje kilka rozwiązań uzależnionych od mocy palników, w których są zamontowane. Jeżeli są to palniki o mocach poniżej 8 MW i jednocześnie są to palniki bez tzw. atomizacji strumienia rozpylanego oleju opałowego, to tylko wówczas stosuje się najprostsze zapalarki wysokoenergetyczne (w uproszczeniu składające się z transformatora i elektrod zapłonowych, o których następuje zapłon mieszanki olejowo powietrznej). Według autora pisma, zaproponowane przez niego rozwiązanie techniczne nie mogło być przeprowadzone przy użyciu zapalarek wysokoenergetycznych (wg definicji zawartych w Polskich Normach). Powodowałyby to bowiem wydmuchiwanie łuku elektrycznego poza strefę zapłonu palników. W tym miejscu odwołujący zwraca uwagę, iż Konsorcjum wprowadziło w błąd Zamawiającego, opisując rozwiązania charakterystyczne dla wysokonapięciowych zapalarek stosowanych przy prostych konstrukcjach palników, a nie zapalarek wysokoenergetycznych. Konceptje formułowane przez Konsorcjum były zatem

całkowicie błędne i nie mające oparcia w rzeczywistości. Odwołujący podkreślał, iż propozycja rozwiązań technicznych zaprezentowana przez Konsorcjum w treści oferty, a doprecyzowana w treści pisma z dnia 15 czerwca 2011 r., wskazywała w sposób oczywisty, że zaproponowane zostało Zamawiającemu rozwiązanie nieodpowiadające warunkom SIWZ w zakresie wykorzystania dotychczasowej budowy instalacji kotła. Ponadto wskutek rozwiązania zawierającego tylko 4 palniki niemożliwym wg samego Konsorcjum stało się spełnienie kolejnego kryterium SIWZ, tj. zastosowania zapalarek wysokoenergetycznych. Wykonawca w treści swojego pisma wskazał wprost, że wg niego w palnikach większych mocy miałyby się stosować wyłącznie zapalarki z pośrednim budowaniem płomienia przez 2 do 3 sekund mieszkanką propanowo powietrzną, który byłby zapalany przez zapalarkę wysokoenergetyczną. Także Odwołujący pismami z dnia 29 czerwca 2011 r., 5 lipca 2011 r. oraz z 19 lipca 2011 r. w toku postępowania o udzielenie zamówienia wskazał Zamawiającemu swoje zastrzeżenia co do technicznych aspektów rozwiązania zaproponowanego przez Konsorcjum. Odwołujący wskazywał, że dokonana przez Konsorcjum interpretacja SIWZ stanowiła nadużycie. Dopasowane zostały bowiem wybiórczo warunki SIWZ do prezentowanego przez nie rozwiązania, a złożona oferta w sposób oczywisty była sprzeczna z wymaganiami Zamawiającego. Ku ogromnemu zaskoczeniu Odwołującego stanowisko Konsorcjum poparł jednak Zamawiający. W piśmie z dnia 4 lipca 2011 r. (FP/PO8944/2011) skierowanym do Odwołującego wyraził on zdanie, że Zamawiający sformułował w SIWZ wymóg, aby inicjowanie płomienia zapalającego odbywało się za pomocą zapalarki wysokoenergetycznej, natomiast rozwiązania techniczne dotyczące sposobu dalszego budowania płomienia i zapewnienia gwarancji jego stabilności pozostawione zostało wiedzy i doświadczeniu wykonawców. Zamawiający przedstawił stanowisko, że nie zawarł w SIWZ jakiegokolwiek zakazu stosowania medium pośredniego w postaci gazu lub oleju w procesie budowania płomienia zapalającego palnika.

Zdaniem Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego stoi jednakże w oczywistej sprzeczności z SIWZ. Zawarte zostało w nim precyzyjne stwierdzenie, że zapalanie palników miało następować za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych. Należy przyjąć, że jeżeli uprzednio w kotle dokonywało się zapalanie palników poprzez gazowo elektryczne systemy zapłonu, to Zamawiający, żądając zapalarek wysokoenergetycznych, celowo i świadomie wprowadził takie rozróżnienie i oczekiwane rozwiązanie. W myśl takiego założenia została sformułowana oferta Odwołującego. Wg Odwołującego inna interpretacja treści zamówienia nie może się ostać. Dopiero w toku postępowania Zamawiający próbował zmienić koncepcję dokonywanej modernizacji. Czynił to jednak w sposób nieakceptowalny. Prezentowana przez Zamawiającego interpretacja SIWZ nie mieści się bowiem w kategoriach dokonywania dozwolonej wykładni przepisów. Zmiana stanowiska w tym zakresie niewątpliwie pociągać

musiałaby zmianę samego SIWZ, czego Zamawiający nie uczynił w toku postępowania.

Odwołujący wskazywał, że branża w jakiej realizowane jest zamówienie, jest wysoce wyspecjalizowana i posługuje się precyzyjnie zdefiniowanymi pojęciami. Powołując się w tym zakresie na treść Warunków Urzędu Dozoru Technicznego (WUDT-UC-PK: 10.2003) dotyczących wymagań dla palników kotłowych, w ppkt 2.9.4 jako urządzenia zapłonowe wymienia się urządzenia:

- a) gazowo - elektryczne (rozwiązanie oferowane przez Konsorcjum),
- b) olejowo - elektryczne,
- c) elektryczne (wymagane SIWZ w postępowaniu 5/3-POP-4/02/2011).

Przyjmuje się przy tym, iż zapalarka wysokoenergetyczna jest urządzeniem elektrycznym do bezpośredniego zapalania głównych palników olejowych w tym na olej ciężki atomizowanych parą lub powietrzem, działającym na zasadzie cyklicznego rozładowania układu pojemnościowego przez iskrownik wytwarzający iskrę o bardzo dużej energii. Urządzenia te są projektowane przez różne firmy światowe (Durag, Forney), a nomenklatura stosowana w tym zakresie nie budzi wśród nich jakichkolwiek wątpliwości. Urządzenia te (zapalarki wysokoenergetyczne) charakteryzują się potwierdzoną blisko 100 % skutecznością zapłonu bezpośredniego w kilkuset palnikach na wielu instalacjach przemysłowych i kotłach energetycznych w Polsce. Montażem takich urządzeń legitymuje się Odwołujący, chociażby w przedstawionych Zamawiającemu listach referencyjnych. Na potwierdzenie przytoczonych okoliczności Odwołujący wskazywał, że w powszechnym obrocie branżowym występują zapalarki wysokoenergetyczne o mocy 12 dżuli, które są w stanie spełnić zapotrzebowanie systemów zapłonu palników o znacznie większej mocy niż zaoferowane przez Konsorcjum i Odwołującego. Odwołujący realizuje zamówienia na budowę bądź modernizację instalacji palnikowych kotłów na oleje lekkie i ciężkie z zastosowanymi zapalarkami wysokoenergetycznymi bez dodatkowych gazowych palników zapłonowych. Z ostrożności Zamawiającemu zostały przekazane wraz z pismem z dnia 29 czerwca 2011 r. wyniki pomiarów ITC Łódź palników montowanych przez Odwołującego. Dobitnie wskazują one, że prezentowane przez Konsorcjum wywody, iż nie było możliwe zastosowanie do zapłonu palników modernizowanego kotła zapalarek wysokoenergetycznych (a nie gazowo - elektrycznych) jest niezgodnie z faktami i istniejącą technologią. Sprzedaż takich urządzeń na polskim rynku prowadzona jest chociażby przez firmę IP&S Sp. z o.o. w Lubiczowie, ul. Warszawska 77C, 05-082 Stare Babice, reprezentowaną przez p. Piotra S. Odwołujący wskazywał, iż w wymaganiach dotyczących bezpieczeństwa systemów spalania i układów paliwowych dla urządzeń przemysłowych do procesów cieplnych zawartych w normie obowiązującej PN-EN 746-2 w pkt 3, zawarte są następujące definicje:

3.31 palnik zapłonowy: Palnik, którego płomień zapala inny palnik,

- 3.57 palnik pilotujący: Palnik zapłonowy nie związany z palnikiem głównym, kontrolowany niezależnie i będący źródłem zapłonu dla palnika głównego,
- 3.58 płomień palnika pilotującego: Płomień palnika pilotującego służy do zapłonu płomienia głównego.
- 3.75. paliwo rozruchowe: Paliwo dostarczane do pilota lub palnika głównego w małej ilości w celu ustalenia głównego płomienia,

Zdaniem Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że rozwiązanie zaproponowane przez Konsorcjum zawarte w ofercie skierowanej do Zamawiającego nie spełnia warunków określonych w SIWZ. Oferta przewidywała bowiem w rozwiązaniu palnik pilotujący, a nie zapalanie zapalarką wysokoenergetyczną. Koncepcja zamontowania 4 palników o wiele większej mocy niż w ofercie Odwołującego z pewnością dawała Konsorcjum większe szanse na przedstawienie rozwiązania tańszego niż to zaproponowane przez Odwołującego. Jednakże to samo rozwiązanie nie umożliwiło Konsorcjum spełnienia podstawowych założeń modernizacji żądanych przez Zamawiającego.

Aby wyeliminować jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie istnienia sprzeczności oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia Odwołujący wskazywał, iż należy powołać także pkt. 5.3.2.10 powołanej wyżej normy dot. wymagań układu zapłonu paliw ciekłych. Znajduje się tam sformułowanie rozróżniające rodzaje zapłonów: tj. „Każdy bezpośredni przyrząd zapłonowy (wg SIWZ - zapalarka wysokoenergetyczna) lub kombinacja przyrządu zapłonowego i palnika zapłonowego (rozwiązanie zawarte w ofercie Konsorcjum) w instalacjach zautomatyzowanych powinna stanowić integralną część układu palnika głównego.” Ponieważ Zamawiający jednoznacznie określił w SIWZ, że zapalanie palników ma się realizować za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych (bezpośrednio tym przyrządem zapłonowym), a nie przy użyciu palnika zapłonowego, którego płomień zapala palnik główny z wykorzystaniem paliwa rozruchowego (kombinacji urządzeń), błędne było uznanie przez Zamawiającego, że oferta Konsorcjum spełnia wymagania SIWZ, a dalej, że może podlegać dalszej ocenie pod względem ceny.

Zdaniem Odwołującego zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona jako niespełniająca wymagań Zamawiającego, a wybrana w toku postępowania winna zostać oferta Odwołującego jako czyniąca zadość warunkom SIWZ.

Uzasadniając z kolei zarzut naruszenia przez Zamawiającego 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący wskazywał, iż w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów referencyjnych nie zostały przedstawione przez Konsorcjum wymagane oświadczenia zamawiających. Referencje w zakresie wykonania modernizacji w zakresie oczekiwanym

przez Zamawiającego zostały bowiem udzielone firmie SAACKE GmbH z Bremy i ewentualnie Bitermo Complex s.c. Odnosząc się do listy referencyjnej pierwszego podmiotu podnosił, iż zawarte zostało tam oświadczenie (tabela), że firma ta wykonywała podobne zamówienia. Nie zostały jednakże przedstawione przez Konsorcjum same listy referencyjne potwierdzające wykonanie przez Konsorcjum zamówień wg oczekiwań Zamawiającego. Brak powiązania Konsorcjum ze wskazaną wyżej spółką cywilną jest oczywisty. Oświadczenie wystawione Konsorcjum przez Spółkę Naftową Lukoil z dnia 24 maja 2011 r. także nie spełnia stosownych wymagań. Oświadczenie to nie może być niewątpliwie kwalifikowane nawet jako dokument prywatny w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Nie został tam zawarty podpis jakiegokolwiek osoby działającej imieniem powołanej spółki. Także z tego powodu oferta Konsorcjum winna być odrzucona.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 29 sierpnia 2011 r.

W dniu 31 sierpnia 2011 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 1 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdzie jako uczestnika określono Bitermo Service Sp. z o.o., który to podmiot jest liderem Konsorcjum. W dniu 2 września 2011 r. wpłynęło pismo uzupełniające zgłoszenie przystąpienia z dnia 1 września 2011 r. z oznaczeniem Konsorcjum jako uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego przystąpienie. W przystąpieniu wskazano na interes Konsorcjum w zgłoszeniu przystąpienia z uwagi na wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Kopia przystąpienia została przesłana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 7 września 2011 r. Zamawiający złożył wniosek w trybie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia w postępowaniu odwoławczym wywołanym przedmiotowym odwołaniem, który został przez Izbę rozpoznany w dniu 12 września 2011 r. Izba wydała postanowienie odmawiające uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia w postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO/W 29/11).

W dniu 12 września 2011 r. na posiedzeniu przed Izbą Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania w trybie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, albowiem Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu, w terminie opisanym art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, całości odwołania, tj. wymienionych w odwołaniu załączników, w tym Polskiej Normy nr PN-EN 746-2, wciagu z Warunków UDT - UC-PK:10.2003, opinii biegłego z zakresu instalacji palnikowych kotłów, wydruku z oferty

handlowej IP&S sp. z o.o. Zamawiający podnosił, iż wobec braku znajomości w/w dokumentów, które są istotne z punktu widzenia zarówno przygotowania stanowiska Zamawiającego ustosunkowującego się do zarzutów odwołania, jak i rozstrzygnięcia przez Izbę, Zamawiający nie mógł powziąć wiedzy co do pełnej argumentacji Odwołującego. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości, albowiem nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ani art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Nadto w obu w/w przypadkach wnosił o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów przejazdu do siedziby Izby i powrotu do siedziby Zamawiającego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł - w oparciu o przedłożone rachunki.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie podlegać winno odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia. Na odwołanie przekazane Izbie składało się 9 stron tekstu odwołania oraz - jak się dowiedział Zamawiający w rozmowie telefonicznej z sekretariatem Izby - dwa segregatory z dokumentacją. Na stronie 8 i 9 (ostatniej) zasadniczej części odwołania Odwołujący zamieścił wykaz 11 dowodów, w tym 10 dokumentów, z których:

- załącznik nr 1 to SIWZ (zał. nr 1 i 2 do SIWZ),
- zał. nr 2 to oferta Konsorcjum,
- zał. nr 3 to oferta Odwołującego,
- zał. nr 4 to pisma Odwołującego (szczegółowo wskazane w odwołaniu),
- zał. nr 5 to pismo Zamawiającego z dn. 04-07-2011 r.,
- zał. nr 6 to Polska Norma nr PN-EN 746-2.
- zał. nr 7 to wciąg z Warunków UDT - UC-PK: 10.2003,
- zał. nr 8 to opinia biegłego z zakresu instalacji palnikowych kotłów,
- zał. nr 10 to wydruk z oferty handlowej IP&S sp. z o.o.

Zamawiający oświadczał, że kopia odwołania, którą otrzymał od Odwołującego, nie zawiera żadnego z przywołanych wyżej załączników, w konsekwencji Zamawiający nie mógł przeprowadzić pełnej oceny podniesionych zarzutów, gdyż nie otrzymał załączników nr 1-10. Przede wszystkim nie zostały doręczone Zamawiającemu zał. nr 6 Polska Norma nr PN-EN 746-2, zał. nr 7 wciąg z Warunków UDT - UC-PK: 10.2003, zał. nr 8 opinia biegłego z zakresu instalacji palnikowych kotłów, zał. nr 10 wydruk z oferty handlowej IP&S sp. z o.o. Nadto Zamawiający nie ma wiedzy, czy do odwołania została załączona pisemna „opinia biegłego z zakresu instalacji palnikowych kotłów” lub rzeczoznawcy, ani czy dowód ten ma być np. wnioskiem dowodowym o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Kopia

odwołania przekazana Zamawiającemu liczy dziewięć stron treściowo odpowiadające odwołaniu wniesionemu do Prezesa Izby, z tym, że nie zawiera załączników przywołanych w odwołaniu. Zamawiający stwierdzał, że przesłanie Zamawiającemu dnia 29 sierpnia 2011 r. niepełnej treści odwołania, na podstawie której Zamawiający nie mógł powziąć wiedzy co do pełnej argumentacji podnoszonej przez Odwołującego, oznacza, że Odwołujący nie przesłał kopii odwołania w rozumieniu art. 180 ust. 3 i 5 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 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). Tym samym Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, co skutkować powinno zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp odrzuceniem odwołania. Zamawiający podnosił, iż prezentowana wykładnia przepisów dotyczących przekazania Zamawiającemu kopii odwołania kształtuje się w orzecznictwie Izby - por. postanowienie z 14 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO 439/10 i postanowienie z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1129/10.

Nadto Zamawiający stwierdzał, iż odwołanie nie jest zasadne z punktu widzenia merytorycznego. Nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem oferta Konsorcjum odpowiada wymaganiom SIWZ i nie powinna być odrzucona. Przedmiotem zamówienia jest modernizacja energetycznego wodnorurowego kotła wodnego, z ograniczeniem jego mocy i zmianą dotychczas stosowanego paliwa jakim był mazut na olej opałowy (bioestry). Do odbiorów technicznych modernizowanego kotła stosuje się normę PN-EN-12952-8 „Kotły wodnorurowe i urządzenia pomocnicze, część 8 - Wymagania dotyczące instalacji paleniskowych na paliwa ciekła i gazowe” oraz normę PN-EN- 267 „Palniki olejowe z wentylatorem”, część 5.2., w tym odnośnie Czasów bezpieczeństwa poprzedzającego rozruch (5.2.2). Przywoływana przez odwołującego norma PN-EN 746-2 (str. 7 odwołania) dotyczy jak podaje wybiórczo Odwołujący: „...bezpieczeństwa systemów spalania i układów paliwowych dla urządzeń przemysłowych do procesów cieplnych...”. Zgodnie z pełnym opisem tej normy jej zakres obejmuje wymagania dotyczące „urządzeń spalania i urządzeń układów paliwowych stosowanych w przemysłowych urządzeniach do procesów cieplnych, np. pieców, suszarek, systemów grzewczych takich jak wanny solne i wanny do topienia oraz urządzeń, takich jak zespoły palnikowe używane w maszynach odlewniczych, kadziach hutniczych itp.” Dalsza polemika z odwołaniem i argumentacja natury technicznej w jej zakresie jest zbędna z uwagi na to, że normy tej nie stosuje się do kotłów wodnorurowych, co potwierdza wprost treść pisma Urzędu Dozoru Technicznego z dnia 9 września 2011 r. (UC/8124043/4886) przedstawianego wraz z odpowiedzią na odwołanie. Skoro w postępowaniu przetargowym nie stosuje się normy PN-EN 746-2, to niezasadne są także zarzuty Odwołującego o niespełnianiu przez Konsorcjum wymogów w

SIWZ, a to pkt 5.3.2.10 w/w normy co do „układu zapłonu paliw ciekłych” i rozróżnianie rodzajów zapłonów na palniki pilotujące i palniki bezpośrednie (bezpośredniego przyrządu zapłonowego, kombinowanego przyrządu zapłonowego i palnika zapłonowego - str. 7 odwołania). Odwoływanie się do w/w normy powoduje także, że schodzi z pola widzenia Odwołującego to, że zapalarka wskazana w ofercie Konsorcjum jest zapalarką wysokoenergetyczną, spełniającą wymogi właściwych norm: PN-EN- 12952-8 „Kotły wodnorurowe i urządzenia pomocnicze, część 8 - Wymagania dotyczące instalacji paleniskowych na paliwa ciekła i gazowe” i normy PN-EN 267 „Palniki olejowe z wentylatorami”. Zdaniem Zamawiającego nie doszło też do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem referencje Spółki Naftowej LUKOIL z dnia 24 maja 2011 r. złożone w trybie uzupełnienia oferty są oświadczeniem wiedzy, a nie woli i nie są dokumentami sformalizowanymi. W związku z powyższym wystarczającym jest podpisanie takiego oświadczenia przez osobę uprawnioną (brak wymogu podpisywania referencji przez członków zarządu) w danym konkretnym postępowaniu przetargowym, np. protokół odbioru. Nadto dokument ten jest oczywiście dokumentem prywatnym, a Konsorcjum ma prawo korzystać z doświadczenia podwykonawcy, po myśli art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność braku upoważnienia osób podpisujących się pod przedmiotowymi referencjami, które mogą być podpisywane zarówno przez osoby widniejące we właściwym rejestrze danego przedsiębiorcy (np. zarząd, właściciel), jak i przez osoby upoważnione do podpisania określonych oświadczeń (np. pełnomocnicy, prokurenci), ale także przez osoby, które na skutek przyjętego w danej jednostce podziału obowiązków podpisują określone dokumenty (np. kierownicy, menadżerowie, dyrektorzy pionów organizacyjnych itp.).

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W SIWZ w rozdziale 3 „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 3.1. przewidziano, iż: *„Przedmiotem zamówienia jest wykonanie modernizacji kotła PTWM-50 w Elektrowni Szczecin polegającej na przystosowaniu go do pracy na biopaliwie (bioestrach). Przedmiot zamówienia Wykonawca zrealizuje kompleksowo we wszystkich branżach i zgodnie z formułą „pod klucz”. Formuła "pod klucz" oznacza wykonanie przez Wykonawcę całości prac w celu realizacji przedmiotu zamówienia, w tym wykonanie niezbędnych inwentaryzacji,*

wykonanie prac projektowych, wykonanie prac obiektowych, dostarczenie materiałów, elementów konstrukcyjnych, części zamiennych, aparatury, instalacji i urządzeń, wykonanie niezbędnych przekładek i rozbiórek, zabudowę i uruchomienie obiektu i instalacji wraz z wykonaniem wszystkich robót towarzyszących i wykończeniowych, zapewniających kompletność i gotowość obiektu wraz z instalacjami do eksploatacji". W ppkt 3.1.1 i 3.1.2 . określono zakres prac do wykonania oraz zawarto założenia, zgodnie z którymi należy zaprojektować wykonanie modernizacji.

„3.1.1. Planowany zakres prac do wykonania obejmuje:

- a) wykonanie inwentaryzacji na obiekcie,
- b) opracowanie projektu wykonawczego modernizacji we wszystkich branżach (uzgodnionego z UDT),
- c) dostawy z zabudową i wykonaniem niezbędnych przekładek, rozbiórek,
- d) opracowanie instrukcji eksploatacji zgodnie ze standardami PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra,
- e) opracowanie niezbędnej dokumentacji powykonawczej,
- f) uruchomienie na obiekcie i przekazanie do eksploatacji,
- g) przeprowadzenie szkolenia personelu zamawiającego

3.1.2. Wykonanie modernizacji należy zaprojektować przy następujących założeniach:

- a) zabudowa palników na bioestry z ograniczeniem do niezbędnego minimum układów automatyki spełniającej wymagania przepisów prawa, w tym odnośnych dyrektyw i norm. Wymagania dla bioestrów zgodne z normą PN- EN 14213,
- b) zapewnienie sterowania miejscowego, typ układu sterowania – standardowy w oparciu o sterownik PLC przystosowany do współpracy w przyszłości z systemem DCS zabudowanym w Elektrowni Szczecin, sterowanie lokalne ma być zrealizowane za pomocą panelu operatorskiego,
- c) zapewnienie regulacyjności palników i zbiorczy pomiar ilości oleju spalanego,
- d) zapalanie palników za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych z układem kontroli płomienia wyposażonych w system samosprawdzania. Wymagana skuteczność zapłonu $\geq 90\%$,

- e) uwzględnienie ograniczenia mocy w paliwie poniżej 50 MW wymagana moc w paliwie 48 ± 1 MW),
- f) wykorzystanie, o ile będzie to możliwe istniejących odgięć w komorze paleniskowej,
- g) ograniczenie ilości wentylatorów powietrza do palników z 12 szt. do 2 szt. (w tym 1 szt. rezerwa) pracujących na sieć powietrza do palników”.

Z kolei w SIWZ w rozdziale 5 „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt 5.2.2. ppkt 5.2.2.1. i 5.2.2.2. Zamawiający przewidział, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. wykonawcy, którzy:

„5.2.2.1. W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na: zaprojektowaniu, dostawie, zabudowie, uruchomieniu oraz przekazaniu do eksploatacji palników olejowych lub gazowych na instalacji o mocy min. 50 MWt.

5.2.2.2. W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne oświadczenie na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ oraz następujące dokumenty:

a) wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień polegających na zabudowie palników na instalacji o mocy min. 50 MWt zgodnie z warunkiem zawartym w pkt. 5.2.2.1 ze wskazaniem:

- opisu przedmiotu zamówienia (ogólny zakres dostaw urządzeń i ich zabudowy) wraz ze wskazaniem jakiej mocy instalacji dotyczyła realizacja zamówienia (zgodnie z pkt. 5.2.2.1)
- terminu realizacji zamówienia (termin odbioru przedmiotu zamówienia),
- nazwy i adresu zamawiającego;

na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

b) Dokumenty potwierdzające, że zamówienia wskazane w wykazie (załączniku nr 5 do SIWZ) zostały należycie wykonane, a przedmiot

zamówienia odebrany przez zamawiającego. Dokumenty powinny zawierać następujące informacje: (1) opis przedmiotu zamówienia tj. opis wykonanych prac projektowych wraz z realizacją dostaw, montażem, odbiorami i uruchomieniem na obiekcie, (2) nazwę i siedzibę zamawiającego, (3) terminy rozpoczęcia i zakończenia oraz miejsce realizacji zamówienia. Dokumentami takimi mogą być podpisane przez upoważnione osoby zamawiającego: referencje, protokoły odbioru oraz każdy inny dokument wystawiony przez odbiorcę wykonanego zamówienia, zawierający jego oświadczenie o należytych wykonaniu zamówienia.”

W ofercie Konsorcjum przewidziano realizację modernizacji wg którego przebudowie miała ulec konstrukcja kotła w ten sposób, że miał on zostać wyposażony w 4 palniki umieszczone po jego jednej stronie, wyposażone w zapalarki gazowo-elektryczne.

Ponadto Konsorcjum załączyło do oferty wykaz zrealizowanych zamówień, w którym wymieniono:

- w pozycji 1 montaż 6 palników gazowych o mocy 10 MW każdy, realizacja pod klucz, z pełnym sterowaniem i wizualizacją wykonany dla Zakładów Chemicznych „Police” SA,
- w pozycji 2 montaż 15 palników o mocy zainstalowanej 300 MW moc spalania 258 MW w technologii niskoemisyjnej NOx wykonany dla Lukoil (Lukoil) Burgas.

Do oferty załączono pismo z dnia 25 maja 2011 r. wystawione przez Zakłady Chemiczne Police SA potwierdzające, iż Bitermo Complex s.c. dostarczyła w roku 2008 zamontowała i uruchomiła 6 palników SAACKE GmbH oraz wskazano na zakres wykonanych prac, jak również potwierdzenie należytego i terminowego wykonania prac. Do oferty załączono także pismo z dnia 25 maja 2011 r. od Bitermo Complex s.c. dotyczące tej samej dostawy, w którym Bitermo Complex s.c. potwierdza, iż SAACKE GmbH w ramach współpracy jako podwykonawca dostarczyła w roku 2008, zamontowała i uruchomiła 6 palników SAACKE GmbH. Pismo wskazywało na zakres podwykonawstwa oraz potwierdzało należyte wykonanie prac. Do oferty załączono także listę realizacji zamówień wykonanych przez SAACKE GmbH oraz wskazano, iż na str. 6 tej listy znajduje się realizacja dla Zakładów Chemicznych „Police” SA, a na stronie 4 dla Lukoil Burgas. Dodatkowo załączono także pismo z dnia 27 maja 2011 r., w którym firma SAACKE GmbH zadeklarowała współpracę w zakresie dokumentacji, dostawy, uruchomieniu instalacji i wsparciu technicznym.

Pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. (FP/PO8273/2011) Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia. W związku z przedłożonymi dokumentami Zamawiający wzywał do wyjaśnienia, jakie istnieją stosunki prawne łączące Bitermo Service Sp. z o.o. i Bitermo Complex s.c. w rozumieniu prawa zamówień publicznych – uprawniające wykonawcę do powołania się na referencje Zakładów Chemicznych „Police” SA wystawione dla Bitermo Complex s.c. oraz do złożenia dokumentów potwierdzających stosunki prawne i/lub złożenie stosownego oświadczenia tego podmiotu w rozumieniu ustawy Pzp. Ponadto prosił o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią listy referencyjnej SAACKE GmbH za lata 2004-2011 a treścią referencji Zakładów Chemicznych „Police” SA w zakresie terminu realizacji przez wskazanie terminu rozpoczęcia i zakończenia tej realizacji. W zakresie zamówienia wykonanego dla Lukoil Burgas Zamawiający wskazywał, iż ze złożonych dokumentów nie wynika, aby wykonawca załączył referencje lub inne dokumenty (protokoły odbioru) zgodne z brzmieniem pkt 5.2.2.2. SIWZ zawierające m.in. wskazanie lokalizacji, terminu wykonywania, zakresu przedmiotowego i zawierające oświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia. Zauważył, iż załączony dokument prywatny (prezentacja firmy SAACKE GmbH na 8 Internacjonalną Konferencję Modernizacja Kotłów w Polsce w dniach 3-4 marca 2011 r.) nie pochodzi od Zamawiającego, a jedynie jest prezentacją pochodzącą od wykonawcy. Zamawiający prosił zatem o złożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wymienionego zamówienia zgodnie z brzmieniem pkt 5.2.2.2. b) SIWZ, ponadto o złożenie wykazu firmy SAACKE GmbH oraz poświadczenia podpisu Pana Norberta Fritza Schopf przetłumaczonych na język polski, bowiem wykaz ten i poświadczenie zostały sporządzone w języku angielskim.

Pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. Konsorcjum uzupełniło złożone dokumenty o referencje podwykonawcy – SAACKE GmbH w zakresie realizowanej inwestycji dla Lukoil Burgas. W załączonych dokumentach podany był czas rozpoczęcia i zakończenia prac, zakres oraz pozytywna opinia inwestora o należyтым wykonaniu prac dotyczące objętego zamówieniem zakresu. Załączył także podziękowania, jakie w trakcie realizacji wystosowano do SAACKE GmbH po przeprowadzonych uruchomieniach. Załączył także wykaz prac (inwestycji), które SAACKE GmbH wykonywała w latach 2004-2011 dla typu palników przewidzianych do dostawy w ramach modernizacji kotła PTWM – 50 podpisany przez Pana Norberta Schopf. W tłumaczeniu oświadczenia Spółki Naftowej Lukoil Energia i Gaz Bułgaria z dnia 24 maja 2011 r. podpisanym przez Ogólnego Menedżera Elektrowni stwierdzono, iż przedsiębiorstwo SAACKE GmbH zaprojektowało, dostarczyło i uruchomiło 15 sztuk palników DDG o mocy 20 MW, które zostały zamontowane na kotle parowym w rafinerii w Burgas Bułgaria. Projekt został wykonany między 20 listopada 2009 r. a 10 czerwca 2010 r., zaś dostarczone wyposażenie pracuje bardzo dobrze od tego czasu. W zakresie referencji

Zakładów Chemicznych „Police” SA Konsorcjum wyjaśniło, iż nie starało się wykazać jakichkolwiek stosunków prawnych pomiędzy Bitermo Complex s.c. a Bitermo Service Sp. z o.o. Celem było wykazanie, iż osoby zarządzające Bitermo Service Sp. z o.o. posiadają bogate doświadczenie zawodowe zdobyte przy realizacjach pod klucz podobnych inwestycji. Zrealizowane dotychczas we współpracy z SAACKE GmbH na terenie Szczecina inwestycje to Zakłady Chemiczne „Police” SA oraz Bridgestone Stargard Szczeciński. Potwierdzają one, że współpraca z SAACKE GmbH nie jest dla tych osób pilotażową, incydentalną. Dotychczasowe wspólne doświadczenia powinny być dodatkową gwarancją poprawnego przeprowadzenia modernizacji.

Zamawiający w oparciu o powyższe informacje w dniu 21 czerwca 2011 r. (znak FP/PO8512/2011) wezwał Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu potwierdzającego, że podwykonawca zobowiązał się do współpracy w wykonywaniu przedmiotu zamówienia przy realizacji przedmiotowego postępowania przetargowego (ze szczegółowym wskazaniem zakresu) w okresie jego wykonywania. Zamawiający uznał bowiem, że z przedłożonego wraz z ofertą oświadczenia SAACKE GmbH z dnia 27 maja 2011 r. nie wynika, aby podmiot ten jako podwykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia, lecz jedynie, że wyraża ogólnie deklarację współpracy, nadto zbyt ogólnie wskazał zakres współpracy w szczególności w zakresie dokumentacji i wsparcia technicznego. Zamawiający uznał zatem, iż nie wykazuje w wystarczający sposób oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Konsorcjum wraz z pismem z dnia 21 czerwca 2011 r. przedstawiło oświadczenie SAACKE GmbH z dnia 21 czerwca 2011 r., w którym potwierdzono, że deklaracja z dnia 27 maja 2011 r. dotyczy modernizacji kotła w ramach niniejszego postępowania. Z oświadczenia wynikało zobowiązanie do współpracy i wsparcia w zakresie wymienionych w oświadczeniu prac (projekt, dostawa, dokumentacja techniczna, realizacja/budowa, uruchomienie, przekazanie do eksploatacji), biorąc pod uwagę czas wymagany do realizacji tego projektu.

W dniu 29 czerwca 2011 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazywał na swoje wątpliwości co do braku referencji Bitermo Complex s.c. czy Bitermo Service Sp. z o.o. na cały zakres prac w dniu złożenia oferty. Deklaracja współpracy i wsparcia przed podwykonawcą – SAACKE GmbH nie spełnia wymogu pisemnego zobowiązania do oddania swoich zasobów, doświadczenia i potencjału Wykonawcom, którzy zobowiązani są potwierdzić w ten sposób spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert (wg art. 22 i 26 ustawy Pzp), tj. na dzień 30 maja 2011 r.

Zamawiający w piśmie z dnia 4 lipca 2011 r. (znak FP/PO8944/2011) skierowanym do Odwołującego (będącym odpowiedzią na pismo Odwołującego z dnia 29 czerwca 2011 r. znak DN/ZJ/832/2011), w którym, odpowiadając na wątpliwości Odwołującego odnośnie braku referencji Bitermo Service Sp. z o.o. na cały zakres prac w dniu złożenia oferty, informował, że referencje wystawione po dacie składania ofert, ale potwierdzające należyte wykonanie prac mających miejsce przed ich składaniem modelowo odpowiadają normie zawartej w art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, tj. potwierdzają, że Wykonawca legitymował się wymaganym doświadczeniem już w dniu składania ofert, a więc potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w tej dacie (np. wyrok KIO z 29 lipca 2010 r. KIO/UZP 1464/10). W przypadku oświadczenia SAACKE GmbH złożonego z datą 21 czerwca 2011 r. Zamawiający wskazywał, iż należy uznać, że dokument ten potwierdza dodatkowo zobowiązanie podwykonawcy do współpracy przy wykonywaniu przedmiotu umowy wyrażone w oświadczeniu SAACKE GmbH z dnia 27 maja 2011 r. Zamawiający uznawał, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający ww pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. (pkt I.1 pisma) wezwał Konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty. W związku z treścią pkt 3.1.2. d) SIWZ Zamawiający wskazywał, iż Konsorcjum, składając ofertę, w opisie proponowanego rozwiązania zaoferowało zapłon palników przy pomocy zapalarek elektryczno-gazowych (propan). Zwracał się zatem o wyjaśnienie, czy przewidziane w ofercie zapalarki elektryczno-gazowe (propan) są zapalarkami wysokoenergetycznymi, nadto czy Konsorcjum przewidziało w zakresie oferty zaprojektowanie i wykonanie – zgodnie z wymaganiami przepisów prawa, w tym odnośnych dyrektyw i norm – pełnej instalacji do magazynowania i przesyłania gazu propan. Zamawiający nie posiada instalacji gazowej.

W piśmie z dnia 15 czerwca 2011 r. Konsorcjum wyjaśniło, iż zaproponowało rozwiązanie zgodne z wymaganiami SIWZ. Wyjaśniało, iż dla zapewnienia właśnie skuteczności zapłonu bliskiej 100% istnieje kilka rozwiązań uzależnionych od mocy palników, w których są zamontowane. Jeżeli są to palniki o mocach poniżej 8MW i jednocześnie są to palniki bez tzw. atomizacji strumienia rozpylanego oleju opałowego, to wówczas stosuje się najprostsze zapalarki wysokoenergetyczne (w uproszczeniu składające się z transformatora i elektrod zapłonowych), od których następuje zapłon mieszanki olejowo-powietrznej. Jeżeli zatem proponowane przez Konsorcjum rozwiązanie polegałoby na prostym zastąpieniu istniejących palników nowymi w ilości 12 sztuk i mocy każdego 4MW, zapłon następowałby od iskry wytwarzanej na elektrodach zapłonowych i w wysokonapięciowym transformatorze. W palnikach większych mocy, z systemami atomizacji strumienia rozpalanego oleju, stosowane są zapalarki wysokoenergetyczne (zapłon od iskry) z pośrednim budowaniem

płomienia przez 2 do 3 sekund mieszką propanowo powietrzną. Zastosowanie zapalarki wyposażonej jedynie w układ zapłonowy transformator-elektrody zapłonowe, dla dysz z atomizacją – będzie skutkowało wydmuchiowaniem łuku poza strefę zapłonu i co za tym idzie, małą skuteczność zapłonu. W palnikach gazowych lub gazowo-olejowych jest to forma palnika pilotującego. W związku z faktem, że w ramach przewidzianej przez Konsorcjum modernizacji montowane są palniki olejowe o mocach 4x12 MW zastosowano zapalarki wysokoenergetyczne z płomieniem pilotującym. Płomień pilotujący uzyskiwany jest z butli 11 kg wchodzącej w skład instalacji palnikowej, stosowanych powszechnie w domach i przemyśle. Dodawał, iż zużycie gazu jest niewielkie i wynosi 0,01m³/zapłon. Nie ma zatem potrzeby budowania instalacji magazynowania gazu, wydzielania stref zagrożenia wybuchem. Zaznaczono, iż Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że niedopuszczalne jest stosowanie dodatkowego medium zwiększającego skuteczność zapłonu. Palnik wyposażony jest w system detekcji płomienia zasadniczego (ciągły). Zanik płomienia powoduje natychmiastowe odcięcie dopływu oleju do palnika. Nie ma zatem niebezpieczeństwa powstawania oparów i wybuchu niespalanego oleju. System detekcji płomienia obejmuje również płomień pilotujący (czujnik jonizacji). Konsorcjum podkreślało, iż zaproponowane palniki są wyposażone w zapalarki wysokoenergetyczne, z układem kontroli płomienia i skutecznością zapłonu $\geq 90\%$. Zapewnił, że kompletna instalacja będzie spełniała odnośne normy i dyrektywy dla zakresu objętego modernizacją.

Odwołujący pismem z dnia 29 czerwca 2011 r. (znak DN/ZJ/832/2011) wskazał Zamawiającemu swoje zastrzeżenia również m.in. co do technicznych aspektów rozwiązania zaproponowanego przez Konsorcjum. Wskazywał, iż w ofercie Konsorcjum nie znajdują się palniki spełniające kryterium SIWZ określającego sposób zapalania palników, tj. *„Zapalanie palników za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych z układem kontroli płomienia wyposażonych w system samo sprawdzania. Wymagana skuteczność pow. 90%”*. Odwołujący podnosił, iż zapalarka wysokoenergetyczna jest urządzeniem elektrycznym do bezpośredniego zapalania głównych palników olejowych w tym na olej ciężki atomizowanych parą lub powietrzem działającym na zasadzie cyklicznego rozładowania układu pojemnościowego przez iskrownik wytwarzający iskrę o bardzo dużej energii. Zauważał, że urządzenia te są produkowane od kilkunastu lat przez różne firmy światowe (Durag, Forney) i zastosowane z potwierdzoną blisko 100% skutecznością zapłonu bezpośredniego w kilkuset palnikach na wielu instalacjach przemysłowych i kotłach energetycznych w Polsce (wskazywał, iż dysponuje wykazem zastosowań Forney'a z referencji własnych i IP&S). Podnosił, iż zgodnie z Warunkami Urzędu Technicznego (WUDT-UC-PK:10.2003) dotyczącymi wymagań palników kotłowych w ppkt 2.9.4. jako urządzenia zapłonowe wskazano: gazowo-elektryczne (rozwiązanie oferowane przez Konsorcjum), olejowo-

elektryczne i elektryczne (wymagane SIWZ). Z kolei w wymaganiach dotyczących bezpieczeństwa systemów spalania i układów paliwowych dla urządzeń przemysłowych do procesów cieplnych zawartych w obowiązującej normie PN-EN 746-2 w pkt 3 zawarte są definicje:

- 3.31 palnik zapłonowy: Palnik, którego płomień zapala inny palnik,
- 3.57 palnik pilotujący: Palnik zapłonowy nie związany z palnikiem głównym, kontrolowany niezależnie i będący źródłem zapłonu dla palnika głównego,
- 3.58 płomień palnika pilotującego: Płomień palnika pilotującego służy do zapłonu płomienia głównego.
- 3.75. paliwo rozruchowe: Paliwo dostarczane do pilota lub palnika głównego w małej ilości w celu ustalenia głównego płomienia.

W pkt 5.3.2.10 powołanej wyżej normy dot. wymagań układu zapłonu paliw ciekłych. Znajduje się tam sformułowanie rozróżniające rodzaje zapłonów: tj. „Każdy bezpośredni przyrząd zapłonowy (zapalarka wysokoenergetyczna według SIWZ) lub kombinacja przyrządu zapłonowego i palnika zapłonowego (rozwiązanie zawarte w ofercie Konsorcjum) w instalacjach zautomatyzowanych powinna stanowić integralną część układu palnika głównego.” Ponieważ Zamawiający jednoznacznie określił w SIWZ, że zapalanie palników ma się realizować za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych (bezpośrednio tym przyrządem zapłonowym pkt 5.3.3.10), a nie palnikiem zapłonowym (pkt 3.31 ww normy), którego płomień zapala palnik główny (pkt 3.58) z wykorzystaniem paliwa rozruchowego (pkt 3.58), tylko oferta Odwołującego spełnia wymaganie zawarte w SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż jako producent dysponuje palnikami ze wszystkimi rodzajami zapłonu zgodnie z ww warunkami i uprawnieniami UDT do ich wytwarzania spełniając normy dyrektywne i przyjęła rozwiązanie zgodne z SIWZ. Wykaz ostatnio zrealizowanych zamówień zawarty na str. 9 oferty Odwołującego oraz referencje obejmują tylko fragment instalacji palnikowych zmodernizowanych kotłów na oleje lekkie i ciężkie z zastosowanymi zapalarkami wysokoenergetycznymi bez dodatkowych gazowych palników zapłonowych. Z ostrożności przekazał wyniki pomiarów ITC Łódź palników rozpałkowych Odwołującego zapalanych wysokoenergetycznymi zapalarkami (bez instalacji propanowych) potwierdzające pewność zapłonu 10/10 i dotrzymanie parametrów eksploatacyjnych. Zdaniem Odwołującego odpowiedź Konsorcjum z dnia 15 czerwca 2011 r. mija się z prawdą i wprowadza Zamawiającego w błąd, ponieważ pomija rozwiązania zapalania palników za pomocą elektrycznych zapalarek wysokoenergetycznych, skutecznych w prawie nieograniczonych mocach jednostkowych palników przekraczających nawet 30MW ze skutecznością zapłonu zbliżoną do 100%, przyznając ostatecznie, iż oferuje rozwiązanie gazowo-elektryczne. W przypadku wątpliwości mógł też skierować zapytanie dodatkowe przed złożeniem oferty.

Pismem z dnia 4 lipca 2011 r. (będącym odpowiedzią na pismo Odwołującego z dnia 29 czerwca 2011 r. znak DN/ZJ/832/2011) Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w jego opinii rozwiązania zaproponowane przez Konsorcjum są zgodne z wymaganiami technicznymi stawianymi w SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, iż sformułował w SIWZ wymóg, aby inicjowanie płomienia zapalającego odbywało się za pomocą zapalarki wysokoenergetycznej. Natomiast rozwiązania techniczne dotyczące sposobu dalszego budowania płomienia i zapewnienia gwarancji jego stabilności Zamawiający pozostawił wiedzy i doświadczeniu wykonawców. Tym samym nie zawarł w SIWZ jakiegokolwiek zakazu stosowania medium pośredniego w postaci gazu lub oleju w procesie budowania płomienia zapalającego palnika. Zamawiający uznawał zatem, iż zaproponowane rozwiązanie jest zgodne z wymaganiami technicznymi SIWZ.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko co do niegodności zaproponowanego rozwiązania w kolejnych pismach kierowanych do Zamawiającego, uznając, iż odpowiedź Zamawiającego z dnia 4 lipca 2011 r. jest wewnętrznie sprzeczna i budząca wątpliwości, że jej autor mógł niewłaściwie zinterpretować pojęcia techniczne. W piśmie z dnia 5 lipca 2011 r. (znak DN/ZJ/869/2011), wskazywał, iż w części technicznej SIWZ określony został sposób „Zapalania palników za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych ...”, jednoznacznie określający, że Zamawiający żąda, aby palnik (jego główny płomień) był zapalany elektrycznym urządzeniem zdefiniowanym w normie PN-EN 746-2 pkt 5.3.2.10 i w Warunkach Urzędu Technicznego (WUDT-UC-PK:10.2003 w ppkt 2.9.4), a nie od płomienia pośredniego z palnika zapalającego (olejowego lub gazowego) inicjowanego w dalszej kolejności zapalarką wysokoenergetyczną. Powyższe rozwiązanie, zdaniem Odwołującego, zostało błędnie zinterpretowane jako spełniające kryteria, pomimo iż w SIWZ nie ma mowy o sposobie inicjowania płomienia zapalającego, ponieważ tego płomienia miało nie być, jako rozwiązanie wykluczone, a nie równoprawne czy alternatywne. SIWZ w ogóle nie odnosi się do sposobu inicjowania płomienia zapalającego w palniku, a do sposobu zapalania płomienia głównego. Odwołujący argumentował, że gdyby przyjąć, iż określenie to jest nieistotne, to SIWZ mogłaby je pomijać i wówczas obie oferty mogłyby zostać uznane za spełniające kryteria, lecz nie dotyczy to przedmiotowej sytuacji. Podkreślał, że w rozwiązaniu zaferowanym przez Konsorcjum palnik (jego główny płomień) nie jest zapalany zapalarką wysokoenergetyczną, a pośrednim płomieniem zapalającym z palnika zapłonowego.

Zamawiający pismem z dnia 18 lipca 2011 r. (znak FP/PO9501/2011) potwierdził zgodność oferty Konsorcjum z wymaganiami SIWZ odnośnie przedmiotu zamówienia oraz spełnienie przez Konsorcjum warunków uczestnictwa w postępowaniu.

Odwołujący pismem z dnia 19 lipca 2011 r. (znak DN/ZJ/977/2011) wskazywał, iż w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 3.1.1.b jest opracowanie projektu wykonawczego

modernizacji we wszystkich branżach (uzgodnionego z UDT). Odwołujący stwierdzał, iż rozumie przez to, że odrębnym zagadnieniem pominiętym w SIWZ, a zapewne znanym użytkownikowi kotła jest obowiązując procedura zgłoszenia kotła do lokalnego UDT przed przeróbką i badań dopuszczających go do eksploatacji po modernizacji z udziałem CLDT Poznań. Odwołujący podnosił, iż jego wieloletnie doświadczenia oparte na współpracy z UDT, a w szczególności Centralnym Laboratorium Dozoru Technicznego w Poznaniu, na gruncie uzgadnianych dokumentacji projektowych i każdorazowym udziale w badaniach odbiorczych zmodernizowanych kotłów na bazie kilkuset palników olejowych Odwołującego zapalanych zapalarkami wysokoenergetycznymi amerykańskiej firmy Forney pozwalają na podtrzymanie stanowiska, że rozwiązanie Konsorcjum winno być odrzucone.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanej na posiedzeniu przed Izbą co do zaistnienia przesłanki odrzucenia odwołania określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 tj. nieprzekazania kopii odwołania Zamawiającemu w terminie wskazanym w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na nieprzekazanie kopii żadnego z załączników złożonych wraz z odwołaniem do Prezesa Izby. Okolicznością bezsporną między stronami było, iż kopia odwołania przekazana Zamawiającemu obejmowała wyłącznie 9 stron odwołania zawierających jego zasadniczą treść, natomiast nie przekazano załączników, na które powoływano się w treści odwołania. Na podstawie dokumentacji postępowania odwoławczego Izba ustaliła, iż do odwołania wniesionego do Prezesa Izby w oryginale i odpisie liczącego 9 stron zasadniczej treści załączono następujące załączniki:

- 1) SIWZ , załącznik nr 1 do SIWZ Przedmiot zamówienia - Część Techniczna,
- 2) oferta Konsorcjum,
- 3) oferta Odwołującego,
- 4) pisma Odwołującego z dnia 29 czerwca 2011 r., 5 lipca 2011 r. oraz z 19 lipca 2011 r. skierowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia do Zamawiającego informujące o nieprawidłowościach wynikających zdaniem Odwołującego z oferty Konsorcjum,
- 5) strona tytułowa instrukcji obsługi zapalarki wysokoenergetycznej HESI 90 EC,
- 6) dokument „Pomiary instalacji palników rozpałkowych pyłowego kotła wodnego WP 200 z października 2010 r. dotyczący instalacji Odwołującego wydany przez Instytut

Energetyki Oddział Techniki Ciepłej „ITC” w Łodzi,

- 7) pismo Konsorcjum z dnia 15 czerwca 2011 r. do Zamawiającego,
- 8) pismo Zamawiającego z dnia 4 lipca 2011 r. i 18 lipca 2011 r. skierowane do Odwołującego będące odpowiedzią na pismo z dnia 29 czerwca 2011 r. oraz 5 lipca 2011 r.,
- 9) wyciąg z postanowień normy nr EN 746-2:1997,
- 10) wyciąg z Warunków UDT- UC-PK: 10.2003,
- 11) wydruk oferty handlowej IP&S Sp. z o. o. z siedzibą w Lubiczowie obejmujący 1 stronę pochodzącą ze strony internetowej IP&S Sp. z o.o. dotyczący zapalarki wysokoenergetycznej Forney HESI 90 EC,
- 12) oświadczenie Lukoil Burgas z 24 maja 2011 r.,
- 13) dowód uiszczenia wpisu,
- 14) dowód przekazania kopii odwołania,
- 15) odpis z KRS Odwołującego.

Niewątpliwie de lege lata obowiązek przekazania Zamawiającemu kopii odwołania ma nie tylko walor informacyjny. Z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp możliwość uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska Odwołującego przez Zamawiającego i wykonawców, którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, ma istotne znaczenie. Tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania, pozwala bowiem na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy Zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z kolei zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Paragraf 4 ust. 1 pkt 10 ww rozporządzenia przewiduje, iż odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 powołanego rozporządzenia do odwołania dołącza się: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz

odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Z powyższej regulacji można wnosić, iż określone dokumenty, w szczególności dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu, pomimo ich redakcyjnego wyodrębnienia jako załączniki mogą być uznawane jako konstytuujące treść odwołania, o których stanowi w art. 180 ust. 3 in fine ustawy Pzp oraz wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania i dowody na poparcie przytoczonych okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 8 ww rozporządzenia. Ich poznanie przez Zamawiającego może mieć zatem wpływ na ocenę zarzutów merytorycznych odwołania i decyzję Zamawiającego. Równocześnie jednak, zdaniem Izby, przepisu art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp nie powinno się interpretować wyłącznie w sposób formalistyczny, a poprzez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć. Tym samym oceniając, czy w danym stanie faktycznym zachodzi ww przesłanka do odrzucenia odwołania, niezbędnym jest zbadanie charakteru i znaczenia dowodowego nieprzekazanych załączników. W niniejszej sprawie załączniki odwołania, które nie zostały przekazane Zamawiającemu to w dużej mierze dokumenty i korespondencja stanowiące dokumentację postępowania. W zakresie niedołączonej normy PN-EN 746-2 (w treści odwołania wskazano PN-EN-746-2, lecz załączono wyciąg z normy oznaczonej jako EN-746-2:1997) Izba wskazuje, iż w treści odwołania Odwołujący zacytował istotne z punktu widzenia jego argumentacji definicje powołane w ww normie. Posiadając oznaczenie numeru normy oraz znając jej treść przywołaną w odwołaniu, Zamawiający miał możliwość zapoznania się z argumentacją Odwołującego i oceny jej zasadności (także co do aktualności powołanych z normy definicji), zaś wyciąg z normy stanowił wyłącznie środek dowodowy potwierdzający przywołane bezpośrednio w treści odwołania jej brzmienie (brzmienie to było tożsame z treścią wskazaną w odwołaniu). Brak wiedzy Zamawiającego o tym, z jakiej wersji normy Odwołujący korzystał, posiłkując się jej treścią na etapie odwołania, nie wpływał zatem w przesądzający sposób na możliwość polemiki z Odwołującym, skoro zagadnieniem kluczowym stał się fakt, czy norma ta w ogóle ma zastosowanie w niniejszym postępowaniu. Znajomość wersji normy pozwalała zatem na ewentualne podniesienie dodatkowej argumentacji w razie ustalenia, iż wersja załączona jest wersją nieaktualną, lecz w ocenie Izby nie przesądzała o stanowisku Zamawiającego względem odwołania. Podobnie odpowiednie regulacje wynikające z wyciągu z Warunków UDT- UC-PK: 10.2003 zostały zacytowane w odwołaniu (pkt 2.9.4.). Ponadto treść wyciągu była Zamawiającemu znana, jako że został on załączony do pisma Odwołującego z dnia 29 czerwca 2011 r. Natomiast co do wydruku oferty handlowej IP&S Sp. z o.o. w ocenie Izby w treści odwołania Odwołujący w sposób wystarczający dla merytorycznej oceny przez Zamawiającego opisał zapalarki wysokoenergetyczne pozwalające, jego zdaniem, spełnić zapotrzebowanie systemu zapłonu palników zaproponowanych przez Konsorcjum. Wskazał tam zarówno dystrybutora (IP&S Sp. z o.o.), jak i producenta zapalarek (Forney), zaś

załączona oferta handlowa w istocie była 1-stronicowym wydrukiem ze strony internetowej. Ponadto okoliczności, na jakie został powyższy dowód przedstawiony według Izby dotyczą właściwie polemiki z zasadnością i prawdziwością uzasadnienia przedstawionego przez Konsorcjum dla zaproponowanego przez siebie rozwiązania, a nie potwierdzają jego zgodności lub nie z SIWZ. W ocenie Izby to, jakie względy powodowały Konsorcjum przy podjęciu decyzji o wyborze określonego rozwiązania w istocie są irrelevantne dla oceny jego zgodności z SIWZ. Tym samym, zdaniem Izby, brak było podstaw dla uznania, aby w treści załączników, które nie zostały przekazane znajdowały się informacje, których nieznajomość nie pozwalała na ocenę zasadności zarzutów odwołania i zajęcie merytorycznego stanowiska. Z kolei powołany w treści odwołania dowód z opinii biegłego z zakresu instalacji palnikowych kotłów stanowił jedynie wniosek o przeprowadzenie takiego dowodu przez Izbę. Dokument „Pomiary instalacji palników rozpałkowych pyłowego kotła wodnego WP 200 z października 2010 r. wydany przez Instytut Energetyki Oddział Techniki Ciepłej „ITC” w Łodzi odnosił się do instalacji Odwołującego i nie mógł być uznany jako dowód z opinii biegłego powoływany na poparcie twierdzeń o niezgodności zaproponowanego przez Konsorcjum rozwiązania z SIWZ. Ponadto był to dokument znany Zamawiającemu (załącznik do pisma z 29 czerwca 2011 r.).

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za ważną, sklasyfikowaną na drugim miejscu pod względem kryterium oceny ofert (cena). Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia Konsorcjum do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uwagi na spełnienie przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, oferty Odwołującego i Konsorcjum, pismo Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2011 r. (znak FP/PO/8273/2011) wzywające do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, pismo Konsorcjum z dnia 15 czerwca 2011 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, pismo Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2011 r. znak: (znak FP/PO8512/2011), pismo Konsorcjum z dnia 21 czerwca 2011 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, pisma Odwołującego z dnia 29 czerwca (znak DN/ZJ/832/2011), 5 lipca (znak DN/ZJ/869/2011) i 19 lipca 2011 r. (znak DN/ZJ/977/2011), pisma Zamawiającego do Odwołującego z dnia 4 lipca (znak FP/PO8944/2011) i 18 lipca 2011 r. (FP/PO 9501/2011), zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 sierpnia 2011 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo Urzędu Dozoru

Technicznego Oddział w Szczecinie znak UC-8124043 z dnia 9 września 2011 r. złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie, treść normy PN-EN 12952-8 październik 2005 „Kotły wodnorurowe i urządzenia pomocnicze Część 8: Wymagania dotyczące instalacji paleniskowych na paliwa ciekłe i gazowe do kotłów”, treść normy PN-EN 267 czerwiec 2011 „Palniki automatyczne z wentylatorem na paliwo ciekłe”, wydruk ze strony internetowej IP&S Sp. z o.o. zawierający ofertę handlową w zakresie zapalarek. Przedłożone przez Konsorcjum: opinię wydaną przez prof. US dr hab. Ewę K. i dr Rafała S. z Zakładu Etnolingwistyki i Kultury Języka Instytut Polonistyki i Kulturoznawstwa Uniwersytet Szczeciński z dnia 9 września 2011 r. dotyczącą analizy językowej postanowienia ppkt 3.1.2.d SIWZ oraz opinię wydaną przez Wydział Inżynierii Mechanicznej i Mechatroniki Katedra Techniki Ciepłej Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego dotyczącą zgodności oferty Konsorcjum z SIWZ z dnia 9 września 2011 r. będące opiniami prywatnymi Izba uznała za stanowisko uczestnika, który dla ich uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalistów. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka Pana Piotra S., zgodnie ze sprecyzowanym przez Odwołującego wnioskiem, na okoliczność, iż istnieją na rynku rozwiązania techniczne spełniające wymagania SIWZ, tzn. zapalarki wysokoenergetyczne pozwalające osiągnąć skuteczność zapłonu zgodnie z wymaganiami SIWZ, jako że Konsorcjum kwestionowało możliwość spełnienia tych wymagań przy zastosowaniu rozwiązania Konsorcjum. Izba przeprowadzenie powyższego dowodu uznała za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, skutkujące jedynie zwłoką w przeprowadzeniu postępowania. Konsorcjum nie kwestionowało bowiem obecności na rynku zapalarek wysokoenergetycznych o określonych parametrach technicznych, natomiast ocena, czy pozwalają one osiągnąć określoną skuteczność zapłonu w ramach rozwiązania zaproponowanego przez Konsorcjum, ma walor oceny eksperckiej parametrów technicznych, co wykracza poza charakter dowodu z przesłuchania świadka jako dotyczącego faktów istotnych dla oceny sporu. Ponadto, jak zostało to już wskazane powyżej, okoliczność, czy na rynku są dostępne zapalarki wysokoenergetyczne służące do bezpośredniego zapalania palnika głównego o określonej mocy, w ocenie Izby, pozostaje bez istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu objętego niniejszym postępowaniem odwoławczym, jako że motywacja Konsorcjum co do wyboru zaproponowanego rozwiązania czy zasadność twierdzeń przekazywanych przez Konsorcjum Zamawiającemu jako uzasadnienie dla tegoż rozwiązania nie ma znaczenia przesądzającego co do zgodności lub braku takiej zgodności z SIWZ. Ponadto oferta ta została wskazana w załączonym do odwołania dokumencie, jak również informacja na temat zapalarek formy Forney stanowiła załącznik do pisma Odwołującego z dnia 29 czerwca 2011 r. Izba odmówiła również przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu instalacji palnikowych na okoliczność, sprecyzowaną przez Odwołującego, braku spełnienia przez ofertę Konsorcjum wymagań SIWZ co do

wymaganego sposobu zapłonu, a mianowicie, czy dla biegłego jest czytelne i wynikające z norm rozróżnienie pomiędzy zapłonem wysokoenergetycznym a zapłonem gazowo-elektrycznym, jak również czy rozwiązanie zaproponowane w ofercie Konsorcjum jest zgodne z wymaganiami SIWZ, a także, czy rozwiązanie Odwołującego jest z nimi zgodne, a zatem która z ofert spełnia wymagania SIWZ. Izba uznała, iż powołanie w tym zakresie biegłego i przeprowadzenie dowodu z jego opinii nie jest konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy. Dla oceny zgodności z SIWZ oferty Konsorcjum niezbędne jest przede wszystkim dokonanie wykładni spornego postanowienia SIWZ, tj. ustalenie, jaki można wywieść sposób jego rozumienia, z zastosowaniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego, jak również z uwzględnieniem charakteru przedmiotowego zamówienia, w szczególności czy znajduje uzasadnienie wykładnia zastosowana przez Konsorcjum, na której oparto następnie zaproponowane przez siebie rozwiązanie. Nie jest bowiem sporne pomiędzy stronami, co zostało przez każdą z nich zaoferowane, sporna jest natomiast okoliczność, czy wykładnia SIWZ w odniesieniu do powołanego postanowienia pozwalała na przyjęcie, iż Zamawiający dopuścił różne modele zapłonu (także gazowo-elektryczny), byleby zapalenie palnika nastąpiło z użyciem zapalarki wysokoenergetycznej, czy też jedynym dopuszczonym rozwiązaniem było zapalenie palnika głównego bezpośrednio i wyłącznie zapalarką wysokoenergetyczną, bez możliwości stosowania jakiegokolwiek medium pośredniego (tu gazu) w tym procesie (w istocie wyłącznie zapłon elektryczny). Uznanie bowiem, iż brzmienie SIWZ było na tyle niejednoznaczne, że pozwalało na wywiedzenie wniosku, iż zapalarka wysokoenergetyczna miała być bezwzględnie użyta w procesie zapalania palnika, jednak nie było to tożsame z niedopuszczeniem innych środków współuczestniczących w procesie zapalania palnika (np. propanu w celu zwiększenia stabilności zapłonu), tj. wyłączeniem kombinowanych systemów zapłonu i poprzestaniu wyłącznie za zapłonie elektrycznym, oznaczałoby, zgodnie z ustalonym w tym zakresie orzecznictwem odnośnie wykładni wieloznacznych postanowień SIWZ, niemożliwość stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Utrwalone jest bowiem stanowisko, iż niejasne, niejednoznaczne czy pozwalające na różną wykładnię postanowienia SIWZ muszą być interpretowane na korzyść wykonawców. Gospodarzem postępowania jest Zamawiający, wykonawcy działają w zaufaniu do niego i nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nie dość precyzyjnego ustalenia treści SIWZ. Nawet zatem gdyby intencją Zamawiającego było, czemu stanowczo zaprzeczał, dopuszczenie zapalarki wysokoenergetycznej jako jedynego, wyłącznego i bezpośredniego źródła zapłonu dla palnika głównego, z wyłączeniem jakichkolwiek mediów pośrednich, to powyższe intencje nie mogłyby mieć znaczenia decydującego dla bytu oferty wykonawcy, o ile nie znalazły wyrazu w jednoznacznym i precyzyjnym postanowieniu SIWZ. Z kolei zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień SIWZ

należy co do zasady stosować literalną wykładnię jej treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy przystąpili do postępowania. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień SIWZ należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego (por. wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r. KIO 1024/11). Tym samym, zdaniem Izby, kluczowa dla oceny, czy oferta Konsorcjum może być uznana za sprzeczną z treścią SIWZ i podlegać odrzuceniu, jest wykładnia spornego postanowienia SIWZ, co wymaga przede wszystkim analizy językowej, do czego nie są niezbędne wiadomości specjalne uzasadniające konieczność posłużenia się dowodem z opinii biegłego z zakresu instalacji palnikowych. Odrębność zastosowanych rozwiązań przez Odwołującego oraz ich charakter nie są sporne ani nie budzą wątpliwości. Osią sporu jest dopuszczalny sposób rozumienia ppkt 3.1.2. d) SIWZ. Z kolei ocena wniosków wywiedzionych z dokonanej wykładni, istotna dla dalszego bytu oferty w postępowaniu, ma wymiar oceny prawnej i także nie wymaga wiadomości specjalnych i oparcia jej na opinii biegłego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazane w odwołaniu.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wykładnia językowa postanowienia ppkt 3.1.2. d) SIWZ *„zapalanie palników za pomocą zapalarek wysokoenergetycznych z układem kontroli płomienia wyposażonych w system samosprawdzania. Wymagana skuteczność zapłonu $\geq 90\%$ ”* nie uzasadnia stanowiska, iż Zamawiający dopuszczał dla oferowanych palników wyłącznie elektryczne urządzenie zapłonowe palnika głównego poprzez użycie jako bezpośredniego i wyłącznego medium zapalarki wysokoenergetycznej. Wykładnia językowa powyższego postanowienia prowadzi do wniosku, iż zapalanie (rozumiane jako inicjacja płomienia) palników nastąpić ma z wykorzystaniem zapalarki wysokoenergetycznej, przy czym Zamawiający nie ograniczył treścią SIWZ w sposób wyraźny i jednoznaczny, iż zapalarka wysokoenergetyczna ma być wykorzystana jako jedyne i bezpośrednie źródło zapłonu dla palnika głównego. SIWZ nie zawiera wyłączenia zastosowania medium pośredniego (tu propanu) w procesie zapalania palnika głównego. Zdaniem Izby Odwołujący w sposób nieuprawniony interpretuje określenie *„przy pomocy zapalarek wysokoenergetycznych”* jako tożsame ze sformułowaniem bezpośrednio i wyłącznie przy użyciu zapalarek wysokoenergetycznych. Wyrażenie „za pomocą” oznacza przy użyciu czegoś (tu zapalarki wysokoenergetycznej), ale nie niesie per se treści, iż narzędzie, którego należy użyć, winno być jedynym i wyłącznym. Izba podziela w tym

zakresie rozważania i konkluzje wynikające z pisma - opinia wydana przez prof. US dr hab. Ewę K. i dr Rafała S. z Zakładu Etnolingwistyki i Kultury Języka Instytut Polonistyki i Kulturoznawstwa Uniwersytet Szczeciński z dnia 9 września 2011 r. dotycząca analizy językowej treści postanowienia ppkt 3.1.2.d SIWZ. Opinia ta mająca jako opinia prywatna jedynie walor stanowiska uczestnika zawiera jednak, zdaniem Izby, spójny, logiczny, wynikający z wnikliwej i rzeczowej analizy semantycznej ww postanowienia SIWZ wywód. Ponadto sam Zamawiający wskazywał, iż jego intencją nie było dopuszczenie wyłącznie jednego sposobu zapłonu, lecz podkreślenie, aby w procesie zapalania wykorzystane były zapalarki wysokoenergetyczne, ponieważ w dotychczasowym rozwiązaniu do zapłonu stosowano zapalarki wysokonapięciowe. Tym samym konkluzja Odwołującego, iż poprzez takie sformułowanie Zamawiający chciał podkreślić zmianę sposobu zapłonu z gazowo-elektrycznego na elektryczny nie znajduje jednoznacznego potwierdzenia ani w treści SIWZ ani przywołanych przez Zamawiającego okolicznościach faktycznych, co do których Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego ani im nie zaprzeczał. Tym samym stanowczy wniosek, iż niedopuszczalne jest rozwiązanie zaproponowane przez Konsorcjum nie może być z treści SIWZ wywiedziony. Zgodnie z opisem zaproponowanego rozwiązania (zawartym w opinii wydanej przez Wydział Inżynierii Mechanicznej i Mechatroniki Katedra Techniki Ciepłej Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego dotyczącą zgodności oferty Konsorcjum z SIWZ z dnia 9 września 2011 r. i potwierdzonym na rozprawie) Konsorcjum zaproponowało do zapalania palnika głównego zintegrowaną zapalarkę złożoną z zapalarki podstawowej gazu i zapalarki wysokoenergetycznej. Do inicjacji płomienia wykorzystywana jest energia z iskry wytwarzanej przez zintegrowaną końcówkę zapalarki wysokoenergetycznej, od iskry następuje zapłon propanu i jego spalanie. Po osiągnięciu określonej mocy płomienia uruchamiany jest palnik główny. Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie przez pojęcie zapalarki wysokoenergetycznej, nie wskazał również, iż zastosowana może być wyłącznie zapalarka typu elektrycznego, czy też że wyłączone są urządzenia typu kombinowanego (zintegrowane). Nie wskazał również wyłącznie dopuszczalnego typu urządzenia zapłonowego. Przywoływane przez Odwołującego definicje wynikające z normy PN-EN 746-2 nie mogą być uwzględnione przez Izbę, ponieważ jak wynika z pisma Urzędu Dozoru Technicznego z dnia 9 września 2011 r. właściwą w tej mierze normą jest PN – EN 12952-8. Sam Odwołujący potwierdził, iż projektowanie rozwiązania musi być dokonane zgodnie z ww normą. W ocenie Izby skoro na etapie projektowania, a potem odbioru wykonawca jest związany normą PN-EN 12952-8, to ta sama norma znajduje zastosowanie także na etapie ofertowania. Stąd siatka pojęciowa używana w normie PN-EN 746-2 jest nieadekwatna na poparcie argumentacji Odwołującego, skoro norma ta nie znajduje w tym przypadku zastosowania. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w razie braku stosownych definicji w normie właściwej dopuszczalnym jest posiłkowe stosowanie definicji

zawartych w normie przedmiotowo zbliżonej. Ponadto dodatkowo można podnieść, iż z powszechnie dostępnych źródeł wynika (strona internetowa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego), iż norma PN-EN 746-2 uległa zmianie w 2010 r., zaś Odwołujący posługiwał się jej brzmieniem w wersji z 1997 r. (w piśmie z 29 czerwca 2011 r. wskazał z kolei na wersję z lutego 2000 r., ale załączył jedynie stronę tytułową). Nie można zatem mieć pewności, czy odwoływał się do jej aktualnej treści w zakresie powoływanych sformułowań. Powyższe także osłabia argumentację Odwołującego. Norma PN-EN 12952-8 dopuszcza urządzenie zapłonowe gazowo- elektryczne, olejowo-elektryczne i elektryczne, zatem rozwiązaniu nie można zarzucić niezgodności z właściwą normą. Tym samym skoro interpretacja SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż z ww postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązanie, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, takie postanowienie SIWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, którzy działali w zaufaniu do Zamawiającego oraz trudno tu mówić o niezgodności oferty z treścią SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 14 września 2009 r. KIO/UZP 1086/09).

Ponadto Odwołujący (str. 4 i 5 odwołania) wskazywał na niegodność rozwiązania zawartego w ofercie Konsorcjum z wymaganiami SIWZ w zakresie wykorzystania dotychczasowej budowy instalacji kotła. Zarzut ten nie został w treści odwołania rozwinięty, lecz wnioskować można, iż przedmiotem zarzutu jest zastosowanie się do pkt 3.1.2. f) SIWZ, tj. wykorzystanie, o ile będzie to możliwe istniejących odgięć w komorze paleniskowej. Izba zauważa, iż z treści przedmiotowego postanowienia SIWZ jednoznacznie wynika, iż wykorzystanie istniejących odgięć nie było warunkiem bezwzględnym, na co wskazuje określenie „o ile będzie to możliwe”. Zamawiający w tym zakresie nie narzucił wykonawcom wiążącego wymogu.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Konsorcjum wylegitymowało się referencjami wymaganymi do udziału w postępowaniu, podczas gdy referencje dołączone do oferty dotyczyły odrębnych od Wykonawców – członków Konsorcjum podmiotów. Z SIWZ ppkt 5.2.2.1. wynika, iż warunek wiedzy i doświadczenia obejmował wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawcy wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na: zaprojektowaniu, dostawie, zabudowie, uruchomieniu oraz przekazaniu do eksploatacji palników olejowych lub gazowych na instalacji o mocy min. 50 MWt. Tym samym już jedno zamówienie zgodne z treścią ww opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz z potwierdzeniem jego należytego wykonania wystarczało dla uznania, iż warunek

uczestnictwa w postępowaniu został przez Wykonawcę spełniony. Wykonawca w celu wykazania spełnienia przez siebie warunków udziału w postępowaniu mógł oczywiście posłużyć się uprawnieniem przewidzianym w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

- w pozycji 1 montaż 6 palników gazowych o mocy 10 MW każdy, realizacja pod klucz, z pełnym sterowaniem i wizualizacją wykonany dla Zakładów Chemicznych „Police” S.A.,
- w pozycji 2 montaż 15 palników o mocy zainstalowanej 300 MW moc spalania 258 MW w technologii niskoemisyjnej NOx wykonany dla Łukoil (Lukoil) Burgas.

Spółka SAACKE GmbH uczestniczyła w wykonywaniu obydwu ww zamówień – w pierwszym jako podwykonawca Bitermo Complex s.c., drugim – wykonawca zamówienia na rzecz zamawiającego Lukoil Bugas. Jak wynika z całości kształtu postępowania i przedłożonych przez Konsorcjum dokumentów spółka SAACKE GmbH – była podmiotem udostępniającym Konsorcjum swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Dokumentem stanowiącym o udostępnieniu zasobów i zobowiązaniu do współuczestnictwa w realizacji zamówienia jest zarówno oświadczenie SAACKE GmbH z dnia 27 maja 2011 r., jak i z dnia 21 czerwca 2011 r. przedłożone na wezwanie Zamawiającego, który uznał pierwotne oświadczenie za niewystarczające. Odwołujący w swoich wywodach okoliczność złożenia takich dokumentów przez Konsorcjum pomija. Uprawnienie do skorzystania z zasobów innego podmiotu w celu wykazania wiedzy i doświadczenia wynika jednoznacznie z treści ustawy Pzp, a także SIWZ. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp 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. Wykonawca 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 wykonaniu zamówienia. Podmiotem udostępniającym wykonawcy zasoby w trybie tego przepisu może być podwykonawca. Odwołujący nie kwestionuje oświadczeń z 27 maja i 21 czerwca 2011 r., które zostały przedłożone w celu wykazania, że Konsorcjum będzie dysponowało zasobami SAACKE GmbH przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Przedłożenie referencji udzielonych SAACKE GmbH, bądź przez bezpośredniego zamawiającego (Lukoil) bądź zamawiającego, dla którego spółka SAACKE GmbH była podwykonawcą (Bitermo Complex s.c.) jest prawidłowe. Brak bowiem uzasadnienia prawnego dla stanowiska, że referencje nie mogą być wystawiane przez kogokolwiek innego poza inwestorem. Ustawodawca nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania

dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Wykonawca ma prawo potwierdzić należyte wykonanie usługi, jaką zlecił swemu podwykonawcy. Podmiot, który wykonanie usługi zlecił i odebrał jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy (por. wyrok Zespołu Arbitrów dnia 30 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2353/05, wyrok KIO z dnia 26 marca 2009 r. KIO/UZP 315/09). Do oferty załączono referencje dla Bitermo Complex s.c. jako bezpośredniego wykonawcy zamówienia, jak i referencje Bitermo Complex s.c. dla podwykonawcy w ramach tego projektu - SAACKE GmmbH. Odwołujący nie wykazał, na czym polega nieprawidłowość przedłożonych dokumentów, skoro SAACKE GmbH było podmiotem, z którego zasobów Konsorcjum korzystało w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a zatem zasadnym jest przedstawienie referencji dla tegoż podmiotu. Tym samym brak powiązania pomiędzy spółką cywilną a Konsorcjum nie oznacza niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako że podmiotem udostępniającym zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia jest SAACKE GmbH, a nie Bitermo Complex s.c.

Odwołujący nie kwestionował natomiast jednoznacznie zakresu przedmiotowego zamówienia wykonanego przez SAACKE GmbH jako podwykonawcę z punktu widzenia jego zgodności z treścią opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wprawdzie na rozprawie podnosił, iż miał wątpliwości co do przedmiotu zamówienia, jednak ani w treści odwołania ani na rozprawie zarzut w tym zakresie nie został jednoznacznie postawiony. Odwołujący nie powoływał także szczegółowej argumentacji na jego poparcie. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie jest władna orzekać o zarzutach, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Na zarzut składa się nie tylko wskazanie naruszenia określonego przepisu ustawy Pzp, lecz również uzasadnienie faktyczne przedstawiane na poparcie ww naruszenia.

Zarzut, iż w liście referencyjnej dotyczącej realizacji wykonanych przez SAACKE GmbH zawarte zostało oświadczenie (tabela), że spółka ta wykonywała podobne zamówienia, lecz nie zostały przedstawione przez Konsorcjum same listy referencyjne potwierdzające wykonanie przez Konsorcjum zamówień wg oczekiwań Zamawiającego jest niejasny i nie został doprecyzowany w toku postępowania przed Izłą. Powyższa lista zamówień będąca oświadczeniem SAACKE GmbH nie ma bowiem znaczenia przesądzającego dla uznania, iż warunek wiedzy i doświadczenia został spełniony. W przedmiotowym zakresie istotny jest wykaz zamówień będący oświadczeniem Konsorcjum oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie. Przedłożenie tej listy nie oznacza zatem, że Konsorcjum winno przedstawić referencje potwierdzające realizację wszystkich zamówień, które się na niej znajdują.

Odwołujący kwestionował oświadczenie wystawione Konsorcjum przez Lukoil Burgas z dnia 24 maja 2011 r., wskazując, iż nie został tam zawarty podpis jakiegokolwiek osoby działającej imieniem powołanej spółki. Izba podziela w tym zakresie stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Dokument referencji jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli, dlatego nie muszą być one podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania danego podmiotu. Uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika często z wewnętrznych uregulowań jednostki wiążących się z przyjętym podziałem zadań. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby osoba podpisująca referencje była osobą nieupoważnioną. Nie udowodnił też, że informacje zawarte w ww dokumencie nie odpowiadają prawdzie czy też jest on niewiarygodny. W treści odwołania nie postawił innych zarzutów, które mogłyby wpływać na ocenę prawidłowości powyższego dokumentu.

Izba podkreśla, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wystarczające było wykazanie jednego zamówienia zgodnego z treścią warunku, a Odwołujący nie zdołał dowieść, aby zamówienia referencyjne wskazane w wykazie czy dokumenty przedłożone na potwierdzenie ich należytego wykonania były obarczone wadami skutkującymi wnioskiem, iż Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wymaganego w postępowaniu.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp powołanego w odwołaniu.

Izba uznała zatem, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i 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), uwzględniając poniesione przez Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł wynikające z przedłożonej do akt sprawy faktury, jak również koszty dojazdu w wysokości 977,96 zł na podstawie przedstawionych biletów PKP i faktury za nocleg w hotelu (1 osoba). Izba nie uwzględniła natomiast wniosku o zasądzenie kosztów noclegu pozostałych 2 osób w analogicznej wysokości, ponieważ nie zostały przedstawione rachunki dokumentujące poniesienie wydatku. Przyczyna niedysponowania powyższym rachunkiem (sposób rozliczeń z hotelem) pozostaje irrelevantna dla możliwości jego zasądzenia zgodnie z § 3 pkt 2 ww

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).

Przewodniczący: