

Sygn. akt: KIO 915/21
KIO 1236/21
KIO 1265/21

WYROK
z 28 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Anna Chudzik
Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 26 maja 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. 22 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt 915/21),
2. 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt 1236/21),
3. 27 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt 1265/21),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Starachowicach, przy udziale:

- A. wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 915/21 i KIO 1236/21 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim, ERBUD S.A. z siedzibą

w Warszawie, ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1265/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 915/21 i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
2. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1236/21 i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
3. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1265/21.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1265/21 obciąża odwołującego Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego - Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2 zasądza od odwołującego: Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 915/21
KIO 1236/21
KIO 1265/21

Uzasadnienie

Zakład Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Starachowicach (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą: „Wykonanie inwestycji pn. Instalacja odzysku energii (IOE) w Starachowicach”, numer: ZEC/5/12/2020, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 243-602785.

22 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Odwołujący VAS lub – w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1265/21 – Przystępujący VAS), wnieśli wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań zamawiającego odwołanie o sygn. akt KIO 915/21, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 8 ust. 3 Pzp, w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk), w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 i 2 Pzp, polegające na nieprzekazaniu Odwołującemu VAS następujących dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: wykonawca Control Process lub – w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1265/21 – Odwołujący Control Process):
 - a) JEDZ Wykonawcy część tajna;
 - b) JEDZ Podmiotu trzeciego I;
 - c) Zobowiązanie podmiotu trzeciego I;
 - d) JEDZ Podmiotu trzeciego II;
 - e) Zobowiązanie podmiotu trzeciego II;
 - f) JEDZ Podmiotu trzeciego III;

- g) Zobowiązanie podmiotu trzeciego III;
- h) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Wykonawcy;
- i) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego I;
- j) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego II;
- k) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego III;
- l) Wykaz wykonanych robót budowlanych – wg. załącznika nr 4 do SIWZ;
- m) Dowody określające, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie;
- n) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – według załącznika nr 5 do SIWZ;
- o) Dowody dysponowania osobami oraz potwierdzające ich doświadczenie;
- p) Zestawienie wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ;
- q) Wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom – załącznik nr 9 do SIWZ.

Odwołujący VAS wniósł o uwzględnienie odwołania KIO 915/21 i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia ww. dokumentów wykonawcy Control Process.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący VAS podniósł, że wykonawca Control Process nie wykazał wypełnienia przesłanek pozwalających na zastosowanie wyjątku od zasady jawności postępowania w stosunku do ww. dokumentów. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego VAS, dokumenty te powinny zostać odtajnione.

26 kwietnia 2021 r. Odwołujący VAS wniósł kolejne odwołanie, o sygn. akt KIO 1236/21. Odwołujący VAS zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp w zw. z art. 86 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp, przez naruszenie przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, polegające na wyborze przez Zamawiającego oferty Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie jako najkorzystniejszej w postępowaniu mimo

tego, że Odwołujący VAS wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie o sygn. akt KIO 915/21.

Odwołujący VAS wniósł o uwzględnienie odwołania KIO 1236/21 i – w konsekwencji - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący VAS w uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazał, że Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty mimo, że postępowanie wszczęte na skutek odwołania o sygn. akt KIO 915/21 nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. W konsekwencji zaniechania odtajnienia dokumentów postulowanego w odwołaniu o sygn. akt KIO 915/21 Odwołujący VAS nie miał możliwości weryfikacji oferty wykonawcy Control Process, a więc nie był w stanie wnieść ewentualnego odwołania dotyczącego na przykład kwestii możliwego podlegania wykluczeniu z postępowania przez Control Process. W pozostałym zakresie uzasadnienie odwołania w znaczącej części powielало argumentację podniesioną w uzasadnieniu odwołania o sygn. akt KIO 915/21.

27 kwietnia 2021 r. Odwołujący Control Process, wniósł wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego odwołanie o sygn. akt KIO 1265/21, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego VAS, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

ewentualnie - z ostrożności procesowej

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego VAS, które w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego VAS, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Control Process wskazał m.in.:

Zgodnie z punktem 4.2.1. SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie tzn.: wykonali w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,

co najmniej jedno zadanie podobne do przedmiotu zamówienia. Za zadanie podobne do przedmiotu zamówienia Zamawiający uznawał zadanie polegające na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub wysegregowanej frakcji palnej z odpadów komunalnych tzw. RDF lub pre-RDF lub mieszanego paliwa alternatywnego (odpady komunalne + odpady przemysłowe + odpady medyczne) o wydajności nie mniejszej niż 20 000 Mg/rok. Wykazane zadanie podobne musi obejmować swoim zakresem instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych:

- a) segment 1 – spalania z komorą spalania z ruchomym złożem lub komorą spalania z ruchomym rusztem;
- b) segment 2 – oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchoj metody oczyszczania spalin;
- c) segment 3 – odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;
- d) segment 4 – z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe.

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

Na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć aktualne na dzień złożenia oferty następujące oświadczenia i dokumenty w zakresie:

„7.3.1 zdolności technicznej lub zawodowej:

a) zestawienie robót budowlanych oraz dowody potwierdzające, że roboty budowlane przedstawione w załączniku nr 4 do SIWZ zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty”.

Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej było zatem przede wszystkim „zestawienie robót budowlanych” - zgodne z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków Przystępujący VAS wykazał robotę wykonaną na rzecz Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie pn.: „Projektowanie i budowa termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych w Koninie” (okres realizacji inwestycji: 19.11.2012 – 30.09.2016) oraz, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 7.3.1. SIWZ, przedstawił zestawienie robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie (list referencyjny).

Zgodnie z wykazem robót budowlanych Przystępujący VAS oświadczył, że w ramach realizowanej przez siebie inwestycji w Koninie wykonał inwestycję:

„Budowa w formule „pod klucz” Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie, polegająca m.in. na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności 94 000 Mg/rok. Zrealizowane zadanie obejmowało swoim zakresem m.in. następujące segmenty technologiczne:

- a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym rusztem;
- b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin;
- c) segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;
- d) segment 4 - z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej brutto 6,8 MWe”.

Zdaniem Odwołującego Control Process Przystępujący VAS świadomie przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwą informację, że zadanie zrealizowane na rzecz Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie spełniało warunki określone w SIWZ. W zakładzie w Koninie nie zostały zastosowane technologie, o których mowa w wykazie robót Przystępującego VAS.

Nie zastosowano instalacji odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym (Segment 3) i zespołu turbogeneratorskiego ORC (Segment 4), a odmienną technologię tj. kocioł parowy (firmy MARTIN) oraz turbinę parową upustowo-kondensacyjną firmy SIEMENS (typu SST-300 CE2L, V36.8 AB).

Zdaniem Odwołującego Control Process Przystępujący VAS w sposób świadomy (bo posiadał pełną wiedzę odnośnie zrealizowanego projektu), w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący Control Process wskazał na istotne różnice pomiędzy technologią, której realizacją miał wykazać się wykonawca, a rozwiązaniami w rzeczywistości wykonanymi przez VAS w MZGOK w Koninie:

1. Dla Segmentu nr 3 – Różnica pomiędzy rozwiązaniami w kotłach parowych, a rozwiązaniami na olej termalny polega na zastosowaniu różnych czynników roboczych. Dla kotła parowego jest to woda, a dla kotła olejowego, olej termalny. Różnica we własnościach zastosowanych mediów powoduje diametralną różnicę w technologii wykonania kotła.
2. Dla Segmentu nr 4 – Różnica między rozwiązaniami polega na zastosowaniu różnych czynników roboczych do napędu turbiny. Dla wskazanej turbiny upustowo - kondensacyjnej jest to para wodna natomiast dla turbogeneratorskiej ORC jest to para substancji organicznej (np. para oleju silikonowego). Wskazana turbina upustowo – kondensacyjna jest rodzajem turbiny parowej.

Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący Control Process złożył szereg dokumentów, w tym informacje uzyskane od MZGOK Konin oraz informacje zaczerpnięte ze strony internetowej tego podmiotu oraz ze strony internetowej konsorcjanta Przystępującego VAS - spółki Erbud S.A.

Zdaniem Odwołującego Control Process świadome wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Przystępującego VAS było niewątpliwe, dlatego obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Przystępującego z postępowania. Odwołujący wskazał, że zostały wypełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zatem zaniechanie wykluczenia VAS z postępowania było niezgodne z tym przepisem Pzp.

Z ostrożności procesowej Odwołujący Control Process wskazał, że nawet przy braku świadomego działania Przystępującego VAS wprowadził Zamawiającego w błąd na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa w zakresie przedstawiania informacji mających zasadniczy wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Nieprawdziwe informacje znalazły się w kluczowym dokumencie składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – tj. wykazie robót.

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z powszechnie akceptowanym poglądem doktryny, jak i wskazanym wyżej orzecznictwem KIO dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz robót, zaś rolą referencji jest wyłącznie potwierdzenie prawidłowej realizacji robót wskazanych w wykazie, nie zaś określanie zakresu wykonanych prac. Powyższe miało uzasadniać konieczność wykluczenia Przystępującego VAS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie, ale w toku posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że uwzględni w całości wszystkie trzy odwołania.

Wykonawca Control Process, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 915/21 i KIO 1236/21 po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia obu tych odwołań.

Wykonawca VAS, przystępujący po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1265/21 wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej nPzp.

Izba stwierdziła, że wobec żadnego z odwołań nie została wypełniona żadna, z wynikających z art. 528 nPzp, przesłanek ustawowych skutkujących jego odrzuceniem.

Izba stwierdziła, że w zakresie odwołań o sygn. akt KIO 915/21 i KIO 1236/21 wypełnione zostały przesłanki obligujące do umorzenia postępowania. Zamawiający uwzględnił odwołania, a przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Control Process nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych odwołań. Zgodnie z art. 522 ust. 2 nPzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie odwołań o sygn. akt KIO 915/21 i KIO 1236/21, o czym orzekła w sentencji.

Przystępujący VAS wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania o sygn. akt KIO 1265/21. Zgodnie z art. 523 ust. 3 nPzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała odwołanie KIO 1265/21, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z częścią 4 SIWZ:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie (...):

4.2 Zdolności technicznej lub zawodowej:

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

- a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym złożem lub komorą spalania z ruchomym rusztem;
- b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchej metody oczyszczania spalin;
- c) segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;

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

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

Na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków wykonawcy, zgodnie z SIWZ, mieli złożyć:

„7.1 Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) - załącznik nr 2 do SIWZ Wykonawca przesyła JEDZ drogą elektroniczną zgodnie z postanowieniami pkt. 9.4 SIWZ. JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym (...).

7.1.1 W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, dokument, o którym mowa w pkt. 7.1. składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (...).

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

7.3.1 zdolności technicznej lub zawodowej:

- a) zestawienie robót budowlanych oraz dowody potwierdzające, że roboty budowlane przedstawione w załączniku nr 4 do SIWZ zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty”.

Na potrzebę wykazania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca VAS złożył następujące dokumenty:

1. JEDZ wykonawcy Erbud Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
2. JEDZ wykonawcy Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie. W części IV lit. C dokumentu wykonawca wskazał, że zrealizował inwestycję pn.: Budowa w formule „pod klucz” spalarni odpadów w Koninie, polegająca m.in. na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych

o wydajności 94 000 Mg/rok. Zrealizowane zadanie obejmowało swoim zakresem m.in. następujące segmenty technologiczne:

- a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym rusztem;
- b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin;
- c) segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;
- d) segment 4 - z zespołem turbogeneratorsa ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej brutto 6,8 MWe".

3. JEDZ wykonawcy VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim. W części IV lit. C dokumentu wykonawca wskazał, że zrealizował inwestycję pn.: "Budowa elektrociepłowni na biomasę w technologii ORC, zlokalizowanej w Orzeszkowie 59/30, 64-420 Kwilcz, o mocy cieplnej 7,8 MWt oraz mocy elektrycznej 1,862 MWe"

4. Wykaz wykonanych robót (załącznik nr 4 do SIWZ), w którym Przystępujący VAS wykazał realizację inwestycji: „Budowa w formule „pod klucz” Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie, polegająca m.in. na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności 94 000 Mg/rok. Zrealizowane zadanie obejmowało swoim zakresem m.in. następujące segmenty technologiczne:

- a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym rusztem;
- b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin;
- c) segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;
- d) segment 4 - z zespołem turbogeneratorsa ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej brutto 6,8 MWe".

5. Referencje wystawione przez Miejski Zakład Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie na rzecz konsorcjum wykonawców Integral GmbH, Erbud S.A., Introl S.A. W dokumencie tym MZGOK w Koninie wskazał m. in.:

„W branży technologicznej wykonano:

- system podawania odpadów,
- kompletny kocioł z rusztem i odżuźlaczem,
- system oczyszczania spalin,
- instalację pary świeżej wraz z turbiną upustowo-kondensacyjną,
- stację uzdatniania wody,
- węzeł ciepłowniczy wraz z siecią ciepłowniczą,
- kondensator suchy z chłodnią wentylatorową,

- instalację stabilizacji żużla i zestalania popiołu”.

24 marca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego VAS do:

1. przedłożenia brakujących dokumentów dot. robót budowlanych wskazanych w JEDZ członka Konsorcjum VAS Energy Systems International GmbH w części IV lit. C (tj. Budowa elektrociepłowni na biomasę w technologii ORC, zlokalizowanej w Orzeszkowie 59/30, 64-420 Kwilcz, o mocy cieplnej 7,8 MWt oraz mocy elektrycznej 1,862 MWe) czyli dowodów potwierdzających, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone;
2. przedłożenia poprawnego „Wykazu wykonanych robót budowlanych” (załącznik nr 34 do oferty), zgodne z treścią przedstawionych JEDZ dla członków konsorcjum Przystępującego;
3. wyjaśnienia sprzeczności ze stanem faktycznym, a także przedłożonymi referencjami, zakresu robót budowlanych oznaczonych w przedłożonym przez Przystępującego VAS w Wykazie robót liczbą porządkową 1 oraz w JEDZ członka Konsorcjum ERBUD S.A.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał m. in.:

„Wykonawca (...) przedłożył wykaz robót (...) potwierdzając spełnianie przez Wykonawcę postawionych w przedmiocie zdolności technicznej lub zawodowej wymogów udziału w postępowaniu. Wykaz ten zawiera jedno zamówienie oznaczone liczbą porządkową 1 – Budowa w formule „pod klucz” Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie. Budowa ta została przedstawiona przez członka Konsorcjum Erbud S.A. w JEDZ (załącznik nr 2).

Zgodnie natomiast z JEDZ członka Konsorcjum VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim (załącznik nr 3), członek ten przedstawił w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Budowę elektrociepłowni na biomasę w technologii ORC, zlokalizowanej w Orzeszkowie 59/30, 64-420 Kwilcz, o mocy cieplnej 7,8 MWt oraz mocy elektrycznej 1,862 MWe – ta budowa nie została przedstawiona w załączniku nr 34 – Wykazie robót. Co sprawia, iż nie jest on zgodny z przedstawionymi dokumentami JEDZ.

Wobec powyższego zasadne jest wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia tego załącznika poprzez zawarcie w nim tej budowy, a także przedstawienie dowodów potwierdzających, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie (...).

Zamawiający w toku badania ofert, na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę referencji, powziął wiedzę, że zakres robót oznaczonych liczbą porządkową 1 przedstawionych w załączniku nr 34 – Wykaz robót przez Wykonawcę jest sprzeczny ze stanem faktycznym. W wykazie Wykonawca wskazał wprost na zrealizowanie w ramach tych robót zakresów wskazanych w SIWZ: segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym; d) segment 4 – z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej brutto 6,8 MWe. Tożsamy opis został przedstawiony w JEDZ członka Konsorcjum Erbud S.A. w części IV lit. C.

Tymczasem zgodnie z referencją przedstawioną w załączniku nr 35, dla segmentu 3 zastosowano odzysk ciepła w kotle parowym, podczas, gdy wskazano w dokumentach Wykonawcy kocioł z olejem termalnym, natomiast dla segmentu 4 zastosowano turbinę parową upustowo-kondensacyjną zamiast turbogeneratorskiego ORC wskazanego w ww. dokumentach Wykonawcy”.

W odpowiedzi, 2 kwietnia 2021 r. Przystępujący VAS złożył m. in. list referencyjny EcoPowerPlant Sp. z o.o. dla członka konsorcjum VAS Energy Systems International GmbH, potwierdzający że inwestycja „Budowa elektrociepłowni na biomasę w technologii ORC, zlokalizowanej w Orzeszkowie 59/30, 64-420 Kwilcz, o mocy cieplnej 7,8 MWt oraz mocy elektrycznej 1,862 MWe" została zrealizowana należycie. Ponadto wykonawca złożył poprawiony Wykaz wykonanych robót, w którym wykazano następujące zadania:

1. Budowa w formule „pod klucz” Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie, polegająca m.in. na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności 94 000 Mg/rok. Zrealizowane zadanie obejmowało swoim zakresem m.in. następujące segmenty technologiczne:
 - a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym rusztem;
 - b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin.
2. Budowa elektrociepłowni na biomasę w technologii ORC, zlokalizowanej w Orzeszkowie 59/30, 64-420 Kwilcz, o mocy cieplnej 7,8 MWt oraz mocy elektrycznej 1,862 MWe, polegająca m.in. na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji opalanej biomasą. Zrealizowane zadanie obejmowało swoim zakresem m.in. następujące segmenty technologiczne:
 - segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym,
 - segment 4 - z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej brutto 1,862 MWe.

Przystępujący VAS wyjaśnił ponadto, że zamierzał wykazać się doświadczeniem z dwóch wykonanych zamówień przez członków konsorcjum:

1. ERBUD S.A. - „Budowa w formule „pod klucz” Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie”, obejmująca swoim zakresem m.in.:
 - segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym rusztem,
 - segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchoj metody oczyszczania spalin;
2. VAS Energy Systems International GmbH - „Budowa elektrociepłowni na biomasę w technologii ORC, zlokalizowanej w Orzeszkowie 59/30, 64-420 Kwilcz, o mocy cieplnej 7,8 MWt oraz mocy elektrycznej 1,862 MWe”, obejmującej swoim zakresem m.in.:
 - segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym,
 - segment 4 - z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej 1,862 MWe.

Przystępujący VAS oświadczył, że wskazanie w Wykazie robót inwestycji w Koninie jako spełniającej w całości wymogi SIWZ było wynikiem omyłki. Przystępujący wskazał ponadto: „Jednocześnie wyjaśniamy, że w treści złożonych wraz z ofertą dokumentów, tj. Załącznik nr 34 do Oferty Konsorcjum oraz JEDZ członka Konsorcjum Erbud S.A. (część IV, pkt. C.), Wykonawca omyłkowo wskazał, że zamówienie to obejmowało swoim zakresem segmenty technologiczne nr 3 oraz 4. Już sam opis tego zadania oraz treść listu referencyjnego członka Konsorcjum Erbud S.A., złożonego jako załącznik nr 35 do Oferty dot. zadania: „Budowa w formule „pod klucz” spalarni odpadów w Koninie, polegająca m.in. na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności 94 000 Mg/rok”, na pierwszy rzut oka potwierdza, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką, gdyż ww. zadanie ze swej istoty nie mogło obejmować segmentów technologicznych 3 i 4”.

Wobec ustalonego i opisanego wyżej stanu faktycznego sprawy Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W okolicznościach sprawy nie ma podstaw do uznania, że Przystępujący VAS wprowadził Zamawiającego w błąd, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Między stronami niesporny był fakt, że wskazana w pierwotnej wersji wykazu robót Przystępującego VAS inwestycja w Koninie nie spełniała wymogów SIWZ. Odwołujący konstruując zarzuty odwołania całkowicie pominął jednak okoliczność, że Zamawiający w toku oceny oferty

Przystępującego VAS dostrzegł sprzeczność między treścią wykazu robót Przystępującego oraz JEDZ jego konsorcjanta, spółki VAS Energy Systems International GmbH.

Przystępujący VAS, wezwany 24 marca 2021 r. do wyjaśnień w sposób wiarygodny opisał przyczyny, dla których w wykazie robót ujęta została jedynie inwestycja w Koninie. W ocenie Izby wobec ustalonego stanu faktycznego brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący działał w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania nie zostały spełnione. Przede wszystkim nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Analiza dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Przystępującego VAS pozwalała wykryć rozbieżność między treścią wykazu robót oraz JEDZ spółki VAS. Gdyby celem Przystępującego, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, było wprowadzenie Zamawiającego w błąd to ujęcie w JEDZ konsorcjanta Przystępującego inwestycji innej, niż ta opisana w wykazie robót byłoby nielogiczne. Założyć należy, że działając celowo i konsekwentnie wykonawca unikałby łatwych do wykrycia sprzeczności w informacjach przekazywanych Zamawiającemu. Z tego względu twierdzenie Odwołującego o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez Przystępującego VAS było nieuzasadnione, co skutkowało oddaleniem zarzut nr 1 odwołania.

Brak jest też podstaw do uznania, że Przystępujący VAS wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności, co stanowiło podstawowe założenie zarzutu nr 2 odwołania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu nie jest konieczne wprowadzenie zamawiającego w błąd w istotnej dla przebiegu postępowania kwestii – wystarczy samo zaistnienie takiej możliwości. W ocenie Izby przesłanka ta nie została jednak w postępowaniu spełniona. Przystępujący VAS – jak zostało to już wyżej opisane – przedstawił Zamawiającemu informacje w sposób oczywisty sprzeczne. Nie oznacza to jednak, że dokumenty dołączone do oferty Przystępującego VAS mogły wprowadzać w błąd, szczególnie, że treść referencji wystawionych przez MZGOK w Koninie na potwierdzenie należytej realizacji zadania na rzecz tego podmiotu jasno wskazywała,

że przedmiotowa inwestycja nie obejmowała odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym i zespołu turbogeneratorsa ORC.

Konsekwencją powyższego było stwierdzenie, że Przystępujący VAS w zakresie objętym zarzutami odwołania nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. SIWZ,
2. oferty Przystępującego VAS wraz z dokumentami złożonymi razem z ofertą,
3. wezwania Zamawiającego skierowanego 24 marca 2021 r. do Przystępującego VAS,
4. złożonych w odpowiedzi na ww. wezwanie wyjaśnień Przystępującego VAS z 2 kwietnia 2021 r. wraz z dokumentami załączonymi do wyjaśnień.

Izba na podst. art. 533 ust. 1 nPzp uznała za nieprzydatne załączone do odwołania dowody na okoliczność wykazania, że inwestycja „Budowa w formule „pod klucz” Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie” nie obejmowała instalacji odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym oraz zespołu turbogeneratorsa ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej brutto 6,8 MWe. Okoliczność ta nie była sporna między stronami, nie wymagała zatem udowodnienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....