

Sygn. akt: KIO 629/21

WYROK
z dnia 6 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: CFT POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, EL-Platforma sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz KG Construction sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: OPA-ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Demetrix sp. k. z siedzibą w Piekarach Śląskich** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: CFT POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, EL-Platforma sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz KG Construction sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: CFT POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, EL-Platforma sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz KG Construction sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: CFT POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, EL-Platforma

sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz KG Construction sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze na rzecz zamawiającego Polskiej Grupy Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK ROW z siedzibą w Rybniku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Dostawa i zabudowa Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji Centralnej z amoniakalnymi agregatami chłodniczymi i stacją freecoolingu dla potrzeb KWK ROW*, sprawa nr 492001127. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 listopada 2020 r. za numerem 2020/S 225-554608.

W dniu 26 lutego 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: CFT POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, EL-Platforma sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz KG Construction sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania czynności Zamawiającego, polegającego na nie wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: OPA-ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Demetrix sp. k. z siedzibą w Piekarach Śląskich – dalej Przystępujący bądź Wykonawca, z uwagi na fakt, iż Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, iż oferowany przez Wykonawcę amoniakalny agregat chłodniczy spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), a który to błąd miał istotny wpływ na decyzję Zamawiającego w zakresie wyboru oferty Wykonawcy;
2. zaniechanie czynności Zamawiającego w ramach zastosowanej procedury odwróconej, polegające na nie odrzuceniu oferty Wykonawcy w następstwie udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień dokonanych po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej z uwagi na fakt, iż oferowane urządzenie w zakresie amoniakalnych sprężarek chłodniczych nie spełnia wymogów Zamawiającego o których mowa w Części XV ust. 1 i 2 SIWZ, jak również w pkt V. ust. 1, pkt VI ust. 1 oraz pkt VII.A. ust. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ;
3. czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo, iż Wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego co do informacji mającej istotny wpływ na decyzję w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy, względnie jego oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 24aa ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, gdy na skutek wezwania Zamawiającego do udokumentowania przez Wykonawcę faktu, iż oferowane urządzenie w zakresie amoniakalnego agregatu chłodniczego produkcji REMSTAT P. P., A. S. sp. j. z siedzibą w Chwaszczynie było już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami) Wykonawca przedłożył informację wprowadzającą w błąd jakoby urządzenia te spełniają wymagania określone przez zamawiającego odnośnie jego mocy, zastosowania w układzie dwustopniowego schładzania, zastosowania w układzie klimatyzacji centralnej, gabarytów określone w pkt V. ust. 1, pkt VI ust. 1 oraz pkt VII.A. ust. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 24aa ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, w którym oferowane przez Wykonawcę amoniakalne agregaty chłodnicze produkcji REMSTAT P. P., A. S. sp. j. z siedzibą w Chwaszczynie narusza wymóg SIWZ odnośnie jego mocy, zastosowania w układzie dwustopniowego schładzania, zastosowania w układzie klimatyzacji centralnej, gabarytów, tj. pkt V. ust. 1, pkt VI ust. 1 oraz pkt VII.A. ust. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ;

3. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie negocjacji z Wykonawcą i zaakceptowanie przez Zamawiającego zmiany treści oferty Wykonawcy (co do modelu oferowanego amoniakalnego agregatu chłodniczego o określonej mocy), która została dokonana po upływie terminu na złożenie ofert w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i w następstwie tego wykluczenia Wykonawcy z postępowania;
- 3) dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i w następstwie tego odrzucenia oferty Wykonawcy;
- 4) dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu, a następnie zbadania, czy Odwołujący, którego oferta została oceniona w dalszej jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący wniósł o:

1. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia wraz z aktami postępowania Projektu budowlanego hali PSKC wraz z infrastrukturą towarzyszącą, budowa rurociągów

technologicznych wraz z budową nowych i przebudową istniejących podpór i estakad oraz rozbiórka istniejących fundamentów dla inwestycji: „Dostawa wraz z zabudową urządzeń klimatyzacji centralnej o mocy 6MW dla PGG S.A. z podziałem 4MW dla Ruchu Marcel i 2 MW dla Ruchu Jankowice” w zakresie zadania nr 3 – nr PB.540-MAR.01;

2. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia wraz z aktami postępowania decyzji Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku nr 19/Bud/2020 z dnia 27.10.2020 r.;

3. dopuszczenie wszelkich dowodów, co do faktów wskazanych w treści niniejszego Odwołania;

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę oraz wynagrodzenia zastępstwa radcowskiego, które będą wynikać z faktury VAT, które to rachunki zostaną złożone do akt postępowania odwoławczego podczas posiedzenia lub rozprawy.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt C ust. 1 Części X SIWZ, Zamawiający zastosuje tzw. procedurę odwróconą opartą na podstawie art. 24aa ustawy pzp, tzn. najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Weryfikacja podmiotowa (badanie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie występują wobec niego podstawy do wykluczenia) dokonywana jest wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, tzn. uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej, ale nie została jeszcze wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Należy zatem odróżnić ocenę oferty jako najkorzystniejszej od wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność oceny oferty jest bowiem elementem szerszego procesu stanowiącego wybieranie oferty. Wybór oferty jest zaś zakończeniem tego procesu (por. wyrok KIO z dnia 17.1.2017 r., sygn. akt KIO 44/17). W procedurze odwróconej, dokonanie oceny danej oferty jako najkorzystniejszej nie oznacza jeszcze, że wykonawca ten uzyska zamówienie. Zamawiający nie tylko może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia powołując się na art. 24 ust. 12 ustawy pzp, ma bowiem także obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, w wypadku zaistnienia jakiejkolwiek z przesłanek wynikających z art. 89 ust. 1 ustawy pzp (por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, komentarz do art. 24aa). W przedmiotowej sprawie, Zamawiający w dniu 13 stycznia 2021 r. poinformował wszystkich wykonawców o wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 13 stycznia 2021 r. Następnie,

Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2021 r., a zatem już po przeprowadzonej aukcji po której oferta Wykonawcy została oceniona jako najkorzystniejsza, w ramach zastosowania procedury odwróconej opartej na art. 24aa ust. 1 ustawy pzp wezwał Wykonawcę do udokumentowania faktu, iż oferowane urządzenia – w związku ze złożonym przez Wykonawcę oświadczeniem z dnia 29 grudnia 2020 r. – były już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami) w układach klimatyzacji centralnej wraz z podaniem lokalizacji w których były/są zainstalowane. Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca do oferty załączył Wykaz oferowanych przez Wykonawcę maszyn i urządzeń przewidzianych przy realizacji przedmiotu zamówienia „kluczowe urządzenia” z dnia 29 grudnia 2020 r. w którym pod pozycją nr 1 – Amoniakalne agregaty chłodnicze wskazał typ urządzenia poprzez oznaczenie HSC bez odwołania się do modelu czy serii urządzenia oraz jako producenta wskazał firmę REMSTAT. Wykonawca pismem z dnia 27 stycznia 2021 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 11 lutego 2021 r. przesłał dokumenty, w tym m.in. pismo REMSTAT P. P., A. S. sp. j. z siedzibą w Chwaszczynie z dnia 21 stycznia 2021 r. dotyczące produkowanych przez tego producenta chillerów amoniakalnych ASCH471_3221/-8FR o mocy 600 kW oraz ASCH286_3216/-6G o mocy 300 kW wraz z referencją wystawioną przez PERLA POLSKA Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Słupsku dotyczącą bieżącej eksploatacji chillera amoniakalnego ASCH471_3221/-8FR o mocy 600 kW. Wykonawca załączył również pismo z MG Ref M. G. opatrzone datą wpływu do Zamawiającego 11 lutego 2021 r. informujące o tym, że proponowane w urządzeniach REMSTAT sprężarki HSO 4227 są produkcji J&Hall International. W wyniku powyższego, Zamawiający w dniu 18 lutego 2021 r., działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy pzp powiadomił wykonawców o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Mając na uwadze wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. oraz przesłane Zamawiającemu w dniu 11 lutego 2021 r. dokumenty potwierdzające eksploatację amoniakalnych agregatów chłodniczych (chillerów) o mocy 300 kW i 600 kW, jak również złożony przy ofercie wykaz oferowanych przez Wykonawcę urządzeń z zakresu amoniakalne agregaty chłodnicze wraz z oświadczeniem Wykonawcy, iż oferowane urządzenia były już wcześniej stosowane w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami), Odwołujący powziął wiedzę zarówno o tym, że:

- oferowane urządzenia z zakresu amoniakalne agregaty chłodnicze nie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ i projektu budowlanego do którego SIWZ w pkt VI. ust. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ wprost się odwołuje, jak również,
- o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w zakresie informacji na temat przedmiotowych urządzeń, które to informacje pozwoliły Zamawiającemu na zbadanie - w ramach procedury

odwróconej opartej na art. 24aa ust. 1 ustawy pzp w związku z pkt C ust. 1 Części X SIWZ - że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że spełniania przez oferowane urządzenia wymagania określone w SIWZ, w następstwie którego Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż Wykonawca wraz z ofertą złożył wykaz oferowanych maszyn i urządzeń przewidzianych przy realizacji przedmiotu zamówienia „kluczowe urządzenia”, w którym pod pozycją nr 1 – Amoniakalne agregaty chłodnicze wskazał typ urządzenia poprzez oznaczenie HSC bez odwołania się do modelu czy serii urządzenia oraz jako producenta wskazał firmę REMSTAT. Zatem przed złożeniem wyjaśnień z dnia 11 lutego 2021 r., z treści oferty nie można było wywieść jaki konkretnie typ urządzenia (o znanej mocy itp.) oferuje Wykonawca, a ogólne w tym zakresie oświadczenie nie podlegało szczegółowej weryfikacji. Co istotne, sam Zamawiający po przeprowadzeniu aukcji powziął uzasadnioną wątpliwość co do przedmiotowych urządzeń i wystosował zapytanie do Wykonawcy o przedłożenie stosownych dokumentów na potwierdzenie zgodności urządzeń z wymogami określonymi w SIWZ. Tym samym, od daty opublikowania przez Zamawiającego informacji o wyborze Wykonawcy (tj. od dnia 18 lutego 2021 r.) należy liczyć termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie. Z uwagi na powyższe, termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Odwołujący przywołał treść pkt V.1 Załącznika nr 1 do SIWZ. Wskazał dalej, że w świetle pkt V.3 Załącznika nr 1 do SIWZ pod nazwą „kluczowe urządzenia” Zamawiający rozumie amoniakalne agregaty chłodnicze, stacje skraplania i free-coolingu, filtr automatyczny. Zatem centralna klimatyzacja obejmująca wskazane przez Zamawiającego kluczowe urządzenia winna osiągać moc 6 MW. Na podstawie pkt VI.1 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia winien być wykonany w oparciu o projekt budowlany, który był podstawą uzyskania pozwolenia na budowę, przy czym istotne było, aby dostarczone i zainstalowane maszyny oraz kluczowe urządzenia muszą już być wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej, co oznacza, że nie mogły to być prototypy (pkt VI.8 Załącznika nr 1 do SIWZ). Zgodnie z pkt VII.A.2 Załącznika nr 1 do SIWZ, 2 Zamawiający wymagał dobór i dostawę wszystkich koniecznych materiałów urządzeń klimatyzacji wraz z ich zabudową w zakresie budynku powierzchniowej stacji klimatyzacji centralnej (PSKC), zlokalizowanego na południowo zachodniej stronie stacji wentylatorów szybu Markłowice II przy założeniu, że budynek ten powinien być wyposażony m. in. w halę technologiczną na urządzenia amoniakalnej instalacji chłodniczej wytwarzającej wodę lodową o parametrach wynikających z projektu technicznego (bazującego na

uzyskanym pozwoleniu na budowę) pracujących w równoległym układzie dwóch identycznych, niezależnych modułów chłodniczych, natomiast wymagane parametry agregatów chłodniczych (do dwustopniowego schładzania) w zakresie współczynnika wydajności chłodniczej COP łącznie dla dwóch stopni schładzania winna mieścić się w zakresie min 5,5 dla każdego bloku chłodniczego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający w procedurze udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców w kontekście dostępu do projektu budowlanego każdorazowo wskazywał zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ, pkt IX. 10 i pkt IX. 11: Zamawiający udostępni projekt budowlany po podpisaniu zobowiązania przez wykonawcę do zachowania w poufności zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ. Ponadto, Zamawiający udostępni dokumentację i umożliwi przeprowadzenie wizji lokalnej po uprzednim uzgodnieniu terminu. Zatem przygotowanie oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego wymagało zapoznania się z projektem budowlanym. Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia winien być wykonany w oparciu o projekt budowlany, który był podstawą uzyskania pozwolenia na budowę. Oznacza to, że prace mają być realizowane zgodnie z pozwoleniem na budowę stwierdzone decyzją Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku nr 19/Bud/2020 z dnia 27.10.2020 r. Pozwolenie na budowę zostało uzyskane na podstawie dokumentacji budowlanej, która podaje wykaz głównych następujących urządzeń zastosowanych w układzie (Odwołujący przywołał zapisy cz. IV Projekt architektoniczno-budowlany, IV.2 Instalacja Technologiczna pt. 3.1, strona IV.2-5 i 2-6). Zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w zakresie realizacji przedmiotu umowy, łączna moc centralnej klimatyzacji 6 MW winna osiągać w układzie dwóch pracujących par chillerów o mocy 1843 kW i 1234,7 kW. Zamawiający w projekcie budowlanym odwołał się do konkretnych modeli urządzeń dopuszczając urządzenia równoważne. W tym miejscu wskazać należy, iż w procedurze udzielania odpowiedzi, na pytanie nr 16: „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych, równoważnych urządzeń, niż określone w projekcie budowlanym?”, Zamawiający w piśmie z dnia 9 grudnia 2020 r. udzieli następującej odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza wprowadzenie zmian do posiadanej dokumentacji pod warunkiem spełnienia/zachowania warunków w Decyzji uzyskania pozwoleniu na budowę, decyzji środowiskowych, prawa budowlanego.” W tym też kontekście Zamawiający w innych odpowiedziach z tego zagadnienia (odpowiedź na pytanie nr 25 z dnia 9 grudnia 2020 r., odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 14 grudnia 2020 r., odpowiedź na pytanie nr 34 z 15 grudnia 2020 r.) oświadczył, że nie dopuszcza żadnych zmian w projekcie skutkujących unieważnieniem uzyskanych decyzji lub zezwoleń formalno - prawnych. Oznacza to, że Zamawiający nie dopuszczał urządzeń równoważnych, których zastosowanie mogłoby wpłynąć na wydaną decyzję Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku nr 19/Bud/2020 z dnia 27.10.2020 r. Zgodnie z Częścią XV ust. 1 i 2

SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty: - wykazu oferowanych maszyn i urządzeń przewidzianych przy realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem typów i ich producentów przynajmniej co do proponowanych kluczowych elementów i urządzeń określonych w Załączniku nr 1 pkt V.3 SIWZ; - oświadczenia Wykonawcy, że dostarczone i zainstalowane maszyny oraz kluczowe urządzenia były już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami).

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w związku z art. 24aa ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, gdy na skutek wezwania Zamawiającego do udokumentowania przez Wykonawcę faktu, iż oferowane urządzenie w zakresie amoniakalnego agregatu chłodniczego produkcji REMSTAT P. P., A. S. sp. j. z siedzibą w Chwaszczynie było już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami) w układach klimatyzacji centralnej Wykonawca przedłożył informację wprowadzającą w błąd jakoby urządzenia te spełniają wymagania określone przez zamawiającego w pkt V. ust. 1, pkt VI ust. 1 oraz pkt VII.A. ust. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący wskazał, że w świetle art. 24 ust. 12 ustawy pzp, zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, co w odniesieniu do zastosowania procedury odwróconej sprowadza się jednak do decyzji Zamawiającego w ramach końcowego etapu postępowania.

W ocenie Odwołującego zostały wypełnione przesłanki określone normą art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp obligujące Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Jeżeli Wykonawca, jako profesjonalista, nie miał stosownej wiedzy, przed złożeniem oferty oraz oświadczenia o zgodności oferowanych produktów z oczekiwaniami Zamawiającego winien zatem należycie ustalić paletę produktów oferowanych przez producenta REMSTAT, a mianowicie jakiej mocy urządzenia produkuje firma REMSTAT, czy urządzenia te są zgodne z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz projekcie budowlanym, do którego odwołuje się specyfikacja, czy urządzenia te są w eksploatacji, czy stanowią jedynie prototypy nie wykorzystywane jeszcze w bieżącej działalności żadnego podmiotu. Takie oczekiwania wobec wykonawcy są usprawiedliwione, gdyż prowadzenie profesjonalnej działalności uzasadnia zwiększone oczekiwania wobec podmiotu co do jego wiedzy, skrupulatności i rzetelności. Tymczasem, z informacji złożonej przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego wynika, że firma REMSTAT P. P., A. S. sp. j. z siedzibą w Chwaszczynie wyprodukowała jedynie chillery amoniakalne o mocy 600 kW (model

ASCH471_3221/-8FR) oraz o mocy 300 kW (model ASCH286_3216/-6G). REMSTAT wyraźnie następnie wskazał, że: „w budowie 3 chillery ASCH1108_4227/-8G – 870 kW (-11/+37) każdy – przeznaczone do schładzania glikolu do temp. – 8° C w nowo budowanym zakładzie PERLA Słupsk (pismo REMSTAT z dnia 21 stycznia 2021 r. s. 3). Producent tych urządzeń nie potwierdził, aby w eksploatacji były urządzenia jego produkcji o większych mocach, odpowiadających wymogom postawionym przez Zamawiającego, gdzie łączna moc centralnej klimatyzacji winna wynosić 6 MW, w układzie dwóch pracujących par chillerów o mocy 1843 kW i 1234,7 kW. Oznacza to, że złożony przez Wykonawcę wykaz oferowanych urządzeń kluczowych obejmuje co najwyżej (tego nie wiemy albowiem Wykonawca wskazał jedynie na oznaczenie HSC zamiast na model urządzenia) amoniakalny agregat chłodniczy (tzw. chiller) o mocy 600 kW, a zatem urządzenie o dziesięciokrotnie niższej mocy niż wymagana przez Zamawiającego. Innymi słowy, Wykonawca nie mógł zaoferować urządzenia większej mocy z uwagi na to, że producent do tej pory nie wyprodukował takowego, który byłby aktualnie w eksploatacji. Na podstawie informacji pochodzących z firmy REMSTAT można jednoznacznie stwierdzić, że przedstawione pracujące chillery są zastosowane w kompletnie innym typie instalacji (o innych parametrach pracy, zakresach temperatury) i stąd nie da się ich zastosować w instalacji zamawianej przez Zamawiającego w postępowaniu. Stąd też REMSTAT mimo wszystko chcąc spełnić wymóg Zamawiającego i wykorzystać istniejące chillery o mocy 600 kW musiałby stworzyć nowy, prototypowy produkt dostosowany do warunków pracy instalacji u Zamawiającego w KWK Marcel, tj. w układzie dwustopniowym, który zostałby zastosowany w ilości pokrywającej zapotrzebowanie na moc instalacji na poziomie 6MW np. 5x0,6MW + 5x0,6MW. Innymi słowy, Wykonawca musiałby dostarczyć Zamawiającemu 10 chillerów o mocy 600 kW. Jeżeli Wykonawca zaoferował Zamawiającemu inne urządzenie produkcji REMSTAT, to tenże REMSTAT musi zbudować pierwszą taką jednostkę działającą w układzie dwustopniowym, aby dopiero spełnić wymagania SIWZ. Do tego momentu, takie urządzenie póki co będzie prototypem, który – w świetle Części XC SIWZ oraz pkt V.8 Załącznika nr 1 do SIWZ – ulega dyskwalifikacji.

Dodatkowo Zamawiający wymagał, by zastosowane urządzenia były już wcześniej zastosowane w układach centralnej klimatyzacji (por. Część XV ust. 1 SIWZ, pkt VI.8 Załącznika nr 1 do SIWZ). Załączone przez REMSTAT referencje jednoznacznie potwierdzają, że oferowane chillery nie pracują w systemie centralnej klimatyzacji tylko jako jednostkowe urządzenia wykorzystane w procesie produkcji żywności (chłodzenie pomieszczeń magazynowych i produkcyjnych). W przypadku zastosowań w przemyśle spożywczym mówimy o niższych temperaturach rzędu -8/-6 C, natomiast w klimatyzacji którą

wymagał Zamawiający, mowa jest o parametrach 1,5 do 20 C (por. pkt VII.2 lit b) podpunkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ). Co więcej, nawet gdyby przyjąć, że urządzenia zaoferowane przez Wykonawcę mogą pracować w samym układzie klimatyzacji centralnej (a nie tylko w procesie chłodzenia spożywczego), w układzie dwustopniowym, to mając na uwadze ilość koniecznych urządzeń aby zapewnić wymaganą przez Zamawiającego moc 6 MW w układzie dwustopniowym, należałoby zastosować po 5 takich urządzeń w obu układach. Jednakże posiłkując się projektem hali w której posadowione mają być przedmiotowe urządzenia znajdującym się w projekcie budowlanym, Zamawiający przewidział, iż w ramach układu dwustopniowego posadowione zostaną 4 urządzenia. Na rysunku nr 1 wskazano usytuowanie urządzeń zaplanowane przez Zamawiającego w Projekcie Budowlanym. Układ przyjęty w Projekcie budowlanym jest optymalny pod kątem późniejszej eksploatacji i obsługi serwisowej instalacji, zapewnia odpowiednią ilość wolnej przestrzeni, jest także bardziej przejrzysty z punktu widzenia bezpieczeństwa pracy obsługi (dostęp do wyjść ewakuacyjnych z maszynowni). Dla porównania na rys. nr 2 Odwołujący wskazuje prognozowane rozmieszczenie urządzeń produkcji firmy REMSTAT zaoferowanych przez Wykonawcę. Na potrzeby prezentacji nr 2 Odwołujący przyjął urządzenia o mocy 600kW, a wymiary gabarytowe z powodu braku danych od firmy REMSTAT (brak jest możliwości uzyskania poprzez sieć Internet dokładnych danych technicznych chillerów produkcji REMSTAT) przyjęto równe urządzeniom o takiej samej mocy oferowanym przez innych producentów na rynku. Mając na uwadze średnie gabaryty występujących na rynku chillerów należy przyjąć, iż nie będzie możliwe „zmieszczenie” 10 chillerów na terenie projektowanej hali. Dodatkowo trzeba uwzględnić fakt, że na rysunku nr 2 nie pokazano kompletnego orurowania, instalacji towarzyszących (np. układu wentylacji, instalacji zasilania itp.) oraz suwnicy, które to elementy wymagają dodatkowego miejsca pod zabudowę. Zastosowanie 10 szt. chillerów o mocy 600 kW wykluczy możliwość prowadzenia swobodnej i bezpiecznej eksploatacji. Nie istnieje zatem techniczna możliwość zabudowy tych urządzeń i jednocześnie zapewnienie odpowiedniego dostępu serwisowego i bezpieczeństwa ruchowego. Zastosowanie takiego rozwiązania i instalacji pomocniczych dla konfiguracji dwóch układów po 5 chillerów mocy 600 kW oznaczałoby to zatem konieczność zmiany zarówno projektu budowlanego jak i decyzji Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku nr 19/Bud/2020 z dnia 27.10.2020 r., na co Zamawiający w procesie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców nie wyraził zgody. Tym samym, i w tym aspekcie rozwiązanie Wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Rekapitulując powyższe, Wykonawca składając oświadczenie, że urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wprowadził zatem

Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błąd ten mógł zostać zweryfikowany przez Zamawiającego dopiero po otrzymaniu w dniu 11 lutego 2021 r. – na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2021 r. - od Wykonawcy dokumentów, w tym informacji pochodzącej od REMSTAT, tj. samego producenta chillerów, z którego jednoznacznie wynika, jakimi modelami urządzeń dysponuje, w jakich zastosowaniach są one wykorzystywane (mrożenie żywności a nie do klimatyzacji jako procesu przetwarzania powietrza w pomieszczeniu, mający na celu utrzymywanie zadanych warunków klimatycznych, czyli odpowiedniego zakresu temperatur i wilgotności powietrza, zapewniających dogodne warunki do pracy i funkcjonowania człowieka lub optymalne warunki dla określonego procesu przemysłowego) oraz jaką mają one moc. Na wcześniejszym bowiem etapie, z wykazu oferowanych urządzeń nie wynikało jaki dokładnie typ urządzenia (z podaniem jego mocy) oferuje Wykonawca. Wykonawca zaproponował zatem kluczowe urządzenie, które nie pracowało w układzie centralnej klimatyzacji o określonych parametrach pracy i w każdym możliwym przypadku muszą być rozwiązaniem prototypowym, nawet w przypadku chęci wykorzystania już pracujących jednostek. W ocenie Odwołującego, złożone przez Wykonawcę pismo z MG Ref M. G. opatrzone datą wpływu do Zamawiającego 11 lutego 2021 r. informujące o tym, że proponowane w urządzeniach REMSTAT sprężarki HSO 4227 produkcji J&Hall International nie są prototypami wskazując enigmatycznie miejsce ich pracy, jest informacją bez znaczenia, gdyż Wykonawca nie zaoferował sprężarek HSO 4227 tylko chillery produkcji REMSTAT typu HSC. Dokonując wyboru oferty Wykonawcy, Zamawiający zaniechał wykluczenia Wykonawcy z postępowania, albowiem dokumenty złożone przez Wykonawcę w związku z zastosowaniem procedury odwróconej ujawniły zaoferowanie przez Wykonawcę amoniakalny agregat chłodniczy o mocy 300 kW bądź 600 kW, albowiem z oświadczenia Producenta tych urządzeń jednoznacznie wynika, że wyprodukował on jedynie chiller o mocy 300 kW i 600 kW, a zatem urządzenia, których moc nijak się ma do zastosowania w układzie klimatyzacji centralnej wymaganej przez Zamawiającego na poziomie łącznie 6 MW. Tym samym, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie zaistniała przesłanka do wykluczenia Wykonawcę z postępowania z tego powodu, że wprowadził zamawiającego w błąd przekazując mu informacje, które służyć miały ocenie, czy Wykonawca spełnił warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Z tych przyczyn zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w związku z art. 24aa ust. 1 ustawy pzp należy uznać za zasadny i celowy.

Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 24aa ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, w którym oferowane przez Wykonawcę amoniakalne

agregaty chłodnicze produkcji REMSTAT P. P., A. S. sp. j. z siedzibą w Chwaszczynie narusza wymóg SIWZ odnośnie mocy, dopuszczalnych gabarytów urządzeń, tj. pkt V. ust. 1, pkt VI ust. 1 oraz pkt VII.A. ust. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu, zgłoszony zarzut stał się aktualny w następstwie dokonanego przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy do udokumentowania, że oferowane przez niego urządzenia – w związku ze złożonym przez Wykonawcę oświadczeniem z dnia 29 grudnia 2020 r. – były już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami) w układach klimatyzacji centralnej wraz z podaniem lokalizacji w których były/są zainstalowane. W kontekście złożonych przez Wykonawcę w dniu 11 lutego 2021 r. dokumentów i informacji wskazanych w uzasadnieniu faktycznym niniejszego odwołania niezgodność oferty z treścią SIWZ objawiła się na analogicznych jak w przytoczonych w uzasadnieniu zarzutu zawartego w pkt 1 polach związanych z:

1. mocą urządzeń:

- Wykonawca oferował chiller o mocy co najwyżej 600 kW, natomiast Zamawiający w postawionych warunkach wymagał aby łączna moc centralnej klimatyzacji 6 MW winna osiągać w układzie dwóch pracujących par chillerów o mocy 1843 kW i 1234,7 kW;
- Wykonawca nie mógł zaoferować urządzenia większej mocy z uwagi na to, że producent urządzeń (REMSTAT) do tej pory nie wyprodukował takowego, który byłby aktualnie w eksploatacji;

2. przeznaczeniem urządzeń:

- Zamawiający wymagał, by zastosowane urządzenia były już wcześniej zastosowane w układach centralnej klimatyzacji (por. Część XV ust. 1 SIWZ, pkt VI.8 Załącznika nr 1 do SIWZ). Załączone przez REMSTAT referencje jednoznacznie potwierdzają, że oferowane chillery nie pracują w systemie centralnej klimatyzacji tylko jako jednostkowe urządzenia wykorzystane w procesie produkcji żywności (chłodzenie pomieszczeń magazynowych i produkcyjnych). W przypadku zastosowań w przemyśle spożywczym mówimy o niższych temperaturach rzędu -8/-6 C, natomiast w klimatyzacji centralnej, którą wymagał Zamawiający, mowa jest o parametrach 1,5 do 20 C (por. pkt VII.2 lit b) podpunkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ).

3. gabaryty urządzeń:

- Zamawiający wymagał agregatów chłodniczych do dwustopniowego schładzania – por. pkt VII.2.lit b) Załącznika nr 1 do SIWZ) a łączna moc centralnej klimatyzacji wynosząca 6 MW winna zostać osiągnięta – zgodnie z zapisami projektu budowlanego – poprzez układ dwóch pracujących par chillerów o mocy 1843 kW i 1234,7 kW. Mając na uwadze moc oferowanych

przez Wykonawcę urządzeń (max. 600 kW), w wymaganym przez Zamawiającego układzie dwustopniowym należałoby zastosować po 5 takich urządzeń w obu układach (razem 10 chillerów). Posiłkując się projektem hali w której posadowione mają być przedmiotowe urządzenia znajdującym się w projekcie budowlanym, Zamawiający przewidział, iż w ramach układu dwustopniowego posadowione zostaną 4 urządzenia. Mając na uwadze średnie gabaryty występujących na rynku chillerów (brak jest możliwości uzyskania poprzez sieć Internet dokładnych danych technicznych chillerów produkcji REMSTAT) należy przyjąć, iż nie będzie możliwe „zemieszczenie” 10 chillerów na terenie projektowanej hali. Odwołujący nie wlicza do tego przestrzeni koniecznej do instalacji niezbędnych przyłączy do urządzeń. Zastosowanie takiego rozwiązania oznaczałoby zatem konieczność zmiany zarówno projektu budowlanego jak i decyzji Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku nr 19/Bud/2020 z dnia 27.10.2020 r., na co Zamawiający w procesie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców nie wyraził zgody.

We wskazanych wyżej aspektach oferowane urządzenia nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy z tego powodu, że treść oferty, w tym wykaz oferowanych urządzeń w ramach amoniakalnych agregatów chłodniczych nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.

Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności i uzupełniająco do zarzutów z pkt 1 i 2 petitum odwołania zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie negocjacji z Wykonawcą i zaakceptowanie przez Zamawiającego zmiany treści oferty Wykonawcy co do modelu oferowanego amoniakalnego agregatu chłodniczego, która została dokonana po upływie terminu na złożenie ofert w postępowaniu. Z opisanego stanu faktycznego wynika, że Wykonawca, złożył wraz z ofertą wykaz oferowanych maszyn i urządzeń przewidzianych do przy realizacji przedmiotu zamówienia „kluczowe urządzenia”, w którym pod pozycją nr 1 – Amoniakalne agregaty chłodnicze wskazał typ urządzenia poprzez oznaczenie HSC bez odwołania się do modelu czy serii urządzenia oraz jako producenta wskazał firmę REMSTAT. Tymczasem, z informacji złożonej przez Wykonawcę w dniu 11 lutego 2021 r. na żądanie Zamawiającego wynika, że firma REMSTAT P. P., A. S. sp. j. z siedzibą w Chwaszczynie wyprodukowała jedynie dwa chillery amoniakalne: jeden o mocy 600 kW (model ASCH471_3221/-8FR) oraz drugi o mocy 300 kW (model ASCH286_3216/-6G). Producent tych urządzeń nie potwierdził, aby w eksploatacji były urządzenia jego produkcji o większych mocach, odpowiadających wymogom postawionym przez Zamawiającego (moc 6 MW) ani też że w ofercie posiada

chiller oznaczony wyłącznie poprzez oznaczenie „HSC”. W wyniku powyższych wyjaśnień doszło zatem do niedopuszczalnego doprecyzowania oferowanego urządzenia w zakresie jednego z dwóch oferowanych przez firmę REMSTAT serii ASCH286_3216/-6G względnie serii ASCH471_3221/-8FR. Producent nie potwierdził jakoby posiadał chillery oznaczone jedynie typem HSC. Dodać na marginesie należy, że skrót HSC – w ślad za wyjaśnieniami producenta – oznacza „Hall Screw Compressor” przez co należy rozumieć sprężarkę śrubową (a nie amoniakalny agregat chłodniczy jako całe urządzenie) produkcji J&E Hall International.

Reasumując powyższe, stwierdzić należy, iż wyjaśnienie z dnia 11 lutego 2021 r. mogło stanowić niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty Wykonawcy o skonkretyzowanie oferowanych urządzeń w ramach amoniakalnych agregatów chłodniczych produkcji REMSTAT o mocy 300 kW lub 600kW.

Przystępujący w dniu 29 kwietnia 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska w sprawie.

W dniach 26 lutego 2021 r. oraz 2 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania i o oddalenie zarzutu 3 odwołania, względnie o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu 1 i 2 powinien być liczony zgodnie z art. 515 ust. 3 ustawy pzp, gdyż w momencie zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej uzyskują oni wiedzę o ofertach nieodrzuconych w postępowaniu (do udziału w aukcji zamawiający zaprasza wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone). Zamawiający wskazał również, że w piśmie kierowanym do Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2021 r. Odwołujący sformułował względem oferty Przystępującego tożsame zarzuty jak niniejszym odwołaniem. W ocenie Zamawiającego okoliczność wezwania Przystępującego do wyjaśnień w dniu 20 stycznia 2021 r. pozostaje bez znaczenia dla liczenia terminu na wniesienie odwołania, gdyż w wyniku złożonych wyjaśnień treść oferty Przystępującego nie uległa zmianie.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy

dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 18 listopada 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r., t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1 i 2.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania w części Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt X.C.1 SIWZ Zamawiający zgodnie z art. 24aa ustawy pzp przewidział zastosowanie w postępowaniu procedury odwróconej.

Punkt XXII SIWZ przewidywał przeprowadzenie jednoetapowej aukcji elektronicznej po dokonaniu oceny ofert.

W dniu 8 stycznia 2021 r. Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

W dniu 13 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku aukcji. Przystępujący uzyskał maksymalną ilość punktów.

Pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w postępowaniu uznaje, że Przystępujący złożył ofertę niezgodną z wymaganiami SIWZ w zakresie agregatów chłodniczych i złożył fałszywe oświadczenie, że te kluczowe urządzenia nie są prototypami.

W dniu 20 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udokumentowania, że oferowane kluczowe urządzenia były już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami) wraz z podaniem lokalizacji w których były/są zainstalowane.

Pismem z dnia 27 stycznia 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, a w dniu 18 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Artykuł 24aa ust. 1 ustawy pzp stanowi, że Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

W myśl art. 91b ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.”*

Artykuł 24 ust. 12 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.”*

Zgodnie z art. 515 ust. 1 i 3 ustawy pzp: *„Odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, (...) 3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.”*

Natomiast w myśl art. 96 ust. 3 ustawy pzp: *„Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”*

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od czynności Zamawiającego w postępowaniu, t. j. od wyboru najkorzystniejszej oferty. Jak słusznie wskazał Zamawiający, w przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznej wiedzę

na temat ofert nie podlegających odrzuceniu wykonawcy uzyskują w momencie zaproszenia do aukcji. Wynika to z dyspozycji art. 91b ust. 1 ustawy pzp stanowiąc jednocześnie o obowiązku zamawiającego dokonania oceny ofert pod względem przesłanek odrzucenia przed zaproszeniem do udziału w aukcji. Niemniej jednak w przedmiotowym postępowaniu na skutek wezwania z dnia 20 stycznia 2021 r. skierowanego do Przystępującego Zamawiający podjął ponownie czynności związane z oceną oferty w zakresie ewentualnego jej odrzucenia. Nie ulega wątpliwości, że wezwanie do wyjaśnień dotyczyło spełnienia wymagań SIWZ i w przypadku gdyby Zamawiający inaczej ocenił złożone wyjaśnienia i uznał, że oferowane przez Przystępującego kluczowe urządzenia są prototypami zobowiązany byłby do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, co miałyby miejsce po odbyciu aukcji elektronicznej. Odwołujący mógł uzyskać informacje o czynnościach podjętych po odbyciu aukcji dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i od tej czynności w ocenie Izby należy liczyć termin na wniesienie odwołania. Wskazania wymaga, że Odwołujący podniósł zarzut wykluczenia Przystępującego z postępowania, które mogłoby nastąpić na każdym etapie postępowania, co dodatkowo potwierdza prawidłowość ustalenia terminu na wzniesienie odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli od dnia 18 lutego 2021 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: OPA-ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Demetrix sp. k. z siedzibą w Piekarach Śląskich.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania wraz z projektem budowlanym i decyzją Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku nr 19/Bud/2020 z dnia 27 października 2020 r., odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu

Uzupełniając stan faktyczny poczyniony w zakresie wniosku o odrzucenie odwołania Izba ustaliła:

Zgodnie z pkt XV SIWZ: *„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy/usługi/roboty odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający żąda dołączenia do oferty następujących dokumentów: 1. Wykaz oferowanych maszyn i urządzeń przewidzianych przy realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem typów i ich producentów przynajmniej co do proponowanych kluczowych elementów i urządzeń określonych w Załączniku nr 1 pkt V.3 SIWZ 2. Oświadczenie Wykonawcy, że dostarczone i zainstalowane maszyny oraz kluczowe urządzenia były już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami).”*

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ (SOPZ) pkt II: *„Zakres szczegółowy w ramach którego Wykonawca wykona: A. Wykonanie dokumentacji wykonawczych wielobranżowych bazujących na projekcie budowlanym i uzyskanym pozwoleniu na budowę, organizacja placu budowy, dostawa, montaż i oddanie do ruchu konstrukcji budynku PSKC z kompletną instalacją technologiczną klimatyzacji centralnej opartej o amoniakalne agregaty chłodnicze i stacją free-cooling włącznie z estakadą technologiczną łączącą rurociągi pomiędzy PSKC a szybem „Podsadzkowy”. B. Wykonanie dokumentacji wykonawczych branżowych bazujących na projekcie budowlanym i uzyskanym pozwoleniu na budowę, dostawa, montaż i oddanie do ruchu kompletnego systemu monitoringu, sterowania i regulacji dla części powierzchniowej klimatyzacji centralnej wraz ze zintegrowaniem sygnałów z systemu sterowania i wizualizacji z części dołowej instalacji (na bazie dokumentacji będącej w posiadaniu Zamawiającego). C. Uruchomienie, ruch próbny (trwający 6 miesięcy) oraz przekazanie do eksploatacji instalacji klimatyzacji centralnej wraz z wykonaniem kompletnej powykonawczej dokumentacji technicznej.”*

Punkt V załącznika nr 1 do SIWZ stanowił: *„1. Pod nazwą „centralna klimatyzacja o mocy chłodniczej 6MW” Zamawiający rozumie kompletny układ klimatyzacji oparty o: centralizowane wytwarzanie mocy chłodniczej 6MW w PSKC opartej o sprężarkowe chłodziarki amoniakalne wraz z niezbędną maszynownią i układami powiązаныmi (pompy, wieże chłodnicze, układ free-cooling, automatyka, elektryka itp.), transport mocy chłodniczej rurociągami wodnymi wysokociśnieniowymi szybem – tzw. obieg pierwotny, redukcję*

ciśnienia hydrostatycznego i niską stratę ciepła na styku wody lodowej z obiegu pierwotnego z wodą ciepłą powrotną z obiegu wtórnego (do $1,50C \pm 0,5 \text{ oC}$) w komorze technicznej opartej o system PES wraz z niezbędną maszynownią i układami powiązаныmi (pompy, układ filtracji, automatyka, elektryka itp.) sumaryczna i rzeczywista moc chłodnicza dla całej instalacji jest osiągnięta na wyjściu z PSKC (tj. o przepływach wody zapewniającej temp. wody lodowej na wyjściu ze stacji nie większej niż $1,50C \pm 0,5 \text{ oC}$ i na wejściu do stacji nie wyższej niż $21,50C \pm 0,5 \text{ oC}$). Pod nazwą „powierzchniowej stacji klimatyzacji centralnej” - PSKC Zamawiający rozumie budynek technologiczny wraz ze wszystkimi urządzeniami, instalacjami i elementami koniecznymi do produkcji ciepła opartą o sprężarkowe chłodziarki amoniakalne, kompletną maszynownią i układami powiązаныmi (pompy, wieże chłodnicze, układ free-cooling, automatyka, elektryka itp.). Pod nazwą „kluczowe urządzenia” Zamawiający rozumie: amoniakalne agregaty chłodnicze, stacje skraplania i free-cooling, filtr automatyczny.”

Punkt VI załącznika nr 1 do SIWZ: Założenia i dane wejściowe stanowił m.in.: „1. Przedmiot zamówienia winien być wykonany w oparciu o projekt budowlany, który był podstawą uzyskania pozwolenia na budowę. Warunkiem przystąpienia Wykonawcy do realizacji Zadania jest wykonanie branżowych projektów wykonawczych zgodnych z założeniami projektu budowlanego oraz uzyskanie ich akceptacji u Zamawiającego. Zamawiający do 14 dni od momentu otrzymania branżowych projektów wykonawczych dokona ich weryfikacji pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego. (...) 3. Wykonawca Zadania jest zobowiązany postępować zgodnie z treścią branżowych projektów wykonawczych, dokumentacją techniczno - ruchową zastosowanych maszyn i urządzeń. (...) 5. Wykonawca zadania wykona dodatkowo kompletną dokumentację powykonawczą dla całej instalacji klimatyzacji centralnej obejmującą dokumentację techniczną powykonawczą części dolowej instalacji. (...) 8. Dostarczone i zainstalowane maszyny oraz kluczowe urządzenia muszą już być wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie mogą to być prototypy).”

Punkt VII załącznika nr 1 do SIWZ: Szczegółowy zakres techniczny stanowił m.in.: „A. Wykonanie dokumentacji wykonawczych wielobranżowych bazujących na projekcie budowlanym i uzyskanym pozwoleniu na budowę organizacja placu budowy, dostawa, montaż i oddanie do ruchu konstrukcji budynku PSKC z kompletną instalacją technologiczną klimatyzacji centralnej opartej o amoniakalne agregaty chłodnicze i stacją free-cooling wraz z estakadą technologiczną łączącą rurociągi pomiędzy PSKC a szybem „Podsadzkowy”. (...) 2. Dobór, dostawa wszystkich koniecznych materiałów i zabudowa urządzeń klimatyzacji na powierzchni w rejonie szybu Markłowice II. Wykonanie projektów wykonawczych branżowych

bazujących na projekcie budowlanym i uzyskanym pozwoleniu na budowę. Wykonanie robót budowlano - montażowych objętych projektem budowlanym w zakresie budynku powierzchniowej stacji klimatyzacji centralnej (PSKC), zlokalizowanego na południowo zachodniej stronie stacji wentylatorów szybu Markłowice II. Budynek powinien być wyposażony m. in. w: halę technologiczną na urządzenia amoniakalnej instalacji chłodniczej wytwarzającej wodę lodową o parametrach wynikających z projektu technicznego (bazującego na uzyskanym pozwoleniu na budowę) pracujących w równoległym układzie dwóch identycznych, niezależnych modułów chłodniczych. Wymagane parametry agregatów chłodniczych (do dwustopniowego schładzania): • wyposażone w sprężarki śrubowe wraz z falownikami, • współczynnik wydajności chłodniczej COP łącznie dla dwóch stopni schładzania w zakresie min 5,5 dla każdego bloku chłodniczego • schładzający wodę lodową od (max) 21,5°C na wejściu do PSKC do temperatury 1,5 °C ± 0,5 °C na wyjściu z PSKC.”

Zgodnie z pkt VIII załącznika nr 1 do SIWZ: Wymagane dokumenty: „Wykonawcy są zobowiązani dostarczyć Zamawiającemu sukcesywnie w trakcie realizacji zadania i przed przekazaniem instalacji do ruchu następujące dokumenty w języku polskim i w terminach warunkujących zakończenie inwestycji zgodnie z SIWZ , których koszt wliczony jest w cenę przedmiotu dostawy: 1. Deklaracje zgodności dla każdej maszyny i urządzenia będących przedmiotem zamówienia, zgodną z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199/2008, poz. 1228). 2. Deklaracja zgodności dla całej instalacji klimatyzacji centralnej. (...) 5. Dokumentacja techniczna kompletnej instalacji klimatyzacji centralnej wraz z kpl. wyposażeniem elektrycznym. 7. Oświadczenie Wykonawcy stwierdzające możliwość stosowania wyrobu (dotyczy całej kompletnej instalacji klimatyzacji centralnej) w warunkach KWK ROW Ruch Marcel zgodnie z przepisami górnictwa ustawy z dnia 09.06.2011r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2017 r. poz. 2126).”

W myśl pkt IX załącznika nr 1 do SIWZ: Wymagania techniczno – organizacyjne podczas prowadzenia robót: „10. Zamawiający udostępni do wglądu posiadane materiały dotyczące: - projektu budowlanego hali PSKC wraz z infrastrukturą towarzyszącą, budową rurociągów technologicznych wraz z budową nowych i przebudową istniejących podpór i estakad oraz rozbiórką istniejących fundamentów, - dokumentacji powykonawczych dla części dołowej instalacji klimatyzacji centralnej. 11. Zamawiający informuje, iż informacje dostępne do wglądu w siedzibie Zamawiającego, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ pkt IX.10 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający udostępni Wykonawcy do wglądu w siedzibie Zamawiającego, stosowne dokumenty po złożeniu zobowiązania do zachowania informacji w nich zawartych

w poufności. Wzór zobowiązania stanowi załącznik 10 do SIWZ.

W odpowiedzi na pytanie nr 16 z dnia 9 grudnia 2020 r.: „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych, równoważnych urządzeń, niż określone w projekcie budowlanym?” Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający dopuszcza wprowadzenie zmian do posiadanej dokumentacji pod warunkiem spełnienia/zachowania warunków w Decyzji uzyskania pozwoleniu na budowę, decyzji środowiskowych, prawa budowlanego.”

W odpowiedzi na pytanie nr 9 do SIWZ z dnia 14 grudnia 2020 r.: „Czy zamawiający przewiduje zbiornik na ciekły czynnik (zbiornik cieczy amoniaku ZL-2,5) na ciśnienie maksymalne 18bar? Czy po stronie tłocznej nie warto przewidzieć zbiornika na wyższe ciśnienie robocze?” Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający w wymaganiach określił jedynie główne parametry jakie cała instalacja klimatyzacji centralnej powinna spełniać. Po stronie Wykonawcy jest dobór urządzeń i elementów całej instalacji aby jej eksploatacja była bezpieczna, bezawaryjna i spełniała wymagania Zamawiającego. Zamawiający podczas 6-cio miesięcznego ruchu próbnego przetestuje zachowanie i reakcję instalacji klimatyzacji centralnej na zmianę określonych parametrów w celu wychwycenia ewentualnych jej niedomagań.”

Zgodnie z wykazem oferowanych maszyn i urządzeń przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia „kluczowe urządzenia” Przystępujący wskazał: „Urządzenie: Amoniakalne agregaty chłodnicze, Typ: HSC, Producent: REMSTAT.”

Przystępujący oświadczył w ofercie, że „dostarczone i zainstalowane maszyny oraz kluczowe urządzenia były już wcześniej stosowane (eksploatowane) w układach klimatyzacji centralnej (nie są prototypami).”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2021 r. pismem z dnia 27 stycznia 2021 r. Przystępujący złożył pismo z firmy REMSTAT o następującej treści: „dot.: chillerów amoniakalnych typu HSC serii ASCh. Informujemy uprzejmie, że firma REMSTAT, funkcjonująca na rynku chłodnictwa w Polsce od 1995 r. jest spółką inżynierską zajmującą się kompleksowym wykonywaniem instalacji chłodniczych w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. W trakcie realizacji projektów bazujemy na komponentach instalacji uznanych w Europie i na świecie producentów wyposażenia chłodniczego. Większość ze zrealizowanych przez nas instalacji chłodniczych, klimatyzacyjnych i zamrażalniczych zbudowanych jest na bazie zespołów sprężarkowych i chillerów zaprojektowanych i wytworzonych przez REMSTAT Sp. j. Pragniemy również poinformować Państwa, że od 2019 roku jesteśmy też producentem autorskiego typoszeregu schładzaczy cieczy typu HSC (Hall Screw Compressor) serii ASCh opartych na jednośrubowych sprężarkach brytyjskiej firmy J&HALL (w załączniku

prezentacja J&HALL), zakupywanych bezpośrednio u producenta, gwarantującego wsparcie pomoc techniczną. Oprócz sprężarki, stanowiącej serce układu chillery serii ASCh zawierają inne niezbędne komponenty uznanych producentów światowych: parownik płytowy, skręcany THERMOWAVE, skraplacz płytowy, skręcany THERMOWAVE, parownik płytowy, skręcany THERMOWAVE, skraplacz płytowy, skręcany THERMOWAVE, silnik elektryczny WEG, NIDEC, ABB, odolejacz koalescencyjny ONDA (wersje HSO), odolejacz koalescencyjny REMSTAT (wersje HSI), chłodnica oleju, płytowa SWEP/KELVION, poziomy oddzielacz cieczy REMSTAT/KOMNINO, przetwornica częstotliwości DELTA/DANFOSS, armatura DANFOSS/AWP, automatyka zabezpieczająca DANFOSS. Wszystkie chillery produkowane przez REMSTAT Sp. J. wytwarzane są zgodnie z Dyrektywą ciśnieniową PED 2014 68_UE z normami z nią zharmonizowanymi oraz poddawane niezbędnym badaniom nieniszczącymi i procedurze oceny zgodności w modułach A,A2 (rurociągi) i module G jako gotowy zespół ciśnieniowy. Oceny zgodności dokonuje jednostka notyfikowana UDT CERT o/Gdańsk, a urządzenia oznakowane są znakiem CE 1433. Aktualnie pracują dwa chillery z serii ASCh: ASCh471_3221/-8FR - 600 kW - schładzacz freezium w komorach wysokiego składowania i klimatyzacji hal produkcyjnych w PERLA Słupsk, Głobino, ASCh286_3216/-6G - 300 kW - schładzacz glikolu w komorach i pomieszczeniach produkcyjnych MOWI SA Ustka, Duninowo 39. W budowie 3 chillery ASCh1108_4227/-8G - 870 kW (-11/+37) każdy przeznaczone do schładzania glikolu do temp. -80C w nowo budowanym zakładzie PERLA Słupsk. Chillery serii ASCh wyposażone są w firmowy software oparty na sterownikach c.PCO+500 CAREL umożliwiający zdalną kontrolę na systemem sterowania w Sieci web. Dodatkowym wyposażeniem może być system rejestracji i monitoringu BOSS CAREL.”

Dodatkowo Przystępujący złożył list referencyjny z PERLA o następującej treści: „Perla Polska Sp. z o.o. sp.k. potwierdza, że od listopada 2019 r jest użytkownikiem chillera amoniakalnego typu ASCh471_3221/-8FR, który służy do klimatyzacji hali produkcyjnej do temperatury +12 oc oraz komory składowej do temp. +20C. W związku z bezawaryjną pracą i niskim zużyciem energii elektrycznej agregatu możemy polecić ww. urządzenie jak i jego producenta. Jednocześnie informujemy, że aktualnie zamówiliśmy w firmie REMSTAT kolejne 3 urządzenia z tej serii, o łącznej mocy chłodniczej 2.700 kW, których planowany termin uruchomienia przewidujemy na kwiecień-maj br.”

Ponadto Przystępujący złożył pismo pochodzące od J & E Hall o następującej treści: „W odpowiedzi na Państwa zapytanie, odnośnie wykorzystania sprężarek HSO 4227 firmy J & E Hall International i proponowanych w urządzeniach typu HSC produkcji firmy Remstat Sp. J., przesyłam odpowiedź producenta odnośnie wykorzystania modelu HSO 4227 w przeszłości. Zapewniając w tym miejscu, że nie są to urządzenia prototypowe. Jako

przykład zastosowania tego konkretnego modelu chcemy przedstawić układ w zakładach farmaceutycznych zlokalizowanych w Indiach, gdzie urządzenia dostarczył jeden z naszych klientów firma VOLTAS. W układzie tym od ponad 7 miesięcy pracują obecnie dwie sprężarki HSO 4227 dla parametrów temperatury ssania -350C oraz temperatury tłoczenia +400C, a więc w zdecydowanie bardziej wymagających warunkach pracy niż te, które będą występowały w układzie klimatyzacji centralnej na KWK Marcel. Ponadto chcemy również zauważyć, że sprężarka HSO 4227 jest oparta o korpus z serii 4 (Frame 4), stąd też cyfra 4 w kodzie sprężarki. Korpus ten został zaprojektowany przez dział rozwoju firmy J&E Hall International, będącego właścicielem patentu na sprężarki jednośrubowe HallScrew, dla swojej spółki matki firmy Daikin International. Obecnie sprężarki oparte o ten konkretny korpus są z powodzeniem stosowane w agregatach wody lodowej firmy Daikin International na całym świecie od 2011 roku. W tym miejscu chcemy również zaznaczyć, że jako producent sprężarki traktujemy modele z serii HSO 4200 jako ten sam produkt różniący się tylko głębokością żłobienia w śrubie i wielkością gwiazd. Korpus oraz wał sprężarki jest taki sam w każdym z modeli tej serii czyli w modelach HSO 4225, 4226 i 4227. Wersja modelu została wprowadzona do typoszeregu J&E Hall w listopadzie 2017 roku. W przeciągu ostatnich 2 lat ten konkretny model HSO 4227 został sprzedany w ilości około 10 sztuk do czterech różnych producentów agregatów wody lodowej, a pozostałe model z tej serii w ilości ponad 50 sztuk.”

Izba nie przywołuje postanowień projektu budowlanego i decyzji Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku nr 19/Bud/2020 z dnia 27.10.2020 r. z uwagi na zastrzeżenie Zamawiającego, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, z uwagi na jego powiązanie z zarzutem 1 odwołania, czyli naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

W ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie tego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez

opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada wymogom SIWZ. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom.

Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

W niniejszej sprawie nie zachodziła niezgodność treści oferty Przystępującego z SIWZ. Odwołujący upatrywał tej niezgodności w informacjach przedłożonych Zamawiającemu w ramach wyjaśnień na wezwanie z dnia 20 stycznia 2021 r., stanowiących po ich złożeniu treść oferty Przystępującego z wymaganiami SIWZ odnośnie mocy chillerów amoniakalnych oraz obowiązku zaoferowania urządzeń kluczowych niebędących prototypami.

Analiza stanu faktycznego przeczy jednak takiemu stanowisku z kilku powodów. Odnosząc się w pierwszej kolejności do wymagania, aby kluczowe urządzenia nie były prototypami wskazania wymaga, że Zamawiający nie oczekiwał podania przez wykonawców w ofertach modeli oferowanych urządzeń, a jedynie wskazania typu i producenta kluczowych urządzeń, w tym chillerów amoniakalnych. Ponadto, Zamawiający żądał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą oświadczenia, że oferowane kluczowe urządzenia nie są prototypami. Zauważyć należy, że Przystępujący zastosował się do powyższych wymagań i wskazał w ofercie typ chillera: HSC, producent: REMSTAT. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedstawił dokumenty, które zdaniem Izby potwierdzają, że urządzenia o typie HSC producenta REMSTAT nie są prototypami. Z pisma producenta REMSTAT wynika, że urządzenia o tym typie są już eksploatowane w halach produkcyjnych w PERLA Słupsk oraz MOWI SA Ustka. Ponadto, jak wynika z pisma producenta REMSTAT, urządzenia – chillery amoniakalne HSC seria ASCh... opierają się na sprężarkach J&E Hall, z którego oświadczenia wynika, że są one wykorzystywane przykładowo w układzie w zakładach farmaceutycznych zlokalizowanych w Indiach. Izba podziela stanowisko

Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że seria ASCh_xxxx oparta jest na powtarzalnych komponentach głównych różniących się gabarytami z uwagi na inną wydajność chłodniczą (parownik, skraplacz, poziomy oddzielnik cieczy, silnik elektryczny, falownik) i powiela jeden, ten sam schemat połączeń rurowych, elektrycznych oraz system sterowania, a więc nie można uznać, że zaoferowane urządzenia są prototypami. W tym kontekście na uwagę zasługuje pojęcie prototypu niezdefiniowane w treści SIWZ. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku PWN „prototyp” to *„pierwszy wykonany według dokumentacji model maszyny lub urządzenia, stanowiący podstawę do dalszej produkcji, pierwowzór czegoś.”*, natomiast „maszyna” to *„urządzenie zawierające mechanizm lub zespół współdziałających mechanizmów, służące do przetwarzania energii albo do wykonywania określonej pracy.”*, a „urządzenie” to *„mechanizm lub zespół mechanizmów, służący do wykonania określonych czynności”*. Tym samym, mając również na względzie wykazane główne elementy składowe chillerów (urządzeń), w tym sprężarek (maszyny) firmy J&E Hall, w ocenie Izby brak jest treści oferty, która wykazywałaby niezgodność z wymaganiem SIWZ w zakresie wcześniejszego zastosowania kluczowych urządzeń w układach klimatyzacji. Podkreślić należy, że Odwołujący przyznał na rozprawie, że wskazane w dokumentacji chillery: 300 kW i 600 kW nie są prototypami, natomiast chiller 800 kW, który jest w budowie jest w jego ocenie prototypem. Na uwzględnienie nie zasługują również twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający wymagał, aby urządzenia były wcześniej eksploatowane w branży wydobywczej. Brak jest takiego postanowienia w treści SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie wymagał także deklaracji zgodności dla każdej maszyny w zakresie górnictwa. Punkt VIII załącznika nr 1 do SIWZ stanowi jedynie, że wykonawca ma przedstawić: *„Oświadczenie Wykonawcy stwierdzające możliwość stosowania wyrobu (dotyczy całej kompletnej instalacji klimatyzacji centralnej) w warunkach KWK ROW Ruch Marcel zgodnie z przepisami górnictwa ustawy z dnia 09.06.2011r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2017r. poz. 2126).”* Oznacza to, że wykonawca będzie zobowiązany złożyć oświadczenie własne a nie deklarację, co do całej kompletnej klimatyzacji.

Przechodząc do niezgodności w zakresie mocy chillerów amoniakalnych i twierdzenia Odwołującego, iż Przystępujący musiałby użyć dziesięciu urządzeń o modelach 600 kW wskazanych w piśmie firmy REMSTAT, aby spełnić wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ (moc chłodnicza układu 6MW) oraz projekcie budowlanym, wskazać należy że nie zasługują na uwzględnienie z kilku powodów. Po pierwsze, Zamawiający nie wymagał w SIWZ podania mocy kluczowych urządzeń, które wykonawca użyje do realizacji zamówienia. Jak wynika z odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający wskazywał, że nie stawia wymagań co do parametrów poszczególnych maszyn i urządzeń, a ich odpowiedni dobór

leży po stronie wykonawcy, co zostanie zweryfikowane podczas ruchu próbnego układu klimatyzacji. Po drugie, co istotne dla rozstrzygnięcia ewentualnej niezgodności oferty z treścią SIWZ to sposób wykonania zamówienia. Mianowicie, Zamawiający wymagał aby wykonawca zaprojektował układ klimatyzacji bazując na projekcie budowlanym i dopiero w ramach realizacji dokonał doboru i dostawy wszystkich koniecznych materiałów i zabudowy urządzeń klimatyzacji. Projekty wykonawcze klimatyzacji muszą uzyskać następnie akceptację Zamawiającego. Co więcej, jak wynika z odpowiedzi na pytania wykonawców w postępowaniu, Zamawiający dopuszczał dokonywanie zmian względem założeń projektu budowlanego w zakresie instalacji centralnej klimatyzacji nienaruszających decyzji zgodnie z art. 36a pkt 5 ustawy Prawo budowlane. Jak Zamawiający podniósł na rozprawie, sposób realizacji zamówienia, który przewiduje dobór urządzeń i instalacji po złożeniu oferty na etapie projektowania determinował postawione w SIWZ wymaganie podania przez wykonawców w ofertach jedynie typu i producenta kluczowych urządzeń, tym samym Zamawiający nie weryfikował parametrów technicznych, w tym wydajności i mocy chłodniczej oferowanych urządzeń. Przystępujący wskazał natomiast, że poprzez odpowiedni dobór parametrów urządzenia - chillery amoniakalne o danej mocy chłodniczej, mogą osiągnąć wyższą moc chłodniczą w konkretnym układzie klimatyzacji. Mając powyższe na względzie, faktyczna weryfikacja czy oferowane kluczowe urządzenia – chillery amoniakalne osiągają określoną moc (wydajność) w zaprojektowanym układzie klimatyzacji będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia. Odnosi się to również do rozmieszczenia poszczególnych instalacji i urządzeń. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie wykazał niezgodności oferty Przystępującego z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący podniósł także zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do mocy chłodniczego agregatu oraz w zakresie złożonego oświadczenia, że kluczowe urządzenia nie są prototypami. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy 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.”* Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE: *„4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia*

lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.”

Zaznaczenia wymaga, że podanie nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Artykuł 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zauważenia wymaga, że przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp jest bardziej pojemna i obejmuje przyczyny wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Zauważenia wymaga, że nieumyślne, niecelowe wprowadzenie w błąd w zakresie przedstawiania albo zatajania informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub podstaw wykluczenia, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16, a z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Podkreślić należy, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17: „istotny wpływ na decyzje zamawiającego” wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Co więcej, pkt 17 wprost wskazuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Analizując w tym zakresie przepis art. 57 Dyrektywy nie sposób nie zauważyć, iż stanowi on o wpływie na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia (wyboru najkorzystniejszej oferty), a nie na wszystkie decyzje zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż przepis ten ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że dla zastosowania sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp należy w pierwszej kolejności ustalić, że wykonawca przekazał w postępowaniu informacje nieprawdziwe. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący złożył fałszywe oświadczenie co do wcześniejszej eksploatacji kluczowych urządzeń oraz w zakresie mocy agregatu chłodniczego – chillera amoniakalnego. Mając na

względnie, że okoliczności faktyczne podnoszone względem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp są tożsame z przedstawionymi odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, Izba podtrzymuje wcześniejszą argumentację.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem: *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia Przystępującego złożone wraz z dokumentami na wezwanie Zamawiającego spowodowały zmiany w treści oferty Przystępującego. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Złożone wyjaśnienia, jak już zostało wskazane w niniejszym uzasadnieniu, stanowiły potwierdzenie prawdziwości oświadczenia, że kluczowe urządzenia nie były wcześniej eksploatowane i stanowiły odpowiedź na konkretne wezwanie Zamawiającego. Przystępujący przekazał informacje odnośnie chillerów typu HSC producenta REMSTAT, czyli zgodnie z danymi z wykazu urządzeń, a zatem brak jest treści oferty która uległaby zmianie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: