

WYROK

z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2020 r. przez wykonawcę **CP Trade Energia i Gaz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach** oraz **Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
 - a) wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach** oraz **Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.2.3 SIWZ,
 - b) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach** oraz **Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy,
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**

3. kosztami postępowania obciąża **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CP Trade Energia i Gaz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **CP Trade Energia i Gaz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa części zamiennych do turbiny gazowej i instalacji pomocniczych dla Oddziału PGNiG SA w Zielonej Górze”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 grudnia 2019 r. nr 2019/S 241- 593282.

19 maja 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy CP Trade Energia i Gaz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach oraz Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z postępowania;
 - 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego;
 - 3) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- a z ostrożności procesowej ponadto wobec:
- 4) zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia pełnomocnictwa udzielonego E. B. O. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółkę Akcyjną Vienna Insurance Group do wystawienia ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG35/0735/20/0001 datowanej na 24 stycznia 2020 r., a podpisanej przez E. B. O. elektronicznie w dniu 10 lutego 2020 r., a także aneksu Nr 02GG35/0735/20/0001/A01 z dnia 7 kwietnia 2020 r. do tej gwarancji;
 - 5) zaniechania wezwania przystępującego do:
 - [1] uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania 3 dostaw części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1.000.000 zł każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert;
 - [2] złożenia:
 - (i) wystawionego przez holenderski Urząd Kontroli Zachowań zaświadczenia o niekaralności A. J. P., obejmującego swym zakresem wszystkie inne, oprócz aspektów (funkcji) 41, 53, aspekty (funkcje), których dotyczą przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp;

- (ii) oświadczenia własnego A. J. P., o którym mowa w pkt 8.6.14. SIWZ;
- (iii) oryginalnego dokumentu elektronicznego w postaci wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla MFS;
- (iv) oryginalnego dokumentu elektronicznego w postaci wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla M.F.S. Holding B.V.;
- (v) oryginalnego dokumentu elektronicznego w postaci zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach (ZAS-W) wydanego dla EESA

odwołujący wniósł 29 maja 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący w pkt II odwołania zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 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 (dalej: „Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”), poprzez brak wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazali oni spełnienia warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej, ponieważ nie wykazali, że dostawy zostały należycie wykonane;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa, wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełniają warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej i zawodowej;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieodrzuconie oferty wspólnej przystępującego pomimo tego, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez przystępującego w sytuacji, gdy nie była to oferta najkorzystniejsza, ponieważ wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z postępowania, natomiast złożona przez nich oferta powinna zostać odrzucona;

a ponadto z ostrożności procesowej:

- 5) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez brak wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw w sytuacji, gdy przedłożony wykaz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania 3 dostaw

części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1.000.000 zł każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert;

- 6) art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia pełnomocnictwa udzielonego E. B. O. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółkę Akcyjną Vienna Insurance Group do wystawienia ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG35/0735/20/0001 datowanej na 24 stycznia 2020 r., a podpisanej przez E. B. O. elektronicznie w dniu 10 lutego 2020 r., a także aneksu Nr 02GG35/0735/20/0001/A01 z dnia 7 kwietnia 2020 r. do tej gwarancji;
- 7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wystawionego przez holenderski Urząd Kontroli Zachowań zaświadczenia o niekaralności A. J. P., obejmującego swym zakresem wszystkie inne, oprócz aspektów (funkcji) 41, 53, aspekty (funkcje), których dotyczą przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp;
- 8) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia oświadczenia własnego A. J. P., o którym mowa w pkt 8.6.14. SIWZ;
- 9) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej: „Rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej”), poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia oryginalnych dokumentów elektronicznych: (i) wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla MFS; (ii) wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla M.F.S. Holding B.V.; (iii) zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach (ZAS-W) wydanego dla EESA, które to dokumenty zostały przedłożone w postaci elektronicznych kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez EESA;
- 10) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez przystępującego w sytuacji, gdy wykonawcy ci (i) nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania 3 dostaw części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1.000.000 zł każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a zamawiający nie wezwał ich do

uzupełnienia w tym zakresie wykazu wykonanych dostaw, a ponadto (ii) nie wykazali braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a zamawiający zaniechał wezwania ich do złożenia w tym celu pełnomocnictwa, dokumentów i oświadczenia określonych w pkt 6)-9) powyżej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przystępującego;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia przystępującego z postępowania;
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego;

a z ostrożności procesowej, na wypadek nienakazania czynności z pkt 3)-4) powyżej:

5) wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania 3 dostaw części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1.000.000 zł każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert;

6) wezwania przystępującego do uzupełnienia niżej wymienionych pełnomocnictwa, dokumentów i oświadczenia:

(i) złożenia wystawionego przez holenderski Urząd Kontroli Zachowań zaświadczenia o niekaralności A. J. P., obejmującego swym zakresem wszystkie inne, oprócz aspektów (funkcji) 41, 53, aspekty (funkcje), których dotyczą przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp;

(ii) złożenia oświadczenia własnego A. J. P., o którym mowa w pkt 8.6.14. SIWZ;

(iii) złożenia oryginalnego dokumentu elektronicznego w postaci wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla MFS;

(iv) złożenia oryginalnego dokumentu elektronicznego w postaci wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla M.F.S. Holding B.V.;

(v) oryginalnego dokumentu elektronicznego w postaci zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach (ZAS-W) wydanego dla EESA.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący – w odniesieniu do zarzutu określonego w petitum odwołania w pkt II.1) (zaniechanie wykluczenia) wskazał, że zamawiający sformułował w pkt 6.1.2.3. SIWZ następujący warunek podmiotowy odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizował należycie:

- co najmniej trzy (3) dostawy części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1 000 000,00 zł każda

oraz

- co najmniej dwie (2) dostawy części zamiennych przeznaczonych do wykonania wszystkich planowych czynności po 25 tysiącach rbh na turbinie gazowej.”

Dowody wymagane na potwierdzenie, że dostawy zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane zostały określone w pkt 8.8.2. SIWZ:

„Dowodów, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w tym:

a) referencje bądź inne dokumenty wydane przez odbiorcę dostaw wskazanych w wykazie, o którym mowa w pkt. 8.8.1. SIWZ, w przypadku dostaw o charakterze okresowym lub ciągłym, które na dzień upływu terminu składania ofert są nadal wykonywane referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

b) oświadczenie Wykonawcy składającego ofertę – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, o których mowa w pkt. 8.8.2. lit. a) SIWZ;

Uwaga!! Zamawiający nie uzna, jako dowodu faktur itp. dokumentów, z uwagi na fakt, iż ich treść nie potwierdza należytego wykonania zamówienia.”

Odwołujący podniósł, że przystępujący nie złożył żadnych referencji ani żadnych innych dokumentów pochodzących od odbiorców dostaw wymienionych w złożonym przez siebie wykazie dostaw, które potwierdzałyby ich należyte wykonanie. Dokumenty, które przedłożył na potwierdzenie należytego wykonania dostaw, to zamówienia od odbiorców oraz faktury wystawione przez MFS; w przypadku dostawy wymienionej w wykazie dostaw w tabeli nr 2 pod poz. 3 (Energieversorgung Schwerin GmbH & Co.Erzeugung KG) został złożony jeszcze dokument pt. „Dokument dostawy”, tyle że jest on wystawiony przez MFS – odbiorca nie pokwitował na nim faktury otrzymania przedmiotu dostawy; w przypadku dostawy wymienionej w wykazie dostaw w tabeli nr 1 pod poz. 2 (GVI NIGERIA LIMITED) został złożony jeszcze dokument pt. „Potwierdzenie zamówienia”, tyle że jest to dokument wystawiony przez MFS – nie potwierdza, że dostawa została prawidłowo zrealizowana; w przypadku dostawy wymienionej w wykazie dostaw w tabeli nr 2 pod poz. 1 (SIEMENS Energy, Inc.) został przedłożony jeszcze dokument pt. „Potwierdzenie zamówienia”, tyle że jest to dokument wystawiony przez MFS – nie potwierdza, że dostawa została prawidłowo zrealizowana.

Odwołujący podniósł, w odniesieniu do zamówień od odbiorców, że nie są to skany podpisanych zamówień, lecz dokumenty PDF nie zawierające żadnych podpisów (oczywiście oprócz podpisów elektronicznych złożonych przez EESA w celu potwierdzenia za zgodność z oryginałem). Nie wiadomo zatem, w jaki sposób zamówienia zostały złożone,

czy dokumenty PDF zostały przesłane e-mailem czy w inny sposób, a przede wszystkim skąd te dokumenty pochodzą. Zdaniem odwołującego nie sposób pominąć tego oceniając wiarygodność tych dokumentów.

Odwołujący wskazał także, że pismem z dnia 30 marca 2020 r. (wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz do udzielenia wyjaśnień) zamawiający wezwał przystępującego do przedłożenia dowodów, zgodnie z SIWZ, że wymienione w wykazie dostaw dostawy zostały należycie zrealizowane. Zamawiający wskazał w nim, że: *„Wykonawca złożył dokumenty, która w ocenie Zamawiającego nie są również wystarczające ze względu na ich treść. Są to dokumenty księgowo (faktury) i zamówienia, które nie potwierdzają należytego wykonania dostaw.”*. W tym kontekście zamawiający zwrócił uwagę na postanowienie pkt 8.8.2. lit. b) in fine SIWZ: *„Zamawiający wskazał w pkt 8.8.2 lit. b SIWZ, że nie uzna, jako dowodu faktur itp. dokumentów, z uwagi na fakt, iż ich treść nie potwierdza należytego wykonania zamówienia.”*. W konsekwencji zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dowodów należytej realizacji dostaw.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na ww. pismo zamawiającego, EESA (działając jako lider Konsorcjum przystępującego) w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. stwierdziła: *„Mechanical Field Support B.V. nie jest w posiadaniu odrębnych dowodów potwierdzających należyte wykonanie powyżej wymienionych dostaw niż dokumenty uprzednio przedłożone w ramach postępowania w postaci potwierdzeń zamówień oraz faktur dokumentujących zakończenia ich realizacji przez Wykonawcę. Brak było również obiektywnych możliwości pozyskania stosownych odrębnych dokumentów referencyjnych dla dodatkowego potwierdzenia należytej realizacji powyżej wymienionych dostaw przez Wykonawcę. Ponadto należy wyjaśnić, iż w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez Mechanical Field Support B.V. nie pozostaje powszechnie przyjętą praktyką występowanie indywidualne o potwierdzenie realizacji dostaw przez poszczególnych kontrahentów. (...) Dodatkowo biorąc pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną na świecie rzeczywiste pozyskanie właściwych odrębnych dokumentów referencyjnych okazało się zadaniem niewykonalnym.”*.

Zdaniem odwołującego przystępujący nie złożył zatem żadnych nowych dowodów, które potwierdzałyby, iż dostawy zostały zrealizowane należycie. Do ww. pisma z dnia 8 kwietnia 2020 r. zostało tylko dołączone (jako załącznik nr 4) oświadczenie własne MFS z dnia 7 kwietnia 2020 r. o tym, że dostawy zostały należycie wykonane. Było to zatem oświadczenie, o którym mowa w pkt 8.8.2 lit. b) SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. zostało podtrzymane przez EESA (działającą jako lider Konsorcjum przystępującego) w piśmie z dnia 27 kwietnia 2020 r. stanowiącym odpowiedź na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie z dnia 20 kwietnia 2020 r. do udzielenia wyjaśnień. W piśmie z

dnia 27 kwietnia 2020 r. EESA podniosła, że „*dodatkową okolicznością potwierdzającą prawny zakaz uniemożliwiający uzyskania dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie dostaw powinno zostać również uznane obustronne zobowiązanie Mechanical Field Support B.V. oraz jej kontrahentów do zachowania wszystkich informacji dotyczących współpracy biznesowej w poufności.*

Przedmiotowe zobowiązanie zakazujące ujawniania jakichkolwiek danych związanych zarówno przez Mechanical Field Support B.V. oraz odbiorców jej usług lub dostaw zostało zawarte w Art. 19 Ogólnych Warunków Handlowych (brzmienie oryginalne: “Article 19 Secrecy General Terms & Conditions Mechanical Field Support B.V.”): (...) Tłumaczenie własne Wykonawcy na język polski: „Obydwie strony będą zobowiązane do zachowania w poufności wszystkich informacji niejawnych, które zostaną im przekazane w ramach zakresu ich umowy od drugiej ze stron albo z innego źródła. Informacja będzie uważana za poufną jeśli druga strona tak wskaże lub niniejszy charakter poufności będzie wynikał z istoty takiej informacji”. Poza tym w ww. piśmie EESA – lider konsorcjum przystępującego wskazała, że zwróciła się do odbiorców dostaw wymienionych w wykazie dostaw o potwierdzenie, że nie ma możliwości uzyskania referencji i zaprezentowała tłumaczenie szablonu wysłanych przez MFS e-maili: *„ponownie wnosimy o potwierdzenie, iż zgodnie z wewnętrznymi regulacjami państwa przedsiębiorstwa związanymi z zobowiązaniami do zachowania poufności nie ma aktualnie możliwości aby nasza firma mogła otrzymać jednostronne oświadczenie w imieniu ... potwierdzające realizację oraz zakończenie następujących dostaw : ... (np. List Referencyjny).”*, a także dołączyła e-maile wysłane przez MFS w dniu 24 kwietnia 2020 r.

Odwołujący podniósł, że przedłożonych przez przystępującego dokumentów wraz z oświadczeniem własnym MFS z dnia 7 kwietnia 2020 r. nie można uznać za wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z następujących względów.

1) Otrzymanie przez wykonawcę zamówienia na daną dostawę oraz wystawienie przez wykonawcę faktury nie stanowi dowodu, że dostawa została należycie zrealizowana. W praktyce obrotu nierzadko występują sytuacje, gdy faktura jest kwestionowana przez podmiot, na który została wystawiona, czy to co do zasady czy co do wysokości. Świadomość powyższego ma Zamawiający, skoro w pkt 8.8.2. lit. b) in fine SIWZ wyraźnie wskazał, że nie uzna faktur itp. dokumentów jako dowodu należytego wykonania dostaw.

2) W braku posiadania referencji przystępujący mógł przedłożyć inne niż zamówienia i faktury dokumenty na potwierdzenie należytej realizacji dostaw – takie, które realnie potwierdzałyby, że kontrahenci MFS nie mieli zastrzeżeń do zrealizowanych na ich rzecz dostaw. Mogłyby to być protokoły odbioru przedmiotu dostaw (pochodzące od odbiorców). W grę wchodzi potencjalnie również potwierdzenia przelewów – dokonanych przez odbiorców płatności. Tymi ostatnimi dokumentami przystępujący powinien dysponować, skoro twierdzi, że dostawy zostały wykonane należycie, tym bardziej że z wykazu dostaw wynika, że wiele

dostaw zostało już dawno temu wykonanych, natomiast z wystawionych przez MFS faktur wynika, że przewidziane w nich terminy płatności już dawno upłynęły, czyli faktury te powinny już dawno zostać zapłacone w całości. Z tym że zaznaczyć należy, że w przypadku niektórych faktur warunki płatności zostały określone w ten sposób, że płatność pozostałej części wynagrodzenia miała następować w momencie gotowości do wysyłki - w przypadku tych faktur potwierdzenia przelewów nie świadczyłyby więc o należywym wykonaniu dostaw, skoro płatności następowały (a co najmniej miały następować) w czasie, kiedy odbiorca nie otrzymał jeszcze przedmiotu dostawy.

3) możliwość posłużenia się oświadczeniem własnym wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zachodzi dopiero i tylko wtedy, gdy wykonawca nie był w stanie uzyskać referencji z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Tak w przypadku MFS nie było – przystępujący nie wykazał spełnienia tej przesłanki. Chodzi bowiem o przyczyny obiektywne, czyli niezależne od wykonawcy (zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego „obiektywny” oznacza „istniejący niezależnie od poznającego podmiotu”; <https://sjp.pwn.pl/sjp/obiektywny;2569462.html>). Nie mogą to być przyczyny subiektywne – zależne od wykonawcy. Zaniedbania, bierność wykonawcy, brak podjęcia starań o pozyskanie referencji nie uzasadnia skorzystania z pkt 8.8.2. lit. b) SIWZ.

Odwołujący podniósł, że nie sposób uznać za wiarygodne twierdzenia EESA (jako lidera Konsorcjum przystępującego) o rzekomym istnieniu obiektywnych okoliczności uniemożliwiających pozyskanie referencji.

Odwołujący wskazał, że twierdzenie przystępującego w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r., że „w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez Mechanical Field Support B.V. nie pozostaje powszechnie przyjętą praktyką występowanie indywidualne o potwierdzenie realizacji dostaw przez poszczególnych kontrahentów” jest gołosłowne, niewiarygodne, a przede wszystkim nieprawdziwe. Niezależnie od tego, nawet gdyby taka praktyka istniała, to przecież nie oznacza to samo przez się, że nie da się obiektywnie uzyskać referencji. Według odwołującego potwierdza to zresztą przystępujący pisząc (w dalszej części przedmiotowego pisma) „Dodatkowo biorąc pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną na świecie rzeczywiste pozyskanie właściwych odrębnych dokumentów referencyjnych okazało się zadaniem niewykonalnym.”. Zdaniem odwołującego, z tego fragmentu wynika przecież, że gdyby nie sytuacja epidemiologiczna, to dałoby się uzyskać referencje (bo gdyby nie dało ich się uzyskać po prostu ze względu na rzekomą praktykę odbiorców, to przecież wystąpienie epidemii nie miałoby w tym względzie żadnego znaczenia).

Według odwołującego dowodem na to, że referencje można bez problemu pozyskać na rynku od odbiorców części dla turbin gazowych jest fakt, że referencje takie uzyskała spółka Nuovo Pignone International srl. Zdaniem odwołującego trudno sobie wyobrazić, aby tak

duże podmioty gospodarcze jak np. SIEMENS (który został wymieniony w wykazie dostaw jako odbiorca) nie wystawiał w ogóle referencji.

Odwołujący wskazał także, że w dniu 24 kwietnia 2020 r. MFS wysłała szereg e-maili, rzekomo do odbiorców dostaw wymienionych w przedłożonym wykazie dostaw. W treści tych maili MFS zwróciła się o „ponowne potwierdzenie” braku możliwości uzyskania referencji ze względu na rzekome wewnętrzne regulacje przedsiębiorstw odbiorców dostaw.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie, o którym mowa w pkt 8.8.2. lit. b) SIWZ zostało złożone przez MFS w dniu 7 kwietnia 2020 r., a przekazane Zamawiającemu wraz z pismem EESA z dnia 8 kwietnia 2020 r. Złożenie tego oświadczenia nastąpiło w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 marca 2020 r. do uzupełnienia dokumentów – m.in. przedłożenia dowodów, iż dostawy zostały należycie zrealizowane. Zakreślony w tym wezwaniu termin upłynął 9 kwietnia 2020 r. (o godz. 11:00). Co za tym idzie, przedkładając – jako powyższy dowód – oświadczenie, o którym mowa w pkt 8.8.2 lit. b) SIWZ, Konsorcjum przystępujący już wtedy (najpóźniej) powinien był udowodnić, że z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze MFS nie było w stanie uzyskać referencji. Przystępujący nie mógł później przedstawić jakichś nowych dowodów celem wykazania, że nie dało się uzyskać referencji z przyczyn o obiektywnym charakterze.

Według odwołującego z tego powodu dokumenty złożone przez EESA wraz z pismem z dnia 27 kwietnia 2020 r., tj. e-maile z dnia 24 kwietnia 2020 r., nie mogły i nie mogą być rozpatrywane pod kątem wykazania przesłanki złożenia przez wykonawcę oświadczenia własnego jako dowodu należytego wykonania dostaw. To, że Zamawiający w piśmie z dnia 20 kwietnia 2020 r. poprosił przystępującego o przedłożenie „dokumentów, które potwierdzą przyczyny, niemożności uzyskania dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie” nie ma znaczenia – nie może bowiem sanować zaniechania przystępującego polegającego na braku przedłożenia wszystkich dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w terminie w tym celu zakreślonym w wezwaniu Zamawiającego datowanym na 30 marca 2020 r., czyli również na potwierdzenie możliwości skutecznego złożenia oświadczenia z pkt 8.8.2 lit. b) SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że niezależnie jednak od powyższego, e-maile z dnia 24 kwietnia 2020 r. są niewiarygodne, nie można ich uznać za wykazujące przyczyny o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiały uzyskanie referencji.

Odwołujący podniósł, że jeśli chodzi o e-maila wysłanego na adres tammy_prewitt_@siemens.com – do firmy SIEMENS, to taki mail nie istnieje. Odwołujący wskazał, że zostało to zweryfikowane przez niego. Wiadomość wysłana przez niego na ten mail została zwrócona. Poza tym odwołujący zauważył, że w wykazie dostaw w odniesieniu do odbiorcy: SIEMENS Energy, Inc. jako osoba odpowiedzialna z ramienia odbiorcy za nadzór nad pracami (czyli posiadająca wiedzę o tym, czy zamówienie zostało wykonane

należycie) został wskazany W. E., a nie T. P.. Nadto, z treści maila wynika, że T. P. to osoba z Siemens Industrial Turbomachinery Ltd., czyli innej spółki niż odbiorca wskazany w wykazie dostaw.

Odwołujący podniósł, że jeżeli chodzi o e-maila wysłanego rzekomo do GVI Nigeria Ltd., to nie jest na nim widoczny adres e-mail adresata, ponieważ adresat jest określony jako „Chika”. Email ten mógł zostać wysłany do kogokolwiek. Wystarczyło bowiem w programie pocztowym przypisać taką nazwę dowolnej osobie, bez względu na jej adres e-mail.

Jeśli chodzi o e-maila wysłanego rzekomo do ATMC China, to nie jest na nim widoczny adres e-mail adresata, ponieważ adresat jest określony jako „T.D.”. E-mail ten mógł zostać wysłany do kogokolwiek. Wystarczyło bowiem w programie pocztowym przypisać taką nazwę dowolnej osobie, bez względu na jej adres e-mail. Trzeba mieć też na uwadze, że ATMC China nie jest chińską firmą wskazaną w wykazie dostaw jako odbiorca, ponieważ tym odbiorcą jest TGM CHINA CO. LTD Aero Turbomachinery China. Oprócz tego, zgodnie z wykazem dostaw w odniesieniu do odbiorcy: TGM CHINA CO. LTD Aero Turbomachinery China jako osoba odpowiedzialna z ramienia odbiorcy za nadzór nad pracami (czyli posiadająca wiedzę o tym, czy zamówienie zostało wykonane należycie) została podana pani R. L., czyli inna osoba niż pan T. D.

Jeżeli chodzi o e-maila wysłanego na adres andreas_bruhn@swn.de – do firmy EVSE, to taki mail nie istnieje. Odwołujący wskazał, że zostało to zweryfikowane przez niego. Wiadomość wysłana na ten mail została zwrócona. Zakładając, że EVSE to skrót od Energieversorgung Schwerin GmbH & Co. Erzeugung KG, odwołujący podniósł, że A. B. nie jest osobą podaną w wykazie dostaw jako osoba odpowiedzialna z ramienia odbiorcy za nadzór nad pracami (czyli posiadająca wiedzę o tym, czy zamówienie zostało wykonane należycie). W wykazie tym jako osoby odpowiedzialne ze strony odbiorcy na nadzór nad pracami zostali wymienieni: Fr. (pani) W., Herr (pan) B.

Zdaniem odwołującego zamawiający bezkrytycznie podszedł do kwestii e-maili z dnia 24 kwietnia 2020 r. Już prosta konfrontacja tych maili z danymi zawartymi w wykazie dostaw pozwoliłaby zamawiającemu zauważyć opisane wyżej niezgodności.

W kontekście e-maili z dnia 24 kwietnia 2020 r. odwołujący dodatkowo zauważył, że z ich treści wynika, iż MFS ponownie wniosła o potwierdzenie, że nie ma możliwości uzyskania referencji. Słowo „ponownie” wskazuje, że już wcześniej MFS zwróciła się w tej sprawie. Przystępujący nie złożył jednak wcześniejszej korespondencji z odbiorcami, a przecież nic nie stało ku temu na przeszkodzie; korespondencja ta świadczyłaby natomiast o tym, że MFS czyniła starania w sprawie referencji. Brak przedłożenia wcześniejszej korespondencji (o ile istnieje, gdyż zważywszy na skalę opisanych wcześniej niespójności w kontekście braku przedstawienia referencji istnieją co do tego poważne wątpliwości) potwierdza tylko, że MFS nie starała się pozyskać referencji, a dopiero gdy zamawiający wezwał do ich złożenia,

to przystępujący zaczął prezentować retorykę, jakoby nie dało się ich uzyskać z przyczyn od MFS niezależnych.

Odwołujący odniósł się także do podniesionej w piśmie EESA z dnia 27 kwietnia 2020 r. kwestii obustronnego zobowiązania MFS oraz jej kontrahentów do zachowania wszystkich informacji dotyczących współpracy biznesowej w poufności, mającego wynikać z art. 19 Ogólnych Warunków Handlowych stosowanych przez MFS (w ww. piśmie został podany link do strony MFS). Odwołujący wywiódł po pierwsze, skoro te warunki są stosowane przez MFS, to są od MFS zależne, czyli nie można ich potraktować jako przyczyny o charakterze obiektywnym. Po drugie, przystępujący nie wykazał, że warunki te znalazły zastosowanie akurat do dostaw wymienionych w wykazie. Nie wynika to bynajmniej z przedłożonych zamówień oraz faktur. W przypadku zamówień pochodzących od Energieversorgung Schwerin GmbH & Co. Erzeugung KG z ich treści wynika wręcz, że zostały one złożone zgodnie z „Ogólnymi warunkami zakupu, montażu, naprawy oraz warunkami składania zleceń Stadtwerke Schwerin GmbH” (str. 1/2 w przypadku obu zamówień), a nie warunkami MFS. Tak samo jest w przypadku zamówienia złożonego przez SIEMENS Energy, Inc. (str. 4/4). Nawet jeśli w jakimś potwierdzeniu zamówienia przez MFS znalazło się odwołanie do warunków ogólnych MFS, to i tak Konsorcjum EESA-MFS nie wykazało, że MFS i odbiorca uzgodnili jednak stosowanie warunków handlowych MFS. Po trzecie, z przedmiotowych warunków (dokumentu, który można pobrać wykorzystując link do strony MFS) wynika, że jest to wersja obowiązująca od dnia 24 października 2017 r. Nie wiadomo jaka była wcześniejsza wersja. Niektóre dostawy wymienione w wykazie dostaw zostały natomiast zrealizowane przed tą datą (są to dostawy wymienione w tabeli nr 1 pod poz. 3 i 4 oraz w tabeli nr 2 pod poz. 3). Po czwarte, z zapisu o treści (tłumaczenie zaczerpnięte z pisma EESA; nie jest ono precyzyjne, gdyż angielska wersja językowa posługuje się konsekwentnie pojęciem „confidential information” w obu zdaniach art. 19 ust. 1, a w tłumaczeniu EESA w zdaniu pierwszym mowa jest o informacjach niejawnych, a w zdaniu drugim o informacjach poufnych, a to są te same informacje, a nie jakieś odmienne kategorie) *„Obydwie strony będą zobowiązane do zachowania w poufności wszystkich informacji niejawnych, które zostaną im przekazane w ramach zakresu ich umowy od drugiej ze stron albo z innego źródła. Informacja będzie uważana za poufną jeśli druga strona tak wskaże lub niniejszy charakter poufności będzie wynikał z istoty takiej informacji”* wynika, że obowiązek poufności dotyczy tylko informacji niejawnych (poufnych), a taką informacją będzie tylko ta, którą jako niejawną (poufną) zastrzeże druga strona, albo gdy niejawny (poufny) charakter informacji wynika z jej natury. Zdaniem odwołującego przystępujący nie wykazał, że informacja o tym, czy dostawa została należycie wykonana, miałyby mieć niejawny (poufny) charakter w myśl tego zapisu.

Po piąte, odwołujący wywiódł, że skoro EESA twierdzi, że „*biorąc pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną na świecie rzeczywiste pozyskanie właściwych odrębnych dokumentów referencyjnych okazało się zadaniem niewykonalnym*”, to tym samym przyznaje przecież, że podnoszona kwestia poufności nie ma żadnego znaczenia dla uzyskania referencji, albowiem to sytuacja epidemiologiczna spowodowała (zdaniem EESA, do czego odwołujący odnosi się w dalszej części odwołania) brak możliwości ich uzyskania.

Zdaniem odwołującego absurdalne jest tłumaczenie EESA, że „*biorąc pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną na świecie rzeczywiste pozyskanie właściwych odrębnych dokumentów referencyjnych okazało się zadaniem niewykonalnym*”. Odwołujący zauważył, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE już w dniu 13 grudnia 2019 r. W pkt III.1.3) ogłoszenia zawarte są – analogiczne jak w pkt 8.8.2. SIWZ – informacje co do tego, jakie dowody są wymagane w celu potwierdzenia, że dostawy zostały lub są należycie wykonane; jest tam też analogiczna jak w SIWZ informacja: „Uwaga! Zamawiający nie uzna, jako dowodu faktur itp. dokumentów, z uwagi na fakt, iż ich treść nie potwierdza należytego wykonania zamówienia.”. Umowa konsorcjum pomiędzy EESA i MFS została zawarta w dniu 23 stycznia 2020 r., czyli już wtedy formalnie wiadomo było, że EESA i MFS będą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, choć przecież jeszcze przed zawarciem tej umowy MFS, chcąc ubiegać się o zamówienie, powinna była liczyć się z koniecznością przedstawienia referencji. Zawarcie umowy konsorcjum niezbycie świadczy natomiast o tym, że MFS wiedziała o postępowaniu.

Termin składania ofert upłynął w dniu 12 lutego 2020 r. Wezwanie do przedłożenia dowodów należytego wykonania dostaw zamawiający wystosował dopiero w dniu 4 marca 2020 r. Było zatem bardzo dużo czasu na zwrócenie się do odbiorców dostaw o referencje i ich uzyskanie. W czasie, gdy ukazało się ogłoszenie o zamówieniu, jak i gdy upływał termin składania ofert nie obowiązywały jeszcze ograniczenia związane z COVID-19. Pandemia COVID-19 została ogłoszona dopiero 11 marca 2020 r.

Odwołujący podniósł, że stan epidemii czy pandemii nie spowodował, że nie działają poczta czy kurierzy, tj. że nie jest możliwe fizyczne wysłanie dokumentu. Poza tym, mając na uwadze, że obecnie większość spraw załatwiana jest zdalnie, przy pomocy elektronicznych środków komunikacji, nie było żadnych przeszkód ku temu, aby odbiorcy dostaw wysłali referencje za pomocą tych środków, choćby drogą e-mailową. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie wymaga, aby referencje miały postać pisemną ani nie zawiera innych ograniczeń co do formy referencji. W SIWZ Zamawiający również nie określił żadnych wymagań co do formy referencji. Referencja mogła zatem przybrać również postać np. wiadomości e-mail. Pozyskanie referencji w tej formie jest bardzo proste. Zresztą, podani w wykazie dostaw odbiorcy to duże podmioty (spółki), które w dobie informatyzacji działalności niewątpliwie dysponują kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, co jest równoznaczne w

polskim porządku prawnym formie pisemnej. Znakomitym dowodem na to, że referencje można było bez problemu pozyskać na rynku od odbiorców części dla turbin gazowych jest fakt, że w okresie styczeń-luty 2020 r. referencje takie uzyskała spółka Nuovo Pignone International srl.

Zdaniem odwołującego przystępujący nie udowodnił zatem, że poczynił realne starania w celu uzyskania referencji. Zgromadzony w Postępowaniu materiał świadczy o ewidentnych zaniechaniach w tym względzie, bierności ze strony MFS. Wysłane dopiero w dniu 24 kwietnia 2020 r. przez MFS maile, dołączone do pisma EESA z dnia 27 kwietnia 2020 r., były już niczym innym jak elementem budowania narracji na potrzeby obrony stanowiska o rzekomym braku możliwości uzyskania referencji – retoryki, że u odbiorców funkcjonują jakieś wewnętrzne regulacje uniemożliwiające wystawienie referencji.

Niezależnie od powyższego już przedłożone przez przystępującego dokumenty wskazują na to, że niektóre zamówienia zostały wykonane nienależycie.

W odniesieniu do dostawy wymienionej w wykazie dostaw w tabeli nr 1 pod poz. 2 (GVI NIGERIA LIMITED) odwołujący zauważył, że z przedłożonego przez przystępującego dokumentu pt. „ZAMÓWIENIE ROBOCZE NR GVI/WO/17/19: DOSTAWA CZĘŚCI ZAMIENNYCH WOODWARD” wynika, że części zamienne będą odebrane przez przedstawiciela GVI NIGERIA LIMITED nie później niż w dniu 26 grudnia 2019 r., a w wykazie dostaw podano, że dostawa ta została zakończona dopiero 21 lutego 2020 r. Świadczy to o tym, że dostawa została zrealizowana nieterminowo, czyli nienależycie.

W odniesieniu do dostawy wymienionej w wykazie dostaw w tabeli nr 2 pod poz. 1 (SIEMENS Energy, Inc.) odwołujący zauważył, że z informacji zawartej w kolumnie 1 wynika, że dostawa została zakończona w dniu 11 września 2019 r. Tymczasem z zamówienia (str. 2/4) złożonego przez ww. spółkę wynika, że dostawa miała być zrealizowana w dniu 22 grudnia 2018 r. („Data dostawy: 12/2112018”). Na potwierdzeniu zamówienia jako termin dostawy jest podany 28 marzec 2019 r. Faktury zostały wystawione w dniu 5 października 2018 r., jeszcze przed dostawą, ponieważ przewidywały płatność częściową 50% jeszcze przed wykonaniem zamówienia. Przyjmując nawet, że ostatecznie uzgodniono termin dostawy przypadający na 28 marca 2019 r., jak w potwierdzeniu zamówienia (który to dokument pochodzi przecież od MFS), to podanie w wykazie dostaw, że dostawa została zakończona w dniu 11 września 2019 r. świadczy o tym, że dostawa została zrealizowana nieterminowo, czyli nienależycie.

Według odwołującego na obecnym etapie postępowania nie jest już możliwe uzupełnienie przez przystępującego dowodów należytego wykonania dostaw, a to z tego względu, że zamawiający wzywał już przystępującego do uzupełnienia tych dokumentów (jak również do złożenia wyjaśnień). Mając zatem na uwadze, że przystępujący nie wykazał

spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej, przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu określonego w petitum odwołania w pkt II.2) (wprowadzenie Zamawiającego w błąd) odwołujący podniósł, że w wykazie dostaw w tabeli nr 2 pod poz. 1 figuruje dostawa na rzecz SIEMENS Energy, Inc. W opisie tej dostawy podano, że była to „Dostawa Dysz Dostawa części do wykonania serwisu dla turbiny gazowej LM 2500”. Z zamówienia (str. 2/4) złożonego przez tę spółkę wynika, że przedmiotem dostawy były „Narzędzia - serwis dla LM2500 Level II” (w oryginalnej ang. wersji językowej: „Tools – Service for LM2500 Level II”. Przedmiotem dostawy były więc narzędzie służące do serwisowania turbiny, a nie części zamienne do turbiny. Odwołujący wywiódł, że części zamienne to takie elementy, które dostarcza się w miejsce zużytych, wymagających wymiany elementów urządzenia. Natomiast narzędzia to wyposażenie potrzebne do wymiany tych właśnie części zamiennych. Części zamienne i narzędzie to dwie odrębne od siebie kategorie – nie można ich utożsamiać. Fakt, że przedmiotem dostawy dla SIEMENS Energy, Inc. były narzędzia, potwierdza faktura wystawiona przez MFS na Siemens Energy, Inc. Wymienia ona, jako przedmiot dostawy, urządzenia, które ewidentnie służą do serwisu, nie stanowią części zamiennych. Tymi narzędziami są np. podnośniki, podpory (są to innego rodzaju rzeczy aniżeli wymienione w innych fakturach wystawionych przez MFS, a dotyczących części zamiennych, np. uszczelek, rur, dyszy, śrub, pierścieni). Przedmiot dostawy był więc innego rodzaju niż wymagany przez Zamawiającego

Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. EESA (jako lider Konsorcjum przystępującego) oświadczyło zamawiającemu (str. 4-5): „(...) dostawy referencyjne przedstawione w Wykazie wykonanych dostaw w Tabeli nr 2, tj. zgodnie z warunkiem z pkt. 6.1.2.3 SIWZ dla Postępowania, w rzeczywistości stanowiły dostawy części zamiennych niezbędnych do wykonania wszystkich planowanych czynności po okresie 25 roboczogodzin zaplanowanych do wykonania na wskazanych przez Wykonawcę turbinach gazowych. (...)”

Reasumując wykonawca potwierdza, iż w przypadku przedłożonego w ramach Postępowania Wykazu wykonanych dostaw w Tabeli nr 2, wskazane zostały wyłącznie zrealizowane dostawy części zamiennych przez Mechanical Field Support B.V., które przeznaczone były do wykonania wszystkich planowanych przez poszczególnych użytkowników czynności serwisowych po okresie 25 000 roboczogodzin pracy każdej z tych turbin gazowych.”

Odwołujący podniósł, że oświadczenie to w sposób oczywisty wprowadza zamawiającego w błąd, ponieważ przedmiotem dostawy na rzecz SIEMENS Energy, Inc. nie były części zamienne. Taka ocena nie wymaga szczególnej wiedzy technicznej. Skoro przystępujący (a co najmniej MFS) zajmuje się dostawą części do turbin gazowych, to na

pewno doskonale zdawało sobie z tego sprawę. Tym samym przystępującemu przypisać należy zamierzone działanie przy wprowadzeniu zamawiającego w błąd (a niewątpliwie zachodziło co najmniej rażące niedbalstwo). Wprowadzenie w błąd dotyczy informacji odnoszącej się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Według odwołującego przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd również, gdy przekazał w piśmie EESA z dnia 8 kwietnia 2020 r. informację, że *„w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez Mechanical Field Support B.V. nie pozostaje powszechnie przyjętą praktyką występowanie indywidualne o potwierdzenie realizacji dostaw przez poszczególnych kontrahentów”* – po to by spróbować przekonać zamawiającego, iż nie jest możliwe przedstawienie referencji. Zdaniem odwołującego twierdzenie to jest nieprawdziwe. W ramach działalności polegającej na dostawie części zamiennych do turbin gazowych normalną praktyką jest wystawianie referencji przez odbiorców dostaw, co odwołujący udowodnił przedkładając szereg referencji wystawionych dla Nuovo Pignone International srl.

Według odwołującego tak samo przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd twierdząc, że *„biorąc pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną na świecie rzeczywiste pozyskanie właściwych odrębnych dokumentów referencyjnych okazało się zadaniem niewykonalnym”*. Twierdzenie to jest nieprawdziwe. Fakt uzyskania przez Nuovo Pignone International srl referencji wystawionych w okresie styczeń-luty 2020 r. dowodzi bowiem, że w tym czasie dało się bez problemu pozyskać referencje. Zdaniem odwołującego powyższe twierdzenia w kontekście braku możliwości uzyskania referencji były ewidentnym zamierzonym działaniem przystępującego, ukierunkowanym na wprowadzenie w błąd zamawiającego. Wprowadzenie w błąd dotyczy informacji odnoszącej się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Według odwołującego oznacza to, że zamawiający powinien był wykluczyć przystępującego z postępowania. Wykluczenia tego zamawiający jednak zaniechał, stąd – zdaniem odwołującego - dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia odwołania, w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego odwołujący poniósł, że zamawiający żądał w postępowaniu wniesienia wadium. Kwestia ta została uregulowana w pkt 10. SIWZ. W pkt 10.5. SIWZ Zamawiający postanowił: *„W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy – bez konieczności potwierdzania tych okoliczności.”*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią gwarancji „Zobowiązany” jest EESA. Zobowiązany w rozumieniu gwarancji nie jest więc żaden inny podmiot, w szczególności nie jest nim MFS. W gwarancji – w kontekście zakresu odpowiedzialności gwaranta – mowa jest o przypadkach zatrzymania wadium, ale jedynie w odniesieniu do zaniechań i działań Zobowiązanego, czyli EESA. W szczególności, chodzi o sytuacje, kiedy Zobowiązany nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności z art. 25 ust. 1 Pzp (punkt 1 podpunkt 3 gwarancji) lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego (punkt 1 podpunkt 4 gwarancji). Wyznaczony treścią gwarancji zakres odpowiedzialności gwaranta został zatem tak ukształtowany, że nie odpowiada on w razie zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, gdy przyczyna ich zaistnienia tkwi w zachowaniu podmiotu innego niż EESA.

Odwołujący wywiódł, że kwestia, czy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest wniesienie wadium w formie gwarancji wadialnej niewymieniającej wszystkich członków konsorcjum, była i jest wciąż przedmiotem dyskusji w orzecznictwie i literaturze. Wskazał, że niewątpliwie istotne znaczenie w tej mierze odegrał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17. W wyroku tym Sąd Najwyższy dopuścił możliwość posłużenia się taką gwarancją, ale poczynił istotne zastrzeżenia. Mianowicie, stwierdził, że decydujące znaczenie ma treść gwarancji, a rozważenia wymaga czy określenie „z przyczyn leżących po jego stronie”, to jest po stronie wykonawcy wymienionego w gwarancji, obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium wynika z zaniechania wykonawcy niewymienionego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność.

Odwołujący podniósł, że wyrok Sądu Najwyższego nie spowodował, że odtąd gwarancje wadialne niewymieniające wszystkich konsorcjantów nie mogą być kwestionowane. W przypadku takich gwarancji trzeba starannie badać ich treść, a ustalenie, czy wadium zostało prawidłowo wniesione zależy od okoliczności konkretnego przypadku. Zdaniem odwołującego jeśli chodzi o orzecznictwo zapadłe po ww. wyroku Sądu Najwyższego, szczególną uwagę zwrócić należy na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27.02.2019 r., XII Ga 555/18. Wyrok ten jest szczególnie istotny, ponieważ został wydany w ramach ponownego rozpoznania sprawy, w której zapadł wcześniej ww. wyrok Sądu Najwyższego.

Odwołujący argumentował także, że należy uwzględnić okoliczności wystawienia gwarancji wadialnej na zlecenie EESA, zwłaszcza chronologię zdarzeń. EESA i MFS zawarły w dniu 23 stycznia 2020 r. umowę konsorcjum, w której uregulowały zasady współpracy w związku prowadzonym przez Zamawiającego Postępowaniem. Od tego dnia wiadomo było

więc, że obie te spółki będą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Pomimo tego faktu, w treści gwarancji wadialnej została wymieniona tylko EESA. Odwołujący podkreślał, że gwarancja wadialna została sporządzona w dniu 24 stycznia 2020 r. (na dole znajduje się informacja: „Katowice dnia 24.01.2020r.”), a podpisana elektronicznie w dniu 10 lutego 2020 r. (wynika to z pieczęci podpisu elektronicznego). Oznacza to, że gwarant wystawiając gwarancję – a za chwilę jej wystawienia należy uznać dopiero chwilę jej podpisania, co nastąpiło w dniu 10 lutego 2020 r. – nie był świadomy tego, że EESA będzie ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą (nie był tego zresztą świadomy również i w czasie wystawienia aneksu do gwarancji, ponieważ aneks ten w żaden sposób nie nawiązuje do tego, że EESA złożyła ofertę wspólnie z MFS). Gdyby bowiem o tym wiedział, to niewątpliwie znalazłoby to odzwierciedlenie w treści gwarancji. Co za tym idzie, mając na względzie dyrektywy wykładni oświadczeń woli określone w art. 65 k.c., w świetle okoliczności, w jakich zostało złożone oświadczenie woli gwaranta nie sposób uznać, aby chciał on zakresem swojej odpowiedzialności objąć również zachowania MFS jako drugiego członka konsorcjum.

Zdaniem odwołującego nie można również pominąć wymagań co do treści gwarancji wadialnej, jakie wynikają z pkt 10.5. SIWZ. Odwołujący podniósł, że w tym postanowieniu SIWZ zamawiający wskazał, że z treści dokumentu gwarancji *„musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwoalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy – bez konieczności potwierdzania tych okoliczności.”*. Użycie słowa „jednoznacznie” (zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego PWN słowo to oznacza „niebudzący wątpliwości” <https://sjp.pwn.pl/sjp/jednoznaczny;2467963.html>) oznacza, że dokument gwarancji musi być pod tym kątem zredagowany w sposób jasny, klarowny, niebudzący żadnych wątpliwości – czytelnik musi być w stanie łatwo, bez żadnych zabiegów interpretacyjnych zrekonstruować treść zobowiązania gwaranta.

Odwołujący wywiódł, że zobowiązanie gwaranta do wypłaty kwoty wadium w razie zajścia jednej lub więcej okoliczności wskazanych w ww. przepisach musi być sformułowane w treści gwarancji sposób jednoznaczny. Biorąc pod uwagę treść gwarancji przedłożonej przez EESA nie można uznać, aby z tego dokumentu wynikało w sposób jednoznaczny, że gwarant wypłaci zamawiającemu kwotę wadium w razie, gdy zajdzie okoliczność uzasadniająca zatrzymanie wadium, ale leżąca po stronie MFS. Odwołujący argumentował, że w pkt 10.5. SIWZ zamawiający zażądał również, aby z treści dokumentu gwarancji w szczególności jednoznacznie wynikało zobowiązanie gwaranta do wypłaty kwoty wadium nieodwoalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego stwierdzające, że

występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Pzp – bez konieczności potwierdzania tych okoliczności. Zdaniem odwołującego przedłożona przez EESA gwarancja wadialna nie spełnia tego wymagania. Według treści gwarancji, zobowiązanie gwaranta jest nieodwołalne i bezwarunkowe, a płatność z jego strony ma nastąpić na pierwsze żądanie zamawiającego. Według odwołującego brak jest w treści gwarancji jednoznacznego zastrzeżenia, że zamawiający nie musi potwierdzać wobec gwaranta zaistnienia okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium. Brak konieczności potwierdzania przedmiotowych okoliczności można by próbować wywodzić z brzmienia punktów 4 i 5 gwarancji, skoro nie wspominają one o udowodnieniu zaistnienia tych okoliczności, jednakże wymaga to dokonania wykładni oświadczenia woli złożonego przez gwaranta. Zamawiający postawił natomiast w SIWZ konkretne wymaganie co treści gwarancji – opisany wyżej wymóg jednoznaczności, po to właśnie, żeby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych, jakie mogą wystąpić przy badaniu składanych przez wykonawców gwarancji.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania umocowania osoby podpisującej gwarancję wadialną w imieniu gwaranta odwołujący podniósł, że złożona przez EESA ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr 02GG35/0735/20/0001 datowana na 24 stycznia 2020 r., a podpisana elektronicznie w dniu 10 lutego 2020 r., a także aneks Nr 02GG35/0735/20/0001/A01 z dnia 7 kwietnia 2020 r. do niej (przedłużający okres ważności gwarancji) zostały podpisane w imieniu gwaranta, którym jest InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, przez E. B. O. jako pełnomocnika. W treści gwarancji podany jest numer oraz data udzielonego jej pełnomocnictwa (pełnomocnictwo nr BZA/47/22/01/2019 z dnia 22.01.2019r.). Pełnomocnictwo to nie zostało jednak przedstawione wraz z samą gwarancją. Nie można przez to zweryfikować, czy E. B. O. była umocowana do wystawienia gwarancji (w szczególności gwarancji o takiej a nie innej treści) oraz aneksu do niej. Nie wiadomo zatem, czy gwarancja została skutecznie udzielona, a więc czy wadium zostało rzeczywiście wniesione.

Odwołujący wskazał, że znany jest mu pogląd aprobujący złożenie gwarancji podpisanej przez pełnomocników bez załączania do dokumentu gwarancji pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że pełnomocnictwa zostały udzielone przez osoby uprawnione do reprezentowania gwaranta. Z tym stanowiskiem nie można się jednak zgodzić z przedstawionych niżej względów. To wykonawca ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że wadium zostało skutecznie wniesione. W ocenie odwołującego, EESA powinna była przedłożyć wraz z gwarancją pełnomocnictwo udzielone przez osoby uprawnione do reprezentowania gwaranta zgodnie z informacją z rejestru przedsiębiorców. Nie można uznać, że skoro praktyką rynkową jest podpisywanie gwarancji przez pełnomocników, to wykonawca przedkładający taką

gwarancją nie musi wykazywać umocowania osoby podpisanej na gwarancji. Gdyby tak bowiem przyjąć, to prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Oznaczałoby to bowiem preferencyjne traktowanie wykonawców wnoszących wadium w formie gwarancji podpisanej przez pełnomocnika, którego umocowania nie wykazano, w stosunku do wykonawców wnoszących wadium w pieniądzu czy w formie gwarancji podpisanej przez członków zarządu gwaranta bądź jego prokurentów, w odniesieniu do których to form wniesienia wadium nie byłoby wątpliwości co do tego, że wadium zostało skutecznie wniesione (osoby uprawnione do reprezentacji spółki można bowiem w każdym czasie sprawdzić w publicznie dostępnym rejestrze przedsiębiorców).

Odwołujący wskazał także, że stanowisko dopuszczające złożenie gwarancji bez pełnomocnictwa dla osoby podpisanej na dokumencie gwarancji uzasadniane jest powołaniem się na art. 97 k.c. Argumentował, że w przypadku gwarancji wystawionej w formie dokumentu elektronicznego, a z taką mamy do czynienia w przypadku EESA, sytuacja wygląda jednak zupełnie inaczej. Hipoteza normy wyrażonej w art. 97 k.c. nie obejmuje bowiem tej sytuacji. Przepis ten dotyczy bowiem osoby czynnej w lokalu przeznaczonym do obsługi publiczności, a gdy wykonawca uzyskuje dokument gwarancji elektronicznie nie udaje się do lokalu, w którym przebywa osoba podpisująca gwarancję, co do której można zakładać, że skoro jest tam fizycznie obecna i obsługuje interesantów, to ma odpowiednie umocowanie do tego.

Zdaniem odwołującego gwarancja wadialna przedłożona w postępowaniu powinna być zostać złożona wraz z pełnomocnictwem dla E. B. O. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 Pzp). Braki, nieprawidłowości w zakresie wadium nie podlegają uzupełnieniu. Nie podlega zatem również uzupełnieniu pełnomocnictwo dla osoby podpisanej na gwarancji wadialnej. Według odwołującego uznanie odmiennie, tj. że takie pełnomocnictwo można uzupełnić, czyli przedstawić na etapie postępowania po upływie terminu składania ofert, byłoby nie do pogodzenia z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – z zasadą równego traktowania wykonawców w kontekście terminu wniesienia wadium. Prowadziłoby bowiem do ewidentnie gorszego traktowania wykonawcy, który wniósł wadium w pieniądzu, ponieważ gdyby wpłacił go w mniejszej wysokości niż wymagana, to nie mógłby po upływie terminu składania ofert dopłacić różnicy, przez co jego oferta zostałaby odrzucona, natomiast wykonawca wnoszący wadium w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej mógłby brak pełnomocnictwa uzupełnić (można sobie również wyobrazić sytuację, w której gwarancja wadialna została celowo podpisana w charakterze pełnomocnika przez osobę, która w rzeczywistości pełnomocnikiem nie jest, po to by wykonawca – specjalnie nie uzupełniając tego braku – mógł bez negatywnych konsekwencji wycofać się z postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, ponieważ zamawiający nie będzie miał możliwości efektywnie zatrzymać wadium).

W uzasadnieniu zarzutu określonego w petitum odwołania w pkt II.4) (wybór oferty najkorzystniejszej) odwołujący podniósł, że zamawiający nie mógł wybrać oferty przystępującego z tego powodu, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu, których to czynności zamawiający zaniechał.

W uzasadnieniu zarzutu określonego w petitum odwołania w pkt II.5 (brak wezwania do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw) odwołujący wskazał, że zarzut ten podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający sformułował w pkt 6.1.2.3. SIWZ następujący warunek podmiotowy odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizował należycie:

- co najmniej trzy (3) dostawy części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1 000 000,00 zł każda

oraz

- co najmniej dwie (2) dostawy części zamiennych przeznaczonych do wykonania wszystkich planowych czynności po 25 tysiącach rbh na turbinie gazowej.”

Odwołujący wskazał, że w wykazie dostaw dostawy mające potwierdzać spełnienie omawianego warunku zawarte są w tabeli nr 1. Zdaniem odwołującego przystępujący nie wykazał wykonania 3 dostaw części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1.000.000 zł każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący argumentował, że w tabeli nr 1 pod poz. 4 figuruje dostawa na rzecz Benabigail Ventures Ltd. W odniesieniu do tej dostawy w kolumnie 4. podano, że rozpoczęcie dostawy miało miejsce 4 lutego 2015 r., a zakończenie 9 lutego 2015 r. Koresponduje to z przedłożonym zamówieniem od tej firmy (datowanym na 4 lutego 2015 r.) oraz wystawioną przez MFS fakturą (data jej wystawienia to 9 luty 2015 r.). Odwołujący wskazał, że termin składania ofert upłynął 12 lutego 2020 r. Oznacza to, że powyższa dostawa została wykonana wcześniej niż na 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a zatem nie może zostać uwzględniona na potrzeby oceny spełniania przez przystępującego warunku podmiotowego odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący podniósł także, że w tabeli nr 1 pod poz. 2 figuruje dostawa na rzecz GVI NIGERIA LIMITED. W odniesieniu do tej dostawy w kolumnie 4. podano, że została zakończona 21 lutego 2020 r. Zdaniem odwołującego oznacza to, że dostawa została

wykonana już po upływie terminu składania ofert. Dostawa ta miała charakter jednorazowy – nie stanowiła świadczenia okresowego lub ciągłego; nie doszło do zawarcia umowy ramowej. Według odwołującego potwierdzają to przedłożone przez przystępującego zamówienie od GVI NIGERIA LIMITED oraz wystawiona przez MFS faktura. Dokumenty te wymieniają kilka konkretnych urzędzeń będących przedmiotem jednorazowej dostawy. Dostawa odbyła się przy tym na warunkach Ex Works (Incoterms). W myśl tej reguły Incoterms dostawa zostaje uznana za dokonaną w momencie postawienia towarów do dyspozycji kupującego w oznaczonym miejscu, bez zobligowania do dalszych czynności ze strony sprzedającego (<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>; oryginalne wyjaśnienie ze strony International Chamber of Commerce: ““Ex Works” means that the seller delivers when it places the goods at the disposal of the buyer at the seller’s premises or at another named place (i.e., works, factory, warehouse, etc.).”; tłumaczenie na język polski: „Ex Works” oznacza, że sprzedawca dostarcza, gdy umieszcza towary do dyspozycji kupującego w siedzibie sprzedawcy lub w innym nazwanym miejscu (tj. w miejscu pracy, fabryce, magazynie itp.)”. Odwołujący podniósł, że skoro w wykazie dostaw podano 21 lutego 2020 r. jako datę zakończenia dostawy dla GVI NIGERIA LIMITED, to dopiero wtedy MFS udostępniła przedmiot dostawy do odbioru – odbiorca go więc wcześniej nie otrzymał, a przez to nie miał nawet możliwości weryfikacji, czy przedmiot dostawy jest prawidłowy, nie ma wad itp. Według odwołującego oznacza to, że powyższa dostawa, jako wykonana dopiero po upływie terminu składania ofert, nie może zostać uwzględniona na potrzeby oceny spełniania przez przystępującego warunku podmiotowego odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący wywiódł także, że w tabeli nr 1 pod poz. 3 figuruje dostawa na rzecz Energieversorgung Schwerin GmbH & Co. Erzeugung KG o wartości 375.000 EUR. Z opisu (kolumna 1) wynika, że była to dostawa „części do turbiny gazowej LM1600”. Z przedłożonych przez przystępującego dokumentów wynika jednak, że nie była to dostawa części zamiennych do turbiny, lecz dostawa turbiny jako takiej (całej turbiny). Dokument w postaci zamówienia nr 1003/4500010618 stwierdza, że przedmiotem zamówienia jest „Dostawa turbiny energetycznej PT 1683” (1 szt.); jest to nawet inny model turbiny niż podany w wykazie dostaw. Z dokumentu wyceny przygotowanej przez MFS wynika, że MFS wyceniła dostawę 1 szt. turbiny LM1600. Również wystawiona faktura dotyczy 1 szt. turbiny napędowej (LM1600). Przedmiot świadczenia był więc rodzajowo inny niż wymagany przez Zamawiającego w odniesieniu do warunku zdolności technicznej i zawodowej. Można prowadzić działalność i przez to zdobywać doświadczenie w zakresie sprzedaży wyrobów gotowych, ale nie zajmować się sprzedażą części do nich i przez to nie mieć w tym zakresie doświadczenia (prostym przykładem jest komis samochodów używanych, który handluje wyłącznie samochodami, a nie zajmuje się dostawą części do nich, naprawą aut). Oznacza

to, że powyższa dostawa nie może zostać uwzględniona na potrzeby oceny spełniania przez przystępującego warunku podmiotowego odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej.

Na marginesie odwołujący wskazał, że w odniesieniu do dostaw wymienionych w wykazie dostaw w tabeli nr 1 pod poz. 1 i 2 w wykazie dostaw ich wartość określona jest błędnie w EUR, podczas gdy z zamówień i faktur wynika, że była to wartość w USD.

Odwołujący wywiódł, że skoro zamawiający wymagał zrealizowania co najmniej 3 dostaw części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1.000.000 zł każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a dostawy wymienione w wykazie dostaw w tabeli nr 1 pod poz. 2, 3 i 4 nie mogą zostać uwzględnione, to oznacza to, że przystępujący nie wykazał realizacji dostaw w liczbie wymaganej przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że na dzień, w którym upływał termin składania ofert, przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia wymaganego przez zamawiającego. Według odwołującego zamawiający zobowiązany był wezwać przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu dostaw w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania 3 dostaw części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1.000.000 zł każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający powyższego zaniechał, czym dopuścił się naruszenia ww. przepisu.

W uzasadnieniu zarzutu określonego w petitum odwołania w pkt II.6) (brak wezwania do złożenia pełnomocnictwa dla E. B. O.) odwołujący wskazał, że zarzut ten podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący uważał, że w sytuacji, gdy wykonawca przedłożył gwarancję wadialną wystawioną przez pełnomocnika, ale nie przedstawił dokumentów wykazujących umocowanie pełnomocnika (w postaci pełnomocnictwa, ewentualnie ciągu pełnomocnictw), to brak ten nie podlega uzupełnieniu. Niemniej jednak, z ostrożności – na wypadek odmiennego uznania – odwołujący podniósł, że zamawiający nie mógł zaakceptować gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez przystępującego bez pełnomocnictwa dla osoby podpisanej na gwarancji, lecz był w takim układzie obowiązany wezwać przystępującego do przedłożenia tego pełnomocnictwa.

Odwołujący wskazał, że złożona przez EESA ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr 02GG35/0735/20/0001 datowana na 24 stycznia 2020 r., a podpisana elektronicznie w dniu 10 lutego 2020 r., a także aneks Nr 02GG35/0735/20/0001/A01 z dnia 7 kwietnia 2020 r. do niej (przedłużający okres ważności gwarancji) zostały podpisane w imieniu gwaranta, którym jest InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, przez E. B. O. jako pełnomocnika. W treści gwarancji podany jest numer

oraz data udzielonego jej pełnomocnictwa (pełnomocnictwo nr BZA/47/22/01/2019 z dnia 22.01.2019r.). Pełnomocnictwo to nie zostało jednak przedstawione wraz z samą gwarancją ani na późniejszym etapie postępowania. Nie można przez to zweryfikować, czy E. B. O. była umocowana do wystawienia gwarancji (w szczególności gwarancji o takiej a nie innej treści) oraz aneksu do niej. Nie wiadomo zatem, czy gwarancja została skutecznie udzielona, a więc czy wadium zostało rzeczywiście wniesione.

Odwołujący wywiódł, że znany jest mu pogląd aprobujący złożenie gwarancji podpisanej przez pełnomocników bez załączania do dokumentu gwarancji pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że pełnomocnictwa zostały udzielone przez osoby uprawnione do reprezentowania gwaranta. Z tym stanowiskiem odwołujący się jednak nie zgadza. To wykonawca ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że wadium zostało skutecznie wniesione. W ocenie odwołującego, EESA powinna była przedłożyć wraz z gwarancją pełnomocnictwo udzielone przez osoby uprawnione do reprezentowania gwaranta zgodnie z informacją z rejestru przedsiębiorców. Nie można uznać, że skoro praktyką rynkową jest podpisywanie gwarancji przez pełnomocników, to wykonawca przedkładający taką gwarancją nie musi wykazywać umocowania osoby podpisanej na gwarancji. Gdyby tak przyjąć, to prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Oznaczałoby to bowiem preferencyjne traktowanie wykonawców wnoszących wadium w formie gwarancji podpisanej przez pełnomocnika, którego umocowania nie wykazano, w stosunku do wykonawców wnoszących wadium w pieniądzu czy w formie gwarancji podpisanej przez członków zarządu gwaranta bądź jego prokurentów, w odniesieniu do których to form wniesienia wadium nie byłoby wątpliwości co do tego, że wadium zostało skutecznie wniesione (osoby uprawnione do reprezentacji spółki można bowiem w każdym czasie sprawdzić w publicznie dostępnym rejestrze przedsiębiorców).

Stanowisko dopuszczające złożenie gwarancji bez pełnomocnictwa dla osoby podpisanej na dokumencie gwarancji uzasadniane jest powołaniem się na art. 97 k.c. W przypadku gwarancji wystawionej w formie dokumentu elektronicznego, a z taką mamy do czynienia w przypadku EESA, sytuacja wygląda zupełnie inaczej. Hipoteza normy wyrażonej w art. 97 k.c. nie obejmuje tej sytuacji. Przepis ten wyraźnie dotyczy bowiem osoby czynnej w lokalu przeznaczonym do obsługi publiczności, a gdy wykonawca uzyskuje dokument gwarancji elektronicznie nie udaje się do lokalu, w którym przebywa osoba podpisująca gwarancję, co do której można zakładać, że skoro jest tam fizycznie obecna i obsługuje interesantów, to ma odpowiednie umocowanie do tego.

Odwołujący podniósł, że ze względu na brak przedłożenia przez przystępującego pełnomocnictwa udzielonego E. B. O., jeżeli uznać, że brak ten podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp (traktując pełnomocnictwo do wystawienia gwarancji wadialnej

jako „pełnomocnictwo wymagane” w rozumieniu tego przepisu), tudzież art. 26 ust. 3 Pzp (traktując pełnomocnictwo do wystawienia gwarancji wadialnej jako inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania), zamawiający powinien był wezwać przystępującego do jego złożenia, czego nie uczynił. Zdaniem odwołującego zaniechanie to stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp (traktując pełnomocnictwo do wystawienia gwarancji wadialnej jako „pełnomocnictwo wymagane” w rozumieniu tego przepisu), tudzież art. 26 ust. 3 Pzp (traktując pełnomocnictwo do wystawienia gwarancji wadialnej jako inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania).

W uzasadnieniu zarzutu określonego w petitum odwołania w pkt II.7) i II.8) (brak wezwania do złożenia uzupełniającego urzędowego zaświadczenia o niekaralności dotyczącego A. J. P., a także oświadczenia własnego A. J. P., o którym mowa w pkt 8.6.14. SIWZ) odwołujący podniósł, że zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący utrzymywał bowiem, że przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z pkt 8.6.14. SIWZ: *„Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 8.6.10. i 8.6.11., zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby; Postanowienia pkt 8.6.12. i 8.6.13. stosuje się.”*. Postanowienie to koresponduje z § 7 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Odwołujący podniósł, że przystępujący przedłożył zaświadczenie o niekaralności A. J. P. wydane przez holenderski Urząd Kontroli Zachowań Ministerstwa Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości. Odwołujący argumentował, że zgodnie z tłumaczeniem tego zaświadczenia badanie niekaralności *„było skierowane na aspekty (-y) funkcji: 41, 53”* i *„Z badania wynika, że nie ma żadnych zastrzeżeń co do zachowania zainteresowanego w odniesieniu do wyżej wymienionego specyficznego celu”*. Zgodnie z dalszą treścią zaświadczenia ww. aspekty (funkcje) to: *„41. Świadczenie usług (porady, zabezpieczenia, utrzymanie czystości, catering, konserwacja itd.)”*; *„53. Decydowanie o ofertach (prowadzenie negocjacji i zawieranie umów) i prowadzenie przetargów”*. Niekaralność została zatem zbadana jedynie w pewnym wycinku. Nie została zbadana m.in.: (i) w aspekcie dotyczącym dysponowania dobrami [aspekt (funkcja) 37] i w aspekcie dotyczącym umiejętności postępowania z gotówką/funduszami bezgotówkowo [aspekt (funkcja) 21], które mogą obejmować np. przestępstwa przeciwko

mieniu (art. 278-295 k.k.); (ii) w aspekcie dotyczącym kierowania organizacjami [aspekt(funkcja) 71], który to aspekt może obejmować przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 296-309 k.k.; zwłaszcza art. 296 k.k. jest przestępstwem ściśle menedżerskim – może je w szczególności popełnić osoba zarządzająca osobą prawną). Są to natomiast przestępstwa, których popełnienie przez członka zarządu wykonawcy skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 13-14 Pzp).

Zdaniem odwołującego należy zwrócić uwagę na informacje zawarte w systemie e-Certis. Wynika z nich (<https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/details/evidence/17140>), że holenderskie zaświadczenie o niekaralności pozwala na weryfikację następujących kryteriów: Terrorist offences or offences linked to terrorist activities, Corruption, Participation in a criminal organisation, Money laundering, Child labour and other forms of human trafficking, Fraud, Guilty of grave professional misconduct, Agreements with other economic operators aimed at distorting competition; tłumaczenie na język polski: Przeszypstwa terrorystyczne lub przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną, Korupcja, Udział w organizacji przestępczej, Pranie pieniędzy, Praca dzieci i inne formy handlu ludźmi, Oszustwo, Winny poważnego wykroczenia zawodowego, Porozumienia z innymi podmiotami gospodarczymi mające na celu zakłócenie konkurencji.

Według odwołującego zaświadczenie wydane dla A. J. P. nie obejmuje zatem pełnego zakresu, jaki potencjalnie może być uwzględniony w holenderskim zaświadczeniu o niekaralności. W konsekwencji zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów obowiązany był wezwać przystępującego do przedłożenia wystawionego przez holenderski Urząd Kontroli Zachowań uzupełniającego zaświadczenia o niekaralności A. J. P., obejmującego swym zakresem wszystkie, oprócz aspektów (funkcji) 41, 53, pozostałe aspekty (funkcje), których dotyczą przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp.

Odwołujący wskazał także, że z systemu e-Certis wynika, że zakres holenderskiego zaświadczenia o niekaralności jest węższy niż zakres polskiego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. W odniesieniu do polskiego zaświadczenia system e-Certis informuje, że służy ono weryfikacji w następującym zakresie: Offence against trustworthiness of documents, Terrorist offence, Human beings trafficking, participation in a criminal organisation, Money laundering, Treasury offence, Prohibited from competing for contracts, Offence against business operations, Offence against property, corruption, Illegal employment, Offence against the environment, Offence against the rights of employees; tłumaczenie na język polski: Przeszypstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, Przeszypstwo terrorystyczne, Handel ludźmi, udział w organizacji przestępczej, Pranie pieniędzy, Przeszypstwo skarbowe, Zakaz konkurowania o kontrakty, Przeszypstwo przeciwko działalności gospodarczej, Przeszypstwo przeciwko mieniu, korupcja, Nielegalne

zatrudnienie, Przepięstwo przeciwko Őrodowisku, Przepięstwo przeciwko prawom pracowników.

Według odwołuującego holenderskie zaŐwiadczenie o niekaralnoŐci nie obejmuje wszystkich przepięstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp, np. przepięstw przeciwko Őrodowisku, o ktuorych mowa w art. 181-188 k.k. Wobec tego, Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 7 ust. 3 Rozporzãdzenia w sprawie rodzajuów dokumentuów powinien byŐ wezwaŐ przystępującego do przedłożenia oŐwiadczenia wlasnego A. J. P., wskazanego w pkt 8.6.14 SIWZ, złozonego przed notariuszem lub przed organem sãdowym, administracyjnym albo organem samorzãdu zawodowego lub gospodarczego wlasciwym ze względu miejsce zamieszkania A. J. P. Opisanych wyzej wezwań zamawiający zaniechał, czym dopuŐcił się naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z powołanymi wyzej przepisami Rozporzãdzenia w sprawie rodzajuów dokumentuów.

W uzasadnieniu zarzutu okreŐlonego w petitum odwołania w pkt II.9 (zaniechanie wezwania do złozenia oryginalnych dokumentuów elektronicznych) odwołuujący wskazał, że zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożnoŐci procesowej. Odwołuujący wywiuđł bowiem, że przystępujący powinien zostaŐ wykluczony z postępowania, a złozone przez niego oferta powinna zostaŐ odrzucona.

Odwołuujący wywiuđł, że zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporzãdzenia w sprawie Őrodkuów komunikacji elektronicznej: *„Jeżeli oryginał dokumentu lub oŐwiadczenia, o ktuorych mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oŐwiadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamuwienia, nie zostały sporzãdzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporzãdziŐ i przekazaŐ elektronicznã kopię posiadanego dokumentu lub oŐwiadczenia.”*. Zdaniem odwołuującego z przepisu tego wynika, że posłuzenie się przez wykonawcę elektronicznã kopiã dokumentu jest moŐliwe tylko wtedy, gdy dokument ten nie został oryginalnie sporzãdzony w postaci elektronicznej. Według odwołuującego przystępujący złozył poŐwiadczone za zgodnoŐ z oryginałem przez EESA (podpisane podpisami kwalifikowanymi człuonkdu zarzãdu EESA: W. K., J. W.) elektronicznie kopie następujących dokumentuów: (i) wyciãgu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla MFS; (ii) wyciãgu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla M.F.S. Holding B.V.; (iii) zaŐwiadczenia o niezaleganiu w podatkach (ZAS-W) wydanego dla EESA.

Odwołuujący podniuŐł, że treŐ tych dokumentuów wskazuje, że zostały w oryginale sporzãdzone w postaci elektronicznej. Jeżeli chodzi o wyciãgi z holenderskiego rejestru handlowego, to na fakt, że wyciãgi te zostały wydane w oryginale w postaci elektronicznej Őwiadczy informacja zawarta na dole kaŐdej strony tych wyciãguów (zgodnie z tłumaczeniem przysięgłym przedstawionym przez Konsorcjum EESA-MFS): *„Niniejszy dokument jest*

certyfikowany podpisem elektronicznym i stanowi urzędowy dowód wpisu do Rejestru Handlowego. Możecie Państwo sprawdzić autentyczność niniejszego dokumentu i zweryfikować podpis w Adobe na górze Waszego ekranu. Izba Handlowa zaleca czytanie tego dokumentu w wersji cyfrowej tak, aby jego autentyczność pozostała nienaruszona a podpis był możliwy do weryfikacji.”. Jeśli chodzi o zaświadczenie ZAS-W, to na str. 3 jest adnotacja o tym, że zostało ono podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W świetle § 5 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej ww. dokumenty powinny zostać zatem przedłożone w formie oryginalnej – w postaci dokumentów elektronicznych, a nie w formie elektronicznych kopii dokumentów. Zamawiający zobowiązany był zatem wezwać przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie oryginalnych elektronicznych dokumentów, o których mowa powyżej. Wezwania tego zamawiający zaniechał, przez co dopuścił się naruszenia ww. przepisu.

W uzasadnieniu zarzutu określonego w petitum odwołania w pkt II.10 (wybór oferty najkorzystniejszej) odwołujący wskazał, że niniejszy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący podniósł bowiem, że przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona. W sytuacji, gdy zamawiający zaniechał obowiązkowego wezwania do uzupełnienia przez przystępującego pełnomocnictwa, dokumentów i oświadczenia, o których traktują części III.6 – III.9 uzasadnienia odwołania, jak również nie wezwał do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw, to wybór oferty przystępującego był nieprawidłowy, ponieważ nie zostało uprzednio wykazane, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach oraz Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia. Złożyli pismo procesowe, w którym wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego do złożenia, uzupełniania i wyjaśnienia

oświadczeń i dokumentów skierowane do przystępującego, oświadczenia i dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwania zamawiającego, notatkę służbową zamawiającego z dnia 18 maja 2020 r., zawiadomienie o wyniku postępowania z 19 maja 2020 r., załączniki do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, załącznik do pisma procesowego przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez odwołującego i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach oraz Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia uznając, że zostały spełnione przesłanki formalne wynikające z art. 185 ustawy Pzp i wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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 Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą i odrzucenia tej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy, względnie zaniechał odrzucenia jego oferty skutkować będzie koniecznością nakazania wykonania tych czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *dostawa części zamiennych do turbiny gazowej i instalacji pomocniczych dla Oddziału PGNiG SA w Zielonej Górze.*

Ustalono także, że zamawiający sformułował w pkt 6.1.2.3. SIWZ następujący warunek odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizował należycie:

- co najmniej trzy (3) dostawy części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1 000 000,00 zł każda

oraz

- co najmniej dwie (2) dostawy części zamiennych przeznaczonych do wykonania wszystkich planowych czynności po 25 tysiącach rbh na turbinie gazowej.”

Ustalono także, że zamawiający w pkt 8.8. SIWZ wskazał, że:

„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia:

8.8.1 Wykazu wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, określonych w pkt 6.1.2.3 SIWZ wraz z podaniem przedmiotu dostaw, dat wykonania oraz odbiorców, dla których dostawy były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane.

Wykaz dostaw Wykonawca przygotowuje we własnym zakresie.

8.8.2. Dowodów, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w tym:

a) referencje bądź inne dokumenty wydane przez odbiorcę dostaw wskazanych w wykazie, o którym mowa w pkt. 8.8.1. SIWZ, w przypadku dostaw o charakterze okresowym lub ciągłym, które na dzień upływu terminu składania ofert są nadal wykonywane referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

b) oświadczenie Wykonawcy składającego ofertę – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, o których mowa w pkt. 8.8.2. lit. a) SIWZ;

Uwaga!! Zamawiający nie uzna, jako dowodu faktur itp. dokumentów, z uwagi na fakt, iż ich treść nie potwierdza należytego wykonania zamówienia.”

Ustalono ponadto, że zamawiający wskazał w SIWZ:

8.6. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w pkt 7, to jest:

8.6.1. Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 (z wyłączeniem lit. d), 14 i 21 Ustawy oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego – w przypadku skazania na karę aresztu – w zakresie określonym przez Zamawiającego w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

8.6.2. Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące

przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

8.6.10. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 8.6.1. składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 (z wyłączeniem lit. d), 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy;

8.6.11. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 8.6.2. – 8.6.4. składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo, że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,*
- b) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości;*

Ustalono ponadto, że w pkt 8.6.14. SIWZ zamawiający wskazał, że „Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 8.6.10. i 8.6.11., zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby; Postanowienia pkt 8.6.12. i 8.6.13. stosuje się;”.

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 9 SIWZ wskazał m.in.:

9.15. Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

9.16. Za elektroniczną kopię dokumentu, którego oryginał istnieje w formie pisemnej, Zamawiający uzna kopię zapisaną na informatycznym nośniku danych, np. skan, fotografię zrobioną aparatem cyfrowym poddaną kompresji (np. zip) i opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

9.17. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.

9.18. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego oraz zaleca się opatrzenie klauzulą „Za zgodność z oryginałem”.

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 10 SIWZ opisał następujące wymagania dotyczące wadium:

10.1. Wykonawca przystępując do Postępowania jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 50 000,00 zł [pięćdziesiąt tysięcy złotych].

10.2. Wadium, według wyboru Wykonawcy, może być wniesione w następujących formach:

10.2.1. pieniądzu – na rachunek bankowy Zamawiającego: Bank BNP Paribas Bank Polska SA, nr rachunku: 66 1600 1071 8766 0000 0003 5139,

10.2.2. poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

10.2.3. gwarancjach bankowych;

10.2.4. gwarancjach ubezpieczeniowych;

10.2.5. poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 310 z późn. zm.).

10.3. Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji winno zostać złożone poprzez Moduł Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG SA (wraz z ofertą), w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do wystawienia oryginału dokumentu wadium.

10.5 W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy – bez konieczności potwierdzania tych okoliczności.”

Ustalono także, że termin składania ofert upłynął w dniu 12 lutego 2020 r.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. przystępujący to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach oraz Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia.

Ustalono ponadto, że przystępujący załączył do swej oferty ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG35/0735/20/0001 datowaną na 24 stycznia 2020 r., podpisaną elektronicznie w dniu 10 lutego 2020 r., w imieniu gwaranta, którym jest InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, przez E. B. O. jako pełnomocnika. W treści gwarancji podany jest numer oraz data udzielonego jej pełnomocnictwa (pełnomocnictwo nr BZA/47/22/01/2019 z dnia 22.01.2019r.).

Z treści ww. gwarancji wynika, że ubezpieczyciel *działając na wniosek ENERGOTECHNIKA-ENERGOROZRUCH S.A. z siedzibą w 44-100 GLIWICE, przy ul. KOZIELSKA 18 (zwanego dalej "Zobowiązany") niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zapłatę kwoty 50.000,00 złotych (słownie złotych: pięćdziesiąt tysięcy 00/100) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami, tj.:*

- 1) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,*
- 2) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
- 3) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,*
- 4) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.*

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 4 marca 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia m.in. dokumentów

na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt 8.8. oraz na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia opisanych w pkt 8.6. SIWZ.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył 16 marca 2020 r. wykaz dostaw datowany na 12 marca 2020 r.. W wykazie tym, w tabeli 1 wymienił:

- 1) poz. 1 – dostawę części zamiennych do turbiny gazowej, wykonaną na rzecz TGM China Co. Ltd Aero Turbomachinery China, o wartości 297.209,80 euro, wykonaną w okresie 15.03.2019 do 01.04.2019 r.,
- 2) poz. 2 – dostawę części zamiennych do regulatora Woodward dla turbiny gazowej, na rzecz GVI NIGERIA LIMITED, o wartości 293.040,00 euro, rozpoczęcie dostawy 29.10.2019 r., zakończenie dostawy 21 lutego 2020 r.
- 3) poz. 3 – dostawę części do turbiny gazowej LM 1600 na rzecz Energieversorgung Schwerin GmbH & Co. Erzeugung KG, o wartości 375.000,00 euro, rozpoczęcie dostawy 02.03.2017 r., zakończenie dostawy 20 marca 2017 r.,
- 4) poz. 4 – dostawę części (rury i węże paliwowe) do turbiny gazowej na rzecz Benabigail Ventures Ltd., o wartości 278.400,00 dolarów, rozpoczęcie dostawy 4 lutego 2015 r., a zakończenie 9 lutego 2015 r.

W tabeli nr 2 przystępujący wymienił:

- 1) poz. 1 – „Dostawa Dysz Dostawa części do wykonania serwisu dla turbiny gazowej LM 2500” na rzecz SIEMENS Energy, Inc., o wartości 214.778,20 euro, rozpoczęcie dostawy 28.09.2018 r., zakończenie dostawy w dniu 11 września 2019 r., jako osoba odpowiedzialna z ramienia odbiorcy za nadzór nad pracami został wskazany W. E.,
- 2) poz. 2 – dostawę części zamiennych – kompletu łopatek dla II stopnia http turbiny gazowej, na rzecz TGM China Co. Ltd Aero Turbomachinery, o wartości 297.209,80 euro, rozpoczęcie dostawy 15.03.2019 r., zakończenie dostawy 01.04.2019 r.,
- 3) poz. 3 – dostawę dysz paliwowych, podwójnych uszczelnień woda-gas dla turbiny gazowej na rzecz Energieversorgung Schwerin GmbH & Co. Erzeugung KG, o wartości 143.997,30 dolarów, jako osoby odpowiedzialne ze strony odbiorcy na nadzór nad pracami zostali wymienieni: Fr. (pani) W., Herr (pan) B.

Ustalono także, że przystępujący do wykazu dostaw załączył dokumenty:

- 1) w odniesieniu do dostawy z tabeli 1 poz. 2 - dokument zamówienia, fakturę,
- 2) w odniesieniu do dostawy z tabeli 1 poz. 2 (GVI NIGERIA LIMITED) - dokument zamówienia pochodzący od GVI Nigeria Limited pt. „Zamówienie Robocze Nr GVI/WO/17/19: dostawa części zamiennych Woodward”, w którym wskazano, że części zamienne będą odebrane przez przedstawiciela GVI NIGERIA LIMITED nie

- później niż w dniu 26 grudnia 2019 r., oraz dokument „Potwierdzenie zamówienia”, wystawiony przez MFS, faktura wystawiona przez MFS,
- 3) w odniesieniu do dostawy z tabeli 1 poz. 3 – dokument zamówienia pochodzący od Energieversorgung Schwerin GmbH & Co. Erzeugung KG, dokument zatytułowany „wycena”, faktury wystawione przez MFS,
 - 4) w odniesieniu do dostawy z tabeli 1 poz. 4 - Benabigail Ventures Ltd – zamówienie od ww. firmy z 4 lutego 2015 r. oraz fakturę wystawioną przez MFS w dniu 9 lutego 2015 r.),
 - 5) w odniesieniu do dostawy z tabeli nr 2 poz. 1 (Siemens Energy) – dokument zamówienia złożonego przez Siemens Energy, z którego wynika, że dostawa miała być zrealizowana w dniu 22 grudnia 2018 r., oraz że przedmiotem dostawy były „Narzędzia - serwis dla LM2500 Level II” (w oryginalnej ang. wersji językowej: „Tools – Service for LM2500 Level II”, oraz dokument „potwierdzenie zamówienia” pochodzący od MFS z terminem dostawy 28 marca 2019 r., jak również faktury wystawione w dniu 5 października 2018 r.,
 - 6) w odniesieniu do dostawy z tabeli nr 2 poz. 2 – dokument zamówienia, fakturę wystawioną przez MFS,
 - 7) w odniesieniu do dostawy z tabeli nr 2 poz. 3 (Energieversorgung Schwerin GmbH & Co. Erzeugung KG) – dokument zamówienia, „Dokument dostawy”, wystawiony przez MFS, faktura wystawiona przez MFS.

Ustalono także, że przystępujący 16 marca 2020 r. złożył zamawiającemu zaświadczenie o niekaralności A. J. P. z 10 stycznia 2020 r. wydane przez holenderski Urząd Kontroli Zachowań Ministerstwa Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości. Zgodnie z tłumaczeniem tego zaświadczenia badanie niekaralności *„było skierowane na aspekty (-y) funkcji: 41, 53” i „Z badania wynika, że nie ma żadnych zastrzeżeń co do zachowania zainteresowanego w odniesieniu do wyżej wymienionego specyficznego celu”*. Zgodnie z dalszą treścią zaświadczenia ww. aspekty (funkcje) to: *„41. Świadczenie usług (porady, zabezpieczenia, utrzymanie czystości, catering, konserwacja itd.)”; „53. Decydowanie o ofertach (prowadzenie negocjacji i zawieranie umów) i prowadzenie przetargów”*.

Ustalono ponadto, że 16 marca 2020 r. przystępujący złożył zamawiającemu poświadczony za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum przystępującego EESA (podpisane podpisami kwalifikowanymi członków zarządu EESA: W. K., J. W.) elektronicznie kopie następujących dokumentów:

- a) wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla MFS;

- b) wyciągu z rejestru handlowego Niderlandzkiej Izby Handlowej dla M.F.S. Holding B.V.;
- c) zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach (ZAS-W) wydanego dla EESA.

Treść tych dokumentów wskazuje, że zostały w oryginale sporządzone w postaci elektronicznej.

W wyciągu z holenderskiego rejestru handlowego znajduje się informacja zawarta na dole każdej strony tych wyciągów (zgodnie z tłumaczeniem przysięgłym przedstawionym przez przystępującego): *„Niniejszy dokument jest certyfikowany podpisem elektronicznym i stanowi urzędowy dowód wpisu do Rejestru Handlowego. Możecie Państwo sprawdzić autentyczność niniejszego dokumentu i zweryfikować podpis w Adobe na górze Waszego ekranu. Izba Handlowa zaleca czytanie tego dokumentu w wersji cyfrowej tak, aby jego autentyczność pozostała nienaruszona a podpis był możliwy do weryfikacji.”*

W zaświadczeniu ZAS-W, na str. 3 znajduje się adnotacja o tym, że zostało ono podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 30 marca 2020 r. (wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz do udzielenia wyjaśnień) zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia:

4) dowodów, że wymienione w wykazie dostaw dostawy zostały należycie zrealizowane, w tym:

- a) referencje bądź inne dokumenty wydane przez odbiorcę dostaw wskazanych w wykazie, o którym mowa w pkt. 8.8.1. SIWZ, w przypadku dostaw o charakterze okresowym lub ciągłym, które na dzień upływu terminu składania ofert są nadal wykonywane, referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- b) oświadczenie Wykonawcy składającego ofertę – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, o których mowa w pkt. 8.8.2. lit. a) SIWZ.

Zgodnie z pkt 6.1.2.3. SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał się, że w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizował należycie:

- co najmniej trzy (3) dostawy części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1 000 000,00 zł każda oraz

- co najmniej dwie (2) dostawy części zamiennych przeznaczonych do wykonania wszystkich planowych czynności po 25 tysiącach rbh na turbinie gazowej.

Warunek postawiony przez Zamawiającego obejmuje łącznie 5 dostaw, a Wykonawca załączył tylko dwa dokumenty: GVI NiGERIA LIMITED (wystawiony w trakcie realizacji dostaw 10.10.2019, a z wykazu dostaw wynika, że dostawy zostały zakończone w

dniu 21.02.2020 r.) oraz SIEMENS (wystawiony w trakcie realizacji dostaw 28.09.2018 r., a z wykazu dostaw wynika, że dostawy zostały zakończone w dniu 11.09.2019 r.).

Na potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie przez Spółkę Mechanical Field Support B.V., Wykonawca złożył dokumenty, która w ocenie Zamawiającego nie są również wystarczające ze względu na ich treść. Są to dokumenty księgowe (faktury) i zamówienia, które nie potwierdzają należytego wykonania dostaw.

Zamawiający wskazał w pkt 8.8.2 lit. b SIWZ, że nie uzna, jako dowodu faktur itp. dokumentów, z uwagi na fakt, iż ich treść nie potwierdza należytego wykonania zamówienia.

Z uwagi na powyższe wzywamy do uzupełnienia dowodów, że dostawy opisane w Wykazie wykonanych dostaw w tabeli 1 i 2 wykonane przez Spółkę Mechanical Field Support B.V., zostały wykonane należycie.

Wymaganymi przez Zamawiającego dowodami mogą być:

a) referencje bądź inne dokumenty wydane przez odbiorcę dostaw wskazanych

w wykazie, o którym mowa w pkt. 8.8.1. SIWZ, w przypadku dostaw o charakterze okresowym lub ciągłym, które na dzień upływu terminu składania ofert są nadal wykonywane, referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

b) oświadczenie Wykonawcy składającego ofertę – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, o których mowa w pkt. 8.8.2. lit. a) SIWZ.

5) Wykazu wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, określonych w pkt 6.1.2.3 SIWZ wraz z podaniem przedmiotu dostaw, dat wykonania oraz odbiorców, dla których dostawy były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane.

Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy przedstawione w wykazie w Tabeli nr 2 co najmniej dwie (2) dostawy części zamiennych przeznaczonych do wykonania wszystkich planowych czynności po 25 tysiącach rbh na turbinie gazowej, stanowiły dostawy części niezbędnych do wykonania wszystkich planowanych czynności po 25 tys rbh zaplanowanych do wykonania na wskazanych przez Wykonawcę turbinach gazowych?.

Zamawiający wskazał również w wezwaniu, że żądane dokumenty należy złożyć w terminie do 9 kwietnia 2020 r. (o godz. 11:00).

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, przystępujący w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. przesłał wyjaśnienia, w których stwierdził: „Mechanical Field Support B.V. nie jest w posiadaniu odrębnych dowodów potwierdzających należyte

wykonanie powyżej wymienionych dostaw niż dokumenty uprzednio przedłożone w ramach postępowania w postaci potwierdzeń zamówień oraz faktur dokumentujących zakończenia ich realizacji przez Wykonawcę. Brak było również obiektywnych możliwości pozyskania stosownych odrębnych dokumentów referencyjnych dla dodatkowego potwierdzenia należytej realizacji powyżej wymienionych dostaw przez Wykonawcę. Ponadto należy wyjaśnić, iż w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez Mechanical Field Support B.V. nie pozostaje powszechnie przyjętą praktyką występowanie indywidualne o potwierdzenie realizacji dostaw przez poszczególnych kontrahentów. Co do zasady potwierdzeniem prawidłowo wykonanej dostawy pozostaje okoliczność obciążenia kontrahenta stosownym dokumentem księgowym (tj. fakturą końcową). Zdaniem Wykonawcy analiza łączna wykazu dostaw, przedłożonych uprzednio dokumentów (potwierdzeń zamówień oraz faktur) oraz niniejszych oświadczeń Mechanical Field Support B.V. potwierdzają pośrednio twierdzenie o prawidłowej realizacji wykazanych dostaw referencyjnych (...) Dodatkowo biorąc pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną na świecie rzeczywiste pozyskanie właściwych odrębnych dokumentów referencyjnych okazało się zadaniem niewykonalnym. (...)

W piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. przystępujący wyjaśnił ponadto, iż „(...) dostawy referencyjne przedstawione w Wykazie wykonanych dostaw w Tabeli nr 2, tj. zgodnie z warunkiem z pkt. 6.1.2.3 SIWZ dla Postępowania, w rzeczywistości stanowiły dostawy części zamiennych niezbędnych do wykonania wszystkich planowanych czynności po okresie 25 roboczogodzin zaplanowanych do wykonania na wskazanych przez Wykonawcę turbinach gazowych.

Dodatkowo Wykonawca wyjaśnia, iż zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką branżową to użytkownik turbozespołu indywidualnie planuje oraz decyduje o niezbędnym zakresie wymiany części zamiennych po określonym czasie eksploatacji danego urządzenia, określając jednocześnie zakres niezbędnych prac serwisowych do wykonania. Za celowe należy również zwrócić uwagę, iż producenci turbin gazowych w tzw. instrukcjach O&M (Operation and Maintenance) określają kompletną listę wszystkich części zamiennych dla danego urządzenia. W rzeczywistości zakres wymiany po danym okresie eksploatacji jest w każdym przypadku uzależniona od rzeczywistego stanu technicznego danego turbozespołu. Ponadto podkreślenia wymaga, iż poszczególni producenci turbin gazowych (np. SIEMENS, General Electric) rekomendują odmienne zakresy części do wymiany po przebiegu m.in. 25 000 roboczogodzin pracy danego urządzenia. W konsekwencji typ turbiny, zalecenia producenta oraz uwarunkowania eksploatacyjne danego użytkownika determinują ostatecznie każdorazowo listę rekomendowanych do wymiany części zamiennych.

Reasumując wykonawca potwierdza, iż w przypadku przedłożonego w ramach Postępowania Wykazu wykonanych dostaw w Tabeli nr 2, wskazane zostały wyłącznie

zrealizowane dostawy części zamiennych przez Mechanical Field Support B.V., które przeznaczone były do wykonania wszystkich planowanych przez poszczególnych użytkowników czynności serwisowych po okresie 25 000 roboczogodzin pracy każdej z tych turbin gazowych.”.

Do ww. pisma z dnia 8 kwietnia 2020 r. przystępujący załączył (jako załącznik nr 4) oświadczenie własne MFS z dnia 7 kwietnia 2020 r. o tym, że dostawy wymienione w wykazie dostaw zostały należycie wykonane.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż oświadczenie przystępującego z 8 kwietnia 2020 r. budzi wątpliwości Zamawiającego, *z uwagi na ogólnikowe uzasadnienie przyczyn o obiektywnym charakterze, w wyniku których nie byliście Państwo w stanie uzyskać referencji. W związku z powyższym proszę o udzielenie odpowiedzi na pytania:*

- 1. Czy zachodzą inne okoliczności niż wymienione w Państwa oświadczeniu, które potwierdzą przyczyny, niemożności uzyskania dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie dostaw (np. klauzule umowne mówiące o nie wydawaniu referencji przez podmiot, na rzecz którego była świadczona dostawa)?*
- 2. Czy występowali Państwo o pozyskanie dokumentów referencyjnych? Jeżeli tak, to czy posiadają Państwo związane z tym dowody (np. wysyłane e-maile, pisma)?*
- 3. Jeżeli występowali Państwo o pozyskanie dokumentów referencyjnych, to czy uzyskaliście Państwo jakąś odpowiedź (np. e-mail, pismo)?*
- 4. Czy są Państwo w posiadaniu dokumentów (innych dowodów) potwierdzających, że wskazane w wykazie wykonanych dostaw w tabeli 1 i 2, dostawy wykonane przez Spółkę Mechanical Field Support B.V. były świadczone na rzecz wskazanych tam podmiotów (np. faktury końcowe lub częściowe, umowy, zlecenia dostaw, protokoły odbioru)?*

Jeżeli są Państwo w posiadaniu dokumentów potwierdzających powyższe okoliczności lub innych dokumentów, które potwierdzą przyczyny, niemożności uzyskania dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie, to proszę o ich przesłanie.

Wezwał także przystępującego do złożenia dokumentów, które potwierdzą przyczyny niemożności uzyskania dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z dnia 27 kwietnia 2020 r. W piśmie tym przystępujący oświadczył, iż *„dodatkową okolicznością potwierdzającą prawny zakaz uniemożliwiający uzyskania dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie dostaw powinno*

zostać również uznane obustronne zobowiązanie Mechanical Field Support B.V. oraz jej kontrahentów do zachowania wszystkich informacji dotyczących współpracy biznesowej w poufności.

Przedmiotowe zobowiązanie zakazujące ujawniania jakichkolwiek danych związanych zarówno przez Mechanical Field Support B.V. oraz odbiorców jej usług lub dostaw zostało zawarte w Art. 19 Ogólnych Warunków Handlowych (brzmienie oryginalne: "Article 19 Secrecy General Terms & Conditions Mechanical Field Support B.V."): (...) Tłumaczenie własne Wykonawcy na język polski: „Obydwie strony będą zobowiązane do zachowania w poufności wszystkich informacji niejawnych, które zostaną im przekazane w ramach zakresu ich umowy od drugiej ze stron albo z innego źródła. Informacja będzie uważana za poufną jeśli druga strona tak wskaże lub niniejszy charakter poufności będzie wynikał z istoty takiej informacji”.

W ww. piśmie przystępujący wskazał także, że zwrócił się do odbiorców dostaw wymienionych w wykazie dostaw o potwierdzenie, że nie ma możliwości uzyskania referencji i zaprezentował tłumaczenie szablonu wysłanych przez MFS e-maili: „ponownie wnosimy o potwierdzenie, iż zgodnie z wewnętrznymi regulacjami państwa przedsiębiorstwa związanymi z zobowiązaniami do zachowania poufności nie ma aktualnie możliwości aby nasza firma mogła otrzymać jednostronne oświadczenie w imieniu ... potwierdzające realizację oraz zakończenie następujących dostaw : ... (np. List Referencyjny).”.

Do pisma załączono e-maile wysłane przez MFS w dniu 24 kwietnia 2020 r.

- na adres tammy_prewitt_@siemens.com z firmy Siemens Industrial Turbomachinery Ltd.,
- do adresata określonego jako „Chika”,
- do adresata określonego jako „T.D.”,
- na adres andreas_bruhn@swn.de

Ustalono ponadto, że w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego znajduje się notatka służbowa sporządzona 18 maja 2020 r. przez panią Marzenę Grzywacz o treści:

Notatka (kontakt z odbiorcami usług wymienionych w wykazie dostaw)

W dniach 11–15.05.2020 r. odbyła się weryfikacja potwierdzenia należytego wykonania dostaw, którymi posługują się w wykazie wykonanych dostaw Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w ww. postępowaniu.

• *Dnia 11.05.2020 r. zostały przesłane pisma (drogą e-mail) do odbiorców zagranicznych wymienionych w wykazie dostaw:*

1. *TGM CHINA CO. LTD, Aero Turbomachinery, Chiny.*
2. *GVI NIGERIA LIMITED, Nigeria.*
3. *Energieversorgung Schwerin GmbH & Co.Erzeugung KG, Niemcy.*

4. *Benabigail VENTURES LIMITED, Nigeria.*

5. *Siemens Energy Inc., USA.*

- *W dniu 12.05.2020 r. zostały wysłane (drogą e-mail) kolejne wiadomości do ww. odbiorców celem przyspieszenia ew. odpowiedzi. Wszystkie wiadomości zostały dostarczone.*

- *W dniach 12-15.05.2020 r. odbyły się telefoniczne kontakty z ww. odbiorcami dostaw. Nie udało się nawiązać połączenia (nikt nie odbierał telefonu) do odbiorcy z Chin oraz USA. Dzwoniono wielokrotnie do ww. odbiorców w godzinach pracy w danej sferze czasowej. Odbiorcy z Nigerii oraz Niemiec obiecali odpowiedzieć pisemnie. Jednakże odbiorca z Niemiec finalnie nie udzielił odpowiedzi pisemnej, telefonu w późniejszym terminie także już nie odbierał.*

- *Uzyskano dwie odpowiedzi pisemne:*

GVI NIGERIA LIMITED, Nigeria (dnia 12.05.2020 r.): "Further to your email and phone call earlier today, we would like to confirm that we indeed received the mentioned items in the attached Work Order from MFS; the said Order was executed and performed satisfactorily without any issues. Please feel free to let us know should you require any other information and we would be happy to provide it"

Odbiorca potwierdza wykonaną dostawę przez Spółkę Mechanical Field Support B.V. z Holandii. Potwierdza, że zamówienie zostało zrealizowane satysfakcjonująco i bez problemów.

Benabigail VENTURES LIMITED, Nigeria (dnia 12.05.2020 r.): "I can confirm that the projects were satisfactorily completed by Mechanical Field Support B.V., we recommend them for any project you may have, As they operate with very high standard of professionalism".

Odbiorca potwierdza, że dostawa została ukończona i rekomenduje Spółkę Mechanical Field Support B.V. jako profesjonalnego wykonawcę.

- *Zgodnie z zapisami przesłanego pisma Zamawiający zwrócił się z prośbą o odpowiedź w terminie do 14.05.2020 r. do godziny 16:00. W wymaganym terminie żaden z odbiorców nie udzielił już odpowiedzi. Do dnia 18.05.2020 r. nie wpłynęła żadna odpowiedź.*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 19 maja 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania przez niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 6.1.2.3 (strona 5) SIWZ.

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 6.1.2.3 SIWZ (strona 5) SIWZ wykonawca miał obowiązek wykazać, że *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – zrealizował należycie:*

- co najmniej trzy (3) dostawy części zamiennych do turbiny gazowej o wartości 1 000 000,00 zł każda

oraz

- co najmniej dwie (2) dostawy części zamiennych przeznaczonych do wykonania wszystkich planowych czynności po 25 tysiącach rbh na turbinie gazowej.”

W analizowanej sprawie zamawiający wymienił żądane przez siebie dokumenty wymagane celem wykazania warunku w pkt 6.1.2.3. SIWZ. Zamawiający w pkt 8.8. SIWZ wskazał bowiem, że:

„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia:

8.8.1 Wykazu wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, określonych w pkt 6.1.2.3 SIWZ wraz z podaniem przedmiotu dostaw, dat wykonania oraz odbiorców, dla których dostawy były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane.

8.8.2. Dowodów, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w tym:

a) referencje bądź inne dokumenty wydane przez odbiorcę dostaw wskazanych w wykazie, o którym mowa w pkt. 8.8.1. SIWZ, w przypadku dostaw o charakterze okresowym lub ciągłym, które na dzień upływu terminu składania ofert są nadal wykonywane referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

b) oświadczenie Wykonawcy składającego ofertę – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, o których mowa w pkt. 8.8.2. lit. a) SIWZ;

Uwaga!! Zamawiający nie uzna, jako dowodu faktur itp. dokumentów, z uwagi na fakt, iż ich treść nie potwierdza należytego wykonania zamówienia.”

Podzielono stanowisko odwołującego, że przystępujący nie przedstawił dowodów potwierdzających fakt należytego wykonania dostaw wymienionych w wykazie dostaw.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i przystępującego z pisma procesowego jakoby to odwołujący miał udowodnić możliwość pozyskania przez przystępującego od odbiorców dowodów należytego wykonania dostaw.

Jak wynika z przepisu § 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.jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać 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; (...).

Powyższy przepis znalazł potwierdzenie w treści SIWZ opracowanej przez zamawiającego w pkt 8.8.2 lit. A SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca może poprzestać na oświadczeniu wlanym jako na dowodzie należytego wykonania dostaw, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie przedstawić referencji lub innych dokumentów wystawionych przez odbiorcę.

Z przepisu i powołanego postanowienia SIWZ wynika po pierwsze, że warunkiem od którego uzależnia się możliwość poprzestania na oświadczeniu własnym wykonawcy są okoliczności o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiły pozyskanie referencji lub innych dokumentów wystawionych przez odbiorcę. Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, słowo „obiektywny” w języku polskim oznacza „istniejący niezależnie od poznającego podmiotu”. Powyższe prowadzi do wniosku, że nie można powoływać się na powody niepozyskania referencji zależne od wykonawcy, czyli okoliczności subiektywne. Po drugie, jak wynika wyraźnie z przepisu i postanowienia SIWZ, te obiektywne powody niezłożenia referencji muszą być uzasadnione. Oczywistym jest więc, że okoliczności niepozyskania referencji muszą być należycie umotywowane. Nie ulega wątpliwości, że ciężar dowodu zarówno co do faktu obiektywnego charakteru okoliczności niepozyskania referencji jak i ich należytego uzasadnienia (wykazania) spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutek prawny w postaci uprawnienia do złożenia oświadczenia własnego. Powyższe wynika z ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. W analizowanej sprawie ciężar ten spoczywał na przystępującym, który miał obowiązek przedstawić stosowne wyjaśnienia i dowody w trakcie wykazywania warunku udziału w postępowaniu przed zamawiającym.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że dowody na istnienie obiektywnych przyczyn niepozyskania referencji przystępujący miał obowiązek złożyć w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Wezwanie takie zamawiający skierował do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 4 marca 2020 r. W pkt II. 2 ww. wezwania zamawiający wyraźnie nakazał wykonawcy złożenie nie tylko wykazu dostaw, ale także dowodów, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. W ślad za przywołanym wcześniej postanowieniem pkt 8.8.2 SIWZ zamawiający przypomniał przystępującemu, że dowodami tymi są referencje lub inne dokumenty wydane przez odbiorcę dostaw. Zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć w charakterze dowodu oświadczenie własne. W odniesieniu jednak do tego oświadczenia zamawiający wyraźnie zastrzegł, że można je złożyć tylko jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze przystępujący nie jest w stanie uzyskać referencji. Co istotne, zamawiający w ślad za postanowieniem pkt 8.8.2 SIWZ przypomniał wykonawcy, że nie uzna jako dowodu należytego wykonania dostaw

faktur itp. dokumentów, z uwagi na fakt, że ich treść nie potwierdza należytego wykonania zamówienia. Podkreślenia wymagało także, że zamawiający określił przystępującemu termin na złożenie żądanych dokumentów i oświadczeń na dzień 16 marca 2020 r. do godziny 11.00.

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący w dniu 16 marca 2020 r. nie złożył zamawiającemu referencji ani innych dokumentów pochodzących od odbiorców dostaw, które potwierdzałyby fakt ich należytego wykonania.

Przystępujący złożył m.in. zamówienia od odbiorców w formie skanów plików pdf. Dokumenty te budzą wątpliwości, gdyż nie zostały podpisane przez odbiorców. Po drugie, dokumenty zamówienia wystawia się inicjując chęć zakupu towaru, nie potwierdzają one, że zamówione towary zostały dostarczone zgodnie z zamówieniem.

Oprócz tego, przystępujący złożył także zamawiającemu faktury wystawione odbiorcom przez uczestnika konsorcjum przystępującego. Jednak, jak słusznie wskazał odwołujący, same faktury nie mogą być uznane za wystarczający dowód należytego wykonania dostaw. W praktyce obrotu nierzadko występują sytuacje, gdy faktura jest kwestionowana przez podmiot, na który została wystawiona, czy to co do zasady czy co do wysokości. Ponadto, zamawiający w pkt 8.8.2 SIWZ wyraźnie przesądził, że nie będzie uznawał tego rodzaju dokumentów za dowód należytego wykonania dostaw. Jeśli przystępujący nie zgadzał się z tym postanowieniem SIWZ, to w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp miał prawo kwestionować postanowienie. Skoro tego nie uczynił, to po upływie terminu składania ofert treść SIWZ stała się ostateczna i wiążąca dla zamawiającego oraz wszystkich wykonawców, w tym przystępującego.

Wreszcie, w odniesieniu do niektórych dostaw przystępujący przedstawił dodatkowo potwierdzenia przyjęcia zamówienia wystawione przez uczestnika konsorcjum przystępującego. Tego rodzaju dokumenty też nie mogły zostać uznane za dowód należytego wykonania dostaw. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że dokumenty te pochodziły nie od odbiorcy ale od samego członka konsorcjum przystępującego. W konsekwencji nie świadczyły o tym, że odbiorca uznaje dostawę za prawidłowo wykonaną.

W tej sytuacji, jak słusznie wskazał odwołujący, żaden z dokumentów złożonych przez przystępującego w dniu 16 marca 2020 r. nie dowodził należytego wykonania przez niego dostaw. Podkreślenia wymagało, że nie złożono żadnych referencji pochodzących od odbiorców, ani nawet protokołów przyjęcia zamówionych dostaw podpisanych przez odbiorców. Co więcej, nie złożono nawet dowodów opłacenia przez odbiorców faktur przedstawionych przez przystępującego.

Jeżeli przystępujący nie był w stanie złożyć dowodów należytego wykonania dostaw pochodzących od odbiorców, to mógł poprzestać na oświadczeniu własnym. Jednak w tym przypadku miał obowiązek dodatkowo wykazać, że z powodów od siebie niezależnych takich

dokumentów nie był w stanie uzyskać. Nic takiego jednak przystępujący nie wykazał w swym piśmie z dnia 16 marca 2020 r.

W tej sytuacji zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 30 marca 2020 r. zasadnie wezwał przystępującego od uzupełnienia brakujących dowodów na okoliczność, że dostawy opisane w wykazie zostały wykonane należycie. Zamawiający wskazał na konieczność uzupełnienia referencji lub innych dokumentów wydanych przez odbiorcę. Przypomniał także, że jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze przystępujący nie jest w stanie przedstawić referencji to jest uprawniony do przedstawienia oświadczenia własnego. W treści wezwania zamawiający prawidłowo dostrzegł, że przedstawione przez przystępującego dokumenty księgowe (faktury) i zamówienia nie potwierdzają faktu należytego wykonania dostaw. Co istotne, zamawiający w swym wezwaniu wyznaczył wykonawcy termin na uzupełnienie brakujących dokumentów lub oświadczeń na dzień 9 kwietnia 2020 r. g.11.00.

Biorąc pod uwagę powyższe przystępujący najpóźniej w terminie 9 kwietnia 2020 r. g. 11.00 zobowiązany był uzupełnić brakujące dokumenty i oświadczenia. Oczywistym jest także, że jeśli przystępujący uznawał, że nie będzie w stanie przedstawić referencji lub innych dokumentów pochodzących od odbiorcy, to miał obowiązek uzasadnić i wykazać dlaczego nie mógł tego uczynić. Ponadto powinien wykazać, że powód takiego stanu rzeczy jest obiektywny i nie zależy od niego.

Izba po dokonaniu analizy pisma przystępującego z dnia 8 kwietnia 2020 r. stwierdziła, że przystępujący nie przedstawił zamawiającemu żadnych nowych dokumentów, które pochodziłyby od odbiorców. Wykonawca załączył do pisma oświadczenie własne członka konsorcjum przystępującego o braku zastrzeżeń odbiorców do kompletnego przedmiotu dostaw wymienionych w wykazie. W tej sytuacji, jak wyjaśniono wcześniej, zobowiązany był przedstawić uzasadnione powody nieuzyskania referencji i wykazać, że powody te są obiektywne, a więc nie zależały od niego.

Izba po dokonaniu analizy pisma przystępującego z 8 kwietnia 2020 r. stwierdziła, że na okoliczność niemożności uzyskania referencji przystępujący nie przedstawił zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu. Przystępujący powołał się jedynie na to, że w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez Mechanical Field Support B.V. nie pozostaje przyjętą praktyką występowanie indywidualne o potwierdzenie realizacji dostaw przez poszczególnych kontrahentów.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji należało podnieść po pierwsze, że na jej poparcie nie przedstawiono zamawiającemu żadnego dowodu. Zamawiający nie miał zatem podstaw aby przyjmować, że taka jest praktyka u członka konsorcjum przystępującego. Po drugie, nawet jeśli rzeczywiście występuje taka praktyka u Mechanical Field Support B.V. to

jest to praktyka samego wykonawcy. Praktyka wykonawcy jest okolicznością zależną od samego wykonawcy, a więc przyczyną natury subiektywnej, a nie obiektywnej. Od własnej praktyki można było odstąpić. Po lekturze SIWZ, opublikowanej w grudniu 2019 r., a więc 3 miesiące przed terminem składania ofert, przystający musiał wiedzieć, że zamawiający żąda referencji lub dokumentów pochodzących od odbiorcy stanowiących dowód należytego wykonania dostaw i że nie uzna za wystarczających samych faktur. Mógł zatem przystąpić do pozyskania brakujących dokumentów, nawet jeśli rzeczywiście dotąd tego nie praktykował. Podkreślenia wymagało, że przystępujący w piśmie z 8 kwietnia 2020 r. nie wykazał czy podjął próbę pozyskania referencji i np. spotkał się z odmową. Nic takiego nie odnotowano ani nawet tak nie twierdzono. Ponadto, nawet jeśli MFS B.V. nie praktykuje potwierdzania dostaw, to zupełnie niezrozumiałym jest fakt braku złożenia innych dokumentów np. protokołów odbioru, dokumentów WZ itp. Wreszcie jeśli wystawiono faktury, a dostawy zostały faktycznie wykonane należycie, to faktury te powinny zostać opłacone przez odbiorców. Na fakt zapłaty nie przedstawiono zamawiającemu żadnego dowodu. Co więcej przystępujący nawet nie oświadczył, że przedstawione faktury zostały opłacone.

Drugą okolicznością, na jaką powołał się przystępujący było lakoniczne, jednozdaniowe stwierdzenie, że pozyskanie referencji okazało się zadaniem niewykonalnym z uwagi na aktualną sytuację epidemiologiczną. Odnosząc się do tak uzasadnionej przyczyny, Izba stwierdziła po pierwsze, że myśl ta nie została w jakikolwiek rozwinięta. Po drugie, nie została poparta żadnym dowodem. Jak słusznie wskazał odwołujący ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE już w dniu 13 grudnia 2019 r. a termin składania ofert upływał 12 lutego 2020 r. Obydwa terminy przypadały o wiele wcześniej aniżeli termin ogłoszenia przez WHO pandemii Covid 19. Pandemii tę ogłoszono dopiero 11 marca 2020 r. (dowód: wydruk PDF ze strony <https://pulsmedycyny.pl/who-oglosilo-pandemie-covid-19-co-to-oznacza-984790> załączony do odwołania).

Tymczasem w postanowieniu pkt 8.8.2 SIWZ opublikowanej w grudniu 2019 r. wyraźnie żądano złożenia dowodów należytego wykonania dostaw i wskazano, że za takie nie będą uznane faktury. W tej sytuacji wykonawca działający z należyłą starannością powinien już od grudnia 2019 r. gromadzić wymagane przez zamawiającego dowody i nimi dysponować w momencie upływu terminu składania ofert. Termin ten zaś upływał 12 lutego 2020 r.

Podkreślenia wymagało, że obaj członkowie konsorcjum postępującego złożyli zamawiającemu wraz z ofertą wypełnione dokumenty JEDZ. W dokumentach tych oświadczyli w części IV, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. Z kolei w części VI dokumentów JEDZ obydwaj oświadczyli, że *informacje podane powyżej w częściach II–V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd. Wykonawca oficjalnie oświadcza, że jest w stanie, na*

żądanie i bez zwłoki, przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów.

Obydwa dokumenty JEDZ zostały sporządzone w lutym 2020 r. i złożone zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert przypadającym na 12 lutego 2020 r. Z przywołanych oświadczeń członków konsorcjum przystępującego wynikało, że zagwarantowali oni zamawiającemu, iż na jego żądanie i - co ważne - bez zwłoki będą w stanie przedstawić wymagane dokumenty. Zadeklarowana gotowość przedstawienia dokumentów bez zwłoki świadczyła o tym, że wykonawcy takimi dokumentami zobowiązani byli dysponować w momencie składania oświadczenia w dokumencie JEDZ. W tej sytuacji przystępujący nie może się zasłaniać epidemią COVID, która wybuchła półtora miesiąca po złożeniu przez niego stosownego zapewnienia.

Kierując się powyższymi rozważaniami należało dojść do wniosku, że przystępujący pomimo wezwania przez zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, i kolejnego wezwania do uzupełniania braków wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dalszym ciągu nie przedstawił zamawiającemu wymaganych oświadczeń i dokumentów. Nie wykazał też obiektywnych przyczyn niezłożenia referencji lub innych dowodów należytego wykonania dostaw pochodzących od odbiorców. Za wypełnienie ww. obowiązku nie mogły zostać uznane dwa lakoniczne jednozdaniowe oświadczenia nie poparte żadnymi dowodami, które dodatkowo okazały się całkowicie niewiarygodne i miały charakter subiektywny.

W tej sytuacji, z dniem 9 kwietnia 2020 r. g. 11.00 po stronie zamawiającego zaktualizował się wynikający z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp obowiązek wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spornego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.2.3. SIWZ.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, zamawiający uprawniony jest tylko do jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełniania brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest bowiem wyjątkiem od zasady składania wymaganych dokumentów w odpowiedzi na pierwsze wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Jako wyjątek od tej zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. W tym kontekście za naruszające przywołaną zasadę i przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać późniejsze działania zamawiającego, których skutkiem było zezwolenie przystępującemu na kolejne próby uzupełniania brakujących dokumentów i oświadczeń.

Dostrzeżenia wymagało, że pismem z dnia 20 kwietnia 2020 r., zamawiający ponownie wezwał przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów celem

wykazania warunku udziału w postępowaniu. W omawianym wezwaniu sam zamawiający przyznał, że dotychczasowe uzasadnienie przyczyn, w wyniku których przystępujący nie był w stanie uzyskać referencji, jest ogólne. Pomimo to zamawiający poprosił przystępującego o udzielenie odpowiedzi na pytania:

1. *Czy zachodzą inne okoliczności niż wymienione w Państwa oświadczeniu, które potwierdzą przyczyny, niemożności uzyskania dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie dostaw (np. klauzule umowne mówiące o nie wydawaniu referencji przez podmiot, na rzecz którego była świadczona dostawa)?*
2. *Czy występował Państwo o pozyskanie dokumentów referencyjnych? Jeżeli tak, to czy posiadają Państwo związane z tym dowody (np. wysłane e-maile, pisma)?*
3. *Jeżeli występował Państwo o pozyskanie dokumentów referencyjnych, to czy uzyskaliście Państwo jakąś odpowiedź (np. e-mail, pismo)?*
4. *Czy są Państwo w posiadaniu dokumentów (innych dowodów) potwierdzających, że wskazane w wykazie wykonanych dostaw w tabeli 1 i 2, dostawy wykonane przez Spółkę Mechanical Field Support B.V. były świadczone na rzecz wskazanych tam podmiotów (np. faktury końcowe lub częściowe, umowy, zlecenia dostaw, protokoły odbioru)?*

Analiza ww. wezwania prowadziła do wniosku, że zamawiający, choć miał świadomość nieprawidłowego uzupełnienia dokumentów pomimo prawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 30 marca 2020 r., postanowił – z naruszeniem zasady jednokrotnego wezwania i pod pozorem rzekomego wyjaśnienia wątpliwości - de facto wezwać powtórnie wykonawcę do uzupełnienia dowodów na fakt istnienia obiektywnych przyczyn niemożności pozyskania dowodów należytego wykonania dostaw.

Zamawiający poprosił o przesłanie innych dokumentów potwierdzających dostawy (np. protokołów odbioru) pomimo, że przystępujący w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. wyraźnie wskazał, że nie jest w posiadaniu innych dokumentów pochodzących od odbiorców. Zamawiający także zasugerował wykonawcy aby ten powołał się jeszcze na jakieś inne powody niezyskania dowodów, o których wykonawca w ogóle nie wspominał w piśmie z 8 kwietnia 2020 r., podając nawet przykład takich okoliczności. Wreszcie, pomimo, że przystępujący wyraźnie wskazywał, że w jego firmie nie jest praktykowane pozyskiwanie indywidualnych potwierdzeń prawidłowości wykonania dostawy, zamawiający zapytał czy aby wykonawca nie występował jednak o wydanie dokumentów referencyjnych. Biorąc pod uwagę zasadę jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp działanie zamawiającego należało uznać za niedopuszczalne. W konsekwencji przyznano rację odwołującemu, że zamawiający zobowiązany był ocenić spełnianie przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu już na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych do dnia 9 kwietnia 2020 r. g. 11.00 czyli do upływu terminu pierwszego wezwania do uzupełnienia dokumentów, wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp. W konsekwencji znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że niektóre dostawy wymienione przez przystępującego w wykazie dostaw nie zostały wykonane należycie. Na str. 13 odwołania odwołujący wskazał, że *W odniesieniu do dostawy wymienionej w wykazie dostaw w tabeli nr 1 pod poz. 2 (GVI NIGERIA LIMITED) zauważyć należy, że z przedłożonego przez Konsorcjum EESA-MFS dokumentu pt. „ZAMÓWIENIE ROBOCZE NR GVI/WO/17/19: DOSTAWA CZĘŚCI ZAMIENNYCH WOODWARD” wynika, że części zamienne będą odebrane przez przedstawiciela GVI NIGERIA LIMITED nie później niż w dniu 26 grudnia 2019 r., a w wykazie dostaw podano, że dostawa ta została zakończona dopiero 21 lutego 2020 r. Świadczy to o tym, że dostawa została zrealizowana nieterminowo, czyli nienależycie.*

Odwołujący podniósł także na str. 13 odwołania, że *w odniesieniu do dostawy wymienionej w wykazie dostaw w tabeli nr 2 pod poz. 1 (SIEMENS Energy, Inc.) zauważyć należy, że z informacji zawartej w kolumnie 1 wynika, że dostawa została zakończona w dniu 11 września 2019 r. Tymczasem z zamówienia (str. 2/4) złożonego przez ww. spółkę wynika, że dostawa miała być zrealizowana w dniu 22 grudnia 2018 r. („Data dostawy: 12/2112018”). Na potwierdzeniu zamówienia jako termin dostawy jest podany 28 marzec 2019 r. Faktury zostały wystawione w dniu 5 października 2018 r., jeszcze przed dostawą, ponieważ przewidywały płatność częściową 50% jeszcze przed wykonaniem zamówienia. Przyjmują nawet, że ostatecznie uzgodniono termin dostawy przypadający na 28 marca 2019 r., jak w potwierdzeniu zamówienia (który to dokument pochodzi przecież od MFS), to podanie w wykazie dostaw, że dostawa została zakończona w dniu 11 września 2019 r. świadczy o tym, że dostawa została zrealizowana nieterminowo, czyli nienależycie.*

Oceniając tak sformułowane zarzuty Izba stwierdziła, że nie zasługują one na uwzględnienie. Z faktu, że dostawy zgodnie z wykazem dostaw zostały ukończone później aniżeli wynikałoby to z dokumentów zamówienia, nie można jeszcze wyciągać wniosku, że dostawy z pewnością zostały zrealizowane nieterminowo czyli nienależycie. Przede wszystkim nie wiadomo, czy terminy dostaw pierwotnie wskazane w dokumentach zamówień nie zostały przez strony umowy zmienione. Po drugie zaś, nawet gdyby wystąpiły pewne przekroczenia czasowe to nie zawsze świadczą one o nienależyтым wykonaniu zamówienia, zwłaszcza w sytuacji gdy opóźnienie jest wynikiem okoliczności, za które dostawca nie odpowiada.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia faktu nienależytego wykonania spornych dostaw. Dostrzeżenia wymaga, że czym innym jest zarzut niewykazania należytego wykonania dostawy przez przystępującego w sposób

wymagany w SIWZ. Tak sformułowany zarzut dotyczy sfery formalnej, a mianowicie braku dokumentów, które by to potwierdzały. Czym innym jest natomiast zarzut, że dostawa została wykonana nienależycie. Sformułowanie takiego zarzutu nakłada na tego, kto go podnosi, obowiązek jego udowodnienia, a tego ciężaru odwołujący nie udźwignął. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi, że z *postępowania 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.*

W pierwszej kolejności odwołujący zarzucił, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd gdy przekazał w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. informację, że *„w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez Mechanical Field Support B.V. nie pozostaje powszechnie przyjętą praktyką występowanie indywidualne o potwierdzenie realizacji dostaw przez poszczególnych kontrahentów”*. Odwołujący uznał ww. twierdzenie za nieprawdziwe. Uzasadniając zarzut argumentował, że *w ramach działalności polegającej na dostawie części zamiennych do turbin gazowych normalną praktyką jest wystawianie referencji przez odbiorców dostaw*. Celem wykazania zasadności zarzutu odwołujący załączył do odwołania szereg referencji z okresu styczeń – luty 2020 r. wystawionych firmie Nuovo Pignone International srl. przez odbiorców wykonanych przez nią dostaw (por. załączniki do odwołania).

Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślenia wymagało, że, wbrew stanowisku odwołującego, przystępujący nie oświadczył, iż *„w ramach działalności polegającej na dostawie części zamiennych do turbin gazowych normalną praktyką nie jest wystawianie referencji przez odbiorców dostaw”*. Przystępujący w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. oświadczył jedynie, że to członek konsorcjum przystępującego - Mechanical Field Support powszechnie nie występuje o potwierdzenie realizacji dostaw do poszczególnych odbiorców. Na uwagę zasługuje fakt, że przystępujący nie wypowiadał się zatem o powszechnej i normalnej praktyce na rynku dostaw części zamiennych do turbin gazowych, ale o praktyce członka własnego konsorcjum. Wobec niezłożenia przez przystępującego oświadczenia, któremu odwołujący zarzucił niezgodność z rzeczywistością, zarzut musiał zostać oddalony.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł ponadto, że przystępujący miał wprowadzić zamawiającego w błąd twierdząc w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r., że *„biorąc*

pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną na świecie rzeczywiste pozyskanie właściwych odrębnych dokumentów referencyjnych okazało się zadaniem niewykonalnym". Celem wykazania zasadności zarzutu odwołujący ponownie powołał się na szereg referencji z okresu styczeń – luty 2020 r. wystawionych firmie Nuovo Pignone International srl. przez odbiorców wykonanych przez nią dostaw.

Podkreślenia wymagało, że przystępujący złożył kwestionowane oświadczenie 8 kwietnia 2020 r. i wypowiadał się w nim o „aktualnej” niemożliwości pozyskania dokumentów, a więc istniejącej w kwietniu 2020 r. Tymczasem dowody na możliwość pozyskania referencji, jakie odwołujący przedstawił na poparcie zarzutu, pochodziły z okresu stycznia i lutego 2020 r. Jeśli przystępujący rzeczywiście dopiero na początku kwietnia 2020 r. przystąpił do kompletowania referencji, choć dokumenty te powinien zdobyć przed 12 lutego 2020 r., to nie można z całą pewnością wykluczyć, że mając na uwadze ówczesny rozwój pandemii Covid-19 mógł napotkać pewne trudności w pozyskaniu odrębnych referencji. Po drugie zaś, jeśli odwołujący powołał się na art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, to oprócz nieprawdziwości oświadczenia powinien wykazać pozostałe przesłanki wypełniające dyspozycję tego przepisu, w tym celowość działania lub rażące niedbalstwo po stronie przystępującego przy przedstawianiu spornego oświadczenia. Okoliczności takich odwołujący również nie wykazał. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

W dalszej części odwołania odwołujący upatrywał naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w niewykluczeniu przystępującego z powodu złożenia przez tego wykonawcę w wykazie dostaw z 16 marca 2020 r. oświadczenia, że przedmiotem dostawy na rzecz Siemens Energy Inc była „dostawa dysz, dostawa części do wykonania serwisu dla turbiny gazowej LM 2500”. Odwołujący zarzucił, że w rzeczywistości przedmiotem dostawy były narzędzia służące do serwisowania turbiny, a nie części zamienne do turbiny. Celem wykazania zarzutu odwołujący powołał się jedynie na dokument zamówienia (str. 2/4) złożonego przez tę spółkę. Argumentował, że z dokumentu tego miało wynikać, iż przedmiotem dostawy były „Narzędzia - serwis dla LM2500 Level II” (w oryginalnej ang. wersji językowej: „Tools – Service for LM2500 Level II”). Powołał się także na dokument faktury wystawionej przez MFS na Siemens Energy, Inc. Wskazał, że wymienia ona, jako przedmiot dostawy, urządzenia, które ewidentnie służą do serwisu, nie stanowią części zamiennych. Tymi narzędziami są np. podnośniki, podpory .

Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił z całą pewnością, że przedmiotem spornej dostawy nie była „dostawa dysz, dostawa części do wykonania serwisu dla turbiny gazowej LM 2500”, tak jak to oświadczone w wykazie dostaw. Wzięto pod uwagę, że w dokumentach, jakie załączono do wykazu jako przedmiot dostawy wymienione zostały nie tylko podnośniki i podpory, ale też inne urządzenia typu popychacze, adaptory, ściągacze,

sprężarki, uchwyty itp. Na uwagę zasługiwał również fakt, że przystępujący wezwany do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r. oświadczył, że *iz zgodnie powszechnie przyjętą praktyką branżową to użytkownik turbozespołu indywidualnie planuje oraz decyduje o niezbędnym zakresie wymiany części zamiennych po określonym czasie eksploatacji danego urządzenia, określając jednocześnie zakres niezbędnych prac serwisowych do wykonania. Za celowe należy również zwróceniu uwagi, iż producenci turbin gazowych w tzw. instrukcjach O&M (Operation and Maintenance) określają kompletną listę wszystkich części zamiennych dla danego urządzenia. W rzeczywistości zakres wymiany po danym okresie eksploatacji jest w każdym przypadku uzależniona od rzeczywistego stanu technicznego danego turbozespołu. Ponadto podkreślenia wymaga, iż poszczególni producenci turbin gazowych (np. SIEMENS, General Electric) rekomendują odmienne zakresy części do wymiany po przebiegu m.in. 25 000 roboczogodzin pracy danego urządzenia. W konsekwencji typ turbiny, zalecenia producenta oraz uwarunkowania eksploatacyjne danego użytkownika determinują ostatecznie każdorazowo listę rekomendowanych do wymiany części zamiennych.*

Odwołujący nie wykazał, że elementy wymienione w fakturach nie mogą być uznane za dostawę części do wykonania serwisu dla turbiny gazowej KM 2500, tak jak oświadczone w wykazie dostaw. Nie udowodniono także, że urządzenia te nie mogą być zakwalifikowane jako „części zamienne przeznaczone do wykonania wszystkich planowanych czynności po 25 tysiącach rbh na turbinie gazowej,” tak jak to wymagano w warunku udziału w postępowaniu opisanym w pkt 6.1.2.3. SIWZ. Izba nie posiada także wiedzy specjalnej aby stwierdzić, że części wskazane w fakturach, zgodnie z instrukcjami dla danego urządzenia, nie stanowią kompletnej listy części zamiennych dla niego. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Zasadny okazał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu złożenia nieprawidłowego dokumentu wadium.

Art. 87 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.*

Jak wynikało z postanowienia pkt 10.1 SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wniesienia wadium. W pkt 10.2 SIWZ zamawiający dopuścił możliwość złożenia wadium m.in. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Z kolei, jak zastrzeżono w pkt 10.5 SIWZ, *W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze*

żądanie Zamawiającego (beneficjenta) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy – bez konieczności potwierdzenia tych okoliczności.

Celem wykazania obowiązku wniesienia wadium przystępujący złożył zamawiającemu wraz z ofertą ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG35/0735/20/0001 wystawioną przez Interisk TU S.A. Jak wynikało z treści gwarancji ubezpieczyciel w ust. 1, wskazał, że *działając na wniosek ENERGOTECHNIKA-ENERGOROZRUCH S.A. z siedzibą w 44-100 GLIWICE, przy ul. KOZIELSKA 18 (zwanego dalej "Zobowiązany") niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zapłatę kwoty 50.000,00 złotych (słownie złotych: pięćdziesiąt tysięcy 00/100) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami, tj.:*

- 1) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,*
- 2) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
- 3) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,*
- 4) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.*

Dostrzeżenia wymagało, że konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, iż wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę dla odrzucenia oferty, powinien dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów okręgowych, sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby,

treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. X Ga 189/13). Ponadto ustawa Pzp w 45 ust. 6 określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej.

Zdaniem Izby, z gwarancji musiała wynikać konieczność wypłaty przez ubezpieczyciela kwot wymienionych w gwarancji w sytuacjach, które zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium. Na powyższy obowiązek zwrócił uwagę zamawiający w pkt 10.5 SIWZ. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z przywołanymi przepisami zamawiający ma prawo zatrzymać wadium *wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z kolei w myśl art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:*

- 1) *odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
- 2) *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 3) *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.*

Nie ulegało również wątpliwości, że ww. wadium miało zabezpieczać ofertę wspólną złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energotechnika - Energorozruch S.A. w Gliwicach oraz Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia. Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17, *Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ZamPublU). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki*

ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty.

Kierując się przywołanymi wskazaniem Sądu Najwyższego Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią gwarancji „Zobowiązany” okazała się jedynie Energotechnika-Energorozruch S.A. w Gliwicach. Zobowiązany w rozumieniu gwarancji nie był natomiast żaden inny podmiot, w szczególności Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia. Analiza gwarancji prowadziła do wniosku, że – w kontekście zakresu odpowiedzialności gwaranta – mowa jest o przypadkach zatrzymania wadium, ale jedynie w odniesieniu do zaniechań i działań „Zobowiązanego”, czyli Energotechnika-Energorozruch S.A. w Gliwicach.

Dostrzeżenia wymagało, że w szczególności wątpliwości budziły sytuacje zatrzymania wadium, kiedy „Zobowiązany z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności z art. 25 ust. 1 Pzp, nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25 a ust. 1” (punkt 1 podpunkt 3 gwarancji) lub „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego” (punkt 1 podpunkt 4 gwarancji).

Podkreślenia wymagało, że oświadczenia z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany był złożyć nie tylko „Zobowiązany” czyli Energotechnika - Energorozruch S.A. ale także Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia. Zamawiający w pkt 8.4 SIWZ wskazał bowiem jednoznacznie, że *w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, należy złożyć odrębny JEDZ zawierający informacje wymagane w częściach II-IV dla każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie. W związku z powyższym sytuacja, w której Energotechnika - Energorozruch S.A. nie składa oświadczenia JEDZ z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp nie wyczerpuje wszystkich okoliczności w których zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W sytuacji, w której oświadczenia takiego nie złożyłby Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia, zamawiający także byłby uprawniony do zatrzymania wadium. W oparciu o sporną gwarancję nie byłby jednak w stanie zaspokoić swojego roszczenia, gdyż przesłanką wypłaty sumy gwarancyjnej jest jedynie niezłożenie dokumentu z art. 25a ust. 1*

ustawy Pzp przez „Zobowiązanego” czyli Energotechnika-Energorozruch S.A. i to z przyczyn leżących po jego stronie.

Tymczasem, z postanowienia ust. 4 spornej gwarancji wynikało, że warunkiem zapłaty przez gwaranta kwoty wadium było złożenie żądania wraz z oświadczeniem beneficjenta, że kwota roszczenia jest należna „w związku zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ust. 1”. Co więcej, w ust. 5 gwarancji sprecyzowano, iż żądanie zapłaty powinno m.in. „wskazywać przypadek określony w ust. 1 gwarancji, którego zaistnienie stanowiło przyczynę zatrzymania wadium”.

Zdaniem Izby, w razie niezłożenia przez Mechanical Field Support B.V. w Heteren, Holandia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający nie byłby uprawniony do złożenia oświadczenia, że kwota jest mu należna w związku z zaistnieniem przypadku opisanego w ust. 1 gwarancji. W ust. 1 spornej gwarancji wskazano bowiem, że wadium podlegać będzie zatrzymaniu w razie niezłożenia tego oświadczenia przez „zobowiązanego”, który w gwarancji został zdefiniowany jako Energotechnika-Energorozruch S.A. w Gliwicach.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w przywołanym wyżej wyroku w sytuacjach takich jak będąca przedmiotem rozstrzygnięcia, zamawiający miał obowiązek zbadać *dopuszczalność złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta*. Z treści gwarancji nie wynika, aby gwarant zdecydował się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji. Przeciwnie, w treści gwarancji akcentowane jest przejęcie odpowiedzialności wyłącznie za działania i zaniechania Energotechnika-Energorozruch S.A. Nie ma żadnego nawiązania do działań i zaniechań uczestnika konsorcjum przystępującego ani jakiegokolwiek wzmianki, że gwarant swoją świadomością obejmuje również odpowiedzialność za działania i zaniechania kogokolwiek innego niż Energotechnika-Energorozruch S.A. W gwarancji nie wspomniano przykładowo, że gwarant ponosi odpowiedzialność za „ewentualnego konsorcjanta zobowiązanego”, ani że gwarantowi jest wiadome, że ten będzie składał ofertę wspólną z jakimś podmiotem.

Tymczasem, jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, zamawiający w pkt 10.5 SIWZ wskazał także, że składana gwarancja powinna obejmować „jednoznaczne” zobowiązanie gwaranta do zapłaty wadium w razie wystąpienia jednej z lub więcej okoliczności z art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp „bez konieczności potwierdzania tych okoliczności”. W analizowanej sprawie we wskazanym wyżej przykładowo przypadku wyłącznie od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby jej przyjęcie do realizacji.

Podkreślić również należy, że udzielenie przez ubezpieczyciela gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością odpłatną. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy. Z kolei wynik tego badania przesądza o akceptacji gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest też ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, może być inne niż gdyby jego wystąpienie mogło być wynikiem działań lub zaniechań większej liczby podmiotów (tak. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 lutego 2019 roku sygn. akt XII Ga 555/18, co istotne, wydanego w sprawie, która była przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17).

W ślad za Sądem Najwyższym Izba przyjęła stanowisko co do kwestii solidarności zobowiązania współkonsorcjantów względem zamawiającego. Jednakże stwierdziła, że solidarność współkonsorcjantów względem zamawiającego nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Dostrzeżenia wymaga bowiem, co potwierdził również Sąd Najwyższy w przywołanym powyżej orzeczeniu, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie, zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Zatem nawet jeśli – jak w niniejszej sprawie – członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), która nie wpływa na treść stosunku gwarancji. Podkreślić należy również z całą mocą, że gwarant nie jest poręczycielem. W przeciwieństwie do poręczyciela, gwarant nie odpowiada za dług jako pomocniczy dłużnik. Zobowiązuje się jedynie do spełniania własnego, określonego, odrębnego i całkowicie niezależnego od długu świadczenia po spełnieniu określonych przesłanek, które mają charakter formalny.

Prawidłowość gwarancji nieobejmującej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że gwarancja wadium jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94) wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. W wyroku tym Sąd stwierdził, że *bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353¹ k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.)*. Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji. W doktrynie wskazuje się, że gwarant może bronić się względem beneficjenta zarzutami wynikającymi z treści gwarancji (M. Pyziak-Szafnicka. Gwarancja autonomiczna, 1994 nr 2, s.20, A. Szpunar, Zabezpieczenia osobiste wierzycelności, Sopot 1997, s. 173; G. Tracz, Umowa gwarancji, Kraków 1998, s. 261, Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania-część szczegółowa, Warszawa 2008, s. 273, T. Spyra, [w:] F. Zoll (red.) , Prawo bankowe. Komentarz, Tom I, Kraków 2005, s. 790, za Poręczenia i gwarancja bankowa, R. Trzaskowski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 283).

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu złożenia nieprawidłowego dokumentu wadium.

Za chybiony uznano natomiast zarzut niewykazania umocowania dla osoby, która w imieniu gwaranta podpisała gwarancję ubezpieczeniową. Przystępujący złożył wraz z ofertą ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG35/0735/20/0001 datowaną na 24 stycznia 2020 r. Gwarancja ta została podpisana w imieniu gwaranta, którym jest InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, przez E. B. O. działającą jako pełnomocnik. W treści gwarancji podano numer oraz datę udzielonego jej pełnomocnictwa (pełnomocnictwo nr BZA/47/22/01/2019 z dnia 22.01.2019 r.). Dokumentu pełnomocnictwa nie załączono jednak do oferty.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że pełnomocnictwo dla Elżbiety Ogińskiej powinno zostać złożone wraz z ofertą. Argumentował, że brak tego dokumentu winien skutkować odrzuceniem oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba wzięła pod uwagę, że w postanowieniach SIWZ zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku złożenia wraz z ofertą pełnomocnictwa dla osoby, która w imieniu gwaranta podpisała gwarancję ubezpieczeniową. Zamawiający w pkt 10.3 SIWZ wskazał jedynie, że *Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji winno zostać złożone poprzez Moduł Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG SA (wraz z ofertą), w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do wystawienia oryginału dokumentu wadium.*

Jak wynikało z przywołanego postanowienia, zamawiający wymagał jedynie, aby gwarancja została podpisana przez osoby upoważnione. Nie wymagał natomiast, aby dowód umocowania osoby został załączony do oferty. Należy odróżnić obowiązek złożenia gwarancji podpisanej przez osobę upoważnioną od formalnego wymogu złożenia dowodu upoważnienia do oferty. Wzięto także pod uwagę, że odwołujący nie wykazał, aby pani Elżbieta Ogińska nie była osobą umocowaną do dokonania spornej czynności w imieniu gwaranta. Nie przedstawił żadnych dowodów dla wykazania rzeczywistego braku umocowania pełnomocnika działającego w imieniu gwaranta. Natomiast dowód przeciwny przeprowadził zamawiający. Zamawiający załączył bowiem do odpowiedzi na odwołanie dokument pełnomocnictwa pani Elżbiety Ogińskiej nr BZA/47/22/01/2019 z dnia 22.01.2019r., o którym była mowa w gwarancji ubezpieczeniowej wraz z informacją z KRS ubezpieczyciela. Jak wynikało z tych dowodów, pani Elżbieta Ogińska w dacie podpisana gwarancji była upoważniona do dokonania czynności w imieniu ubezpieczyciela. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut okazał się chybiony.

Izba nie rozpoznała zarzutów opisanych w pkt II 5) – 10) odwołania. Odwołujący w odwołaniu wskazał, że są to zarzuty podnoszone jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Tym samym brak było konieczności rozpoznawania zarzutów sformułowanych przez odwołującego jako ewentualne.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter

merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 89 ust. 1 pkt 7b, art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów nie wykluczył wykonawcy, którego ofertę wybrano, jak również nie odrzucił tej oferty. W pozostałej części nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie w tym zakresie musiało podlegać oddaleniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba, wobec częściowego uwzględnienia odwołania, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.2.3 SIWZ, oraz odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści

uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie Izba uznała, że odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający. Pomimo niepotwierdzenia się wszystkich zarzutów odwołujący osiągnął w całości cel, jakim było wykluczenie przystępującego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku z pkt 6.1.2.3. SIWZ oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Zatem to zamawiającego obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz 5 ust. 4 w zw. 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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....