

Sygn. akt: KIO 6/12

## WYROK

z dnia 17 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Rafako (Lider Konsorcjum), PBG S.A. i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrownię Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie Alstom Power Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Alstom Power Systems GmbH i Alstom Power Systems S.A., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Rafako (Lider Konsorcjum), PBG S.A. i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Rafako (Lider Konsorcjum), PBG S.A. i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Rafako (Lider Konsorcjum), PBG S.A. i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** na rzecz **Elektrowni Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Elektrownia Ostrołęka S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowa Elektrowni Ostrołęka C o mocy ok. 1000 MW”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 września 2011 r. pod nr 2011/S 181-295767.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Rafako S.A. (Lider Konsorcjum), PBG S.A. i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Raciborzu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 stycznia 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie zostało złożone na skutek informacji o wynikach czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, która to informacja została przesłana Odwołującemu faksem w dniu 23 grudnia 2011 r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Alstom;
- 2) dopuszczeniu Konsorcjum Alstom do dalszego udziału w postępowaniu poprzez pozytywną ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tego wykonawcy, w tym ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i zakwalifikowanie do dalszego udziału w

- postępowaniu, pomimo tego, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Alstom, które nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia;
  - 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia Konsorcjum Alstom z udziału w postępowaniu, pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;
  - 4) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, poprzez nieżądanie przez Zamawiającego od Konsorcjum Alstom prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
  - 5) § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez uznanie, że Świadcstwo Zakończenia Realizacji umowy budowy bloku energetycznego o mocy 858 MW dla PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. jest dokumentem potwierdzającym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dopuszczenia Konsorcjum Alstom do dalszego etapu postępowania oraz pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum Alstom o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2. dokonanie powtórnej oceny wniosku Konsorcjum Alstom;
3. wykluczenie Konsorcjum Alstom z postępowania;
4. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zaproszenie do dalszego etapu postępowania wykonawców: Konsorcjum Hitachi Power Europe GmbH i Polimex Mostostal S.A., jak również Szanghaj Electric Group Company Limited, Odwołującego oraz jednocześnie Konsorcjum Alstom jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp, ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz innymi przepisami regulującymi procedurę udzielenia zamówień publicznych.

Podkreślił, że Konsorcjum Alstom na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu załączyło wykaz zrealizowanych zamówień o podobnym zakresie i charakterze i wskazało w nim tylko jedno zamówienie, tj. realizację na rzecz zamawiającego, którym był PGB Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie w Elektrowni Bełchatów S.A. bloku na parametry nadkrytyczne o mocy 858 MW. Na potwierdzenie tej realizacji Konsorcjum Alstom przedłożyło Świadczenie Zakończenia Realizacji z dnia 14 października 2011 r. wystawione przez Elbis Sp. z o.o. Z tego dokumentu wynika – zdaniem Odwołującego – że Konsorcjum Alstom zobowiązane jest do usunięcia usterek i braków wymienionych w załącznikach do tego Świadczenia w terminach tam wskazanych. Wskazał na ostatnie zdanie świadectwa: „*Niniejsze Świadczenie nie zwalnia Państwa z Waszego obowiązku kompletnej realizacji Obiektu zgodnie z Umową (...)*”. Zdaniem Odwołującego powyższego dokumentu nie można zakwalifikować jako dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, a tym bardziej nie można uznać tego dokumentu za dokument, który dokumentuje, iż zamówienie zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, co miało wynikać z pkt III.2.3.2) ogłoszenia o zamówieniu. Wprost z tego dokumentu nie wynika bowiem, że jest to oświadczenie obarczone zastrzeżeniami wynikającymi z odrębnego porozumienia, stanowiącego załącznik do Świadczenia oraz że zamówienie ma wady i braki, które powinny zostać usunięte przez wykonawcę. Powyższe – w ocenie Odwołującego – nie spełnia wymogów § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przywołanymi przepisami dokument potwierdzający prawidłowe ukończenie robot (tzw. referencje) powinien dowodzić po pierwsze, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a po drugie, że roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone. Ustawodawca w przypadku robót budowlanych odmiennie niż w przypadku usług i dostaw o charakterze ciągłym i okresowym nie pozwolił na wykazywanie się doświadczeniem w robotach trwających, a tylko takich, które zostały ukończone. Tymczasem według Odwołującego trudno twierdzić, że roboty zostały ukończone, jeśli pozostały jeszcze do wykonania jakiegokolwiek zaległe roboty objęte umową.

Odwołujący twierdzi, że ze Świadczenia wprost wynika, że Blok, o którym mowa w tym dokumencie nie jest ukończony, co potwierdził – jego zdaniem – zamawiający w ostatnim cytowanym przez Odwołującego zdaniu. Powyższe, zdaniem Odwołującego, oznacza, że pomimo wystawienia Świadczenia Konsorcjum Alstom ma obowiązek w dalszym ciągu realizować umowę tak, aby blok był kompletny, gdyż na chwilę podpisania tego oświadczenia cechy kompletności nie da się mu przypisać. Wskazał na Porozumienia pomiędzy zamawiającym, a realizatorem bloku, stanowiące załącznik do Świadczenia, które

nakłada na Konsorcjum Alstom obowiązek usunięcia wad w określonych terminach. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej oraz wyrok Sadu Okręgowego w Gdańsku, wskazując, że w przypadku przedstawienia zamiast referencji innego dokumentu, np. protokołu odbioru prac, istotne jest, aby były to protokoły bezusterkowego odebrania robót.

Odwołujący, powołując się na własne informacje wskazał, że załącznik nr 1 do Świadectwa (wykaz usterek BZO) zawiera ponad 1 700 mniejszych usterek Bloku, zaś w przywołanym Porozumieniu, stanowiącym załącznik nr 2 do Świadectwa, wskazanych jest ponad 20 wad istotnych, które są wadami limitującymi działanie Bloku. W świetle powyższego – zdaniem Odwołującego – obydwie rodzaje wad wpływają na to, że nie można uznać, iż po pierwsze blok został zrealizowany zgodnie ze sztuką budowlaną, a po drugie by był prawidłowo ukończony.

Odwołujący dodatkowo podniósł, że ani do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani w późniejszym okresie do czasu oceny wniosków Konsorcjum Alstom nie przedstawiło potwierdzenia, że wady te zostały usunięte. Zdaniem Odwołującego przedłożone Świadectwo potwierdza jedynie zakończenie realizacji we wskazanym terminie do dnia 30 września 2011 r., nie potwierdza natomiast, że Blok został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i należyście ukończony. Pomimo tych wad Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Alstom do uzupełniania bądź wyjaśnienia tego dokumentu.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację z odwołania, wnosząc jednocześnie pismo procesowe w tym względzie. Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodów z dokumentu Porozumienia z dnia 13 października 2011 r. do umowy nr 5000/TZM/MP/2004 zawartego pomiędzy PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z Bełchatowie a Alstom Power Systems S.A., Alstom Power S[p. z o.o. i Alstom Power Systems GmbH wraz z załącznikiem nr 1 do tego Porozumienia oraz pisma PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z Bełchatowie z dnia 22 listopada 2011 r. - wezwanie do zapłaty - kierowanego do a Alstom Power Systems S.A., Alstom Power S[p. z o.o. i Alstom Power Systems GmbH.

Zamawiający do akt sprawy złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 5 stycznia 2011 r., w której wniósł o oddalenie odwołania ze względu na:

- brak wykazania naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp
- brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania;
- niemożność spełniania żądań zawartych w odwołaniu poprzez działanie zgodne z prawem.

Zamawiający podkreślił, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest nietrafny z uwagi na to, że w

przypadku dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty w postępowaniu. Tymczasem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podniesione zarzuty odnoszą się do czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdzie katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy jest zamknięty, a jako taki nie może być interpretowany rozszerzająco i nie zawiera przesłanki związanej z czynem nieuczciwej konkurencji.

Wskazał także na niezasadność zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że przepis ten jest adresowany do wykonawców zatem zamawiający nie może dopuścić się jego naruszenia.

Co do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Alstom wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu przedkładając wraz z winsokiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Świadcstwo zakończenia realizacji, z którego wynikał, że „Obiekt został zrealizowany zgodnie z warunkami umowy”. Podkreślił, że fakt wskazani na usterki i braki w tym kontekście oznacza, że były to usterki i braki, które nie wpływały na ocenę, iż wykonanie zamówienia jest zgodne z umową. Według Zamawiającego potwierdzenie „wykonania zgodnie z umową” i jednocześnie wskazanie, iż wykonawca nie jest zwolniony z usunięcia wskazanych usterek i braków wskazanych z zawartym Porozumieniem zawartym przy wystawianiu Świadcstwa wskazuje jedynie na to, iż w dokumencie pozaumownym wykonawca ten zobowiązał się do wykonania jakichś czynności, zaś zobowiązanie to nie neguje prawidłowego wykonania umowy potwierzonego w Świadcstwie lecz jedynie świadczy o podjęciu się usuwania braków i usterek przez wykonawcę. W dokumentach tych nie wskazano natomiast jaka jest przyczyna tych usterek istotnym jest natomiast, że nie wpływają one na prawidłowość zrealizowania umowy.

Zamawiający wskazał także na brzmienie warunku udziału w postępowaniu stanowiące treść ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślił, że treść warunku odnosił się do Bloku Energetycznego zatem fakt, że we wcześniejszej umowie obejmującej szerszy zakres niż wyłącznie blok energetyczny jakiś obiekt nie został zrealizowany nie a znaczenia dla oceny spełnienia warunku dotyczącego wyłącznie realizacji obiektu. Tymczasem w wykazywanym przez Konsorcjum Alstom zamówieniu blok energetyczny jak wynika ze Świadcstwa – został przejęty do eksploatacji przez zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że złożone przez Konsorcjum Alstom dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku a nie pojedynczy dokument wskazany przez Odwołującego potwierdzają, że Konsorcjum Alstom spełniło warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający zwrócił uwagę, że pozostałe dokumenty przedłożone przez Konsorcjum Alstom we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie były przez Odwołującego podważane.

Zamawiający podniósł także, że czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu za prawidłową realizację robót, an które powołuje się Konsorcjum Alstom nie może spowodować szkody po stronie Odwołującego, gdyż wykonawca ten w swoim wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powołał się na to samo doświadczenie co Konsorcjum Alstom. Z tych też względów uznanie, że realizacja tego zamówienia była nieprawidłowa musiałoby skutkować wykluczeniem z postępowania także Odwołującego. Bez znaczenia w tym względzie – w ocenie Zamawiającego – jest okoliczność, że Odwołujący przedstawił w swoim wniosku także inne doświadczenie, gdyż informacje o liczbie prawidłowo zakończonych inwestycji według wymogów Zamawiającego były podstawą prekwalfikacji wykonawców, co wskazywałoby na podanie w tym względzie nieprawdziwych informacji przez Odwołującego i wykluczeniem go z udziału w postępowaniu.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w sprawie.

W dniu 5 stycznia 2012 r., na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 3 stycznia 2012 r., zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie Alstom Power Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Alstom Power Systems GmbH i Alstom Power Systems S.A., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie. Wykonawca ten w zgłoszeniu przystąpienia podniósł, że uzasadnienie stanowisk Odwołującego wskazuje na to, że wykonawca ten nie zapoznał się z całością wniosku Konsorcjum Alstom. Podkreślił bowiem, że do swojego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył nie tylko Świadcstwo, ale również 71 świadectw bezusterkowego zakończenia poszczególnych robót, co łącznie wskazuje na prawidłowe wykonanie zamówienia. Podkreślił także, że Odwołujący interpretuje dokument Świadcstwa w oderwaniu od umowy, której ten dokument dotyczy. Świadcstwo bowiem odnosi się do realizacji „pod klucz” bloku energetycznego 858 MW wykonanego na podstawie umowy zawartej w dniu 20 grudnia 2004 r. (wraz z późniejszymi aneksami) pomiędzy Konsorcjum Alstom a PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Zgodnie z treścią Świadcstwa realizacja bloku energetycznego została ukończona w dniu 30 września 2011 r. Co do zarzutów odwołania, iż wykazywane w tym dokumencie braki i usterki nie dotyczą bloku energetycznego i nie limitują jego funkcjonowania. Podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojej tezy, a jedynie powołał się na uzyskane przez siebie samego „informacje”. Odwołujący nie określił przy tym źródła tych informacji a więc nie sposób zweryfikować ich prawdziwości. Konsorcjum Alstom wskazało na ciężar dowodowy, który spoczywa na Odwołującym w tej sprawie.



Co do kompletnej realizacji obiektu podkreślił, że określona w umowie zawartej z PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie definicja Obiektu nie jest równoznaczna a blokiem energetycznym o mocy 858 MW. Zdefiniowany w pkt 1.1.31 tej umowy „Obiekt” nie oznacza wyłącznie bloku energetycznego, ale również związane z nim budynki określone w specyfikacjach technicznych. Tymczasem Zamawiający – jak podkreślił – wymagał doświadczenia wyłącznie w przedmiocie wykonania „pod klucz” określonego bloku energetycznego a nie bloku energetycznego wraz z całą infrastrukturą. Podkreślił, że zarzuty odwołania wynikają z wybiórczej i niedokładnej analizy wniosku Konsorcjum Alstom.

W toku rozprawy Konsorcjum Alstom podtrzymało swoje stanowisko w sprawie, dodatkowo jako dowód w sprawie wnosząc dokument referencji z dnia 5 stycznia 2012 r., wystawiony przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie. Konsorcjum Alstom wskazało, że dokument ten stanowi jedynie potwierdzenie i uściślenie dokumentów złożonych przez Konsorcjum Alstom wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jako dowód w sprawie wykonawca ten przedłożył także decyzję nr 103/2011 z dnia 23 września 2011 r. Powiatowego Inspektora Budowanego z Bełchatowa, dotyczącą pozwolenia na użytkowanie bloku 858 MW.

Co do wykazywanych przez Odwołującego roszczeń PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie o zapłatę przez Konsorcjum Alstom zgłaszający przystąpienie wskazał, że roszczenia te aktualnie są kwestionowane przez Konsorcjum Alstom, zaś wykazywane kary umowne, odnoszą się wyłącznie do terminu realizacji zamówienia, który pierwotnie został ustalony pomiędzy stronami umowy jako dzień 30 kwietnia 2011 r. Termin ten jednak był wielokrotnie zmieniany aneksami do umowy i ostateczny przyjęty termin wykonania zamówienia to dzień 30 września 2011 r., w której to dacie nastąpiło przejście obiektu do eksploatacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Alstom Power Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Alstom Power Systems GmbH i Alstom Power Systems S.A., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Przystępującym” lub „Konsorcjum Alstom”). Tym

samym wskazanym wykonawcą stał się uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Alstom, co w sposób pośredni – z uwagi na etap postępowania (ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) - utrudnia Odwołującemu dostęp do zamówienia i może pozbawiać go możliwości jego uzyskania oraz narażenia go na poniesienie w tym zakresie szkody. Powyższe wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby brak było podstaw do kwestionowania interesu Odwołującego do wniesienia odwołania z uwagi na to, że wykonawca ten, sam powołuje się w ramach swojego doświadczenia na inwestycję, która wykazywana jako doświadczenie Przystępującego, jest jednocześnie przez niego kwestionowana. Odwołujący podnosi w tym względzie innego rodzaju okoliczności związane z niewykonaniem wskazanej inwestycji przez Odwołującego. Istotna jest również okoliczność, iż Odwołujący w swoim wniosku powoływał się na inny zakres wykonania wskazanej inwestycji.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem w dniu 21 września 2011 r., poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. W ogłoszeniu tym określił on też warunki udziału w postępowaniu, dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wskazał na żądane przez siebie oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie ich spełniania. Co do spornego w przedmiotowej sprawie warunku doświadczenia opisanego w pkt III.2.3).1) lit. a) oraz lit. b) (po zmianach) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał na następujące jego brzmienie:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:*

- 1) w okresie ostatnich 15 (piętnastu) lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie, wykonali (zakończyli):
  - a) jedno zamówienie (kontrakt) w formule „pod klucz” na zaprojektowanie, dostarczenie, wykonanie robót budowlanych, ruch próbny i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy minimalnej 800 MWe brutto, opalanego węglem lub
  - b) jedno lub kilka zamówień obejmujących łącznie:
    1. zaprojektowanie, dostarczenie oraz nadzór nad montażem i uruchomieniem zakończone przejęciem wyspy kotłowej z kotłem pyłowym opalany węglem wraz z układami pomocniczymi, obejmującą kotłownię i układ oczyszczania spalin, dla bloku energetycznego, o mocy minimum 800 MWe brutto i
    2. zaprojektowanie, dostarczenie oraz nadzór nad montażem i uruchomieniem zakończone przejęciem wyspy maszynowej z turbozespołem kondensacyjnym składającym się z turbiny parowej i generatora wraz z układami pomocniczymi i budynkiem, dla bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 800 MWe brutto, opalanego węglem.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki doświadczenia, o których mowa w pkt 1) winni spełniać łącznie wszyscy Wykonawcy.

- 2) dla oceny spełniania powyższych warunków, wykonawca powinien przedłożyć następujące dokumenty:
  1. wykaz wykonanych przez wykonawcę zamówień, zawierający co najmniej następujące informacje dotyczące zrealizowanych zamówień (kontraktów)
    - a) nazwa odbiorcy (zamawiającego)
    - b) miejsce wykonania zamówienia;
    - c) rodzaj i zakres wykonanych prac;
    - d) termin realizacji.

Do wykazu powinny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji zamówienia zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu został ostatecznie ustalony na dzień 30 listopada 2011 r. godz. 12.00. Do tego terminu w postępowaniu 9 wykonawców złożyło swoje wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a wśród nich wnioski te złożyli Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący dla wykazania spełniania warunku doświadczenia przedłożył wykaz wykonanych prac (str. 273 wniosku), w którym wskazał na inwestycję: „Budowa bloku energetycznego „pod klucz”

obejmującego zaprojektowanie, dostarczenie, wykonanie robót budowlanych, ruch próbny i uruchomienie zakończoną przejęciem do eksploatacji bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne realizowaną dla Elektrowni Bełchatów S.A. oraz BOT Elektrownia Bełchatów S.A. oraz PGE Elektrownia Bełchatów S.A. obecnie: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie”. Jako termin realizacji tej inwestycji w wykazie wskazano datę: 30 września 2011 r. Na potwierdzenie należytego wykonania tej inwestycji Przystępujący załączył do wniosku Świadectwo Zakończenia Realizacji z dnia 14 października 2011 r. (str. 274 wniosku) oraz 71 Świadectw Zakończenia Etapu Realizacji odnoszących się do wykonania poszczególnych etapów inwestycji (str. wniosku od 275 do 346). Zamawiający, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pismem z dnia 23 grudnia 2011 r. poinformował wykonawców o zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania 4 wykonawców, a wśród nich Odwołującego i Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że w toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie spełnia wskazanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Tymczasem zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp i posiłkowo w związku z dyspozycją art. 6 kc to na podmiocie, który wywodzi skutki prawne z określonych faktów spoczywa ciężar wykazania tych okoliczności.

Izba, rozpoznając złożone odwołanie, w pierwszej kolejności dokonała analizy treści warunku udziału w postępowaniu (opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku) dotyczącego wymaganego doświadczenia. Izba stwierdziła w tym zakresie, że Zamawiający, oczekując realizacji inwestycji „pod klucz” wskazał na konieczność wykazania się pracami polegającymi na zaprojektowaniu, dostarczeniu, wykonaniu robót budowlanych, ruchu próbnego i uruchomienia zakończonego przejęciem do eksploatacji bloku energetycznego. Zamawiającemu zatem chodziło o wykazanie się określonego rodzaju doświadczeniem przy wykonywaniu robót budowlanych w zakresie bloku energetycznego i tylko w tym zakresie ocena spełniania warunku doświadczenia powinna się odbywać. Tym samym Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że w zakresie opisu wskazanego warunku Zamawiający wymagał wykazania się robotami budowlanymi polegającymi na wykonaniu bloku energetycznego wraz z całą infrastrukturą towarzyszącą.

Zdaniem Izby literalna wykładnia zapisów treści pkt III.2.3)1) lit. a i lit. b) ogłoszenia o zamówieniu pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający wymagał w tym zakresie wykonania robót budowlanych dotyczących bloku energetycznego. Zakres wykazywanych realizacji inwestycji, jaki powinien być brany przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie spełniania tego warunku, powinien odnosić się właśnie do bloku energetycznego. Z tych też względów wykazywana przez Przystępującego inwestycja wskazuje na wykonanie przez tego

wykonawcę bloku energetycznego o mocy 858 MW. Blok ten został oddany do eksploatacji, czego Odwołujący nie kwestionuje. Powyższe zostało także potwierdzone w dokumencie Świadczenie Zakończenia Realizacji, załączonym przez Przystępującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe zostało również potwierdzone przez Przystępującego w toku rozprawy poprzez przedłożenie jako dowód w sprawie decyzji administracyjnej nr 103/2011 z dnia 23 września 2011 r. wydanej przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Bełchatowie co do pozwolenia na użytkowanie wskazanego bloku. Tym samym na dzień upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący dysponował dowodem potwierdzającym wykonanie wskazanych robót budowlanych wymaganych zakresem warunku doświadczenia, opisanego przez Zamawiającego.

W drugiej kolejności Izba odniosła się do kwestii potwierdzenia wykonania zamówienia w terminie i wykonania tego zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Izba uznała, że w tym zakresie Odwołujący nie udowodnił okoliczności nienależytego wykonania zamówienia przywołanego przez Przystępującego. Izba uznała, że dokumenty załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Alstom, w tym przede wszystkim Świadczenie Zakończenia Realizacji, potwierdzają, że obiekt, tj. realizacja „pod klucz” bloku energetycznego 858 MW, został zrealizowany zgodnie z warunkami umowy, tj. do dnia 30 września 2011 r. Wskazany dokument potwierdza także przejęcie przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie wskazanego obiektu. Dodatkowo częściowe świadectwa zakończenia konkretnych etapów realizacji wskazanej inwestycji także potwierdzają, że poszczególne elementy realizacji prac budowlanych przy wykonywaniu wskazywanej inwestycji „pod klucz” także były zrealizowane i zakończone, a z tego tytułu wykonawca tych prac posiadał uprawnienie do wystawienia faktury i otrzymania płatności konkretnej, częściowej kwoty. Załączony do wniosku Konsorcjum Alstom wykaz wykonanych prac również potwierdzał realizację przywołanej inwestycji w terminie do dnia 30 września 2011 r. z adnotacją wykonawcy załączenia odrębnie dokumentów potwierdzających, że prace te zostały prawidłowo ukończone. W ocenie Izby przywołane dokumenty, biorąc także pod uwagę ogólną wiedzę Zamawiającego o charakterze wykazywanej w ramach doświadczenia Konsorcjum Alstom inwestycji i zawartym w tym względzie przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie z Konsorcjum Alstom Porozumieniem, potwierdzały, że blok energetyczny 858 MW został oddany do eksploatacji i został wykonany zgodnie z warunkami umowy. Powyższe potwierdzają także dowody złożone w tym zakresie przez Przystępującego w toku rozprawy przed Izbą, tj. decyzja z dnia 23 września 2011 r. o pozwoleniu na użytkowanie dotycząca wskazanego obiektu oraz przede wszystkim

dokument referencji wystawiony dla Konsorcjum Alstom przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie w dniu 5 stycznia 2012 r. Przywołany dokument potwierdza wprost, że wskazane zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Potwierdza, że w tym zakresie zostały osiągnięte parametry techniczne określone w gwarancjach kontraktowych oraz okoliczność, że zamówienie zostało ukończone w dniu 30 września 2011 r. Dokument ten potwierdza również, że wskazana inwestycja została zakończona i zrealizowana przez Konsorcjum Alstom należycie, zgodnie z warunkami kontraktowymi i zasadami sztuki budowlanej. Dokument ten potwierdza zatem okoliczności, które można było wywodzić z treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Alstom, choć samoistnie nie może być on traktowany jako formalny dokument składany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który potwierdzałby spełnianie warunku udziału w postępowaniu, z racji daty jego wystawienia, tj. po upływie terminu składania wniosków w tym postępowaniu. Dokument stanowi zatem obiektywne poświadczenie (tj. przez podmiot, na rzecz którego inwestycja była zrealizowana), że wystawione w dniu 14 października 2011 r. Świadectwo Zakończenia Realizacji wyrażało wolę potwierdzenia przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie okoliczności, że Konsorcjum Alstom wykonało inwestycję zgodnie z zawartą w tym zakresie umową. Przywołany dokument referencji, pod kątem jego wiarygodności, nie został w żaden sposób podważony czy zakwestionowany w toku rozprawy przez Odwołującego. Z tych też względów Izba nie mogła pominąć go przy ocenie zgromadzone w sprawie materiału dowodowego, mając także na względzie okoliczność, iż to strony postępowania odwoławczego zobowiązane są do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą określone skutki prawne, zaś dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). Skoro Odwołujący w tym względzie nie przedłożył żadnych dowodów ani w żaden sposób nie podważył wiarygodności dowodu przedłożonego przez Przystępującego, mając na względzie zasadę kontradiktoryjności postępowania odwoławczego, Izba orzekła jak w sentencji.

Co do dowodów złożonych przez Odwołującego w tej sprawie Izba stwierdziła, że podważając dokumenty załączone do wniosku Konsorcjum Alstom, Odwołujący przedłożył na rozprawie treść Porozumienia zawartego w dniu 13 października 2011 r. przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie z Konsorcjum Alstom oraz pismo z dnia 22 listopada 2011 r. skierowane przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie do Konsorcjum Alstom w sprawie zapłaty kar umownych z tytułu realizacji wskazanej inwestycji. Dowody przedłożone przez Odwołującego

nie mogą w sposób pewny potwierdzać, że w sprawie wskazanej inwestycji doszło do nienależytego wykonania zamówienia. Przedłożone Porozumienie wskazuje bowiem na pewne usterki i braki przy wykonaniu inwestycji, na które zresztą wskazywano w samej treści Świadczenia Zakończenia Realizacji, do których usunięcia zobowiązało się Konsorcjum Alstom na podstawie rzeczonoego Porozumienia. Odwołujący nie wykazał jednak, że konieczność usunięcia wskazanych w Świadczeniu usterek i braków wynikała z nienależytego wykonywania przez Konsorcjum Alstom zawartej w dniu 20 grudnia 2004 r. umowy na realizację wskazanej inwestycji. Treść przedłożonego Porozumienia wskazuje na zobowiązanie po stronie Konsorcjum Alstom do wykonania określonych prac w określonych w Porozumieniu terminach. Nie wiadomo, czy wskazane prace objęte były umową z 2004 r. o realizację wskazanej inwestycji. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przedłożył postanowień zawartej z Konsorcjum Alstom w 2004 r. umowy, nie przedłożył też aneksów do tej umowy, na które wskazuje się w treści Porozumienia. Z pewnością umowa z 2004 r. podlegała wielu zmianom, w wyniku tych zmian strony ustalały nowe terminy realizacji wskazanej inwestycji. Powyższe było okolicznością bezsporną w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Jak wskazano powyżej pierwotna umowa ani też zmiany do niej nie zostały przedłożone Izbie. Odwołujący również nie powoływał się na konkretne wymogi wynikające z treści postanowień umowy zawartej w 2004 r. na realizację przedmiotowej inwestycji. Brak jest zatem podstaw do uznania przez Izbę w takim przypadku, że postanowienia tej umowy nie zostały należycie wypełnione przez Konsorcjum Alstom. Izba w tym względzie nie mogła oprzeć się wyłącznie na twierdzeniach Odwołującego. W oparciu o brak dowodów w tym zakresie Izba nie mogła podjąć rozstrzygnięcia o niedochowaniu terminów realizacji zamówienia, w sytuacji gdy sam podmiot zamawiający na tej inwestycji potwierdził w Świadczeniu Zakończenia Realizacji, że obiekt został zrealizowany zgodnie z warunkami umowy w terminie 30 września 2011 r., także w sytuacji, gdy sam podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana, potwierdzał wykonanie tych prac zgodnie z zasadami sztuki budowlanej (referencje z dnia 5 stycznia 2012 r.). Usterki i braki, na które wskazywał Odwołujący, biorąc pod uwagę charakter realizowanej inwestycji i doświadczenie życiowe, stanowią naturalną konsekwencję realizacji zamówienia. Ujawnienie się określonego rodzaju braków, nieścisłości, czy niedociągnięć przy realizacji tak skomplikowanych i realizowanych długoterminowo robót budowlanych, których naprawa może okazać się konieczna, nie jest wykluczone. Powyższe jednak nie zawsze musi wynikać z nienależytego wykonania zamówienia po stronie wykonawcy. Przykładowo może to wynikać ze zmian wprowadzonych do umowy, z okoliczności, które leżały po stronie inwestora, zmian w projekcie itp. Istotne w tym względzie dla dokonania prawidłowej oceny tych kwestii są postanowienia zawartej na realizację inwestycji umowy i jej ewentualne zmiany. W postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego ważne w tym zakresie są przedkładane przez wykonawców dokumenty. W przedmiotowej sprawie działania podmiotu, na rzecz którego inwestycja była realizowana i wystawiane w tej sprawie i przedłożone Izbie dokumenty, nie potwierdzają, że doszło do nieterminowego, czy też nienależytego (niezgodnego z zasadami sztuki budowlanej) wykonania zamówienia.

Co do przedłożonego przez Odwołującego wezwania do zapłaty kar, skierowanego do Konsorcjum Alstom przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie, Izba stwierdziła, że pismo to nie może być podstawą stwierdzenia, że mieliśmy do czynienia z nienależytym wykonaniem zamówienia. Pismo to nie może stanowić dowodu w sprawie na potwierdzenie tego, że kary zostały zapłacone. Przystępujący w toku rozprawy podniósł, że zakwestionował on wskazane wystąpienie PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie. Przedłożony dokument może jedynie potwierdzać, że PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie faktycznie takie wezwanie przygotowało i skierowało do Konsorcjum Alstom. Nie potwierdza ono jednak, że wskazane tam kary są realizowane.

Naliczone tam kary – jak wynika z treści tego pisma - faktycznie dotyczyły niedotrzymania pierwotnie ustalonych terminów realizacji inwestycji, a nie kwestii niedotrzymania zasad sztuki budowlanej przy jej realizacji. Tymczasem termin realizacji tej inwestycji podlegał weryfikacji przez strony umowy na podstawie zmian tej umowy, na co także wskazuje treść Porozumienia. Tym samym w przypadku zmiany terminu realizacji zamówienia drogą zmiany umowy (aneksu), a na powyższe wskazuje także treść Świadczenia Zakończenia Realizacji, w przypadku braku odmiennych regulacji w tym względzie przez strony umowy, mamy do czynienia z nowymi postanowieniami umowy, które są wynikiem zgodnej zmiany postanowień umowy przez jej strony. Izba w tym względzie nie dokonuje z pewnością oceny tego, czy z tytułu realizacji umowy z 2004 r. PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie należy się zapłata kar umownych przez Konsorcjum Alstom, czy też zapłata ta jest podmiotowi temu nienależna. Powyższe nie leży w kognicji Izby. Przedmiotem oceny Izby jest natomiast ocena przedłożonych przez Odwołującego dowodów na potwierdzenie stawianych w odwołaniu zarzutów. W tym względzie Izba uznała, że opierając się jedynie na niewielkiej części dokumentów przedłożonych wybiórczo w sprawie przez Odwołującego, nie dysponując choćby umową z 2004 r. na realizację spornej inwestycji i zmianami do niej, a z drugiej strony dysponując dokumentami wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego inwestycja była zrealizowana, nie mogła stwierdzić jedynie w oparciu o twierdzenia Odwołującego, nienależytego wykonania przedmiotowej umowy, uwzględniając także wskazany powyżej ciężar dowody w tej sprawie spoczywający na Odwołującym.



Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego,
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, w kwocie wskazanej w tym przepisie.

**Przewodniczący:** .....