

Sygn. akt: KIO 634/12

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**
Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **INTROL S.A., 40-519 Katowice, ul. Kościuszki 112** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejską Energetykę Ciepłą w Kołobrzegu Sp. z o.o., 78-100 Kołobrzeg, ul. Kołłątaja 3**

przy udziale wykonawcy **Metrolog Sp. z o.o., 64-700 Czarnków, ul. Kościuszki 97** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **INTROL S.A., 40-519 Katowice, ul. Kościuszki 112** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INTROL S.A., 40-519 Katowice, ul. Kościuszki 112** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Budowa układu kogeneracyjnego o mocy cieplnej minimum 8,0 MW przy kotłowni MEC w Kołobrzegu.”

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty spółki Metrolog sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum firm "PBG ENERGIA-PBG-ENERGOMONTAŻ-POŁUDNIE" (dalej zwane „Konsorcjum”) lub zwrócenia się o wyjaśnienia, w związku ze złożoną przez Konsorcjum ofertą, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania do wyjaśnień lub dokumentów, w związku ze złożonymi przez Konsorcjum dokumentami, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, zaniechania zwrócenia się do spółki Metrolog, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, o wyjaśnienia złożonych dokumentów, załączonych do oferty. Wobec powyższego Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione przyjęcie, iż oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu i w konsekwencji zaniechanie jej odrzucenia lub naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się o złożenie wyjaśnień lub dokumentów, względnie naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie się do Konsorcjum o wyjaśnienie treści złożonej oferty, naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Metrolog sp. z o.o. o wyjaśnienia, dotyczące złożonych przez spółkę dokumentów lub ich uzupełnienia. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Metrolog sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego

W ocenie Odwołującego, dokonany przez Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty był na tym etapie przedwczesny. Zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum winna być w pierwszym rzędzie odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, bowiem nie spełnia wymogów merytorycznych SIWZ:

a) Na stronie 460 oferty Konsorcjum wyłączyło możliwość obciążenia go karami umownymi za niezyskanie przez dostarczone urządzenie parametrów innych niż zdefiniowane powyżej w ofercie jako gwarantowane. Przedmiotowe zastrzeżenie, w ocenie Odwołującego, stoi w sprzeczności z projektem umowy serwisowej (§ 8 ust. 2 pkt. 1 ppkt d w zw. z § 1 ust. 4 umowy), stanowiącym załącznik do SIWZ, przewidującym kary umowne za nieutrzymanie parametrów gwarantowanych wskazanych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym tj. m.in. mocy cieplnej (str. 5 PFU pt. 1.2). Podkreślić należy, iż wprowadzenie w ofercie omawianego zastrzeżenia, prowadzi do istotnej modyfikacji odpowiedzialności

Konsorcjum wobec Zamawiającego. Trudno również uznać dodane przez Konsorcjum zastrzeżenie za pomyłkę, którą może poprawić Zamawiający, gdyż nie stanowi ono: 1) oczywistej omyłki pisarskiej, 2) ani też oczywistej omyłki rachunkowej, 3) ani też innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Każde ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy za dostarczony produkt czy usługę uznać należy za istotną niezgodność względem SIWZ a poprawkę za istotną zmianę treści oferty. Konsorcjum złożyło wprawdzie oświadczenie o zgodzie na brzmienie umowy jak w projekcie, stanowiącym element SIWZ, jednakże zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień SIWZ i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustalonymi wymaganiami, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 09.02.2011 r., sygn. akt: KIO 148/11). Ponadto jak wskazano w tymże orzeczeniu: „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie stanowi narzędzia do sanowania źle złożonych ofert, lecz stanowi podstawę do poprawy omyłek, których dokonać może zamawiający a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne.” Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1278/09 wskazano: „Art- 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Zakres możliwych do poprawiania omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerszej. Jednakże proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy

b) Na stronie 467 oferty wskazano, iż GE Jenbacher zastrzega sobie zmianę dostawcy generatora i jego typu, co spowoduje nieznaczące zmiany parametrów. GE Jenbacher, jak należy domniemywać, jest dostawcą urządzeń dla Konsorcjum. Skoro dostawca zastrzegł sobie możliwość zmian, to w razie skorzystania z tej możliwości, Zamawiający otrzyma od dostawy inne urządzenie niż to, na które opiewa oferta. W ocenie Odwołującego, złożenie takiej oferty jest jednoznaczne ze złożeniem oferty wariantowej. Jest to niedopuszczalne. Co prawda, w art. 83 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, iż Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru. Jednakże po pierwsze, SIWZ nie przewiduje ofert wariantowych. Po drugie, w niniejszym postępowaniu kryterium wyboru oferty stanowi nie tylko cena, ale również parametry urządzenia. W tym kontekście zastrzeżenie, iż choćby nieznacznie parametry urządzenia mogą ulec zmianie,

gdyż dostawca Wykonawcy może -realizując zamówienie - dostarczyć urządzenie inne niż podlegające ocenie Zamawiającego w toku oceny ofert, powoduje sprzeczność oferty z SIWZ. Z punktu widzenia oceny przedmiotowego zapisu przez pryzmat sytuacji innych oferentów złożenie takiej oferty stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji,

c) Zapisy na stronach 490, 491 i 492 oferty wskazują jednoznacznie, iż przedmiotem dostawy nie będzie kompletny przedmiot zamówienia zdefiniowany w SIWZ, mianowicie: na str. 490 oferty wyłączono dostawę chłodnicy wentylatorowej stołowej, na str. 491 oferty wyłączono z ceny ofertowej koszty dźwigu, na str. 492 oferty - granice dostaw zastrzeżone przez Konsorcjum nie pokrywają się z granicami dostaw zastrzeżonymi w SIWZ. Powyższe powinno prowadzić do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp jako nie spełniającej wymogów SIWZ.

Z ostrożności procesowej, na wypadek stwierdzenia przez Izbę, iż oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż z uwagi na wyżej wskazane zastrzeżenia oferty Konsorcjum, nie można dokonać porównania oferty Konsorcjum z innymi, spełniającymi wymogi SIWZ, ofertami. Oferta Konsorcjum bowiem modyfikując w wielu punktach przedmiot zamówienia, wprowadzając pewne zastrzeżenia i możliwości zmian dostarczonych urządzeń, nie da się porównać z innymi ofertami złożonymi w przetargu, które dotyczą konkretnych urządzeń i usług. Ocena tej oferty na równi z innymi ofertami doprowadzi do naruszenia podstawowej zasady prawa zamówień publicznych zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. doprowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pozostali bowiem wykonawcy złożyli konkretną ofertę cenową, bez jednak możliwości zmiany cech przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy. Konsorcjum natomiast w pewnych miejscach zagwarantowało sobie możliwość zmiany pewnych cech przedmiotu zamówienia,

d) W rozdz. VII ust. 2 SIWZ zamawiający postanowił, iż 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. W takiej sytuacji wykonawca 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 wykonywaniu zamówienia. W takiej jednak sytuacji Zamawiający wymagał złożenia odpowiednich dokumentów wymienionych w Rozdziale VIII ust. 1 SIWZ. Tymczasem takowych dokumentów dotyczących MTJ Projekt do oferty nie dołączono,

e) Do oferty nie dołączono zobowiązania lub umowy z p. Włodzimierzem B. Stwierdzenie, iż podstawą dysponowania będzie umowa cywilno-prawna nie może zastąpić udowodnienia tego faktu za pomocą zobowiązania. W powyższym zakresie (pkt d i e)

Zamawiający winien zwrócić się do Wykonawcy o złożenie odpowiednich wyjaśnień lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Zdaniem Odwołującego, badanie oferty Metrolog sp. z o.o. dokonane przez Zamawiającego nie było należyte, gdyż oferta ta obarczona była niżej wskazanymi uchybieniami, które winny skutkować przynajmniej zwróceniem się do Metrolog sp. z o.o. o wyjaśnienia i przedłożenie ewentualnie dodatkowych dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

a) Strony 23 i 24 oferty stanowią tłumaczenie zobowiązania spółki AB IMPIANTI Srl do oddania do dyspozycji Metrolog sp. z o.o. niezbędnych zasobów, w szczególności wiedzy i doświadczenia. W rozdz. VII ust. 2 SIWZ zamawiający postanowił, iż 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. W takiej sytuacji wykonawca 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 wykonywaniu zamówienia. Omawiane zobowiązanie dołączone jako strona 23-24 oferty lakonicznie wskazuje, iż AB IMPIANTI s.a.r.l. zobowiązuje się do udostępnienia zasobów, w szczególności wiedzy i doświadczenia. Tymczasem z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Uczestnictwo to może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, udostępnianie know-how, nadzór, itp. (np. wyrok z 20.09.2011 r., sygn. KIO 1938/11, wyrok z dnia 17.05.2010 r., sygn. KIO 790/10, wyrok z 4.11.2011 r., sygn. KIO 2294/1). Wobec jednak stanowczego brzmienia przepisu, na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia dysponowania zasobami. Istotnym elementem jest wskazanie w jakiej formie transfer tych niematerialnych zasobów nastąpi. Również w opinii zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzono, iż (...) powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55¹ i art. 55² k.c). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla

wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia. W związku z brakiem wskazania, jak dojdzie do przekazania potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia, konieczne jest zwrócenie się do Metrolog sp. z o.o. o złożenie koniecznych wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w przedmiotowej kwestii.

Kolejną kwestią jest, czy podmiot, który ma udostępnić wiedzę i doświadczenie, tj. AB IMPIATI srl sam posiada wiedzę i doświadczenie wymagane zgodnie z SIWZ. W Rozdziale VII ust. pkt. 2 SIWZ zastrzeżono wymóg realizacji konkretnych robót budowlanych oraz projektowych. Przedłożone przez Metrolog sp. z o.o. na stronie 116 oferty referencje AB IMPIANTI srl referencje budzą wątpliwości z uwagi na następujące aspekty: W treści referencji wpisano, iż AB IMPIANTI Srl wykonał roboty budowlane na rzecz Pastificio Guido Ferrara. Jednakże z opisu przedmiotu rzekomych robót wynika, iż nie były to roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt. 8 ustawy Pzp, lecz dostawy, gdzie usługą dodatkową było zainstalowanie urządzeń i ich uruchomienie. Ocenę Odwołującego potwierdza informacja zamieszczona przez Metrolog sp. z o.o. w Wykazie robót, gdzie wskazano, iż okres robót wynosił 1 dzień. Roboty budowlane z istoty nie trwałyby tak krótko. Wydaje się zatem, iż podmiot którymi posłużył się Metrolog sp. z o.o. był w istocie tylko dostawcą sprzętu, który został posadowiony na przygotowanym już wcześniej przez inną firmę budowlaną fundamencie. Również treść referencji w zakresie wartości robót budzić musi wątpliwości. W referencjach wskazano, iż wartość przedmiotu zamówienia wyniosła ponad 6 mln PLN. (analogiczne uwagi odnośnie wartości przedmiotu zamówienia odnieść należy do referencji wystawionych przez S.M.E.C srl). Tymczasem z całą pewnością przedmiot zamówienia nie był wyceniony w PLN tylko w EUR. Wobec tego wystawca winien podać według jakiego kursu przeliczono wartość robót na PLN, zwłaszcza że od wykonania robót upłynęły ponad 3 lata.

Zobowiązanie do udostępnienia spółce Metrolog sp. z o.o. zasobów przez KWE Technika Energetyczna zostało podpisane przez jednego członka zarządu KWE. Tymczasem zgodnie z załączonym odpisem z KRS spółki KWE w sprawie zobowiązań przekraczających kwotę 20 mln PLN wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu.

Podobnie jak w przypadku wyżej opisanych referencji, w związku z brakiem wskazania w treści referencji KWE, jak dojdzie do przekazania potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia, konieczne jest zwrócenie się do Metrolog sp. z o.o. o złożenie koniecznych wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w przedmiotowej kwestii.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale VII ust. 2 SIWZ Zamawiający postanowił, że „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego do oferty należy dołączyć opis w języku polskim urządzeń technicznych przewidzianych do zainstalowania w elektrociepłowni (DTR), a w szczególności – silnika gazowego, generatora oraz kotła szczytowego, potwierdzające wymagania zawarte w pkt 1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego – załącznik nr 3 do SIWZ”. Zaś, w załączniku nr 3 do SIWZ w pkt 1.2 określono szczegółowe parametry układu kogeneracyjnego, które kształtują się następująco: minimalna temperatura na zasilaniu ≥ 70 C, moc cieplna ≥ 8000 kWt, moc elektryczna układu kogeneracyjnego brutto ≥ 8000 kWe, sprawność elektryczna układu kogeneracyjnego $\geq 0,42$, łączna sprawność energetyczna układu kogeneracyjnego $\geq 0,86$. Wartości gwarantowane, które muszą być bezwzględnie spełnione Zamawiający określił w pkt 1.1 ww. załącznika a dotyczą one następujących parametrów: mocy cieplnej układu kogeneracyjnego, składu gazów odlotowych, mocy elektrycznej układu, sprawności elektrycznej, łącznej sprawności energetycznej układu, własnych potrzeb energetycznych, poziomu hałasu na granicy działki, czasu dojazdu serwisu, wydajności instalacji uzdatniania wody, dyspozycyjności elektrociepłowni.

W § 8 ust. 2 pkt 1 lit. d wzoru umowy serwisowej Zamawiający za niedotrzymanie parametrów gwarantowanych, o których mowa § 1 ust. 4, przewidział kary umowne. Zaś, w § 1 ust. 4 wzoru umowy serwisowej zawarto postanowienie, zgodnie z którym „z chwilą podpisania protokołu końcowego wykonania elektrociepłowni Wykonawca przyjmuje obowiązki świadczenia usług serwisowych oraz zobowiązuje się do utrzymania przez cały okres trwania gwarancji parametrów gwarantowanych zawartych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. W okresach pogwarancyjnych parametry gwarantowane mogą obniżyć się co najwyżej o 1 %”.

W Załączniku nr 21 do oferty, który stanowi „Opis w języku polskim urządzeń technicznych”, Konsorcjum na stronie 460 wskazano „Wartości gwarantowane: Moc elektryczna, sprawność elektryczna, sprawność całkowita – dla tych parametrów w tej specyfikacji, dajemy gwarancję wartości (bez tolerancji), które zostaną ujęte w umowie sprzedaży klauzula 7 „Osiągi”. Wszystkie pozostałe wartości takie jak moc cieplna, temperatura spalin, itp. są podawane z zastosowaniem tolerancji zgodnie ze specyfikacją techniczną punkt 0.10 – dla nich żadne kary umowne nie mają prawa być zastosowane poprzez klauzulę 7 „Osiągi” umowy sprzedaży”.

Pismem z dnia 21 marca 2012 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z przedmiotowym zapisem, zawartym w treści oferty i ww. postanowieniami SIWZ, wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień „Czy w związku z tym zapisem Wykonawca podtrzymuje zobowiązanie do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z

postanowieniami SIWZ, a więc również z zagwarantowaniem spełnienia przez układ kogeneracyjny wymaganych parametrów mocy cieplnej o wielkości ≥ 8000 kWt a w przypadku nie zachowania tych parametrów do zapłaty kar umownych zgodnie z postanowieniami umowy serwisowej, której wzór jest załącznikiem nr 11 do SIWZ?

W odpowiedzi (pismo z dnia 21 marca 2012 r.) Konsorcjum wyjaśniło, iż „podtrzymuje swoje zobowiązanie do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wszelkimi postanowieniami SIWZ. Zobowiązujemy się w szczególności do zagwarantowania spełnienia przez układ kogeneracyjny wymaganych parametrów mocy cieplnej o wielkości 8000 kWt, a w przypadku nie zachowania tych parametrów do zapłaty kar umownych zgodnie z postanowieniami umowy serwisowej, której wzór jest załącznikiem nr 11 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”

Na stronie 467 oferty Konsorcjum znajduje się zapis, że „GE Jenbacher zastrzega sobie prawo, do zmiany dostawcy generatora i jego typu. Zgodnie z umową zapewnione dane generatora zmieniają się przez to tylko nieznacznie. Moc elektryczna będzie dotrzymana.”

Na stronie 490 oferty Konsorcjum w pkt 3.10, dotyczącym instalacji chłodzącej awaryjnej zastrzeżono, iż jest ona bez chłodnicy stołowej wentylatorowej.

Na stronie 491 w pkt 4.0. „Zakres dostawy i montażu”, obejmującym postanowienie 4.02 zawarto zapis „Dostawa: rozładunek (bez kosztów dźwigu), ustawienie i rozmieszczenie składników wymienionych w naszym zakresie dostawy na fundamentach wykonanych przez użytkownika jest objęty zakresem dostawy Ferox”.

Na stronie 492 w pkt 5.01 określono granice dostawy w zakresie elektryki, wody ciepłej, wody niskotemperaturowej, spalin, powietrza do spalania, paliwa gazowego, oleju smarującego, przyłączy spustowych i bezpieczeństwa, kondensatu, izolacji, pierwszego napełnienia modułu.

W rozdziale VII ust. 2 SIWZ Zamawiający postanowił, że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego 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 zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ)”. Zaś w ust. 3 Zamawiający zastrzegł, że „w przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, wykonawca wraz z załącznikiem nr 2 do SIWZ zobowiązany jest do złożenia odpowiednich dokumentów wymienionych w Rozdziale VIII ust. 1 specyfikacji, potwierdzających spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu.”

Załącznik nr 2 do SIWZ zawiera wzór zobowiązania podmiotu trzeciego. Przedmiotowy dokument wymaga podania nazwy i adresu podmiotu i złożenia oświadczenia, że zobowiązuje się do udostępnienia określonymu wykonawcy zasobów do wykonania zamówienia na potrzeby wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym należało wymienić rodzaj zasobów.

W pkt 10 Formularza ofertowego Konsorcjum złożyło oświadczenie, że przedmiot zamówienia zamierza wykonać siłami własnymi i przy pomocy podwykonawców w zakresie wskazanym w załączniku nr 8 do SIWZ. W przedmiotowym załączniku Konsorcjum wskazało, że podwykonawcom zamierza powierzyć: prace projektowe, wyprowadzenie mocy cieplnej, prace AKPiA, dostawę jednostek kogeneracyjnych, roboty drogowe (str. 190 oferty).

Na stronie 18 i 19 oferty Konsorcjum znajduje się zobowiązanie Pracowni Projektowej MTJ Projekt Marek Jędrzejewski do udostępnienia następujących zasobów do wykonania zamówienia: osób z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej (2 os.) i konstrukcyjno-budowlanej (2 os.). Jednocześnie podmiot ten nie złożył oświadczenia o braku postaw do wykluczenia z postępowania.

Zaś na stronie 12 oferty Konsorcjum zawarto zobowiązanie Zakładu Innowacyjnych Technik Energetycznych Promat sp. z o.o. do udostępnienia następujących zasobów do wykonania zamówienia: niezbędnego doświadczenia, wiedzy oraz referencji w zakresie inwestycji podobnych do przedmiotu zamówienia, osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Z „Wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (str. 68), dołączonego do oferty Konsorcjum wynika, że jedną z osób wskazanych w przedmiotowym Wykazie jest Włodzimierz B., a podstawą dysponowania wymienioną osobą jest umowa cywilnoprawna. Jednocześnie z CV ww. osoby (str. 157-158) można poznać informację, że Włodzimierz B. prowadzi własną działalność gospodarczą.

Na stronie 24 oferty Metrolog sp. z o.o. znajduje się tłumaczenie oświadczenia złożonego przez AB Impanti Srl, że *„zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy następujących zasobów do wykonania zamówienia: 1. oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, w szczególności wiedzy i doświadczenia 2. dać nasze referencje dotyczące instalacji dla SMEC i Pastificio Guido Ferrara.”* W pkt 10 Formularza oferty Metrolog sp. z o.o. oświadczył, iż zamówienie zamierza wykonać siłami własnymi i przy pomocy podwykonawców. Zaś na stronie 170 określono zakres prac, które Wykonawca będzie wykonywał za pomocą podwykonawców i są to: roboty ogólnobudowlane, wykonanie dokumentacji projektowej, czynności serwisowe.

W rozdziale VII SIWZ w ust. 1 pkt 2 lit. a określono warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W celu potwierdzenia przedmiotowego warunku wykonawcy zostali zobowiązani do wykazania, że *„należycie wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane, z których każda polegała na budowie, przebudowie*

lub rozbudowie instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji o łącznej mocy nie mniejszej niż 4,0 MW, z czego każda zainstalowana jednostka dla wyżej wymienionych zadań posiadała moc elektryczną nie mniejszą niż 1,0 MW, z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone."

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku Metrolog sp. z o.o. załączyło do oferty „Wykaz wykonanych robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji” (załącznik nr 5A), w którym jako referencyjne zadania wskazano zamówienia zrealizowane przez AB Impianti Srl, opisane jak w treści referencji (tłumaczenie na stronie 117 i 119 oferty), a mianowicie: „roboty budowlane polegały na dostawie, zainstalowaniu, uruchomieniu oraz zapewnieniu wsparcia technicznego w zakresie operowania systemem.”

Zobowiązanie KWE Technika Energetyczna Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia zostało podpisane przez wiceprezesa wskazanej spółki. Z odpisu aktualnego rejestru przedsiębiorców (nr KRS 0000018723) tejże spółki wynika, iż do reprezentowania i do składania oświadczeń woli w imieniu spółki w sprawach niemajątkowych oraz w sprawach o wartości nie przekraczającej 20 mln zł upoważniony jest każdy członek zarządu samodzielnie, a powyżej tej kwoty wymagane jest łączne działanie prezesa zarządu z co najmniej jednym członkiem zarządu. Jednocześnie spółka ta złożyła oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Faktem jest, iż zgodnie z wolą Zamawiającego, na co wskazano w § 8 wzoru umowy serwisowej, niedotrzymanie parametrów gwarantowanych przez urządzenia zaoferowane przez wykonawcę wiązać się będzie z koniecznością zapłaty kary umownej. Prawdą też jest, że na stronie 460 oferty Konsorcjum znajduje się zapis, iż w odniesieniu do niektórych parametrów, w tym również do tych opisanych przez Zamawiającego jako parametry gwarantowane, dopuszczalne są pewne odchylenia, które nie skutkują koniecznością zapłaty kary umownej. Jednakże powyższe zastrzeżenie, w ocenie Izby, nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. W pierwszej kolejności zauważyć bowiem należy, że w spornej treści oferty znajdujemy odwołanie do umowy sprzedaży, a w szczególności do klauzuli 7 „Osiąg”. Należy również zwrócić uwagę, że konfiguracja parametrów z podziałem na gwarantowane i niegwarantowane jest przeprowadzona w oparciu o wskazaną klauzulę. Jednocześnie w ofercie brak umowy sprzedaży, która jest powoływana w spornej części oferty.

Zdaniem Izby, powyższe wskazuje, iż kwestionowany fragment oferty stanowi odwzorowanie umowy sprzedaży, która miałaby wiązać Konsorcjum z dostawcą przedmiotowego urządzenia. Powyższe jednoznacznie potwierdza również fakt, że SIWZ nie obejmuje umowy sprzedaży, a tym bardziej dokumentu sporządzonego z podziałem na poszczególne klauzule. Dodatkowo, wskazuje na to tytuł załącznika do oferty „*Opis urządzeń w języku polskim*”, z którego można wywodzić, iż jest to opis urządzeń sporządzony przez producenta. To z kolei oznacza, iż przedmiotowe postanowienie nie jest objęte wolą Konsorcjum i nie stanowi treści oferty, w istocie bowiem stanowi prezentację warunków dostawy urządzeń przez producenta, które nie wiążą Zamawiającego, bowiem to nie Zamawiający jest ich bezpośrednim odbiorcą.

Wobec powyższego rozpatrywanie przedmiotowych zapisów w kategoriach omyłek w ogóle nie znajduje uzasadnienia. Natomiast wyjaśnienia prowadzone przez Zamawiającego miały na celu uzyskanie potwierdzenia co do zapewnienia parametrów gwarantowanych określonych urządzeń, a dopiero w konsekwencji odpowiedzialności za ich niedochowanie. Należy bowiem zauważyć, co dostrzegł również Zamawiający, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący, że treścią oferty jest zaoferowanie urządzeń o określonych parametrach (gwarantowanych) i w tym aspekcie należy rozpatrywać niezgodność oferty z treścią SIWZ. Zaś Odwołujący w tym przedmiocie zarzutów w ogóle nie zgłaszał.

W ocenie Izby, przedmiotowe rozważania zachowują aktualność również w odniesieniu do kwestionowanych przez Odwołującego zapisów, zawartych na stronach: 467, 490 – 492. Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie o wariantowości oferty w kontekście warunków umowy producenta GE Jenbacher, skoro warunki przedmiotowej umowy w żaden sposób nie dotyczą Zamawiającego, bowiem wskazany podmiot nie złożył w ogóle oferty.

Nadto, powołanie się jedynie na postanowienie, zawarte na stronie 490 oferty Konsorcjum, iż instalacja chłodząca awaryjna nie jest wyposażona w chłodnicę stołową wentylatorową nie jest wystarczające do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przypomnieć bowiem należy, iż rolą Odwołującego jest wskazanie konkretnych postanowień SIWZ, z którymi pozostaje w sprzeczności określona treść oferty (art. 6 k.c.). Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący wskazał jedynie na konkretne postanowienie oferty.

Analogicznie Odwołujący postąpił formułując zarzut w zakresie granic dostawy (strona 492 oferty Konsorcjum). Z całą mocą należy podkreślić, iż poszukiwanie rozbieżności między treścią oferty a treścią SIWZ nie należy do Izby.

W odniesieniu do kwestionowanych postanowień, zawartych na stronie 492 oferty Konsorcjum, wyraźne odwołanie się do warunków dostawy firmy Ferox potwierdza wcześniej zaprezentowane rozważania i czyni je aktualnymi również w odniesieniu do przedmiotowej kwestii.

Przedstawiona ocena prawna kwestionowanych postanowień nie potwierdza zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie stanowi o trafności twierdzenia Odwołującego o nieporównywalności ofert, a w konsekwencji o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podziela bowiem poglądu Odwołującego, o czym była mowa wyżej, iż Konsorcjum zapewniło sobie możliwość zmiany cech przedmiotu zamówienia w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienia nie znajduje również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp brak bowiem wskazania jakichkolwiek podstaw faktycznych świadczących, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nadto zaniechanie wykazania zrealizowania przez Konsorcjum znamion konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji, wskazanego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) świadczy o bezpodstawności przedmiotowego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu braku w ofercie Konsorcjum dokumentów świadczących o basku podstaw do wykluczenia z postępowania Marka Jędrzejewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa MTJ Projekt Marek Jędrzejewski, który zobowiązał się udostępnić swoje zasoby osobowe Konsorcjum, stwierdzić należy, iż zarzut ten jest nieuzasadniony. Skoro Odwołujący stoi na stanowisku, iż przedmiotowy obowiązek dotyczy podmiotu biorącego udział w realizacji zamówienia (podwykonawcy) a z oferty Konsorcjum bezspornie nie wynika, iż wskazany podmiot będzie w tej roli występował, to brak podstaw do odnoszenia spornego obowiązku do tegoż podmiotu. W ocenie Izby, nie można domniemywać ze zobowiązania do udostępnienia osób z uprawnieniami projektowymi faktu realizacji prac projektowych przez podmiot, który takie wsparcie zadeklarował, nawet jeżeli w zakresie czynności, które wykonawca (Konsorcjum) zamierza powierzyć podwykonawcom, znajdują się prace projektowe. W ocenie Izby, udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie zawsze musi polegać na realizacji określonych zadań w charakterze podwykonawcy, a tym samym nie można przesądzić, że w niniejszym postępowaniu tak właśnie będzie. Nie ma również obowiązku wskazywania konkretnego podmiotu, będącego podwykonawcą. Z tych przyczyn brak podstaw do przypisania obowiązku dostarczenia spornych dokumentów przez wskazany przez Odwołującego podmiot. W konsekwencji, brak podstaw do wyzwania Konsorcjum, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów. Ze wskazanych wyżej przyczyn nie sposób również wywieść obowiązku Zamawiającego do wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w przedmiotowej kwestii (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

W celu wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca zobowiązany jest przedstawić wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (art. 22 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). I taki „Wykaz osób”, został załączony do oferty Konsorcjum. Jednocześnie z przedmiotowego wykazu wynika, iż podstawą uczestniczenia w realizacji zamówienia Włodzimierza B. jest umowa cywilnoprawna. Przy uwzględnieniu okoliczności, iż ww. prowadzi działalność gospodarczą, należy dojść do przekonania, iż podstawą dysponowania będzie stosunek prawny łączący bezpośrednio tę osobę z Wykonawcą. Brak zaś podstaw do twierdzenia, iż osoba ta znajduje się w dyspozycji firmy Promat Sp. z o.o.

Powyższe uzasadnia brak konieczności przedstawienia przez wskazaną firmę zobowiązania do udostępnienia zasobu w postaci ww. osoby. Jednocześnie wyjaśnić należy, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby (np. wyrok z dnia 26 czerwca 2010 r., sygn. akt 1170/10), w sytuacji bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem osobowym, mając na uwadze wskazane wyżej przepisy, konieczne jest jedynie przedłożenie wykazu osób, a nie poszczególnych umów łączących wykonawcę z osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Jedynie w przypadku zasobów znajdujących się w gestii podmiotu trzeciego, zachodzi konieczność, w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Oznacza to więc, że jedynie pośrednie dysponowanie zasobem, w niniejszym stanie faktycznym – osobowym, przez wykonawcę, rodzi obowiązki wynikające z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z tych względów brak podstaw do wezwania Konsorcjum, w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów czy też udzielenia wyjaśnień.

Przechodząc do zarzutów podniesionych wobec oferty Metrolog sp. z o.o., iż niektóre zasoby będące przedmiotem udostępnienia przez AB Impianti Srl stanowią składnik przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 55¹ k.c., nie można podzielić stanowiska, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów stanowi czynność prawną, o której mowa w przepisie art. 55² k.c. Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę, iż przepis ten ma charakter dyspozytywny. Oznacza to, iż przedmiotem obrotu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, mogą być określone składniki, jeżeli taka jest wola stron. Z uwagi na powyższe nie znajduje uzasadnienia pogląd, iż zobowiązanie do udostępnienia określonych składników przedsiębiorstwa rodzi konieczność udziału przedsiębiorstwa w realizacji zamówienia. Powyższe uwagi zachowują również aktualność w odniesieniu do zarzutów sformułowanych w tym przedmiocie do KWE Technika Energetyczna Sp. z o.o.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, iż firma AB Impianti Srl nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. W ocenie Izby, instalacja do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej stanowi budowlę, w rozumieniu przepisu art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.).

Skoro zaś roboty budowlane należy definiować, w świetle przepisu art. 3 pkt 7 powołanej ustawy, m.in. jako budowę obiektu budowlanego, a z mocy art. 3 pkt 1 budowla stanowi obiekt budowlany, a wymaganiem Zamawiającego było wykazanie budowy wskazanej instalacji, to wobec treści Załącznika nr 5A i treści referencji, nie ulega wątpliwości, iż AB Impianti Srl legitymuje się stosownym doświadczeniem. Wskazanie bowiem przez AB Impianti Srl na dostawę, zainstalowanie i uruchomienie systemu do produkcji energii elektrycznej i ciepłej w istocie wskazuje na wykonanie robót budowlanych, w rozumieniu powołanego wyżej przepisu. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż definiowanie „robót budowlanych”, o których mowa w treści SIWZ winno następować w oparciu o przepisy powołanej ustawy Prawo budowlane, a nie na podstawie przepisu art. 3 ustawy Pzp, który zawiera definicje pojęć użytych jedynie w tejże ustawie.

Brak wykonania robót budowlanych przez AB Impianti Srl nie potwierdza również data wskazana przez Przystępującego w Załączniku nr 5A do oferty. Zwrócić należy bowiem uwagę, iż jest to data wykonania zamówienia, a więc zakończenia robót a nie ich realizacji. W odniesieniu bowiem do realizacji należałoby wskazać termin, a takiego wymogu Zamawiający nie postawił.

Nadto, wskazać należy, iż ewentualny brak realizacji prac budowlanych przez wykonawcę i posługiwanie się w tym zakresie podwykonawcami nie oznacza, iż wykonawca ten nie zrealizował robót budowlanych. Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż w związku z powyższym, oświadczenie Szymona Piaseckiego, przedłożone przez Odwołującego na rozprawie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Nie znajdują również uzasadnienia zarzuty Odwołującego, co do wartości referencyjnych robót. Skoro wykazanie warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia nie było determinowane wartością wykonanych robót budowlanych, to sposób ustalenia wartości przedmiotowych zamówień nie jest okolicznością relewantną dla sprawy.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego, iż zobowiązanie KWE Technika Energetyczna Sp. z o.o. winno być podpisane przez dwóch członków zarządu, w tym prezesa. W ocenie Izby, z wartości czynności serwisowych, które Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom nie można wywodzić, iż przedmiotowe czynności będzie realizowała KWE Technika Energetyczna Sp. z o.o., a ich wartość będzie taka jak wskazana w Formularzu ofertowym. Co więcej, za nieuprawnione należy uznać utożsamianie zobowiązania do udostępnienia zasobów z ewentualnym zobowiązaniem wynikającym z umowy o świadczenie usług. Brak zatem podstaw, w świetle zaprezentowanych wywodów, do wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień, w świetle przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....