

Sygn. akt: KIO 2256/10

WYROK
z dnia 28 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań** w dniu 18 października 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Turów, ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia**

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”**, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań na rzecz: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Turów, ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia .. października 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2256/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na „Wymiana systemu automatyki i sterowania Stacji Uzdatniania Wody”, postępowanie nr ET/EU2/0587/10, zostało wszczęte przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Turów, ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 129-197995 w dniu 07.07.2010 r.

Pismem z dnia 16.09.2010 r. Zamawiający wykonując wyrok KIO z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1819/10 wezwał Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań zwane dalej: „MIKRONIKA” albo „Odwołującym”. Do uzupełnienia dokumentów celem powtórzenia oceny wniosku. Pismem z dnia 20.09.2010 r. MIKRONIKA dokonała stosownego uzupełnienia. Pismem z dnia 22.09.2010 r. Zamawiający wezwał MIKRONIKA do wyjaśnień odnośnie uzupełnionych dokumentów. Pismem z dnia 08.10.2010 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wskazując m.in. w pkt V przyczyny niezakwalifikowania Odwołującego do udziału w kolejnym etapie postępowania, tj. niezaproszenia do składania oferty. W dniu 13.10.2010 r. Zamawiający przesłał dodatkowe pismo (odpowiedź na pismo MIKRONIKA z dnia 11.10.2010 r.), tj. dodatkowe informacje dotyczące ustalenia rankingu Wykonawców, którzy spełnili udział w postępowaniu.

W dniu 18.10.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, MIKRONIKA wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu niewłaściwej oceny rankingowej w stosunku do Odwołującego, a w konsekwencji umieszczeniu Odwołującego na 10 miejscu rankingu i niezaproszeniu Odwołującego do składania ofert (skutkujące traktowaniem Odwołującego jak wykluczonego - art. 51 ust. 2 Pzp) - pismem z dnia 08.10.2010 r., otrzymanym przez Odwołującego faksem w dniu 08.10.2010 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 18.10.2010 r. (faxem). Zamawiającemu zarzucił:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich dokumentów przedłożonych przez Odwołującego na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentacji;
- 2) naruszenie art. 51 ust. 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie wskutek niewłaściwej oceny spełnianych przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w oparciu

o kryteria określone w pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu, spowodowanej nieuwzględnieniem wszystkich pozycji zawartych w przedstawionym przez Odwołującego wykazie zrealizowanych zamówień (załączonym do pisma z dnia 20.09.2010 r.), a w konsekwencji poprzez sporządzenie błędnego rankingu Wykonawców i niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty, mimo iż spełnione przez Odwołującego warunki udziału w postępowaniu winny zostać ocenione wyżej od warunków wykazanych przez innych Wykonawców;

3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez:

a) niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, iż przyjęcie przez Zamawiającego przy tworzeniu rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wszystkich pozycji wykazu zrealizowanych zamówień, załączonego przez Odwołującego do pisma z dnia 20.09.2010 r., naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

b) uwzględnienie przedstawionych przez Wykonawców zaproszonych do składania ofert niepełnych (wadliwych) referencji, prowadzące do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także dopuszczenie do oceny wniosku i dokumentów podpisanych przez osoby nieuprawnione;

c) żądanie od Odwołującego wyjaśnień dotyczących określonych funkcjonalności systemów, przy jednoczesnym braku żądania takiego rodzaju wyjaśnień od innych Wykonawców, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

d) niedokonanie punktowania wniosków poszczególnych Wykonawców (będące skutkiem nieustalenia sposobu i zasad punktacji), wbrew treści pkt VI.3 ogłoszenia, a w efekcie ustalenie rankingu niezgodnie z podanymi w ogłoszeniu zasadami, uniemożliwiające weryfikację ustalonego rankingu i prowadzące do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosimy o:

1) unieważnienie decyzji Zamawiającego w zakresie dokonania oceny rankingowej Wykonawców oraz określenia na tej podstawie pięciu Wykonawców zaproszonych do składania ofert, a w konsekwencji również w zakresie niezaproszenia Odwołującego do składania ofert (tj. w zakresie pkt III, pkt IV oraz pkt V pisma z dnia 08.10.2010 r.), i nakazanie Zamawiającemu wezwania pozostałych Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie podanych wartości systemów i potwierdzenia określonych funkcjonalności w przedstawionych przez nich referencyjnych realizacjach (jak w piśmie Zamawiającego z dnia 22.09.2010 r. skierowanym do Odwołującego - pkt 1, 4 i 5), dokonania ponownej oceny wniosków, ustalenia punktacji poszczególnych wniosków, ustalenia punktacji poszczególnych wniosków zgodnie z pkt VI.3 ogłoszenia, a następnie ponownego sporządzenia rankingu, z uwzględnieniem – przy dokonywaniu oceny wniosku Odwołującego

- wszystkich siedmiu pozycji doświadczenia zawartych w przedstawionym przez Odwołującego wykazie zrealizowanych zamówień (pismo z dnia 20.09.2010 r.) oraz nakazanie Zamawiającemu zaproszenie do składania ofert pięciu Wykonawców zajmujących najwyższe pozycje w sporządzonym w tenże sposób rankingu,

2) względnie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z nieustaleniem przez Zamawiającego do dnia oceny wniosków (a więc po otwarciu wniosków) sposobu i zasad punktacji,

3) obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Zamawiający umiejscowił Odwołującego na pozycji 10 rankingu, albowiem dokonując ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poddał ocenie uzupełniony wykaz zrealizowanych przez Wykonawcę zamówień wyłącznie w zakresie trzech pozycji doświadczenia. Powyższe Zamawiający uzasadnił treścią wyroku KIO z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1819/10 oraz zasadami uczciwej konkurencji i uczciwego traktowania wykonawców.

Nieuwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich pozycji objętych wykazem załączonym do pisma z dnia 20.09.2010 r. Odwołujący uznał za nieuprawnione i naruszające art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał, iż Zamawiający w sposób niewłaściwy zrozumiał wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 07.09.2010 r. Podkreślił, że analiza uzasadnienia tegoż orzeczenia wskazuje jednoznacznie, iż KIO dopuściła możliwość przedłożenia przez Wykonawcę (Odwołującego) w ramach uzupełniania dokumentów wykazu, obejmującego także niewskazane wcześniej zamówienia. KIO wyjaśniła w poprzednim orzeczeniu zapadłym w niniejszym postępowaniu przetargowym, iż: *„Na skutek wezwania może więc, nie wpływając na przyszłą ocenę punktową wniosku (tj. nie wykazując większej liczby zamówień podlegających punktacji), potwierdzić, że zamówienia wykazane w pierwotnym wykazie spełniają wymagania Zamawiającego. (...) Wykonawca może również potwierdzić spełnianie warunku innym, nieprzedstawionym wcześniej zamówieniem, nie można bowiem zakładać, że wykonawca nie zrealizował zamówienia, którego z jakichś powodów (np. przez przeoczenie) nie wykazał w pierwotnie złożonym wykazie. Taki zakres uprawnienia został przewidziany w ustawie i nie spowoduje naruszenia zasady uczciwej/ konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.”* Z powyższych wywodów wynika jednoznacznie, że Wykonawca uzupełniający dokumentację może potwierdzić, że pierwotnie wskazane zamówienia spełniają wymagania Zamawiającego lub też potwierdzić spełnianie tychże warunków nieprzedstawionym wcześniej zamówieniem. Skoro więc Odwołujący w niniejszej sprawie nie popierał w toku uzupełniania dokumentacji zgłoszonych pierwotnie zrealizowanych zamówień, to uznać należy, że przysługiwało mu (alternatywnie w ocenie KIO) uprawnienie do potwierdzenia spełniania wymagań za pomocą nieprzedstawianych wcześniej zrealizowanych zamówień.

Wskazał, że podobny pogląd wyrażony został w uchwale KIO z dnia 14.04.2010 r., sygn. akt: KIO/KD 25/10, że: *„dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które prowadzić będzie do wykazania dysponowania innym sprzętem. Uzupełnienie takie nie stanowi niedozwolonej zmiany oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. i nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”*. Pogląd powyższy - dotyczący co prawda odmiennego trybu postępowania i wykazania posiadanego sprzętu, a nie zrealizowanych zamówień - znajduje również zastosowanie w niniejszej sprawie i potwierdza prawidłowość stanowiska prezentowanego w niniejszym odwołaniu.

Podkreślił, iż z wywodów zawartych w uzasadnieniu wyroku z dnia 07.09.2010 r. nie wynika w żaden sposób, by Zamawiający mógł uwzględnić tylko taką liczbę zrealizowanych zamówień, jaką wynikała z pierwotnie zgłoszonego wykazu. Wręcz przeciwnie - KIO wskazuje, że spełnianie warunków przez Wykonawcę może być potwierdzone „również” innymi, nieprzedstawionymi wcześniej zamówieniami. Gdyby KIO uznawała, że przy sporządzaniu rankingu Zamawiający uwzględnia tylko liczbę zrealizowanych zamówień wynikającą z pierwotnego wykazu, wówczas z całą pewnością wyraziłaby tenże pogląd w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Brak takiego stwierdzenia oraz logiczna analiza treści wywodów KIO prowadzi więc do wniosku, że Odwołujący mógł wskazać nieprzedstawione wcześniej zamówienia w liczbie dowolnej, tj. także przekraczającej liczbę zamówień wskazanych w pierwotnym wykazie, a uwzględnienie tychże pozycji przy sporządzaniu rankingu nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przeciwnie twierdzenia uznać należy więc za nieuzasadnione zarówno w świetle treści uzasadnienia do wyroku z dnia 07.09.2010 r., jak również w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Naruszając przepis art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający naruszył w efekcie również przepis art. 51 ust. 2 Pzp. Wskazał, że zgodnie z pkt VI.3 ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, gdy: *„liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przyznane na podstawie wykazu zrealizowanych dostaw i usług na wymianę systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym lub chemicznym”*. Zamawiający określił kryteria oceny w sposób następujący: *„W pierwszej kolejności punktowana będzie ilość i wartość zrealizowanych zamówień na wymianę systemu automatyki i sterowania dla stacji uzdatniania wody w przemyśle energetycznym i chemicznym wymienionych w wykazie załączonym do Wniosku, następnie ilość i wartość zrealizowanych pozostałych zadań związanych z wymianą systemu automatyki i sterowania na innych obiektach w przemyśle energetycznym i chemicznym wymienionych w wykazie załączonym do wniosku”*.

Z uwagi na powyższe stwierdził, iż ilość (liczba) zrealizowanych zamówień wykazywana przez Wykonawców miała - dla sporządzenia rankingu - znaczenie podstawowe. Odmowa uwzględnienia wszystkich przedstawionych przez Odwołującego zrealizowanych zamówień stanowiła więc przyczynę umieszczenia go na odległej - dziesiątej - pozycji rankingowej, podczas, gdy przedstawiona przez niego liczba doświadczeń (zrealizowanych zamówień) winna zdecydować o umieszczeniu Odwołującego w grupie pierwszych pięciu wykonawców. Wskazać należy, że tylko jeden z Wykonawców, który w wykazie zrealizowanych zamówień nie przedstawili doświadczeń w przedmiocie: „Wymiany systemu automatyki i sterowania dla SUW w energetyce lub przemyśle chemicznym” (tj. z grupy 11 Wykonawców na 14 ocenionych pozytywnie), a mianowicie Wykonawca uplasowany na pozycji czwartej rankingu (ABB), wykazał większą od Odwołującego liczbę zrealizowanych zamówień. Należy także wskazać, że Wykonawca umieszczony na piątej pozycji rankingu (EMERSON PROCESS MANAGEMENT) wykazał zaledwie 5 zamówień w powyższym zakresie (a więc mniej od Odwołującego). Tym samym należy podnieść, że prawidłowe uwzględnienie wszystkich przedstawianych przez Odwołującego doświadczeń (zrealizowanych zamówień) skutkowałoby umiejscowieniem go co najmniej na 5 pozycji rankingu, a tym samym zaproszeniem do złożenia oferty.

Na marginesie powyższego wskazał również, że - pomimo wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu, że celem utworzenia rankingu za poszczególne doświadczenia (zrealizowane zamówienia) przyznawane będą punkty - Zamawiający nie przedstawił zasad punktowania, a co więcej w sporządzonej przez siebie tabeli (rankingu) nie wskazał na liczbę punktów uzyskana przez wnioski poszczególnych Wykonawców za kolejne przedstawione przez nich zrealizowane zamówienia.

Tym samym sposób sporządzenia rankingu uznać należy za wadliwy, naruszający art. 7 ust. 1 Pzp oraz uniemożliwiający pełną i jednoznaczną ocenę jego prawidłowości. Wskazał, że niedokonanie punktowania wniosków poszczególnych Wykonawców (będące skutkiem nieustalenia sposobu i zasad punktacji), wbrew treści pkt VI.3 ogłoszenia, uzasadnia unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na istnienie istotnych wad tego postępowania, w szczególności polegających na nieustaleniu do dnia oceny wniosków (a więc po otwarciu wniosków) sposobu i zasad punktacji. Zauważył, że wadliwość rankingu wynika również z okoliczności uwzględnienia przedstawionych przez Wykonawców zaproszonych do składania ofert niepełnych (wadliwych) referencji. W szczególności dotyczy to:

a) referencji przedstawionych przez Wykonawcę uplasowanego na pozycji 2. rankingu, tj. HONEYWELL Sp. z o.o.

Zgodnie z pkt III.2.3) ogłoszenia. Wykonawcy obowiązani byli dołączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat

przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dostaw i usług, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykaz obejmujący wykonanie co najmniej jednego zamówienia, którego zakres obejmował zaprojektowanie, dostawę urządzeń, montaż i uruchomienie systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym lub chemicznym o wartości co najmniej 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) brutto oraz dokumenty jednoznacznie potwierdzające, że dostawy i usługi wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należycie (np. referencje, protokoły odbioru). Przedstawione przez Wykonawcę - HONEYWELL Sp. z o.o. w Warszawie referencje nie potwierdzają jednakże, że dostawy i usługi zostały wykonane należycie. W części przedstawionych referencji (dotyczy to 6 referencji) brak jest bowiem w ogóle wskazania (potwierdzenia), że dostawy i usługi zostały wykonane należycie, a w pozostałej części referencji (dotyczy to pozostałych 5 referencji) wskazano jedynie, że „*prace zostały wykonane w terminie i bez zastrzeżeń z inżynierskiego punktu widzenia*”, które to określenie nie jest tożsame z potwierdzeniem, że prace „*zostały wykonane należycie*”. Ponadto referencje te zawierają błędy w tłumaczeniach - tekst angielski różni się w istotnym stopniu od tekstu tłumaczenia w języku polskim. W szczególności dotyczy to referencji otrzymanych od klienta Saudi Electricity Company, w której w wersji angielskiej wskazano, że wartość kontraktu wynosiła 11 mln EURO, natomiast w wersji polskiej - 11 mln USD; w funkcji i zakresie podwykonawców - w wersji angielskiej wskazano, że dotyczyły one systemu kontroli turbiny GE Mark, natomiast w wersji polskiej - systemu kontroli turbiny GE Mark IV; a nadto wersja polska jest krótsza niż wersja angielska i nie obejmuje dalszej części referencji w języku angielskim.

b) referencji przedstawionych przez Wykonawcę uplasowanego na pozycji 1. rankingu, tj. CONTROL TEC Sp. z o.o.

Dwie z przedstawionych przez tego Wykonawcę referencji są wadliwe: referencje otrzymane od EC Uppsala nie potwierdzają, że prace zostały wykonane należycie, natomiast w odniesieniu do referencji dotyczące EC Bydgoszcz i prac wykonywanych dla tego podmiotu wskazać należy, że zakres prac nie pokrywa się z wymaganym zakresem prac.

Co prawda Zamawiający nie uwzględnił jednej z referencji przedstawionych przez tego Wykonawcę, jednak nie wskazał której (choć powinien to uczynić). Wobec powyższego nie sposób stwierdzić, czy Zamawiający nie uwzględnił jednej z wyżej wskazanych referencji, a jeśli nawet tak, to której.

c) referencji przedstawionych przez Wykonawcę uplasowanego na pozycji 5. rankingu, tj. EMERSON PROCESS MANAGEMENT Power and Water Solutions Sp. z o. o.

Dwie z przedstawionych przez tego Wykonawcę referencji są wadliwe. Referencje wystawione przez PGE Elektrownię Bełchatów S.A. dla bloku 4 pochodzą sprzed daty

podanej jako zakończenie prac i dotyczą - jak wynika z ich treści - tylko testów wstępnych. Referencje te nie potwierdzają więc należytego wykonania prac, a jedynie ich pewnych etapów. Również referencje wystawione przez Karlshamn Kraft nie potwierdzają, że prace zostały wykonane należyście, ale jedynie, że urządzenia pracują należyście, co nie jest tożsame. Ponadto z treści przedstawionych przez wybranych Wykonawców referencji wynika, że podane w wykazie wartości nie dotyczą systemów, ale całych zamówień, których zakres był większy. W szczególności dotyczy to prac wykazanych przez Wykonawcę - HONEYWELL Sp. z o.o., ABB Sp. z o.o. i pozostałych zaproszonych do składania ofert. Tymczasem zgodnie z pkt III.2.3) ogłoszenia. Wykonawcy obowiązani byli dołączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: *„wykaz zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dostaw i usług, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykaz obejmujący wykonanie co najmniej jednego zamówienia, którego zakres obejmował zaprojektowanie, dostawę urządzeń, montaż i uruchomienie systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym lub chemicznym o wartości co najmniej 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) brutto oraz dokumenty jednoznacznie potwierdzające, że dostawy i usługi wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należyście (np. referencje, protokoły odbioru).”* Jak zatem wynika z treści ogłoszenia, wartość 500.000,00 zł brutto winna odnosić się do wartości zrealizowanego systemu, a nie całego zadania, którego system ten był częścią.

Dodatkowo, w odniesieniu do wniosku, jego uzupełnienia i referencji przedstawionych przez ABB Sp. z o.o., wskazać należy, że zostały one przedstawione i potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby nie posiadające stosownych pełnomocnictw (załączone przez Wykonawcę pełnomocnictwa posiadają ograniczenie do przetargów o wartości do 3 milionów złotych, podczas gdy szacunkowa wartość zamówienia wskazana w ogłoszeniu o niniejszym postępowaniu określona została na kwotę do 10 milionów EURO). Wobec powyższego dokumenty te nie powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego. W konsekwencji uznać należy, że uwzględnienie przedstawionych przez Wykonawców zaproszonych do składania ofert niepełnych (wadliwych) referencji, stanowi naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający naruszył wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców także i poprzez to, że żądał od Odwołującego - pismem z dnia 22.09.2010 r. - wyjaśnień dotyczących określonych funkcjonalności systemów, nie żądając jednocześnie takiego rodzaju wyjaśnień od innych Wykonawców. Również to uchybienie Zamawiającego mogło mieć wpływ na wadliwość rankingu, albowiem wiele prac wskazanych przez wybranych Wykonawców nie zawiera elementów, których podania

Zamawiający żądał od Odwołującego, a przynajmniej załączone przez tychże Wykonawców referencje nie wskazują na istnienie takich elementów.

Zamawiający w dniu 20.10.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.10.2010 r. (wpływ e-mailem do Prezesa KIO) Honeywell Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39, 02-672 Warszawa zwana dalej: „Honeywell Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 25.10.2010 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wносиło o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Po pierwsze wskazał, że Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonał powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1819/10 i w oparciu o jego uzasadnienie stanowiące iż (s.6-7): *„(...) Wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, nie wpływając na przyszłą ocenę punktową wniosków (tj. nie wykazując większej liczby zamówień podlegającej punktacji), potwierdzić, że zamówienia wykazane w pierwotnym wykazie spełniają wymagania Zamawiającego.”* Izba zatem jednoznacznie potwierdziła, iż celem art. 26 ust. 3 Pzp jest wyłącznie umożliwienie Wykonawcy wykazania się spełnieniem danego warunku „minimalnego”, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu i objętego treścią wezwania. Wskazanie w uzupełnieniu wniosku większej liczby zrealizowanych zamówień nie może wpływać na przyszłą ocenę punktową wniosków a zatem Zamawiający realizując nakazane przez Izbę czynności nie mógł zaliczyć wszystkich pozycji zawartych w przedstawionym przez Odwołującego wykazie zrealizowanych zamówień. Zamawiający zgadza się ze zdaniem Odwołującego powołującym się na wspomniany wyrok, iż: *„KIO dopuściła możliwość przedłożenia przez Wykonawcę (Odwołującego) w ramach uzupełnienia dokumentów wykazu, obejmującego także niewskazane wcześniej zamówienia”,* jednakże granicą jest tutaj wykazanie się wyłącznie spełnieniem warunku minimalnego. Przykładowo zatem jeśli warunkiem było wykazanie się trzema zamówieniami a Wykonawca do wniosku załączył wykaz potwierdzający wykonanie jedynie dwóch zamówień objętych warunkiem to jest dopuszczalne: *„w ramach uzupełnienia dokumentów przedstawienie wykazu, obejmującego także niewskazane wcześniej*

zamówienia" a więc wykazanie się zamówieniem nie wykazanym wcześniej we wniosku. Stanowisko Odwołującego jakoby Izba dopuściła możliwość alternatywnych (łącznie) sposobów wykazywania się spełnieniem warunków tj. poprzez dostarczenie dokumentów odnoszących się do pierwotnego wykazu lub poprzez wykazanie nowych, nieuwzględnionych wcześniej zamówień, nie znajduje potwierdzenia w treści uzasadnienia wyroku. Izba bowiem wyraźnie stwierdziła, iż ta ostatnia możliwość dotyczy wyłącznie: „*potwierdzenia spełnienia warunku*” a nie uzyskania dodatkowej punktacji. Wskazał także należy, iż Izba potwierdza ten sposób rozumienia możliwości uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp posługując się wyrażeniem „*taki zakres uzupełnienia* został przewidziany w ustawie i nie spowoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”. A *contrario* uznać należy, iż inny zakres uzupełnienia, w szczególności podany przez Odwołującego, polegający na uwzględnieniu nieprzedstawionych wcześniej zamówień w liczbie dowolnej, zarówno w ocenie Zamawiającego, jak i w ocenie KIO naruszałby te zasady. Na zakończenie wskazał, iż powoływana przez Odwołującego uchwała KIO z dnia 10.04.2010 r., sygn. akt: KIO/KD 25/10 odnosi się do zupełnie odmiennego zagadnienia i nie może stanowić potwierdzenia jego stanowiska.

Po drugie, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu iż: „*nie przedstawił zasad punktowania, a co więcej w sporządzonej przez siebie tabeli (rankingu) nie wskazał na liczbę punktów uzyskaną przez wnioski poszczególnych wykonawców za kolejne przedstawione przez nich zrealizowane zamówienia. Tym samym sposób sporządzenia rankingu należy uznać za wadliwy, naruszający art. 7 ust. 1 Pzp oraz uniemożliwiający pełną i jednoznaczną ocenę jego prawidłowości. Wskazać w tym miejscu należy, że niedokonanie punktowania wniosków poszczególnych Wykonawców (będące skutkiem nieustalenia sposobu i zasad punktacji), wbrew treści punktu VI. 3 Ogłoszenia, uzasadnia unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na istnienie istotnych wad tego postępowania, w szczególności polegających na nieustaleniu do dnia oceny wniosków (a więc po otwarciu wniosków) sposobu i zasad punktacji.*” Zarzuty Odwołującego w powyższym punkcie uznał za spóźnione. W istocie bowiem dotyczą one ustalenia (bądź też zdaniem Odwołującego nieustalenia) sposobu i zasad punktacji, które znane były wszystkim Wykonawcom już 07.07.2010 r., w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie zatem z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie należało złożyć w terminie 10 dni od dnia publikacji tego ogłoszenia, a więc najpóźniej w dniu 17.07.2010 r. Tym niemniej wskazać należy, iż zasady kwalifikacji wykonawców była dla wszystkich wykonawców jasne od samego początku (daty publikacji ogłoszenia)- nie były one przedmiotem pytań ani odwołań ze strony Wykonawców. Oczywistym było i jest, iż dla kwalifikacji Wykonawców w pierwszej kolejności brana była pod uwagę ilość zrealizowanych zamówień na wymianę systemu automatyki i sterowania dla stacji uzdatniania wody w przemyśle energetycznym i chemicznym wymienionych w wykazie

załączonym do Wniosku. Świadomy tego jest także Odwołujący co wynika wprost z treści odwołania: „Z uwagi na powyższe należy zwrócić uwagę na fakt, iż ilość (liczba) zrealizowanych zamówień wykazywana przez Wykonawców miała - dla sporządzenia - rankingu znaczenie podstawowe. Odmowa uwzględnienia wszystkich przedstawionych przez Odwołującego zrealizowanych zamówień stanowiła więc przyczynę umieszczenia go na odległej - dziesiątej pozycji rankingowej, podczas gdy przedstawiona przezeń liczba doświadczeń (zrealizowanych zamówień) winna zdecydować o umieszczeniu odwołującego w grupie pierwszych pięciu wykonawców”. Fakt zatem braku przelicznika pomiędzy zrealizowanym zamówieniem a liczbą punktów (czy za zamówienie wykonawca otrzyma 1 punkt, 2 punkty czy inną ilość punktów) nie ma żadnego znaczenia i nie wpływa na prawidłowość dokonywanej klasyfikacji.

Po trzecie, czynność wezwania do wyjaśnień w rozumieniu art. 26 ust. 4 Pzp jest czynnością dyskrecyjną (zastrzeżoną na rzecz) Zamawiającego, którą stosuje się przede wszystkim w przypadku w którym zachodzą wątpliwości co do złożonych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub też nie można dokonać na podstawie tych dokumentów oceny spełniania warunków. Nie można zatem postawić tezy o niezachowaniu zasady równości względem Wykonawców jedynie w oparciu o ogólnie sformułowany, nie odnoszący się do konkretnych wypadków, brak wezwania do złożenia wyjaśnień w stosunku do innych Wykonawców, bowiem z istoty wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 4 Pzp wynika, iż wyjaśnienia danego Wykonawcy dotyczą różnych dokumentów a więc każdy przypadek należy traktować indywidualnie. Stwierdzenie zawarte w treści odwołania, iż: „wiele prac wskazanych przez wybranych Wykonawców nie zawiera elementów, których podania Zamawiający żądał od Odwołującego, a przynajmniej załączone przez tychże Wykonawców referencje nie wskazują na istnienie takich elementów jest stwierdzeniem gołosłownym, nie zawierającym odniesienia do konkretnych przypadków i nieudowodnionym przez Odwołującego jak również nie znajdującym oparcia w faktach.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, ogłoszeniem o zamówieniu, protokołem ZP-1, wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu złożonym przez Odwołującego, HONEYWELL Sp. z o. o., CONTROL TEC Sp. z o. o., EMERSON PROCESS MANAGEMENT Power and Water Solutions Sp. z o. o., ABB Sp. z o. o., uzupełnienia wniosku ABB Sp. z o.o. (pismo z dnia 03.08.2010 r.) wraz z załącznikami, w tym pełnomocnictwami, ofertą ABB Sp. z o.o., wyrokiem KIO z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1819/10, wezwaniem Odwołującego z dnia 16.09.2010 r. przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnieniem wniosku Odwołującego - pismo z dnia

20.09.2010 r. wraz z załącznikami, wezwaniem Odwołującego z dnia 22.09.2010 r. przez Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnieniami z dnia 23.09.2010 r., informacją Zamawiającego z dnia 12.08.2010 r. oraz z dnia 08.10.2010 r. o dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, pismem Odwołującego z dnia 11.10.2010 r., odpowiedzią na niniejsze pismo Zamawiającego z dnia 13.10.2010 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się w szczególności zarzutu pierwszego. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego wniosek został sklasyfikowany na 10 pozycji, w wypadku uznania zasadności zarzutu głównego, tzn. błędnego charakteru czynności dokonane przez Zamawiającego, tj. sporządzenia błędnego rankingu Wykonawców, a w konsekwencji niezaproszenia Odwołującego do składania ofert (ze skutkiem traktowania go jako wykluczonego), skutkowałoby ocenieniem wniosku pozwalającym na jego dalsze uczestniczenie w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Izba uznała za nieskuteczne z uwagi na przekroczenie terminy 3 dniowego oraz zastosowanie formy emaliowej, co jest niezgodne z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu ZP-1, wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu złożonym przez Odwołującego, HONEYWELL Sp. z o. o., CONTROL TEC Sp. z o. o., EMERSON PROCESS MANAGEMENT Power and

Water Solutions Sp. z o. o., ABB Sp. z o. o., uzupełnienia wniosku ABB Sp. z o.o. (pismo z dnia 03.08.2010 r.) wraz z załącznikami, w tym z pełnomocnictwami, ofertą ABB Sp. z o.o., wyroku KIO z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1819/10, wezwania Odwołującego z dnia 16.09.2010 r. przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnienia wniosku Odwołującego - pismo z dnia 20.09.2010 r. wraz z załącznikami, wezwaniem Odwołującego z dnia 22.09.2010 r. przez Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnienia z dnia 23.09.2010 r., informacji Zamawiającego z dnia 12.08.2010 r. oraz z dnia 08.10.2010 r. o dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, pisma Odwołującego z dnia 11.10.2010 r., odpowiedzi na niniejsze pismo Zamawiającego z dnia 13.10.2010 r., odwołania, odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuwzględnienie wszystkich dokumentów przedłożonych przez Odwołującego na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentacji, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący załączył dokumenty, o których mowa w pkt III.2.3) ogłoszenia, tj. dokumenty, z których wynika, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący wykonał trzy zamówienia, których zakres obejmował zaprojektowanie, dostawą urządzeń, montaż i uruchomienie systemu automatyki i sterowania w przemyśle energetycznym, każde o wartości znacząco przewyższającej wymaganą przez Zamawiającego kwotę 500.000,00 zł brutto, i że wykonał je należycie. W dniu 17.08.2010 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego faksem zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wskazując, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ: „*nie złożył dokumentów, o których mowa w ogłoszeniu w pkt III.2.3) - Zdolność techniczna.*”. W dniu 23.08.2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania. Wyrokiem z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1819/10 KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu. W treści uzasadnienia wskazano, iż nieuprawnione było uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i że zaistniała podstawa wykluczenia go z postępowania, pomimo braku wcześniejszego wezwania Odwołującego - wobec zaistniałych zastrzeżeń - do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 16.09.2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów celem powtórzenia czynności oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wskazując, iż zamówienia wskazane przez Odwołującego w wykazie załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie potwierdzają spełniania warunku określonego w pkt III.2.3. ogłoszenia. W odpowiedzi, Odwołujący pismem z dnia 20.09.2010 r., z zachowaniem terminu określonego w wezwaniu, uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie przez Odwołującego warunku określonego w pkt III.2.3. ogłoszenia. Do pisma załączono wykaz, obejmujący 7 zamówień zrealizowanych w okresie trzech lat odpowiadających przedmiotowi zamówienia oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy wykonane należycie. Pismem z dnia 22.09.2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie uzupełnionych dokumentów, w szczególności do wskazania określonych funkcjonalności przedstawionych przez niego referencyjnych realizacji (pkt 1, 4 i 5 pisma). Wyjaśnienia udzielone zostały przez Odwołującego pismem z dnia 23.09.2010 r. Pismem z dnia 08.10.2010 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, wskazując: w pkt I - Wykonawców, którzy zostali wykluczeni, w pkt II - Wykonawców, którym Zamawiający przyznał pozytywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, w pkt III - ocenę i ranking Wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu, w pkt IV - Wykonawców zaproszonych do składania ofert w wyniku dokonanej oceny rankingowej oraz w pkt V - przyczyny niezakwalifikowania Odwołującego do udziału w kolejnym etapie postępowania. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, że: *„Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2010 r. (Sygn. akt: KIO 1819/10), przyjęcie przez Zamawiającego przy tworzeniu rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazu zamówień zrealizowanych w uzupełnionym wniosku, naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców (...)*”. Z uwagi na powyższe Zamawiający, *„dokonując ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poddał ocenie uzupełniony wykaz zrealizowanych przez Wykonawcę zamówień - zgodnie z pierwotnym wnioskiem o dopuszczenie udziału w postępowaniu, tj. wyłącznie w zakresie 3 pozycji doświadczenia. Zamawiający przyjął do oceny rankingowej 3 zadania z uzupełnionego wykazu o największej wartości”*. W tym stanie rzeczy Odwołujący umieszczony został na 10. pozycji rankingu. Następnie, w piśmie z dnia 13.10.2010 r., stanowiącym odpowiedź na pismo z dnia 11.10.2010 r., Zamawiający przekazał dodatkowe informacje dotyczące

ustalenia rankingu Wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Zamawiający miał prawo dokonać wykładni interpretacyjnej art. 26 ust. 3 Pzp w świetle zasad Pzp (art. 7 ust.1 Pzp), które mają charakter nadrzędny. Należy wskazać, że podobnej wykładni art. 26 ust. 2 Pzp dokonało orzecznictwo KIO wskazując, że z uwagi na art. 7 ust.1 Pzp, zasadnym jest doprowadzenie do sytuacji w której w taki sam sposób będzie traktowany Wykonawca, który nie złożył żadnego dokumentu, jak i ten który złożył dokument, ale błędny. W przedmiotowym stanie faktycznym, tj. w realiach przetargu ograniczonego Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo nie zaliczył na potrzeby rankingu Wykonawców, którzy złożyli wnioski wszystkich 7 wykazanych w ramach uzupełnienia zamówień. Takie działanie ewidentnie naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp i pozwalało biorąc pod uwagę wiedzę, jaką dysponował Wykonawca (bazując na pierwotnych wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wynikającego także z nich rankingu) na zmianę status quo i dostarczenie referencji w ilości zapewniającej zaproszenie do składania ofert. W tym zakresie argumentacja Odwołującego jest błędna albowiem biorąc pod uwagę art. 26 ust, 2b Pzp oraz inne okoliczności losowe, dany Wykonawca mógłby złożyć więcej referencji niż złożył pierwotnie (co uczynił w przedmiotowym stanie faktycznym), a nawet więcej niż faktycznie posiada.

Biorąc pod uwagę obowiązując stan prawny (art. 51 ust.2 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 Rozporządzeniem 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. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”) oraz praktykę, wykaz zamówień służy zarówno dla potrzeb oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (wiedzy i doświadczenia) oraz dla potrzeb rankingu, który jest konieczny dla ustalenia, którzy z Wykonawców otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków, w związku z powyższym w tym zakresie Zamawiający nie naruszył Pzp.

W oceni Izby, akapit wyroku KIO z dnia 07.09.2010 r., wskazany przez obie strony uprawnia do takiej interpretacji, jakiej dokonał Zamawiający. Izba wyjaśnia, że najpierw ocenie podlega spełnianie warunków udziału w postępowaniu, później jeśli warunek jest spełniony, tworzony jest ranking. Dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wniosek o nieograniczoną liczbę zamówień, tak aby potwierdzić jego spełnianie. Jest to konieczne, gdyż Wykonawca nie ma pewności, czy Zamawiający nie zakwestionuje jednostkowego zamówienia (podobnie ma miejsce sytuacja w klasycznym przetargu nieograniczonym). W drugim etapie po potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu - uzyskany wykaz podlega klasyfikacji w ramach rankingu.

W tym wypadku jednakże, Zamawiający winien wziąć pod uwagę nie wszystkie uzupełnione zamówienia, ale tylko i wyłącznie ich ilość równą liczbie zamówień wykazanych w pierwotnym wykazie i spełniających kryteria określone dla ustalenia rankingu.

W konsekwencji brak naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.2 Pzp skutkuje stwierdzeniem braku naruszenia art. 51 ust. 2 Pzp, jak i art. 7 ust. 1 Pzp, w zakresie jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, iż przyjęcie przez Zamawiającego przy tworzeniu rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wszystkich pozycji wykazu zrealizowanych zamówień, załączonego przez Odwołującego do pisma z dnia 20.09.2010 r., naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, z uwagi na niedokonanie przez Zamawiającego punktowania wniosków poszczególnych Wykonawców (będące skutkiem nieustalenia sposobu i zasad punktacji), wbrew treści pkt VI.3 ogłoszenia, a w efekcie ustalenie rankingu niezgodnie z podanymi w ogłoszeniu zasadami, uniemożliwiające weryfikację ustalonego rankingu i prowadzące do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że tak jak sam podniósł w zarzucie Odwołujący, Zamawiający określił w ogłoszeniu zasady kwalifikacji Wykonawców, którymi będzie się kierował przy tworzeniu rankingu (str. 8 odwołania).

Po drugie, sam Odwołujący jak zasadnie wskazał Zamawiający (na str. 6 odpowiedzi na odwołanie) wskazał na str. 8 odwołania, że w pierwszej kolejności była pod uwagę brana ilość zamówień.

Po trzecie, Izba wskazuje, że Odwołujący znał treść ogłoszenia od dnia 07.07.2010 r., nie kwestionował też zasad kwalifikacji wykonawców dokonanych w ramach pierwotnej oceny w dniu 12.08.2010 r.

Po czwarte, szczegółowe wyjaśnienia udzielone w tym zakresie przez Zamawiającego na rozprawie mają odzwierciedlenie w protokole Komisji Przetargowej z dnia 08.10.2010 r., jak i piśmie Zamawiającego z dnia 13.10.2010 r. oraz złożonych wnioskach. W zakresie wskazanych niezgodności w poz. 7, 8 i 9, Izba po przeanalizowaniu dokumentacji, uznała, że wskazane niezgodności nie stanowią naruszenia mającego wpływ na wynik postępowania, albowiem nie ulegliby zmianie wykonawcy zaproszeni do składania ofert, a tylko Wykonawca z poz. 7 zamieniłby się pozycją z wykonawcą z poz. 9. Brak przelicznika pomiędzy zrealizowanymi zamówieniami, a liczba punktów nie wpływa na prawidłowość dokonanej kwalifikacji, z uwagi na jej czytelny charakter mający potwierdzenie w adnotacjach Zamawiającego w oryginalnej dokumentacji.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, poprzez uwzględnienie przedstawionych przez Wykonawców zaproszonych do składania ofert niepełnych (wadliwych) referencji, prowadzące do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także dopuszczenie do oceny wniosku i dokumentów podpisanych przez osoby nieuprawnione; Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Względem HONEYWELL Sp. z o. o. Niniejszy Wykonawca wykazał 11 zamówień, z których 8 zostało zaliczonych przez Zamawiającego na poczet rankingu. Odnośnie 5 końcowych zamówień to sformułowania zawarte w referencjach jest wystarczające dla potrzeb potwierdzenia należytego wykonania zamówienia (co nie zmienia faktu, że tylko 2 z nich zostało uwzględnionych przez Zamawiającego w rankingu). Odnośnie 6 pierwszych zamówień, Izba uznała, że brak jest podstaw do ich zakwestionowania, mimo braku literalnego wskazania ich należytego wykonania, zakres prac wymieniony daje realne podstawy do uznania, że nie było zastrzeżeń w ich realizacji, w przeciwnym razie nie zostałyby one wystawione, należy także wskazać, jako ich element - uszczegółowienie w postaci odesłania do strony internetowej, zawierające informacje dające podstawy do weryfikacji. Niniejsze świadome pisemne odesłanie stanowi gwarancje wiarygodności zawartych tam informacji przez wystawcę referencji, jako ich elementu. Odnośnie błędów w tłumaczeniu, Izba wskazuje, że oryginalna referencja wbrew sugestiom Odwołującego wprost mówi o systemie kontroli turbiny GE Mark IV, interpretacja tekstu oryginalnego była zbyt pobieżna. Odnośnie waluty Izba podnosi, że w wykazie jest EURO, dane w tłumaczeniu są wystarczające do weryfikacji, nawet gdyby zakwestionować referencje pochodzącą z Arabii Saudyjskiej, to skutkowałoby co najwyżej zmniejszeniem liczny 7 punktów do 6 i nie miałyby wpływu na wynik postępowania, albowiem Wykonawca dalej zasadnie byłby zaproszony do złożenia ofert.

Względem CONTROL TEC Sp. z o. o. Niniejszy Wykonawca wykazał 10 zamówień, z których 9 zostało zaliczonych przez Zamawiającego na poczet rankingu, za wyjątkiem przedostatniego zawartego w wykazie. Odnośnie referencji EC Uppsal – w ocenie Izby sformułowanie zawarte w referencji jest wystarczające dla potrzeb potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Odnośnie referencji EC Bydgoszcz – względem zakresu prac, w ocenie Izby, treść referencji nie potwierdza postawionego zarzutu, chociażby pkt 5 referencji. Z wniosku oryginalnego wynika (adnotacja), że przedmiotowa referencja była wliczona do rankingu.

Względem EMERSON PROCESS MANAGEMENT Power and Water Solutions Sp. z o.o. Niniejszy Wykonawca wykazał 5 zamówień, z których wszystkie zostały zaliczone przez Zamawiającego na poczet rankingu. PGE Elektrownia Bełchatów SA dla bloku 4 – po pierwsze, Odwołujący pobieżnie zapoznał się z treścią referencji, gdyż zawiera ona

sformułowanie wystarczające dla potrzeb potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, akapit wcześniej niż fragment wskazywany przez Odwołującego. Data 18.11.2010 r. pokrywa się z datą z treści referencji synchronizacji bloku 4. Izba w tym zakresie uznała, że zarzut jest pobieżny i nie rozpatruje całości zamówienia oraz jego charakteru, obejmującego pobocznie także szkolenie). Karlshman Kraft – w ocenie Izby sformułowanie zawarte w referencji jest wystarczające dla potrzeb potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

Kwestia sposobu rozumienia wykazywanej wartości w ramach wykazu (zarzut w tym zakresie został odniesiony w sposób mało konkretny, za wyjątkiem odniesienia wprost do ABB Sp. z o. o. oraz HONEYWELL Sp. z o. o., w ocenie Izby można rozumieć zarówno w sposób wskazany przez Odwołującego, jak i do całego zadania, z tych względów, biorąc pod uwagę, że nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców, Izba nie uznała zasadności stanowiska Odwołującego w przedmiotowej kwestii.

Odnosnie ABB Sp. z o. o. – pełnomocnictwa (z dnia 01.04.2010 r. oraz 02.11.2009 r.) załączone w ramach uzupełnienia wniosku z dnia 03.08.2010 r. Izba zwraca uwagę, że analiza Odwołującego była pobieżna albowiem wartość oferty mieści się w kwocie 3 mln (1.550.000 PLN netto), a wartość szacunkowa według protokołu ZP-1, to 2.985.000,00 PLN. W konsekwencji dokumenty dostarczone w ramach uzupełnienia są wiążące dla Zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie od Odwołującego wyjaśnień dotyczących określonych funkcjonalności systemów, przy jednoczesnym braku żądania takiego rodzaju wyjaśnień od innych Wykonawców, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznała za niezasadny.

Izba uznała za wiarygodne, wyjaśnienia w tym zakresie, udzielone przez Zamawiającego na rozprawie. Odwołujący sformułował zarzut w sposób ogólny i nie wykazał na ani jednym konkretnym przykładzie, tj. uczestniku przetargu (danym wniosku - referencji) zasadności swoich twierdzeń. Izba wskazuje, że Zamawiający jest Zamawiającym Sektorowym, który jako profesjonalista w dziedzinie, której dotyczy przedmiotowe postępowanie przetargowe dysponuje wiedzą ponad przeciętną.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie sformułował zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania, a tylko alternatywny wniosek, który w ocenie Izby sformułowano tylko i wyłącznie dla potrzeb przedmiotowego sporu. Świadczy o tym także fakt, że w dniu złożenia odwołania upłynął już termin do złożenia ofert w postępowaniu (12.10.2010 r.). Należy także podnieść, uwzględniając dokonane na początku uzasadnienia merytorycznego, że biorąc pod uwagę, nie potwierdzenie się głównego zarzutu, tj. pierwszego

z podniesionych zarzutów, podnoszenie zarzutów w pozostałym zakresie pozbawione jest podstaw, z uwagi na brak interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, albowiem Wykonawca w rankingu Wykonawców uplasował się na pozycji 10, zaś zarzuty skierowane wobec konkretnych Wykonawców dotyczyło tylko 4 uczestników, w konsekwencji ich uwzględnienie przesunęłoby Odwołującego na pozycje 6 w rankingu i nie zostałby on zaproszony do składania ofert.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....