

WYROK

z dnia 16 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Katarzyna Odrzywolska
Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim (Austria), ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz ERBUD Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Energetyki Ciepłej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starachowicach**

przy udziale wykonawcy **Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zakład Energetyki Ciepłej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starachowicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie inwestycji pn. Instalacja odzysku energii (IOE) w Starachowicach*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 243-602785.

W dniu 7 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim (Austria), ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz ERBUD Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, mimo że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony, ponieważ w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, ewentualnie naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, mimo że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony, ponieważ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. sprzeczne z prawem wezwanie CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 marca 2021 r., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia uzupełnionego (poprawionego) Załącznika Nr 4 - Wzoru wykazu wykonanych robót budowlanych;

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, mimo że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie opisanym w pkt 7.3.1 lit. b) SIWZ, tj. pomimo wezwania z 22 marca 2021 r. wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu „dokumentów potwierdzających podstawę do dysponowania” osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia oraz „dokumentów potwierdzających, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia przedstawione w ofercie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, posiadają kwalifikacje zawodowe, wykształcenie oraz uprawnienia i doświadczenia niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, jak również kwalifikacje wymagane w SIWZ”, twierdząc w piśmie z 2 kwietnia 2021 r., że żądanie Zamawiającego w tym zakresie jest niezgodne z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, mimo że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, określonego w pkt 4.1 lit. a SIWZ, tj. posiadania zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 20 000 000 PLN.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia w całości czynności Zamawiającego polegającej na ponownym uznaniu i wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty nr 2 tj. oferty złożonej przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert, wykluczenia CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W tym samym dniu pismo procesowe złożył

Przystępujący, również wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień i uzupełnień składanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lipca 2021 r.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe Odwołującego jako nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz wykraczające poza zakres odwołania, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia. Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła także wnioskowanego przez Przystępującego dowodu z oświadczenia banku z 9 lipca 2021 r., bowiem przedstawiony dokument nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu oceny złożonej oferty.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i realizacja w formule pod klucz, zadania inwestycyjnego pn. „INSTALACJA ODZYSKU ENERGII (IOE) W STARACHOWICACH”, zlokalizowanego na terenie istniejącej kotłowni przy ul. Ostrowieckiej 3 w Starachowicach, na działce o numerze ewidencyjnym 769/2, obręb 07 Starachowice, powiat starachowicki, województwo świętokrzyskie, wraz z zapewnieniem serwisu gwarancyjnego, wykazu oraz możliwości dostawy na podstawie osobnej umowy części zamiennych i zapasowych oraz przeprowadzeniem szkoleń. Inwestycja jest przeznaczona do termicznego przekształcania paliwa alternatywnego, pochodzącego z odpadów innych niż niebezpieczne, pracująca w wysokosprawnej kogeneracji o mocy wyjściowej brutto 1,86 MWe i 7,83 MWt i maksymalnej mocy w paliwie 12.9 MW.

Zgodnie z pkt 4.1 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, tj. posiadają zdolność kredytową w wysokości co najmniej 20 000 000 PLN.

Zamawiający warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określił w pkt 4.2 SIWZ wskazując, że 4.2.1. *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie tzn.: wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie podobne do przedmiotu zamówienia. Za zadanie podobne do przedmiotu zamówienia Zamawiający uzna zadanie polegające na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub wysegregowanej frakcji palnej z odpadów komunalnych tzw. RDF lub pre-RDF lub mieszanego paliwa alternatywnego (odpady komunalne + odpady przemysłowe + odpady medyczne) o wydajności nie mniejszej niż 20 000 Mg/rok. Wykazane zadanie podobne musi obejmować swoim zakresem instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych:*

a) *segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym złożem lub komorą spalania z ruchomym rusztem;*

b) *segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchoj metody oczyszczania spalin;*

c) *segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;*

d) *segment 4 - z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe.*

4.2.2 *Zamawiający uzna także, że warunek wykonania zadania podobnego będzie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał instalację składającą się co najmniej z segmentu nr 1 i 2 łącznie (w ramach tej samej inwestycji) oraz instalację spalającą inne paliwo składającą się z segmentu 3 i 4 łącznie lub instalacje spalające inne paliwa składające się z segmentów 3 i 4 rozłącznie.*

Zamawiający wymagał również, aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, szczegółowo wymienionymi w pkt 4.2.3 SIWZ.

Stosownie do pkt 7.3 SIWZ Wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień złożenia oferty następujące oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w postępowaniu w zakresie:

7.3.1 *zdolności technicznej lub zawodowej:*

a) *zestawienie robót budowlanych oraz dowody potwierdzające, że roboty budowlane przedstawione w załączniku nr 4 do SIWZ zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i*

prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty;

b) wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia oraz zestawienie dokumentów potwierdzających, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia przedstawione w ofercie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, posiadają kwalifikacje zawodowe, wykształcenie oraz uprawnienia i doświadczenia niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, jak również kwalifikacje wymagane w SIWZ, oraz dokumentów potwierdzających podstawę do dysponowania tymi osobami,

7.3.2 Sytuacji finansowej i ekonomicznej:

a) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości 20 000 000 PLN, wydanej w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert; (...).

Załącznik nr 4 do SIWZ- Wzór wykazu wykonanych robót budowlanych zawierał tabelę składającą się z 7 kolumn, które należało wypełnić, tj.: lp., zakres zamówienia (rodzaj robót), moc komory spalania w paliwie (MW) i rodzaj paliwa, wydajność Mg/h, moc turbogeneratorsa ORC, termin i miejsce realizacji, zamawiający. Pod tabelą znajdowało się zdanie *Wykonawca przedstawia dowody określające, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami tymi są następujące referencje / bądź inne dokumenty* załączone do oferty: 1) 2) 3)*

Załącznik nr 5 do SIWZ – Wzór wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia zawierał tabelę składającą z 5 kolumn, które należało wypełnić, tj.: imię i nazwisko, funkcja, uprawnienia (wykonawca zobowiązany był wskazać numery i daty uzyskania uprawnień budowlanych), doświadczenie, podstawa dysponowania. Pod tabelą znajdowało się stwierdzenie *Zgodnie z pkt 7.3.1 lit. b) SIWZ na potwierdzenie spełnienia wymaganych w pkt 4.2 ppkt 3) SIWZ warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia załączam do oferty następujące dokumenty:*, a następnie tabela, gdzie należało wpisać w odniesieniu do każdej osoby następujące dane: imię i nazwisko, dokument potwierdzający nadanie uprawnień, dokumenty potwierdzające doświadczenie, dokument potwierdzający podstawę dysponowania.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 8 marca 2021 r. wpłynęły oferty od następujących wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim (Austria), ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz ERBUD Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie.

Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący wskazał w załączniku Nr 4 - Wzór wykazu wykonanych robót budowlanych trzy roboty, podając następujące dane:

1) Zaprojektowanie i wybudowanie komory spalania z rusztem oraz oczyszczania spalin metodą pólsuchą, 45 MWt, RDF, 7,9 Mg/h (70 000 Mg/rok), -/- (w odniesieniu do mocy turbogeneratorsa ORC), Lipiec 2017, Sarburi, Thailand, Beter World Green Public Co., Ltd.;

2) Zaprojektowanie i wybudowanie kotła termalnego z olejem termalnym, 8 MWt, biomasa, 57 000 Mg/rok, -/- (w odniesieniu do mocy turbogeneratorsa ORC), Wrzesień 2017, Francja, Garnica, Grupo Garnica Plywood, S.A.;

3) Zaprojektowanie i wybudowanie turbozespołu ORC, -/- (w zakresie mocy komory spalania w paliwie (MW) i rodzaju paliwa), Dzierżoniów, Polska, ZEC Zakład Energetyki Ciepłej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; kolumna wydajność Mg/h oraz moc turbogeneratorsa ORC pozostały puste.

Pod wykazem wskazano: Wykonawca przedstawia dowody określające, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami tymi są następujące referencje / bądź inne dokumenty* załączone do oferty: 1) List referencyjny – segment 1, 2; 2) List referencyjny – segment 3.

Do wykazu załączono list z 6 lutego 2017 r. wystawiony przez LAWI ENGINEERING GmbH o następującej treści: *Celem niniejszego pisma jest poinformowanie o tym, że LAWI ENGINEERING GmbH, Niemcy potwierdzają, że system oczyszczania gazów spalinowych w przypadku zakładu przetwarzania odpadów na energię w Plant at Keangkoi Industrial Estate, które należą do Earth Tech Environmental Company Limited, ma możliwość ograniczenia wszystkich zanieczyszczeń na wylocie z komina w stopniu mniejszym niż pozwalają na to tajlandzkie przepisy.*

LAWI EtaComb® technologia spalania w komorze dopalania połączona z kotłem na ciepło odpadowe jest w stanie niezawodnie kontrolować wydajność niszczenia i usuwania związków ograniczonych (DRE) zgodnie z dyrektywą Unii Europejskiej (UE) w sprawie spalania emisji przemysłowych (2010) oraz niemiecką dyrektywą dotyczącą odpadów - Rozporządzenie w sprawie spalania i współspalania – 17th BImSchV (XVII Rozporządzenie w sprawie wykonania federalnej ustawy o kontroli emisji w sprawie spalania i współspalania odpadów - 17. BImSchV) (2013).

LAWI ENGINEERING GmbH może niniejszym zaświadczyć, że powyższy system jest tak zaprojektowany, aby można go niezawodnie i bezpiecznie obsługiwać w ciężkich i w długotrwałych warunkach oraz działać zgodnie z danymi projektowymi.

Właściwa obsługa obejmuje między innymi charakterystykę paliwa zgodnie z rysunkami projektowymi, ściśle przestrzeganie wszystkich okresów obsługi i instrukcji obsługi. Należy zagwarantować odpowiednie działanie, aby zapewnić działanie zgodne z danymi projektowymi.

Drugim dokumentem załączonym do wykazu były referencje wystawione przez Garnica Plywood France.

Następnie, Izba ustaliła, że Przystępujący przedłożył również wykaz osób, a na potwierdzenie spełnienia wymaganych w pkt 4.2.3 SIWZ warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia załączył oświadczenia własne poszczególnych ekspertów o posiadaniu przez nich odpowiednich uprawnień budowlanych, wykształcenia oraz doświadczenia.

Przystępujący przedłożył również dwie opinie bankowe wystawione przez banki: Bank Millennium S.A. oraz Bank PEKAO S.A., obie datowane na 19 stycznia 2021 r.

Zamawiający pismem z dnia 22 marca 2021 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień oraz uzupełnienia (poprawienia) dokumentów złożonych wraz z ofertą zgodnie z niżej wskazanym zakresem.

Po pierwsze, Zamawiający wskazał, że wykonawca przedłożył dokumenty wystawione przez banki w dniu 19 stycznia 2021 r., podczas gdy termin składania ofert w postępowaniu upływał 8 marca 2021 r., a zgodnie z pkt 7.3.2. SIWZ, przedłożyć należało informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą zdolność kredytową wykonawcy w wysokości 20 000 000 PLN, wydaną w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego Zamawiający wezwał do przedłożenia dokumentu odpowiadającego wymogom SIWZ.

Po drugie, Zamawiający wskazał, że wykonawca przedłożył wykaz robót, składający się z 3 pozycji, gdzie pierwsza nie wskazuje, czy komora spalania została wyposażona w ruchomy ruszt. W zakresie drugiej wykonawca nie wskazał, czy zamówienie składało się z całego wymaganego segmentu trzeciego, czyli odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym (pominięto kwestię odzysku ciepła). Co do trzeciej, Wykonawca nie wskazał na wyprowadzaną moc elektryczną wymaganą w segmencie czwartym, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że zaprojektował i wybudował turbozespół ORC. Zamawiający podnosił także, że wykonawca dołączył do wykazu referencje, jednak nie zostały załączone żadne referencje dotyczące trzeciej roboty, co powoduje niespełnianie przez wykonawcę warunku przedłożenia dowodów potwierdzających, że roboty przedstawione w wykazie zostały

wykonane należycie (pkt 7.3.1. lit. a SIWZ), gdyż z powodu braku tych dokumentów wykonawca nie wykazał wykonania instalacji składającej się z segmentu 4.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający stwierdził, że również załączone referencje nasunęły pewne wątpliwości. Pierwszy list referencyjny został wystawiony przez LAWI Engineering, czyli samego wykonawcę instalacji. *Odbiorca, Earth Tech Environment Company Limited nie dość, że nie został wskazany jako zamawiający w dostawie pierwszej (wykaz dostaw stwierdza, że zamawiającym był Better World Green Public Co., Ltd, podczas gdy z referencji wynika, że właścicielem elektrowni, w której wykonano instalację, jest rzeczony Earth Tech Environment Company Limited), to na dokumencie w oryginale znajduje się jedynie pieczęć tej spółki wraz z podpisami oraz pieczęciami osób, jak się wydaje, składającymi podpisy. Nie zostały one jednak przetłumaczone na język polski. Nie sposób wywnioskować z tego dokumentu, że zamawiający zaświadcza o należyтым wykonaniu dostawy wskazanej w wykazie dostaw pod numerem 1. Wręcz przeciwnie, jego treść sugeruje jedynie zaświadczenie przez LAWI Engineering GmbH (wykonawcę instalacji) o spełnianiu przez nią wymogów – jest to jednak referencja wystawiona „samemu sobie”.*

Wobec powyższego, Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści wykazu dostaw w ww. zakresie, w szczególności w zakresie obiektu ZEC Dzierżoniów, wobec którego Zamawiający wnosił o wskazanie zakresu wykonanych prac dotyczących tego obiektu oraz wskazanie wyprowadzanej mocy elektrycznej objętej zakresem wykonanego zadania; a także wezwał do złożenia właściwych referencji w ww. zakresie.

Po trzecie, Zamawiający podnosił, że wykonawca przedłożył wykaz osób, w którym nie przedstawił, do czego obligował go pkt 7.3.1. lit. b SIWZ, dokumentów potwierdzających, jak stanowi SIWZ: „[...] że osoby przewidziane do realizacji zamówienia przedstawione w ofercie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, posiadają kwalifikacje zawodowe, wykształcenie oraz uprawnienia i doświadczenia niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, jak również kwalifikacje wymagane w SIWZ, oraz dokumentów potwierdzających podstawę do dysponowania tymi osobami, [...]”. Jedyнным dokumentem, który w przypadku każdej wymienionej osoby Wykonawca wskazał, jest „oświadczenie eksperta”, które każdorazowo ogranicza się do złożenia przez zainteresowaną osobę oświadczenia o spełnianiu wymogów wskazanych w SIWZ. Taki dokument nie może zostać uznany za spełniający wymagania – oczywistym jest, że nie potwierdza on spełniania przez daną osobę wymogów wskazanych w SIWZ, gdyż nie przedstawia żadnych dowodów tych okoliczności, lecz ogranicza się do oświadczenia wiedzy danej osoby. Podobnie Wykonawca nie przedłożył, do czego obligował go SIWZ, dokumentu potwierdzającego podstawę do dysponowania tymi osobami. „Dysponowanie bezpośrednio”, które wskazał Wykonawca, nie stanowi wystarczającego potwierdzenia. (...) Wobec powyższego Zamawiający wezwał wykonawcę do: uzupełnienia wymaganej dokumentacji w ww. wskazanym zakresie,

wyjaśnienia rozbieżności wynikających ze wskazania ww. ekspertów jako dysponowanych bezpośrednio przez Wykonawcę, podczas gdy podmiot trzeci zobowiązał się udzielić takich ekspertów Wykonawcy.

Przystępujący udzielił odpowiedzi w wyznaczonym terminie. W zakresie wezwania do przedłożenia dokumentu odpowiadającego wymogom pkt 4.1.1 SIWZ, wykonawca przedłożył dwie opinie bankowe, tj. opinię banku Millenium z dnia 2 marca 2021 r. oraz opinię banku Millenium z dnia 30 marca 2021 r.

Bank w opinii z 2 marca 2021 r. wskazał, że *stan dostępnych środków na rachunku na dzień 01-03-2021 r. wynosi: 621.239,25 waluta: PLN (słownie złotych: sześćset dwadzieścia jeden tysięcy dwieście trzydzieści dziewięć 25/100).*

CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie korzysta z udzielonych przez Bank produktów kredytowych:

- *1 linii wieloproduktowej przyznanej na podstawie umowy o linię wieloproduktową Nr 6302/13/400/04 z dnia 22-10-2013 r. wraz z późniejszymi jej zmianami w aktualnej wysokości 25.000.000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia pięć milionów 00/100) z terminem wymagalności w dniu 28-07-2022 r. Kwota zadłużenia z tytułu kredytu na dzień 01-03-2021 r. wynosi: 21.151.922,91 PLN (słownie złotych: dwadzieścia jeden milionów sto pięćdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset dwadzieścia dwa 91/100),*
- *1 kredytu inwestycyjnego przyznanego na podstawie umowy o kredyt inwestycyjny Nr 9851/16/406/04 z dnia 28-09-2016 r. wraz z późniejszymi jej zmianami w wysokości 11.000.000,00 PLN (słownie złotych: jedenaście milionów 00/100) z terminem wymagalności w dniu 27-09-2024 r. Kwota zadłużenia z tytułu kredytu na dzień 01-03-2021 r. wynosi: 6.065.000,00 PLN (słownie złotych: sześć milionów sześćdziesiąt pięć tysięcy 00/100),*
- *1 kredytu rewalwingowego przyznanego na podstawie umowy o kredyt rewalwingowy Nr 13829/20/475/04 z dnia 26-05-2020 r. w wysokości 30.000.000,00 PLN (słownie złotych: trzydzieści milionów 00/100) z terminem wymagalności w dniu 24-05-2022 r. Kwota zadłużenia z tytułu kredytu na dzień 01-03-2021 r. wynosi 28.847.044,63 PLN (słownie złotych: dwadzieścia osiem milionów osiemset czterdzieści siedem tysięcy czterdzieści cztery 63/100).*

Bank dokonał analizy w oparciu o wyniki finansowe Posiadacza rachunku sporządzone wg stanu na dzień 31-03-2020 r. i na tej podstawie stwierdza, że na dzień wystawienia opinii Posiadacz rachunku — Firma: CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie posiada zdolność kredytową w rozumieniu art. 70 Ustawy prawo Bankowe, do kwoty 52.000.000,00 PLN (słownie złotych: pięćdziesiąt dwa miliony 00/100).

Dotychczasowa współpraca Banku z Posiadaczem rachunku przebiegała bez zastrzeżeń.

Dodatkowe adnotacje Banku: ----

W opinii banku z dnia 30 marca wskazano, że *stan dostępnych środków na rachunku na dzień 29-03-2021 r. wynosi: 65.402,54 waluta: PLN (słownie złotych: sześćdziesiąt pięć tysięcy czterysta dwa 54/100).*

CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie korzysta z udzielonych przez Bank produktów kredytowych, tj.: linii wieloproduktowej, kredytu inwestycyjnego, kredytu rewolwingowego, gwarancji bankowych.

Bank dokonał analizy w oparciu o wyniki finansowe Posiadacza rachunku sporządzone wg stanu na dzień 31-03-2020 r. i na tej podstawie stwierdza, że na dzień wystawienia opinii Posiadacz rachunku — Firma: CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie posiada zdolność kredytową w rozumieniu art. 70 Ustawy prawo Bankowe, do kwoty 52.000.000,00 PLN (słownie złotych: pięćdziesiąt dwa miliony 00/100).

Dotychczasowa współpraca Banku z Posiadaczem rachunku przebiegała bez zastrzeżeń.

Dodatkowe adnotacje Banku: ---

W zakresie wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót w szczególności w zakresie obiektu ZEC Dzierżoniów, wobec którego Zamawiający wnosi o wskazanie zakresu wykonanych prac dotyczących tego obiektu oraz wskazanie wyprowadzanej mocy elektrycznej objętej zakresem wykonanego zadania oraz do złożenia właściwych referencji w ww. zakresie Przystępujący przedłożył: poprawiony wykaz wykonanych robót budowlanych wg załącznika nr 4 do SIWZ uwzględniający:

1. informacje o wyposażeniu komory spalania w ruszt ruchomy (dla referencji nr 1),
2. informację o tym, że zamówienie składało się z całego wymaganego segmentu trzeciego, czyli odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym (dla referencji nr 2),
3. informację o wyprowadzonej mocy elektrycznej wymaganej w segmencie czwartym dla zaprojektowania i wybudowania turbozespołu ORC (dla referencji nr 3).

Dodatkowo, Przystępujący poinformował, że w wykazie wykonanych robót budowlanych, wg załącznika nr 4 do SIWZ:

1. dla roboty nr 1 skorygował informację o „Zamawiającym”, gdyż omyłkowo wskazał „Beter World Green Public Co., Ltd”. W rzeczywistości Instytucją Zamawiającą dla wskazanego zamówienia była firma Earth Tech Environment Company Limited;
2. dla roboty nr 3 skorygował informację o „Zamawiającym”, gdyż omyłkowo wskazał ZEC Zakład Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Dzierżoniowie. W rzeczywistości zamawiającym dla wykazanego zamówienia w odniesieniu do podwykonawcy TURBODEN S.P.A. był generalny wykonawca firma VAS Energy Systems GmbH.

Ponadto, Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający przyjął, że wykonawca wykazał inwestycję realizowaną dla Zakładu Energetyki Ciepłej w Dzierżoniowie na potrzebę

spełnienia warunku określonego w pkt 4.2.1 lit. d) SIWZ, a zamiarem wykonawcy było wyłącznie wykazanie Zamawiającemu, że dostawca TURBODEN S.P.A. posiada doświadczenie w realizacji projektów w Polsce, co dodatkowo argumentuje wybór wykonawcy w zakresie dostawy turbogeneratora ORC.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 4.2.1 lit. d) SIWZ, Przystępujący przedłożył uzupełniony wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót. Jednocześnie poinformował, że zakres wykonywanych prac przez TURBODEN S.P.A. dotyczył zaprojektowania i wybudowania zespołu turbogeneratora ORC o mocy elektrycznej wynoszącej 1 MWe.

Przystępujący załączył także:

1. dla roboty nr 1 – list referencyjny wystawiony przez firmę Earth Tech Environment Company Limited na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 4.2.1 lit. a) i b) SIWZ (segment 1 i segment 2) wraz z tłumaczeniem;
2. dla roboty nr 2 – list referencyjny wystawiony przez firmę GARNICA PLYWOOD FRANCE na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 4.2.1 lit. c) SIWZ (segment 3) wraz z tłumaczeniem,
3. dla roboty nr 3 – oświadczenie własne firmy TURBODEN S.P.A., składane w związku z niemożliwością pozyskania referencji wobec tego, że klientem była firma VAS Energy Systems GmbH, będąca jednocześnie podmiotem konkurencyjnym w niniejszym postępowaniu, wraz z tłumaczeniem.

Dodatkowo, Przystępujący przedłożył uzupełniony wykaz wykonanych robót budowlanych wg załącznika nr 4 do SIWZ o:

1. dla segmentu nr 1 i 2 – Inwestycję wykonaną dla Recovery House Co, Ltd.,
2. dla segmentu nr 4 – Inwestycje wykonane na rzecz O.R.I MARTIN ACCIAIERIA E FERRIERA DI BRESCIA S.P.A., Mendez Enerji Uretim ve Tic. A.S., Schwaiger Holzindustrie GmbH & Co. KG,
3. referencje potwierdzające należyte wykonanie robót wystawione przez: dla segmentu nr 1 i 2 – firmę Recovery House Co, Ltd., wraz z tłumaczeniem, dla segmentu nr 4 – firmy O.R.I MARTIN ACCIAIERIA E FERRIERA DI BRESCIA S.P.A., Mendez Enerji Uretim ve Tic. A.S., Schwaiger Holzindustrie GmbH & Co. KG. wraz z tłumaczeniami.

W zakresie wezwania dot. pkt 4.3.2. SIWZ do uzupełnienia wymaganej dokumentacji oraz wyjaśnienia rozbieżności wynikających ze wskazania ww. ekspertów jako dysponowanych bezpośrednio przez wykonawcę, podczas gdy podmiot trzeci zobowiązał się udzielić takich ekspertów wykonawcy, Przystępujący wskazał, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia –

w zakresie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, Zamawiający jest uprawniony do żądania wyłącznie informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia – informacje te zostały zawarte w wykazie. Wykonawca wskazuje na różnicę w brzmieniu § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia – w którym przewidziano żądanie wykazu „z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane (dostawy lub usługi) zostały wykonane należycie” – a § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia, które takiego zapisu nie zawiera. Tym samym żądanie przedstawienia innych niż wykaz dowodów doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego jest żądaniem przekraczającym ramy określone w rozporządzeniu, a tym samym pozbawione podstaw prawnych.

Dalej, Izba ustaliła, że w dniu 17 marca 2021 r. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, po czym czynność tę unieważnił i dokonał w dniu 28 maja 2021 r. drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownie uznając ofertę wykonawcy Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie za najkorzystniejszą.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 7 czerwca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 nPzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym

samym, na podstawie art. 554 ust. 1 nPzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16), wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tych przepisach muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył cytowanych przepisów. Zatem, dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu; przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek: przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zawarta w obu przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający został wprowadzony w błąd lub przekazano mu nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie segmentu technologicznego 4 (Przystępujący nie spełnia wymogu polegającego na wykonaniu zadania z zespołem turbogenerators ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe) oraz w zakresie segmentu technologicznego 1 i 2 (wskazane przez Przystępującego projekty nie dowodzą jednoznacznie czy oczyszczanie spalin w ramach realizacji odbywa się na sucho, czy też półsucho).

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Odnosząc się do spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie segmentu technologicznego 4, należy wskazać, że w przedłożonym przez wykonawcę załączniku nr 4 – wykaz wykonanych robót budowlanych, kolumna pn. „Moc turbogenerators ORC” pozostała niewypełniona, uniemożliwiając Zamawiającemu ocenę, czy warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione, a Przystępujący nie załączył żadnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót w zakresie segmentu nr 4. Ponadto, sam Zamawiający był świadomy braku w wykazie wykonanych robót budowlanych informacji na temat mocy elektrycznej, skoro zgodnie z wezwaniem z dnia 22 marca 2021 r., stwierdził, że wykonawca nie wskazał na wprowadzoną moc elektryczną wymaganą w segmencie 4, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że zaprojektował i wybudował turbozespół ORC. Reasumując, Przystępujący nigdzie nie podał, iż zadanie wykonane na rzecz ZEC Zakład Energetyki Ciepłej sp. z o.o. obejmowało zespół turbogenerators ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe, tym samym nie mógł wprowadzić w błąd Zamawiającego.

W konsekwencji niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (zdaniem Odwołującego sprzeczne z prawem wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia uzupełnionego (poprawionego) Załącznika nr 4 - Wzoru wykazu wykonanych robót budowlanych), bowiem skoro art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp nie mają zastosowania w niniejszym stanie faktycznym, to wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest nie tylko prawem, ale i obowiązkiem zamawiającego, w przypadku stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie zrealizował w ramach wykazanych do spełnienia warunków z segmentów nr 1 i 2 robót instalacji z segmentu nr 2, tj. instalacji oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchej metody oczyszczania spalin i w powyższym zakresie wprowadził w błąd Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że realizacja polegająca na zaprojektowaniu i wybudowaniu komory spalania z rusztem oraz oczyszczania spalin metodą półsuchą - Lipiec 2017, Sarburi,

Thailand nie zawiera systemu oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchej metody oczyszczania spalin (segment 2). Ponadto, podnosił, że referencje wystawione przez Earth Tech Environment Public Company Limited budzą szereg wątpliwości i nie potwierdzają jednoznacznie, że ww. realizacja spełnia warunek uczestnictwa wskazany w segmencie technologicznym nr 2, bowiem wynika z niej, że ww. realizacja obejmowała „segment 2 – oczyszczanie spalin metodą czyszczenia na sucho lub półsuche”, co oznaczać ma, że nie dowodzą w sposób jednoznaczny, czy oczyszczanie spalin w ramach tej realizacji odbywa się na sucho, czy też półsucho. W kontekście wspomnianego listu referencyjnego Odwołujący wskazywał na jego sprzeczności z informacjami podanymi przez LAWI Engineering GmbH na stronie internetowej.

Podobne wywody kierował do drugiej inwestycji, uzupełnionej w wykazie robót budowlanych, złożonym przez Przystępującego wraz z pismem z 2 kwietnia 2021 r., obejmującej zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie instalacji składającej się z komory spalania z ruchomym rusztem oraz oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin Lipiec 2019, Ayutthaya, Thailand. Zdaniem Odwołującego również ta realizacja nie obejmowała wykonania przez LAWI Engineering GmbH prac składających się na segment 2 – oczyszczanie spalin metodą czyszczenia na sucho lub półsucho.

Izba ustaliła, że wykaz robót złożony przez Przystępującego w pozycji 1 wskazywał, że zakresem zamówienia było *Zaprojektowanie i wybudowanie komory spalania z rusztem oraz oczyszczania spalin metodą półsuchą*. Zgodnie z powyższą informacją na zakres robót składało się: zaprojektowanie i wybudowanie komory spalania z rusztem oraz oczyszczania spalin metodą półsuchą. Przystępujący wskazał więc na zrealizowanie w ramach tej inwestycji segmentu 2 (zgodnie z pkt 4.2.1 lit. b) SIWZ segment 2 – oczyszczanie spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchej metody oczyszczania spalin). Zamawiający nabrał natomiast wątpliwości w zakresie realizacji segmentu 1, co znalazło wyraz w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 22 marca 2021 r. Wątpliwości dotyczyły zrealizowania ruchomego rusztu w ramach robót z pozycji nr 1 wykazu robót.

W wyniku wezwania przedłożony został uzupełniony wykaz robót wraz z referencjami, w tym referencjami w zakresie roboty z pozycji nr 1 wykazu, do których również, z uwagi na ich niejasność, miał wątpliwości Zamawiający.

Zgodnie z ich treścią w pozycji nr 1 wskazano zamówienie na *Zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie instalacji składającej się z komory spalania z ruchomym rusztem oraz oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin*, 10 MW RDF/ pre-RDF, 78 000 Mg/rok, [10 Mg/h], -/-, Czerwiec 2017, Sarburi province, Thailand, Earth Tech Environmental Public Company Limited, a w pozycji nr 4 wskazano zamówienia na *Zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie instalacji składającej się z*

komory spalania z ruchomym rusztem oraz oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin, 7 MW RDF/pre-RDF, 66 000 Mg/rok [8,5 t/h], -/-, Lipiec 2019, Ayutthaya, Thailand, Recovery House Co, Ltd.

Ponadto, zgodnie z załączonymi referencjami w zakresie pozycji nr 1 wskazano *Earth Tech Environment Spółka Akcyjna z siedzibą pod adresem 2680, 2682 Soi Ladprao 128/3 Ladprao Rd., Kiongchan, Bangkapi, Bangkok 10240, Tajlandia, oświadcza, że LAWI Engineering GmbH, Siemensstraße, 24118 Kiel, Niemcy, zaprojektowało, zbudowało i uruchomiło naszą elektrownię o mocy 10 MW w prowincji Saraburi w Tajlandii do termicznej konwersji RDF/przed-RDF o projektowej wydajności 78.000 t/rok. Określony projekt obejmował instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych: a) segment 1 – spalanie w komorze spalania z ruchomym rusztem b) segment 2 – oczyszczanie spalin metodą czyszczenia na sucho lub półsuche. Prace, które zostały zakreślone w umowie, zostały wykonane z należytą starannością i zgodnie z zadanymi parametrami oraz w zadanym czasie. Prace zostały zakończone w czerwcu 2017 roku. Z pełnym przekonaniem mogę polecić firmę LAWI Engineering GmbH jako partnera do współpracy.*

Zgodnie z referencjami w zakresie pozycji nr 4 wskazano *The Recovery House Co, Ltd., z siedzibą pod adresem 8/888, Bang Phra Khru, Nakhon Luang, Phra Nakhon Si Ayutthaya 13260 Tajlandia, oświadcza, że LAWI Engineering GmbH, Siemensstraße, 24118 Kiel, Niemcy, zaprojektowało, zbudowało i uruchomiło naszą elektrownię o mocy 7 MW w prowincji Ayutthaya w Tajlandii do termicznej konwersji RDF/przed-RDF o projektowej wydajności 66 000 t/rok. Określony projekt obejmował instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych: a) segment 1 - spalanie w komorze spalania z ruchomym rusztem b) segment 2 - oczyszczanie spalin metodą czyszczenia na sucho lub półsuche. Prace, które zostały zakreślone w umowie, zostały wykonane z należytą starannością i zgodnie z zadanymi parametrami oraz w zadanym czasie. Prace zostały zakończone w lipcu 2019 roku. Z pełnym przekonaniem mogę polecić firmę LAWI Engineering GmbH jako partnera do współpracy.*

Izba podziela ugruntowane stanowisko, że to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Nie ma więc obowiązku wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji. Informacje te winny wynikać z samego oświadczenia wykonawcy złożonego w treści wykazu będącego dokumentem, za pomocą którego, następuje wykazanie spełniania warunku. Dlatego też zarzut zaniechania wykazania zrealizowania instalacji z segmentu nr 2, ze względu na okoliczność, że z treści przedłożonych referencji nie wynika, czy wykonano instalację metodą na sucho czy

półsucho, jest sprzeczny z istotą referencji, które nie muszą stanowić odzwierciedlenia treści podanej w wykazie robót, ani tym bardziej nie muszą w pełni odzwierciedlać wszystkich informacji wprowadzonych do wykazu.

Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, skoro oczekuje zrealizowania w ramach segmentu nr 2 instalacji oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchej metody oczyszczania spalin, to brak przesłanek, aby zarzucać niewskazanie w referencjach, czy metodą zastosowaną była sucha czy półsucha. Zamawiający bez różnicy traktuje użycie którejkolwiek z metod (co potwierdza spójnik „lub”). Zatem jeżeli wskazano, że wykonana została instalacja oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchej metody oczyszczania spalin, to wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Warto również nadmienić, że Odwołujący, prowadzi jedynie przypuszczenia oparte na treści odnalezionych w sieci Internet materiałów, które mają charakter reklamowy i ogólny, a zatem mogą nie zawierać wszystkich relewantnych informacji, które są przedstawiane w wykazie robót, wymaganym na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdza jakoby przedsięwzięcia zrealizowane w Tajlandii nie obejmowały systemów z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin. Okoliczność, że strona internetowa nie zawiera informacji o wdrożonej metodzie oczyszczania spalin nie powoduje automatycznie, że nie została ona wykonana.

W ocenie Izby procedura wykazania naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą z art. 534 ust. 1 nPzp, a także z art. 6 Kodeksu cywilnego. Odwołujący winien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś Zamawiający winien dowodzić, że jest ona uzasadniona. Tymczasem Odwołujący całą swoją argumentację w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oparł o informacje wynikające z wydruków ze stron internetowych. Na podstawie ww. twierdzeń Odwołującego nie można uznać, że mamy do czynienia z informacjami wprowadzającymi w błąd. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, nie uprawdopodobnił, że doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

W odniesieniu do *innych rozbieżności*, jak to nazwał Odwołujący, między listem referencyjnym, a stronami internetowymi (wydajność, podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie), Izba wskazuje, że w odwołaniu nie ma zarzutu zaniechania złożenia dowodów

potwierdzających należyte wykonanie robót. Odwołujący nie podniósł, że referencje zostały wystawione przez podmiot nieuprawniony, ani że wskazane inwestycje nie spełniają wymaganej wydajności nie mniejszej niż 20 000 Mg/rok. Zarazem swoje wątpliwości adresuje wyłącznie do listu referencyjnego dotyczącego poz. 1 wykazu, nie mając żadnych zastrzeżeń do referencji wystawionej w związku z realizacją wymienioną w poz. 4. Mając na uwadze powyższe wątpliwości Odwołującego wykraczają poza granice odwołania i nie podlegają ocenie. Podobnie jak dowody, przedłożone przez Odwołującego na rozprawie, w zakresie podmiotu, na rzecz którego zrealizowano inwestycję.

Sam fakt, że Odwołujący w treści odwołania wskazuje na pewne wątpliwości, nie oznacza, że formułuje w tym zakresie zarzut odwołania. Uszło bowiem uwadze Odwołującego, że zarzut winien zawierać okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga dostatecznie szczegółowego opisu działania lub zaniechania zamawiającego. Izba stwierdziła, że twierdzenia sprowadzające się do ogólnikowego wskazania, że zachodzi szereg innych rozbieżności pomiędzy listem referencyjnym a informacjami podanymi na stronach internetowych, w szczególności w zakresie wskazania w referencjach wydajności na poziomie 78.000 Mg/rok oraz wskazania w referencjach, że zadanie było realizowane na rzecz Earth Tech Environment Public Company Limited, podczas gdy na stronach internetowych widnieje informacja, że zadanie było realizowane na rzecz Better World Green Public Co.. Ltd., nie podlegają ocenie. Na podstawie takich twierdzeń nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Odwołujący przypuszcza powyższe. Samo powołanie się w treści odwołania na stronę internetową nie tworzy zarzutu, który powinien zostać dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. W związku z tym nowe argumenty wskazujące na inne niż podniesione w odwołaniu naruszenia Zamawiającego, nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający lub przystępujący o tym, jakie konkretnie zarzuty są kierowane, dowiadywaliby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby im przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na ich korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie nowe argumenty oraz dowody dotyczące okoliczności, że zamówienie wskazane przez Przystępującego w wykazie nie zostało

wykonane przez Lawi Engineering GmbH, lecz przez spółkę powiązaną, tj. Lawi Engineering (Thailand) Co. Ltd, , gdyż nie były one zawarte w treści odwołania.

W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest niezasadny, jak również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie. Ponadto, Izba wskazuje, że art. 7 ust. 3 ustawy Pzp można naruszyć przez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, mimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie opisanym w pkt 7.3.1. lit b) SIWZ, tj. pomimo wezwania z 22 marca 2021 r. nie przedłożył Zamawiającemu „dokumentów potwierdzających podstawę do dysponowania” osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia oraz „dokumentów potwierdzających, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia przedstawione w ofercie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, posiadają kwalifikacje zawodowe, wykształcenie oraz uprawnienia i doświadczenia niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, jak również kwalifikacje wymagane w SIWZ”.

Po pierwsze, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia, a Odwołujący kwestionuje wyłącznie zaniechanie złożenia „dokumentów potwierdzających podstawę do dysponowania” oraz „dokumentów potwierdzających, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia przedstawione w ofercie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, posiadają kwalifikacje zawodowe, wykształcenie oraz uprawnienia i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, jak również kwalifikacje wymagane w SIWZ”. Zarzut nie dotyczy spełnienia przez poszczególne osoby, wskazane przez Przystępującego w wykazie osób, wymagań wynikających z SIWZ ani dysponowania nimi.

Dodatkowo, Odwołujący nie przytacza precyzyjnie całego postanowienia SIWZ, zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany *złożyć wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia oraz zestawienie dokumentów potwierdzających, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia przedstawione w ofercie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, posiadają kwalifikacje zawodowe, wykształcenie oraz uprawnienia i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, jak również kwalifikacje wymagane w SIWZ, oraz*

dokumentów potwierdzających podstawę do dysponowania tymi osobami. Zatem, Zamawiający prócz wykazu osób wymagał zestawienia dokumentów, czyli spisu lub wykazu, a nie samych dokumentów. Gdyby intencją Zamawiającego było, jak słusznie zauważył Przystępujący, żądanie złożenia *dokumentów potwierdzających*, to zostałyby to wyrażone wprost, w sposób jasny i precyzyjny. Zresztą ostatnie zwroty w opisie pkt 7.3.1.b) SIWZ dowodzą, że Zamawiający konsekwentnie żąda wyłącznie zestawienia. Fragment *oraz dokumentów potwierdzających podstawę do dysponowania tymi osobami* odnosi się wyraźnie do *zestawienia*. Gdyby chodziło o dokumenty potwierdzające podstawę dysponowania, Zamawiający użyłby sformułowania *oraz dokumenty potwierdzające podstawę do dysponowania tymi osobami*.

Po drugie, postanowienia SIWZ nie wskazują jakie ewentualnie dokumenty miałyby zostać złożone, aby wykonawca potwierdził, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia posiadają kwalifikacje zawodowe, wykształcenie oraz uprawnienia i doświadczenie oraz podstawę dysponowania tymi osobami. Odwołujący zaś nie zarzuca zaniechania złożenia konkretnych *dokumentów potwierdzających*, w szczególności uprawnień, zaświadczeń, umów itp., nie kwestionuje też oświadczeń ekspertów jako dokumentu potwierdzającego. Izba zwraca także uwagę na fakt, że wezwanie Zamawiającego z dnia 22 marca 2021 r. także nie precyzowało co należy złożyć w odpowiedzi. Zamawiający *żądał uzupełnienia wymaganej dokumentacji w ww. wskazanym zakresie*, nie wskazując konkretnych dokumentów.

Po trzecie, uwzględniając sektorowy charakter zamówienia, zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Oznacza to, że dokumenty, które nie są niezbędne nie mogą być żądane. Ponadto, wobec braku wskazania w SIWZ konkretnych dokumentów, jakich oczekuje od wykonawców Zamawiający, dla potwierdzenia dysponowania osobami, żądanie na etapie badania i oceny ofert konkretnych dokumentów byłoby niezgodne z postanowieniami SIWZ, doprowadzając do nieuprawnionego po otwarciu ofert mnożenia wymagań, co naruszałoby niewątpliwie zasady uczciwej konkurencji.

Po czwarte, w żadnym miejscu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie zdefiniował pojęcia *zestawu dokumentów*. Zatem, oświadczenie eksperta, będące oświadczeniem wiedzy, może stanowić dokument potwierdzający, a wszelkie wątpliwości postanowień SIWZ, czy niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, winny być rozstrzygane przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawców. Zamawiający nie może, jak już wskazano powyżej, na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne

postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Równocześnie całkowicie niezrozumiałe jest powoływanie się w *petitum* odwołania na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do postępowań wieloetapowych, w których zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z postępowaniem jednoetapowym.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp za niezasadny.

Izba stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, mimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, określonego w pkt 4.1 lit. a SIWZ, tj. posiadania zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 20 000 000 PLN.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał

spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z pkt 7.3.2 SIWZ należało przedłożyć *informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą zdolność kredytową wykonawcy w wysokości 20 000 000 PLN, wydaną w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert*. Izba ustaliła, że Przystępujący pierwotnie złożył opinie bankowe, wystawione wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wezwał więc pismem z dnia 22 marca 2021 r. do uzupełnienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący przedłożył dwie opinie bankowe z dnia 2 marca 2021 r. oraz 30 marca 2021 r. Opinia pierwsza wskazuje na stan rachunków wykonawcy, wykorzystywane przez wykonawcę produkty kredytowe, wskazując kwoty przyznane produktów oraz bieżące zadłużenie, a także określa zdolność kredytową wykonawcy na poziomie 52.000.000 zł. Opinia druga z 30 marca 2021 r. wskazuje stan rachunku wykonawcy oraz wskazuje zdolność kredytową wykonawcy na poziomie 52.000.000 zł.

Co istotne, Odwołujący nie podważa opinii bankowej z dnia 30 marca 2021 r., a kwestionuje jedynie opinię z dnia 2 marca 2021 r., podczas gdy już sama opinia z 30 marca 2021 r. potwierdza spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, nie zawiera zastrzeżeń i wskazuje na zdolność kredytową w wysokości 52.000.000 zł. Zatem referowanie jedynie do opinii z dnia 2 marca 2021 r. jest bezcelowe. Niemniej Izba odniesie się do argumentacji Odwołującego.

Izba ustaliła, że opinia z 2 marca 2021 r. zawiera informacje o rachunkach bankowych; o produktach kredytowych; o zdolności kredytowej, a także że u podstaw stwierdzonej zdolności kredytowej leży dokonana analiza w oparciu o wyniki finansowe sporządzone według stanu na dzień 31 marca 2020 r. Opinia nie zawiera dodatkowych adnotacji. Zatem, gdyby bank uzależniał poziom faktycznej zdolności kredytowej od stopnia wykorzystania posiadanych przez Przystępującego produktów, to zaznaczyłby to w opinii. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym bank ocenił, pomimo wykorzystywania produktów kredytowych, zdolność kredytową Przystępującego na 52.000.000 zł. Zgodnie bowiem z opinią z dnia 2 marca 2021 r. bank stwierdził, że na *dzień wystawienia opinii* wykonawca *posiada zdolność kredytową w rozumieniu art. 70 ustawy Prawo bankowe do kwoty 52.000.000 zł*. Oznacza to, że bank przeanalizowawszy sytuację finansową wykonawcy, stwierdził, że jest on w stanie spłacić zaciągnięty kredyt w wysokości do 52 milionów złotych.

Natomiast orzecznictwo przytoczone przez Odwołującego odnosi się do innych sytuacji, tj. takich, w których wykonawca przy pomocy produktów, których bank mu udzielił, wykazuje swą zdolność kredytową. W takim przypadku należy wziąć pod uwagę stopień wykorzystania przyznanych limitów kredytowych, gdyż wykonawca legitymuje się tymi właśnie limitami na dowód swej zdolności kredytowej. Jednak sytuacja Przystępującego jest inna. Przedstawił on produkty kredytowe, z których korzysta, natomiast bank ocenił, pomimo wykorzystywania tych produktów, jego zdolność kredytową na dalsze 52.000.000 zł. Zresztą sam Odwołujący nadmienia, że Izba wskazując możliwość sumowania zdolności kredytowej wynikającej z zawartych w przeszłości umów kredytowych w różnych bankach podkreśliła, iż *warunkiem takiego sumowania jest jednak stwierdzenie, w jakim stopniu linie kredytowe są niewykorzystane*. Chodzi zatem o zdolność kredytową wywodzoną z podpisanych umów, a nie stwierdzoną w opinii bankowej, jak to ma miejsce w przypadku Przystępującego.

Odwołujący wskazywał także, że opinia bankowa z dnia 2 marca 2021 r. nie spełnia wymogów § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, gdyż opiera się o wyniki finansowe wykonawcy według stanu na dzień 31 marca 2020 r., a zatem narusza wymóg rozporządzenia, zgodnie z którym winna ona potwierdzać zdolność kredytową, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Należy wskazać, że zgodnie z przepisami rozporządzenia istotna jest data wydania opinii, czyli dzień, na który potwierdzono określony status wykonawcy. W dalszej kolejności należy przywołać przepisy prawa bankowego. Zgodnie z art. 69 ust. 1 ustawy Prawo bankowe przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Stosownie do art. 70 ust. 1 Prawa bankowego bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.

Zgodnie z cytowanym powyżej przepisem Prawa bankowego kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności. Dane będące podstawą oceny zdolności kredytowanej przez konkretną instytucję zależą wyłącznie od jej wewnętrznych kryteriów. Bank bada indywidualnie kondycję klienta, stosując własne zasady oceny jego zdolności kredytowej. W niniejszej sprawie doprowadziła ona do złożenia oświadczenia banku o treści potwierdzającej, że *na dzień wystawienia opinii Posiadacz rachunku - Firma: Cotrol Process S.A. z siedzibą w*

Krakowie posiada zdolność kredytową w rozumieniu art. 70 Ustawy prawo bankowe, do kwoty 52.000.000,00 PLN. Powyższe oznacza, że bank ocenił, że na dzień wystawienia opinii bankowej wykonawca dysponuje przedstawioną zdolnością kredytową. Termin ten został zachowany w niniejszym postępowaniu (Odwołujący nie kwestionował samej daty wystawienia opinii bankowej, lecz kwestionował aktualność informacji w jej treści), gdyż bank stwierdził, że na dzień wystawienia opinii wykonawca dysponuje zdolnością kredytową przewidzianą wymogiem określonym w SIWZ.

W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia.

Reasumując, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....