

Sygn. akt: KIO 1411/21

WYROK
z dnia 6 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez **wykonawcę SBB ENERGY S. A. z siedzibą w Opolu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Tauron Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SBB ENERGY S. A. z siedzibą w Opolu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SBB ENERGY S. A. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Zaprojektowanie i budowa w formule „pod klucz” gazowego kotła wodnego 140 MWt w ramach realizacji inwestycji pod nazwą: Budowa kotła gazowego o mocy 140 MWt w ZW Katowice dla potrzeb rynku ciepła”*, nr postępowania: 2020/TC/TC/01752/L. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 listopada 2020 r., za numerem 2020/S 217-533245.

W dniu 10 maja 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca SBB ENERGY S. A. z siedzibą w Opolu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Przystępujący Mostostal, poprzez uznanie, że Wykonawca ten spełnia przewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla postępowania warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu;

2) wyborze przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Mostostal, pomimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i wprowadził Zamawiającego w błąd, co do faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji winno stanowić podstawę jego wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 3 ustawy pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Mostostal, pomimo tego, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mostostal pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie w zakresie wcześniej realizowanych projektów);

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mostostal z postępowania, pomimo że Mostostal przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie w zakresie wcześniej realizowanych projektów), co miało istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Mostostal i braku wykluczenia Mostostal z postępowania oraz wybór oferty tego wykonawcy, ewentualnie na wypadek nieuznania zarzutu oznaczonego numerem 3:

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mostostal z postępowania, pomimo że Mostostal przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie w zakresie wcześniej realizowanych projektów), co miało istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. na ocenę spełnienia przez Mostostal warunków udziału w postępowaniu i braku wykluczenia Mostostal z postępowania oraz wybór oferty tego wykonawcy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty Mostostal jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty złożonej przez Mostostal;
- 3) wykluczenie Mostostal z postępowania;
- 4) odrzucenie oferty Mostostal.

Odwołujący uzasadniając zarzuty nr 1 i 2 odwołania wskazał na pkt 3.1.1.3.1 SIWZ dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Dla wykazania tej zdolności wykonawca Mostostal posłużył się referencjami udostępnianymi przez podmiot trzeci, firmę Bono Energia S.p.A. Jako projekt referencyjny wykonawca Mostostal (opierający się na doświadczeniu podmiotu Bono Energia S.p.A.) wskazał prace przy realizacji inwestycji o nazwie Kogeneracja Lamarmora w Ciepłowni Brescia. Odwołujący podniósł, że zakres doświadczenia firmy Bono Energia S.p.A. nie pokrywa się z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Zamawiający precyzyjnie wskazał, co rozumie pod pojęciem wymaganego doświadczenia, w szczególności wskazując, jak rozumie pojęcie budowy. Tymczasem wskazane jako projekt referencyjny prace firmy Bono Energia S.p.A. przy projekcie Kogeneracja Lamarmora w Ciepłowni Brescia obejmowały jedynie - co wskazuje treść referencji - zaprojektowanie, wyprodukowanie, dostawę, budowę i

uruchomienie 3 szt. kotłów wodnorurowych, wodnych o mocy wyjściowej 80 MW każdy. Żadna z powyższych prac stanowiących przedmiot referencyjnego zamówienia nie stanowiła robót budowlanych w rozumieniu wskazanym w SIWZ. Dostawa kotłów nie jest równoznaczna z wykonaniem prac budowlanych / budowy, tak, jak definiuje je SIWZ. Dodatkowo w ostatnim zdaniu referencji, jej wystawca czyli firma A2A – Calore & Servizi, podkreśla, że Bono Energia S.p.A. generalnie projektuje, prefabrykuje i dostarcza produkty. W ocenie oraz według wiedzy rynkowej Odwołującego, jako aktywnego i doświadczonego uczestnika rynku usług dla energetyki, firma Bono Energia S.p.A., podobnie jak inni producenci tego typu urządzeń, nie świadczy usług wykonania robót budowlanych (w szczególności w znaczeniu nadanym mu w SIWZ), a jedynie skupia się na projekcie, dostawie i montażu swoich urządzeń tj. kotłów. Kwestia ta wzbudziła również pewne wątpliwości Zamawiającego, o czym świadczy skierowane do Mostostal wezwanie z dnia 24 lutego 2021 r. Mostostal nie wykazał zatem, że posiada wymagane doświadczenie w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Nie można zatem uznać, że Mostostal spełnia wymagania SIWZ w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wybór oferty Mostostal w takich okolicznościach nastąpił zatem z naruszeniem przepisów ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z dnia 11 lutego 2021 roku, sygn. akt: KIO 36/21. Wobec tego w ocenie Odwołującego wykonawca Mostostal powinien zostać z postępowania wykluczony. Powołał się na wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 roku, sygn. akt: KIO 1229/20.

W zakresie zarzutu nr 3 oraz zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł, że wykonawca Mostostal przedstawił nieprawdziwe informacje co do zakresu doświadczenia w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej, zdobytego w kontrakcie realizowanym dla A2A – Calore & Servizi. Wbrew oświadczeniu złożonemu przez Mostostal, doświadczenie to nie obejmowało budowy w rozumieniu SIWZ. Jednocześnie nie ulega wątpliwości że w ten sposób przedstawiając powyższe informacje, Mostostal wpłynął na decyzje Zamawiającego. Złożone przez niego nieprawdziwe informacje doprowadziły bowiem do „zakwalifikowania” Mostostal do postępowania i wyboru jego oferty. Podając nieprawdziwe i wprowadzające Zamawiającego w błąd informacje co do spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu, Mostostal działał, jeśli nie w sposób zamierzony, to co najmniej z rażącym niedbalstwem. Toteż wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu z postępowania w oparciu o treść art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego czynnościami Mostostal informującego o niepotwierdzonym fakcie zdobycia wymaganego w SIWZ doświadczenia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, można przypisać cechy

zamierzonego działania, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Tymczasem w takiej sytuacji przywołany wyżej przepis ustawy pzp obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przepis art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy pzp dotyczy właśnie sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności, a takie wprowadzanie w błąd przybiera formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 1014/19). Taki charakter miały z pewnością oświadczenia Mostostal w zakresie zgłaszanego doświadczenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się nadto, że „istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1070/19). Nieprawdziwe informacje wskazane w oświadczeniu Mostostal dotyczyły właśnie wyłącznie kwestii wykazania przez Mostostal spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem informacji kluczowej dla kwalifikacji podmiotowej Mostostal w tym postępowaniu. Powołał się na wyrok KIO z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 100/19. W przedmiotowym przypadku jest oczywistym, że Zamawiający – na skutek podania nieprawdziwych informacji o doświadczeniu udostępniającego zasoby podmiotu trzeciego - nabrał mylnego wyobrażenia o spełnieniu warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej przez Mostostal. Na podstawie tego mylnego wyobrażenia doszło następnie do wyboru oferty Mostostal. Odwołujący wskazał, że za informacje wprowadzające w błąd zamawiającego uważa się takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są więc to informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1259/20. Nawet gdyby jednak przyjąć brak winy Mostostal Odwołujący z ostrożności wskazał, że w takiej sytuacji materializuje się obowiązek wykluczenia wykonawcy Mostostal z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z dnia

12 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2045/20 oraz z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3276/20, z dnia 31 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1267/20, z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 993/20.

W dniu 30 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 6 listopada 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r., t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Przystępującego i Odwołującego na posiedzeniu i rozprawie.

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

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl pkt 2.10 SIWZ: *„Informacja o stosowaniu procedury odwróconej. Zamawiający skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 24aa ust. 1 PZP, tj. dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w Postępowaniu.”*

Zgodnie z pkt 3.1.1.3.1 SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

„Wykonawca musi wykazać, że wykonał terminowo i należyście w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie, obejmujące zaprojektowanie i budowę kotła gazowego lub gazowo-olejowego o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt.

Pod pojęciem „budowa” Zamawiający rozumie wyłącznie wykonanie w całości oraz od podstaw, w jednym określonym miejscu, kotła rozumianego jako złożony obiekt techniczny (obiekt energetyczny), na który składają się łącznie:

(1) kocioł jako urządzenie do produkcji gorącej wody lub pary, przy wykorzystaniu spalania oraz wszystkie instalacje towarzyszące lub dodatkowe niezbędne do funkcjonowania tego kotła zgodnie z Wymogami Prawnymi oraz

(2) budynki w rozumieniu Prawa Budowlanego, budowle w rozumieniu Prawa Budowlanego i urządzenia budowlane w rozumieniu Prawa Budowlanego, w których kocioł się znajduje lub które są niezbędne do funkcjonowania tego kotła zgodnie z Wymogami Prawnymi oraz

(3) niezbędne prace ziemne i terenowe niezbędne do przygotowania gruntu pod wykonanie urządzeń i budowli wskazanych w pkt (1) i (2), zakończone przekazaniem kotła do użytkowania.

Na potrzeby Postępowania Zamawiający nie uznaje za "budowę", przebudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego, rozbudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego, nadbudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego, odbudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego a także, modernizacji (jakiegokolwiek unowocześnienia, ulepszenia, polepszenia parametrów) istniejącego kotła w znaczeniu nadanym niniejszym pkt 3.1.1.3.1, oraz remontu w rozumieniu Prawa Budowlanego itp."

Zgodnie z pkt 3.3.1. lit. d) SIWZ: „W celu wstępnego potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu, określone w punkcie 3.1.1. SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia właściwych punktów w Części IV JEDZ. Wykonawca jest zobowiązany do podania informacji niezbędnych do weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu."

W myśl pkt 3.4.1.2. SIWZ: „W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP, Wykonawca powinien przedłożyć następujące dokumenty/oświadczenia: 3.4.1.2. wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty."

Przystępujący Mostostal złożył wraz z ofertą JEDZ podmiotu trzeciego BONO ENERGIA S.p.A. wraz z tłumaczeniem, w którym w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazał: „Projekt, dostawa, transport, budowa i uruchomienie 3 kotłów wodnych przegrzanych typu wodnorurowego, zasilanych gazem ziemnym, o mocy 80 MW każdy dla

elektrociepłowni A2A Lamarmora w Brescii. Wytworzone ciepło jest wykorzystywane w celu zaspokojenia zapotrzebowania na ciepło dla miejskiego systemu ciepłowniczego Brescia; 14.03.2014 - 11.12.2015; A2A Calore & Servizi – Lamarmora Brescia – Włochy.”

Ponadto złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego Bono Energia S.p.A. wraz z tłumaczeniem m.in. o następującej treści: *„na podstawie art. 22a ust. 1 Ustawy PZP, OŚWIADCZAMY, iż zobowiązujemy się do oddania Wykonawcy, tj. Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 12A, występujący samodzielnie lub w konsorcjum (dalej „Wykonawca”), do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby realizacji przedmiotowego Zamówienia w zakresie: Zdolność techniczna lub zawodowa, wiedza i doświadczenie w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, tj. wykonanie terminowo i należyście w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jedno zamówienie, obejmujące zaprojektowanie i budowę kotła gazowego lub gazowo-olejowego o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt, udział w realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej pomiędzy Wykonawcą a podmiotem trzecim - zaprojektowanie, wytworzenie, dostawa kotła wodnego 140MWt opalanego gazem ziemnym.”*

Pismem z dnia 24 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów wskazując m.in.: *„Zgodnie z punktem 3.3.1. podpunkt d) SIWZ, w celu wstępnego potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu, określone w punkcie 3.1.1. SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia właściwych punktów w Części IV JEDZ. Wykonawca jest zobowiązany do podania informacji niezbędnych do weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zwraca się o uzupełnienie dokumentów wykazujących, że zamówienie ujęte w JEDZ złożonym przez firmę BONO ENERGIA S.p.A, obejmowało pełen zakres wymagany dla budowy zgodnie z podpunktami (1), (2) i (3) określonymi w punkcie 3.1.1.3.1 SIWZ. Złożone dokumenty nie zawierają informacji co do zrealizowanego zakresu robót budowlanych. Ponadto, w dokumencie Zobowiązanie do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w trakcie realizacji Zamówienia jest wskazany następujący zakres udziału firmy BONO ENERGIA S.p.A, w realizacji zamówienia: „na podstawie umowy podwykonawczej pomiędzy Wykonawcą a podmiotem trzecim - zaprojektowanie, wytworzenie, dostawa kotła wodnego 140MWt opalanego gazem ziemnym”. Jednocześnie, w treści zobowiązania jest zawarta informacja, że zasoby są udostępniane na cały okres realizacji zamówienia/umowy. Zamawiający zwraca się o złożenie dokumentów określających zakres zaangażowania podmiotu trzeciego na poszczególnych etapach*

realizacji robót budowlanych. Przekazane dokumenty powinny określać precyzyjnie sposób, w jaki potencjał firmy BONO ENERGIA S.p.A. zostanie udostępniony i wykorzystany przez Wykonawcę na potrzeby realizacji zamówienia w okresie następującym po dostawie kotła gazowego o mocy 140 MWt na teren ZW Katowice. Jeżeli podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub zakres udostępnienia zasobów nie odpowiada warunkom określonym w art. 22a ust. 4 PZP, na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 PZP Zamawiający wzywa do: zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie się Państwa firmy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia i wykazanie spełnianie warunku określonego w 3.1.1.3.1 SIWZ.”

W odpowiedzi Przystępujący Mostostal złożył dokument JEDZ BONO ENERGIA S.p.A., w którym w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazał m.in.: „Przedsięwzięcie budowlane obejmujące projekt, dostawę, transport, budowę (roboty ziemne, przygotowanie terenu pod wzniesienie budynków oraz budowę urządzeń, wzniesienie budynków, innych urządzeń budowlanych związanych z kotłami i urządzeniami towarzyszącymi, wykonawstwo kotłów) i uruchomienie i przekazanie do eksploatacji 3 kotłów wodnych przegrzanych typu wodnorurowego, zasilanych gazem ziemnym, o mocy 80 MW każdy dla elektrociepłowni A2A Lamarmora w Brescii. Wytworzone ciepło jest wykorzystywane w celu zaspokojenia zapotrzebowania na ciepło dla miejskiego systemu ciepłowniczego Brescia.”

Złożył również zobowiązanie podmiotu trzeciego BONO ENERGIA S.p.A. o następującej treści: „na podstawie art. 22a ust. 1 Ustawy PZP, OŚWIADCZAMY, iż zobowiązujemy się do oddania Wykonawcy, tj. Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 12A, występujący samodzielnie lub w konsorcjum (dalej „Wykonawca”), do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby realizacji przedmiotowego Zamówienia w zakresie: wiedza i doświadczenie w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, tj. wykonanie terminowo i należyście w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jedno zamówienie, obejmujące zaprojektowanie i budowę kotła gazowego lub gazowo-olejowego o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40MWt, udział w realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej pomiędzy Wykonawcą a podmiotem trzecim - wykonywanie prac w zakresie rzeczowym odpowiadającym przekazywanemu doświadczeniu, tj. zaprojektowanie, wytworzenie, dostawa, prace budowlano- montażowe, szkolenie personelu Zamawiającego, rozruch urządzeń, ruch próbnny wraz z próbą 72 godzinnej bezusterkowej pracy, przekazanie części zamiennych oraz przekazanie do eksploatacji dla budowy kotła wodnego 140MWt opalanego gazem ziemnym oraz budynku,

którym kocioł się będzie znajdować oraz dot. innych obiektów budowlanych związanych z kotłem i urządzeniami towarzyszącymi.”

Pismem z dnia 10 marca 2021 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp wezwał Przystępującego Mostostal do złożenia m.in.: *„wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.”*

W odpowiedzi Przystępujący Mostostal złożył wykaz robót budowlanych o następującej treści: *„Przedsięwzięcie budowlane obejmujące projekt, dostawę, transport, budowę (roboty ziemne, przygotowanie terenu pod wzniesienie budynków oraz budowę urządzeń, wzniesienie budynków, innych urządzeń budowlanych związanych z kotłami i urządzeniami towarzyszącymi, wykonawstwo kotłów) i uruchomienie i przekazanie do eksploatacji 3 kotłów wodnych przegrzanych typu wodnorurowego, ok. 17.000.000 Euro, 14.03.2014 - 11.12.2015, Włochy, A2A Calore & Servizi – Lamarmora Brescia – Włochy.”*

Złożył również referencje podmiotu trzeciego BONO ENERGIA S.p.A. wraz z tłumaczeniem o następującej treści: *„Na prośbę firmy Bono Energia S.p.A., dotyczącą wystawienia referencji do przetargu publicznego w Polsce, dotyczącego dostaw ich produktów na potrzeby ciepłownictwa, w niniejszym liście, my A2A – Calore & Servizi (Włochy) mamy zaszczyt potwierdzić o wykonaniu dla naszej firmy przez Bono Energia S.p.A. w systemie “Pod Klucz” inwestycji o nazwie Kogeneracja Lamarmora w Ciepłowni Brescia. W opinii A2A Bono Energia to sprawdzony i kwalifikowany wykonawca, który wygrał w 2014 przetarg na zaprojektowanie, wyprodukowanie, dostawę, budowę i uruchomienie 3 szt. kotłów wodnorurowych, wodnych o mocy wyjściowej 80 MW każdy. Ku naszemu zadowoleniu projekt ukończono w terminie, a trzecią jednostkę oddano do eksploatacji w sezonie grzewczym 2016-2017. Zdecydowaliśmy się na wybór Bono Energia ze względu na posiadane przez tą firmę kwalifikacje projektowe, które w pełni spełniły wymagania procesowe naszego zakładu. Zaufanie to rezultat naszej ciągłej współpracy zarówno przy*

nowych projektach, jak i modernizacji/unowocześnianiu istniejącego zakładu. Trzy jednostki pracują bez zastrzeżeń w całym zakresie mocy. Naszym zdaniem Bono Energia to jeden z naszych niezawodnych wykonawców, który potrafi zaprojektować, wykonać, dostarczyć dobrej jakości urządzenia oraz zapewnić niezbędne wsparcie specjalistów.”

Przystępujący Mostostal złożył również wypis z rejestru spółek BONO ENERGIA S.p.A. zaświadczenie wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika m.in. następujący przedmiot działalności: *„(...) w szczególności może projektować, budować i sprzedawać: - generatory ciepła (kotły) (...)”* Tłumaczone z: *„IN PARTICOLARE ESSA PU PROGETTARE, COSTRUIRE E VENDERE: ~ GENERATORI DI CALORE (CALDAIE).”*

Z dowodów złożonych przez Odwołującego wynika:

Z ogłoszenia o zamówieniu referencyjnej inwestycji przetłumaczonego przez Pełnomocnika Odwołującego wynika: *„pkt II.1.2. Rodzaj umowy, lokalizacja prac, miejsce dostawy lub wykonania: Dostawy, Zakupy, NUTS code ITC47 Brescia; pkt II.1.5) Krótki opis umowy lub przedmiotu(ów) zakupu: Dostawa 3 nowych kotłów wodnorurkowych z przegrzaną wodą, o mocy około 80 MW każdy, opalanych gazem ziemnym, o bardzo wysokiej sprawności i bardzo niskiej emisji NOx, do pracy w cyklu dobowym. Jest to kontrakt „pod klucz”, obejmujący projekt, dostawę materiałów, produkcję i konstrukcję, transport, montaż i uruchomienie. Uwzględniono wszystkie urządzenia pomocnicze, takie jak wentylatory, pompy wody kotłowej, rampy metanowe, palniki, kanały dymowe na stojakach aż do istniejących kominów, wymienniki ciepła, systemy przeciwpożarowe, a także wszystkie rurociągi. Obejmuje on również całe oprzyrządowanie, PLC, BMS, MCC, oświetlenie, jak również wszystkie kable.”*

W części *„produkcję i konstrukcję”* tłumaczone z: *„fabbricazione e costruzione.”*

Z opinii prof. Avv. L. G. S. wraz z tłumaczeniem Pełnomocnika Odwołującego wynika: *„Zostaliśmy wezwani do przedłożenia opinii prawnej na temat materiałów przekazanych przez spółkę Bono Energia S.p.A. w postępowaniu zamówienia publicznego dotyczącego „Zaprojektowania i budowy w formule „pod klucz” gazowego kotła wodnego 140 MWt w ramach inwestycji pod nazwą: Budowa kotła gazowego o mocy 140 MWt w Katowicach dla potrzeb rynku ciepła” („Postępowanie”). Zgodnie z przedstawionymi nam oświadczeniami, jeden z warunków udziału wykonawców w projekcie został określony w dokumentacji przetargowej w następujący sposób: Wykonawca musi wykazać, że wykonał terminowo i należycie w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie,*

obejmujące zaprojektowanie i budowę kotła gazowego lub gazowo-olejowego o mocy znamionowej nie mniejszej niż 40 MWt. Pod pojęciem „budowa” Zamawiający rozumie wyłącznie wykonanie w całości oraz od podstaw, w jednym określonym miejscu, kotła rozumianego jako złożony obiekt techniczny (obiekt energetyczny), na który składają się łącznie: (1) kocioł jako urządzenie do produkcji gorącej wody lub pary, przy wykorzystaniu spalania oraz wszystkie instalacje towarzyszące lub dodatkowe niezbędne do funkcjonowania tego kotła zgodnie z Wymogami Prawnymi oraz (2) budynki w rozumieniu Prawa Budowlanego, budowle w rozumieniu Prawa Budowlanego i urządzenia budowlane w rozumieniu Prawa Budowlanego, w których kocioł się znajduje lub które są niezbędne do funkcjonowania tego kotła zgodnie z Wymogami Prawnymi oraz (3) niezbędne prace ziemne i terenowe niezbędne do przygotowania gruntu pod wykonanie urządzeń i budowli wskazanych w pkt (1) i (2), zakończone przekazaniem kotła do użytkowania. Na potrzeby Postępowania Zamawiający nie uznaje za „budowę”, przebudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego, rozbudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego, nadbudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego, odbudowy w rozumieniu Prawa Budowlanego a także, modernizacji (jakiegokolwiek unowocześnienia, ulepszenia, polepszenia parametrów) istniejącego kotła w znaczeniu nadanym niniejszym pkt 3.1.1.3.1, oraz remontu w rozumieniu Prawa Budowlanego itp. Na dowód potwierdzenia spełnienia powyższego warunku posłużono się referencjami dostarczonymi przez spółkę Bono Energia S.p.A. Referencje te dotyczą prac wykonanych przez spółkę Bono Energia S.p.A. przy projekcie kogeneracyjnym Lamarmora w Ciepłowni Brescia. Przeanalizowaliśmy dokumentację przetargową dotyczącą niniejszego projektu referencyjnego, udostępnioną przez Dziennik Urzędowy Republiki Włoskiej Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. [papier firmowy Lgpa Avvocato]. Z dokumentacji tej wynika, że prace wykonane przez Bono Energia S.p.A. były następujące: Dostawa 3 nowych kotłów wodnorurkowych z przegrzaną wodą, o mocy około 80 MW każdy, opalanych gazem ziemnym, o bardzo wysokiej sprawności i bardzo niskiej emisji NOx, do pracy w cyklu dobowym. Jest to kontrakt „pod klucz”, obejmujący projekt, dostawę materiałów, produkcję i konstrukcję, transport, montaż i uruchomienie. Uwzględniono wszystkie urządzenia pomocnicze, takie jak wentylatory, pompy wody kotłowej, rampy metanowe, palniki, kanały dymowe na stojakach aż do istniejących kominów, wymienniki ciepła, systemy przeciwpożarowe, a także wszystkie rurociągi. Obejmuje on również całe oprzyrządowanie, PLC, BMS, MCC, oświetlenie, jak również wszystkie kable. Nawet jeżeli nie mieliśmy szansy na przeprowadzenie szczegółowej analizy całości dokumentacji przetargowej (ze względu na fakt, iż niniejsze postępowanie toczy się od 2012 roku, a wszystkie wyżej wymienione

dokumenty są publicznie dostępne), możemy wskazać, co następuje: zgodnie z wyżej wymienionym opisem prace wykonane przez spółkę Bono Energia zdają się obejmować jedynie dostawę i budowę kotła, jednak nie uwzględniają robót budowlanych; (2) dosłowne rozumienie słowa „costruzione” sugeruje, że w języku włoskim ma ono zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do budowy samego kotła, a nie do robót budowlanych związanych z konstrukcją, w której kocioł ma być umieszczony. W konsekwencji można zatem stwierdzić, że zgodnie z dostępnymi dokumentami, które udało nam się zbadać, dokumentacja związana z projektem referencyjnym Bona Energia, zdaje się nie uwzględniać robót budowlanych.”

Z dowodów złożonych przez Przystępującego wynika:

Z listy dokumentów sporządzonych przez BONO ENERGIA w dniu 28 marca 2017 r. dla referencyjnego zamówienia wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego języka włoskiego wynika, że w liście tej znalazły się m.in. następujące dokumenty: „plan generalny – Fundamenty”, „plany i przekroje projektu budowlanego, wykonawczego estakad zewnętrznych”, „Raporty wykonawcze projektu budowlanego stelaży zewnętrznych”, „Schody i przejścia. Elementy konstrukcyjne.” „Konstrukcja wsparcia rurociągu – obliczenia konstrukcyjne – kocioł 1, 2 i 3”.

Ze sprawozdania z prac związanych z instalacją wiązek konwekcyjnych projekt kotłów do systemów ciepłowniczych CTH 80MW, Instalacja A2A-BRESCIA Centrala ciepłownicza Lamarmora sporządzonego przez BONO ENERGIA dla referencyjnego zamówienia wynika: *„Niniejsze sprawozdanie ma na celu opisanie rozwiązań alternatywnych oraz działań, które należy podjąć w celu umieszczenia trzech wiązek konwekcyjnych generatorów wody podgrzewanej dla systemów ciepłowniczych, w instalacji zlokalizowanej w miejscowości Lamarmora (Brescia), będącej własnością spółki A2A Calore e Servizi w docelowej pozycji (patrz: dokument CLAM-NCS-E-BON-G-DS-001-R1-Layout1400812BB1). Cel transportu został przedstawiony jako podstawa generatora i wiązki konwekcyjnej, jak pokazano na poniższym rysunku. Poniżej zostaną przedstawione dwa odmienne założenia, opracowane we współpracy z ekspertami w dziedzinie transportu, po uprzednich oględzinach instalacji. 2. ZAŁOŻENIE DOTYCZĄCE POZYCJI NR 1. To założenie uwzględnia wejście generatora od strony południowej instalacji (Strefa 1), bezpośrednio po stronie parkingu przy ulicy via della Ziziola. Aby umożliwić wejście wiązki, konieczne będzie czasowe usunięcie betonowych paneli stanowiących ogrodzenie. Panele należy ponownie zainstalować po umieszczeniu wszystkich trzech wiązek na właściwej pozycji (na poniższym rysunku przedstawiono Strefę*

1). Zespół pojazdów będzie się poruszał wzdłuż placu, na którym na chwilę obecna składowane są rury. Dojedzie do strefy oznaczonej cyfrą 2, gdzie aktualnie znajduje się metalowa siatka (siatkę należy usunąć w chwili przejścia wiązek konwekcyjnych). Aby umożliwić transport, niektóre rury składowane dzisiaj w tej strefie należy usunąć i zmagazynować w strefie przylegającej (Strefie 2). Następnie zespół pojazdów przejedzie drogą dojazdową do placu budowy. (Strefa 3) i wykona manewr pozwalający na wjazd na plac (na rysunku ta strefa została oznaczona przerywaną linią), znajdujący na niższej wysokości (o około 6 m) w stosunku do strefy dojazdowej. Droga dojazdowa do placu budowy składa się z pomostu/rampy na ustabilizowanym terenie o nachyleniu wynoszącym ok. 20%. Aby ułatwić wjazd pojazdów, pomost zostanie ustawiony w linii prostej (w taki sposób, by wyeliminować nierówności i wszelkie nagłe zmiany nachylenia), tuż u szczytu — jednocześnie umożliwiając zjazd środków transportu. Poniżej zostały przedstawione działania, które należy podjąć, w celu umożliwienia wjazdu zespołowi pojazdów na teren budowy. Po umieszczeniu kotła na wysokości terenu budowy, przystąpi się do jego ustawiania poprzez podnoszenie przy użyciu żurawia samochodowego. Pozycja żurawia samochodowego została przedstawiona na następnym rysunku. Po umieszczeniu kotła na wysokości terenu budowy, przystąpi się do jego ustawiania poprzez podnoszenie przy użyciu żurawia samochodowego. Pozycja żurawia samochodowego została przedstawiona na następnym rysunku. ZAŁOŻENIE DOTYCZĄCE POZYCJI NR 2 To założenie uwzględnia wejście kotła od ulicy via della Ziziola (Strefa 1 na poniższym rysunku) oraz jego przejazd drogą znajdującą się na południe od terenu budowy (Strefa 2). Przy użyciu wózka na pozycji oraz żurawia samochodowego na terenie budowy (-6 m) wykonuje się przerzucenie wiązek na pozycję. Aby ustawić w pozycji wiązkę kotła 1, konieczne będą 3 lub więcej pociągnięć, ponieważ odległość od środka obrotnicy żurawia samochodowego oraz wiązki konwekcyjnej generatora nie umożliwi umieszczenia w jednym rzucie. Poniżej opisano poszczególne fazy pracy ze wskazaniem punktów krytycznych. 4. WNIOSKI Po przeprowadzeniu szeregu oględzin przez techników delegowanych przez liczne firmy transportowe, wyłoniono dwa powyżej opisane rozwiązania, aktualnie podlegające szczegółowej kontroli, przed ostatecznym potwierdzeniem. Założenie transportowe nr 1 z pewnością jest najłatwiejsze. Podejmowane czynności (opisane powyżej), umożliwiające wjazd, manewrowanie oraz wyjazd zespołu pojazdów z terenu budowy wydają się być średnio skomplikowane. Najważniejszą z nich jest ustawienie w linii prostej rampy dojazdowej, umożliwiającej wyeliminowanie nierówności terenu. Szczegóły czynności należy ustalić z firmą, która będzie wykonywała usługę transportową i ustawiania. W przypadku tego założenia, działania

realizowane przy użyciu żurawia samochodowego są ograniczone, a w konsekwencji, skraca się czas niezbędny do zakończenia prac. Założenie transportowe nr 2 wymaga większego nakładu pracy z punktu widzenia czynności związanych z podnoszeniem. W tym przypadku, do ustawienia wiązki kotła 1 konieczne będą 3 lub więcej pociągnięć — okoliczność ta zwiększa złożoność i ilość czasu niezbędnego do zakończenia prac.”

Ze zdjęć terenu budowy wynika, że teren ten nie posiadał na moment sporządzenia sprawozdania fundamentów, brak jakichkolwiek elementów konstrukcyjnych na terenie gdzie miały zostać zamontowane kotły.

Z dokumentacji zdjęciowej – pogłądowej – (5 zdjęć) wynika widok całej gotowej instalacji wraz z kotłami, widoczna jest płyta oraz budynki połączone z kotłami.

Artykuł 7 ust. 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”*

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy pzp: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; 16) 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; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”*

Na wstępie wskazania wymaga, że Odwołujący zarzucił niespełnienie przez Przystępującego Mostostal warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp), wykazanego zamówieniem wykonanym przez spółkę BONO ENERGIA, podmiot trzeci Przystępującego. Zarzut odwołania opierał się na twierdzeniu, że z referencji nie można wywieść spełnienia warunku dotyczącego budowy w rozumieniu nadanym przez Zamawiającego w treści SIWZ. Z argumentacją podniesioną przez Odwołującego nie sposób się zgodzić z kilku powodów.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że spółka BONO w dokumencie JEDZ złożonym na wezwanie Zamawiającego oświadczyła, że referencyjne zamówienie obejmowało również: *„budowę (roboty ziemne, przygotowanie terenu pod wzniesienie budynków oraz budowę urządzeń, wzniesienie budynków, innych urządzeń budowlanych związanych z kotłami i urządzeniami towarzyszącymi, wykonawstwo kotłów) i uruchomienie i przekazanie do eksploatacji 3 kotłów”*. Podobne oświadczenie zostało złożone przez Przystępującego w wykazie robót budowlanych. Odwołujący podważył jednak treść referencji w zakresie w jakim nie wynikało z nich wykonanie ww. prac przez spółkę BONO, a argumentacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu oparta została na stwierdzeniu zawartym w referencji, że: *„Bono Energia to jeden z naszych niezawodnych wykonawców, który potrafi zaprojektować, wykonać, dostarczyć dobrej jakości urządzenia oraz zapewnić niezbędne wsparcie specjalistów”*. Nie ulega wątpliwości, że w treści warunku Zamawiający postawił wymaganie, aby w ramach referencyjnego zamówienia zostały wykonane poza samym kotłem wraz z instalacjami, także budynki i budowle niezbędne do prawidłowego funkcjonowania kotła i jego uruchomienia oraz prace terenowe i ziemne umożliwiające osadzenie kotła. Analizując treść złożonych oświadczeń w dokumencie JEDZ, wykazie robót oraz referencji rozpatrywanych łącznie należy dojść do wniosku, że Przystępujący warunek udziału w postępowaniu spełnił. Z referencji wynika, że dotyczą one zamówienia wskazanego w wykazie, a także potwierdzają należyłą jego realizację. Natomiast z oświadczeń podmiotu trzeciego, jak i Przystępującego Mostostal wynika wykonanie budowy w rozumieniu nadanym przez Zamawiającego w SIWZ. Wywodzenie przez Odwołującego niespełnienia warunku wyłącznie z treści samej referencji jest błędne i nie znajduje uzasadnienia w ustawie pzp oraz w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282). W par. 2 ust. 4 ww. Rozporządzenia wskazano: *„4. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 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 rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa*

budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.” Z powyższego wynika, że oświadczenie o spełnieniu warunków musi zostać złożone w wykazie robót natomiast dowody mają wyłącznie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia podanego wykazie wraz z elementami, które pozwolą na identyfikację realizacji tak aby oba dokumenty były ze sobą spójne. Ponadto dowody, w tym referencje są wystawiane przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a zatem nie uprawnionym jest stawianie wymagania aby w swojej treści idealnie odzwierciedlały wypełnienie warunku udziału w postępowaniu, bynajmniej takiego wymagania nie sposób wywieść z ww. Rozporządzenia. Izba podziela argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt: KIO 845/18: *„Z treści Rozporządzenia wynika zamknięty katalog dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy w tym zakresie i jako dokument ten wskazuje wykaz zrealizowanych usług. Referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, a ich rolą jest potwierdzenie faktu, że zamówienie na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający w SIWZ precyzuje najczęściej jakie informacje winny znaleźć się w treści wykazu, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne, jeśli jego celem jest możliwość dokonania oceny czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w sposób opisany przez zamawiającego. Adresatem, do którego kierowane są wytyczne w tym zakresie jest podmiot składający ofertę. Niedopuszczalnym jest natomiast aby w treści SIWZ zamawiający precyzował jaki zakres informacji winien znajdować się w treści załączników do wykazu. Ustawodawca pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcy. Rozporządzenie stanowi, że załącznikami do wykazu mogą być referencje, bądź też inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego zamówienia były wykonywane oraz określa ich minimalną zawartość. Jest tak dlatego, że dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania usług są, w przeciwieństwie do wykazu, dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego, to od niego zależy treść oraz zakres informacji na temat wykonanego zamówienia.”* Warto również przywołać wyrok o sygn. akt: KIO 2145/16 z dnia 28 listopada 2016r., w którym Izba stwierdziła, iż: *„zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź*

innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia” oraz wyrok o sygn. akt: KIO 1216/17 z dnia 6 lipca 2017 r.: „Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powieliła wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”. Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Izba podziela zatem argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący poczynił błędne założenie co do informacji, które powinny wynikać z treści referencji. Tym samym za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia należało uznać rozważania, a także złożone przez Strony dowody dotyczące zawartego w referencji wykonania zamówienia „pod klucz” i znaczenia tego sformułowania w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego Mostostal. Izba podkreśla ponownie, że dokumenty i oświadczenia złożone w postępowaniu przez Przystępującego wykazywały spełnienie postawionego w SIWZ warunku, w tym również w zakresie realizacji w ramach referencyjnej inwestycji „budowy” w znaczeniu nadanym przez Zamawiającego. Odwołujący aby skutecznie podważyć złożone oświadczenia powinien przedłożyć dowody przeciwne, stwierdzające, że podmiot trzeci BONO ENERGIA nie wykonał niezbędnych robót bądź, że zostały one zrealizowane przez inny podmiot. Odwołujący nie wskazał jednak wykonawcy kwestionowanych robót, a w pozostałym zakresie przedłożył dowody, które w ocenie Izby nie wykazały, iż spółka BONO wymaganym warunkiem prac nie zrealizowała.

Odnosząc się do ogłoszenia na referencyjne zamówienie to po pierwsze zaznaczenia wymaga, że co do zasady przedmiot zamówienia w ogłoszeniu jest podawany w sposób zwięzły i zbiorczy, a precyzyjny opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik do SIWZ i tylko z takiego dokumentu można by było wywieść rodzaj wykonanych prac. Odwołujący nie przedstawił jednak pełnej dokumentacji postępowania. Po drugie, ogłoszenie to zostało przedłożone Izbie wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez Pełnomocnika Odwołującego, co w znacznej mierze pozbawia je wiarygodności, tym bardziej że Odwołujący złożył dowód celem wykazania, iż w przedmiocie zamówienia określonym w ogłoszeniu mowa wyłącznie o produkcji i konstrukcji, a nie budowie w rozumieniu treści warunku SIWZ. Z tych względów nie bez znaczenia pozostaje tłumaczenie słowa „construzione”, o którym mowa w ogłoszeniu, a które Pełnomocnik przetłumaczył jako „konstrukcja”. Zgodnie ze słownikiem polsko – włoskim LINGEA: „costruzione” oznacza: „budowa (domu itp.), konstrukcja (konstruowanie), wybudowanie czegoś, budowla (obiekt).; „e” oznacza: „i”; „fabbricazione” oznacza: „produkcja, tworzenie, produkowanie”. Natomiast zgodnie ze słownikiem polsko – włoskim PONS: „costruzione” oznacza: „budowa, budowla”; „e” oznacza: „i”; „fabbricazione” oznacza: „produkcja”. Izba nie twierdzi, że przywołane tłumaczenia pozostają jako jedyne właściwe, a jedynie wskazuje, że przedstawienie prawidłowego tłumaczenia ma istotne znaczenie dla ustalenia czy w ramach referencyjnego zamówienia została wykonana konstrukcja czy budowa. O właściwym znaczeniu słowa „construzione” świadczyć może również tłumaczenie wyrażenia pochodnego „construire”, które w złożonym przez Przystępującego zaświadczeniu z rejestru spółki BONO ENERGIA zostało przetłumaczone jako „budować”. Takie rozumienie zdaje się także dostrzegać Opiniujący w przedłożonej przez Odwołującego opinii, przy czym w sposób niczym nieuzasadniony wskazuje dodatkowo, że budowa odnosi się do budowy kotła, a nie do budowy związanej z wykonaniem niezbędnych prac ziemnych czy terenowych oraz budowli. Twierdzenia takiego nie sposób wywieść ze złożonego ogłoszenia o zamówieniu, gdzie wskazano zgodnie z tłumaczeniem Pełnomocnika Odwołującego: „Jest to kontrakt „pod klucz”, obejmujący projekt, dostawę materiałów, produkcję i konstrukcję, transport, montaż i uruchomienie.” Stwierdzenie to odnosi się do realizacji całego kontraktu i wskazuje jaki jest jego zakres, nie natomiast do samego kotła. Z powyższych względów na podstawie złożonego ogłoszenia o zamówieniu nie sposób stwierdzić, że Przystępujący nie wykonał prac budowlanych wymaganych warunkiem.

Przechodząc natomiast do opinii prof. S. to podobnie jak ogłoszenie zostało przetłumaczone przez Pełnomocnika Odwołującego. Z uwagi, że jest to dokument prywatny a nie

sporządzony przez biegłego powołanego w postępowaniu odwoławczym Izba potraktowała opinię jak stanowisko procesowe Odwołującego. Jak wynika z jej treści została sporządzona na bazie niepełnej dokumentacji, a mianowicie treści warunku, referencji złożonych przez Przystępującego Mostostal oraz ogłoszenia o zamówieniu, które Odwołujący przedłożył jako dowód w sprawie. Analizując spełnienie warunku Opiniujący nie miał zatem wiedzy o złożonych przez Przystępującego Mostostal oraz spółkę BONO oświadczeniach w wykazie robót i JEDZ. Ponadto, Opiniujący pozostaje w niepewności co do wniosków, które wyprowadza o czym świadczą następujące fragmenty: *„zgodnie z wyżej wymienionym opisem prace wykonane przez spółkę Bono Energia zdają się obejmować jedynie dostawę i budowę kotła, jednak nie uwzględniają robót budowlanych (...) dokumentacja związana z projektem referencyjnym Bona Energia, zdaje się nie uwzględniać robót budowlanych.”* Co więcej, jak już zostało podniesione, niejasne i nielogiczne pozostają wnioski odnośnie rozumienia w ogłoszeniu o zamówieniu słowa „construzione”. Argumentacja, że słowo to w języku włoskim należy odnosić do budowy kotła jest po pierwsze niezrozumiałe, a po drugie nie znajduje uzasadnienia w tłumaczonym fragmencie ogłoszenia o zamówieniu, które dotyczy zakresu referencyjnego kontraktu, jako całości świadczenia realizowanego pod klucz. Z powyższych względów Izba nie mogła dać wiary twierdzeniom zawartym w opinii, szczególnie że sam Opiniujący nie ma pewności co do wniosków w niej zawartych. Izba podkreśla, że wykluczenie z postępowania rodzi dla Wykonawcy szereg negatywnych konsekwencji i ostatecznie pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, dlatego też uzasadnienie tej czynności nie może opierać się na okolicznościach niepewnych czy niesprawdzonych. Odwołujący, na którym w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar dowodu temu obowiązkowi nie podołał, a poprzez złożone dowody nie wykazał, iż Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Wskazania również wymaga, że Przystępujący przedstawił dowody przeciwnie, z których jak ustalono wynika, że niezbędne prace ziemne i terenowe zostały przez spółkę BONO wykonane, podobnie jak budynki i budowle potrzebne do prawidłowego funkcjonowania kotłów. Dokumentacja zdjęciowa sprzed realizacji referencyjnego zamówienia przedstawia puste pole, bez fundamentów, płyty natomiast z widoku całej instalacji kotłów wynika, że zostały one osadzone na płycie, a także zostały połączone z sąsiadującymi budynkami. Lista dokumentów sporządzona przez spółkę BONO w dniu 28 marca 2017 r., czyli po realizacji zamówienia (14.03.2014 - 11.12.2015 – okres realizacji z wykazu robót) zawiera informacje o pracach budowlanych. Odwołujący nie wykazał aby inny podmiot zrealizował prace ziemne i terenowe oraz budynki niezbędne do prawidłowego uruchomienia i funkcjonowania kotła.

Nie zaprzeczył również twierdzeniom Zamawiającego, że nie byłoby możliwe zamontowanie i uruchomienie kotłów bez równoczesnej realizacji prac budowlanych. Tym samym Izba uznała, że złożone przez Przystępującego dowody stanowią uwiarygodnienie oświadczeń zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje również, że nieuzasadniona pozostaje argumentacja Odwołującego, iż spółka BONO nie zajmuje się pracami budowlanymi a jedynie dostarcza i montuje kotły w świetle przywołanego przez Przystępującego fragmentu z rejestru stwierdzającego, że spółka BONO: „w szczególności może projektować, budować i sprzedawać: - generatory ciepła (kotły) (...)”

Dlatego też, Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, czyli niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu za niezasadny.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że na uwzględnienie nie zasługują zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy pzp, jako że zostały oparte na tożsamyh okolicznościach faktycznych jak zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, który się nie potwierdził.

Izba wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Artykuł 24 ust. 1 pkt 16 dotyczy celowego wprowadzenia w błąd następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub spełnianiu kryteriów selekcji. Drugi przepis, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zauważenia wymaga, że przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp jest bardziej pojemna i obejmuje przyczyny wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Elementem różnicującym przywołane przepisy jest przede wszystkim stopień winy wykonawcy. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, na to się godzi. Ta przesłanka wykluczenia aktualizuje się również wówczas, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo,

kwalfikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Co istotne, celowe wprowadzenie w błąd dotyczy okoliczności związanych z podstawami wykluczenia, spełnieniem warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji. Z uwagi na to, że są efektem zamierzonego działania (lub rażącego niedbalstwa), zawsze stanowią podstawę do wykluczenia, niezależnie od ich wpływu na podejmowane przez zamawiającego decyzje. Natomiast nieumyślne, niecelowe wprowadzenie w błąd w zakresie przedstawiania albo zatajania informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub podstaw wykluczenia, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16, a z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

Zaznaczenia wymaga, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17: „istotny wpływ na decyzje zamawiającego” wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Co więcej, pkt 17 wprost precyzuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej.

Nie ulega wątpliwości, iż przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 mają za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

Zaznaczyć należy, że do wypełnienia przesłanek z ww. przepisów niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, czy informacje przedstawione przez wykonawcę są faktycznie nieprawdziwe. Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 33/18 nieprawdziwe informacje to *„informacje w sposób obiektywny niezgodne z rzeczywistością, takie, które nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym,*

lecz przeciwnie – ustalony prawidłowo stan faktyczny im przeczy, wskazując na odmienną sytuację, bądź prowadząc do odmiennych ustaleń”.

Jak już Izba stwierdziła rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy pzp, mając na względzie dokumentację postępowania oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Przystępujący warunek udziału w postępowaniu spełnił. Tym samym, w złożonych w postępowaniu oświadczeniach oraz dokumentach (JEDZ, wykaz robót) nie przedstawił informacji nieprawdziwych odnośnie realizacji przez spółkę BONO w ramach referencyjnego zamówienia prac ziemnych i terenowych oraz niezbędnych budynków i budowli dla prawidłowego funkcjonowania kotłów. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił twierdzeń przedstawionych w odwołaniu.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2381/19: *„zasadność wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że wykonawca złożył informacje nieprawdziwe”*, czemu Odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie podołał.

W świetle powyższego uznać należało, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, gdyż nie doszło do przekazania informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: