

**WYROK**

**z dnia 12 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Piotr Kozłowski**

**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2013 r. przez Balcke - Durr Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Spółkę Energetyczną "Jastrzębie" S.A. z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój, przy udziale ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Spółce Energetycznej "Jastrzębie" S.A. z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój powtórzenie oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na modernizację elektrofiltru oraz układu odbioru i transportu popiołu z elektrofiltru kotła WP-70 nr 5 w SEJ SA - Elektrociepłownia „Zofiówka”, w tym wezwanie ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie do uzupełnienia dowodów, iż ww. wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnianymi przez ZWZ- Enven Engineering a.s. z siedzibą w Mielevsko, Czechy,
2. kosztami postępowania obciąża Spółkę Energetyczną "Jastrzębie" S.A. z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Balcke - Durr Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Spółki Energetycznej "Jastrzębie" S.A. z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój na rzecz Balcke - Durr Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gliwicach.

.....

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Spółka Energetyczna "Jastrzębie" S.A. z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację elektrofiltru oraz układu odbioru i transportu popiołu z elektrofiltru kotła WP-70 nr 5 SEJ S.A. – Elektrociepłownia „Zofiówka”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 23.02.2013 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2013/S 039-0622826.

W dniu 15.05.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie (zwana dalej „ELWO”).

W dniu 24.05.2013 r. Balcke - Durr Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie 26 ust. 2b w zw. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie wyjaśnień w zakresie realności zobowiązania ZWZ-Enven Engineering a.s. co do udostępnienia potencjału, w sytuacji gdy z zobowiązania nie wynika w jaki sposób ELWO S.A. będzie dysponowało udostępnionymi zasobami, oraz czy dysponowanie to jest możliwe, a złożenie zobowiązania nie stanowi o naruszeniu art. 83 § 1 Kc.;
- 2) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie pomimo złożenia nieprawdziwych informacji potwierdzających, że w zakresie referencji nr 2 potencjał udostępniła firma ZWZ-Enven Enaineerina a.s. podczas gdy w rzeczywistości referencja wystawiona została dla innego podmiotu o podobnej

nazwie tj. ZWZ a.s.. co w efekcie wprowadziło zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez ELWO S.A. i miało wpływ na jego wynik;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie pomimo nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nieposiadania niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia;
- 4) art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie podczas gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie wykonawcy ELWO SA;
- 3) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

### **1. Niewłaściwe zobowiązanie do udostępnienia potencjału**

Na wstępie wymaga wskazania, że zgodnie z ofertą ELWO, firma ta nie posiada własnego doświadczenia. Z tego powodu w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu posłużyła się potencjałem innych podmiotów. Ustawodawca przewidział możliwość dzielenia się potencjałem w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, który stanowi:

„2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest *udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia*”.

Innymi słowy, wykonawca musi przedstawić wiarygodne informacje wskazujące w jaki sposób udostępni swój potencjał. W niniejszej sprawie, Zamawiający przygotował formularz, który należało uzupełnić poprzez wskazanie udostępnianych niezbędnych zasobów. ELWO złożył wraz z ofertą (strona 55) uzupełniony formularz stanowiący zobowiązanie spółki ZWZ-Enven Engineering a.s., która zobowiązała się „do oddania do dyspozycji [...] niezbędnych zasobów: wiedzy, doświadczenia, referencji, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Należy podkreślić, że choć prawdą jest, że posłużenie się potencjałem osoby trzeciej, przeważnie nie implikuje obowiązku jej udziału w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, to nie zmienia to faktu, że wykonawca musi jednak udowodnić rzeczywiste dysponowanie tym potencjałem. Wynika to z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wyżej cytowanym. W tym przypadku treść zobowiązania jest lakoniczna w swej treści, w istocie nie przekazuje żadnych konkretnych informacji. Samo zobowiązanie może nie wystarczyć, jeżeli z okoliczności wynika, że wykonawca pomimo uzyskania takiego zobowiązania, de facto może nie być w stanie z potencjału skorzystać i wykonać prawidłowo zamówienie. Potwierdza to orzecznictwo KIO, w tym przykładowo wyrok z dnia 7 listopada 2012 r. KIO 2320/12; KIO 2321/12 gdzie Izba stwierdziła: „Ustawodawca unijny jakkolwiek nie czyni ograniczeń co rodzaju potencjału podmiotu trzeciego, z którego może skorzystać wykonawca, jednak warunkuje to uprawnienie możliwością skorzystania z niego w warunkach konkretnego zamówienia. Nie chodzi bowiem o udostępnienie potencjału, które ma charakter fikcyjny, ale wykorzystanie tego potencjału w celu realizacji zamówienia”.

Co więcej, warto zauważyć, że nowe rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów wprowadziło w tym zakresie szczegółowe wymagania. W par. 1 ust. 6 ustawodawca wyraźnie wskazał: „zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”. Nie ma znaczenia dla sprawy fakt, że cytowane rozporządzenie weszło w życie 20 lutego 2013 r. (w niniejszej sprawie ogłoszenie opublikowano 18 lutego 2013 r.) gdyż nowe uregulowania prawne potwierdzają i konkretyzują ustaloną linię orzecniczą KIO, potwierdzoną między innymi przytoczonym wyżej orzeczeniem KIO 2320/12; KIO 2321/12.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego, takie zobowiązanie jakie przedstawił ELWO jest niewystarczające. Biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia - skomplikowanie techniczne prac

koniecznych do wykonania oraz brak doświadczenia własnego wykonawcy, zobowiązanie ZWZ-Enven Engineering a.s. powinno wskazywać na realny udział tej firmy w wykonaniu zamówienia co nie zostało spełnione. Zamawiający miał zatem obowiązek co najmniej wezwać wykonawcę do wyjaśnień czy udostępniający będzie brał udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca, a jeżeli nie to w jaki inny sposób udostępni potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia aby zapewnić ELWO wsparcie konieczne do wykonania zamówienia.

## 2. Nieprawdziwe informacje

Nawiązując do pkt. 1 Odwołania, wymaga podkreślenia, że Zamawiający miał przesłanki do powzięcia wątpliwości co do realności zobowiązania ZWZ-Enven Engineering a.s. i w konsekwencji wiarygodności oferty ELWO S.A. biorąc pod uwagę treść wyjaśnień ELWO z dnia 24 kwietnia 2013 r. oraz z dnia 13 maja 2013 r. Oświadczenia wykonawcy w wyżej przytoczonych pismach są częściowo ze sobą sprzeczne a w dodatkowo potwierdzają, że ELWO w wyjaśnieniach z 24 kwietnia 2013 r. złożył nieprawdziwe informacje i próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W piśmie z dnia 22 kwietnia 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4, wskazując między innymi, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów (strona 55 oferty) załączone do oferty wystawiła spółka ZWZ-Enven Engineering a.s., podczas gdy referencja nr 2 wystawiona przez Toplofikacia Rousse z Bułgarii (strona 12 oferty, tłumaczenie na stronie 14) wskazuje na podmiot o nazwie ZWZ a.s. jako wykonawcę wskazanego tam zamówienia.

Szczególnie istotne jest, że w wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia 2013 r. ELWO odpowiadając Zamawiającemu wyraźnie wskazał (strona 1):

*„referencje nr 1 nr 2 a także nr 3 - są referencjami zaświadczającymi, iż firma ZWZ- Enven Engineering a.s., z siedzibą w Mielevsko, wykonała należycie prace, o których mowa w referencjach*

*„z uwagi na fakt, iż prace te były wykonywane w różnych krajach Europy, tj. referencja nr 1 - prace wykonywane w Serbii, referencja nr 2 - prace wykonywane w Bułgarii, referencja nr 3 - prace wykonywane w Republice Czeskiej; różnią się one formą (niepełna nazwa wykonawcy, nieprecyzyjne określenie ilości modernizowanych elektrofiltrów); nie ma jednak żadnych wątpliwości, że referencje te dotyczą jednej firmy, tj. ZWZ-Enven Engineering a.s.”*  
[...];

*„nazwa Podmiotu udostępniającego zasoby, zgodnie z wyciągiem z rejestru [...] brzmi ZVVZ-*

Enven Engineering a.s".

Innymi słowy, ELWO zdecydowanie podkreślił, że wszystkie referencje poświadczają wykonanie wskazanych w nich zamówień przez jedną i tę samą firmę tj. ZWZ-Enven Engineering a.s. a różnice w formie prawnej/nazwie są jedynie rodzajem nieścisłości wystawców referencji.

Reakcją Zamawiającego było wystosowanie pisma z dnia 30 kwietnia 2013 r. wzywającego ELWO (pkt. 2) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. do uzupełnienia złożonej oferty o dokument/dokumenty, potwierdzające, że w zakresie złożonych referencji prace wykonała ta sama firma - . ZVVZ-Enven Engineering a.s. Zamawiający wskazał między innymi: *„informacja o formie prawnej każdego podmiotu ma bardzo istotne znaczenie. Na rynku mogą funkcjonować podmioty, które posiadają podobne lub nawet identyczne nazwy, a różnią się formą prawną. Zapis w treściach referencji, który dotyczy niepełnej nazwy Wykonawcy (w tym przypadku podmiotu udostępniającego zasoby) powoduje, iż należy sądzić, że mowa jest o różnych firmach”.*

Treść wezwania pozwala sądzić, że już wówczas Zamawiający podejrzewał, że ELWO mija się z prawdą twierdząc, że wszystkie referencje są wystawione dla tego samego podmiotu.

Po dwukrotnych prośbach ELWO kierowanych do Zamawiającego o przesunięcie terminu do złożenia dokumentów, (pismo z dnia 7 maja 2013 r., oraz pismo z dnia 9 maja 2013), ELWO złożyło pismo z dnia 13 maja 2013 r. składając w załączeniu między innymi dokumenty dotyczące referencji nr 2 tj:

- zobowiązanie firmy ZWZ a.s. do udostępnienia zasobów wiedzy, doświadczenia i referencji firmie ZWZ-Enven Engineering a.s., z dnia 22 marca 2013 r.
- wyciąg z rejestru handlowego dla ZWZ a.s,
- kartę produktu firmy ZWZ-Enven Engineering a.s wraz z tłumaczeniem, potwierdzającą, iż referencja nr 2 wskazuje na wykonanie dwóch elektrofiltrów.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że wykonawca ELWO w wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia 2013 r. świadomie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Próbował bowiem przypisać spółce ZWZ-Enven Engineering a.s. doświadczenie innej firmy w zakresie referencji nr 2 co jest kluczowe w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wymaga przypomnienia, że ELWO stwierdził pierwotnie, że *„nie ma jednak żadnych wątpliwości, że referencje te dotyczą jednej firmy, tj. ZWZ-Enven Engineering a.s.”.* co okazało się nieprawdą. Złożenie pisma zawierającego zobowiązanie ZWZ a.s. do udostępnienia zasobów dla ZWZ-Enven Engineering a.s. wraz z wypisem z rejestru dla ZWZ a.s. stanowi de facto przyznanie się do składania nieprawdziwych informacji w tym zakresie w piśmie z dnia 24 kwietnia 2013 r. Okazało się bowiem, że pomimo podobnych nazw, referencje nr 2 wystawiono dla podmiotu innego niż ZWZ- Enven Engineering a.s.

Prowadzi to do wniosku, że ELWO świadomie próbowało wprowadzić Zamawiającego w błąd. Takie zachowanie jest naganne co potwierdza orzecznictwo Izby np. w wyroku z dnia 28 stycznia 2013 r. KIO 64/13 stwierdzono: „*Podanie nieprawdziwych informacji wiąże się ze świadomym wskazaniem przez wykonawcę informacji odbiegających od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd przez wykonawcę zamawiającego w celu uzyskania zamówienia publicznego*”. Taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie.

Co więcej, budzi wątpliwość czy data 22 marca 2013 r. figurująca na zobowiązaniu ZWZ a.s. jest prawdziwa. Trudno przypuszczać, że ZVVZ-Enven Engineering a.s. oraz ELWO posiadając wskazany dokument już w marcu, zaniechały jego złożenia wraz z ofertą, tym bardziej, że w wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia 2013 r. ELWO upierała się, iż referencja nr 2 jest wystawiona dla ZVVZ-Enven Engineering a.s.

Podsumowując, na dzień składania ofert ELWO nie udowodniła zamawiającemu, że w trakcie realizacji zamówienia dysponowała będzie potencjałem ZWZ a.s. a co więcej posługując się nieprawdziwymi informacjami świadomie próbowała przekonać Zamawiającego, że jest inaczej. Zdaniem Odwołującego, składanie nieprawdziwych informacji jest szczególnie naganne, gdyż świadczy o niskiej wiarygodności wykonawcy jako kontrahenta. Z tego względu stanowi to wystarczająca podstawę do wykluczenia ELWO z postępowania.

### **3. Nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu**

- 1) Na wstępie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę ponownie na referencję nr 2 uzupełniając wywód z pkt. 2 Odwołania. Poprzez złożenie przez ELWO w dniu 13 maja 2013 r. zobowiązania firmy ZWZ a.s. do udostępnienia zasobów wiedzy, doświadczenia i referencji firmie ZWZ-Enven Engineering a.s. ELWO udowodniło, że nie został jej udostępniony potencjał ZWZ a.s. Nawet po złożeniu dodatkowego zobowiązania mamy bowiem do czynienia z „piętrowym” udostępnieniem potencjału w zakresie referencji nr 2:
  - zobowiązanie ZWZ a.s. do udostępnienia potencjału dla ZVVZ-Enven Engineering a.s. z 22 marca 2013 r.,
  - oraz zobowiązanie ZVVZ-Enven Engineering a.s. do udostępnienia potencjału (w tym uzyskanego od ZWZ a.s.) dla ELWO z dnia 28 marca 2013 r. (załączone do oferty).

Taka sytuacja jest sprzeczna z treścią art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, z którego treści wynika zdaniem Odwołującego możliwość udostępnienia potencjału przez jeden podmiot drugiemu, bez prawa do dalszego „przekazywania” innym podmiotom. Gdyby taka sytuacja była dopuszczalna prowadziłoby to do powstania swoistego rynku referencji gdzie dana firma mogłaby nawet nie wiedzieć, że jej potencjał został udostępniony dalej. Co więcej, istnienie



„łańcucha udostępnień" czyniło by zdaniem Odwołującego praktycznie niemożliwym udowodnienie faktycznego dysponowania potencjałem. Z tego względu należy uznać, że ELWO nie może posługiwać się w niniejszym postępowaniu referencją nr 2 w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na marginesie należy wskazać, że z zobowiązania do udostępnienia zasobów przez ZWZ a.s., podobnie jak z zobowiązania ZWZ-Enven Engineering a.s. dla ELWO nie wynika w jaki sposób udostępniający zasoby będzie brał udział w wykonaniu zamówienia.

- 2) Szczególnie istotne dla sprawy jest, że zdaniem Odwołującego nawet biorąc pod uwagę wszystkie referencje przedłożone przez ELWO, nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu mówiący, że (Rozdział VII, pkt 2.1 SIWZ):

„wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia polegających na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat (zmienione przez Zamawiającego na 10 lat) przed dniem składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robót, które swoim rodzajem odpowiadają robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, a w tym *co najmniej 5 robót polegających na budowie lub modernizacji elektrofiltru (wraz z opracowaniem pełnej dokumentacji technicznej) kotła pyłowego o mocy cieplnej wprowadzanej w paliwie nie mniejszej niż 50 MW:*

- *w których gwarantowana średnio godzinna zawartość pyłu w spalinach wylotowych za elektrofiltrem była mniejsza lub równa wartości 50 mg/Nm<sup>3</sup> (w przeliczeniu na spaliny suche przy znormalizowanej zawartości tlenu wynoszącej 6 %),*
- *lub w których osiągnięto średnio godzinną wartość zapylenia spalin wylotowych mniejszą lub równą wartości 20 mg/Nm<sup>3</sup> (w przeliczeniu na spaliny suche przy znormalizowanej zawartości tlenu wynoszącej 6 %).*

Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta (referencje nr 1, 2 i 3) potwierdza wykonanie jedynie trzech robót polegających na budowie i modernizacji elektrofiltru kotła pyłowego, a nie ośmiu jak utrzymuje ELWO. Biorąc pod uwagę, że zdaniem Odwołującego ELWO nie może posługiwać się referencją nr 2 (z powodów wyżej przedstawionych), pozostawia to jedynie dwie roboty spełniające warunek z Rozdziału VII SIWZ pkt. 2.1,

- a) Referencja nr 2 wystawiona przez Topolifkacja Rouse (Bułgaria) dla ZWZ a.s.

W przypadku referencji nr 2 to nie powinna być ona brana pod uwagę już z samego faktu, że potencjał związany z tym zamówieniem nie został ELWO udostępniony bezpośrednio, o czym była mowa wyżej.

Co więcej, analizowana referencja nr 2 potwierdza zgodnie z jej treścią, że wykonawca wykonał jedną robotę polegającą na wykonaniu elektrofiltru (strony 12 i 14 oferty): „constructed for our company an electrostatic precipitator for purification of the exhaust

*gases of block 4"/>"wykonała dla nas elektrofiltr do oczyszczania gazów spalinowych z bloku nr 4". Wyraźnie jest tu wskazana liczba pojedyncza.*

Zamawiający zauważył wyżej wskazany problem i w piśmie z 22 kwietnia 2013 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazał, że wykonawca złożył w ofercie załącznik nr 4 (wykaz) do którego wpisał osiem robót, choć dołączono 3 referencje. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę, że w referencjach 2 i 3 wskazuje się na liczbę pojedynczą i poprosił ELWO o wyjaśnienie różnicy pomiędzy wykazem prac, a danymi z przedstawionych referencji. ELWO w wyjaśnieniach z 24 kwietnia 2013 r. wskazała, że „nieprecyzyjne określenia ilości modernizowanych elektrofiltrów” wynika z tego, że „prace były wykonane w różnych krajach” co miało sugerować brak precyzyjności wystawców referencji. Ponadto w pkt 5 wyjaśnień wskazano na fragmenty referencji które zdaniem ELWO potwierdzały liczbę elektrofiltrów (8); np dla referencji nr 2: „Produkt - 2x EKH-1-24-13,5-3-(7+8+8) w pierwszej linii tabeli na stronie 13 oferty (tłumaczenie na stronie 14 oferty), jest informacją, iż przedmiotem prac były 2 elektrofiltry”. Wykonawca będąc jednocześnie wzywany w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia tłumaczeń referencji z języka angielskiego przedstawił ponownie te same referencje, które w przypadku referencji nr 2 zawierały liczbę pojedynczą.

Zamawiający nie uznał odpowiedzi ELWO tego za wystarczającą, i w piśmie z dnia 30 kwietnia 2013 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów referencji w trybie art. 26 ust. 3. Podkreślono, że z dokumentów referencji nr 2 i 3 wynika liczba pojedyncza.

ELWO uzupełniło dokumenty wraz z pismem z dnia 13 maja 2013 r. ELWO między innymi dołączyła kartę produktu („Product Data Sheet”), z której jego zdaniem wynika, że wykonano dwa elektrofiltry co jest niezgodne z prawdą. Po pierwsze referencja nr 2 (wyżej cytowany fragment) wyraźnie wskazuje na wykonanie jednego elektrofiltru, a po drugie „karta produktu” załączona jako uzupełnienie nie jest referencją, a jedynie specyfikacją urządzenia. Z dokumentu tego nie wynika przez kogo został wystawiony oraz jaki zakres prac potwierdza, nie można jej łączyć z referencją nr 2 gdyż nie wiadomo czy i w jakim zakresie dotyczy zamówienia o którym mowa w referencji nr 2.

- b) Referencja nr 3 wystawiona przez CEZ a.s. Melnik (Czechy) dla ZVVZ-Enven Engineering a.s.

Analogicznie przedstawia się kwestia referencji nr 3. Załączona do oferty referencja nr 3 zawiera następujące stwierdzenie: „implemented renovation and modernization (R&M) of electrostatic precipitator of unit 11 for coal thermal power station Melnik”/wykonała remont i modernizację elektrofiltru bloku 11 dla elektrowni cieplnej węglowej Melnik”. Treść referencji wyraźnie wskazuje na liczbę pojedynczą.

Zamawiający zauważył wyżej wskazany problem i w piśmie z 22 kwietnia 2013 r. wezwał

wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazał, że wykonawca złożył w ofercie załącznik nr 4 (wykaz) do którego wpisał osiem robót, choć dołączono 3 referencje. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę, że w referencjach 2 i 3 wskazuje się na liczbę pojedynczą i poprosił ELWO o wyjaśnienie różnicy pomiędzy wykazem prac, a danymi z przedstawionych referencji. ELWO w wyjaśnieniach z 24 kwietnia 2013 r. wskazała, że „nieprecyzyjne określenia ilości modernizowanych elektrofiltrów” wynika z tego, że „prace były wykonane w różnych krajach” co miało sugerować brak precyzyjności wystawców referencji. Ponadto w pkt 5 wyjaśnień wskazano na fragmenty referencji które zdaniem ELWO potwierdzały liczbę elektrofiltrów (8); np. dla referencji nr 3: „Przepływ efektywny - 4 x 1 025 725 m<sup>3</sup>/h w trzeciej linii w tabeli na stronie 15 oferty (tłumaczenie na stronie 16 oferty), jest informacją, iż przedmiotem prac były 4 elektrofiltry”.

Powołano się również na korespondencję e-mailową z przedstawicielem podmiotu udostępniającego. E-mail od Pana Dusana Molik z punktu widzenia Odwołującego jest korespondencją z nieznaną osobą, nie ma żadnego potwierdzenia, że jest on uprawniony do składania jakichkolwiek oświadczeń w imieniu spółki ZWZ Enven Engineering a.s. Z samej struktury adresu e-mail trudno też mieć pewność czy Pan M..... w ogóle pracuje w podmiocie udostępniającym czy też w spółce o podobnej nazwie. Co szczególnie istotne, zobowiązanie do udostępniania zasobów powinno być przedstawione w oryginale a nie w kopii poświadczonej za zgodność. Przepis art. 26 ust. 2 b wyraźnie mówi: „pisemne zobowiązanie”. Z tego powodu przytoczona korespondencja z Panem D..... M..... nie powinna być brana przez Zamawiającego pod uwagę.

Wykonawca będąc jednocześnie wzywany w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia tłumaczeń referencji z języka angielskiego przedstawił ponownie te same referencje, które w przypadku referencji nr 3 zawierały liczbę pojedynczą. W uzupełnieniu tłumaczenia z dnia 24 kwietnia 2013 r. w dalszym ciągu jest mowa o „modernizacji elektrofiltru” (jednego).

Zamawiający nie uznał odpowiedzi ELWO za wystarczającą i w piśmie z dnia 30 kwietnia 2013 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów referencji w trybie art. 26 ust.

1. Podkreślono, że z dokumentów referencji nr 2 i 3 wynika liczba pojedyncza.

Na wezwanie zamawiającego ELWO w piśmie z 13 maja 2013 r. załączyło nową wersję dokumentu referencji nr 3, w którym tym razem literalnie wskazano, że wykonano 4 elektrofiltry bloku 11 dla elektrowni ciepłej węglowej Melnik. Zamawiający niesłusznie uznał ten dokument za prawidłowy co zostanie wykazane w dalszej części Odwołania.

- c) Referencja nr 1 wystawiona przez TPP Kostolac (Serbia) dla ZWZ-Enven Engineering a.s.

Analogicznie należy rozpatrzyć kwestię referencji nr 1. W tym przypadku referencja od początku zawierała co prawda liczbę mnogą, lecz nie oznacza to, że dotyczy dwóch

elektrofiltrów. Zamawiający niesłusznie przyjął, że wykonano dwa elektrofiltry.

Szczegółnej uwagi wymaga fakt, że z informacji powszechnie dostępnych wynika, że prace przy elektrowni TPP Kostolac w 2006 r. - której dotyczą referencje nr 1 - wykonała spółka ZWZ a.s. a nie jak wynika z referencji - ZWZ-Enven Engineering a.s. Poniżej Odwołujący prezentuje dwa źródła tej informacji gdzie przedstawiono ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na modernizację elektrowni Kostolac z 2006 r.):

<http://www.icc-hofroann.de/NewsTicker/200604/ausschreibung-86002-2006-BE.html>;

<https://www.klekoon.com/joce/joue-appels-offres-precipitateurs-travaux-construction-centrales-electriques-505990.htm>.

Przywołane strony są w języku niemieckim i francuskim, po przetłumaczeniu kluczowe fragmenty brzmią następująco:

- Zamówienie: Modernizacja elektrofiltru Thermal Kostolac Elektrownia A,
- Nr ogłoszenia TED: 2006 / S 82-086002,
- Data udzielenia zamówienia : 20.2.2006.,
- Nazwa i adres wykonawcy: ZWZ as, Sazinova 888, CZ-399 25 Milevsko.

Odwołujący załączył wydruki wyżej wskazanych stron internetowych do Odwołania wraz z tłumaczeniem.

W tym świetle należy stwierdzić, że bez przedstawienia stosownego dowodu przez ELWO S.A. że wykonawcą był jednak ZWZ-Enven Engineering a.s., należy uznać, że referencja nr 1 stwierdza nieprawdę. Kwestia tożsamości podmiotu udostępniającego zasoby była przedmiotem wyjaśnień, w związku z tym informacja, że referencja nr 1 jest nieprawdziwa co do nazwy podmiotu udostępniającego, powinna stanowić samodzielną podstawę do wykluczenia ELWO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Co więcej, bez możliwości posłużenia się referencją nr 1 (oraz referencją nr 2 z powodów wcześniej przedstawionych) ELWO S.A. nie mógłby wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wymaga podkreślenia, że we wszystkich trzech przypadkach, których dotyczą referencje mieliśmy do czynienia z trzema zamówieniami na wykonanie modernizacji trzech elektrofiltrów (po jednym na każde zamówienie).

Odwołujący wskazuje, że ELWO zawiążył liczbę elektrofiltrów poprzez policzenie ich poszczególnych sekcji. Dla referencji nr 1 i nr 2 - jeden elektrofiltr dwusekcyjny, dla referencji nr 3 - jeden elektrofiltr czterosekcyjny.

W tym miejscu wymaga przypomnienia brzmienie warunku udziału w postępowaniu, wykonawca miał wykazać się wykonaniem:

„co najmniej 5 robót polegających na budowie lub modernizacji elektrofiltru [...] kotła pyłowego o mocy cieplnej wprowadzanej w paliwie nie mniejszej niż 50 MW:

2.1.1. w których gwarantowana średnio godzinna zawartość pyłu w spalinach wylotowych za elektrofiltrem była mniejsza lub równa wartości 50 mg/Nm<sup>3</sup> (**w** przeliczeniu na spaliny suche przy znormalizowanej zawartości tlenu wynoszącej 6%),

2.1.2. lub w których osiągnięto średnio godzinną wartość zapylenia spalin wylotowych mniejszą lub równą wartości 20 mg/Nm<sup>3</sup> (w przeliczeniu na spaliny suche przy znormalizowanej zawartości tlenu wynoszącej 6 %)".

Wymaga podkreślenia, że warunek mówi o 5 robotach polegających na budowie lub modernizacji elektrofiltru dla kotła pyłowego, w efekcie której zagwarantowano (lub osiągnięto) określoną wartość zapylenia w spalinach wylotowych. Mamy więc do czynienia z następującymi kluczowymi elementami oceny spełniania warunku:

- wykonanie 5 robót polegających na budowie lub modernizacji elektrofiltru,
- dla kotła pyłowego,
- w efekcie której zagwarantowano/osiągnięto określony poziom zapylenia.

Tylko łączne ich spełnienie spełnia warunek. Taki jest również cel modernizacji - osiągnięcie określonego poziomu zapylenia tj. oczyszczenie z pyłów spalin do określonego poziomu wymaganego przez Zamawiającego.

Dla danego kotła energetycznego (w tym pyłowego), w wyniku budowy czy modernizacji elektrofiltru definiuje się tylko jeden poziom maksymalnego zapylenia spalin za elektrofiltrem (niezależnie od tego z ilu sekcji lub osobnych komór elektrofiltr się składa).

Wymaga wyjaśnienia, że elektrofiltr w kontekście kotła pyłowego jest urządzeniem, którego zadaniem jest oczyszczanie spalin powstających w wyniku spalania w kotle pyłowym paliwa (np. węgla kamiennego) do określonej wielkości. Elektrofiltr jest urządzeniem montowanym w drodze przepływu spalin pomiędzy kotłem a kominem. W przypadku Spółki Energetycznej Jastrzębie S.A., kotłem pyłowym jest kocioł WP-70, a elektrofiltr będący przedmiotem przetargu, ma zapewnić oczyszczanie spalin wylotowych z kotła do poziomu wskazanego w SIWZ.

Zależnie od warunków lokalizacyjnych, strumienia spalin czy innych wymagań, elektrofiltry składać się mogą z kilku równoległych obszarów przez które spaliny przepływają. Czasami sekcje te zwie się komorami, czasami sekcjami. ELWO na potrzeby oferty nazwał poszczególne sekcje po prostu „elektrofiltrem” co jest nadużyciem.

[...]

Elektrofiltr jest urządzeniem kompletnym, jeżeli jako komplet jest w stanie oczyścić spaliny z danego kotła do wymaganego prawem poziomu. W przypadku pojedynczych sekcji (czy komór), zapewnić tego nie można. Pojedyncza sekcja lub komora elektrofiltru, nie jest więc urządzeniem kompletnym i nie może być jako takie traktowana.

Podsumowując powyższe wywody należy wskazać:

- Postępowanie przetargowe nr 2/II/ZP/13 na zadanie pt. „Modernizacja elektrofiltru oraz układu odbioru i transportu popiołu z elektrofiltru kotła WP-70 nr 5 w SEJ S.A. - Elektrociepłownia „Zofiówka” dotyczy modernizacji elektrofiltru dla kotła pyłowego typu WP-70,
- Istniejący elektrofiltr, będący przedmiotem postępowania przetargowego, jest elektrofiltrem dwusekcyjnym (wg przekładu zaznaczonego w jednym ze schematów podanych powyżej), podzielonym na sześć sekcji. W żadnym jednak miejscu SIWZ, co jest najzupełniej oczywiste, nie traktuje się tego elektrofiltru jako dwa lub nawet jako sześć. Przedmiotem postępowania przetargowego jest modernizacja jednego elektrofiltru odpylającego spalin z kotła pyłowego, w wyniku której, Wykonawca modernizacji ma zagwarantować że spaliny wylotowe z kotła pyłowego zostaną w elektrofiltrze należycie oczyszczone, a zapylenie spalin wylotowych z kotła pyłowego (mierzone elektrofiltrem) nie będzie przekraczało poziomu 18 mg/Nm<sup>3</sup> (Gwarantowane średnio godzinne stężenie pyłu w spalinach wylotowych, spaliny suche, przeliczone na 6 % O<sub>2</sub>),
- Zamawiający nie precyzuje żadnych wymagań dotyczących wymaganej skuteczności oczyszczania spalin w zakresie pojedynczej sekcji elektrofiltru (lub inaczej zdefiniowanej części składowej elektrofiltru), lecz elektrofiltru jako całości oczyszczającego wszystkie spaliny pochodzące z kotła pyłowego WP70,
- Warunek 2.1 SIWZ jednoznacznie dotyczy niezależnych prac w których dla danych kotłów pyłowych, Wykonawca wybudował nowe lub zmodernizował istniejące elektrofiltry, gwarantując że poziom zapylenie spalin z danego kotła (mierzonych za elektrofiltrem ) nie przekroczy 50 mg/Nm<sup>3</sup>,
- ELWO S.A. powołują się na zasoby firmy ZWZ-ENVEN Engineering a.s oraz ZWZ a.s., przedstawiało wykaz wykonanych trzech zamówień  
Zamówienie 1 - budowa elektrofiltru dwusekcyjnego (wg powyższego schematu) odpylającego spaliny z jednego kotła pyłowego  
Zamówienie 2 - budowa elektrofiltru dwusekcyjnego (wg powyższego schematu) odpylającego spaliny z jednego kotła pyłowego  
Zamówienie 3 - budowa elektrofiltru czterosekcyjnego (wg powyższego schematu) odpylającego spaliny z jednego kotła pyłowego.

- Dla każdego z trzech w/w zadań, firmy udzielające swoich zasobów udzielały gwarancji zapylenia spalin za elektrofiltrem jako całością (w zakresie danego kotła), a nie osobnych gwarancji dla każdej osobnej, luźno zdefiniowanej części składowej elektrofiltru (komory, sekcji, strefy odpylania, pola itp.)

Forma przedstawienia wykonanych prac przez ELWO w wykazie zamówień stanowi manipulację i obciążona jest dodatkowo licznymi błędami (np. podanie takiej samej wartości zmierzonego zapylenia spalin dla każdej sekcji elektrofiltru, podczas gdy jest to wartość średnia wszystkich sekcji danego elektrofiltru). ELWO nazywa sekcje poszczególne elektrofiltru po prostu elektrofiltrem, ale w dalszym ciągu nie spełnia to warunku udziału w postępowaniu gdzie wyraźnie jest mowa o konieczności zapewnienia określonego poziomu zapylenia, a ten efekt daje tylko cały elektrofiltr (wszystkie jego sekcje). Gdyby uznać że referencje potwierdzają wykonanie/modernizację 8 elektrofiltrów, to konieczne byłoby wykazanie przez ELWO, że każda z tych robót oznacza samodzielną robotę budowy/modernizacji, dla ośmiu odrębnych kotłów pyłowych, gdzie osiągamy na końcu osiem (8) odrębnie zmierzonych poziomów zapylenia. Taka sytuacja nie występuje w postępowaniach, których dotyczą referencje przedstawione przez ELWO.

Na koniec Odwołujący przywołuje zapisy z dokumentacji przetargowej z 2005 r. na wykonanie prac przy modernizacji elektrowni TPP Kostolac (referencja nr 1, pozycje w wykazie nr 1 i 2), które jednoznacznie wskazują na realizację jednego elektrofiltru. W dokumentacji (Instrukcja dla wykonawców, specyfikacje techniczne) wyraźnie wskazuje się, że prace dotyczą jednego elektrofiltru: „Works tender for electrostatic precipitator improvement Kostolac A2 thermal power plant”/ „Przetarg na wykonanie ulepszenia elektrofiltru elektrowni ciepłej” (nr EUROPEAID/120385/D/W/YU). Nie jest zatem możliwe aby w odniesieniu do referencji nr 1 ELWO posługiwało się doświadczeniem uzyskanym od ZWZ-Enven Engineering a.s. na wykonanie dwóch elektrofiltrów.

[...]

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością zreferowano stan faktyczny sprawy, w tym przytoczono obowiązujące warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich

wykazywania przez wybranego wykonawcę oraz przebieg postępowania przetargowego w zakresie ich oceny – co zostało zreferowane powyżej.

Przy ocenie powyższego Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów pisma, wykazy i referencje powoływane w treści odwołania, a składające się na dokumentację postępowania przetargowego, a także wydruki ze stron internetowych załączone do odwołania i wskazane w jego treści.

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.



Przy czym zastrzec należy, iż według normy art. 26 ust. 2b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Natomiast jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastęrcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3

ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Ponadto w najnowszym orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami wykonawców w tym zakresie i przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12).

Izba wskazuje również na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomią postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Odnosząc powyższe do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Ad 1 (zarzut opisany w pkt 1 uzasadnienia odwołania)

Zarzut określony jako naruszenie przepisów art. 26 ust. 2b w zw. art. 26 ust. 3 Pzp, a opisany w treści odwołania jako przedłożenie niewłaściwego zobowiązania podmiotu trzeciego uznano za zasadny.

Powoływana norma art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje na konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Izby i poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia (przeciwstawioną i zapobiegającą patologicznym zjawiskom występującym na rynku zamówień publicznych określanym zbiorczo jako tzw. „handel referencjami”). Przy czym tego typu realność – w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia.

W ślad za powyższym należy przyjąć, iż wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (fakt, czy wykonawca zobowiązany będzie owe zasoby koniecznie w trakcie realizacji zamówienia wykorzystać pozostaje odrębnym zagadnieniem wykraczającym poza ramy rozpatrywanej tu kwestii).

Powyższe wykonawca może wykazać zamawiającemu przy użyciu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących o tym, iż sam fakt udostępnienia miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Tym samym wykazywane w takim przypadku winny być np.: zakres, sposób, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia.

Zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przyjąć można, iż niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiejś formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (ocena czy ewentualnie winna być wymagana i egzekwowana niejako kwalifikowana forma takiego

udziału jaką jest podwykonawstwo – rozumiane jako oddanie do wykonania całości czy części zamówienia przez wykonawcę innemu podmiotowi – zależy od oceny konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy, głównie specyfiki zamówienia i udostępnianych zasobów). Powyższe nie wynika wcale z mających rzekomo wynikać bezpośrednio z ustawy konkretnych zobowiązań cywilnoprawnych, ale z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania przy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający w tym zakresie swój potencjał, możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem, w większości przypadków należało będzie uznać za iluzoryczną i fikcyjną, a więc sprowadzającą się jedynie do „dysponowania referencjami” danego podmiotu.

W świetle powyższego należało ocenić „zobowiązanie” ZVZ-Enven Engineering a.s. załączone do oferty ELWO, stanowiące jedyny dowód, przy pomocy którego wykonawca usiłował wykazać możliwość posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego na potrzeby wykonania niniejszego zamówienia oraz należało stwierdzić, iż jest to dowód niewystarczający. „Zobowiązanie” ZVZ-Enven Engineering a.s. nie jest zobowiązaniem w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, nie jest również mogącym ewentualnie stanowić inny dowód udostępnienia, dokładnym, sporządzonym przez udostępniającego oświadczeniem/opisem (w praktyce zamówień często określanym „zobowiązaniem w rozumieniu art. 26 ust. 2b”), co i w jaki sposób dla realizacji danego zamówienia wykonawcy udostępni. Właściwie jako dowód jakichkolwiek innych okoliczności, niż fakt, iż tego typu lakoniczna beletrystyka została sporządzona, „zobowiązanie” przedłożone przez ELWO, nie warte jest rozpatrywania. Samo zadeklarowanie, iż „oddaje się do dyspozycji niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia”, bez dodatkowych informacji, które wskazywano przykładowo powyżej, pozostaje modelową egzemplifikacją „zobowiązania” służącego do formalnego wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie udowodnienia zamawiającemu realnej możliwości skorzystania z takiego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Również wskazanie, iż udostępni się jako niezbędny zasób w postaci referencji „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” wskazuje na głębokie niezrozumienie przez wykonawcę jakich okoliczności winien dowodzić zamawiającemu. Izba podkreśla, iż „zobowiązanie” sprowadzające się do kompilacji treści art. 26 ust. 2b i art. 22 ust. 1 Pzp, nie jest dowodem, o którym mowa w pierwszym z wymienionych przepisów, a przynajmniej za takowy nie jest już od dawna w orzecznictwie uznawane.

W związku z powyższym, uwzględniając dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp, nakazano zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Ad. 2. (Zarzuty opisane w pkt 2 uzasadnienia odwołania dotyczące nieprawdziwych informacji)

Zarzuty uznano za niezasadne.

ELWO podała nieprawdziwe informacje, co do wykonawcy robót objętych referencją nr 2 w wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia 2013 r. – stwierdzono tam, iż roboty te wykonywała spółka ZVVZ-Enven Engineering a.s., gdy w toku dalszych czynności w postępowaniu wykonawca od powyższego twierdzenia odstąpił i wykazywał spełnianie warunku przyjmując, iż ww. prace wykonała spółka działająca pod firmą ZVVZ a.s., która z kolei „przekazała” swoje doświadczenie w ten sposób nabyte na rzecz ZVVZ-Enven Engineering a.s.. Ponadto informacje te pozostawały w sprzeczności z informacjami wynikającymi z ww. referencji załączonej do oferty, którą słusznie zamawiający uznał za dokument bardziej wiarygodny od wyjaśnień wykonawcy i wezwał do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Powyższe informacje podawane przez wykonawcę należy uznać raczej za przejaw nieznamomości firm, organizacji i doświadczenia swoich partnerów biznesowych, a także dowód na nazbyt luźne kontakty pomiędzy wykonawcą, a podmiotem udostępniający mu swoje zasoby. Powyższe świadczy raczej o opisywanej w ramach zarzutu nr 1 niedostateczności samego udostępnienia potencjału, a nie o celowym, a przynajmniej świadomym wprowadzeniu w błąd zamawiającego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto w rozpatrywanym przypadku trudno doszukać się motywu takiego działania po stronie wykonawcy. Wręcz założyć można, iż gdyby wykonawca posiadał dokładne dane o podmiotach wykonujących zamówienia, które wykazywał, z łatwością uzyskałby również od ZVVZ a.s. zobowiązanie podobnego typu, jak od ZVVZ-Enven Engineering. W świetle zstaniego przebiegu postępowania (przedkładania dodatkowych zobowiązań ZVVZ a.s.), a także związków pomiędzy ww. spółkami, powyższe nie wymaga dodatkowego uzasadnienia.

Tym samym informacje podawane przez wykonawcę nie stanowią podania nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – w dominującym w orzecznictwie ujęciu zaprezentowanym w ww. wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Ponadto według oświadczenia zamawiającego ww. referencji nie wzięto pod uwagę dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ELWO S.A. – wystarczające w tym zakresie były realizacje robót, których dotyczyły referencje nr 1 i 3.

Izba stwierdziła, iż informacje podawane przez wykonawcę w zakresie wykonania prac w elektrowni w Kostolac (Serbia) odpowiadają rzeczywistości, a przynajmniej odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

W referencji załączonej pierwotnie do oferty ELWO potwierdzono, iż prace w elektrowni w Kostolac (Serbia) wykonywała ZVVZ-Enven Engineering Co. W wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia wskazano, iż powyższe prace wykonywała ZVVZ Enven Engineering a.s. (w języku angielskim, w którym wystawiono referencje czeskie oznaczenie spółki akcyjnej oddano trafnie skróconą formą „Company”), co znalazło ostateczne potwierdzenie w uzupełnionych referencjach w tym zakresie.

Za nieudowodnione uznano twierdzenia odwołującego jakoby ww. roboty w rzeczywistości wykonywała ZVVZ a.s. Dowody przedłożone przez odwołującego w tym zakresie (wydruki stron internetowych wskazane w odwołaniu) uznano za niewiarygodne i niewystarczające dla udowodnienia okoliczności tego typu, a zwłaszcza sfalsyfikowania dokumentów wystawianych przez inwestora. Zestawiając informacje z prywatnych stron internetowych, z dokumentami wystawianymi przez inwestora, przyznano prymat dokumentom. Izba przyjęła, że wystawca referencji nr 1 lepiej orientuje się jaki wykonawca wykonywał jego kontrakt, niż autorzy stron internetowe z krajów odległych, którzy uzyskują dane z niewiadomych źródeł i w niewiadomy sposób dane te przetwarzają. Tym samym za przemożne i rozstrzygające dowody w sprawie podmiotu, który wykonywał ww. zamówienie, uznano referencje wystawione przez TPP Kostolac załączone do oferty przystępującego.

Ad. 3. (Zarzuty opisane w pkt 3 uzasadnienia odwołania dotyczące niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu)

Zarzuty uznano za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż zamawiający nie wziął pod uwagę referencji nr 2, w związku z faktem, iż nie udowodniono, że wykonawca prac tam wykonanych (ZVVZ a.s.) udostępnił swój potencjał w tym zakresie na rzecz ELWO S.A. (w tym zakresie zamawiający przychylił się do stanowiska odwołującego). Tym samym za wystarczające dla wykazania spełnienia odnośnego warunku udziału w postępowaniu były w tym przypadku prace opisane w referencjach nr 1 i 2 wykonywane przez ZVVZ Enven Engineering a.s.

Izba stwierdziła, iż wyżej wymienione roboty obejmowały taką ilość elektrofiltrów, jaką podano w wykazie robót załączonym do oferty ELWO. Za przesądzające w tym zakresie uznano referencje wystawione przez inwestorów, w których potwierdzili oni jaką ilość elektrofiltrów wykonano na ich kontraktach, jaką ilość elektrofiltrów odebrali, a także jaka była ich specyfikacja techniczna i osiągnięte parametry, a dane te odpowiadały wymaganiom wynikającym z warunku udziału w postępowaniu zawartego w SIWZ. Dowodów na okoliczności przeciwne odwołujący nie przedstawił – powoływał się jedynie w treści odwołania na dokumentację prac w TPP Kostolac, jednakże dokumentacji takiej, ani wraz z odwołaniem ani na rozprawie, nie przedstawił.

Odwołujący poprzestawał w tym przypadku nie na wykazywaniu, co rzeczywiście w danych elektrowniach zmodernizowano bądź wybudowano, ale na generalnych dywagacjach na temat pojęcia elektrofiltru, które należałoby odnieść do treści warunku sformułowanego przez zamawiającego. Własną teorię w tym zakresie (teorię rozumienia elektrofiltru wskazanego w treści SIWZ – jako układu bądź zespołu elektrofiltrów, względem którego mierzy się i gwarantuje określonych parametrów oczyszczania) odwołujący usiłował odnieść do bliżej nieznanego mu urządzeń, a przynajmniej, których konstrukcji i parametrów nie wykazał, wykonanych w elektrowniach wskazywanych w wykazie załączonym do oferty ELWO. Tymczasem inwestorzy wyraźnie podali i potwierdzili ile elektrofiltrów na ich obiektach wykonano, a także podali osiągnięte przez te elektrofiltry parametry oczyszczania. Oznacza, to iż możliwe było zmierzenie i podanie danych wymaganych przez zamawiającego, a

wskazywane elektrofiltry można traktować jako oddzielne, konstrukcyjnie i funkcjonalnie wyodrębnione oraz zdolne do samodzielnej pracy jednostki oczyszczające. Właśnie tego typu ujęciu definicyjne elektrofiltru przyjęła Izba i uznała, że odpowiada ono treści warunku udziału w postępowaniu. Innymi słowy, warunek udziału w postępowaniu będzie wypełniać każde samodzielne urządzenie zdolne do wykonywania funkcji oczyszczania spalin w przypisany definicyjnie elektrofiltrom sposób, które osiągnęło (zmierzono mu) parametry wskazane w SIWZ.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....