

Sygn. akt: KIO 1152/18

WYROK
z dnia 28 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 czerwca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Krakowski Holding Komunalny S.A. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **wykonawcy Analytics LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Krakowski Holding Komunalny S.A. z siedzibą w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Sprzedaż, dostawa, montaż, szkolenie, udzielenie gwarancji i uruchomienie redundantnego systemu ciągłego pomiaru emisji na Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów dla istniejącego, pracującego na liniach nr 1 i 2 – zamówienie powtórzone KHK/ZP/PN/4/2018”*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 kwietnia 2018 r. za numerem 550483-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 11 czerwca 2018 r. wobec wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 czerwca 2018 r. wykonawcy Analytics LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - dalej Przystępujący lub Analytics, odwołanie wniósł wykonawca OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Analytics Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, pomimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu na wezwanie Zamawiającego informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, opisany w pkt 5.3.1.1.1 SIWZ;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Analytics, pomimo że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, opisanego w pkt 5.3.1.1.1 SIWZ;
3. ewentualnie - art. 26 ust. 3 ustawy pzp - poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 5.3.1.1.1 SIWZ pomimo braku wykazania spełnienia tego warunku;
4. art. 91 ust. 1 ustawy pzp - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Analytics pomimo że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Analytics jako najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenia wykonawcy Analytics z postępowania jako wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu na wezwanie Zamawiającego informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, a także jako wykonawcy, który nie potwierdził spełniania tego warunku;
- 3) ewentualnie - nakazanie wezwania wykonawcy Analytics do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunek dotyczący doświadczenia.

Odwołujący zaznaczył, że odwołanie zostało wniesione w terminie, bowiem informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał w dniu 5 czerwca 2018 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp bowiem złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu spośród ważnych ofert i jego oferta powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku skarżonych czynności Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę wyrażającą się w utracie uzyskania zamówienia.

Odwołujący przywołał postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.3.1.1.1. oraz pkt 6.1.4.1. SIWZ. Podkreślił, że postanowienia SIWZ są niezmiennie i na obecnym etapie nie podlegają kwestionowaniu, a każdy z wykonawców powinien przedstawić wykaz dostaw. Obojętnym dla oceny spełniania warunku przy tym jest, czy ewentualnie mógłby być on sformułowany inaczej oraz czy ewentualnie prawo dopuszcza inne rozwiązania niż to zażądane przez Zamawiającego.

Odnośnie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp Odwołujący wskazał, że Wykonawca Analytics na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.3.1.1.1 SIWZ wskazał w „Wykazie dostaw” wdrożenie systemu na rzecz MW TREA Leuna (Niemcy) - Zakłady Termicznego Przerobu Odpadów (w dokumentacji pojawia się również nazwa MW Energie AG). Zgodnie z listem referencyjnym MW Energie AG z dnia 8 maja 2018 r. (przedłożonym przez Analytics na wezwanie Zamawiającego przy piśmie z dnia 16 maja 2018 r.) realizacja nastąpiła w terminie styczeń/luty 2018. W ocenie Odwołującego wykazana realizacja nie spełnia tego warunku, a zatem Wykonawca winien być wykluczony z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na brak pomiaru HF. Wskazał, że Zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu ciągłego systemu pomiaru emisji obejmującego co najmniej układ poboru i kondycjonowania gazu,

analizatory w zakresie analityki gazowej HF. Tymczasem w zakładzie TREA Leuna nie był i nie jest prowadzony ciągły monitoring emisji HF do powietrza - w zakresie HF system pomiaru nie został wdrożony i uruchomiony. Wobec tego referencyjna realizacja na rzecz TREA Leuna nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie analityki gazowej dotyczącej pomiaru HF. Z listu referencyjnego MW Energie AG z dnia 8 maja 2018 r. wynika, że „w okresie styczeń/luty 2018 r. wymienili urządzenia na nitce drugiej” (co dotyczy dostawy wykazywanej przez Analytics), jednakże wynika z niego również że w zakresie HF w spalarni TREA LEUNA system pomiaru nie został wdrożony i uruchomiony. Spółka MW Energie AG potwierdza bowiem, że w spalarni nie jest prowadzony monitoring emisji HF do powietrza: od 2007 r. (jeden system/nitka) oraz od 2011 r. (drugi system/nitka). Spółka MW Energie AG ponadto przedstawia w referencjach uzasadnienie dla braku konieczności pomiarów HF na drugiej nitce. Potwierdzenie braku monitoringu HF znajduje również potwierdzenie w danych dotyczących rodzajów i poziomów emisji udostępnianych publicznie przez spółkę MW Energie AG na stronie internetowej.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na brak wykazania dostawy, wdrożenia i uruchomienia systemu monitoringu emisji zawierającego układ poboru i kondycjonowania gazu oraz komputer emisyjny. System monitoringu emisji (w szczególności zgodnie z pkt 5.3.1.1.1 SIWZ) składa się z układu poboru i kondycjonowania gazu, analizatorów i komputera emisyjnego. List referencyjny MW Energie AG z dnia 8 maja 2018 r. wskazuje, że na drugiej nitce w okresie styczeń/luty 2018 r. wymieniono jedynie analizatory: MCA10 to analizator gazów, D-R808 to pyłomierz, HM 1400TRX to analizator rtęci. Zatem nie dokonano - co było wymagane treścią pkt 5.3.1.1.1 SIWZ - „dostawy, wdrożenia i uruchomienia (...) ciągłego systemu pomiaru emisji obejmującego co najmniej układ poboru i kondycjonowania gazu, analizatory w zakresie analityki gazowej” - wymieniono tylko analizatory. Z listu referencyjnego z dnia 8 maja 2018r. wystawionego przez firmę MW Energie AG wynika, że firma Dr. Fodisch nie spełnia warunku z pkt 5.3.1.1.1 SIWZ. Dostawy wykonane w zadeklarowanym terminie styczeń/luty 2018 obejmowały analizatory MCA10.

Odwołujący zwrócił również uwagę na brak wykazania dostawy, wdrożenia i uruchomienia systemu wymaganego treścią pkt 5.3.1.1.1 SIWZ. Z listu referencyjnego MW Energie AG z dnia 8 maja 2018 r. wynika jedynie, że w okresie styczeń/luty 2018 r. „wymieniono urządzenia na nitce drugiej”, natomiast nie wynika z niej, by nastąpiło wdrożenie i w szczególności uruchomienie całego systemu, co jest niezgodne z treścią pkt 5.3.1.1.1 SIWZ.

Odwołujący zarzucił również brak zgodności referencyjnego ciągłego systemu pomiaru emisji wykonanego na rzecz MW Energie AG z normą PN EN 14181. System wykazywany przez wykonawcę Analytics na potwierdzenie warunku z pkt 5.3.1.1.1. SIWZ

składa się z analizatora MCA 10 (o czym wzmianka znajduje się w liście referencyjnym MW Energie AG z dnia 8 maja 2018 r.). Wymieniony analizator MCA 10 posiada certyfikat QAL 1 (załączony przez firmę Analytics LTD Sp. z o.o. w pierwszym, unieważnionym postępowaniu na tożsamy przedmiot a także w przedmiotowym postępowaniu przy piśmie z dn. 22 maja 2018 r.) wydany na zgodność z normami PN EN 14181 oraz PN EN 15267. Jednakże zgodność tego analizatora z przedstawionymi normami nie oznacza, że cały system, w którym jest on zainstalowany, może być wykorzystywany jako system ciągłego pomiaru emisji z instalacji spalania odpadów. Aby system ciągłego pomiaru mógł być wykorzystywany do pomiarów ciągłych, musi zostać zachowany dopuszczony przez normę PN EN 14181 i powiązane z nią akty prawne stopień niepewności pomiarów. Analizator ten nie może być wykorzystywany w systemie ciągłego monitoringu emisji z instalacji spalania odpadów do pomiaru emisji fluorowodoru HF ponieważ jego niepewność pomiaru jest większa niż dopuszczalna wynikająca z normy PN EN 14181. Oznacza to że referencyjny system pomiaru emisji wykazywany przez Analytics nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w pkt 5.3.1.1.1. SIWZ. Zgodnie bowiem z tym warunkiem należało wykazać się dostawą wskazanego jego treścią całego systemu prowadzącego pomiar emisji HF zgodnego z normami PN EN 14181 oraz PN EN 15267, a nie tylko dostawę analizatora jako takiego zgodnego z tymi normami. Norma PN EN 14181 pn. „Emisja ze źródeł stacjonarnych - Zapewnienie jakości automatycznych systemów pomiarowych” podaje procedury dot. ustalania poziomów zapewnienia jakości (QAL) dla automatycznych systemów pomiarowych (AMS) stosowanych w celu określenia składników i parametrów gazów odlotowych emitowanych z instalacji przemysłowych. Określono: a) procedurę (QAL2) dot. kalibracji AMS oraz wyznaczania zmienności wartości zmierzonych przez system, w celu wykazania przydatności AMS do danego zastosowania po zainstalowaniu; b) procedurę (QAL3) dot. utrzymania i wykazania wymaganej jakości wyników pomiarowych w trakcie normalnej pracy AMS, w tym sprawdzenie czy charakterystyki zera i zakresu są zgodne z wartościami wyznaczonymi podczas procedury QAL1; c) procedurę (AST) rocznego badania sprawności AMS, aby ocenić (i) czy funkcjonuje poprawnie a jego działanie jest ważne oraz (ii) czy jego funkcja kalibracji i zmienność pozostają takie jak wcześniej wyznaczono. Procedura może być stosowana po zatwierdzeniu systemu AMS wg procedur EN ISO 14956 (QAL1). Norma PN EN 14181 w sposób jednoznaczny (m.in. we Wprowadzeniu oraz pkt. 3.9 i 3.10) odnosi się do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych. Dyrektywa nr 2010/75/UE w części 3 Dopuszczalne wielkości emisji do powietrza dla spalarni odpadów, pkt. 1.1 określa średnie dzienne dopuszczalne wielkości emisji, dla fluorowodoru HF wartość ta została określona jako 1 mg/Nm³. W części 6 Monitorowanie emisji w pkt. 1.3, w dyrektywie tej zostały określone

dopuszczalne rozszerzone niepewności pomiaru (wartość 95% przedziałów ufności pojedynczego zmierzonego wyniku pomiaru). Dla fluorowodoru (HF) niepewność pomiaru została ustanowiona na 40% dopuszczalnej wielkości emisji określonej w pkt. 1.1 części 3. Odwołujący dodał, że ww. postanowienia Dyrektywy zostały wdrożone następującymi rozporządzeniami: Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów, załącznik nr 7 - Dz. U. 2018 poz. 680 i Rozporządzenie Ministra Środowiska z dn. 30 października 2014 r. w sprawie wymagań w zakresie prowadzenia pomiarów wielkości emisji oraz pomiarów ilości pobieranej wody, załącznik nr 3, Uwagi, pkt. 5 - Dz.U. 2014 poz. 1542. Z obu powyższych postanowień Dyrektywy (oraz cyt. rozporządzeń) wynika, że analizator do pomiaru fluorowodoru HF z instalacji spalania odpadów musi umożliwiać pomiar z rozszerzoną niepewnością pomiaru nie większą niż 0,4 mg/Nm³ (40% z średniej dziennej dopuszczalnej wielkości emisji wynoszącej 1 mg/Nm³). Analizator MCA 10 zgodnie z certyfikatem QAL 1 nr Sira MC140256/03 zapewnia rozszerzoną niepewność pomiaru HF na poziomie 1,06 mg/Nm³ (10,6% z 10 mg/Nm³), czyli nie może być wykorzystywany do pomiaru emisji fluorowodoru HF z instalacji spalania odpadów (1,06 mg/Nm³ >>0,4 mg/Nm³). Fakt że analizatory MCA 10 nie mogą być wykorzystywane do ciągłego pomiaru emisji HF przy obowiązującym średnim stężeniu dobowym 1 mg/Nm³ z rozszerzoną niepewnością pomiaru poniżej 40% był jednym z powodów wykluczenia firmy Analytics z pierwszego, unieważnionego przetargu dotyczącego przedmiotowego zamówienia. Ponadto wykonawca Analytics w swoim piśmie z dnia 12 kwietnia 2018 r. (złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z tej samej daty) wprost przyznaje, że „nie możemy przedstawić certyfikatu QUAL1 urządzenia MCA 10 w zakresie dotyczącym pomiaru HF spełniającego warunek dotyczący niepewności pomiarowej 40% ELV wynoszącej dla HF 1 mg/Nm³). Zatem wykonawca wprost potwierdził niezgodność wykazywanego przez siebie systemu z treścią warunku z pkt 5.3.1.1.1. SIWZ, w tym z normą PN-EN 14181, którą Zamawiający uznał za wiążącą w zakresie oceny spełniania postawionego warunku.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku potwierdzenia przez wykonawcę Analytics realnego dysponowania zasobem udostępnianym przez podmiot trzeci Dr. Fodisch Odwołujący wskazał, że Wykonawca Analytics na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego doświadczenia opisanego w pkt 5.3.1.1.1. SIWZ posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. Dr Fodisch. Na tę okoliczność złożył wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 3 maja 2018 r., w którym podmiot trzeci zobowiązał się do uczestniczenia w realizacji zamówienia w zakresie wsparcia technicznego i pomocy zawodowej, a także udzielenia wykwalifikowanego personelu. Tymczasem taki zakres

udostępnienia zasobów nie gwarantuje, zważywszy na treść warunku z pkt 5.3.1.1.1. SIWZ, należytej realizacji zamówienia. Warunek dotyczy bowiem wykonania określonych dostaw, nie zaś dysponowania określonym personelem. Podobnie z uwagi na to, że warunek dotyczy doświadczenia w wykonaniu wskazanych treścią warunku dostaw, nie można uznać że wykonawca Analytics będzie dysponował wymaganym doświadczeniem na etapie realizacji, skoro podmiot trzeci ma mu jedynie doradzać, a nie fizycznie uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy zamówienia. Zgodnie z treścią art. 22a ust. 2 ustawy pzp wykonawca, który chce polegać na zasobach podmiotu trzeciego musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia, co znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie KIO. W ocenie Odwołującego wykonawca Analytics nie wykazał spełnienia warunku z pkt 5.3.1.1.1. SIWZ, bowiem podmiot trzeci Dr. Fodisch nie udostępnił mu zasobów doświadczenia w formie podwykonawstwa, które jest niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Ewentualne uzupełnienie przez wykonawcę Analytics dokumentów na potwierdzenie przedmiotowego warunku dot. doświadczenia nie byłoby w ocenie Odwołującego dopuszczalne w szczególności ze względu na fakt, iż uzupełnienie takie byłoby sprzeczne z treścią art. 87 ust. 1 ustawy pzp, tj. stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Analytics ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2018 r. wezwał wykonawcę Analytics na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do potwierdzenia, że „ciągły system pomiaru emisji zbudowany w oparciu o analizator MCA 10. dostarczony przez Dr. Fódisch (...) spełnia wymagania norm PN-EN 14181 oraz PN-EN 15267. w zakresie HF w odniesieniu dla dobowego ELV na poziomie 1 ma/m³” Zamawiający uzasadnił wezwanie tym, iż „Z dokumentu QUAL1 analizatora MCA 10 przedłożonego przez Państwa w poprzednim postępowaniu nie wynika bowiem spełnianie tego parametru dla wskazanego systemu”. W odpowiedzi wykonawca Analytics w piśmie z dnia 30 maja 2018 r. potwierdził, iż: „ciągły system pomiaru emisji zbudowany w oparciu o analizator MCA 10, dostarczony przez Dr. Fódisch (...) spełnia wymagania norm PN-EN 14181 oraz PN-EN 15267, w zakresie HF w odniesieniu dla dobowego ELV na poziomie 1 mg/m³”. Tymczasem, jak wykazano w części II pkt 4) niniejszego odwołania, nie jest to prawdziwe twierdzenie. Zatem wykonawca ten - w wyniku co najmniej niedbalstwa - wprowadził Zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunek udziału z pkt 5.3.1.1.1. SIWZ. Każdy bowiem wykonawca w Postępowaniu jako profesjonalista powinien mieć wiedzę dotyczącą okoliczności istotnych dla potwierdzenia przez siebie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zachodzi samodzielna podstawa do wykluczenia wykonawcy z

postępowania w oparciu o treść art. 24 ust. 1 pkt 23) ustawy pzp, zgodnie z którym wyklucza się „wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji (...) iż spełnia warunki udziału w postępowaniu (...) lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Odwołujący podkreślił, że wykonawca, który podlega wykluczeniu w oparciu o tę przesłankę, nie podlega już ew. wezwaniom do uzupełnienia dokumentów, jako że przedmiotowy przepis ma charakter sankcyjny wobec nagannych zachowań wykonawców, a procedura uzupełnień odnosi się do możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12), a nie art. 24 ust. 1 pkt 23) ustawy pzp, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby.

W dniu 20 czerwca 2018 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości i zobowiązuje się do wykonania żądań odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Analytics LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W dniu 25 czerwca 2018 r. wpłynął do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Przystępujący przedstawił w piśmie procesowym uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący próbuje przedstawić sprawę wyboru Wykonawcy- Analytics Ltd Sp. z o.o. w sposób jednostronny wskazując na niezmiennosc zapisów SIWZ i zapisy te zestawia z fragmentami listu referencyjnego, sugerując, że zapisy SIWZ muszą być zgodne w 100% z każdym pojedynczym dokumentem, czy nawet fragmentem dokumentu listu referencyjnego, w sposób dowolnie wybrany z całego tekstu. Odwołujący zupełnie pomija w ten sposób istotę procedury wyłonienia najlepszej oferty i oceny Wykonawcy, która to wymaga od Zamawiającego rzetelnej oceny wszystkich zgromadzonych dokumentów, łącznie z oświadczeniami Wykonawcy oraz Wykazem dostaw, które to w sposób jednoznaczny poddane ocenie całościowej, łącznej wyjaśniają i potwierdzają całkowitą zgodność z zapisami SIWZ, i ich treść w żadnym punkcie nie jest sprzeczna z zapisami SIWZ. Zdaniem Odwołującego z listu referencyjnego Trea Leuna wynika, że podmiot ten nie prowadzi w tym zakładzie pomiaru HF a jest to jeden z wymogów punktu 5.3.1.1.1 SIWZ. W świetle przedstawionego listu referencyjnego jest to po prostu twierdzenie nieprawdziwe. We wskazanym liście wyraźnie wskazano, że firma Dr Födisch w 2005 r. zamontowała na tzw. nitce (linii pomiarowej) pierwszej w Trea Leuna system ciągłego

pomiaru emisji obejmujący między innymi pomiar HF poprzez analizator CEMAS FTIR NT. W 2007 r. podobny system (oparty o MCA 04) został zamontowany na tzw. nitce drugiej, a system ten został wybrany w konsekwencji tego, że wymaganie ciągłych pomiarów HF przestało obowiązywać. Powyższe oznacza, że w tym systemie pomiarowym, tj. na nitce drugiej, nie prowadzono monitoringu HF gdyż takowy został uznany za zbędny biorąc pod uwagę ciągle uzyskiwane wyniki pomiaru HF na nitce pierwszej, które wskazywały że taka emisja praktycznie nie istnieje (co zgodne jest z Normą PN 14181 i wymienionymi w niej odnośnikami —Dyrektywa 2010/75/UE, na które Odwołujący się powołuje). W związku z tym, (co dalej można przeczytać w liście referencyjnym) również zwrócono się w 2011 r. do odpowiednich władz o udzielenie zezwolenia na zaprzestanie pomiarów, monitoringu HF na nitce pierwszej, na co uzyskano zgodę. W styczniu/lutym 2018 r. wymieniono urządzenia MCA 04 na MCA 10 na nitce drugiej. W styczniu/lutym 2019 r. planowana jest wymiana m.in. systemu CEMAS FTIR-NT (mierzącego ciągle do chwili obecnej stężenie HF) na nitce pierwszej. Przystępujący wskazał, że system pomiarowy MCA10 wyposażony jest w funkcjonujący pomiar HF, nie jest on natomiast podłączony do systemu monitorującego sprawozdawczego w Trea Leuna w raportowaniu zanieczyszczeń do powietrza. Z listu referencyjnego jasno wynika, że Dr Födisch AG do chwili obecnej zajmuje się stałym serwisowaniem, przeglądami, utrzymaniem poprawnej pracy obu systemów pomiarowych („maintenance”). Odwołanie tak przedstawia fragmenty listu referencyjnego jak gdyby zawierał on tylko i wyłącznie informacje o nitce drugiej zupełnie pomijając, że w zakładzie Trea Leuna podmiot udostępniający potencjał zamontował w 2005 r. na nitce pierwszej system do pomiaru również HF i do chwili obecnej je serwisuje, a pomiar HF jest cały czas realizowany. W tym przypadku decyzja władz z 2011 roku o zaniechaniu pomiaru oznacza jedynie brak tego pomiaru w sprawozdawczości, a nie oznacza braku pomiaru HF w ogóle. System pomiarowy był i jest wyposażony w pomiar HF i nikt go fizycznie nie usuwał. Wskazując w odwołaniu, że „Spółka MVV Energie AG potwierdza, że w spalarni nie jest prowadzony monitoring emisji HF do powietrza: od 2007 r. (jeden system/nitka) oraz od 2011 r. (drugi system/nitka)” Odwołujący zwyczajnie podaje nieprawdę. Nic takiego nie wynika ze złożonych dokumentów. To, że spółka MVV Energie AG nie podaje na swojej stronie wyników pomiarów HF wynika z tego, że nie ma takiego obowiązku. Na marginesie Przystępujący wskazał, że aktualne wskazania wiedzy oraz przepisy prawne są takie, że pomiary HF w tego rodzaju zakładach nie są potrzebne, stąd podmioty uzyskują zgody na ich zaprzestanie

Przystępujący wskazał, że podmiot udostępniający potencjał wdrożył wszystkie te systemy i monitoruje je nieprzerwanie od wielu lat. Wymóg SIWZ dotyczący doświadczenia, zawarty w punkcie 6.1.4.1. wyraźnie i dokładnie określa również świadczenia okresowe lub

ciągłe jako wystarczające potwierdzenie potrzebnej wiedzy i doświadczenia, a do takich z pewnością należą serwis i obsługa bieżąca co jest realizowane w MVV Trea Leuna i jasno wynika z listu referencyjnego.

Nadto zaznaczył, że wymiana w 2017 r. dotyczyła jak wskazano w liście referencyjnym całych systemów a nie jedynie poszczególnych urządzeń („following systems were replaced”/”folgende Systeme ersatz”). Nie jest zatem prawdą jakoby wymieniono jedynie analizatory a więc poszczególne urządzenia. Zresztą nawet Odwołujący przywołuje link do strony, która ma rzekomo wskazywać, że MCA 10 to jest jedynie analizator podczas gdy analiza tej strony wprost wskazuje, że jest to system pomiarowy. Odnośnie kwestii tego, że system ten nie zawiera komputera emisyjnego to wskazał, że Zamawiający w SIWZ, rozdzielił wymagania dotyczące doświadczenia na dwie osobne pozycje — a) dotyczącą aparatury i systemu pomiarowego i b) komputera emisyjnego. Wykonawca — Analytics Ltd Sp. z o.o. posiada własne doświadczenie w zakresie dostaw, wdrożenia, uruchomienia komputera emisyjnego i przedstawił na dowód tego odpowiedni list referencyjny (Grupa Azoty — Zakłady Azotowe Puławy).

Przystępujący wskazał, że twierdzenie że wymiana systemu ma polegać jedynie na wymianie urządzeń a nie ich wdrożeniu i uruchomieniu jest kuriozalne. Oczywiście jest, że po wymianie systemu należy go wdrożyć i uruchomić. Zresztą na stronie Trea Leuna znajdują się aktualne pomiary emisji (co Odwołujący się, nawet zauważa w odwołaniu) więc oczywistym jest, że do ich dokonywania system musi być wdrożony i uruchomiony.

Przystępujący zaznaczył, że Odwołujący analizując nitkę drugą, aktualnie działającą w oparciu o system MCA 10 wskazuje na to, że zastosowany w niej analizator choć spełnia wymogi normatywne to przy zastosowaniu w spalarni już takowych nie spełnia z uwagi na zbyt dużą niepewność pomiarową sprzeczną z normą PN EN 14181 (1 mg/Nm³ podczas gdy powinna wynosić 0,4 mg/Nm³). Po pierwsze zgodnie z przywołaną przez Odwołującego Dyrektywą 2010/75/UE (Załącznik VI): 2.3 Można pominąć ciągłe pomiary HF, jeśli używane są etapy oczyszczania dla HCl, które zapewniają, że nie są przekraczane dopuszczalne wielkości emisji dla HCl. W tym przypadku emisje HF podlegają okresowym pomiarom ustanowionym w pkt 21 lit. c). 2.5. Właściwy organ może zdecydować o niewymaganiu pomiarów ciągłych HCL, HF i SO₂W spalarniach odpadów lub współspalarniach odpadów i wymagać pomiarów okresowych określonych w pkt 2.1 lit c) lub nie wymagać żadnych pomiarów, jeśli operator potrafi udowodnić, że emisje tych zanieczyszczeń w żadnych warunkach nie mogą być wyższe od określonych przepisami dopuszczalnych wielkości emisji. Zgodnie z punktem 3.10 normy PN EN 14181 na który powołuje się Odwołujący niepewność pomiarowa jest określona przez przepisy prawa lub wytyczne odpowiednich władz. Jak wskazano w liście referencyjnym odpowiednie władze odstąpiły od pomiarów HF

dla spalarni Trea Leuna co oznacza, że zachodzi zgodność systemu MCA10 z normą w tym wypadku (nie ma konieczności przedstawiania certyfikatu QAL1 dla HF). Po drugie, system MCA 10 technicznie spełnia wymagania dokładności pomiaru HF w spalarniach odpadów. Podmiot udostępniający potencjał ustalił w wewnętrznych badaniach i testach laboratoryjnych, że niepewność pomiarowa HF dla systemu MCA 10 wynosi poniżej 0,4 mg/m³.

Ponadto Przystępujący podkreślił, że z treści zobowiązania dr Födisch jasno wynika, że deklaruje on udzielenie firmie Analytics Ltd m.in. wykwalifikowanego personelu na każdym etapie realizacji zadania jak również podczas obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej systemu pomiarowego oraz wszelkiej potrzebnej pomocy niezbędnej do prawidłowej realizacji zadania i poprawnej pracy. Jest zatem oczywiste w ocenie Przystępującego, że podmiot udostępniający potencjał zobowiązuje się do przekazania zasobów niezbędnych do realizacji zadania i to zarówno w zakresie doradztwa jak i uczestnictwa swojego personelu w formie podwykonawstwa.

Następnie podniósł, że system MCA 10 spełnia wymogi w zakresie normy PN EN 14181. Wynika to po pierwsze z tego, że zgodnie z decyzją odpowiednich władz w spalarni Trea Leuna wyrażono zgodę na odstąpienie od ciągłego pomiaru HF. Skoro zatem tak jest, zgodnie z punktem 3.10 normy PN EN 14181 należy uznać, że zawarte w normach wytyczne co do zgodności niepewności pomiarowych wszystkich związków pomiarowych są spełnione. Ponadto aktualne badania i wewnętrzne testy laboratoryjne tego systemu wskazują, że niepewność pomiarowa dla HF jest mniejsza niż 0,4mg/m³. Oświadczenie Wykonawcy, który bazował na tych informacjach w tej mierze w żaden sposób nie jest zatem nieprawdziwe i nie ma podstaw do jego wykluczenia. Odwołujący, który przedstawił ofertę o wyższej cenie próbuje poprzez manipulację wyrwanymi z kontekstu zdaniami lub fragmentami listu referencyjnego wykazać, że Wykonawca nie spełnił wymogów przetargu podczas gdy Wykonawca Analytics z o.o. przedstawił dokumenty, z których wynika, że dysponuje odpowiednim doświadczeniem i potencjałem pozwalającym na realizację zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zgłoszone przez wykonawcę Analytics LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie spełniały wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wyżej wskazanego Wykonawcę w charakterze uczestnika postępowania.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę Przystępującego, wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp z dnia 8 maja 2018 r., odpowiedź Przystępującego na ww. wezwanie z dnia 16 maja 2018 r. wraz z załącznikami, wezwania Zamawiającego skierowane do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp z dnia 16 i 29 maja 2018 r., odpowiedzi Przystępującego na ww. wezwania z dnia 17 i 30 maja 2018 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 czerwca 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie - uwzględnienie odwołania, sprzeciw - pismo procesowe Przystępującego.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Przystępującego z zeznań świadka pełnomocnika Zamawiającego - Dawida Studenckiego na okoliczność, żeby przedstawił, jakimi przesłankami kierowała się komisja przy wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wyjaśnienie pkt 6.1.4.1 SIWZ, gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami - wynikają z dokumentacji postępowania.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Analytics, pomimo że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, opisanego w pkt 5.3.1.1.1 SIWZ.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Ustalono, że w pkt 5.3.1.1.1. SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: *O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca który spełnia warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj.: posiada doświadczenie w dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) ciągłego systemu pomiaru emisji obejmującego co najmniej układ poboru i kondycjonowania gazu, analizatory w zakresie analityki gazowej NO_x (NO, NO₂), O₂, CO, SO₂, HCl, HF, H₂O i TOC, który to system był zgodny z: a) Normą PN-EN 14181 lub równoważną; b) Normą PN EN 15267 lub równoważną.*

Zgodnie z pkt 6.1.4.1. SIWZ do oferty każdy z wykonawców zobowiązany był dołączyć: *wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert – w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku o którym mowa w pkt 5.3.1.1.1. i 5.3.1.1.2. SIWZ. Wzór wykazu dostaw do ewentualnego wykorzystania stanowił załącznik nr 6 do SIWZ.*

Ponadto ustalono, że Przystępujący w wraz z ofertą złożył wykaz dostaw, w którym w odniesieniu do warunku 5.3.1.1.1. wskazał: *Obiekt, w którym wdrożono system: MVV TREA Leuna Niemcy — Zakłady Termicznego Przerobu Odpadów; Data realizacji: 12-2017, Składniki systemu z wyszczególnieniem substancji objętych analityką gazową (wymagania: układ poboru i kondycjonowania gazu, analizatory w zakresie analityki gazowej NO_x (NO, NO₂), O₂, CO, SO₂, HCl, HF, H₂O i TOC: układ poboru i kondycjonowania gazu, analizatory w zakresie analityki gazowej NO_x (NO, NO₂), O₂, CO, SO₂, HCl, HF, H₂O i TOC (wykonawca Dr Födisch Umweltmesstechnik AG, z którego zasobów będzie korzystać Analytics Ltd. przy realizacji zadania); Czy system był zgodny z normami wymienionymi w*

punkcie 5.3.1.1.1 specyfikacji?: system był zgodny z normami wymienionymi w punkcie 5.3.1.1.1 specyfikacji.

Do wykazu Przystępujący załączył oświadczenie: że dostawy wykonane przez podmiot, Dr. Födisch Umweltmesstechnik AG, z którego zasobów, Wykonawca — Analytics Ltd. sp. z o.o. będzie korzystać w realizacji niniejszego zadania, do Zakładów Termicznego Przerobu Odpadów MVV TREA Leuna Niemcy, były wykonane należycie i terminowo. Dostawy polegały na modernizacji układu pomiarowego CEMS obejmującego co najmniej układ poboru i kondycjonowania gazu, analizatory w zakresie analityki gazowej NO_x (NO, NO₂), O₂, CO, SO₂, HCl, HF, H₂O i TOC, który to system był zgodny z: Normą PN-EN 14181 lub równoważną; Normą PN EN 15267 lub równoważną, Dostawy wykonane były w miesiącu grudniu 2017 roku. Całkowita wartość dostaw wyniosła 320.000,00 euro (trzysta dwadzieścia tysięcy euro). Zuwagi na krótki czas od ukazania się ogłoszenia o postępowaniu przetargowym, do czasu przypadającego na koniec terminu składnia ofert, nie jesteśmy w stanie przedstawić listu referencyjnego dotyczącego przedmiotowej dostawy systemu pomiarowego. Dokument w postaci listu referencyjnego wyżej wymienionej dostawy i/lub innych dostaw również spełniających wszystkie warunki określone w SIWZ oraz przez odpowiednie przepisy, dostarczymy na wezwanie Zamawiającego w późniejszym terminie.

Ustalono, że Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 8 maja 2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających należytą realizację dostawy wskazanej w pkt 1 wykazu dostaw, bowiem stwierdził że w tej sprawie nie zachodzą obiektywne okoliczności uniemożliwiające wykonawcy przedłożenie stosownego dowodu wystawionego przez odbiorcę dostaw.

*Dnia 16 maja 2018 r. Przystępujący złożył list referencyjny wystawiony przez MVV Energie AG dla Dr. Födisch Umweltmesstechnik AG potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Zarząd: dr H. F. (listy referencyjne w języku niemieckim i angielskim) o następującej treści przetłumaczonej na język polski: *List referencyjny dotyczący obiektu TREA LEUNA. W roku 2005 spalarnia odpadów TREA LEUNA została wyposażona przez firmę Enumtec Munich w ciągły system monitoringu emisji spalin dla nitki pierwszej (numer projektu dla poddostawcy urządzeń pomiarowych — Dr. Födisch Umweltmesstechnik AG: 5544) Zakres dostaw: CEMAS FTIR NT do pomiarów CO, NO, SO₂, HCl, HF, NH₃, TOC, H₂O, O₂, CO₂, Verewa HM 1400 TR do pomiarów Hg, PFM 02V do pomiarów pyłu, FMD02 do pomiarów przepływu i temperatury. Rozruch i przekazanie do obsługi odbył się 15.04.2005. Dodatkowo zainstalowano analizator MCA 04 do pomiarów procesowych SO₂. W roku 2007 spalarnia odpadów TREA LEUNA została wyposażona w ciągły system monitoringu emisji spalin dla nitki drugiej (numer projektu dla poddostawcy urządzeń pomiarowych Dr. Födisch Umweltmesstechnik AG: 5878),. Odpowiednie służby ochrony środowiska zdecydowały**

o braku konieczności pomiarów HF na drugiej nitce. Wyniki pochodzące z pierwszej nitki potwierdzały słuszność decyzji. Dane z odczytów pomiarowych za okres od 29.09.2005 do 29.09.2006 wykazały średnie dobowe stężenia HF na poziomie 0 mg/Nm³ komunikat „brak odczytów” był widoczny przez 342 dni w roku. Zmierzone wartości o średnich dobowych 2,7mg/Nm³ były zarejestrowane tylko przez 23 dni. W związku z tym wymaganie dotyczące ciągłych pomiarów HF przestało obowiązywać. W konsekwencji do pomiarów ciągłego monitoringu emisji na linii drugiej zdecydowano się wybrać analizator MCA 04 (certyfikowany zgodnie z 17 BImSchV — Dyrektywa nr 17, zgodna z prawem niemieckim i europejskim dotycząca ochrony powietrza). Zakres dostaw dla nitki drugiej: MCA 04 do pomiarów CO, NO, SO₂, HCl, NH₃, TOC, H₂O, O₂, CO₂, Verewa I-IM 1400 TR do pomiarów Hg, PFM 02V do pomiarów pyłu, FMD99W do pomiarów przepływu i temperatury i ciśnienia absolutnego. Rozruch i przekazanie do obsługi odbył się 14.05.2007. Dodatkowo zainstalowano analizator MCA 04 do pomiarów procesowych SO₂, HCl, H₂O oraz O₂. W roku 2011 wystąpiliśmy o zaniechanie pomiarów HF na nitce pierwszej, zgodnie z paragrafem 11, trzeci akapit 17 BImSchV (Dyrektywa nr 17 zgodna z prawem niemieckim i euro ochrony powietrza). Nasza propozycja została przyjęta. W okresie kwiecień — sierpień 2017 pomiary procesowe zostały zmodernizowane. Analizator MCA 10 zastąpił analizator MCA 04 (wartość projektu — 200.000EUR). W listopadzie 2017 podpisaliśmy umowę na modernizację dwóch systemów monitoringu emisji na obu nitkach spalarni. W okresie styczeń / luty 2018 roku wymieniliśmy następujące urządzenia na nitce drugiej: MCA 04 - MCA 10, PFM 02V - D-R 808, HM 1400TR - HM 1400TRX. Modernizacja systemu monitoringu emisji na nitce pierwszej zaplanowana jest na styczeń i luty 2019 zgodnie z niżej wymienionymi zmianami: CEMAS FTIR - NT - MCA 10, PFM 02V - D-R 808, HM 1400TR - HM 1400TRX (całkowita wartość zamówienia 320.000EUR). Dostarczone i dostarczane rozwiązania są zgodne z odpowiednimi dyrektywami niemieckimi i europejskimi. Od 2005 roku Dr. Födisch Umweltmesstechnik AG wykonuje usługi serwisowe i konserwacyjne systemów pomiarowych w spalarni. Wszystkie wymienione wyżej prace były wykonane sumiennie i na czas.

Pismem z dnia 16 maja 2018 r. Zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień: kiedy została wykonana przez Dr Fodisch Umweltmesstechnik AG dostawa, wskazana w pkt 1 wykazu dostaw załączonego do oferty. W wykazie dostaw wykonawca wskazał bowiem na wykonanie tej dostawy w grudniu 2017 r. (wskazana data realizacji), podczas gdy z przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów referencji wynika, że Dr Fodisch Umweltmesstechnik AG realizował kilka różnych dostaw w różnych okres dla podmiotu: MVV TREA Leuna Niemcy — Zakład Termicznego Przerobu Odpadów, jednak żadna z nich nie była zrealizowana w grudniu 2017 r.

W odpowiedzi z dnia 17 maja 2018 r. Przystępujący wskazał, że: *W załączonym do oferty wykazie dostaw w pkt 1. data dostawy wykonanej przez Dr Födisch Umweltmesstechnik AG określona na miesiąc grudzień 2017r. została wpisana omyłkowo. Poprawna data to styczeń/luty 2018r. Omyłka wynikała z faktu, że umowa była podpisana w listopadzie 2017, wstępne prace zaczęły się w grudniu 2017 a zasadnicze prace wykonane były i zakończone w styczniu/lutym 2018.*

Ustalono również, że Zamawiający skierował w dniu 29 maja 2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp prośbę o potwierdzenie, że: *ciągły system pomiaru emisji zbudowany w oparciu o analizator MCA 10, dostarczony przez Dr. Fodisch Umweltrnesstechnik AG do MW Energie AG w okresie styczeń/luty 2018 spełnia wymagania norm PN — EN 14181 oraz PN-EN 15267, w zakresie HF w odniesieniu dla dobowego ELV na poziomie 1mg/m3. Z dokumenty QAL1 analizatora MCA10, przedłożonego [...] w poprzednim postępowaniu nie wynika bowiem spełnianie tego parametru dla wskazanego systemu.*

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. Przystępujący oświadczył, że: *ciągły system pomiaru emisji zbudowany w oparciu o analizator MCA 10., dostarczony przez Dr. Fodisch Umweltmesstechnik AG do MVV Energie AG w okresie styczeń/luty 2018 spełnia wymagania norm PN-EN 14181 oraz PN-EN 15267, w zakresie HF w odniesieniu dla dobowego ELV na poziomie 1mg/m3.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu [...].*

W myśl § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. poz. 1126 z późn. zm): *W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z*

uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie spór pomiędzy Odwołującym a Uczestnikiem Postępowania sprowadzał się do ustalenia czy Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.3.1.1.1. SIWZ.

Zaznaczenia wymaga, że dokumenty, czyli w przedmiotowym postępowaniu - wykaz dostaw oraz dowody potwierdzające ich należyłą realizację - łącznie mają potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, zgodnie z treścią wyżej cytowanego przepisu Rozporządzenia, dowody (np. list referencyjny) mają stwierdzać należyłą realizację dostaw wskazanych w wykazie. Oznacza to, że spełnienie elementów warunku opiera się w znacznej mierze na oświadczeniach wykonawcy zawartych w wykazie dostaw. Celem bowiem złożenia listów referencyjnych jest potwierdzenie należytego wykonania dostaw z wykazu - istotnym jest zatem wskazanie również w ich treści elementów pozwalających na identyfikację przedmiotowej dostawy. Rozporządzenie nie kreuje jednak wymagania aby dowody potwierdzające należyłą realizację - w tym przypadku dostaw - zawierały w swojej treści potwierdzenie wszystkich oświadczeń złożonych przez wykonawcę w wykazie.

Ponadto, wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Przystępującego to trzecia z podanych w liście referencyjnym dostaw została wykazana w wykazie dostaw, jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu. Wcześniej realizowane dostawy (z 2005 r. oraz 2007 r.) przez Podmiot trzeci nie mają zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zamawiający dopuścił na spełnienie warunku dostawy okresowe lub ciągłe nadal wykonywane ale w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Jediną dostawą spełniającą warunek wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert jest właśnie dostawa ze stycznia/lutego 2018 r. podana przez Przystępującego w wykazie. Usługi serwisowe, które powołuje Przystępujący w sprzecznie nie zostały objęte oświadczeniem wskazanym w wykazie dostaw. Ponadto, to nie usługi serwisowe stanowiły przedmiot warunku udziału w postępowaniu.

Przechodząc do zarzutów odwołania - Odwołujący zarzucił, że z listu referencyjnego przedstawionego przez Przystępującego wynika, iż zakład TREA LEUNA, na którego rzecz wykonane zostało zamówienie wskazane w wykazie nie prowadzi ciągłego monitoringu emisji HF do powietrza w związku z czym niemożliwym było aby Podmiot trzeci, na którego

zasoby powołuje się Przystępujący wykonał w tym zakresie wdrożenie i uruchomienie systemu. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Wskazać należy, że w liście referencyjnym podano, że zgodnie z decyzją władz zakład TREA LEUNA nie ma obowiązku prowadzenia ww. pomiarów. Okoliczność ta nie wyklucza jednak w ocenie Izby, że system dostarczony przez Podmiot trzeci został również wdrożony i uruchomiony. Przystępujący przedstawił dowód - informację o produkcie MCA 10 - z którego wynika, że MCA 10 to system pomiarowy, a nie wyłącznie analizator, jak twierdził Odwołujący. Tym samym skoro zgodnie z wyżej wskazaną informacją system ten umożliwia również prowadzenie pomiarów HF trudno aby system został wdrożony i uruchomiony w zakresie pomiarów wszystkich gazów poza HF. Izba dała wiarę argumentacji Przystępującego, że możliwość prowadzenia tych pomiarów nie została wyłączona z systemu, został on wdrożony i uruchomiony jako całość. Co więcej, Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, co rozumie pod pojęciem „wdrożenie”. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedstawił dowód - raporty tygodniowe dokonywanych przez TREA LEUNA pomiarów w okresie od stycznia do maja 2018 r., w których brak jest pomiarów w zakresie HF. Zaznaczenia wymaga, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył *dostawy, wdrożenia i uruchomienia ciągłego systemu pomiaru emisji [...] a nie wykazania, że zakład, do którego dostarczono, wdrożono i uruchomiono system prowadzi następnie i publikuje pomiary gazów. Sposób wykorzystania systemu należy do jego użytkownika, a okoliczność niewykorzystywania wszystkich funkcjonalności systemu nie oznacza, że system tychże możliwości nie posiada. Przystępujący w wykazie dostaw oświadczył, że miało miejsce wdrożenie i uruchomienie systemu. W ocenie Izby złożone referencje nie pozostają w sprzeczności z oświadczeniem zawartym w wykazie.*

Odwołujący wskazał także, że z listu referencyjnego wynika jedynie dostarczenie trzech urządzeń pomiarowych - analizatora MCA 10, pyłomierza i analizatora rtęci na potwierdzenie czego przedłożył Izbie dowody w postaci identyfikacji oznaczeń zawartych w referencjach. Odwołujący zaznaczył, że wśród tych urządzeń brak jest układu poboru i kondycjonowania gazu oraz komputera emisyjnego. Izba zaznacza za Przystępującym, że dostarczenie komputera emisyjnego nie było przedmiotem warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.3.1.1.1. SIWZ. Jak już zostało wskazane Przystępujący przedstawił dowód, z którego wynika, że oznaczenie MCA 10 to oznaczenie systemu pomiarowego obejmującego również układ poboru próbki gazu. Odwołujący oparł zarzut wyłącznie na literalnym brzmieniu listu referencyjnego nie podejmując próby wykazania, że system MCA 10 faktycznie nie zawiera układu poboru i kondycjonowania gazu. Przystępujący oświadczył w wykazie dostaw, że system taki układ zawierał. Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r., poz. 459) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp *ciężar udowodnienia*

faktu spoczywa na osobie, które z faktu tego wywodzi skutki prawne. Wobec powyższego to Odwołujący w toku postępowania odwoławczego powinien udowodnić, że oświadczenia Przystępującego nie znajdują odbicia w rzeczywistości. Izba zaznacza również, że brak wszystkich elementów warunku w liście referencyjnym nie oznacza braku spełnienia warunku. Celem złożonych referencji jest stwierdzenie należytej realizacji zadania wskazanego w wykazie i ten cel referencje przedłożone przez Przystępującego spełniają. Co więcej, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 maja 2018 r. Przystępujący wskazał na prowadzenie prac wstępnych i zasadniczych. Trudno zatem z powyższego wywieść, że prace te obejmowały wyłącznie dostawę trzech urządzeń a nie również wdrożenie i uruchomienie całego systemu.

Odwołujący podniósł również, że ciągły system pomiaru emisji wykonany w zakładzie TREA LEUNA nie jest zgodny z normą PN EN 14181. Przedstawioną w odwołaniu argumentację Odwołujący oparł na certyfikacie, który Przystępujący złożył Zamawiającemu w innym postępowaniu i wskazał, że nie jest możliwe dokonywanie ciągłych pomiarów HF w spalarni, analizatorem MCA 10, z uwagi na to, że zapewnia on rozszerzoną niepewność pomiaru HF. Odwołujący pozostaje chaotyczny w swoich twierdzeniach z jednej strony podważając zgodność analizatora MCA 10 z normą PN EN 14181, co wynika z ww. certyfikatu. Z drugiej strony wskazując, że okoliczność że analizator MCA 10 spełnia wymagania tej normy nie oznacza, że cały system jest zgodny z normą. Zaznaczenia wymaga, że Odwołujący nie przedstawił Izbie certyfikatu, na który się powołuje. Jako, że dokument ten został złożony w innym postępowaniu Zamawiający nie przedłożył go wraz z dokumentacją przedmiotowego postępowania. Nie został on złożony przy piśmie z dnia 22 maja 2018 r. jak sugerował Odwołujący w treści odwołania. Z informacji o produkcie przedstawionej przez Przystępującego wynika, że system pomiarowy MCA 10 mierzy poziom HF i może być stosowany w spalarniach odpadów. Ponadto, Przystępujący wskazał, że producent nie starał się o certyfikację systemu w zakresie HF, gdyż na zachodzie z uwagi na niski poziom emisji gazu odchodzi się od dokonywania ciągłych pomiarów HF. Jednocześnie zaznaczył, że produkt spełnia wymagania normy na potwierdzenie czego złożył wiadomość e-mail. Izba uznała twierdzenia Przystępującego za wiarygodne. Co więcej, warunek udziału w postępowaniu nie wymagał zgodności systemu z normą potwierdzonej certyfikatem. Przystępujący oświadczył w wykazie dostaw jak i na wezwanie Zamawiającego, że warunek jest w tym zakresie spełniony. Odwołujący, na którym ciążył obowiązek dowodowy nie wykazał, że system MCA 10 nie spełnia wymagania normy.

Izba stwierdziła, że działanie Zamawiającego było prawidłowe, a wykaz dostaw oraz referencje potwierdzają łącznie spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie za niezasadne należało również uznać żądanie ewentualne

wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 5.3.1.1.1 SIWZ.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zakresie braku potwierdzenia przez wykonawcę Analytics realnego dysponowania zasobem udostępnianym przez podmiot trzeci Dr. Fodisch.

Ustalono, że wraz z ofertą Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego o następującej treści: Zobowiązanie Dr Födisch Umweltmesstechnik AG dotyczące oddania do dyspozycji firmie Analytics Ltd. sp. z o.o. niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia: *Sprzedaż, dostawa, montaż, szkolenie, udzielenie gwarancji i uruchomienie redundantnego systemu ciągłego pomiaru emisji na Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów dla istniejącego, pracującego na liniach nr 1 i 2, - zamówienie powtórzone. W związku z uczestnictwem Analytics Ltd. sp. z o.o. w postępowaniu przetargowym na zadanie jak wyżej oraz wymaganiami stawianymi Wykonawcy w SIWZ dotyczącymi doświadczenia w dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu w ciągu ostatnich trzech lat od daty 4 maja 2018r. systemu pomiaru emisji obejmującego co najmniej układ poboru i kondycjonowania gazu, analizatory w zakresie analityki gazowej NOx (NO, NO2), O2, CO, SO2, HCl, HF, H2O i TOC deklarujemy, że udzielimy firmie Analytics Ltd. sp. z o.o.: naszego pełnego wsparcia technicznego w zakresie wiedzy podczas realizacji zadania, dla poprawnej instalacji, podłączenia i uruchomienia systemu pomiarowego, wykwalifikowanego personelu na każdym etapie realizacji zadania jak również podczas obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej systemu pomiarowego, wszelkiej potrzebnej pomocy zawodowej niezbędnej do prawidłowej realizacji zadania i poprawnej pracy, potrzebnego wsparcia technicznego podczas gwarancyjnej i pogwarancyjnej obsługi systemu pomiarowego.*

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy pzp Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W świetle powyższego artykułu, na który powołuje się Odwołujący nie można zgodzić się z argumentacją zaprezentowaną w odwołaniu, że przy warunku doświadczenia dotyczącego dostawy podmiot trzeci powinien wykonać dostawę objęte warunkiem. Wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów: *niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych* (art. 22a ust. 1 ustawy pzp). Wskazać należy, że z treści zobowiązania wynika realność udostępnionych zasobów. Podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania zamówienia niejako wspólnie z Wykonawcą. To wykwalifikowany personel Podmiotu trzeciego będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia na każdym jego etapie, a

więc również na etapie objętym warunkiem, w zakresie w jakim udostępnia zasoby. Podmiot trzeci zobowiązał się udzielić również wsparcia technicznego dla poprawnej instalacji, podłączenia i uruchomienia systemu pomiarowego i pomocy zawodowej. W ocenie Izby treść zobowiązania potwierdza realny charakter udostępnionych zasobów.

Za chybiony Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Analytics Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, pomimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu na wezwanie Zamawiającego informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, opisany w pkt 5.3.1.1.1 SIWZ;

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Odwołujący oparł zarzut na twierdzeniu, że oferowany przez Przystępującego system nie spełnia wymagania normy PN-EN 14181 i w tym zakresie oświadczenie złożone przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 maja 2018 r. jest oświadczeniem wprowadzającym w błąd Zamawiającego. Jak zostało wskazane Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący nie spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1.1.1. SIWZ nie zasługiwał na uwzględnienie również w zakresie zgodności systemu MCA 10 z normą PN-EN 14181. W związku z powyższym Izba uznała także niniejszy zarzut za niezasadny.

W konsekwencji Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy pzp - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Analytics pomimo że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: