

Sygn. akt: KIO 196/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 lutego 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Packo**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm w składzie: Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu (Lider Konsorcjum), PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowo k/Poznania i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie z adresem dla Lidera Konsorcjum: ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrownię Ostrołęka S.A. z siedzibą w Ostrołęce**

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm w składzie: Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu (Lider Konsorcjum), PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowo k/Poznania i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm w składzie: Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu (Lider Konsorcjum), PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowo k/Poznania i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

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

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Rafako S.A. (Lider Konsorcjum), PBG S.A. i Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Raciborzu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 30 stycznia 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu. Odwołanie zostało złożone wobec zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania konsorcjum Alstom Power sp. z o.o., Alstom Power System GmbH, Alstom Power System S.A. (dalej: „Konsorcjum”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez brak wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że konsorcjum złożyło w ramach postępowania nieprawdziwe informacje mające, a przynajmniej mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o wykluczenie konsorcjum z postępowania.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołania odwołujący wskazał, co następuje.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu konsorcjum wskazało realizację dla PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie w Elektrowni Bełchatów S.A. bloku energetycznego przedkładając Świadectwo Zakończenia Realizacji z dnia 14.10.2011 r.

W ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą sygn. akt: KIO 6/12 konsorcjum przedłożyło do akt sprawy dokument referencji z dnia 5.01.2012 r., z którego wynikało, że blok został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony. Dnia 19.01.2012 r. odwołujący otrzymał pismo z PGE, z którego wynika, że referencje z 5.01.2012 r. nie zostały podpisane przez upoważnione osoby, a ponadto, że blok nie został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo

ukończony, nie osiągnięto zakończenia w terminie oraz stwierdzono wady i usterki w układach technologicznych bloku. Jak wynika z treści pisma zostało ono rozesłane do podmiotów z branży energetycznej, w tym do zamawiającego.

W dniu 25.01.2012 r. odwołujący złożył zamawiającemu wniosek o wykluczenie konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Odwołujący wskazał na przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie wyżej powołanego przepisu ustawy podkreślając, że zostały one spełnione w opisywanych okolicznościach. Stwierdził, że w świetle pisma PGE z 19.01.2012 r., które określa jako dowód kluczowy, należy uznać, że konsorcjum złożyło nieprawdziwą informację polegającą na wykazaniu w wykazie robót niezakończonych oraz posłużyło się referencjami nie potwierdzającymi ukończenia robót na dzień składania wniosków zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz nie potwierdzają prawidłowego ich ukończenia. W ocenie odwołującego posłużenie się referencjami z dnia 5.01.2012 r. stanowiło wprowadzenie w błąd w zakresie przekazania informacji.

Stwierdził, że dniem, w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania był dzień następny po dniu 19 stycznia 2012 r., którego to dnia zostało rozesłane wszystkim zainteresowanym, w tym zamawiającemu, pismo PGE. Wskazał, że zamawiający po otrzymaniu pisma nie wykluczył konsorcjum z postępowania. Stwierdził ponadto, że odwołanie dotyczy okoliczności, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w ramach postępowania, które toczyło się pod sygn. KIO 6/12, gdyż w ramach tamtego odwołania nie był podnoszony zarzut wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, a zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zauważył, że przedkładany dowód z pisma z dnia 19.01.2012 r. powstał już po wydaniu dnia 17.01.2012 r. wyroku przez Izbę.

W piśmie zatytułowanym „uzupełnienie odwołania” odwołujący stwierdził, że odwołanie dotyczy zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego i nie ma tu zastosowania termin do wniesienia odwołania z art. 182 ust. ustawy pzp, lecz z art. 182 ust. 3 pkt 1, który nakazuje liczyć termin od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, stąd też termin do wniesienia odwołania liczy od dnia 20.01.2012 r., gdyż tego dnia zamawiający miał informację otrzymaną dnia poprzedniego o podstawie do wykluczenia konsorcjum Alstom. Wskazał, że zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia także po otrzymaniu wniosku odwołującego w tej sprawie złożonego dnia 25.01.2012 r.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania ze względu na art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Wskazał, że ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, miała miejsce grudniu 2011 r., a informacja o wynikach tej oceny została przekazana wykonawcom w dniu 23.12.2012 r. Zauważył, że dnia 2.01.2012 r. konsorcjum Rafako wniosło odwołanie, w którym podniesiono, iż doświadczenie przedstawione przez konsorcjum Alstom nie może być uznane za wystarczające dla spełnienia warunku, gdyż realizacja „bloku energetycznego pod klucz” dla PGE Bełchatów nie została wykonana zgodnie z zasadami sztuki i prawidłowo zakończona. Wskazywano w nim, że zgodnie ze „Świadectwem zakończenia realizacji” przedstawionym w celu potwierdzenia prawidłowego wykonania zamówienia, realizacja zawiera braki i usterki nie pozwalające uznać, że warunek został spełniony. Następnie – w piśmie procesowym z dnia 16.01.2012 r. przesłanym do KIO i zamawiającego w ślad za wniesionym odwołaniem odwołujący przedstawiał dokumenty, które jego zdaniem potwierdzały wadliwość wykonania zamówienia wykazywanego jako doświadczenie konsorcjum Alstom. KIO wyrokiem z dnia 17.01.2012 w sprawie o sygn. 6/12 oddaliła odwołanie.

Zamawiający stwierdził, że obecnie – w odwołaniu wniesionym dnia 30.01.2012 r. - odwołujący domaga się wykluczenia konsorcjum Alstom ze względu na nieprawdziwość przedstawianych informacji, przy czym neguje cały czas prawdziwość informacji wskazujących na prawidłowe wykonanie zamówienia dla PGE Bełchatów. Wskazał, że odwołanie na zaniechanie wykluczenia z postępowania winno być wniesione w terminie 10 dni od kiedy odwołujący dowiedział się lub mógł się dowiedzieć o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania (art. 182 ust. 3 pkt 1), a jak wynika z uprzedniego odwołania oraz pisma procesowego z dnia 16.01.2012 r., odwołujący już w tym czasie wiedział o podnoszonych obecnie okolicznościach. Już w treści odwołania podnosił bowiem, że zamówienie nie jest wykonane należycie, nie podniósł natomiast nieprawdziwości informacji przedstawianej przez konsorcjum Alstom np. w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego sytuacja faktyczna nie zmieniła się w dacie wniesienia odwołania. Powołane przez odwołującego pismo PGE Bełchatów z dnia 19.01.2012 r. jest jedynie nowym dokumentem podnoszącym zarzuty co do jakości wykonania zamówienia wykazywanego przez konsorcjum Alstom jako doświadczenie. Konsorcjum Rafako (odwołujący) takie informacje w części posiadało już wcześniej, a wiedząc o tym fakcie, które sygnalizowało, mogło zdobyć i przedłożyć odpowiednie dokumenty wcześniej – w terminie przewidzianym ustawą. Ponadto zamawiający stwierdził, że nie dopuścił się jakichkolwiek zaniechani wskazywanych w odwołaniu, a po uzyskaniu w dniu 25.01.2012 r. od odwołującego informacji o zarzutach PGE Bełchatów wobec realizacji zamówienia przez konsorcjum Alstom, zwrócił się do konsorcjum Alstom oraz konsorcjum Rafako (Rafako był podwykonawcą w umowie między

konsorcjum Alstom i PGE Bełchatów i powołuje się obecnie na to samo doświadczenie) o wyjaśnienia dotyczące tej realizacji. Z powyższego zamawiający wywodzi, że nietrafne jest wskazywanie na popełnienie przez niego jakiegokolwiek zaniechania.

Krajowa Izba Odwoławcza po dokonaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron czynności formalnoprawnych i sprawdzających, stwierdziła na podstawie dokonanych ustaleń w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego, a także uwzględniając dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 6/12, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu.

Rozpatrywane odwołanie oparte jest na zarzucie zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Alstom Power sp. z o.o., Alstom Power System GmbH, Alstom Power System S.A., pomimo tego, że konsorcjum złożyło w ramach postępowania nieprawdziwe informacje mające, a przynajmniej mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co oznacza naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez nie zastosowanie tego przepisu w stosunku do konsorcjum. Jako nieprawdziwe odwołujący wskazał informacje zawarte we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dodatkowych referencjach, w tym zawartych w piśmie wystawcy z dnia 5.01.2012 r.

Jak ustalono, Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem w dniu 21 września 2011 r., poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. W ogłoszeniu tym określił on też warunki udziału w postępowaniu, dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wskazał na żądane przez siebie oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie ich spełniania. Termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu został ostatecznie ustalony na dzień 30 listopada 2011 r. Do tego terminu w postępowaniu wnioski te złożyli między innymi Odwołujący i konsorcjum Alstom. Ten ostatni dla wykazania spełniania warunku doświadczenia przedłożył wykaz wykonanych prac, w którym wskazał na inwestycję: „Budowa bloku energetycznego „pod klucz” obejmującego zaprojektowanie, dostarczenie, wykonanie robót budowlanych, ruch próbny i uruchomienie zakończoną przejęciem do eksploatacji bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne realizowaną dla Elektrowni Bełchatów S.A. oraz BOT Elektrownia Bełchatów S.A. oraz PGE Elektrownia Bełchatów S.A. obecnie: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie”. Na potwierdzenie należytego wykonania tej inwestycji załączył do wniosku Świadectwo Zakończenia Realizacji z dnia 14 października 2011 r. oraz Świadectwo Zakończenia Etapu Realizacji odnoszących się do wykonania poszczególnych etapów inwestycji. Zamawiający,

dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pismem z dnia 23 grudnia 2011 r. poinformował wykonawców o zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania 4 wykonawców, a wśród nich wyżej wskazanych.

Odwołujący w dniu 2 stycznia 2012 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: zaniechaniu wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Alstom; dopuszczeniu Konsorcjum Alstom do dalszego udziału w postępowaniu poprzez pozytywną ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tego wykonawcy, w tym ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp, w tym art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Alstom, które nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia; art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia Konsorcjum Alstom z udziału w postępowaniu, pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności dopuszczenia Konsorcjum Alstom do dalszego etapu postępowania oraz pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum Alstom o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; dokonanie powtórnej oceny wniosku Konsorcjum Alstom; wykluczenie Konsorcjum Alstom z postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 17.01.2012 r. sygn. akt: KIO 6/12 oddaliła odwołanie.

Przedmiotem rozpatrzenia w niniejszej sprawie są zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu wniesionym w dniu 30 stycznia 2012 r. wobec zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania konsorcjum Alstom Power sp. z o.o., Alstom Power System GmbH, Alstom Power System S.A. (dalej: „Konsorcjum”). Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez brak wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że konsorcjum złożyło w ramach postępowania nieprawdziwe informacje polegające na wykazaniu w wykazie robót niezakończonych oraz posłużeniu się potwierdzeniem należytego wykonania robót w postaci wcześniej wskazanych świadectw oraz referencjami z dnia 5.01.2012 r. zanegowanymi w późniejszym czasie przez ich wystawcę. Należy zauważyć, że podstawa faktyczna żądania wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie uległa zmianie w stosunku do rozpatrywanej przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 6/12, jako że dotyczy spełnienia warunku udziału w postępowaniu i potwierdzenia spełniania warunku posiadania wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu doświadczenia wykonawcy. Odwołujący

W ocenie składu orzekającego bieg terminu do wniesienia odwołania na czynność lub zaniechanie wykluczenia z postępowania w tych konkretnych okolicznościach rozpoczął

bieg od dnia zawiadomienia wykonawców o wynikach oceny złożonych wniosków tj. wynikach kwalifikacji podmiotowej. Uzyskanie przez odwołującego kolejnego dowodu mającego negować spełnianie warunków udziału, która to okoliczność została rozstrzygnięta wyrokiem Izby, nie oznacza, że od daty uzyskania takiego dowodu ocenianego przez odwołującego, jako „kluczowy”, rozpoczął bieg kolejny termin do wniesienia odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania. Rzeczywiście zamawiający zaniechał wykluczenia konsorcjum Alstom z postępowania, co wynikało z treści zawiadomienia przekazanego wykonawcom opierając się na treści wniosku. W tym wypadku twierdzenie odwołującego o braku doświadczenia i nie spełnianiu warunków udziału było równoznaczne ze stwierdzeniem, iż wykonawca, który deklaruje spełnianie warunków, składa informacje niezgodne ze stanem faktycznym, a okoliczność ta była znana odwołującemu także w momencie wniesienia pierwszego odwołania.

Ocena kwestionowanego zaniechania i wskazana podstawa faktyczna w postaci wykazanego doświadczenia została dokonana w powołanym wyroku Izby, jakkolwiek istotnie Izba nie rozpatrywała wprost sformułowanego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Stwierdzić należy, że nowy dokument przedstawiony w rozpatrywanym odwołaniu można ocenić jedynie jako nowy dowód w sprawie, jednakże złożony po jej zakończeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Z dokonanych ustaleń wynika bezsprzecznie, że Odwołujący powołuje się w obydwu odwołaniach na te same okoliczności faktyczne negując doświadczenie konkurencyjnego wykonawcy. Uzasadniając zarzut odwołania powołuje treść pisma PGE Bełchatów z 19.01.2012 r. jako zawierające „dosadne stwierdzenie kwestionujące, że Blok został wykonany należycie, przy czym należy je odnieść zarówno do referencji z dnia 5 stycznia 2012 r., jak również do złożonego wraz z wnioskiem Świadectwa.” W istocie rzeczy przedstawiony nowy dokument stanowi kolejny dowód mający uzasadniać brak doświadczenia wskazanego wykonawcy i stanowi podtrzymanie zarzutu rozpatrywanego w sprawie zakończonej. Dokument ten dotyczy i odnosi się nadal do tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie poprzedniego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia Izba stwierdziła, że wobec zajścia przesłanek określonych w art. 189 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu.

W świetle powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.

9 i ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....