

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jan Kuzawiński
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń
Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 8, 17, 31 lipca i 6 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę: **SUEZ Termika Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Olsztynie, ul. Słoneczna 46, 10-710 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy: **Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o., ul. Grzybowska 2/29, 00-131 Warszawa**

- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: SUEZ Termika Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: SUEZ Termika Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: SUEZ Termika Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty wpisu od odwołania,
- 2.3.** zasądza od wykonawcy: SUEZ Termika Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa na rzecz zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Olsztynie, ul. Słoneczna 46, 10-710 Olsztyn kwotę **4 039 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Zagospodarowanie frakcji palnej z odpadów komunalnych poprzez termiczne przekształcenie wraz z odzyskiem energii wykorzystywanej dla zapewnienia dostaw ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w Olsztynie, wraz z zaprojektowaniem i wybudowaniem Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów oraz Kotłowni Szczytowej a także sfinansowaniem nakładów inwestycyjnych i zarządzaniem infrastrukturą”, numer referencyjny: MPEC/PE-EZ/55/18, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 marca 2018 r., nr 2018/S 043-095116.

Odwołujący – SUEZ Termika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o. (dalej: „Dobra Energia”) i niezgodnych z ustawą Pzp poprzedzających te czynności zaniechań Zamawiającego wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że podejmując ww. czynności lub dopuszczając się zaniechań, naruszył - poza wynikającymi także z uzasadnienia odwołania - w szczególności następujące przepisy ustawy Pzp:

- I. art. 24 ust. 1 pkt 17 przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania, Odwołujący nie działał lekkomyślnie lub niedbale, a informacja, którą Zamawiający uznał za wprowadzającą w błąd jest prawdziwa;
- II. art. 26 ust. 1 i ust. 3 (względnie z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 2f), przez zaniechanie ich zastosowania tj. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień /uzupełnienia dokumentów, względnie złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających m.in. spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przed dokonaniem oceny i ostatecznym uznaniem, czy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd i w konsekwencji podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17; art. 26 ust. 3 ustawy

- Pzp przez zaniechanie zastosowania w przypadku uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;
- III. art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w ramach procedury self-cleaning;
- IV. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22 a przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SIWZ, w tym nie wykazał dysponowania zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie;
- V. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do doświadczenia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SWIZ do wykonania zamówienia, ponieważ podmiot trzeci udostępniający ww. zasób sam nie posiada wymaganego doświadczenia;
- VI. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten działając lekkomyślnie lub niedbale złożył nieprawdziwe informacje w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SIWZ co do posiadanego doświadczenia do wykonania zamówienia wprowadzając w błąd Zamawiającego, a które to informacje mogły mieć wpływ na wynik postępowania;
- ewentualnie (do zarzutu IV, V, VI);
- VII. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22a przez zaniechanie wezwania wykonawcy Dobra Energia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia do wykonania zamówienia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SIWZ, pomimo że wykonawca Dobra Energia nie wykazał spełnienia tego warunku, w tym nie wykazał dysponowanie zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie oraz nie wykazał, że podmiot trzeci udostępniający ww. zasób posiada wymagane doświadczenia;
- VIII. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22a przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3. SIWZ, w tym nie wykazał dysponowania zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie;
- IX. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy

Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu co dysponowania odpowiednio przygotowanym zawodowo personelem w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3 SIWZ do wykonania zamówienia, ponieważ osoba wskazana przez tego wykonawcę nie posiada wymaganych kwalifikacji i doświadczenia;

X. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia z postępowania, pomimo że wykonawca ten działając lekkomyślnie lub niedbale złożył nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3 SIWZ co do dysponowania odpowiednio przygotowanym zawodowo personelem w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3 SIWZ wprowadzając w błąd Zamawiającego, a które to informacje mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

XI. (...) **cofnięty**;

XII. (...) **cofnięty**;

XIII. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 6 przez zaniechanie odrzucenia oferty Dobra Energia, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ wykonawca ten wskazał moc cieplną ITPO jako >28 MW wbrew wymaganiom SIWZ (załącznik nr 13 do SIWZ), zgodnie z którymi należało wskazać jednoznacznie określoną wartość, co wpływa na brak możliwości jednoznacznego wyliczenia innych parametrów ITPO oraz powoduje błąd w obliczeniu ceny;

XIV. (...) **cofnięty**;

XV. (...) **cofnięty**;

XVI. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Dobra Energia, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ wykonawca ten nie wykazał zapewnienia finansowania inwestycji zgodnie z wymaganiami SIWZ;

XVII. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Dobra Energia, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ wykonawca ten założył wnoszenie Finansowania Kapitałowego w celu sfinansowania Kosztów Budowy przez okres 34 miesięcy budowy, a nie jak wymagał Zamawiający w terminie 4 miesięcy od dnia zawarcia Umowy PPP (czyli w terminie przewidzianym dla Zamknięcia Finansowego);

XVIII. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Dobra Energia, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ załączona do oferty opinia audytora nie spełnia wymagań SIWZ tj. pkt 17.20.5 SIWZ oraz Załączniku nr 13 do SIWZ;

XIX. art. 89 ust. 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Dobra Energia, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, z powodu założenia przez tego wykonawcę w ofercie rozwiązania Rezerw Finansowych, ujętego w zakładkach Zał. 7b i Zał. 8b Formularza Ofertowego niezgodnie z wymaganiami SIWZ w latach 8-17 Okresu Eksploatacji, co

powoduje, że wyliczenie Nadwyżki Finansowej i EIRR jest nieprawidłowe, zatem prowadzenie rozliczeń między Zamawiającym a Dobrą Energią w toku wykonywania Umowy PPP, w przypadku zaistnienia okoliczności, o których wymienionych w Załączniku nr 1 do Załącznika nr VIII do Umowy PPP pn. „Mechanizm rozliczeń” nie będzie możliwe;

XX. art. 7 ust. 1 w zw. z ww. przepisami przez nierówne traktowanie wykonawców (tj. Dobrej Energii i Odwołującego) w postępowaniu w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) *odtajnienia pisma w sprawie poprawienia omyłek z dnia 24 maja 2019 r. i odpowiedzi Dobrej Energii na to pismo; - (dotyczy cofniętych zarzutów: XIV i XV)*
- 4) ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w odwołaniu, w szczególności w zakresie wykluczenia Dobrej Energii z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego, a w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący wniósł o *przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego o specjalności energetycznej na okoliczność, że w warunkach technicznych określonych w SIWZ oraz uwzględniając właściwości urządzeń składających się na Instalację tj. przy zastosowaniu:*

- a) *turbiny przeciwprężnej zgodnej z SIWZ,*
- b) *parametrów odpadów wskazanych w Załączniku nr XII do Umowy o PPP Specyfikacja Techniczna Instalacji - w punkcie 2.1 Dane bilansowe ITPO, w szczególności dotyczących wilgotności, zawartość popiołu, siarki i chloru,*
- c) *zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne Instalacji przy odpowiednio dobranych urządzeniach spełniających wymogi SIWZ*

wielkość (wolumen) produkcji energii elektrycznej netto produkowanej przez Instalację nie może osiągnąć wielkości wskazanych przez Dobrą Energię w Załączniku nr 13 oraz analogicznie Załączniku nr 11 Formularza Ofertowego.

- dotyczy cofniętych zarzutów: XI i XII

Interes i szkoda

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako jeden z trzech wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zainteresowany jego uzyskaniem. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym Odwołujący może ponieść szkodę. Na

skutek niezgodnego z prawem wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Dobrej Energii ew. odrzucenia oferty Dobrej Energii, pomimo że jest niezgodna z SIWZ, zawiera błąd w obliczeniu ceny, a wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania. Jednocześnie uprzedzając argumenty Zamawiającego co do konieczności unieważnienia postępowania, w przypadku gdyby oferta Odwołującego okazała się najkorzystniejsza, z przyczyn określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że również i w takiej sytuacji legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania - orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 2018-03-02, KIO 275/18. Zatem nawet w przypadku, gdy cena oferty Odwołującego znacznie przekracza budżet Zamawiającego, a Zamawiający deklaruje brak możliwości jego zwiększenia, na obecnym etapie interes we wniesieniu odwołania przez Odwołującego jest oczywisty i niekwestionowany.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wysokości wymaganej dla odwołania wnoszonego w sprawie zamówienia na roboty budowlane, pomimo że zamówienie zostało przez Zamawiającego zakwalifikowane jako usługa, z daleko idącej ostrożności procesowej. Odwołujący wniósł o rozstrzygnięcie, co do wymaganej wysokości wpisu i w przypadku uznania, że Zamawiający prawidłowo zakwalifikował zamówienie jako usługę, Odwołujący wniósł o nakazanie zwrotu części wpisu (5 000 zł - różnicy pomiędzy wpisem należnym przy odwołaniu w sprawie zamówienia na roboty budowlane a zamówienia na usługi).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

Ad Zarzut 1 i 2 - wykluczenie Odwołującego z postępowania

1. Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2019 r., zawiadamiając o wyborze najkorzystniejszej oferty, poinformował jednocześnie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania powołując się na art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wskazując: *„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”* oraz *„w ocenie Zamawiającego, SUEZ Termika Sp. z o.o. w niniejszym Postępowaniu dopuścił się niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności przedstawiając informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które mogły mieć wpływ na decyzje*

podejmowane w Postępowaniu, tj. na decyzje związane z wykluczeniem lub brakiem wykluczenia SUEZ Termika Sp. z o.o. w kontekście oceny spełniania lub niespełniania przez SUEZ Termika Sp. z o.o. warunków udziału w Postępowaniu.”

Zamawiający swoją decyzję oparł na stwierdzeniu (po uzyskaniu informacji „z zewnątrz”), że podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu potencjał doświadczenia - Termomeccanica Ecologia S.p.A. („TME”) nie wykonała prac projektowych. „A zatem w oświadczeniu podmiotu, na którego zasoby powoływał się Wykonawca SUEZ Termika Sp. z o.o., znalazły się informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego”.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że „(..) Budimex S.A. (podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby, w celu potwierdzenia spełniania warunku z pkt 7.2.1 SIWZ – przyp. autora) nie może legitymować się doświadczeniem w wykonaniu całości robót budowlanych, co sugeruje oświadczenie zamieszczone w JEDZ. A zatem również w oświadczeniu drugiego podmiotu, na którego zasoby powoływał się SUEZ Termika Sp. z o.o., znalazły się informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.”

2. Zgodnie z treścią pkt 7.2.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia „wykazał się doświadczeniem, zdobytym w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w prawidłowym zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej 1 (jednego) z poniższych:

7.2.1.1. 1 (jednej) kompletnej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, lub

7.2.1.2. 1 (jednego) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin dla bloku instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton, spełniających na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE L z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.)”.

3. Odwołujący, aby wykazać spełnianie ww. warunku, powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego TME. Na str. 13 JEDZ podmiot ten wskazał nazwę zadania w związku z którym nabył

określone doświadczenie udostępniane SUEZ Termika m.in. na potrzeby spełnienia warunku dot. zdolności technicznej i zawodowej, tj. budowę instalacji o nazwie: i) „Linia 2” obejmującą zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 2” do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym, na rzecz Acea Ricorse e Impanti per l’Ambiente Sri, Via Giordano Bruno, 7 05100 Terni oraz ii) budowę instalacji o nazwie „Linia 3” obejmującą zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 3” do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym, na rzecz Acea Ricorse e Impanti per l’Ambiente Sri („Acea”), Via Giordano Bruno, 7 05100 Terni. Jednocześnie w zobowiązaniu TME załączonym do oferty Odwołującego wskazano, że przedmiotem udostępnienia jest „wiedza i doświadczenie nabyte przez ten podmiot w związku z budową” obu ww. instalacji (o nazwach „Linia 2” i „Linia 3”).

4. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do przedłożenia referencji Acea powołanych w JEDZ TME, natomiast pismem z dnia 15 maja 2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania m.in. w zakresie doświadczenia zawartego w części IV sekcji C (zdolność techniczna i zawodowa) pkt 1a na str. 13 JEDZ, sporządzonym dla spółki TME o treści: (po zacytowaniu oświadczenia złożonego w JEDZ dot. oświadczenia):

- Gdzie zlokalizowane są wskazane wyżej instalacje (w mieście Terni czy też w innym mieście we Włoszech, jeżeli w innym to w jakim?);
- Jaki był zakres prac realizowanych przez Termomeccanica Ecologia S.p.A?
- Jakie są dokładne terminy przekazania do eksploatacji każdej z linii?
- Czy wskazane wyżej instalacje spełniają wymagania Dyrektywy 2010/75/UE?

5. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący pismem z dnia 21 maja 2019 r. w ślad za oświadczeniem TME (stanowiącym załącznik nr 1 do złożonych wyjaśnień) wskazał, że:

- obie instalacje termicznego przekształcania frakcji energetycznej z odpadów komunalnych, wskazane w dokumencie JEDZ TME (tj. instalacje pn. „Linea 2” i „Linea 3”), położone są w miejscowości San Vittore we Włoszech,
- w ramach budowy obu ww. instalacji (tj. „Linea 2” i „Linea 3”), TME zrealizowała prace obejmujące m.in.: zaprojektowanie, wybudowanie, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji a) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi jak również b) parowego turbozespołu kondensacyjnego wraz z instalacjami pomocniczymi,

- instalacje zostały oddane do eksploatacji w następujących terminach: „Linea 2” - 17 października 2011 roku oraz „Linea 3” - 28 grudnia 2011 roku,
- obie ww. instalacje spełniają wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE.

6. Po doręczeniu przez Zamawiającego ww. odpowiedzi nie prowadził on już z Odwołującym jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień w zakresie ww. doświadczenia. Nie wezwał także Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w JEDZ. W dniu 14 czerwca 2019 r. Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania, uznając jak wskazano na wstępie, że wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących doświadczenia TME. Błąd ten miał wynikać, w ocenie Zamawiającego, z zestawienia oświadczenia przedstawionego w JEDZ TME w zakresie realizacji inwestycji „Linea 2” i „Linea 3”, z wyjaśnieniami złożonymi przez SUEZ Termika Sp. z o.o. w piśmie z dnia 21 maja 2019 r. Dalej Zamawiający wskazał, że uzyskał informacje, w tym zaświadczenie prawidłowej realizacji usług inżynierskich wydane dla M.A. S.r.l przez spółkę EALL S.r.l. z 23 stycznia 2013 r., z którego wynika że usługi projektowania („projekt wstępny i ostateczny”) instalacji „Linea 2” oraz „Linea 3” w San Vittore wykonała spółka M.A. S.r.l. Zamawiający wskazał również, że informacje o tym, że spółka ta wykonała projekt wstępny i ostateczny znajdują się na stronie internetowej M.A. S.r.l.

7. Z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania Odwołujący nie zgodził się z przyczyn szczegółowo omówionych poniżej.

8. Odnośnie do treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, 2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

9. Podkreślając, że w przedmiotowym przypadku nie doszło do spełnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Odwołujący wyjaśnił, że do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są więc to informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości. Ponadto, nie jest możliwym wprowadzenie zamawiającego w błąd co do okoliczności, które są zgodne z istniejącym stanem faktycznym.

Natomiast, przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, co do nieprawdziwości którego dany wykonawca ma wiedzę).

10. Na wstępie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu postępowania, nie wykazał, że Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podał jedynie, że złożone w dniu 21 maja 2019 r. przez Odwołującego wyjaśnienia odbiegały „od pierwotnej treści oświadczeń złożonych w JEDZ”. Tymczasem, jak wynika ze wstępnego oświadczenia, jakim jest JEDZ, złożonego przez podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu potencjał, TME wskazała nazwę zadania (i tu zostały wskazane nazwy zadania) w związku z którym nabyła określone doświadczenie udostępniane SUEZ Termika m.in. na potrzeby spełnienia warunku dot. zdolności technicznej i zawodowej. W zobowiązaniu do udostępnienia potencjału z dnia 11 kwietnia 2019 r. TME wskazało, że inwestycja dotycząca zarówno budowy instalacji „Linea 2”, jak i „Linea 3” obejmowała: wykonanie kompletnej instalacji w zakresie obejmującym m.in. piec i kocioł parowy, odzysk energii z produkcją energii elektrycznej z turbiną parową, oczyszczanie spalin, instalacje elektryczne, automatykę i kontrolę, prace dodatkowe i uzupełniające. Powyższe zostało potwierdzone przez wystawcę referencji dla obu zadań, tj. Acea (oświadczenie z dnia 8 października 2014 r.). W związku z tym, że informacja o zakresie prac realizowanych przez TME w ramach wykonania obu ww. instalacji nie została zawarta w JEDZ (takiego stwierdzenia użył sam Zamawiający przekazując Odwołującemu pismem z dnia 15 maja 2019 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień), stosowne wyjaśnienia zostały umieszczone przez Odwołującego w piśmie z dnia 21 maja 2019 r.

11. Twierdzenie Zamawiającego o tym, że wyjaśnienia te odbiegały od pierwotnej treści oświadczenia złożonego w JEDZ są nie na miejscu, a przede wszystkim nie świadczą, że doszło do złożenia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego (informacji nieprawdziwych). O wprowadzeniu w błąd nie świadczą także, ustalenia dokonane przez Zamawiającego, a dotyczące zakresu prac wykonanych przez M.A. S.r.l. Po pierwsze - zaświadczenie prawidłowej realizacji usług inżynierskich wydane dla M.A. S.r.l przez spółkę EALL S.r.l. z 23 stycznia 2013 r. (w zał. nr 122 do protokołu postępowania znajduje się zaświadczenie prawidłowej realizacji usług inżynierskich wydane dla Martino przez EALL datowane na 23 listopada 2013 r.) potwierdza jedynie, z tego co przekazał Zamawiający, że projekt wstępny i projekt ostateczny instalacji „Linea 2” i „Linea 3” wykonała spółka M.A. S.r.l., podczas gdy w zakresie projektu rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi, jak również parowego turbozespołu kondensacyjnego

wraz z instalacjami pomocniczymi obu instalacji kluczowe i *de facto* wyłączne znaczenie miał tzw. projekt wykonawczy wykonany przez TME. Z treści tego zaświadczenia wynika jedynie, że M.A. wykonała na rzecz EALL następujące usługi: „projekt wstępny i ostateczny, analiza oddziaływania na środowisko, nadzór budowlany i osoba odpowiedzialna za bezpieczeństwo zgodnie z decyzją legislacyjną 81/2008 dotyczącą instalacji termicznego spalania odpadów w San Vittore w Lacjum - linie 2 i 3(...)”. Po drugie, Zamawiający wskazał, że z informacji zaczerpniętych przez niego ze strony internetowej oraz broszury reklamowej spółki Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro Societa Cooperativa („Conscoop”), wynika tylko, że Conscoop wykonywał „w San Vittore w zakładzie termicznego przetwarzania odpadów prace w ramach „projektu, budowy, dostosowana” w zakresie mającym na celu ukończenie prac nad budową zakładu termicznego przetwarzania odpadów obejmującym opracowanie projektu wykonawczego oraz przeprowadzenie działań w zakresie dostosowania i ulepszenia istniejącej elektrowni”. Żadna z powyższych informacji, w żaden sposób nie świadczy o nieprawdziwości oświadczenia złożonego przez podmiot trzeci w JEDZ w zestawieniu z referencjami (w posiadaniu, których jest zresztą Zamawiający) z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego, na wyraźne wezwanie Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że przy realizacji obu instalacji położonych w San Vittore („Linea 2” i „Linea 3”) Conscoop nie wykonał żadnych prac związanych z zaprojektowaniem, wybudowaniem, uruchomieniem i przekazaniem do eksploatacji w zakresie wskazanym przez Odwołującego, w tym w szczególności w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (w ślad za oświadczeniem TME) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi jak również parowego turbozespołu kondensacyjnego wraz z instalacjami pomocniczymi zastosowanego w obu instalacjach.

12. Odwołujący wskazał, że analiza stanu faktycznego, prowadzi do wniosku, że Zamawiający, stosując wobec Odwołującego, tak dotkliwą sankcję w postaci wykluczenia z postępowania, dał wiarę informacjom pozyskanym z „zewnątrz” (w tym ze stron internetowych czy ulotek, pomimo że powszechnie wiadomo, że informacje tam zawarte nie są źródłem wiarygodnych informacji, a tym bardziej nie mogą stanowić o weryfikacji doświadczenia wskazanego przez Odwołującego), natomiast całkowicie pominął zarówno stanowisko Odwołującego, nie dając mu możliwości odniesienia się do tych informacji, jak również informacje zawarte na stronie internetowej TME www.tme.termomeccanica.com. Tym bardziej jest to niezrozumiałe, że jak wskazano wcześniej, ustalenia dokonane przez Zamawiającego, bez względu na moc dowodową, odnoszą się do innego zakresu prac, niż ten, który odnosił się do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, wobec wątpliwości jakie miał nie zwrócił się o stosowne wyjaśnienia do Odwołującego, czy też bezpośrednio do TME, co w konsekwencji doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych stanowiących następnie

podstawę do zakwestionowania ww. doświadczenia. Tym samym doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym zamawiający, stojąc na straży zasady równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców, powinien dołożyć wszelkich starań, aby sprawę wyjaśnić maksymalnie obiektywnie (wyrok KIO z dnia 9.3.2017 r., KIO 345/17).

Jednocześnie Zamawiający mając jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące doświadczenia podmiotu, na którego zasoby Odwołujący powoływał się powinien ponad wszelką wątpliwość ustalić, czy informacje przedstawione przez Odwołującego w odniesieniu do spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu są nieprawdziwe. To niewątpliwie na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania nieprawdziwości informacji. Mając na uwadze, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp to przepis o charakterze sankcyjnym, którego konsekwencją jest tak daleko idąca sankcja jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy lekkomyślność lub niedbalstwo (wyrok KIO z 29.3.2018 r., KIO 491/18). Odwołującemu nie sposób także zarzucić, że działał lekkomyślnie lub niedbale. Wskazywane przez niego informacje były potwierdzane przez podmiot udostępniający zasoby na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zostały potwierdzone referencjami uzyskanymi przez ten podmiot od podmiotu, który zlecił wykonanie przedmiotowych prac. Odwołujący był w stałym kontakcie z przedstawicielami TME i przygotowywał ofertę współdziałając z nimi. Zatem nie może być mowy o niezachowaniu przez Wykonawcę zasad należytej staranności, wymaganej od profesjonalisty. Na marginesie zwrócił uwagę, że to czy Odwołujący zamierzał wykazać spełnianie warunku w zakresie kompletnej instalacji czy „tylko” w zakresie rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin nie było informacją, która mogła mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, bo doświadczenie w wykonaniu obu ww. spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego w odniesieniu do doświadczenia.

13. Reasumując Odwołujący stwierdził, że skoro w świetle brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy wymaga łącznego wystąpienia trzech przesłanek (tj. i) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, ii) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz iii) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy), uznać należy, że w stosunku do Odwołującego nie można zastosować wykluczenia, bowiem informacje przedstawione przez Odwołującego były zgodne z rzeczywistością, a tym samym nie mogły wprowadzać w błąd Zamawiającego.

14. Nie zgodził się też Odwołujący ze stanowiskiem Zamawiającego, co do tego że również w zakresie doświadczenia udostępnionego przez Budimex S.A. doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

15. Zgodnie z oświadczeniem Budimex S.A. złożonym w treści JEDZ na str. 13 podmiot ten wskazał nazwę zadania: Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z odzyskiem energii w Białymstoku, w związku z którym nabył określone doświadczenie udostępniane SUEZ Termika m.in. na potrzeby spełnienia warunku dot. zdolności technicznej i zawodowej. Instalacja Termicznego przekształcania odpadów z turbozespołem kogeneracyjnym i kotłem parowym o rocznej wydajności przerobowej 120 000 ton odpadów komunalnych. Powyższa inwestycja realizowana była przez konsorcjum firm: Budimex S.A., Cespa Compania Espanola de Servicios Publicos Auxillares, S.A. z siedzibą w Barcelonie oraz Keppel Seghers Belgium NV z siedzibą w Willebroek, Belgia, które w dniu 31 sierpnia 2012 roku zawarło umowę z Przedsiębiorstwem Usługowo-Handlowo-Produkcyjnym LECH spółka z o.o. z siedzibą w Białymstoku na wykonanie ww. zamówienia w formule EPC pod klucz. Budimex S.A. był liderem tego konsorcjum, o czym Zamawiający powinien wiedzieć, gdyż jest w posiadaniu umowy konsorcjum.

16. Decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia udostępnionego przez Budimex S.A., Zamawiający podjął wyłącznie na podstawie zakresu prac wykonywanych przez Budimex S.A. wynikającego z Przejściowego Świadczenia Płatności (uzyskanego od PUHP LECH Sp. z o.o.). Odwołujący wyjaśnił, że Budimex S.A. składając oświadczenie w JEDZ oraz zobowiązując się do udostępnienia potencjału Odwołującemu, nie złożył oświadczenia, z którego wynikałoby, że ww. zadanie wykonał samodzielnie, co nie oznacza jednocześnie, że nie mógł powołać się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, którego był liderem. Zamawiający, wobec wątpliwości jakie miał (założenie to wynika z faktu prowadzenia przez Zamawiającego korespondencji z PUHP LECH Sp. z o.o. i Keppel Seghers Belgium NV z siedzibą w Willebroek) nie zwrócił się o stosowne wyjaśnienia do Odwołującego, czy też bezpośrednio do Budimex S.A., co w konsekwencji doprowadziło go do błędnych ustaleń faktycznych stanowiących następnie podstawę do zakwestionowania ww. doświadczenia. Tym samym doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

17. Zamawiający przyjął jednak błędnie, że Budimex S.A. nie może legitymować się doświadczeniem w wykonaniu całości robót budowlanych. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest nieprawidłowe, oparte na wybiórczo pozyskanych dokumentach, a w konsekwencji nierzetelnie ustalonym stanie faktycznym. W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że SIWZ nie zawierała żadnych regulacji i wymogów w zakresie sposobu badania doświadczenia i wiedzy w przypadku projektów realizowanych jako konsorcjum. Zamawiający

nie przewidział w SIWZ możliwości weryfikacji realności wykonania prac referencyjnych przez poszczególnych członków konsorcjum. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – wyroki: z dnia 17.8.2018 r., KIO 1501/18; z dnia 18.9.2017 r., KIO 1854/17.

18. Odwołujący oświadczył, że znane są mu tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, w którym Trybunał wskazał m.in, że *”Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”*. Jednak zwrócił uwagę, że TSUE podkreślał także w innych orzeczeniach, że *„warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum”* (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05).

19. Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanym już po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt, przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Dla przykładu przytoczył fragment z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 16.2.2018 r., KIO 177/18.

20. W kontekście powyższego Odwołujący wyjaśnił, że Budimex S.A. brał bezpośredni i faktyczny udział w realizacji całości omawianej inwestycji, realizowanej na podstawie Kontraktu nr 5 - Budowa ZUOK w Białymstoku, jako lider konsorcjum. Tym samym, w ramach wykonywania ww. zamówienia publicznego Budimex S.A. uczestniczył bezpośrednio w wykonaniu każdego z zakresów odnoszących się do budowy obiektu (w tym uczestnicząc w wykonaniu robót budowlanych, robót instalacyjnych, a także robót specjalistycznych), nabywając w konsekwencji w całości kompetencje określone w pkt 7.2.1 SIWZ. Jako lider, Budimex S.A. koordynował i uczestniczył w każdym elemencie realizowanych prac. Na podstawie umowy konsorcjum, lider ustanowiony został jednym z organów zarządzających konsorcjum, i wyposażony został w konsekwencji w prawo do reprezentowania konsorcjum w stosunkach z zamawiającym, organami i podmiotami trzecimi w zakresie odnoszącym się do

całego zakresu inwestycji. Był również odpowiedzialny za zarządzanie administracyjne, finansowe oraz za zarządzanie techniczne procesem realizacji, przepływem informacji między podwykonawcami w granicach dostaw partnerów.

21. Doświadczenie związane z wykonaniem ww. zamówienia może więc stanowić w całości zasoby własne Budimex S.A., niezależnie od faktu, że roboty te wykonywane były w ramach konsorcjum z Cespa Compania Espanola de Servicios Publicos Auxillares, S.A. z siedzibą w Barcelonie oraz Keppel Seghers Belgium NV z siedzibą w Willebroek, Belgia. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że sytuacja Budimex S.A. jest w omawianym przypadku zgoła odmienna od sytuacji firmy Urbaser Environnement S.A. w związku z rzekomą realizacją projektu budowy spalarni w metropolii Aix-Marseille (zarzut 4 odwołania). Przede wszystkim Urbaser Environnement S.A. nie realizował prac wspólnie z podmiotem, który faktycznie wykonał technologię spalania w referencyjnej inwestycji (nie było to konsorcjum), a jego referencje pochodzą od wykonawcy, który faktycznie zarządzał całym projektem na zlecenie zamawiającego. Jakikolwiek próby odnoszenia sytuacji Budimex S.A. do Urbaser Environnement S.A. będą w tym wypadku nietrafne, bowiem dotyczą całkowicie innych stanów faktycznych.

22. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowych czynności w postępowaniu, zażądałby dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia (na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) oraz pozyskałby stosowne wyjaśnienia od Odwołującego lub samego Budimex S.A., odpowiednio TME (stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), decyzja w zakresie oceny wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego byłaby odmienna, a przede wszystkim zgodna z ustawą Pzp i opisami SIWZ.

23. Podsumowując tę część, Odwołujący stwierdził, że okoliczności przytoczone wyżej, wskazują w sposób jednoznaczny, że w sprawie nie doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie było zamiarem Odwołującego wprowadzenie w błąd Zamawiającego i nie zachodzi przesłanka wprowadzenia w błąd. Stąd też należy uznać wykluczenie Odwołującego z postępowania za pozbawione podstaw prawnych i faktycznych. Jednocześnie, w tym miejscu należałoby odwołać się do argumentacji przytoczonej w pkt 12 odwołania (w szczególności dot. brak możliwości zarzucenia Odwołującemu, że działał lekkomyślnie lub niedbale), która również w zakresie okoliczności związanych z udostępnieniem zasobów przez Budimex S.A. znajdzie odpowiednie zastosowanie. Na wypadek, gdyby KIO uznała, że wprawdzie Odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z postępowania biorąc pod uwagę przesłankę wykluczenia wskazaną w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania, nie wykazał jednak spełniania warunków udziału w postępowaniu, zasadne byłoby nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad zarzut 3 - zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w ramach procedury self-cleaning

24. Jedyne z daleko posuniętej ostrożności, gdyby Izba uznała, że w ramach wykazywania spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia przez Odwołującego doszło jednak do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, Odwołujący stwierdził, że wykluczenie Odwołującego w dniu 14 czerwca 2019 r. było decyzją przedwczesną, bowiem Zamawiający ma obowiązek umożliwić wykonawcy zastosowanie procedury z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. W zaistniałej sytuacji, Odwołujący został pozbawiony możliwości jej zastosowania. Na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca ma prawo do przedłożenia dowodów potwierdzających, że podjął on środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, w sytuacji, gdy zaistniały podstawy do jego wykluczenia, jak również, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe dla zapobiegania tego rodzaju sytuacji w przyszłości, celem umożliwienia Zamawiającemu dokonania ich weryfikacji i oceny zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp.

Ad zarzut 4 - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia - brak dysponowania potencjałem – oferta wybrana

25. Zamawiający w pkt 7.2.1. SIWZ wymagał, aby wykonawca *wykazał się doświadczeniem, zdobytym w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w prawidłowym zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej 1 (jednego) z poniższych:*

7.2.1.1. 1 (jednej) kompletnej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, lub

7.2.1.2. 1 (jednego) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin dla bloku instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton, spełniających na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE. L. z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.)”,

zaś w pkt 7.2.2. SIWZ wymagał by wykonawca:

„wykazał się doświadczeniem w eksploatacji przez okres minimum 2 (dwóch) lat, 7.2.2.

zdobytym w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jednej) z następujących instalacji:

7.2.2.1. 1 (jednej) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, lub

7.2.2.2. 1 (jednego) bloku z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym opalanym paliwem stałym, o rocznym wykorzystaniu paliwa nie mniejszym niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton, z instalacjami oczyszczania spalin, w tym co najmniej z instalacją deNOx metodą wtórną i odpylaniem”.

26. Wykonawca Dobra Energia celem wykazania pierwszego z warunków, tj. *zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji ITPO* powołał się na zasób podmiotu trzeciego spółki prawa francuskiego Urbaser Environnement SAS. Na str. 61-64 oferty Dobrej Energii przedstawiono zobowiązanie do udostępnienia zasobów, a na str. 65-82 JEDZ firmy Urbaser Environnement SAS.

27. Ze zobowiązania wynika, że Urbaser Environnement SAS będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w następującym zakresie: *„W okresie budowy zakładu w zakresie projektowania, inżynierii, zaopatrzenia części instalacji i zarządzania projektem”*. W żadnym miejscu swojego oświadczenia Urbaser Environnement SAS nie zobowiązał się wprost do wykonania robót budowlanych. Co prawda w zobowiązaniu wskazano, że udostępniony zostaje potencjał/zdolność techniczna i zawodowa *„w postaci: zobowiązania do wykonania robót projektowych i budowlanych (...)”* oraz, że wykonawca będzie mógł wykorzystać te zasoby przy wykonywaniu robót budowlanych, jednak uczyniono to w tej części zobowiązania, która opisuje jaki zasób został oddany do dyspozycji przez Urbaser Environnement SAS. Część zobowiązania Urbaser Environnement SAS do udostępnienia zasobów, w której podmiot trzeci wskazał jakie konkretnie prace wykona na rzecz Dobra Energia w ramach zamówienia tj. zakres i okres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, nie zawiera już oświadczenia o zamiarze wybudowania, uruchomienia i przekazania do eksploatacji ITPO, lecz obejmuje wyłącznie prace w zakresie *„projektowania, inżynierii, zaopatrzenia części instalacji i zarządzania projektem.”*

28. Jednocześnie w JEDZ Dobrej Energii str. 24 oferty wskazano, że Urbaser Environnement SAS wykona zaledwie 9% zamówienia w charakterze podwykonawcy, co znalazło potwierdzenie również w JEDZ uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego z 15.05.2019 r. Zatem Urbaser Eiwirormement SAS, jako podmiot udostępniający w całości doświadczenie

niezbędne do zaprojektowania i wybudowania ITPO nie zobowiązał się do wykonania żadnej części robót budowlanych. Zaś sam Wykonawca Dobra Energia nie przewidział, że podmiot trzeci zrealizuje więcej niż 9% zamówienia. Co prawda w wykazie podwykonawców wskazano, że Urbaser Environnement SAS wykona roboty budowlane, jednakże nie potwierdza tego samo zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez ten podmiot trzeci, a ewentualny zakres takiego podwykonawstwa wskazany w JEDZ (9%) nie może zostać uznany za wystarczający dla skutecznego przekazania potencjału w wykonaniu robót budowlanych.

29. Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi do realizacji których, zdolności te są wymagane. W przedmiotowym stanie faktycznym doświadczenie w zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji całej instalacji lub ciągu technologicznego zgodnych z warunkami sformułowanymi w pkt 7.2.1 SIWZ jest bez wątpienia niezbędne dla prawidłowego zaprojektowania, wybudowania, uruchomienia i przekazania do eksploatacji ITPO będącej przedmiotem zamówienia. Zatem dla pozostawania w zgodzie z cytowanym art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, podmiot trzeci udostępniający zasoby powinien wykonać rzeczony prace.

30. Również z samej treści zobowiązania Urbaser Environnement SAS wynika wprost, że podmiot ten nie będzie w ogóle realizował w Olsztynie robót budowlanych czy dostawy technologii, a jedynie prace projektowe i inżynierskie. Ponadto, jak wskazano powyżej, Wykonawca Dobra Energia przewidział, że ten podmiot trzeci zrealizuje jedynie 9% zamówienia. Tym samym udostępnienie zdolności w postaci doświadczenia w wybudowaniu instalacji nie ma w tym wypadku charakteru realnego, a całkowicie iluzoryczny. Wymaganie wynikające z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie zostało spełnione, ponieważ z dokumentów przedstawionych wraz z ofertą Dobrej Energii nie wynika, aby Urbaser Environnement SAS miał zrealizować „*te roboty budowlane (...) do których realizacji zdolności te są wymagane*”, zaś fakt, że Urbaser Environnement będzie brał udział w wykonaniu zaledwie 9% zamówienia ww. okoliczność w pełni potwierdza.

31. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO i Sądów Okręgowych osobiste wykonanie robót budowlanych przez podmiot trzeci jest niezbędne dla skutecznego przekazania doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych - Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrok XII Ga 178/17.

31. Ponadto Odwołujący stwierdził, że wykładnia zobowiązania podmiotu trzeciego powinna być dokonywana z uwzględnieniem reguł wykładni oświadczenia woli, zawartych w art. 58 Kc, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Okoliczności złożenia takiego oświadczenia w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego każą uwzględniać natomiast fakt, że to wyłącznie od woli podmiotu trzeciego zależy zakres możliwego i deklarowanego wsparcia określonego wykonawcy na etapie realizacji zamówienia, stąd też zobowiązanie podmiotu trzeciego nie może być interpretowane w sposób rozszerzający - wyrok z dnia 18 września 2014 r. (KIO 1840/14).

33. Ponadto Odwołujący podkreślił, że w zobowiązaniu brakuje nazwy projektu w ramach, którego Urbaser Environnement S.A. rzekomo zdobył wymagane doświadczenie. Tym samym podmiot trzeci nie zobowiązał się do przekazania żadnego konkretnego potencjału, żadnego konkretnego doświadczenia. Również i z tego powodu udostępnienia potencjału nie można uznać za realne i gwarantujące możliwość skorzystania z niego na etapie realizacji zamówienia.

Podsumowując tę część zarzutu Odwołujący wskazał, że Dobra Energia nie wykazała, że realnie dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego - Urbaser Environnement SAS, już sam ten fakt powoduje, że Dobra Energia nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganych w pkt 7.2.1. SIWZ.

Ad zarzut 5 - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia - brak doświadczenia Urbaser Environnement SAS

34. Warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 7.2.1. SIWZ nie można uznać za spełniony również z uwagi na fakt, że podmiot trzeci udostępniający go, sam nie posiada niezbędnego doświadczenia. Urbaser Environnement SAS nie wykonał zadania polegającego na „Zaprojektowaniu, wybudowaniu, rozruchu i przekazaniu do użytkowania komunalnego centrum przetwarzania odpadów dla metropolii Aix-Marseille-Provence obejmującego instalację przetwarzania odpadów komunalnych”. Przede wszystkim EveRe SAS („EveRe”) wskazany w JEDZ Urbaser Environnement SAS na str. 77 oferty jako odbiorca przedmiotowej inwestycji był spółką celową utworzoną przez Urbaser SA oraz Vairoga SA do realizacji inwestycji. Po pierwsze to EveRe był podmiotem odpowiedzialnym za wykonanie przedsięwzięcia wobec Zamawiającego - metropolii Aix-Marseille („Metropolia”). Wykonawcą zamówienia zrealizowanego na rzecz Metropolii nie był podmiot udostępniający zasoby Dobrej Energii - Urbaser Environnement SAS. Co jednak jeszcze istotniejsze, wykonawca instalacji - EveRe w zakresie wykonania kluczowej części inwestycji, czyli technologii będącej „sercem” całej instalacji (to właśnie lina technologiczna służy, bowiem zarówno do termicznego przekształcania odpadów lub frakcji energetycznej z odpadów, jak i do produkcji ciepła oraz energii elektrycznej, czyli do świadczenia usług kluczowych z punktu widzenia Zamawiającego) korzystał z usług Constructions industrielles de la Mediterranee („CNIM”). Przy wykonaniu zamówienia w Marsylii firma CNIM wykonała prace polegające na zaprojektowaniu i realizacji prac konstrukcyjnych obejmujących wykonanie technologii dla instalacji przetwarzania odpadów komunalnych z odzyskiem energetycznym, w tym w zakresie

wykonania pieców rusztowych i bojlerów, turbiny, instalacji oczyszczania spalin, systemu uwalniania pyłów w ITPO dla metropolii Aix-Marseille-Provence. Zatem to CNIM wykonała projekt i prace konstrukcyjne całej linii technologicznej w instalacji przetwarzania odpadów dla metropolii Aix-Marseille-Provence. Żadna inna spółka - ani samo EveRe ani tym bardziej Urbaser Environnement SAS nie wykonała zatem prac stanowiących najistotniejszy element budowy instalacji termicznego przetwarzania odpadów, którego wykonania Zamawiający oczekiwał zarówno zgodnie z punktem 7.2.1.1 jak i 7.2.1.2. SIWZ. Dlatego to jedynie CNIM dysponuje wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie nabytą w związku z realizacją projektu w Marseille-Provence. Oświadczenie firmy EveRe, zresztą spółki - siostry firmy Urbaser Environnement SAS, jakoby ta druga wykonała prace w zakresie budowy spalarni nie jest zatem prawdziwe, co najmniej w zakresie zaprojektowania i wykonania (budowy) technologii służącej do spalania odpadów i wytwarzania energii, czyli tych elementów, które są kluczowe w przedmiotowym zamówieniu.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że w sytuacji gdy najistotniejszą część instalacji przetwarzania odpadów wykonała spółka CNIM, ani EveRe ani Urbaser Environnement nie mogły nabyć doświadczenia w tym zakresie, a tym samym nie mogą tego doświadczenia przekazać Dobrej Energii.

Ad zarzut 6 - nieprawdziwe informacje złożone przez Dobrą Energię w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia

35. Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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. Przepis ma na celu wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy wprowadzają Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia. Tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym, może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na zasób podmiotu trzeciego celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy ten podmiot trzeci sam nie posiada takiego doświadczenia. Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji konieczne jest również w przypadku, kiedy do złożenia tych informacji dochodzi na skutek niedbalstwa. Zgodnie z orzecznictwem KIO celowe działanie nie jest konieczne do wykluczenia wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji - wyrok KIO z 15.05.2015 r., KIO 913/15.

36. Odwołujący podkreślił, że Dobra Energia z pewnością, wiedziała, że to nie Urbaser Environnement SAS wykonywał kluczowe prace projektowe i konstrukcyjne referencyjnej instalacji termicznego przetwarzania odpadów. Oczywistym jest, że jako spółka z jednej grupy

kapitałowej wiedziała, że Urbaser Environnement SAS nie dysponuje technologią i nie realizował prac dotyczących wykonania instalacji przetwarzania odpadów komunalnych z odzyskiem energetycznym. Faktem jest, że Odwołujący bez trudu ustalił, jaki podmiot zrealizował te prace. Dlatego z całą pewnością należy stwierdzić, że Dobra Energia powołała się na doświadczenie podmiotu trzeciego Urbaser Environnement SAS, wiedząc, że doświadczenie tego podmiotu nie spełnia warunku określonego pkt 7.2.1 SIWZ, tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia.

37. Jednocześnie podnosząc ten zarzut Odwołujący podkreślił, że sytuacja wykonawcy Dobra Energia jest zgoła odmienna od sytuacji Odwołującego, który faktycznie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, pomimo że podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu zasoby, legitymuje się wymaganym doświadczeniem. Analiza dokumentacji postępowania w tym w szczególności załączników do protokołu postępowania wskazuje, że Zamawiający, w sposób jawny nie traktując równo wykonawców biorących udział w postępowaniu, podjął wobec oferty Odwołującego szeroko zakrojone czynności (przypominające bardziej śledztwo prowadzone przeciwko Odwołującemu niż badanie ofert) zmierzające do ustalenia zakresu prac wykonanych przez TME (na którego zasoby powołuje się Odwołujący), weryfikując nie tylko projekty wykonane przez TME, które zostały wskazane w JEDZu oraz zobowiązaniu tego wykonawcy załączonym do oferty Odwołującego, lecz dodatkowo inne projekty, w których wykonanie TME było zaangażowane w Polsce. Tego samego „badania” zaś nie wykonał w stosunku do oferty wykonawcy Dobra Energia. Jak wskazano wyżej, Odwołujący bez trudu ustalił, jaki podmiot zrealizował prace projektowe i inżynierskie dotyczące wykonania technologii w instalacji wykonanej na rzecz Metropolii ustalając tym samym, że Urbaser Environnement SAS nie posiada doświadczenia wymaganego w pkt 7.2.1. SIWZ.

38. Przy tym, co najbardziej istotne, jak wykazano w pkt I odwołania, Odwołujący *de facto* potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ podmiot trzeci na którego zasobach polega (czyli TME), w rzeczywistości wykonał kwestionowane przez Zamawiającego prace projektowe. Natomiast Urbaser Environnement SAS bez wątplenia nie wykonał prac polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu najważniejszego elementu instalacji termicznego przetwarzania odpadów - tj. ciągu technologicznego, zatem nie dysponuje potencjałem pozwalającym na spełnienie warunku postawionego w pkt 7.2.1. SIWZ.

Ad zarzut 7 - ewentualne zaniechanie wezwania do uzupełnienia

39. Z uwagi na okoliczności szczegółowo przytoczone w uzasadnieniu zarzutów 5 i 6 odwołania w przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła tych zarzutów, Odwołujący, jedynie z ostrożności procesowej podnosi również zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia przez Dobrą Energię dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

w zakresie doświadczenia.

40. W sytuacji gdy wykonawca nie potwierdzi spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający obowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów. Ze względu na powyższe Zamawiający zobowiązany był co najmniej do podjęcia dodatkowych czynności celem weryfikacji czy wykonawca Dobra Energia posiada wymagane doświadczenie w zakresie budowy instalacji termicznego przetwarzania odpadów lub co najmniej ciągu technologicznego w takiej instalacji. Tym samym zaniechanie Zamawiającego w sposób oczywisty powoduje konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Ad zarzut 8 - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia - brak dysponowania potencjałem osobowym

41. W pkt 7.2.3. SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca „*wykazał, że dysponuje odpowiednio przygotowanym zawodowo personelem, który skieruje do realizacji Zamówienia, o kwalifikacjach zapewniających prawidłowe wykonanie Zamówienia, tj. 1 (jednym) kierownikiem albo 1 (jednym) zastępcą kierownika projektu, który posiada co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego jako kierownik projektu lub zastępca kierownika projektu, zdobytego w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przy jednej lub większej liczbie inwestycji, polegających na budowie instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 ton odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, spełniającej na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r., w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE. L z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.) i zakończonej przekazaniem wybudowanej instalacji do eksploatacji*”.

42. Wykonawca Dobra Energia na potwierdzenie spełniania tego warunku również próbował skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego - tym razem spółki Urbaser SAU - podmiotu, który użycza również doświadczenia w zakresie eksploatacji ITPO. Na str. 22 oferty, w JEDZ Dobra Energia wskazała, że osobą, którą dysponuje na potwierdzenie spełniania ww. warunku jest p. P.Z.Z.. Jednocześnie w zobowiązaniu do udostępnienia Urbaser SAU (str. 355-356 oferty) wskazał, że oddaje zasoby w postaci m.in. „*zdolności zawodowej (...) w postaci zasobów ludzkich zdolnych do wykonania prac budowlanych oraz świadczenia usług eksploatacyjnych i utrzymaniowych (...) na potrzeby spełnienia przez Wykonawcę warunków w zakresie dysponowania odpowiednio przygotowanym personelem*”. Jako sposób wykorzystania

zasobów w zakresie osób wskazano „przydzielenie wykwalifikowanego personelu do realizacji umowy”.

43. Jak wynika ze zobowiązania do udostępnienia zasobów, firma Urbaser SAU postanowiła udostępnić na potrzeby postępowania a potem realizacji zamówienia bliżej nieokreślone zasoby ludzkie o nieokreślonych kwalifikacjach. Zobowiązanie miało zatem charakter tylko i wyłącznie blankietowy i mogło być wypełnione jakąkolwiek treścią, nie odnosząc się nawet bezpośrednio do wymagań SIWZ. Jak wskazywano powyżej zobowiązanie podmiotu trzeciego podlega wykładni oświadczeń woli zgodnie z art. 58 Kc, jednakże wykładania ta nie może polegać na konieczności samodzielnego uzupełnienia przez Zamawiającego szczegółów udostępnienia zasobów czy też wypełnienia zobowiązania nową treścią. Przede wszystkim zobowiązanie powinno w swej treści zawierać doprecyzowanie potencjału, który jest oddawany do dyspozycji. W przypadku potencjału osobowego konieczne jest wskazanie osoby, która będzie realizowała zamówienie na wymaganym przez Zamawiającego stanowisku. Brak wskazania takiej osoby powoduje, że na etapie zawarcia i realizacji umowy Zamawiający nie będzie miał podstaw żądać, aby dana osoba faktycznie realizowała zamówienie. Wskazanie nazwiska w JEDZ podmiotu trzeciego nie może być traktowane jako uzupełnienie oświadczenia wykonawcy o udostępnieniu zasobów. JEDZ ma bowiem charakter informacyjny i samo w sobie nie stanowi żadnego zobowiązania. Jego złożenie co prawda potwierdza wolę współuczestniczenia w zamówieniu, nie stanowi jednak żadnej jednoznacznej deklaracji, co do wspólnej realizacji zamówienia, a w szczególności nie może być traktowane jako uzupełnienie oświadczenia o udostępnieniu zasobów.

44. Jednocześnie oczywistym jest, że p. P.Z.Z. wskazany w JEDZ Dobrej Energii i Urbaser SAU nie posiada kwalifikacji w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, tj. co do posiadania co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego jako kierownik projektu lub zastępca kierownika projektu, zdobytego w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przy jednej lub większej liczbie inwestycji, polegających na budowie instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 ton odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów. P. P.Z.Z. pełnił funkcję kierownika robót budowlanych (i to przez okres poniżej 3 lat), a nie, jak wymagał tego Zamawiający - kierownika projektu. Kierownik projektu to osoba odpowiedzialna za planowanie, realizację i „zamykanie” całego projektu. Zatem doświadczenie p. P.Z.Z. jako kierownika budowy nie mogło w tym wypadku zostać uznane za spełniające warunek określony w SIWZ.

45. Zamawiający zwrócił się do Dobrej Energii, wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp z dnia 15 maja 2019 r. o wyjaśnienie czy pan p. P.Z.Z. legitymuje się doświadczeniem wymaganym zgodnie z punktem 7.2.3. SIWZ. Wykonawca Dobra Energia zdając sobie sprawę ze wskazania w JEDZ osoby nie spełniającej warunku udziału w postępowaniu (a więc informacje nieprawdziwe) samodzielnie dokonał zmiany tej osoby wskazując w piśmie z 20 maja 2019 r., że „Wykonawca przedkłada w załączeniu poprawiony formularz JEDZ dla Wykonawcy (...) a także poprawiony formularz JEDZ dla UBASER SAU (...) zawierający opis doświadczeń innej osoby tj. p. D.S.T.”. Nie kwestionując możliwości samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę, Odwołujący podkreślił, że Dobra Energia nie dysponowała zasobem w postaci osoby zdolnej do wykonania zamówienia, spełniającej warunek opisany w pkt. 7.2.3. SIWZ, a zatem nie wykazała spełniania tego warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

46. Ponownie Odwołujący podkreślił blankietowość zobowiązania do oddania do dyspozycji zasobów przez Urbaser SAU. Ponieważ zobowiązanie nie zawierało nazwiska udostępnianej osoby ani nawet jej roli w projekcie, stanowiska, opisu kwalifikacji, to właściwie nie wiadomo jaki zasób osobowy został udostępniony. Wykonawca Dobra Energia potwierdził to dowolnie podmieniając osoby w ramach jednego zobowiązania podmiotu trzeciego (zamienił osobę w JEDZ, pozostawiając to samo zobowiązanie podmiotu trzeciego). Oczywistym jest zatem, że na dzień składania ofert Urbaser SAU zobowiązał się do udostępnienia „jakichś” zasobów osobowych. Na dzień składania ofert jednak nie wykazano dysponowania konkretnym potencjałem, którego wymagał zamawiający w pkt 7.2.3. SIWZ.

47. Dodatkowo powyższe niezbitcie potwierdza treść złożonego wraz dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków z 10 czerwca 2019 r. (jako załącznik nr 11) oświadczenia „osoby która będzie uczestniczyć w realizacji Projektu jako kierownik projektu” p. D.S.T. oświadczył tam bowiem, że posiada niezbędne doświadczenie, jest pracownikiem Urbaser SAU oraz, że zgadza się uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia, w przypadku wyboru oferty Dobrej Energii. Oświadczenie zostało złożone w dniu 28 maja 2019 r., a zatem to w tej dacie p. T. oświadczył, że zgadza się uczestniczyć w realizacji projektu w Olsztynie. Z żadnego dokumentu nie wynika natomiast, aby osoba ta pozostawała w dyspozycji Dobrej Energii w dniu składania ofert. Jest to kolejna okoliczność potwierdzająca, że Dobra Energia nie wykazała dysponowania, na dzień składania ofert, potencjałem w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia.

48. Oczywiście Odwołujący nie kwestionował możliwości uzupełniania i składania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów z datą po terminie składania ofert. Dokumenty składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie mogą mieć datę po terminie składania ofert, o ile potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia zgodnie ze złożonym oświadczeniem czyli na dzień składania ofert.

Przedmiotowy stan faktyczny odbiega jednak od typowej sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdzie odpowiednie oświadczenia znajdują się w JEDZ a następnie potwierdzane są dokumentami (np. wydanymi z datą bieżącą). W przedmiotowej sytuacji Dobra Energia w dniu składania ofert złożyła JEDZ wskazujący na osobę niespełniającą warunków udziału w postępowaniu i taki też JEDZ podmiotu trzeciego oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego nie precyzujące udostępnionego zasobu osobowego. Następnie w wyniku wezwania Zamawiającego, Dobra Energia złożyła nowy JEDZ własny i podmiotu trzeciego wskazujący inną osobę oraz oświadczenie tej osoby złożone w dniu 28 maja 2019 r. o zgodzie na udział w realizacji zamówienia. Pomijając omówioną wyżej nieskuteczność udostępnienia potencjału, żaden ze złożonych w postępowaniu dokumentów nie pozwala na stwierdzenie, że w dniu składania ofert wykonawca Dobra Energia dysponował zasobem w postaci p. D.S.T.

49. Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza, warunki udziału muszą być spełnione na dzień składania ofert (wyrok z dnia 2017-04-20, KIO 707/17).

50. Jednocześnie uzupełnienie dokumentów dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia nie jest możliwe z uwagi na fakt, że wykonawca Dobra Energia już raz uzupełnił samodzielnie dokumenty wskazując w uzupełnionych JEDZ swoim i podmiotu trzeciego, nową osobę na spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ponowne wzywanie do uzupełnienia np. poprzez złożenie nowego zobowiązania do udostępnienia potencjału byłoby ponownym uzupełnieniem w tym samym zakresie tj. co do spełniania warunku w zakresie pkt 7.2.3. SIWZ. Wykonawca samodzielnie uzupełniając dokumenty pozbawił się możliwości uzupełnienia ich na wezwanie zamawiającego w tym zakresie. Tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt 7.2.3. SIWZ co powoduje konieczność wykluczenia.

Ad zarzut 9 - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia - brak doświadczenia wskazanej osoby

51. Jednocześnie z wykonawca Dobra Energia nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia również z tej przyczyny, że osoba wskazana w samodzielnie uzupełnionym przez wykonawcę w tym zakresie JEDZ (uzupełnienie z dnia 20 maja 2019 r.) nie posiada wymaganego doświadczenia. P. D.S.T. nie był kierownikiem projektu, który posiada co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego na tym stanowisku, zdobytego w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przy inwestycji dotyczącej Zintegrowanego Zakładu Przetwarzania Odpadów w hrabstwach Worcestershire i Herefordshire.

52. Projekt ten był realizowany w Wielkiej Brytanii. Umowę z zamawiającym tj. Radą Hrabstwa Worcestershire i Radą Herefordshire zawarła spółka pod nazwą Merda Waste Management (spółka celowa utworzona przez FCC Environnement oraz Urbaser Ltd.). Budowa instalacji została wykonana przez H.Z.I., który było tzw. wykonawcą EPC. Pan T. nigdy nie był

pracownikiem H.Z.I., bowiem od 2012 r. zajmuje stanowisko dyrektora ds. przekształcania odpadów w Urbaser S.A. Nawet jeśli był zaangażowany w projekt budowy ww. instalacji jako pracownik związanej kapitałowo z Urbaser LTD, hiszpańskiej spółki Urbaser S.A. (SAU), to z pewnością nie pełnił funkcji kierownika projektu. Tym samym osoba wskazana przez Dobrą Energię na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 7.2.3. SIWZ nie posiada wymaganego doświadczenia, zatem spełnianie tego warunku nie zostało wykazane.

Ad zarzut 10 - nieprawdziwe informacje złożone przez Dobrą Energię w zakresie spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem zawodowym

53. Działanie wykonawcy Dobra Energia w tym przypadku tj. w zakresie spełniania warunku dysponowania odpowiednio przygotowanym personelem w sposób oczywisty stanowi złożenie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania. P. D.S.T. nie posiada wymaganego doświadczenia, nie uczestniczył w realizacji inwestycji Zintegrowanego Zakładu Przetwarzania Odpadów w hrabstwach Worcestershire i Herefordshire jako kierownik projektu. Wykonawca Dobra Energia wskazując w uzupełnionym JEDZ oraz wykazie osób, że p. T. spełnia warunek opisany w pkt 7.2.3. SIWZ oraz wpisując jakie stanowisko zajmował przy ww. projekcie w sposób oczywisty przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje.

54. Powyższe dodatkowo potwierdza fakt, że udostępnienie zasobów w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia przez firmę Urbaser SAU w ogóle nie zawierało nazwiska osoby udostępnianej. Natomiast Dobra Energia wskazała w swoim JEDZ złożonym wraz z ofertą p. Zamawiający - osobę, co do której oczywiste było niespełnienie warunku - nie wskazano nawet doświadczenia tej osoby. Wykonawca wraz z podmiotem trzecim Urbaser SAU rozpoczęli zatem poszukiwania osoby spełniającej warunek, ostatecznie jednak, jak wskazano powyżej okazało się, że sam podmiot trzeci nie dysponuje pracownikiem o takich kompetencjach. Co prawda Wykonawca posłużył się nawet stosownym oświadczeniem p. T., jednak oświadczenie to również w sposób oczywisty zawiera informacje nieprawdziwe. Już z samego faktu, że p. T. jest pracownikiem Urbaser SAU, a instalacja w hrabstwach Worcestershire i Herefordshire została wybudowana przez H.Z.I. (podmiot całkowicie odrębny od grupy Urbaser), co jest informacją ogólnie dostępną w internecie, należy wywieść, że Dobra Energia złożyła nieprawdziwe informacje co najmniej z powodu niedbalstwa. W ocenie Odwołującego jednak, zarówno Urbaser SAU - podmiot trzeci udostępniający zasób jak i sam Wykonawca doskonale wiedzieli o tym, że p. T. nie posiada wymaganego doświadczenia. Z tego względu złożenie informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest jednoznaczne. Dobra Energia złożyła w postępowaniu te informacje po to, aby wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu i uzyskać zamówienie. Zatem przesłankę wykluczenia należy uznać za spełnioną.

Ad zarzuty 11 i 12 - cofnięte

Ad zarzut 13 - błędne wskazanie mocy cieplnej ITPO

69. Zgodnie z wymogami SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do wypełnienia szeregu formularzy stanowiących treść oferty. W załączniku nr 13 do Formularza Ofertowego należało określić konkretny, gwarantowany profil pracy ITPO. Zamawiający określił, że we wszystkich trzech punktach pracy moc cieplna nie może być niższa od 28 MW (>28 MW). Wykonawca Dobra Energia, nie oznaczył we wskazanych miejscach mocy cieplnej, a jedynie wskazał, że będzie ona większa od 28 (>28 MW). Brak wskazania konkretnej wartości wpływa na inne parametry instalacji.

70. Referencyjnym punktem projektowym Instalacji jest punkt A Diagramu Spalania. Punkt referencyjny jest punktem odniesienia gwarantującym, że zaprojektowane przez Wykonawców Instalacje będą porównywalne. Wynika to z faktu, iż w warunkach eksploatacji, instalacja ITPO, w przeciwieństwie do klasycznej elektrociepłowni na paliwa stałe, pracuje z różną chwilową wydajnością energetyczną.

71. Z tej przyczyny Zamawiający określił precyzyjnie poziom mocy cieplnej w paliwie (48MW) jako punkt referencyjny dla zaprojektowania instalacji. Dla tego konkretnego poziomu pracy Instalacji, Wykonawca powinien był wskazać w Załączniku. 13 Formularza Ofertowego precyzyjne określenie mocy elektrycznej dla punktu osiągnięcia mocy cieplnej 28MW (a nie >28MW). Tego typu zapis świadczy o celowym wprowadzaniu Zamawiającego w błąd gdyż:

- a. Wartość produkcji energii cieplnej miała być wskazana jako konkretna wartość nie mniejsza niż 28MW,
- b. Przy wskazaniu w ofercie mocy cieplnej >28MW nie wiadomo, jaką konkretnie moc powyżej 28MW Dobra Energia założyła w swojej ofercie, co powoduje, że nie wiadomo czy przyjęta wielkość produkcji energii elektrycznej jest prawidłowa tj. adekwatna do mocy cieplnej. Zależność między produkcją ciepła a energii elektrycznej jest ewidentna, wynika z energii zawartej w paliwie, sprawności instalacji - im więcej produkuje się ciepła tym mniej energii elektrycznej. Tymczasem wielkość produkcji energii elektrycznej ma wpływ na wyliczenie NPC zgodnie z wyjaśnieniami wskazanymi pkt X odwołania. Innymi słowy, skoro wartość ">28MW" jest niezdefiniowana więc należy domniemać, że odpowiadająca wartość produkcji energii elektrycznej jest wartością niewiarygodną, niemożliwą do precyzyjnego określenia - a wartość ta jest wykorzystana do obliczenia ceny ofertowej jak wcześniej wspominał Odwołujący.

72. Odwołujący zauważył, że w czasie testów i sprawdzania Gwarantowanych Parametrów Technicznych instalacji jeśli nie wystąpią warunki opisane w ZAŁ 13 dla poszczególnych punktów pracy (A, B, C) konieczne będzie zastosowanie tzw. krzywych korekcyjnych. W braku konkretnej wartości, obliczenie parametrów celem weryfikacji (w tym po zastosowaniu krzywych), czy dotrzymano poziomów Gwarantowanych Parametrów Technicznych, będzie

niemożliwe.

W związku z tym, że oferty Wykonawców są oceniane w oparciu o wspomniane KB, KF i KO pomniejszone o przychody z produkcji energii elektrycznej, tego typu opisy są wprowadzaniem Zamawiającego w błąd, czynem nieuczciwej konkurencji oraz świadczą o braku zrozumienia podstawowych zasad budowy oferty dla danego punktu referencyjnego, w tym przypadku punktu projektowego A.

73. Powyższe jest w ocenie Odwołującego, będącego, w przeciwieństwie do Dobrej Energii, jednym z najbardziej doświadczonych operatorów Instalacji ITPO w skali światowej, karygodnym błędem technicznym, absolutnie naruszającym zasady uczciwej konkurencji oraz w żadnym wypadku nie może być traktowany jako oczywista pomyłka ulegająca korekcie.

Ad zarzuty 14 i 15 bezpodstawne poprawienie w ofercie Dobrej Energii omyłki w zakresie wskazania mocy cieplnej ITPO i zaniechanie odtajnienia - cofnięte

Ad zarzut 16 - brak zapewnienia finansowania inwestycji

85. W zakresie finansowania inwestycji objętej przedmiotowym zamówieniem Zamawiający oczekiwał, że wykonawca - Partner Prywatny zapewni finansowanie całej inwestycji. W pkt 7.1. Umowy PPP wskazano m.in., że Partner Prywatny jest odpowiedzialny za zapewnienie Finansowania całości Przedsięwzięcia oraz wszelkich innych prac związanych z realizacją zobowiązań Partnera Prywatnego wynikających z Umowy PPP w sposób pozwalający na prawidłową realizację Przedsięwzięcia. Partner Prywatny może zapewnić Finansowanie Przedsięwzięcia poprzez Finansowanie Dłużne lub Finansowanie Kapitałowe. Jednocześnie w pkt 17.20.1.2. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą listu wsparcia przez podmioty zapewniające Finansowanie, co do treści zgodnej z wzorami stanowiącymi Załącznik nr 6) lub nr 7) wraz załącznikami tam określonymi lub promesą Finansowania wystawioną przez NFOŚiGW - w zależności od przyjętej przez Wykonawcę struktury finansowania Przedsięwzięcia. Z pkt 17.20.1.2.1. SIWZ jednoznacznie wynikało wymaganie, aby listy wsparcia zapewniały Finansowanie w kwocie równej co najmniej sumie określonych zgodnie z Ofertą Wykonawcy: (i) KB, of netto oraz (ii) KBKS, of netto oraz (iii) środków, np. w formie odnawialnej linii, na sfinansowanie podatku VAT w części dotyczącej kosztów budowy KB, of i KBKS, of. Ponadto, zgodnie z Załącznikiem nr 6) do SIWZ - Wzór listu wsparcia Wspólnika zapewniającego Finansowanie Dłużne Wspólnika lub Finansowanie Kapitałowe, załącznikiem do listu wsparcia powinno być:

- Wiążące Warunki Finansowania
- potwierdzenie zdolności finansowej Wspólnika do udzielenia Finansowania w założonej w ofercie wysokości (w formie informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawionej nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert).

86. Wykonawca Dobra Energia powinien był zatem uzyskać finansowanie na poziomie nie mniejszym niż 862 207 262,91 PLN.

87. Na stronach 159 - 165 oferty Dobrej Energii przedstawiono List wsparcia wspólnika - Meridiam Eastern Europe Investements SAS. Jednocześnie załączono do oferty również JEDZ tej spółki. Na jego 1360 stronie wskazano, że „na dzień podpisywania niniejszego dokumentu Meridiam Eastern Europe Investements SAS nie uzyskała ostatecznej zgody swojego zarządu na złożenie oferty. Niemniej jednak niniejsze stanowi wiążącą zgodę Spółki na złożenie oferty podjętą na tydzień przed składaniem ofert”. Z przedmiotowego oświadczenia, które w zasadzie jest wewnętrznie sprzeczne, wynika, że firma Meridiam nie uzyskała ostatecznej zgody swojego zarządu na złożenie oferty na finansowanie inwestycji. Nie może zostać uznane za wiążące oświadczenie z Listu wsparcia, że uzyskano wszystkie zgody korporacyjne, skoro jednocześnie złożono oświadczenie zupełnie przeciwne (zarówno JEDZ jak i list wsparcia pochodzą z 10.04.2019 r.).

88. Ponadto, w utajnionej części oferty - Wiążących warunkach finansowania powinny być wskazane kwoty finansowania. Odwołujący podniósł, że Dobra Energia nie uzyskała finansowania na wymaganym poziomie.

89. Odwołujący podniósł także, że opinie bankowe wystawione dla podmiotów zapewniających finansowanie potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawione nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert dla oferty Dobrej Energii, załączone w utajnionej części oferty, nie potwierdzają posiadanych środków/zdolności finansowej na wymagane kwoty i nie zostały wystawione z prawidłową datą.

90. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że samo zapewnienie Finansowania, Model Finansowy jak i Wiążące Warunki Finansowania stanowią w postępowaniu treść oferty. Informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach stanowią ważny fragment oferty i nie mogą być zmieniane ani uzupełniane po terminie składania ofert. Zgodnie z przedmiotem zamówienia finansowanie stanowi istotny element całego zamówienia, dlatego też warunki na jakich owo finansowanie ma się odbywać stanowią treść oferty.

91. Z uwagi na brak skutecznego zapewnienia finansowania przez firmę Meridiam Eastern Europe Investements SAS jak i niewystarczający poziom finansowania, oferta Dobrej Energii podlega odrzuceniu jako niezgodna z pkt 17.20.1.2. SIWZ, załącznikami 6,7 i 13 do SIWZ oraz projektem Umowy PPP.

Ad zarzut 17 - wnoszenie Finansowania Kapitałowego

77. Kluczowym elementem zamówienia poza budową i operowaniem ITPO jest zapewnienie finansowania projektu, w szczególności poprzez doprowadzenie do Zamknięcia Finansowego w rozumieniu Umowy PPP.

78. Zgodnie z Umową PPP (Załącznik nr 1 do Umowy PPP pn. Definicje) Zamknięcie Finansowe oznacza:

„wniesienie Wkładu Pieniężnego Wspólników na kapitał zakładowy, kapitał zapasowy lub kapitał rezerwy Partnera Prywatnego w wysokości co najmniej 25.000.000,00 (dwudziestu pięciu milionów) złotych lub zaksięgowanie na rachunku bankowym Partnera Prywatnego kwoty 25.000.000,00 (dwudziestu pięciu milionów) złotych z tytułu zawartej przez Partnera Prywatnego umowy Pożyczki Podporządkowanej lub umowy Pożyczki Podporządkowanej FI oraz zawarcie przez Partnera Prywatnego umowy lub umów z podmiotami zapewniającymi Finansowanie Dłużne

łącznie w kwocie równej co najmniej sumie określonych zgodnie z Ofertą Partnera Prywatnego (i) $K_{B,of}$ oraz (ii) $K_{BKS,of}$ oraz (iii) środków, np. w formie odnawialnej Unii, na sfinansowanie podatku VAT w części dotyczącej kosztów budowy $K_{B,of}$ / K_{BKSyof} oraz (iv) Rezerw Finansowych oraz (v) kosztów opłat i prowizji sfinansowanych Finansowaniem Dłużnym oraz (vi) skapitalizowanych odsetek Okresu Budowy”.

79. Z powyższej definicji jednoznacznie wynika, że warunkiem Zamknięcia Finansowego jest wniesienie Wkładu Pieniężnego Wspólnika na kapitał zakładowy lub zaksięgowanie na rachunku bankowym Partnera Prywatnego kwoty 25.000.000,00 (dwudziestu pięciu milionów) złotych z tytułu zawartej przez Partnera Prywatnego umowy Pożyczki Podporządkowanej lub umowy Pożyczki Podporządkowanej FI (należy przy tym podkreślić, że ani w przypadku Odwołującego ani Dobrej Energii nie chodzi o kwotę 25.000.000 zł, bowiem kwota Finansowania Kapitałowego stanowi ustaloną część całości finansowania).

80. Jednocześnie, zgodnie z pkt 7.2.1. Umowy PPP: *„Partner Prywatny jest zobowiązany do dokonania Zamknięcia Finansowego. Zamknięcie Finansowe nastąpi nie później niż w terminie 4 (czterech) miesięcy od dnia podpisania Umowy”.*

81. Kolejno pkt 7.2.10 Umowy PPP wskazuje, że: *„Niedotrzymanie terminu Zamknięcia Finansowego przez Partnera Prywatnego uprawnia Podmiot Publiczny m.in. do:*

-żądania kary umownej, o której mowa w pkt 15.2.1.1 [zgodnie z pkt. 15.2.1.1. kara należy się w przypadku niedotrzymania terminu wskazanego w pkt 7.2.1, po wyznaczeniu przez Podmiot Publiczny dodatkowego 30-dniowego terminu na Zamknięcie Finansowe], a także - złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu Umowy”.

Umowa przewiduje wprawdzie możliwość przesunięcia terminu Zamknięcia Finansowego (pkt 7.2.2.) przez Podmiot Publiczny, jednak nie ulega wątpliwości, że dla Zamawiającego istotne było, by partner prywatny doprowadził do Zamknięcia Finansowego w terminie 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy PPP.

82. Odwołujący również podkreślił, że doprowadzenie do Zamknięcia Finansowego (zgodnie z pkt 2.4.1. Umowy PPP) warunkuje zawarcie przez Wykonawcę i Zamawiającego Umowy

Sprzedaży Nieruchomości (nieruchomości na której ma być budowana Instalacja) oraz Umowy Sprzedaży Dokumentacji Podmiotu Publicznego. Jednocześnie wykonawca zaoferował realizację robót budowlanych w terminie 36 miesięcy. Zgodnie z pkt 3.4.1. Umowy PPP: „Roboty Budowlane rozpoczną się nie później niż w terminie 2 (dwóch) miesięcy od dnia upływu terminu Zamknięcia Finansowego”. W formularzu ofertowym Dobrej Energii, moment rozpoczęcia robót budowlanych jest określony (zgodnie z wytycznymi Zamawiającego) na 30.09.2019, co powoduje wewnętrzną sprzeczność oferty i brak możliwości realizacji zamówienia na warunkach przewidzianych przez Zamawiającego.

83. Biorąc pod uwagę powyższe, aby doprowadzić do Zamknięcia Finansowego w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego, zgodnie z przytoczoną powyżej definicją Zamknięcia Finansowego, Dobra Energia powinna wnieść Finansowanie Kapitałowe (zdefiniowane jako Wkład Pieniężny Wspólników lub Wkład Niepieniężny Wspólników, a także udzielone Partnerowi Prywatnemu Pożyczki Podporządkowane i Pożyczki Podporządkowane FI, celem sfinansowania lub częściowego sfinansowania Przedsięwzięcia) w ciągu 4 miesięcy od zawarcia umowy PPP. Tymczasem, z załączników 7a i 8a do Formularza Ofertowego wynika, że Dobra Energia zaoferowała Zamawiającemu wniesienie Finansowania Kapitałowe w celu sfinansowania Kosztów Budowy przez okres 34 miesięcy budowy (porównanie pkt 1.1. załączników 7a oraz 8a). Jest to oczywiście sprzeczne z SIWZ i powoduje, że w przypadku Dobrej Energii do Zamknięcia Finansowego dojdzie dopiero po upływie ww. okresu 34 miesięcy.

84. Oznacza to, że osiągnięcie Zamknięcia Finansowego nie będzie możliwe ani w terminie 4 miesięcy od zawarcia Umowy PPP, ani w wydłużonym przez Zamawiającego terminie. Powyższe powoduje w istocie zaoferowanie świadczenia niezgodnego z SIWZ i to w zakresie bardzo istotnym dla Zamawiającego. Z tego względu oferta Dobrej Energii pozostaje niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad zarzut 18 - wadliwość opinii audytora

92. Zgodnie z wymaganiem z pkt 17.20.5 SIWZ do oferty należało załączyć opinię do Modelu Finansowego, sporządzoną przez niezależnego audytora, zgodnie wymogami określonymi w Załączniku nr 13 do SIWZ. Opinia miała zatem zawierać stwierdzenie m.in., że:

*„3.4.1 Model Finansowy jest spójny wewnętrznie oraz logicznie przedstawia prognozowaną sytuację finansową, a obliczenia arytmetyczne w nim zawarte zostały wykonane poprawnie,
3.4.2 Prognozy finansowe zawarte w Modelu Finansowym spełniają warunki określone w punkcie 4.13 poniżej,*

3.4.2 Wszystkie istotne wymogi Banku i innych Podmiotów Finansujących w okresie obowiązywania Umowy zostały spełnione,

3.4.4. Wyniki generowane przez Model Finansowy są prawidłowe we wszystkich istotnych

aspektach,

3.4.5. Poziom EIRR (wewnętrzna stopę zwrotu z Finansowania Kapitałowego (uwzględniającego Pożyczki Podporządkowane) obliczona wg metodologii określonej w załączniku nr 9 Formularza Ofertowego jest spójny z poziomem EIRR prezentowanym w załączniku nr 9 Formularza Ofertowego lub ewentualne niespójności zostały właściwie opisane i wyjaśnione w Księdze Założeń Modelu Finansowego,

3.4.6. Wyniki generowane przez Model Finansowy zostały prawidłowo przeniesione do Oferty Partnera Prywatnego.”

93. W przedmiotowym stanie faktycznym opinia niezależnego audytora została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Ujawnienie dokumentu nie wyklucza jednak możliwości postawienia zarzutu wobec treści takiego dokumentu. Zdaniem Odwołującego opinia niezależnego audytora przedłożona do Modelu Finansowego Dobrej Energii nie spełnia wymagań ustanowionych w załączniku nr 13 do SIWZ, w tym nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do potwierdzenia prawidłowości modelu finansowego.

94. Ponieważ Model Finansowy stanowi treść oferty, również i opinia audytora jako niezbędny załącznik do Modelu stanowi treść oferty. Wady samej opinii nie mogą być uzupełnione ani poprawione. Z tego względu, z uwagi na przedstawienie opinii niezależnego audytora do Modelu Finansowego niespełniającej wymagań załącznika nr 13 do SIWZ, oferta Dobrej Energii podlega odrzuceniu.

Ad zarzut 19 - Rezerwy Finansowe

95. Formularz Ofertowy Dobrej Energii jest niezgodny z wymogami SIWZ i intencją Zamawiającego również w zakresie ujęcia rozwiązywania Rezerw Finansowych, w załącznikach Zał. 7b i Zał. 8b do Formularza Ofertowego, bowiem pozycje uzupełnione w ww. załącznikach do Formularza Ofertowego, w których należało określić kwoty i harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych (wartości dodatnie lub zero) zawierają również kwoty zwiększenia (zawiązania) dodatkowych Rezerw Finansowych (wartości ujemne) w Okresie Eksploatacji - w latach 8-17 Okresu Eksploatacji. Biorąc pod uwagę, że dodatkowe Rezerwy Finansowe w Okresie Eksploatacji nie są finansowane wniesieniem Finansowania Kapitałowego ani Finansowania Dłużnego, ale przychodami Partnera Prywatnego uzyskiwanymi w Okresie Eksploatacji, zwiększenia Rezerw Finansowych w Okresie Eksploatacji, sfinansowane z przychodów uzyskanych przez Partnera Prywatnego nie mogą wpływać na wyliczenie Nadwyżki Finansowej, której wzór przewiduje rozwiązanie Rezerw Finansowych sfinansowanych Finansowaniem Kapitałowym lub Finansowaniem Dłużnym. W konsekwencji EIRR, bazująca na wadliwym wyniku obliczenia Nadwyżki Finansowej, w Ofercie Dobra Energia jest wyliczona w sposób nieprawidłowy, więc dokonanie prawidłowego Rozliczenia Roczego w toku obowiązywania Umowy PPP nie będzie możliwe.

96. Aby bardziej szczegółowo wyjaśnić powyższy problem Odwołujący przedstawił wskazując, że zgodnie z SIWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego do SIWZ: opis i znaczenie pojęć:

a) Rezerwy Finansowe, b) KBoF i KBKS,of, c) EIRR (ang. Economic Internal Rate of Return), d) Nadwyżka Finansowa, e) Rezerwy Finansowe - utworzenie i sfinansowane w Okresie Budowy, g) Załącznik nr 1 do Mechanizmu Rozliczeń - opis sposobu obliczenia EIRR oraz ustalenia kwoty korekty KFkor,r, h) Narzędzie, i) Kwota KFkor,r - powinność wpisania do Narzędzia w minimalnej wysokości, tak aby poziom EIRR dla „Nadwyżki Finansowej” po korekcie KF,K,r i KFKS,K,r (KFkor,r) określony z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku był równy poziomowi EIRR z oferty określonemu z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, j) Zmiana kwoty Rezerwy Finansowej określonej w ofercie Wykonawcy, k) Harmonogram i kwoty rozwiązania Rezerw Finansowych - określenie w poz. 3.2. Zakładki EIRR Narzędzia, l) Suma kwot rozwiązania Rezerw Finansowych w poszczególnych latach Okresu Eksploatacji powinna być równa sumie kwot wniesienia Finansowania Kapitałowego i Finansowania Dłużnego w celu sfinansowania Rezerw Finansowych w Okresie Budowy, m) Środki pochodzące z rozwiązania Rezerw Finansowych, o których mowa w definicji Nadwyżki Finansowej, wpływających na wyliczenie EIRR, powinny dotyczyć wyłącznie Finansowania Kapitałowego i Finansowania Dłużnego wniesionego w Okresie Budowy w celu sfinansowania Rezerw Finansowych, n) Termin rozwiązania Rezerw Finansowych wpływa na EIRR i na rozliczenia z tytułu EIRR poprzez korektę KFkor,r, o) W Modelu Finansowym, składanym wraz z ofertą termin rozwiązania Rezerw Finansowych musi być zgodny z "warunki transakcji" określonymi w ofercie banku, p) Rozwiązanie Rezerw stanowi część dodatniego przepływu w ramach Nadwyżki Finansowej, dlatego jest uwzględniane podczas wyliczania poziomu EIRR, q) Formularz Ofertowy, w zakładkach ZAŁ7b i ZAŁ8b w pozycji „Harmonogram rozwiązania rezerw finansowych sfinansowanych Finansowaniem Kapitałowym i Finansowaniem Dłużnym" należało uzupełnić wartościami nieujemnymi (większymi niż lub równymi zero).

97. Tymczasem, w załącznikach Zał. 7b i Zał. 8b w pozycji „Harmonogram rozwiązania rezerw finansowych sfinansowanych Finansowaniem Kapitałowym i Finansowaniem Dłużnym” Dobra Energia wskazała wartości ujemne (należy przy tym wyjaśnić, że ww. Formularze nie posługują się znakiem dla oznaczenia wartości ujemnych lecz znakiem nawiasu „(x)”). Już ta okoliczność świadczy o niezgodności oferty Dobrej Energii z wymaganiami SIWZ. Ponadto suma rozwiązania rezerw w okresie eksploatacji (uwzględniający tylko wartości dodatnie lub zero w Zał. 7b i Zał. 8b nie jest równa sumie finansowania kapitałowego i dłużnego wniesionego na ten cel w okresie budowy, co stanowi błąd i rozbieżność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, z których wynika, że suma wniesionego finansowania w okresie budowy powinna być równa sumie rozwiązanych rezerw w okresie eksploatacji, a nie salda rozwiązanych i zawiązanych rezerw w okresie eksploatacji.

98. Biorąc pod uwagę, że rozwiązanie Rezerw stanowi część dodatniego przepływu w ramach Nadwyżki Finansowej, jest ono uwzględniane podczas wyliczenia poziomu EIRR. Wskaźnik EIRR jest wartością „wyjściową” do ustalania wynagrodzenia Partnera Prywatnego w toku realizacji Umowy PPP (w toku obowiązywania Umowy PPP należy się bowiem spodziewać zaistnienia szeregu okoliczności powodujących konieczność dokonania korekty wynagrodzenia Partnera Prywatnego - taka korekta zawsze powinna „zmierzać” do zapewnienia Partnerowi Prywatnemu uzyskania EIRR na poziomie określonym w ofercie. Tymczasem wskaźnik EIRR został obliczony przez Dobrą Energię błędnie,

99. W konsekwencji przygotowanie szczegółowego wyliczenia przedstawiającego pozycje określone w ofercie Dobra Energia, które mogą ulec zmianie w zakresie przewidzianym w Umowie i na skutek okoliczności w niej opisanych będą obarczone błędem wynikającym z nieprawidłowości ujęcia rozwiązania Rezerw Finansowych w ww. załącznikach do Formularza Ofertowego.

100. Podsumowując powyższe, na podstawie analizy Formularza Ofertowego Dobra Energia i w świetle przytoczonych powyżej przesłanek Odwołujący stwierdził, że:

- a) Formularz Ofertowy Dobra Energia jest niezgodny z wymogami SIWZ i intencją Zamawiającego w zakresie rozwiązania Rezerw Finansowych, ujętego w zakładkach Zał. 7b i Zał. 8b Formularza Ofertowego z uwagi na ujęcie w nim wartości ujemnych;
- b) Dodatkowe Rezerwy Finansowe w Okresie Eksploatacji nie są finansowane wniesieniem Finansowania Kapitałowego lub Finansowania Dłużnego, ale przychodami Partnera Prywatnego, w związku z czym, ujęcie ich w Formularzu Ofertowym Dobra Energia stanowi również o niezgodności przedmiotowych załączników do Formularza ofertowego z SIWZ;
- c) Wynik obliczenia Nadwyżki Finansowej jest błędny, zatem pomniejsza kwotę Nadwyżki Finansowej;
- d) EIRR, bazująca na wadliwym wyniku obliczenia Nadwyżki Finansowej, w Ofercie Dobra Energia jest wyliczona w sposób nieprawidłowy, więc dokonanie prawidłowego Rozliczenia Roczego w toku obowiązywania Umowy PPP nie będzie możliwe.

Ad zarzut 20 - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

101. Z wielu przytoczonych w odwołaniu okoliczności wynika, że Zamawiający naruszając także inne przepisy Pzp naruszył także zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zamawiający otwarcie preferuje wykonawcę Dobra Energia dokonując czynności w taki sposób, aby zapewnić sobie wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Jakikolwiek nie byłyby okoliczności projektu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany przepisami ustawy Pzp do zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

102. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający, co już zostało

wspomniane, w sposób niezwykle szczegółowy, wysyłając do różnych podmiotów kilkanaście zapytań, weryfikował rzetelność obu podmiotów trzecich udostępniających zasoby Odwołującemu i szczegółowo badał referencyjne projekty, a także inne projekty wykonane przez TME. Nie uczynił tego samego wobec oferty Dobrej Energii i nie wysłał nawet jednego zapytania do jakiegokolwiek podmiotu celem weryfikacji referencyjnego projektu tego wykonawcy. Już sam ten fakt świadczy dobitnie o tym, że Zamawiający stosował różne standardy wobec wykonawców w postępowaniu. Doprowadziło to do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie dysponuje wymaganym doświadczeniem ani osobą wymaganą od realizacji zamówienia.

103. Ponadto, Zamawiający nieprawidłowo ocenił zarówno realność dysponowania potencjałem podmiotów trzecich przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu jak i sam ten potencjał w kontekście spełniania warunków. Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy, stosując przepisy ustawy Pzp dokonał tej oceny, musiałby dojść do wniosku, jak wykazywano wyżej w odwołaniu, że wykonawca Dobra Energia nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

104. Szczególnym przypadkiem nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu było bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, całkowite pominięcie jego wyjaśnień złożonych w toku postępowania i w końcu zastosowanie sankcji wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji bez zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie okoliczności na które Zamawiający powołał się w decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Z pewnością Odwołujący wykazał spełnianie warunków a jakiegokolwiek rzekome wątpliwości na tym tle nie mogły zostać potraktowane jako złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu. Powyższe dowodzi, że Zamawiający działał w celu eliminacji Odwołującego z postępowania a nie po to by dokonać rzetelnej analizy ofert i potencjałów jakimi dysponują wykonawcy.

105. Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że całokształt działań podejmowanych w postępowaniu względem Odwołującego oraz działań jak i zaniechań wobec wykonawcy Dobra Energia prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w stopniu mającym decydujący wpływ na wynik postępowania. Jedynym sposobem przywrócenia zgodności działań zamawiającego jest unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne przeprowadzenie badania i oceny ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o:

1. oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu *prawnego* Odwołującego do jego wniesienia,
2. oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego,

3. oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego,
4. przyznanie Zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedłożony na posiedzeniu w dniu 08.07.2019 r.

W uzasadnieniu odpowiedzi Zamawiający, wskazał jak niżej.

I. Brak interesu *prawnego* we wniesieniu odwołania

Zamawiający przeznaczył pierwotnie na realizację zamówienia kwotę 1.848.650.000,00 PLN brutto, co oznacza, że oferty obu Wykonawców (oferta Dobrej Energii dla Olsztyna Sp. z o.o. z kwotą 3.522.466.569,77 PLN brutto oraz oferta Odwołującego z kwotą 4.988.306.470,88 PLN brutto) znacząco przekraczają kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Z uwagi na harmonogramy czasowe i pilną konieczność (i) zapewnienia dostaw ciepła dla mieszkańców Olsztyna oraz (ii) zagospodarowania odpadów z województwa warmińsko-mazurskiego, Zamawiający po przeprowadzeniu szczegółowych analiz ekonomicznych uznał, że możliwe jest zwiększenie budżetu Zamawiającego do wysokości tańszej oferty, złożonej przez spółkę Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o. (dalej „Dobra Energia”). Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie jest w stanie podnieść kwoty, jaką przeznaczył na realizację zamówienia do wysokości 4.988.306.470,88 PLN, tj. Wynagrodzenia Umownego brutto zaoferowanego przez Odwołującego. Różnica pomiędzy kwotą pierwotnie przeznaczoną na realizację zamówienia a Wynagrodzeniem oferowanym przez Odwołującego (ponad 3 mld 139 mln PLN) obrazuje zupełny brak możliwości uzupełnienia przez Zamawiającego brakującej kwoty i nierealność przyjęcia oferty Odwołującego.

Ponadto wskazał, że oferta Odwołującego charakteryzuje się nie tylko wysoką ceną, ale przy tym niską efektywnością, bowiem zaoferowana ilość energii elektrycznej jest istotnie niższa od ilości, jaką przewidywał Zamawiający w swoich obliczeniach, a także niższa od ilości, którą zaoferował wybrany przez Zamawiającego wykonawca Dobra Energia. Z punktu widzenia Zamawiającego, efektywność przedsięwzięcia, w tym ilość wyprodukowanej energii elektrycznej ma istotne znaczenie dla projektu, bowiem przychody uzyskane ze sprzedaży energii elektrycznej pomniejszają strumień płatności Zamawiającego (Podmiotu Publicznego) dla Wykonawcy (Partnera Prywatnego). Różnice dotyczące przychodów z energii elektrycznej wynikają ze specyfiki rozwiązań technicznych i technologicznych określonych przez poszczególnych oferentów. Wpływają one na wolumen wyprodukowanej energii elektrycznej.

W zamieszczonej tabeli Zamawiający zaprezentował kwoty kształtujące Wynagrodzenie Umowne Partnera Prywatnego, tj. KB (koszty budowy w sensie ścisłym i koszty finansowania Okresu Budowy), KO (koszty operowania), KF (koszty finansowania) oraz przychody ze sprzedaży energii elektrycznej.

Część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiającego i Odwołującego/ - wyłączona z treści uzasadnienia.

Zamawiający wskazał, że jako podmiot będący przedsiębiorstwem energetycznym zobowiązanym do równoważenia własnych interesów ekonomicznych oraz interesów odbiorców ciepła nie może dopuścić do sytuacji, w której ceny ciepła dla mieszkańców Olsztyna wzrosną tak drastycznie, jak to wynika z oferty Odwołującego.

Z uwagi na brak możliwości zwiększenia kwoty jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia, do wysokości oferty złożonej przez Odwołującego, w szczególności w związku z brakiem wystarczających środków własnych, brak odpowiednich zgód korporacyjnych oraz znaczący wzrost cen ciepła dla mieszkańców Olsztyna, Zamawiający wskazał, że w żadnym wypadku nie będzie mógł udzielić zamówienia Odwołującemu. W konsekwencji oznacza to, że Odwołujący nie posiada interesu *prawnego* we wniesieniu odwołania a odwołanie powinno zostać oddalone. Zdaniem Zamawiającego, odwołanie wniesione przez Odwołującego ma na celu jedynie przedłużenie postępowania oraz utrudnienie zawarcia umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą, który złożył tańszą oraz korzystniejszą ofertę w postępowaniu.

II. Bezzasadność odwołania

Zamawiający podniósł, że zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 6 Kc w zw. z art. 14 Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne. W postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą ciężar dowodu w zakresie twierdzeń zawartych w odwołaniu spoczywa więc na wykonawcy wnoszącym odwołanie, gdyż to Odwołujący z określonych twierdzeń wywodzi wniosek co do niezgodności z przepisami ustawy określonej czynności/zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wielokrotnie postawił tezy niepoparte jakimikolwiek dowodami oraz powołał się jedynie na swoje przypuszczenia i podejrzenia, ewentualnie na swoją ocenę wynikającą z doświadczenia, które rzekomo posiada i którego również nie udowadniał żadnym dokumentem, czy nawet opisem - orzecznictwo KIO: wyrok z 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 181/19. Odwołujący powinien w odniesieniu do każdego z postawionych zarzutów przedstawić konkretny materiał dowodowy, a nie poprzestać tylko na zaprezentowaniu swojego stanowiska - wyrok z 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1614/18. Zasada rozkładu ciężaru dowodu - wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 3 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2352/18); z 11 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2450/18), z 19 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2114/18, KIO 2130/18), z 12 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 54/12). Teza ta ma swoje źródło w orzecznictwie Sądu Najwyższego - zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07.

Zamawiający również zaznaczył, że część dokumentów załączonych do oferty Dobrej Energii została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skuteczność tego zastrzeżenia była przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w ramach postępowania o sygn. akt KIO 829/19. W ww. postępowaniu KIO wyrokiem z 23.05.2019 r. oddaliła wniosek Odwołującego o

uznanie zastrzeżenia przez Dobrą Energię części oferty za nieskuteczne, w konsekwencji czego Zamawiający nie jest uprawniony do upublicznienia zastrzeżonych przez Dobrą Energię informacji, a w szczególności do ich przekazania Odwołującemu, będącemu konkurentem Dobrej Energii.

Część zarzutów Odwołującego odnosi się do dokumentów zamieszczonych w części oferty Dobrej Energii, skutecznie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, na zasadzie zupełnej przypadkowości i luźnych przypuszczeń Odwołującego, który ma nadzieję, że być może akurat dany zarzut postawiony przez niego okaże się trafny. Mając na względzie przywołane powyżej przepisy prawa i orzecznictwo KIO, tego rodzaju zarzuty powinny zostać od razu oddalone.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych zarzutów postawionych przez Odwołującego, Zamawiający wskazał, jak następuje:

Ad zarzutu I

Zarzut I jest bezzasadny. Zamawiający słusznie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

1. Doświadczenie Termomeccanica Ecologia S.p.A. z siedzibą w Mediolanie („TME”). Zamawiający wskazał jako jeden z warunków udziału w postępowaniu (*pkt 7.2.1 SIWZ*) *obowiązek wykazania się przez wykonawców zdolnością techniczną i zawodową w postaci doświadczenia, zdobytego w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, prawidłowym zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej 1 (jednego) z poniższych:*

7.2.1.1. 1 (jednej) kompletnej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, lub

7.2.1.2. 1 (jednego) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin dla bloku instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton, spełniających na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE. L. z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.).

W tym zakresie Odwołujący powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego Termomeccanica Ecologia S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (T.M.E. S.p.A., dalej: „TME”),

przedkładając JEDZ tego podmiotu. TME w swoim JEDZ (str. 235 oferty Odwołującego) wskazał nazwę zadania, w związku z którym nabył doświadczenie udostępniane Odwołującemu na potrzeby spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, w postaci:

1) budowy instalacji o nazwie „Linia 2” obejmującej zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 2” do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym, na rzecz Acea Risorse e Impanti per L' Ambiente Srl, via Giordano Bruno, 7 05100 Terni oraz

2) budowy instalacji o nazwie „Linia 3” obejmującej zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 3” do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym, na rzecz Acea Risorse e Impanti per L' Ambiente Srl, via Giordano Bruno, 7 05100 Terni.

W zobowiązaniu TME załączonym do oferty Odwołującego (Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, str. 244, 245 oferty Odwołującego) wskazano, że przedmiotem udostępnienia zasobów TME na rzecz Odwołującego jest wiedza i doświadczenie nabyte przez TME w związku z budową instalacji o nazwach Linia 2 i Linia 3, polegającego (dla każdej z linii) na zaprojektowaniu, wykonaniu i oddaniu do użytkowania instalacji do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, na rzecz Acea Risorse e Impanti per L' Ambiente Srl, via Giordano Bruno, 7 05100 Terni W ww. zobowiązaniu wskazano również, że wymienione inwestycje obejmowały „wykonanie kompletnej instalacji w zakresie obejmującym m.in. piec i kocioł parowy, odzysk energii z produkcją energii elektrycznej z turbiną parową, oczyszczanie spalin, instalacje elektryczne, automatykę i kontrolę, prace dodatkowe i uzupełniające.”

W żadnym z wyżej opisanych dokumentów TME nie wskazał, że wykonał jedynie projekty wykonawcze i że jego doświadczenie nie obejmuje całości instalacji.

Zamawiający miał wątpliwości, czy Odwołujący nie wprowadza go w błąd co do tego, czy podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby posiada doświadczenie w zakresie kompleksowego projektowania instalacji wskazanych przez Odwołującego w JEDZ, tj. Linii 2 i Linii 3. W związku z powyższym Zamawiający, w celu weryfikacji i aktualizacji swojej wiedzy, skierował zapytania do podmiotów trzecich, będących zamawiającymi bądź wykonawcami w zakresie związanym z przedmiotowymi instalacjami. Podmioty te udzieliły Zamawiającemu odpowiedzi, z których wynika, że TME nie projektował kompleksowo przedmiotowych

instalacji. Zamawiający dokonał także weryfikacji informacji na stronach internetowych podmiotów związanych z realizacją tych inwestycji. Z informacji tych również wynika, że podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby nie wykonał projektów budowlanych Linii 2 i Linii 3 w San Vittore.

Informacje od podmiotów trzecich oraz informacje ze stron internetowych zostały włączone do dokumentacji postępowania:

1) z zaświadczenia prawidłowej realizacji usług inżynierskich wydanego dla Martino Associati S.r.l. przez spółkę EALL S.r.l. z 23 stycznia 2013 r. wynika, że usługi projektowania („projekt wstępny i ostateczny”) instalacji „Linea 2” oraz „Linea 3” w San Vittore wykonała spółka Martino Associati S.r.l. bezpośrednio na rzecz spółki EALL S.r.l. z grupy kapitałowej Acea (załącznik nr 82 do protokołu postępowania);

2) powyższe informacje są również zawarte na oficjalnej stronie internetowej Martino Associati S.r.l. (www.martinoassociati.it), gdzie wskazano m.in., że podmiot ten wykonywał w San Vittore Linie 2 i Linie 3 zakładu termicznego przekształcania odpadów w zakresie m.in. opracowania projektu wstępnego i końcowego oraz kierowania budową (załącznik nr 116 do protokołu postępowania);

3) ponadto, jak wynika ze strony internetowej podmiotu o nazwie Conscoop (www.conscoop.it) oraz jego broszury reklamowej, podmiot ten wykonywał w San Vittore w zakładzie termicznego przetwarzania odpadów prace w ramach „projektu, budowy, dostosowania” w zakresie mającym na celu ukończenie prac nad budową zakładu termicznego przetwarzania odpadów, obejmującym opracowanie projektu wykonawczego oraz przeprowadzenie działań w zakresie dostosowania i ulepszenia elektrowni (załącznik nr 116 do protokołu postępowania).

Tym samym prac projektowych w powyższym zakresie nie mogła wykonać Termomeccanica Ecologia s.p.A.

W związku z powyższym Zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2019 r. zwrócił się do Odwołującego o udzielenie odpowiedzi m.in. na następujące pytanie w zakresie oświadczenia zawartego w części IV sekcja C (zdolność techniczna i zawodowa) pkt Ia) na str. 13 JEDZ TME: Jaki był zakres prac realizowanych przez Termomeccanica Ecologia S.p.A? Pytanie dotyczyło instalacji w San Vittore (Linii 2 i Linii 3).

Odwołujący odpowiedział na wskazane wyżej pytanie pismem z dnia 21 maja 2019 r., informując Zamawiającego, że „w ramach budowy obu ww. instalacji (tj. Linea 2 i Linea 3) TME zrealizowała prace obejmujące m.in. projektowanie, wybudowanie, uruchomienie i przekazuje do eksploatacji:

i) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi, jak również ii) parowego zespołu kondensacyjnego wraz z instalacjami pomocniczymi.”

Odwołujący potwierdził zatem, że TME wykonała prace związane m.in. z zaprojektowaniem, w żaden sposób nie dookreślił jednak zakresu projektowania. Jednocześnie doświadczenie TME wskazane w ww. piśmie ma inny zakres niż pierwotnie wskazany w JEDZ TME, w którym powoływano się na szersze doświadczenie - realizację całościową (kompletnych) instalacji do termicznego przekształcania frakcji energetycznej odpadów komunalnych w postaci Linii 2 i Linii 3 (czyli na doświadczenie, o którym mowa w pkt 7.2.1.1. SIWZ), a nie na doświadczenie w zakresie kotła parowego, zespołu kondensacyjnego, instalacji oczyszczania spalin i instalacji pomocniczych (czyli na doświadczenie, o którym mowa w pkt. 7.2.1.2 SIWZ). To również wskazuje na fakt, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu informacje w sposób nierzetelny, niespójny, wprowadzając Zamawiającego w błąd - pierwotnie wskazując w JEDZ inny zakres doświadczenia TME, a następnie zmieniając go w piśmie z dnia 21 maja 2019 r. Wprowadzenie w błąd polegało również na zatajeniu informacji o tym, że TME nie wykonywało dokumentacji projektowej w pełnym zakresie.

Zamawiający zwrócił uwagę na to, że zaprojektowanie (wykonanie dokumentacji projektowej) obiektu to przede wszystkim wykonanie projektu budowlanego. To właśnie projekt budowlany obejmuje główną koncepcję, pomysł co do tego, jak ma wyglądać i funkcjonować dany obiekt, jakie parametry osiągać, jakie główne urządzenia obejmować. Projekt budowlany zawiera w szczególności „projekt zagospodarowania działki, projekt architektoniczno-budowlany określający funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych oraz informację o obszarze oddziaływania obiektu” (art. 34 ustawy Prawo budowlane). To projekt budowlany podlega zatwierdzeniu w decyzji o pozwoleniu na budowę. Oznacza to, że to stworzenie projektu budowlanego pozwala na stwierdzenie, że dany obiekt został „zaprojektowany” przez dany podmiot. Projekt budowlany ma charakter aktu podstawowego. Jest to dokument formalny, który zawiera planowane rozwiązania projektowanej inwestycji. Projekt budowlany jest sporządzany jako pierwszy - dzięki niemu możliwe jest formalne wystąpienie o stosowne pozwolenia na planowane działania budowlane.

Projekt wykonawczy jest również częścią dokumentacji projektowej, jednak ma charakter wtórny wobec projektu budowlanego, jest tworzony zawsze w odniesieniu do konkretnego projektu budowlanego. Przewidziane rozwiązania z projektu budowlanego w projekcie wykonawczym są jedynie doprecyzowane, poprzez opisanie parametrów technicznych ich budowy. Znajduje to odniesienie również w zakresie ochrony praw intelektualnych do projektów budowlanych jako utworów na gruncie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1191). Projekt architektoniczny

(pojęcie z ustawy o Prawie autorskim) to część projektu budowlanego (projekt architektoniczno-budowlany). Tymczasem projekt wykonawczy jako wtórny wobec projektu budowlanego, niemający cechy „działalności twórczej o indywidualnym charakterze”, charakterystycznej dla utworów, nie jest zasadniczo przedmiotem ochrony prawa autorskiego. Prawo budowlane nie definiuje projektu wykonawczego, jednak z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U. 2013 poz. 1129) wynika, że „projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych” (§ 5 ust. 1). Projekt wykonawczy nie ma zatem samodzielnego charakteru, w stosunku do projektu budowlanego. Stanowi jedynie część dokumentacji projektowej, a jego podstawową funkcją jest umożliwienie faktycznego wykonania prac. W dużym więc stopniu projekty wykonawcze mają charakter odtwórczy w stosunku do założeń projektów budowlanych.

Celem Zamawiającego było zapewnienie udziału w przedmiotowym przedsięwzięciu Partnera Prywatnego posiadającego pełne doświadczenie w zakresie projektowania i budowy instalacji zbliżonych do planowanej do wybudowania w Olsztynie. Wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w projektowaniu powinno zatem obejmować zarówno projekty budowlane, jak i projekty wykonawcze. Jedynie całościowe, kompleksowe zaprojektowanie (w tym stworzenie projektu budowlanego), wykonanie i przekazanie instalacji do eksploatacji potwierdzało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci pełnej wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania instalacji planowanej do wybudowania w Olsztynie. Zamawiający wymagał zatem od oferentów wykazania się zasobem w postaci kompleksowego, pełnego doświadczenia w zaprojektowaniu instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych (lub rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin dla bloku instalacji) - wymyślenia koncepcji, zaprojektowania instalacji od podstaw, uzyskania, ewentualnie zmiany pozwoleń, a nie jedynie uszczegółowienia czegoś, co inny podmiot zaprojektował.

Zamawiający również podkreślił, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że TME wykonywała jedynie projekty wykonawcze ww. instalacji (pkt 11 uzasadnienia odwołania). Zdaniem Odwołującego „w zakresie projektu rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi, jak również parowego turbozespołu kondensacyjnego wraz z instalacjami pomocniczymi obu instalacji kluczowe i *de facto* wyłączne znaczenie miał tzw. projekt wykonawczy wykonany przez TME.” Zatem, sam Odwołujący potwierdził uzyskane przez Zamawiającego informacje, że TME nie wykonywała

całości dokumentacji projektowej, a brało udział jedynie w wykonaniu projektów wykonawczych. Takiej informacji Odwołujący nie przedstawił ani w JEDZ, ani w zobowiązaniu TME jako podmiotu trzeciego do oddania zasobów do dyspozycji, ani - co również bezsprzecznie mógł i powinien ostatecznie uczynić - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Do dnia złożenia odwołania Odwołujący twierdził, że doświadczenie TME obejmowało po prostu „zaprojektowanie”. Informacja o tym, że wykonanie dokumentacji projektowej było podzielone między różne podmioty (w tym TME, które wykonało jedynie projekt wykonawczy), pojawiła się dopiero w odwołaniu.

Odnosząc się do podstaw prawnych wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga łącznego spełnienia wszystkich trzech warunków: 1) wykonawca przekazał zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, 2) wynikało to z niedbalstwa lub choćby lekkomyślności wykonawcy, 3) wpływ informacji przedstawionych przez wykonawcę na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia mógł być istotny.

Zamawiający przedstawił omówienie wskazanych przesłanek, przywołał z orzecznictwo: wyrok KIO z 2 listopada 2017 r., KIO 2007/17, wyrok z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17.

Wskazał, że był zatem uprawniony do zasięgnięcia informacji od podmiotów trzecich, spoza dokumentacji przedstawionej przez Odwołującego, w celu upewnienia się co do zgodności przedstawionych przez Odwołującego informacji z rzeczywistym stanem rzeczy. Informacje uzyskane od podmiotów trzecich zostały następnie włączone do dokumentacji postępowania. Zamawiający wskazał, że Odwołujący kwestionuje zasięganie informacji przez Zamawiającego na stronach internetowych, gdy tymczasem sam odwołał się do nich, nie cytując jednak ani nie załączając informacji, które rzekomo bez trudu można znaleźć (str. 12, 28 odwołania).

Ponadto podkreślił, że Odwołujący wskazując w odwołaniu, że był autorem projektów wykonawczych dla instalacji w San Vittore nie załączył żadnego dokumentu, umowy, które potwierdzałyby powyższe twierdzenia, ani nawet nie odwołał się do nich, wskazując chociażby daty i fragmenty tych dokumentów potwierdzające stwierdzenie Odwołującego.

Pierwszy warunek przesłanki wykluczenia został niewątpliwie spełniony przez wskazanie informacji wprowadzających w błąd w zakresie doświadczenia TME zarówno w JEDZ TNIE, w zobowiązaniu TNIE do udostępnienia zasobów, jak i w piśmie Odwołującego z 21 maja 2019 r. Podkreślił, że informacje przekazane przez Odwołującego dopiero w odwołaniu co do tego, że TME wykonała projekt wykonawczy, nie znajdują pełnego potwierdzenia w informacjach uzyskanych od podmiotów trzecich. Z informacji posiadanych przez Zamawiającego,

utrwalonych w dokumentacji postępowania, wynika, że projekty wykonawcze przedmiotowych instalacji w San Vittore wykonywał również Conscoop. A zatem nawet w odwołaniu Odwołujący nie przedstawia pełnego zakresu informacji dotyczących podmiotów wykonujących projekty wykonawcze Linii 2 i Linii 3 w San Vittore, utrzymując stan wprowadzania Zamawiającego w błąd. - wyroki KIO z: 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, 7 czerwca 2017 r. sygn. akt 1004/17 oraz z 3 lipca 2017 r. sygn. akt 1243/17, z 14 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1085/17

Zgodnie z aktualnie obowiązującą procedurą postępowania o zamówienie publiczne zamawiający nie żąda od Wykonawców przedstawienia wraz z ofertą referencji w odniesieniu do prac, co do których doświadczenie ma być potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten nie wzywał go do przedstawienia referencji (pkt 4 uzasadnienia odwołania), ani nie wzywał go do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pkt 6 uzasadnienia Odwołania). Jest to zarzut oczywiście bezzasadny. Zamawiający nie miał podstaw, by wezwać Odwołującego do przedłożenia referencji, bowiem do ich przedłożenia może wezwać jedynie, zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp wykonawca obecnie zobowiązany jest do przedstawienia wraz z ofertą wstępnego oświadczenia co do tego, czy nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie omacza to jednak, że tego wstępnego oświadczenia nie obejmuje należyta staranność oferenta. Wręcz przeciwnie, dokument ten powinien być przygotowany w sposób jak najbardziej szczegółowy, nie wymagający dalszych wyjaśnień i z całą pewnością - nie wprowadzający w błąd zamawiającego. Charakter tego wstępnego oświadczenia, składanego w formie JEDZ, Izba omówiła dokładnie w wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 888/17).

Na podstawie 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. Uzasadnienie lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca przygotowując ofertę powinien dochować staranności i ostrożności składając oświadczenia chociażby w jednolitym dokumencie. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Wyrok z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 382/17) - wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bardziej

pojemna i zawiera w sobie również przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W ramach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp ustawodawca przesądził, że podanie (zatajenie) informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, godzi w rzetelność wykonawcy, czego efektem winno być wykluczenie takiego wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwienie udzielenie temu podmiotowi zamówienia. Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., KIO 98/17.

W związku z tym, że Odwołujący nie przedstawił w JEDZ podmiotu trzeciego (TME) pełnej informacji w zakresie doświadczenia mającego potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a dodatkowo to wstępne oświadczenie następnie zmodyfikował (składając wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego), przyznając ostatecznie, że TME wykonało jedynie pewien zakres projektowania - projekty wykonawcze, Zamawiający uznał, że drugi warunek przesłanki wykluczenia w postaci niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności został również spełniony.

W zakresie wpływu informacji przekazanych przez wykonawcę na decyzje zamawiającego, wystarczająca jest sama możliwość istotnego wpływu przekazanych informacji na decyzje zamawiającego w postępowaniu, potencjał wywarcia wpływu, nawet jeśli ostatecznie informacja nie miała wpływu na decyzje zamawiającego. Decydujące jest to, że zamawiający wymaga danych informacji, np. dotyczących doświadczenia oferentów w zakresie związanym z przedmiotem postępowania, z uwagi na ich znaczenie w danym postępowaniu. Nie jest istotne, że nawet pominięcie tych informacji nie zmieniłoby decyzji zamawiającego. W niniejszej sprawie zachodziła możliwość istotnego wpływu przekazanych informacji na decyzje Zamawiającego. Decyzjami Zamawiającego, na które wpływ mogło mieć przedstawienie przez Odwołującego nieprawdziwych i niepełnych informacji były decyzje związane z dalszą kwalifikacją oferty Odwołującego w postępowaniu: czy oferent spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy podlega wykluczeniu i czy jego oferta podlegać będzie ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert. Każde zniekształcenie znaczącej dla zamawiającego informacji może mieć taki istotny wpływ na jego decyzje. Informacje, które są bezpośrednią podstawą podejmowania decyzji o zgodności oferty ze specyfikacją, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wkluczeniu czy kwalifikacji oferty do kolejnego etapu postępowania, mają bezpośredni istotny wpływ na decyzje zamawiającego, a co dalej idzie na wynik całego prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem KIO (np. wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r. sygn. KIO 1004/17) konsekwencje spowodowane podaniem nieprawdziwych informacji przez podmiot, na którego zasobach polegał wykonawca obciążają wykonawcę, który się na zasoby tego podmiotu powołał.

Niewątpliwie doszło zatem do przedstawienia przez Odwołującego informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć wpływ na decyzje Zamawiającego, a zatem również trzeci warunek przesłanki wykluczenia został spełniony.

Podane informacje, miały istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, która musiała zostać podjęta w zakresie dalszej oceny oferty albo wykluczenia Odwołującego, ze względu na to, że dotyczyły warunków udziału w prowadzonym postępowaniu. Ponieważ przedstawione przez Odwołującego informacje, były informacjami wprowadzającymi w błąd, stanowiły bezpośrednią przesłankę wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zatem również trzeci warunek przesłanki wykluczenia został spełniony.

2. Doświadczenie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

Drugim podmiotem, na którego doświadczenie powołał się Odwołujący w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej, była spółka Budimex S.A. (dalej „Budimex”).

Odwołujący twierdził, że w zakresie doświadczenia udostępnionego przez Budimex nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd ze względu na fakt, że Budimex, składając oświadczenie w JEDZ oraz zobowiązując się do udostępnienia potencjału Odwołującemu, nie złożył oświadczenia, z którego wynikałoby, że referencyjne zadanie wykonał samodzielnie. Ponadto zdaniem Odwołującego Budimex mógł powołać się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, którego był liderem (pkt 16 uzasadnienia odwołania).

Odwołujący był zobowiązany do działania z należytą starannością przy powoływaniu się na zasoby podmiotów trzecich, dokładnie sprawdzając zakres ich doświadczenia i przedstawiając je Zamawiającemu w sposób pełny i rzetelny już od samego początku, a zatem składając JEDZ podmiotów trzecich wraz z ofertą. Dotyczyło to również informacji o realizacji referencyjnego przedsięwzięcia przez dany podmiot w ramach konsorcjum z innymi wykonawcami. Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu - ani w JEDZ ani wraz z zobowiązaniem Budimex do udostępnienia zasobów informacji o konsorcjum, w którym występował Budimex. Odwołujący wskazał w odwołaniu, że znane jest mu orzecznictwo w zakresie możliwości wykorzystania doświadczenia wyłącznie w zakresie rzeczywiście wykonywanych w ramach konsorcjum prac, w tym wyrok TSUE w sprawie Esaprojekt. Nie było zatem żadnych przeszkód, aby Odwołujący wskazał takie informacje wraz z ofertą, bez oczekiwania na wezwanie Zamawiającego w tym zakresie. Takie niepełne przedstawienie informacji należało uznać za sposób manipulowania informacjami, a zatem przedstawiania informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Zamawiający powziął wątpliwość czy Odwołujący nie wprowadza go błąd wskazując, że Budimex realizował (samodzielnie - jak należało przyjąć, wobec niewskazania innych podmiotów) prace w ramach budowy Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z

odzyskiem energii w Białymstoku na rzecz PPHU Lech Sp. z o.o. w Białymstoku.

W związku z powyższym Zamawiający, w celu weryfikacji i aktualizacji swojej wiedzy, skierował zapytania do podmiotów trzecich i uzyskał informacje z innych źródeł. Informacje te zostały włączone do dokumentacji postępowania:

- 1) z umowy konsorcjum wraz z zakresem prac wykonywanych przez Budimex S.A. w ramach konsorcjum w zakresie Budowy Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z odzyskiem energii w Białymstoku na rzecz PPHU Lech Sp. z o.o. w Białymstoku z dnia 24.11.2016 r., wynika, że prace nie były wykonywane przez Budimex S.A. samodzielnie, ale w ramach konsorcjum ze spółką Keppel Seghers Belgium NV z siedzibą w Willebroek w Belgii oraz spółką Cespa Compania Espanola de Servicios Publicos Auxiliares S.A z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii (zał. nr 71 do protokołu postępowania),
- 2) powyższe informacje potwierdzone są również w prezentacji Budimex-Keppel, prezentowanej na konferencji TPOK (Termiczne Przekształcanie Opadów Komunalnych) w Bydgoszczy w 2016 r., gdzie wskazano, że zakres prac Keppel Seghers Belgium NV w zakresie Budowy Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z odzyskiem energii w Białymstoku obejmował m.in. wykonanie kotła rusztowego, systemu oczyszczania spalin, systemów waloryzacji żużli oraz zestalania i stabilizacji popiołów (zał. nr 126 do protokołu postępowania),
- 3) pismo Keppel Seghers z dnia 5 czerwca 2019 r., w którym podmiot ten potwierdził, że w zakresie budowy Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych (ZUOK) w Białymstoku (Polska), zakres działań Keppel Seghers Belgium N.V. w ramach konsorcjum (Budimex S.A., Keppel Seghers Belgium N.V. i Cespa Compania Espanola de Servicios Publicos Auxiliares S.A.) obejmował budowę paleniska, kotła, systemu oczyszczania gazów spalinowych i popiołów paleniskowych (zał. nr 94 do protokołu postępowania).

W związku z tym Budimex S.A. nie mógł legitymować się doświadczeniem w wykonaniu całości projektowania i realizacji robót budowlanych, jak również uruchomienia i przekazania instalacji w Białymstoku do użytkowania, co sugeruje oświadczenie zamieszczone w JEDZ Budimexu i w jego zobowiązaniu do udostępnienia zasobów.

A zatem również w oświadczeniu drugiego podmiotu, na którego zasoby powoływał się Odwołujący, znalazły się informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Odwołujący próbował bowiem wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu powołując się na doświadczenie podmiotu, który takiego doświadczenia nie mógł wykorzystać w całości, a jedynie w części w jakiej wykonaniu realnie uczestniczył. Doszło do zatajenia przez Budimex istotnych informacji, dotyczących niedysponowania samodzielnie zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, co obciąża Odwołującego i oznacza wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

W niniejszym zakresie Zamawiający wskazał, że ma zastosowanie argumentacja wskazana wyżej odnośnie wprowadzenia Zamawiającego w błąd w związku z przekazaniem informacji dotyczących doświadczenia TME. Dotyczy to zwłaszcza niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności Odwołującego oraz możliwości wywarcia istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia. Zamawiający przywołał również orzecznictwo KIO w odniesieniu do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt Sp. z o.o. p-ko Województwu Łódzkiemu), od którego wydania ustabilizowała się linia orzecznicza w zakresie doświadczenia konsorcjanta. Zgodnie z ww. wyrokiem wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które zdobył realnie uczestnicząc w realizacji danego zamówienia.

Na gruncie orzecznictwa krajowego powyższa interpretacja znalazła poparcie w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. z 22 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2571/17, z 26 maja 2017 r. sygn. akt KIO 905/17, sygn. akt KIO 925/17, sygn. akt KIO 933/17, z 4 października 2017 r. sygn. akt KIO 1987/17, z 15 lutego 2018 sygn. akt KIO 188/18, sygn. akt KIO 201/18, z 11 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 996/18, z 21 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2529/18, z 18 kwietnia 2019 sygn. akt KIO 588/19.

Nie jest więc też tak, jak twierdził Odwołujący, że wystarczy, by wykonawca faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji jakiegokolwiek części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość, np. będąc odpowiedzialnym za budowę drogi, mógł też wskazywać na doświadczenie w budowie mostu, której dokonał inny wykonawca albo będąc odpowiedzialnym za prace elektryczne, wskazywał też na wykonanie robót sanitarnych - nie uzyskał bowiem żadnego faktycznego/realnego doświadczenia w tym zakresie. Natomiast przełożenie owego poglądu ogólnego na daną sytuację faktyczną wymaga już indywidualnej oceny zarówno elementów danego warunku udziału w postępowaniu, jak i konkretnych działań wykonawców podejmowanych przy konkretnej realizacji. W skrócie można to ująć w następujący sposób: dany wykonawca (konsorcjant - czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części - w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji. Wartość poszczególnych prac, w ocenie Izby, jest drugorzędna, ponieważ niekoniecznie przekłada się ona na zaangażowanie sił i środków w ich wykonanie i często zależy np. od kosztu materiałów czy kosztu użycia sprzętu.

Podobne stanowisko wyraził również Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku

z dnia 1 lutego 2018 r. o sygn. akt II GSK 4133/17, w którym podkreślił, że „istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie zamówienia, wynikające z art. 141 PZP nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia.”

W tym zakresie wypowiadał się również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii z dnia 4 maja 2009 r., gdzie podkreślił, że „członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z wykonaniem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący powołując się w odwołaniu na orzeczenie TSUE C-399/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej) nie brał pod uwagę faktu, że jest to orzeczenie wcześniejsze w stosunku do orzeczenia TSUE C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu).

Zamawiający bazując na informacjach przekazanych w JEDZ Budimex i jego oświadczeniu o udostępnieniu zasobów mógł uznać, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, wykonawca nie podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, a zatem informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Również w tym zakresie doszło do niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności w przedstawieniu informacji przez Odwołującego, skoro Budimex nie realizował prac samodzielnie, o czym Odwołujący jako podmiot profesjonalny z pewnością posiadał wiedzę. Zakresem prac Budimex objęta była jedynie część instalacji w Białymstoku i jedynie w tej części Budimex mógł powoływać się na swoje jako konsorcjanta doświadczenie, niezależnie od tego czy był liderem czy też nie (wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2019 r. sygn. KIO 588/19). W skrócie można to ująć w następujący sposób: dany wykonawca (konsorcjant - czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części - w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji).

Na skutek opisanego wyżej zatajenia informacji dotyczących doświadczenia drugiego z podmiotów, na zasoby którego powoływał się Odwołujący, w odniesieniu do Odwołującego zaktualizowały się wszystkie przesłanki przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający zobowiązany był zatem wykluczyć Odwołującego z postępowania. Eliminacja z procedury

wykonawcy składającego informacje wprowadzające w błąd jest przejawem dbałości Zamawiającego, aby postępowanie było prowadzone przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji.

Ad zarzutu II

Zarzut II jest bezzasadny. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do doświadczenia (zakresu prac) TME w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp (względnie z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 2f Pzp), poprzez zaniechanie ich zastosowania, tj. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów, względnie do złożenia aktualnych na dzień złożenia oferty dokumentów potwierdzających m.in. spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia; art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie zastosowania w przypadku uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W dniu 15 maja 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, na które Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 21 maja 2019 r. Wezwanie Zamawiającego zawierało m.in. pytania dotyczące instalacji wykonywanych przez TME i zakresu prac. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 jest zatem bezzasadny.

Zamawiający podkreślił, że nie zarzuca Odwołującemu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2019 (KIO 588/19) nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Wykluczenie na podstawie tych przepisów może nastąpić tylko w sytuacji, gdy wykonawca przedstawia informacje prezentujące fałszywy obraz okoliczności istotnych z punktu widzenia przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i robi to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.) albo w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.). W związku z powyższym Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp i wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Ponieważ jednak Zamawiający wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień również w innych zakresach, niż związane z informacjami dotyczącymi doświadczenia podmiotów, na których zasoby się powoływał, skierował do Odwołującego pytania związane z instalacjami realizowanymi przez TME na rzecz Acea Risorse.

Zamawiający podkreślił, że istnieją stanowiska w orzecznictwie, negujące możliwość wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W konsekwencji zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty (wyroki: z dnia 26 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO

1/16, z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 526/15, z dnia 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, z dnia 13 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1370/15, z dnia 16 stycznia 2019 KIO 34/19). Przepisy Pzp nie przewidują również obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji prawdziwych. Informacji nieprawdziwej nie można zatem zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy. W przeciwnym razie „naprawienie” dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje musiałyby polegać na zaniechaniu ich oceny w postępowaniu bez wyciągania negatywnych konsekwencji w stosunku do niego z tytułu podania nieprawdziwych informacji, co byłoby niezgodne z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i poddaniu ocenie zupełnie innego dokumentu lub dokumentów zastępujących ten złożony pierwotnie (np. poprawionego jednolitego dokumentu). Analogiczne argumenty przywołał Zamawiający w związku z zarzutem Odwołującego naruszenia art. 26 ust. 2f Pzp. Również ta podstawa prawna nie może być wykorzystywana do podejmowania próby naprawienia przez Odwołującego jego niedbalstwa lub lekkomyślności związanego z podaniem nieprawdziwych informacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 26 ust. 1 Pzp. W sposób oczywisty zarzut ten jest również bezzasadny. Zamawiający nie stosował w postępowaniu procedury odwróconej, nie był jednak uprawniony do wzywania Odwołującego o przedłożenie stosownych środków dowodowych w postaci oświadczeń lub dokumentów wskazanych w rozporządzeniu o dokumentach, których katalog został przez Zamawiającego wyspecyfikowany w SIWZ. Również w procedurze standardowej obowiązuje zasada, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp może być przez Zamawiającego skierowane wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, a Odwołujący takim wykonawcą nie jest. Wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną, zamawiający zobowiązany jest wezwać o złożenie dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w jednolitym dokumencie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Dopiero w odpowiedzi na to wezwanie dochodzi do przedstawienia stosownych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, ale co istotne, tylko względem jednego wykonawcy (tego, którego oferta została oceniona najwyżej).

Zamawiający podkreślił, iż umożliwił Odwołującemu przedstawienie informacji niewprowadzających w błąd, mimo że nie był do tego zobowiązany. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się w dniu 15 maja 2019 r. do Odwołującego o takie wyjaśnienia, co ten ostatni przyznał w pkt 4 uzasadnienia odwołania. Tym samym Zamawiający dał Odwołującemu szansę na wyjaśnienia w zakresie doświadczenia podmiotu trzeciego, z którego zasobów zamierzał skorzystać. Odwołujący z tej szansy nie skorzystał, podtrzymując w piśmie z dnia 21 maja 2019 r. swoje stanowisko co do tego, że TME wykonała również

„zaprojektowanie” instalacji. Nie przedstawił też żadnych dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie, nie sprecyzował zakresu projektowania i innych czynności, czego wymagała należyta staranność profesjonalnego podmiotu, a jedynie ponownie dodatkowo wprowadził stan niejasności i niepewności, wskazując, że „w ramach budowy miała miejsce realizacja prac polegających m.in. na zaprojektowaniu”. Odwołujący niczego w ten sposób nie wyjaśnił, dokonał natomiast modyfikacji zakresu prac objętych doświadczeniem TME w stosunku do wskazanego w JEDZ (z całej instalacji IPOK na: kocioł parowy i parowy zespół kondensacyjny). We własnym interesie Odwołującego było udzielenie możliwie jak najbardziej jednoznacznych odpowiedzi, rozwiewających wszelkie wątpliwości Zamawiającego, jednak Odwołujący z takiej możliwości nie skorzystał.

W związku z powyższym bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 26 ust. 1, ust. 2f, ust. 3 Pzp.

Ad zarzutu III

Zarzut III jest bezzasadny. Zamawiający nie miał obowiązku, ani podstaw do wzywania Odwołującego do wyjaśnień w ramach procedury self-cleaning.

Odwołujący miał możliwość samooczyszczenia się (self-cleaning) jako wykonawca, wobec którego zaistniały podstawy do wykluczenia z postępowania zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Procedurę tę Odwołujący powinien jednak zastosować samodzielnie, bez wzywania przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 24 ust. 8 zdanie pierwsze Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. W sytuacji, w której zamawiający nie jest zobowiązany do wezwania wykonawcy podlegającego wykluczeniu ze względu na wprowadzenie zamawiającego w błąd, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub inne Pzp, brak jest podstaw do przyjęcia, że zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do zastosowania procedury samooczyszczenia. Takie rozumowanie prowadziłoby do obchodzenia zasady obowiązku wykluczenia wykonawcy, który poda informacje wprowadzające w błąd.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że powinno się odróżnić sytuację wykonawcy, który po stwierdzeniu, iż informacje przekazane zamawiającemu są nieprawdziwe, podejmuje czynności mające na celu usunięcie tego stanu, od wykonawcy, który nie podejmuje żadnych środków i działań, pomimo możliwości samodzielnego wyjaśnienia zamawiającemu okoliczności złożenia oferty nieprawidłowymi informacjami (wyroki z: 6 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1138/17 oraz z 19 września 2017 r. sygn. akt 1829/17). Ponadto, badając to zagadnienie, Izba wielokrotnie podkreślała brak możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej, mającej wpływ na wynik postępowania, informacją prawdziwą (tak m.in. w wyrokach z: 4 maja 2017 r. sygn. akt 734/17, 7 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1004/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO

1058/17, 4 października 2017 r. sygn. akt 1987/17, 10 października 2017 r. sygn. akt 2003/17). Podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ma charakter obligatoryjny, podobnie jak art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Obydwie podstawy wykluczenia są objęte przepisem pozwalającym na samooczyszczenie. Jak wskazuje komentarz do ustawy Pzp (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, Warszawa 2017): „Trudno jednak zrozumieć, czemu ma przyświecać idea samooczyszczenia w sytuacji, gdy wykonawca w sposób zamierzony wprowadził zamawiającego w błąd. Dotychczasowe orzecznictwo absolutnie słusznie nie pozwalało na uzupełnianie dokumentów, jeżeli te zostały uznane za celowo przedstawiające nieprawdziwe informacje. Jeżeli traktować, że przepis art. 26 ust. 3 w takich sytuacjach w dalszym ciągu nie powinien być stosowany, to na czym ma polegać obligatoryjny self-cleaning? Równie trudno zrozumieć ideę samooczyszczenia w przypadku podstawy opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 17. Jeżeli bowiem wprowadzenie w błąd jest efektem nieumyślnego działania, to jak racjonalnie podejść do samooczyszczenia? Samo złożenie samokrytyki nie powinno chyba być podstawą do dokonywania oceny i podejmowania decyzji o odstąpieniu od wykluczenia. Na marginesie można tylko zauważyć, że standardowy formularz JEDZ nie przewiduje dla tych podstaw wykluczenia oświadczenia się w przedmiocie samooczyszczenia i raczej nie jest to błąd formularza, tylko zamierzony skutek przepisów dyrektywy.”

Zdaniem Zamawiającego, wykonawca wprowadzający w błąd zamawiającego może zastosować procedurę self-cleaning, jednak brak jest obowiązku wzywania wykonawcy przez zamawiającego do zastosowania tej procedury.

Zamawiający wskazał na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do umożliwienia złożenia wyjaśnień, w tym do przeprowadzenia samooczyszczenia w przypadku wykluczenia ze względu na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd - wyrok KIO z dnia 22.08.2017 r. (sygn. akt 1638/17).

Zamawiający w niniejszej sprawie rozważył rodzaj i ciężar przewinienia Odwołującego w przekazaniu informacji wprowadzających w błąd, stosując zasadę proporcjonalności, o której mowa w Motywie 101 akapit 3 Dyrektywy 2014/24/UE (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18): „Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.”

Zamawiający przy tym wskazał, że fakultatywna przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 lit. i Dyrektywy 2014/24/UE („wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji

lub udzielenia zamówienia”) została implementowane jako obligatoryjna w ustawie Prawo zamówień publicznych - art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający podjął decyzję o tym, by ponownie nie wzywać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp czy w innym trybie ani do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący świadomie, nawet na wezwanie zamawiającego z dnia 15 maja 2019 r., nie przekazał prawdziwych informacji co do zakresu doświadczenia TME w projektowaniu oraz nie przekazał informacji o doświadczeniu Budimex uzyskanym w ramach konsorcjum. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, zatem zarzut III jest bezzasadny.

Ad zarzutu nr IV

Zarzut IV jest bezzasadny. Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o. z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ wykonawca nie wykazał dysponowania zasobami osób trzecich (Urbaser Environnement SAS) w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia w zakresie wymaganym w pkt. 7.2.1 SIWZ, w tym nie wykazał dysponowania zasobami osób trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego podmiot, na którego zasoby powołuje się wykonawca Urbaser Environnement SAS w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów nie zobowiązał się wprost do wykonania robót budowlanych. Zdaniem Zamawiającego taka argumentacja nie znajduje potwierdzenia w oświadczeniach Urbaser Environnement SAS oraz dokumentacji postępowania.

W JEDZ Urbaser Environnement SAS wskazano, że podmiot ten wykonał (z datą grudzień 2010 r.) zaprojektowanie, wybudowanie, rozruch i przekazanie do użytkowania komunalnego centrum przetwarzania odpadów dla metropolii Aix-Marseille-Provence, które obejmuje instalację przetwarzania odpadów komunalnych wraz z odzyskiem energii. Wydajność roczna przerobowa 360 tys. ton. W skład instalacji wchodzi kocioł, turbozespół kondensacyjny oraz instalacja oczyszczania spalin. Paliwem używanym w instalacji jest frakcja odpadów komunalnych. Na dzień przekazania do eksploatacji spełniała ona wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola).

W zobowiązaniu Urbaser Environnement SAS do udostępnienia zasobów wskazano, że podmiot ten udostępnia wykonawcy Dobra Energia zdolność techniczną i zawodową w postaci zobowiązania do wykonania m.in. robót projektowych i budowlanych. Treść zobowiązania tego podmiotu z dnia 15 kwietnia 2019 r. (str. 361-362 oferty Przystępującego) wskazuje jasno, że podmiot ten na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- 1) oddaje do dyspozycji Dobrej Energii potencjał/ zdolności techniczne i zawodowe w postaci zobowiązania do wykonania robót projektowych i budowlanych (...), zapewnienia zasobów technicznych i finansowych oraz zasobów ludzkich zdolnych do wykonania prac projektowych i budowlanych (...) na okres korzystania z nich przy wykonaniu Zamówienia;
- 2) Dobra Energia będzie mogła wykorzystywać w/w zasoby przy wykonaniu Zamówienia w następujący sposób: (...) wykonanie robót projektowych i budowlanych. W wykonywaniu Zamówienia będziemy uczestniczyć: w okresie budowy zakładu w zakresie projektowania, inżynierii, zaopatrzenia części instalacji i zarządzania projektem; Z Wykonawcą łącząc nas będzie umowa o zaprojektowanie, zakupy i budowę w oparciu o „Warunki odniesienia dla umów o zaprojektowanie, zakupy i budowę” (EPC Head of Terms);
- 3) w odpowiedzi na ostatnie pytanie treści zobowiązania, tj. Czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą znajduje się jednoznaczna odpowiedź: TAK.

Odwołujący zarzucił, że zobowiązanie do oddania zasobów znajduje się w części dokumentu, która opisuje jaki zasób został oddany do dyspozycji wykonawcy, a nie w części, w której podmiot trzeci wskazał, jakie konkretnie prace wykona na rzecz Dobra Energia w ramach zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że przepisy prawa nie stawiają szczególnych wymagań co do tego w jakim miejscu zobowiązania podmiotu trzeciego ma znajdować się treść obejmująca oświadczenie woli podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Zobowiązanie podmiotu trzeciego może być dokumentem, który zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2016 poz. 1126) ma służyć ocenie przez zamawiającego, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Zatem zobowiązanie takie określać powinno, zgodnie z ww. przepisem rozporządzenia:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków

udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W ocenie Zamawiającego zobowiązanie Urbaser Environnement SAS do udostępnienia zasobów spełnia wszystkie te warunki. Dokument ten powinien być wykładany zgodnie z wykładnią oświadczeń woli, tj. zgodnie z art. 65 k.c. (Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje). W zobowiązaniu Urbaser Environnement SAS do udostępnienia zasobów znajdują się wszystkie niezbędne elementy potwierdzające całościowe przekazanie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia przy projektowaniu i budowie. Elementy nie występują być może w kolejności wskazanej w cyt. przepisie, ale powtórzone jest wielokrotnie zobowiązanie i zakres udostępnianych zasobów, tj. projektowanie i wybudowanie. Zamawiający również wskazał, że w Wykazie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom (str. 365 oferty Dobra Energia), wykonawca wskazał, że Urbaser Environnement SAS wykona „projektowanie, zamówienia, roboty budowlane kilku części zakładu.” Oświadczenie wykonawcy ma również znaczenie w niniejszym zakresie. Odwołujący manipuluje zatem informacjami dotyczącymi zobowiązania Urbaser Environnement SAS do udostępnienia zasobów, cytując wyrwany z kontekstu fragment zdania.

Odwołujący podniósł również, iż w JEDZ Dobra Energia wskazano, że Urbaser Environnement SAS wykona zaledwie 9% zamówienia w charakterze podwykonawcy. Z tego Odwołujący wywodzi, że Urbaser Environnement SAS nie zobowiązał się do wykonania żadnej części robót budowlanych, wskazując, że ewentualny zakres takiego podwykonawstwa wskazany w JEDZ na poziomie 9% nie może być uznany za wystarczający dla skutecznego przekazania potencjału w wykonaniu robót budowlanych. Z takim rozumowaniem Odwołującego nie zgodził się Zamawiający. Przede wszystkim wskazał, że wiersz 10) w części C JEDZ Zdolność techniczna i zawodowa jest opisany jako:

„Wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom następującą część (procentową) zamówienia.” W związku z tym udział procentowy części zleczanych podwykonawcom powinien odnosić się do całości zamówienia. Nie jest przy tym jednoznacznie wskazane w JEDZ (jak również brak jest w tym zakresie obowiązującej wykładni i orzecznictwa KIO), czy ten procentowy udział ma się odnosić do zakresu przedmiotowego zamówienia czy do wartości złożonej oferty z podziałem na poszczególne zakresy zamówienia czy do jeszcze innych wartości. Zamawiający przyjął zatem, że wskazana wartość procentowa 9% odnosi się do całości zamówienia (w skład którego wchodzi zarówno zaprojektowanie, wybudowanie, jak i operowanie instalacją przez ok. 25 lat) i może odpowiadać zakresowi prac zleczanych przez

Dobra Energia podmiotowi Urbaser Environnement SAS w odniesieniu do czasu trwania całego projektu, realizowanego przez wiele lat w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Zamawiający mógł rozumieć, że odniesienie do 9% całego zamówienia odnosi się do wartości ok. 50% wartości samych robót budowlanych, ale również może odnosić się do okresu trwania całego wieloletniego przedsięwzięcia, gdzie okres budowy trwający ok. 2,5 roku to właśnie ok. 9% trwania całości projektu.

Urbaser Environnement SAS nie został wskazany jako podmiot odpowiedzialny w przyszłości za operowanie instalacją, które stanowić będzie zdecydowanie większą część zamówienia zarówno w sensie rzeczowym, wartościowym, jak i pod względem okresu trwania. Poza tym jako podwykonawca wykonujący roboty budowlane w Wykazie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom został wskazany również drugi podmiot, na którego zasoby powołuje się Dobra Energia - Urbaser SAU.

Zatem 9% udział Urbaser Environnement SAS w wykonaniu całości zamówienia Zamawiający uznał za właściwy.

Zamawiający podkreślił, że udział procentowy w realizacji zamówienia wskazany w JEDZ nie ma nic wspólnego z zobowiązaniem tego podmiotu do udostępnienia całości swojego doświadczenia w zaprojektowaniu, wykonaniu i przekazaniu do eksploatacji referencyjnej instalacji.

Zamawiający dokonał badania doświadczenia podmiotu Urbaser Environnement SAS i nie powziął w tym zakresie wątpliwości. Zdaniem Zamawiającego realny udział Urbaser Environnement SAS w wykonaniu zamówienia w części budowlanej jest zapewniony. Zamawiający uznał zatem, że Dobra Energia spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 7.2.1.1. SIWZ i brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z powodu niespełniania tego warunku. Zatem, zarzut Odwołującego naruszenia 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz 22a Pzp jest bezpodstawny.

Ad zarzutu nr V

Zarzut V jest bezzasadny. Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy Dobra Energia z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu ze względu na to, że podmiot udostępniający wykonawcy zasoby Urbaser Environnement SAS nie ma wymaganego doświadczenia w zakresie budowy instalacji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany był wykluczyć wykonawcę Dobra Energia dla Olsztyna, ponieważ podmiot udostępniający wykonawcy zasób Urbaser Environnement SAS nie ma wymaganego doświadczenia, nie wykonał bowiem zadania polegającego na zaprojektowaniu, wybudowaniu, rozruchu i przekazaniu do użytkowania komunalnego centrum przetwarzania odpadów dla metropolii Aix-Marseille-Provence obejmującego instalację przetwarzania odpadów komunalnych. Zdaniem Odwołującego wynikać ma to z

faktu, że wskazany w JEDZ podmiot trzeci jako odbiorca instalacji podmiot EveRe był spółką celową utworzoną przez Urbaser SA oraz Valroga SA do realizacji inwestycji i to ten podmiot był odpowiedzialny za wykonanie przedsięwzięcia wobec zamawiającego - metropolii Aix-Marseille-Provence („Metropolia”). Ponadto, EveRe zdaniem Odwołującego korzystało przy budowie ww. instalacji a dokładnie linii technologicznej z usług podmiotu trzeciego Constructions Industrielles de la Meditaranee (CNIM) i tylko ten podmiot dysponuje wiedzą i doświadczeniem w zakresie najistotniejszego elementu budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów. Według Odwołującego oświadczenie EveRe jakoby Urbaser Environnement SAS wykonał prace w zakresie budowy spalarni nie jest zatem prawdziwe co najmniej w zakresie zaprojektowania i budowy technologii służącej do spalania odpadów i przetwarzania energii.

Z takimi twierdzeniami Odwołującego nie zgodził się Zamawiający. Przede wszystkim Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie swoich twierdzeń. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, mającą zastosowanie również w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, to Odwołujący powinien wykazać prawdziwość swoich twierdzeń i zasadność zarzutów przedkładając w tym celu odpowiednie dowody lub zgłaszając wnioski dowodowe. Niewystarczające są same gołosłowne twierdzenia, w szczególności podważające prawdziwość oświadczeń składanych przez inne podmioty. Niezależnie jednak od powyższego Zamawiający wskazał, że nie ma przeszkód prawnych, aby wykonawca (w tym wypadku - podmiot udostępniający zasoby) przekazał do użytkowania i wskazał jako odbiorcę referencyjnej instalacji termicznego przekształcania podmiot powiązany kapitałowo (EveRe) oraz będący jednocześnie odpowiedzialny wobec zamawiającego będącego jednostką samorządu terytorialnego (lub innego ostatecznego zamawiającego). Zamawiający uzyskał informację z referencji EveRe wystawionych dla Urbaser Environnement SAS, iż Metropolia była zamawiającym i że EveRe wygrała przetarg na „Wielosektorowy zakład przetwarzania w Aix-Marseille-Provence”, zaś Urbaser Environnement SAS był głównym wykonawcą tej spółki. Tworzenie spółek celowych jest typową konstrukcją stosowaną przy realizacji tak dużych projektów. Zamawiający nie ma powodu jej kwestionować. Zamawiający nie nałożył w SIWZ ograniczenia co do rodzaju podmiotu (odbiorcy instalacji), na rzecz którego miała być ona wybudowana. Referencyjna instalacja miała być instalacją przekształcania odpadów komunalnych i taką jest instalacja w Metropolii. Odwołujący również tego nie kwestionował. Stosunki umowne między odbiorcą instalacji, któremu Urbaser Environnement SAS przekazał instalację do użytkowania, a pierwotnym czy ostatecznym zamawiającym nie są przedmiotem zainteresowania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Nie ma zatem również podstaw, aby podważać ofertę wykonawcy Dobra Energia w tym zakresie.

Co do ewentualnego udziału CNIM lub innych podwykonawców w realizacji referencyjnej

instalacji, to Odwołujący tego udziału ani jego zakresu nie wykazał w odwołaniu, nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów.

Niezależnie jednak od powyższego, ewentualny udział podwykonawców w realizacji referencyjnej instalacji nie ma wpływu na możliwość udostępnienia wykonawcy zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do realizacji instalacji na rzecz Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, udział podwykonawców w wykonywaniu zamówienia jest zasadą zamówień publicznych i oczywiste jest, że główny wykonawca może w pełni opierać się na doświadczeniu podwykonawców. Zgodnie z zasadami wiedzy i doświadczenia realizacja przez wykonawców podobnych do referencyjnej inwestycji, z uwagi na ich kompleksowy charakter, zawsze odbywa się z udziałem podwykonawców. Jest to specyfika działania przedsiębiorstw z branży budowlano-montażowej, w tym w szczególności z zakresu tak skomplikowanych inwestycji jak instalacje termicznego przekształcania odpadów. Szerokie dopuszczanie podwykonawstwa jest "złotą regułą zamówień publicznych" (A. Gawrońska-Baran (red.), Vademecum zamawiającego, Legalis, rozdział X. 1.). Główny wykonawca odpowiada za całość inwestycji, jej zorganizowanie, koordynację, znajduje dostawców i podwykonawców zdolnych do tego, aby wykonać zamówienie terminowo i zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Dlatego też „wykonawca ma prawo uznawać roboty wykonywane przez swoich podwykonawców za roboty własne, skoro są one wykonywane pod jego nadzorem, na jego zlecenie, w jego imieniu, a wykonawca zlecający te roboty odpowiada za nie jak za swoje. Ma prawo wykazywać te roboty jako swoje doświadczenie.” (wyrok KIO z dnia 10 lipca 2009 r., KIO/UZP 703/09).

W tym zakresie Zamawiający uznał, że podmiot udostępniający zasoby posiada wystarczające doświadczenie w realizacji referencyjnej instalacji, pozwalające wykonawcy Dobra Energia dla Olsztyna na prawidłową realizację zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Dobra Energia spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 7.2.1.1. SIWZ i brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z powodu niespełniania tego warunku. Zatem, zarzut Odwołującego naruszenia 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp jest bezpodstawny.

Ad zarzutu VI

Zarzut VI jest bezzasadny. Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy Dobra Energia z postępowania ze względu na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji co do posiadanego doświadczenia

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten zobowiązany był wykluczyć Dobrą Energię z postępowania ze względu na to, że Wykonawca ten wiedział, iż rzekomo to nie Urbaser Environnement SAS wykonywał kluczowe prace projektowe i konstrukcyjne referencyjnej instalacji termicznego przekształcania odpadów oraz, że podmiot ten nie dysponuje

technologią i nie realizował prac dotyczących wykonania instalacji. Odwołujący rzekomo ustalił jaki podmiot realizował te prace..

Zamawiający wskazał ponownie, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie swoich twierdzeń co do złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Odwołujący podnosząc Zarzut VI nie wskazał jaki rzekomo podmiot wykonywał jego zdaniem kluczowe prace projektowe i konstrukcyjne.

Zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością i w taki sposób postępowanie niniejsze prowadzi. Zamawiający przeprowadził badanie oferty Dobrej Energii i nie stwierdził, aby wiedza i doświadczenie nabyte przez Urbaser Environnement SAS podczas realizacji referencyjnej instalacji nie były wystarczające do zaprojektowania i wybudowania instalacji. Badanie oferty oparte było na wiedzy ekspertów wchodzących w skład komisji przetargowej Zamawiającego, jak również na aktualizacji tej wiedzy poprzez analizę materiałów załączonych przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania. Z zebranego materiału wynikało, że instalacja w Marsylii została zaprojektowana, wybudowana i oddana do użytkowania jako instalacja termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Zadaniem spółki EveRe, będącej spółką-córką Urbaser S.A. i Valroga International SAS, była realizacja wszelkich przedsięwzięć związanych z wykonaniem umowy o przekazaniu zadań publicznych w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Marsylia w celu zaprojektowania, finansowania, budowy i eksploatacji wielofunkcyjnej jednostki przetwarzania odpadów z gospodarstw domowych i podobnych.

Dokonując oceny oferty Dobrej Energii, jak również JEDZ i oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby przedłożonych przez Odwołującego, Zamawiający nie pominął oferentów i wzywał ich do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający dokonał badania obu ofert w taki sam staranny sposób. Dokumenty przedstawione przez Dobra Energia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie budziły wątpliwości Zamawiającego, dlatego nie miał on potrzeby uzyskiwania informacji od podmiotów trzecich i formułowania zapytań do takich podmiotów w celu weryfikacji swojej wiedzy.

Odwołujący zdaje się przy tym nie zauważał, że dokumenty przez niego przedstawione w zakresie wiedzy i doświadczenia już na pierwszy rzut oka budziły wątpliwości. Nieścisłości w oświadczeniach zostały potwierdzone zebranymi materiałami oraz w samej treści odwołania. Zamawiający nie stosujący procedury odwróconej jest uprawniony do badania JEDZ i oświadczeń złożonych wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jeżeli oświadczenia i informacje przedstawione w JEDZ budzą wątpliwości, Zamawiający jest uprawniony, a nawet zobowiązany do dokładnego ich sprawdzenia. Zamawiający może korzystać w tym zakresie ze swojej wiedzy, wiedzy zatrudnionych

ekspertów, jak również zasięgać informacji u podmiotów trzecich. Zamawiający nie naruszył w tym względzie żadnych obowiązujących reguł.

W związku z tym, że Dobra Energia nie przekazała informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zarzut VI jest zatem bezpodstawny.

Ad zarzutu VII

Zarzut VII jest bezzasadny. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na okoliczności przedstawione w Zarzutach V i VI (bez odwołania w tym miejscu do Zarzutu IV, podnosi z ostrożności zarzut zaniechania wezwania przez Zamawiającego Dobra Energia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia, ponieważ w sytuacji gdy wykonawca nie potwierdzi spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest go wezwać do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający zdaniem Odwołującego zobowiązany był do podjęcia dodatkowych czynności celem weryfikacji czy wykonawca Dobra Energia posiada wymagane doświadczenie w zakresie budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów.

Z zarzutem tym nie zgodził się Zamawiający. Jak wynika z argumentacji objętej odpowiedzią na odwołanie w zakresie zarzutów IV, V i VI, Zamawiający nie znalazł podstaw do uznania, że Dobra Energia nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów, to jest, że udostępnione jej zasoby są niewystarczające. Zamawiający zweryfikował ofertę Dobrej Energii, korzystając z dostępnych źródeł i wiedzy ekspertów. Wobec tego, że Zamawiający nie miał wątpliwości, w tym co do udostępnionych wykonawcy zasobów w zakresie doświadczenia w projektowaniu i budowie instalacji, nie był zobowiązany do podejmowania dodatkowych czynności wobec wykonawcy Dobra Energia (ponad te, które podjął w postępowaniu), w tym do wzywania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia.

Dobra Energia wykazała spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej, zatem Zamawiający nie był zobowiązany do żądania dodatkowych dokumentów lub uzupełnień od tego Wykonawcy. Zarzut VII jest zatem bezpodstawny.

Ad zarzutów nr VIII-X

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22a Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Dobrej Energii z uwagi na

niewykazanie przez Dobrą Energię spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz dysponowania odpowiednio przygotowanym personelem. W tym zakresie Odwołujący wskazał m.in., że zarówno pierwotnie wskazany przez Dobrą Energię p. P.Z.Z., jak również p. D.S.T. którego Dobra Energia wskazała w związku z uzupełnieniem JEDZ, nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego, zgodnie z pkt 7.2.3. SIWZ doświadczenia. Ponadto Odwołujący sugerował, że oświadczenie p. D.S.T. o posiadaniu wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, opatrzone datą 28.05.2019 r. nie potwierdza spełnienia przez Dobrą Energię warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert.

Również te zarzuty Odwołującego są bezzasadne.

Zamawiający, zgodnie z pkt 7.2.3. SIWZ wymagał, aby wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazał, że:

„dysponuje odpowiednio przygotowanym zawodowo personelem, który skieruje do realizacji Zamówienia, o kwalifikacjach zapewniających prawidłowe wykonanie Zamówienia, tj. 1 (jednym) kierownikiem albo 1 (jednym) zastępcą kierownika projektu, który posiada co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego jako kierownik projektu lub zastępca kierownika projektu, zdobytego w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przy jednej lub większej liczbie inwestycji, polegających na budowie instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 ton odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, spełniającej na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE. L. z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.) i zakończonej przekazaniem wbudowanej instalacji do eksploatacji.”

Dobra Energia w celu wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 7.2.3. SIWZ posłużyła się zasobami podmiotu trzeciego - Urbaser SAU, który oddał do dyspozycji Dobrej Energii pracownika w osobie p. P.Z.Z.. Następnie, w dniu 20.05.2019 r. w piśmie przedkładanym w ramach wyjaśnień JEDZ, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału z pkt. 7.2.3 SIWZ Dobra Energia w wskazała inną osobę – p. D.S.T.. Na gruncie przepisów Pzp zastąpienie przez Dobrą Energię wskazanej pierwotnie osoby inną osobą jest dopuszczalne. Powyższej zmiany nie kwestionował również zasadniczo Odwołujący, potwierdzając taką możliwość wprost w pkt 45 uzasadnienia odwołania.

Odwołujący kwestionował natomiast prawidłowe wykazanie przez Dobrą Energię spełnienia warunku określonego w pkt 7.2.3 w oparciu o fakt, że oświadczenie, które złożył p. D.S.T.

opatrzone jest datą 28 maja 2019 r., tj. datą późniejszą niż termin złożenia ofert. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Dobra Energia nie wykazała dysponowania potencjałem w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia na dzień składania ofert. Zamawiający w tym miejscu wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO, w aktualnym stanie prawnym nie ma obowiązku przedstawiania dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu z datą sprzed składania ofert, ale z określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania ofert. Zdaniem Izby *„wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ”*. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 280/18, LEX nr 2481059). Tak samo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 114/18). W orzecznictwie Izby – wyroki: z dnia 23 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 65/18), z dnia 19 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2056/17) podziela się i przytacza, także stanowisko zaprezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2017 r. (znak: UZP/DKUE/KU/31/17): *„Należy odróżnić pojęcie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia od procedury dokumentowania tych okoliczności. Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Mając powyższe na względzie, Zamawiający wskazał, że w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, były wystawione po upływie terminu składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą (...) i pozostają aktualne w momencie ich składania.”* - Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2017 r. (znak: UZP/DKUE/KU/31/17).

Izba uznaje przy tym, że te same zasady odnoszą się do dokumentów składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oparte na art. 26 ust. 3 Pzp:

„Z okoliczności, że przepis art. 26 ust. 3 p.z.p., w przeciwieństwie do art. 26 ust. 1 p.z.p., nie wskazuje na jaki moment mają być aktualne dokumenty uzupełniane wynikać może jedynie,

że skoro pierwotne dokumenty miały być aktualne na dzień ich złożenia, to w ten sam sposób należy potraktować kwestię aktualności uzupełnianych dokumentów i przyjmować, że także one mają być aktualne na dzień ich złożenia.” - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 785/17).

A zatem, dokumenty składane na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, mogą być wystawione po upływie terminu składania ofert, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą i pozostają aktualne w momencie ich składania.

Takie samo stanowisko wyraził Urząd Zamówień Publicznych w opinii: *„Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”* <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawozamowien-publicznychadokumenty-na-potwierdzenie-spełniania-warunkow-udzialu-w-postepowaniu-oraz-braku-podstawdo-wykluczeniü.-aktualnosc-dokumentow-w-swietle-nowelizacji-ustawy-Pzp>: *„Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, nie wskazuje wprost na jaki moment mają być aktualne dokumenty uzupełniane. Niewątpliwie zatem sformułowania „zamawiający wzywa w terminie przez siebie wskazanym ” nie należy odnosić do aktualności oświadczeń lub dokumentów, do których uzupełnienia wykonawca jest wzywany, a do terminu na ich złożenie. Zasadnym natomiast jest, ażeby aktualność uzupełnianych oświadczeń lub dokumentów była powiązana z „aktualnością” rozumianą odpowiednio na gruncie art. 25a ust. 1 ustawy lub art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, czyli przepisów dotyczących oświadczeń i dokumentów, co do których zachodzi konieczność ich uzupełnienia. Istotne jest jednak, ażeby środki dowodowe przedłożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie podważały zarówno domniemania prawdziwości złożonych uprzednio oświadczeń wstępnych (własnych) w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia kryteriów selekcji oraz domniemania niezmienności tych okoliczności pomiędzy datą składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) a datą złożenia środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (...). W obu przypadkach przedłożony dokument musi być „aktualny” w tym rozumieniu, że na dzień jego przedłożenia nie zachodzi wobec wykonawcy podstawa wykluczenia.”*

W związku z powyższym należało uznać, że oświadczenie złożone przez p. D.S.T. spełniało warunki określone przepisami ustawy Pzp i wyjaśnione w orzecznictwie Izby i stanowiskach Urzędu Zamówień Publicznych. Nie było powodów by uznać, że zobowiązanie to podważało

domniemania prawdziwości złożonego w JEDZ oświadczenia wstępnego Dobrej Energii w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia oraz domniemania niezmienności tych okoliczności pomiędzy datą składania ofert a datą złożenia. Dokument taki nie może być „antydatowany” i zasadnie nosi datę na dzień złożenia oświadczenia. Oświadczenie potwierdza zatem fakty aktualne zarówno na dzień złożenia oświadczenia, ale również potwierdza fakty dotyczące doświadczenia osoby p. D.S.T. zdobytego przed dniem złożenia oświadczenia i dniem składania ofert. Zamawiający nie powziął wątpliwości, że p. D.S.T. nie był pracownikiem podmiotu udostępniającego zasoby na dzień składania ofert. Z faktu, że dokument jest datowany po dniu złożenia oferty nie wynika, iż nie potwierdza stanu na dzień złożenia oferty. Wręcz przeciwnie, zgodnie z domniemaniem prawdziwości, oświadczenie to potwierdzało okoliczności przedstawione przez Dobrą Energię w uzupełnionym JEDZ, gdzie wskazano, że p. D.S.T. spełnia warunki określone w pkt 7.2.3. SIWZ. Oświadczenie potwierdzało zatem treść oświadczenia składanego wstępnie w ramach JEDZ, tj. oświadczenia o dysponowaniu odpowiednio przygotowanym zawodowo personelem, który wykonawca skieruje do realizacji zamówienia, o kwalifikacjach zapewniających prawidłowe wykonanie zamówienia.

Ponadto, oświadczenie nie zostało skierowane abstrakcyjnie do nieograniczonego kręgu odbiorców. Zostało ono sporządzone wyłącznie na potrzeby postępowania i odnosi się bezpośrednio do niego. Zamawiający nie miał zatem podstaw do tego, aby uznać, że oświadczenie złożone przez p. D.S.T. dotyczy innej daty niż data otwarcia ofert. Nie przesądza o tym z pewnością, co potwierdza KIO w swoim orzecznictwie, jedynie data sporządzenia dokumentu, późniejsza aniżeli data otwarcia ofert.

Zamawiający zwrócił uwagę, że oświadczenie potwierdza okoliczności przedstawione przez Dobrą Energię w uzupełnionym SIWZ, gdzie wskazano, że p. D.S.T. spełnia warunki określone w pkt 7.2.3. SIWZ. Oświadczenie nie zawiera zatem sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Zamawiający korzystając z powszechnie dostępnych źródeł (portal internetowy www.linkedin.com) stwierdził, że p. D.S.T. udostępniał powszechnie informację, iż jest pracownikiem Urbaser SAU od 18 lat, co tym utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu, że Urbaser SAU dysponował takim pracownikiem również na dzień składania ofert (załącznik 125 do protokołu postępowania - wydruk z LinkedIn dot. p. D.S.T.). Serwis LinkedIn jest bardzo popularnym międzynarodowym serwisem społecznościowym, specjalizującym się w kontaktach zawodowo-biznesowych. Osoby z niego korzystające nie mogą sobie pozwolić na przedstawianie nieprawdziwych informacji o sobie co do dat i miejsc zatrudnienia z uwagi na szeroki zasięg informacji i ich wagę w karierze zawodowej.

Mając powyższe na uwadze, należało uznać, że pomimo, iż oświadczenie zostało opatrzone datą 28.05.2019 r. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Dobra Energia nie spełnia

warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.2.3. SIWZ, na dzień otwarcia ofert. Kolejnym zarzutem pod adresem oświadczenia złożonego przez p. D.S.T. jest rzekomy brak odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił przy tym żadnych dowodów na poparcie swojej tezy. Odwołujący przedstawił jedynie niepoparte jakimkolwiek materiałem dowodowym twierdzenie, że p. D.S.T. nie posiadał wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia oraz niespójne własne informacje w zakresie projektów wskazanych w oświadczeniu p. D.S.T..

Odwołujący wskazał, że p. D.S.T. nie był kierownikiem projektu, w ramach realizacji instalacji w hrabstwach Worcestershire i Herefordshire przy czym nie przedstawił na poparcie swoich twierdzeń, chociażby informacji, kto takim kierownikiem był, nie wspominając o przedstawieniu dowodów w postaci np. dziennika budowy lub informacji uzyskanych u źródła, czyli wykonawcy tego projektu. Odwołujący przedstawił również niespójne stanowisko w zakresie udziału p. D.S.T. w przedmiotowym projekcie (budowa instalacji w hrabstwach Worcestershire i Herefordshire), co wskazywało na całkowity brak wiedzy Odwołującego na temat jego szczegółów. Odwołujący w trybie przypuszczającym stwierdził bowiem m.in., że „Nawet jeśli był zaangażowany w projekt budowy ww. instalacji jako pracownik związanej kapitałowo z Urbaser LTD hiszpańskiej spółki Urbaser SA (SAU), to z pewnością nie pełnił funkcji kierownika projektu”. Oparcie zarzutu na informacjach, o których prawdziwości nie jest przekonany nawet sam Odwołujący, nie może zostać uznane za wiarygodne podważenie oświadczenia p. D.S.T. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są pozbawione wiarygodności i nie mogą zostać uznane za dowód, który Odwołujący jako podmiot wywodzący skutki prawne z wykazywanych faktów powinien w sposób jednoznaczny przedstawić w postępowaniu przed KIO.

Jedynie z ostrożności odnosząc się do argumentacji Odwołującego w zakresie tego, iż uzupełnienie dokumentów dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia nie jest możliwe ze względu na fakt, że wykonawca Dobra Energia już raz uzupełnił samodzielnie dokumenty Zamawiający przede wszystkim podkreślił, iż wykonawca jest uprawniony do samodzielnego uzupełniania dokumentów. W wyroku z dnia 17 sierpnia 2017 r. (KIO 1597/17), Krajowa Izba Odwoławcza uznała *„za zasadne przyjęcie generalnej zasady, zgodnie z którą w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez Zamawiającego, zaś w sytuacji samodzielnego przedstawienia dokumentu zawierającego błędy Zamawiający powinien wezwać do jego uzupełnienia wskazując na wady dokumentu.”* Tożsame stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO 864/14 i KIO 213, 214, 215/15. Zamawiający nie potwierdził, że zobowiązanie p. D.S.T. zawierało błędy, niemniej jednak z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający odniósł się do argumentacji Odwołującego, który wskazał, iż wezwanie wykonawcy Dobra Energia do uzupełnienia np.

poprzez złożenie nowego zobowiązania do udostępnienia potencjału byłoby ponownym uzupełnieniem w tym samym zakresie, a wykonawca samodzielnie uzupełniając dokumenty pozbawił się możliwości uzupełnienia ich na wezwanie zamawiającego. Z takim stanowiskiem nie zgodził się Zamawiający, uznając że nie wzywał wykonawcy do złożenia tego dokumentu ani razu, zatem w żadnej mierze ewentualne wezwanie w tym zakresie nie byłoby wezwaniem ponownym. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym (wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r., KIO 213/15): *„Jednakże niezależnie od sytuacji i kontekstu przesłanych dokumentów nie do pogodzenia z zasadą wzywania wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest sytuacja, kiedy wykonawca przesyła (być może i omyłkowo) tylko jeden lub jakąś część dokumentów, o które w normalnym trybie byłby wzywany, a Zamawiający uznaje, że takim przekazaniem wykonawca wyczerpał w całości prawo do wezwania i możliwości naprawienia złożonej oferty. (...) Zamawiający nie może ”czyhać” na błąd wykonawcy polegający na przesyłaniu jakiegoś dokumentu bez wyraźnego wezwania Zamawiającego i uznawać, że jeśli jakieś dokumenty zostały przesłane to wyczerpuje to w całości obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p.”*

Mając powyższe na uwadze, należało uznać, że zarzuty VIII-X Odwołującego są całkowicie bezzasadne.

Ad zarzutu XI – cofnięty

Ad zarzutu XII – cofnięty

Ad zarzutu XIII

Zdaniem Odwołującego oferta Dobrej Energii powinna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, ponieważ Dobra Energia w Załączniku nr 13 Formularza Ofertowego jako moc cieplną wskazała „»28 MW”, a niej jednoznaczną wartość, co wpływa na brak możliwości wyliczenia innych parametrów ITPO oraz błąd w obliczeniu ceny.

Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny.

W Załączniku nr 13 Formularza ofertowego, wykonawca zobowiązany był podać m.in. moc cieplną ITPO dla trzech punktów pracy, przy czym Zamawiający wyraźnie wskazał, że moc ta nie może być mniejsza niż 28 MW. Zamawiający nie wymagał wskazywania jednoznacznej wartości. Wymagał jedynie, aby wpisane wartości nie były mniejsze niż 28 MW.

Zamawiający zamieścił formularz tej części.

Podanie w ofercie Dobrej Energii wartości mocy cieplnej »28MW jak najbardziej spełnia zatem wymagania SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że określenie mocy cieplnej we wskazany sposób w żaden sposób nie powoduje błędnego obliczenia ceny, gdyż obliczenie to jest realizowane dla jednej, zdefiniowanej przez Zamawiającego wielkości produkcji ciepła - jednakowej dla wszystkich ofert, możliwej do zrealizowania przy spełnieniu minimalnych wymagań SIWZ i wynoszącej 27

MW lub 25 MW (patrz tabela poniżej). ITPO będzie pracować w podstawie systemu ciepłowniczego. Wykonawcy nie konkurowali produkcją ciepłą. Produkcja ciepłą została narzucona w SIWZ przez Zamawiającego na jednakowym dla wszystkich wykonawców poziomie. Formularz Ofertowy został przez Zamawiającego skonstruowany w programie MS Excel. Obliczenie produkcji energii elektrycznej, a następnie Wynagrodzenia Umownego Partnera Prywatnego dokonywane jest automatycznie przez opracowane przez Zamawiającego formuły w Załączniku nr 18 i następnie automatycznie dyskutowane w Załączniku nr 19 Formularza Ofertowego. Formuły te wykorzystują dane referencyjne w zakresie mocy cieplnej określone przez Zamawiającego w załączniku nr 17 Formularza Ofertowego, a nie dane wpisywane przez Wykonawcę w Załączniku nr 13 do Formularza Ofertowego.

Podstawą do wyliczenia Wynagrodzenia Umownego Partnera Prywatnego jest zatem moc cieplna określona przez Zamawiającego w sposób dla każdego Wykonawcy w Załączniku nr 17 Formularza Ofertowego.

Gwarantowana przez Partnera Prywatnego produkcja energii elektrycznej obliczana jest przez Formularz Ofertowy automatycznie w oparciu o: (i) gwarantowaną moc elektryczną netto, wskazywaną przez Wykonawcę w Załączniku nr 11 Formularza Ofertowego oraz (ii) określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 17 Formularza Ofertowego referencyjne moce cieplne, identyczne dla wszystkich Wykonawców.

Następnie w Załączniku nr 18 Formularz Ofertowy automatycznie:

- a. sumuje podane przez Wykonawcę koszty budowy Instalacji, koszty operowania, koszty finansowania oraz koszty wytworzenia nośnika ciepła i
- b. od tak obliczonej sumy odejmuje gwarantowaną przez Partnera Prywatnego produkcję energii elektrycznej netto (tj. przeznaczoną do sprzedaży po odjęciu potrzeb własnych Partnera Prywatnego), obliczoną w sposób wyjaśniony powyżej.

W Załączniku nr 19 Formularza Ofertowego tak obliczone Wynagrodzenie jest dyskutowane i dodawany jest podatek VAT. Ta wartość porównywana jest w ramach kryteriów oceny ofert (kryterium KI).

Ponadto, dane bilansowe przedstawione w ofercie Dobrej Energii na stronach 755-823 potwierdzają, że moce cieplne w punktach pracy określonych w załączniku 13 Formularza Ofertowego będą wyższe od 28MW.

/część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego/

Reasumując - Zarzut XIII jest w całości bezpodstawny.

Ad zarzutu XIV - XV - cofnięte

Ad zarzutu XVI

Zdaniem Odwołującego oferta Dobrej Energii powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, ponieważ Dobra Energia nie wykazała zapewnienia finansowania inwestycji zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Powyższy zarzut jest zupełnie bezpodstawny.

Zgodnie z pkt. 17.20.1.2. SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca składający ofertę dołączył do niej wypełnione listy wsparcia przez podmioty zapewniające Finansowanie, co do treści zgodne ze wzorami stanowiącymi Załącznik nr 6 albo Załącznik nr 7 do SIWZ wraz z załącznikami tam określonymi.

Załącznik nr 6 do SIWZ zawierał wzór listu wsparcia Wspólnika i wymagał załączenia Wiążących Warunków Finansowania oraz potwierdzenia zdolności finansowej Wspólnika do udzielenia Finansowania w założonej w ofercie wysokości (w formie informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawionej nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert).

Natomiast Załącznik nr 7 do SIWZ zawierał wzór oświadczenia Banku lub innego Podmiotu Finansującego zapewniającego Finansowanie Dłużne Niebankowe i wymagał dołączenia wyłącznie Wstępnych Warunków Finansowania.

Zgodnie z pkt. 17.20.1.2.1. SIWZ Zamawiający wymagał, aby wskazane dokumenty zapewniały Finansowanie w kwocie równej co najmniej sumie określonych zgodnie z ofertą Wykonawcy: (i) $K_{B,of}$ netto oraz (ii) $K_{BKs,of}$ netto oraz (iii) środków, np. w formie odnawialnej linii, na sfinansowanie podatku VAT w części dotyczącej kosztów budowy $K_{B,of}$ i $K_{BKs,of}$. Bezsporne jest, że Dobra Energia powinna przedstawić dokumenty zapewniające Finansowanie łącznie na kwotę nie mniejszą niż 862 207 262,91 PLN, gdyż taka kwota odpowiada sumie $K_{B,of}$ i $K_{BKs,of}$ zgodnie z ofertą Dobrej Energii. Do tej kwoty należało doliczyć jeszcze środki (np. w formie odnawialnej linii kredytowej), na sfinansowanie podatku VAT w części dotyczącej kosztów budowy $K_{B,of}$ i $K_{BKs,of}$.

Zamawiający wyjaśnił, że takie dokumenty znajdują się w ofercie Dobrej Energii, przy czym część z nich została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Listy wsparcia wspólników wg wzoru zawartego w Załączniku nr 6 do SIWZ wystawiły dwa podmioty, Meridiam Eastern Europe Investments SAS i URBASER SAU, w obydwu przypadkach zostały do nich załączone zarówno Wiążące Warunki Finansowania, jak i wystawione przez podmioty trzecie dokumenty potwierdzające zdolność finansową danego Wspólnika do udzielenia Finansowania (opinie bankowe). Listy wsparcia tych podmiotów znajdują się w części jawnej oferty, natomiast wspomniane wyżej opinie bankowe zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i wbrew twierdzeniom Odwołującego zostały opatrzone datami nie wcześniejszymi niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, a więc zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ.

Z kolei listy wsparcia podmiotów, które nie są udziałowcami Dobrej Energii, zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa. Każdy z nich został wystawiony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 7 do SIWZ i zgodnie z zawartym tam wymaganiem do każdego z nich załączone zostały Wstępne Warunki Finansowania.

Zamawiający wskazał, iż z oferty Dobrej Energii jasno wynika, że łącznie przedstawiono dokumenty potwierdzające zapewnienie Finansowania na kwotę znacznie wyższą niż wymagana. Składa się na nią Finansowanie przedstawionych w tabeli podmiotów:

/Część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa dobrej energii/

Odwołujący próbował również opierać swój zarzut na treści oświadczenia zawartego we fragmencie JEDZ Meridiam Eastern Europe Investments SAS, zgodnie z którym *„na dzień podpisania niniejszego dokumentu Meridiam Eastern Europe Investments SAS nie uzyskała ostatecznej zgody swojego zarządu na złożenie oferty. Niemniej jednak niniejsze stanowi wiążącą zgodę Spółki na złożenie oferty podjęta na tydzień przed składaniem ofert Wskazując na treść JEDZ Odwołujący twierdzi, że, nie może zostać uznane za wiążące oświadczenie z Listu wsparcia, że uzyskano wszystkie zgody korporacyjne, skoro jednocześnie złożono oświadczenie zupełnie przeciwne”*. W ocenie Zamawiającego powyższe twierdzenie, pozornie sprzeczne, wcale nie musi takie być. Należy bowiem mieć na uwadze, że na tym etapie zgoda zarządu Meridiam Eastern Europe Investments SAS wcale nie musiała być wymagana do złożenia wiążącej oferty z uwagi na uwarunkowania korporacyjne.

Niemniej jednak, Zamawiający postanowił wyjaśnić tę kwestię i w piśmie z dnia 15 maja 2019 r. skierowanym do Dobrej Energii wezwał tego wykonawcę do wyjaśnienia, w jakim celu przedmiotowe oświadczenie zostało złożone i przede wszystkim, czy Meridiam Eastern Europe Investment SAS jest podmiotem, o którym mowa w art. 22a ust. 1 Pzp, czyli podmiotem udostępniającym wykonawcy zasoby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w innym bowiem wypadku JEDZ Meridiam Eastern Europe Investment SAS nie byłby w ogóle wymagany). W odpowiedzi z dnia 20 maja 2019 r. Dobra Energia wyjaśniła, że Meridiam Eastern Europe Investment SAS nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 22a ust. 1 Pzp, a więc nie udostępnia Dobrej Energii zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Zgodnie z przedstawionym tam oświadczeniem Dobrej Energii podmiot ten ma wyłącznie zapewnić finansowanie realizowanej inwestycji zgodnie z dokumentami przedłożonymi wraz z ofertą. Złożenie JEDZ miało według Dobrej Energii wynikać z daleko posuniętej ostrożności i chęci przedstawienia Zamawiającemu jak najbardziej przejrzystego modelu finansowania. W konsekwencji, w związku z uzyskanymi wyjaśnieniami JEDZ Meridiam Eastern Europe Investment SAS, został złożony jako dokument nadmiarowy i niewymagany w Postępowaniu. W ocenie Zamawiającego zawarte w nim sformułowania nie powinny być brane pod uwagę, a w każdym razie nie powinny mieć

kluczowego znaczenia dla oceny przeprowadzonej przez Zamawiającego. Istotne są bowiem dokumenty, których Zamawiający Wymagał, a te zostały przedłożone w odniesieniu do Meridiam Eastern Europe Investment SAS zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Kluczowe jest zatem zobowiązanie Meridiam Eastern Europe Investment SAS zawarte w Liście wsparcia i w stanowiących załącznik do niego Wiążących Warunkach Finansowania. Zamawiający też zauważył, że nawet w przypadku ewentualnego, skutecznego zakwestionowania dokumentów dotyczących zapewnienia Finansowania przez Meridiam Eastern Europe Investments SAS, w ofercie Dobrej Energii przedstawiono Listy wsparcia innych podmiotów zapewniających łącznie Finansowanie na tak wysokim poziomie, iż nawet bez uwzględnienia części zapewnianej przez Meridiam Eastern Europe Investments SAS, ocena spełnienia wymagań zawartych w pkt 17.20.1.2. SIWZ w ofercie Dobrej Energii nadal byłaby pozytywna. Wsparcie zapewniane przez pozostałe podmioty jest bowiem wystarczające.

Ad zarzutu XVII

Odwołujący twierdził, że oferta Dobrej Energii powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ z uwagi na to, iż w ofercie tej przyjęto wnoszenie Finansowania Kapitałowego przez okres 34 miesiące, a nie 4 miesiące.

Uzasadniając swoje stanowisko, Odwołujący wskazał, że Dobra Energia powinna wnieść Finansowanie Kapitałowe w ciągu 4 miesięcy od zawarcia Umowy o PPP, „*tymczasem z załączników 7a i 8a do Formularza Ofertowego wynika, że Dobra Energia zaoferowała Zamawiającemu wniesienie Finansowania Kapitałowego w celu sfinansowania Kosztów Budowy przez okres 34 miesięcy budowy.*” Dalej Odwołujący skonkludował, iż jest to sprzeczne z SIWZ i że w przypadku Dobrej Energii oznacza to, iż do Zamknięcia Finansowego dojdzie dopiero po upływie 34 miesięcy budowy, co z kolei oznacza, że osiągnięcie Zamknięcia Finansowego w wymaganym przez Zamawiającego terminie 4 miesięcy od zawarcia Umowy o PPP nie będzie możliwe.

Zamawiający wskazał, że rozumowanie Odwołującego jest błędne.

Zgodnie z SIWZ termin Zamknięcia Finansowe oznacza:

- „(i) *wniesienie Wkładu Pieniężnego Wspólników na kapitał zakładowy, kapitał zapasowy lub kapitał rezerwowy Partnera Prywatnego w wysokości co najmniej 25.000.000,00 (dwudziestu pięciu milionów) złotych lub zaksięgowanie na rachunku bankowym Partnera Prywatnego kwoty 25.000.000,00 (dwudziestu pięciu milionów) złotych z tytułu zawartej przez Partnera Prywatnego umowy Pożyczki Podporządkowanej lub umowy Pożyczki Podporządkowanej FI oraz*
- (ii) *zawarcie przez Partnera Prywatnego umowy lub umów z podmiotami zapewniającymi Finansowanie Dłużne łącznie w łopocie równej co najmniej sumie określonych zgodnie z*

Ofertą Partnera Prywatnego (i) $K_{B,of}$ oraz (ii) $K_{BKS,of}$ oraz (iii) środków, np. w formie odnawialnej linii, na sfinansowanie podatku VAT w części dotyczącej kosztów budowy $K_{B,of}$ i $K_{BKS,of}$ oraz (iv) Rezerw Finansowych oraz (v) kosztów opłat i prowizji sfinansowanych Finansowaniem Dłużnym oraz (vi) skapitalizowanych odsetek Okresu Budowy.”

Z powyższej definicji wynika, że w celu spełnienia warunków Zamknięcia Finansowego Partner Prywatny powinien zapewnić środki w postaci kapitału lub pożyczek podporządkowanych w kwocie 25 mln zł i jednocześnie zawrzeć umowy z podmiotami zapewniającymi Finansowanie Dłużne na kwoty umożliwiające sfinansowanie nakładów inwestycyjnych, kosztów finansowych, rezerw finansowych oraz podatku VAT. Powyższa definicja nie ustanawia zatem wymogu, aby całe Finansowanie Kapitałowe zostało wniesione w terminie 4 miesięcy od daty podpisania umowy o PPP. Wystarczające będzie wniesienie kwoty 25 mln zł. Nie ma przeszkód, aby w późniejszym okresie dalej było wnoszone Finansowanie Kapitałowe w wyższej wysokości.

Dlatego też argumentacja Odwołującego opierająca się na twierdzeniu, że pełna kwota Finansowania Kapitałowego ma zostać wniesiona w okresie 4 miesięcy od podpisania Umowy o PPP jest błędna, bowiem jest niezgodna z definicją Zamknięcia Finansowego zawartą w załączniku do SIWZ.

W Formularzu Ofertowym w załącznikach 7a i 7b (plik Excel) Zamawiający ściśle określił komórki, gdzie kwota 25 mln zł winna się zawierać (Formularz Ofertowy zarówno Dobrej Energii jak i Odwołującego zostały w tym zakresie poprawnie wypełnione) oraz określił komórki odpowiadające 36 miesiącom Okresu Budowy, w jakim Finansowanie Kapitałowe powinno zostać wniesione. Taka konstrukcja Formularza Ofertowego powinna być dla wykonawców oczywista, bowiem jasno wskazuje, w jakim okresie pełna kwota Finansowania Kapitałowego powinna zostać wniesiona.

Odwołujący stwierdził, że kwota Finansowania Kapitałowego zgodnie z ofertą Dobrej Energii będzie wnoszona w okresie 34 miesięcy. Jest to okoliczność niesporna, zgodna ze stanem faktycznym. Jednak następnie Odwołujący dochodził już do błędnych wniosków, że do Zamknięcia Finansowego dojdzie dopiero po tym okresie. Jak wykazano bowiem powyżej, w oparciu o definicję Zamknięcia Finansowego, wniesienie całości Finansowego Kapitałowego nie jest konieczne do spełnienia warunków Zamknięcia Finansowego.

/Część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego/

Podsumowując, Dobra Energia uzupełniła harmonogram wnoszenia Finansowania Kapitałowego w Formularzu Ofertowym prawidłowo, w sposób zgodny z SIWZ, a podniesiony przez Odwołującego zarzut jest bezzasadny.

Ad zarzutu XVIII

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Dobrej Energii, pomimo że oferta ta zdaniem Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ załączona do niej opinia audytora nie spełnia określonych w SIWZ wymagań (pkt 17.20.5 SIWZ oraz Załącznik nr 13 do SIWZ. Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie przedstawił przy tym żadnych dowodów rzekomej niezgodności, ani nawet nie wyjaśnił na czym konkretnie miałyby ona polegać i dlaczego przypuszcza, iż akurat ten dokument mógłby nie spełniać wymagań Zamawiającego. Poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, że *„zdaniem Odwołującego opinia niezależnego audytora przedłożona do Modelu Finansowego Dobrej Energii nie spełnia wymagań ustanowionych w załączniku nr 13 do SIWZ, w tym nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do potwierdzenia prawidłowości modelu finansowego.”* Odwołujący nie opiera się w tym zakresie na żadnych dowodach, ani nawet uprawdopodobnieniach, a jedynie przedstawia swoje przypuszczenie. Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała w przeszłości w swoim orzecznictwie, że *„Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Niewystarczające jest zatem wskazanie w odwołaniu luźnej myśli, co, też własnych podejrzeń, ale konieczne jest także udowodnienie zarzutów.”* - wyrok z dnia 25 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 181/19).

Zarzut dotyczący opinii audytora jest jednym z zarzutów stawianych przez Odwołującego bez jakiegokolwiek oparcia w konkretnych dowodach, najwyraźniej z nadzieją, że ten brak uda się wykonawcy w jakiś sposób uzupełnić na dalszym etapie lub że jego uzupełnienie przejmie na siebie sama Izba. Tymczasem zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zasady dotyczące rozkładu ciężaru dowodu *„należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności.”* Na obecnym etapie omawiany zarzut nie został nawet uprawdopodobniony, nie mówiąc o jego udowodnieniu. Pozostaje on w sferze czystej spekulacji Odwołującego. Tym bardziej, że opinia audytora znajduje się w części oferty Dobrej Energii zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

/Część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Dobrej Energii/

Ad zarzutu XIX

Odwołujący podniósł ponadto, że oferta Dobrej Energii powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, z powodu założenia przez Dobrą Energię w ofercie rozwiązania Rezerw Finansowych, ujętego w zakładkach Zał. 7b i Zał. 8b Formularza Ofertowego niezgodnie z wymaganiami SIWZ w latach 8-10 Okresu Eksploatacji, co z kolei powoduje, iż wyliczenie Nadwyżki Finansowej i ERR jest nieprawidłowe, a zatem prowadzenie rozliczeń między Zamawiającym a Dobrą Energią nie będzie możliwe w toku obowiązywania Umowy o PPP w

określonych okolicznościach.

Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny.

Termin „Rezerwy Finansowe” został zdefiniowany w dokumentacji postępowania i w uproszczeniu omacza rezerwy standardowo wymagane przez podmioty udzielające Finansowania Dłużnego (tj. kredytu lub pożyczki) na zabezpieczenie przyszłych wydatków pieniężnych Partnera Prywatnego w Okresie Eksploatacji, związanych z obsługą zadłużenia, a także dodatkowymi nakładami inwestycyjnymi lub remontowymi na Instalację (np. rezerwy DSRA lub MRA). Pojęcie „Rezerw Finansowych” nie obejmuje natomiast rezerw na przekroczenie budżetu wydatków inwestycyjnych związanych z nakładami na budowę ITPO lub KS w Okresie Budowy.

Zgodnie z SIWZ i treścią Formularza Ofertowego załączonego do SIWZ, wykonawca zobowiązany był przedstawić w ofercie Formularz Ofertowy, zawierający m.in. wypełniony przez Wykonawcę:

- Załącznik nr 7b (zakładkę) do Formularza Ofertowego, w miejscach oznaczonych przez Zamawiającego, zawierający harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych sfinansowanych Finansowaniem Kapitałowym i Finansowaniem Dłużnym - w odniesieniu do ITPO,
- Załącznik nr 8b (zakładkę) do Formularza Ofertowego, w miejscach oznaczonych przez Zamawiającego, zawierający harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych sfinansowanych Finansowaniem Kapitałowym i Finansowaniem Dłużnym - w odniesieniu do Kotłowni Szczytowej.

Zatem, w Formularzu Ofertowym w pozycji 2 Załączników 7b i 8b należało przedstawić harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych osobno dla ITPO (Załącznik nr 7b) i osobno dla Kotłowni Szczytowej (Załącznik nr 8b).

Zamawiający wskazał przy tym w objaśnieniach dotyczących sposobu wypełniania tych Załączników, że:

- wpisywane przez Wykonawcę „Kwoty i ich rozkład w czasie muszą być zgodne z ofertami podmiotów zapewniających Finansowanie Kapitałowe i Dłużne zarówno w przypadku harmonogramu określonego w Załączniku nr 7b, jak i Załączniku nr 8b,
- w przypadku harmonogramu dla ITPO - "Suma wpisanych kwot musi się równać kwocie wpisanej w pozycji 1.2 i 1.5 Załącznika nr 7",
- w przypadku harmonogramu dla Kotłowni Szczytowej "Suma wpisanych kwot musi się równać kwocie wpisanej w pozycji 1.2 i 1.5 Załącznika nr 8."

Natomiast we wspomnianych wyżej pozycjach 1,2 i 1.5 odpowiednio Załącznika nr 7 i Załącznika nr 8 do Formularza Ofertowego wykonawca zobowiązany był wpisać zbiorczo kwoty Finansowania Kapitałowego i Finansowania Dłużnego na pokrycie Rezerw

Finansowych odpowiednio dla ITPO i KS. Innymi słowy, suma dwóch kwot wskazanych w pozycjach 1.2 oraz 1.5 Załącznika nr 7 powinna zostać rozbita na poszczególne lata Okresu Eksploatacji w Załączniku nr 7b - dla ITPO. Natomiast suma dwóch kwot wskazanych w pozycjach 1.2 oraz 1.5 Załącznika nr 8 powinna zostać rozbita na poszczególne lata Okresu Eksploatacji w Załączniku nr 8b - dla KS.

Zatem, zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w Formularzu Ofertowym w pozycji 2 załączników 7b i 8b należało przedstawić harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych dla ITPO i KS w poszczególnych latach Okresu Eksploatacji. Zamawiający wymagał, aby wpisywane przez Wykonawcę kwoty były zgodne z ofertami, które Wykonawca otrzymał od Podmiotów Finansujących i aby suma kwot przedstawionych w tych harmonogramach była równa kwotom przedstawionym zbiorczo w innym miejscu Formularza Ofertowego.

Ponadto, zgodnie z pkt 2.4 Załącznika nr 13 do SIWZ (Opis wymagań Modelu Finansowego załączanego do oferty) Zamawiający wskazywał, że „Co do zasady, dane w Modelu Finansowym powinny być spójne z danymi wprowadzanymi przez Partnera Prywatnego do Formularza Ofertowego. Ewentualne różnice i niespójności powinny być wymienione i uzasadnione w Księdze Założeń do Modelu Finansowego.” Zatem, harmonogramy dotyczących rozwiązania Rezerw Finansowych określone w Formularzu Ofertowym powinny być spójne z Modelem Finansowym.

Zamawiający nie postawił w SIWZ żadnych innych wymagań dotyczących sposobu wypełnienia harmonogramów dotyczących rozwiązania Rezerw Finansowych w Formularzu Ofertowym. W szczególności z żadnego punktu Formularza Ofertowego, ani jakiegokolwiek innego dokumentu załączonego do SIWZ nie wynika, aby Wykonawca zobowiązany był wpisywać do harmonogramu rozwiązania Rezerw Finansowych wartości dodatnie lub zero. Tym samym jak najbardziej dopuszczalne było wpisane w określonych miejscach wartości ujemnych, jeśli wynikało to z przyjętej przez Wykonawcę inżynierii finansowej i Modelu Finansowego.

W Modelu Finansowym i Formularzu Ofertowym Dobra Energia ustaliła wysokość obciążeń z tytułu obsługi Finansowania Dłużnego w konkretnych wielkościach różnych dla poszczególnych okresów w zależności od wysokości generowanych przepływów pieniężnych i kształtowania się wskaźnika DSCR. Przyjęta przez Dobrą Energię metodologia maksymalizuje wysokość kwot przeznaczonych na obsługę zadłużenia przyczyniając się do obniżenia kosztów finansowych Przedsięwzięcia. Konsekwencją tak przyjętego sposobu ustalania wysokości kwot przeznaczonych na obsługę zadłużenia jest fakt, że w okresie spłaty wysokość rezerwy DSRA będzie ulegać zmianie w zależności od wysokości obciążeń dotyczących obsługi Finansowania Dłużnego. W okresach, kiedy wysokość kwot

przeznaczonych na obsługę zadłużenia rośnie wysokość rezerwy DSRA również rośnie w związku z czym pojawiają się ujemne kwoty pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego.

Nie budziło zatem żadnych wątpliwości Zamawiającego, że wielkości dodatnie w pozycji 2 Załącznika nr 7b i 8b Formularza Ofertowego Dobrej Energii oznaczają rozwiązanie rezerw w sytuacji równych lub malejących obciążeń wykonawcy z tytułu obsługi istniejącego zadłużenia. Wielkości ujemne natomiast (co ma miejsce w przypadku oferty Dobrej Energii dla kilku konkretnych lat) oznaczają, że w tych okresach następuje zwiększenie wysokości rezerwy DSRA w związku ze wzrostem obciążeń z tytułu obsługi zadłużenia. Taki sposób prezentacji w Formularzu Ofertowym Dobrej Energii jest spójny z Modelem Finansowym Dobrej Energii i wymaganiami Podmiotów Finansowych udzielających Finansowania Dłużnego.

Zamawiający uznał zatem przyjęty przez Dobrą Energię sposób określenia zmian wysokości Rezerw Finansowych, przedstawionych w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego za prawidłowy i w pełni zgodny z wymaganiami Zamawiającego, bowiem:

- jest on zgodny ze schematem obsługi zadłużenia przedstawionym w Modelu Finansowym Dobrej Energii załączonym do oferty, gdzie wielkość obciążeń z tytułu obsługi zadłużenia jest zmienna i rośnie w wybranych okresach, co przekłada się na konieczność wzrostu rezerwy DSRA (wówczas w pozycji 2 załączników 7b i 8b występuje kwota ujemna),
- w przypadku, gdyby w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego Dobra Energia przedstawiła tylko wielkości nieujemne jak sugeruje Odwołujący (oznaczające brak zmiany wysokości Rezerw Finansowych lub ich spadek) to dla okresów, w których rośnie obciążenie z tytułu obsługi zadłużenia i w konsekwencji wysokość rezerwy DSRA Formularz Ofertowy zawierałby błąd, bowiem byłby niezgodny z Modelem Finansowym i wymaganiami podmiotów udzielających Finansowania Dłużnego co narażałoby Dobrą Energię na zarzut braku wymaganej zgodności pomiędzy Formularzem Ofertowym a Modelem Finansowym oraz wymaganiami Podmiotów Finansujących,
- Zamawiający pozostawił swobodę oferentom co do przedstawienia schematu obsługi Finansowania Dłużnego w Formularzu Ofertowym, stawiając jedynie warunek, że musi być on zgodny z Modelem Finansowym i wymaganiami Podmiotów Finansujących. Konsekwencją określenia dla wybranych okresów rosnącego obciążenia z tytułu obsługi zadłużenia jest przyrost kwoty rezerwy DSRA skutkujący ujemnymi kwotami (kwestionowanymi przez Odwołującego) w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego,
- Zamawiający wymagał, aby w Formularzu Ofertowym został określony harmonogram fundowania Rezerw Finansowych w Okresie Budowy z Finansowania Kapitałowego i Finansowania Dłużnego, aby na dzień rozpoczęcia Okresu Eksploatacji osiągnąć wielkość wymaganą przez Podmioty Finansujące udzielające Finansowania Dłużnego oraz aby w

okresie spłaty, poziom rezerwy DSRA korespondował z kwotą przewidzianą do obsługi zadłużenia w danym okresie - warunki te zostały spełnione przez Dobrą Energię,

- wymaganie Zamawiającego, aby suma kwota (dodatnich i ujemnych) ujętych w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego była równa sumie z pozycji 1.2 i 1.5 załączników 7a i 8a Formularza Ofertowego zostało spełnione, co oznacza, że Rezerwy Finansowe utworzone w Okresie Budowy są w całości rozwiązane w Okresie Eksploatacji. Ponadto, odnosząc się do dalszych zastrzeżeń Odwołującego Zamawiający wskazał, że zgodnie z podstawowymi zasadami arytmetyki, sumować można również wartości ujemne. Powszechną wiedzą jest, że aby dodać dwie liczby o różnych znakach, mających różną wartość bezwzględną, należy odjąć od większej wartości bezwzględnej mniejszą wartość bezwzględną i przed wynikiem wpisać taki znak, jaki ma liczba o większej wartości bezwzględnej, np. $(-3) + 5 = 5 - 3 = 2$. Jest to podstawowa wiedza z dziedziny matematyki. Dodatkowo, Formularz Ofertowy został skonstruowany przez Zamawiającego w programie MS Excel w taki sposób, że opracowane przez Zamawiającego formuły automatycznie sumują w nim wszystkie cząstkowe kwoty zawarte w harmonogramie rozwiązania Rezerw Finansowych, a więc zarówno kwoty dodatnie jak i ujemne (rozwiązywanie i zawiązywanie rezerw) i obliczają z nich sumę końcową, sprawdzając, czy ta suma jest równa wartościom wskazanym przez wykonawcę w Załączniku nr 7 i Załączniku nr 8 odpowiednio. Gdyby tak policzone sumy nie zgadzały się z sumami wskazanymi w pozycjach 1.2 oraz 1.5 odpowiednio Załącznika nr 7 i Załącznika nr 8, w Formularzu Ofertowym wyświetliłby się komunikat „Błąd”. Już choćby ten fakt, przemawia za tym, że rozwiązanie przyjęte przez Dobrą Energię było dopuszczalne i prawidłowe.

Zatem, sumując określone liczby wpisane przez Dobrą Energię w harmonogramie rozwiązania Rezerw Finansowych należy brać pod uwagę nie tylko liczby dodatnie wskazane w tym harmonogramie (tak jakby chciał Odwołujący), ale również liczby ujemne, zgodnie z zasadami arytmetyki. Wówczas uzyskane wyniki są zgodne z liczbami wpisanymi przez Dobrą Energię w Załącznikach nr 7 i 8 Formularza Ofertowego.

Odwołujący podniósł również, że EIRR bazująca na wadliwym wyniku obliczenia Nadwyżki Finansowej (na skutek niewłaściwego określenia harmonogramu rozwiązania Rezerw Finansowych) uniemożliwia dokonanie prawidłowego Rozliczenia Roczego. Powyższe rozumowanie jest błędne, ponieważ:

- przyjęty przez wykonawcę Dobra Energia harmonogram rozwiązywania rezerw finansowych w żadnym wypadku nie uniemożliwia dokonania Rozliczenia Roczego. Mechanizm Rozliczeń przewiduje bowiem dokonywanie obliczeń EIRR zarówno w okresach rocznych, jak i narastająco w całym cyklu życia projektu tak, aby sumarycznie Partner Prywatny uzyskał takie wynagrodzenie z zaangażowanego kapitału, jakie wynika z jego oferty,

- o ile należy się zgodzić, że harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych wpływa na wysokość Nadwyżki Finansowej w poszczególnych latach, to należy wskazać, że ujęcie kwot ujemnych w wybranych okresach pozycji 2 załączników 7a i 7b Formularza Ofertowego (oznaczających wzrost Rezerw Finansowych w tych okresach) nie polepsza pozycji Partnera Prywatnego z tytułu całościowego rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Partnerem Prywatnym w okresie realizacji Przedsięwzięcia, może jedynie powodować modyfikacje w konkretnych latach, co nie powoduje korzyści Partnera Prywatnego w pełnym okresie funkcjonowania Przedsięwzięcia.

Dodatkowo Zamawiający pokreślił, że przedstawiony w ofercie Dobrej Energii schemat spłat, maksymalizujący kwoty spłaty w okresach, gdzie na to pozwalają generowane przepływy pieniężne powoduje, iż dochodzi do optymalizacji poziomu kosztów finansowych. Rzeczywiste koszty obsługi zadłużenia, zgodnie z zasadami wynagradzania Partnera Prywatnego stanowią część jego wynagrodzenia. Zatem taka metodologia ustalenia schematu spłat Finansowania Dłużnego (której konsekwencją jest pojawianie się wielkości ujemnych w wybranych okresach w pozycji 2 załączników 7a i 7b Formularza Ofertowego), jest korzystna dla Zamawiającego, bowiem obniża poziom kosztów obsługi Finansowania Dłużnego (odsetek), co w konsekwencji przyczyni się do możliwości zaoferowania niższej ceny ciepła dla mieszkańców Olsztyna.

Ad zarzutu XX

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp oraz pozostałe wskazane w odwołaniu przepisy poprzez nierówne traktowanie wykonawców, tj. Dobrej Energii oraz Odwołującego. Odwołujący w głównej mierze oparł swój zarzut na stanowisku, że Zamawiający podjął względem oferty Odwołującego „szeroko zakrojone czynności”, mające na względzie ustalenie, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, czego nie uczynił względem oferty Dobrej Energii.

Powyższy zarzut jest całkowicie bezzasadny, na co bezpośrednio wskazują analogiczne czynności podejmowane przez Zamawiającego zarówno względem Odwołującego, jak również względem Dobrej Energii.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie zastosował procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp. Dlatego też w pierwszej kolejności dokonał oceny JEDZ przedłożonych przez Odwołującego i Dobrą Energię oraz JEDZ podmiotów, na których zasoby powołali się obaj Wykonawcy. Następnie zarówno jednego, jak i drugiego wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismami z dnia 15.05.2019 r. wzywał do przedstawienia określonych wyjaśnień i uzupełnień treści JEDZ w tym samym terminie. Następnie Zamawiający zarówno dla Dobrej Energii, jak i Odwołującego wydłużył termin na złożenie ww. wyjaśnień i uzupełnień. Cały czas Zamawiający traktował jednakowo obu Wykonawców.

W odpowiedzi na pisma Zamawiającego, Dobra Energia pismem z dnia 20.05.2019 r. złożyła wyjaśnienia wraz z uzupełnionym JEDZ. Natomiast Odwołujący złożył swoje wyjaśnienia wraz z uzupełnionym JEDZ pismem z dnia 21.05.2019 r.

Ponadto, Zamawiający zarówno względem oferty Odwołującego jak i Dobrej Energii przeprowadził dogłębną analizę przedłożonych przez nich oświadczeń oraz dokumentów, w celu określenia, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

Względem oferty Dobrej Energii, Zamawiający dogłębnie przeanalizował oświadczenia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, weryfikując przedstawione referencje m.in. na podstawie informacji oraz dokumentów dostarczonych przez doradcę technicznego i członka Komisji Przetargowej (załącznik 140 do protokołu postępowania), takich jak:

- 1) Prezentacja pt. „Madrid City Waste Management System”,
- 2) Opracowanie pt. „From Bio-Waste to Biofuel Spain Study Tour Report” October 2016,
- 3) Opracowanie pt. „La nouvelle generation des centres de traitement de dechets menagers”,
- 4) Opracowanie pt. „Dossier de demande d'autorisation de reajustement de capacite” 23 septembre 2011 r.

Analiza powyższych dokumentów przez Zamawiającego potwierdziła, że informacje wskazane przez Dobrą Energię w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu są prawdziwe i odpowiadają treści oświadczeń złożonych przez Dobrą Energię. Informacje zawarte w JEDZ w zestawieniu z posiadanymi przez Zamawiającego dokumentami oraz wiedzą doradcy technicznego nie budziły wątpliwości Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający uznał, że nie ma potrzeby prowadzenia dalszych czynności wyjaśniających w tym wzywania do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień przez Dobrą Energię i zakończył tym samym ocenę oświadczeń Dobrej Energii uznając, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Inaczej sytuacja wyglądała odnośnie informacji przekazanych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do zarzut I odwołania, Odwołujący w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - TME. Odwołujący wskazał w JEDZ inny zakres doświadczenia TME niż następnie wskazany w piśmie z dnia 21 maja 2019 r. Wprowadzenie w błąd polegało również na zatajeniu informacji o tym, że TME nie wykonywało dokumentacji projektowej w pełnym zakresie.

W zakresie związanym z projektowaniem przez TME z informacji posiadanych przez członka Komisji Przetargowej, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do rzetelności informacji przekazanych przez Odwołującego. Zamawiający w związku z zaistniałymi wątpliwościami był zobowiązany do podjęcia dodatkowych czynności, które miały na celu rozwianie wszelkich

wątpliwości w tym zakresie. W tym celu Zamawiający m.in. rozesłał do zamawiających oraz wykonawców, co do których posiadał wiedzę, że współpracowali z TME, wniosek o udostępnienie informacji publicznej, w którym Zamawiający pytał o zakres prac wykonywanych przez TME przy tych projektach. Wnioski o udostępnienie informacji publicznej zostały rozesłane przez Zamawiającego do 7 podmiotów (zał. 71, 73, 74, 76, 80, 82, 122 do protokołu postępowania). Dodatkowo, Zamawiający we własnym zakresie dokonał weryfikacji podanych przez Odwołującego informacji, na stronach internetowych, projektów w których brał udział TME (zał. 116 do protokołu postępowania). Z uzyskanych przez Zamawiającego informacji, zarówno w odpowiedzi na wnioski o udostępnienie informacji publicznej, jak również z informacji na ww. stronach internetowych, wynikało, że TNIE nie mógł wykonywać prac wskazanych w części IV sekcja C (zdolność techniczna i zawodowa) pkt 1a) na str. 13 JEDZ TME.

Mając na uwadze powyższe oraz argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutu I odwołania, w pełni uzasadnione było dokonywanie przez Zamawiającego dodatkowych czynności, których Zamawiający nie podejmował względem oferty Dobrej Energii. W tym przypadku nie sposób również zarzucić Zamawiającemu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W doktrynie oraz orzecznictwie równe traktowanie rozumie się w ten sposób, że *„dwa podmioty znajdujące się w podobnej sytuacji powinny być traktowane tak samo, a w różnej sytuacji - różnie. Dyskryminacją jest także równe potraktowanie podmiotów znacznie się od siebie różniących pod względem cechy relewantnej”* (B. Kłos, J. Szymańczak, Zasada równości i zasada niedyskryminacji, Studia BAS Nr 2(26) 2011, s. 42 i n.).

Różnica traktowania podmiotów jest uzasadniona, o ile jest ona oparta na kryterium racjonalnym i obiektywnym (C-127/07, Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v Premier ministre, Ministre de l'Ecologie et du Développement durable and Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie [2008]).

W przypadku badania ofert złożonych przez Odwołującego oraz Dobrą Energię Zamawiający zastosował te same mechanizmy kontroli wobec obydwu podmiotów. Niemniej jednak w trakcie oceny oświadczeń dotyczących spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w stosunku do oświadczeń Odwołującego, na podstawie uzyskanych informacji Zamawiający nabrał uzasadnionych wątpliwości, co do ich rzetelności. Od tego momentu sytuacja obydwu wykonawców nie była już taka sama, gdyż tylko co do jednego z wykonawców zaistniały przesłanki do dokonania dodatkowych czynności wyjaśniających. W konsekwencji w sposób w pełni uzasadniony Zamawiający podjął inne działania względem Odwołującego, co jednocześnie nie świadczy o nierównym traktowaniu Wykonawców.

Co istotne, brak przeprowadzenia przez Zamawiającego dodatkowych czynności wyjaśniających względem oferty Odwołującego skutkowałby brakiem możliwości ustalenia, że

Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, a w konsekwencji brakiem podjęcia wymaganej przepisami Pzp decyzji o jego wykluczeniu.

III. Bezzasadność wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego - dotyczy cofniętych zarzutów XI, XII.

Załączniki:

1. Uchwała Zgromadzenia Wspólników nr 28/19 z dnia 30 maja 2019 r. tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiającego;
2. Raport z lipca 2019 r., pt. "Budowa Instalacji Termicznego Przekształcania Frakcji Palnej Odpadów i Kotłowni Szczytowej w Olsztynie - Dobra Energia dla Olsztyna - ocena oferowanej produkcji energii elektrycznej" sporządzony przez Ramboll Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - tajemnica przedsiębiorstwa (zawiera informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Dobrej Energii);
3. Opinia ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z dnia 5 lipca 2019 r. - tajemnica przedsiębiorstwa (zawiera informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Dobrej Energii).

Wykonawca: Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniosł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wykonawca - Dobra Energia dla Olsztyna Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w wyniku spełnienia przesłanek skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym dalej „Przystępującym”.

Nie wystąpiły okoliczności spełniające przesłanki odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego i Przystępującego co do rozstrzygnięcia odwołania przez oddalenie z powodu braku legitymacji czynnej do wniesienia odwołania po stronie Odwołującego – niespełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – na skutek ceny oferty Odwołującego znacznie przewyższającej kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego z ceną 4.988.306.470,88 PLN brutto, Przystępującego 3.522.466.569,77 PLN brutto, kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 1.848.650.000,00 PLN

brutto, z jej zwiększeniem do ceny oferty najkorzystniejszej, tj. do kwoty 3.522.466.569,77 PLN brutto (na podstawie Uchwały Zgromadzenia Wspólników nr 28/19 z dnia 30 maja 2019 r. - tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiającego - załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 lipca 2019 r.).

Stosownie do przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający udowodnił brak możliwości zwiększenia kwoty do poziomu ceny oferty Odwołującego, wskazując również na brak możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, jednakże nie ziszcila się pierwsza przesłanka przepisu. Mianowicie, na dzień wniesienia odwołania, według którego oceniana jest legitymacja czynna Odwołującego, oferta Odwołującego nie była ofertą najkorzystniejszą ani ofertą z najniższą ceną. Odwołanie dotyczyło wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Hipotetyczne rozważanie okoliczności jakie mogłyby powstać w przypadku wykluczenia Przystępującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty, w sytuacji przywrócenia Odwołującego do postępowania i uznania jego oferty za niepodlegającą odrzuceniu, co ewentualnie stworzyłoby okoliczności do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie mogło na tym etapie stanowić podstawy do odstąpienia od merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska, przedstawiając argumentację pogłębioną w stosunku do zamieszczonych w pismach wskazanych w pierwszej części uzasadnienia wyroku, złożyli dokumenty wnioskując o zaliczenie ich w poczet dowodów w sprawie. Odwołujący cofnął część zarzutów: XI, XII, XIV, XV, wraz z odpowiednimi częściami uzasadnienia odwołania, oznaczonymi w uzasadnieniu odpowiednio 11, 12, 14, 15 oraz żądaniami wynikającymi z cofniętych zarzutów. Uporządkowano na rozprawie kolejność części uzasadnienia odwołania dokonując zamiany uzasadnienia zarzutu 16 na 17, nie zmieniając przy tym numeracji punktów oznaczonych liczbami od 1 do 105. Żądania zamieszczone w odwołaniu, odpowiednie do cofniętych zarzutów oraz wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w zakresie objętym cofniętymi zarzutami (XI, XII, IV, XV) stały się bezprzedmiotowe. Izba pominęła te części w opisie uzasadnienia odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie oraz w uzasadnieniu rozstrzygnięcia Izby.

Strony i Przystępujący złożyli na rozprawie dokumenty wymienione niżej dokumenty,

niezależnie od dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego w formacie 2. płyt CD i 2. Pendrive:

1. Odwołujący:

08.07.2019 r.

- 1) pismo procesowe z 8 lipca 2019 r. – interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp i badanie możliwości finansowych Zamawiającego w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;
- 2) pismo/protokół Acea Ambiente (z tłumaczeniem na jęz. polski) z 2 stycznia 2017 r. – zmiany organizacyjne podmiotu;
- 3) pismo Acea Ambiente (z tłumaczeniem na jęz. polski) z 23 maja 2019 r. – oświadczenie, że Spółka TM.E S.p.A. na zlecenie Spółki Ambiente wykonała roboty wymienione w oświadczeniu jako lider Tymczasowego Zrzeszenia Przedsiębiorców TME-ConsCoop;
- 4) zestawienie nazw przedmiotów zamówień i wymaganych kwalifikacji technicznych w innych postępowaniach;
- 5) pismo TM.E S.p.A. (z tłumaczeniem na jęz. polski) z 17 czerwca 2019 r. (kierowane do Odwołującego) – Linea 2, Linea 3 w San Vittore przygotowanie projektów:
 - wstępny i końcowy projekt - Martino (wykorzystane do przetargu przez Acea Linea 2 i Linea 3),
 - pełny projekt rusztowych kotłów parowych – TME,
 - w kwestii technologii – projekt wstępny i końcowy – Martino;
- 6) pismo TM.E S.p.A. do Odwołującego (z tłumaczeniem na jęz. polski) z 19 czerwca 2019 r.
 - Projekt wstępny i końcowy – Martino, wykorzystana je Acea do przetargu dot. Linea 2 i Linea 3 w San Vittore, pełne zaprojektowanie zakładów powierzono TM.E, pełny projekt rusztowych kotłów parowych (...) TM.E.

17.07.2019 r.

- 1) pismo z 16 lipca 2019 r. z załącznikiem (wpływ do kancelarii Izby) Ws. Interesu we wniesieniu odwołania – podobnie jak pismo z 8 lipca 2019 r., oryginał złożony w dniu 17 lipca 2019 r.;
- 2) Zbiór pism i wyciągów z pism: z 20 maja 2019 r. (Odwołujący – Prezes KIO), 19 czerwca 2019 r. (Budimex – Odwołujący), (Keppel SEGHERS Belgium NV (partner), Cespa Compania Espanola de Servicios Publicos Auxiliares S.A. (partner) oraz Budimex S.A. (lider) – zawiązanie konsorcjum), opinia – dr inż. Dariusz Walasek – lipiec 2019 r. – wniosek: TM.E jako autor projektów wykonawczych ciągów technologicznych dla instalacji Linia 2 i Linia 3, opinia prawnika Avv. Andrea Fantappie z kancelarii Alberto Bianchi E Associati STUDIO LEGALE Florencja 20 maja 2019 r. (z tłumaczeniem na jęz. polski), pismo Conscoop do TM.E, do wiadomości Odwołującego z dnia 18 czerwca 2019 r. (z tłumaczeniem na jęz. polski) – TM.E przygotowała projekt, zbudowała, uruchomiła i

oddała do eksploatacji, w szczególności: rusztowe kotły parowe z instalacją oczyszczania spalin wraz z instalacjami pomocniczymi, jak również turbozespoły kondensacyjne wraz z instalacjami pomocniczymi, wliczając doń wszelkiego sprzętu, jego charakterystyk, rozmiarów konfiguracji, typu itp.;

3) pismo z 17 lipca 2019 r. – argumenty merytoryczne.

31.07.2019 r.

- 1) pismo procesowe z 30 lipca 2019 r. - załącznik: pismo TM.E z 24 lipca 2019 r. do KIO (z tłumaczeniem na jęz. polski) z Diagramem spalania „San Vittore”;
- 2) struktura projektu EveRe (instalacja termicznego przekształcania) 1 str. tabelaryczny układ wykonawców; referencje EveRe z 2 marca 2011 r. z tłumaczeniem na jęz. polski; pełnomocnictwo udzielone p. S. H. z 4 lipca 2019 r.; struktura projektu EnviRecover Energy-from-Waste – tabelaryczny układ wykonawców 1 str.; instalacja odzysku energetycznego – wydruk internetowy 1 str.; notatka prasowa dotycząca Hitachi Zosen Inova z 23.05. 2014 r. z tłumaczeniem na jęz. polski; wydruk internetowy notatki prasowej dotyczącej Hitachi Zosen Inova z tłumaczeniem na jęz. polski; korespondencja elektroniczna z 5 czerwca i 5 lipca 2019 r. (p. W. A. – p. V. K.) (z tłumaczeniem na jęz. polski); wydruk internetowy notatki ze zdjęciem: Zakład EnviRecover EfW w Hartlebury został ukończony, z tłumaczeniem na jęz. polski; wydruk internetowy – otwarcie – otwarcie instalacji EnviRecover; kopie załączników: 13, 3, 7a, 8a, 7b, 7a SIWZ, zestaw odpowiedzi na pytania 26N.

06.08.2019 r.

- 1) pismo procesowe z 6 sierpnia 2019 r. z załącznikami dotyczącymi finansowania;
- 2) pismo Odwołującego – podsumowanie z 6 sierpnia 2019 r.

2. Zamawiający:

08.07.2019 r.

- 1) odpowiedź na odwołanie z 8 lipca 2019 r. z załącznikami - wskazane wyżej;

17.07.2019 r.

- 1) pismo z 17 lipca 2019 r. (interes we wniesieniu odwołania ze stanowiskiem merytorycznym) z załącznikami (1-8).

31.07.2019 r.

- 1) pismo z 31 lipca 2019 r. – stanowisko merytoryczne z załącznikami (1-10),
- 2) pismo z 31 lipca 2019 r. z załącznikami merytorycznymi w sprawie finansowania zadania.

06.08.2019 r.

- 1) pismo z 5 sierpnia 2019 r. z załącznikami (m.in. opinia p. S. R., załączniki do formularza ofertowego oraz wydruk z portalu LinkedIn profilu p. D.S.T. z tłumaczeniem na jęz. polski),
- 2) segregator z dokumentami – Pisma i dokumenty przywołane w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z 24 czerwca 2019 r. złożone na rozprawie w dniu 8 lipca 2019 r., wg spisu

treści 35 pozycji,

3. Przystępujący:

08.07.2019 r.

1) pismo procesowe z 8 lipca 2019 r.

06.08.2019 r.

1) 2 części (Część I, Część II) – Dowody przedstawione przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt KIO 1179/19; część I dowody 1-20 (str. 002-194), część II dowody 21-33 (str. 002-078).

I. Zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania

Ustalenia Izby

Przedmiotem postępowania jest: *Wybór Partnera Prywatnego w celu wspólnej realizacji przedsięwzięcia w formie partnera publiczno-prywatnego, którego celem jest zapewnienie zagospodarowania odpadów poprzez termiczne przekształcanie frakcji palnej z odpadów komunalnych z terenu województwa warmińsko-mazurskiego, wraz odzyskiem energii w procesie wysoko sprawnej kogeneracji. Odzyskana energia zostanie wykorzystana m.in. dla zapewnienia dostaw dla mieszkańców Olsztyna.*

1. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp – pismo Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2019 r., z następującym uzasadnieniem:

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.

W ocenie Zamawiającego, SUEZ Termika Sp. z o.o. w niniejszym Postępowaniu dopuścił się niedbalstwa albo co najmniej lekkomyślności, przedstawiając informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które mogły mieć na decyzje podejmowane w Postępowaniu, tj. na decyzje związane z wykluczeniem lub brakiem wykluczenia SUEZ Termika Sp. z o.o. w kontekście oceny spełniania lub niespełniania przez SUEZ Termika Sp. z o.o. warunków udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z pkt 7.2.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca ubiegający się o udzielenie Zamówienia w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

„7.2.1. wykazał się doświadczeniem, zdobytym w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, w prawidłowym zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej I (jednego) z poniższych:

7.2.1.1. 1 (jednej) kompletnej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, lub

7.2.1.2. 1 (jednego) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin dla bloki instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton, spełniających na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE. L. z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.).”

W celu spełnienia powyższego warunku, SUEZ Termika Sp. z o.o. powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - spółki Termomeccanica Ecologia S.p.A. Spółka ta w części IV sekcja C (zdolność techniczna i zawodowa) pkt 1a) na str. 13 JEDZ Termomeccanica Ecologia S.p.A przedstawiła oświadczenie o następującej treści:

„Nazwa zadania:

budowa Instalacji o nazwie „Linia 2 ” obejmująca zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o „Linia 2” do Termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym, na rzecz Acea Risorse e Impianti per l’Ambiente Srl, Via Giordano Bruno, 7 05100 Terni

oraz

budowa instalacji o nazwie „Linia 3” obejmująca zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 3” do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym, na rzecz Acea Risorse e Impianti per l’Ambiente Srlr Via Giordano Bruno, 7 05100 Terni.”

Zamawiający pismem z dnia 15.05.2019 r. zwrócił się do SUEZ Termika Sp. z o.o. o informacje dotyczące:

- lokalizacji wskazanych wyżej instalacji,
- zakresu prac realizowanych przez Termomeccanica Ecologia S.p.A.,
- dokładnych terminów przekazania do eksploatacji każdej z linii,

- określenia, czy wskazane wyżej instalacje spełniają wymagania Dyrektywy 2010/75/UE.

W odpowiedzi, pismem z dnia 21.05.2019 r. SUEZ Termika Sp. z o.o. wskazał, iż:

- obie instalacje termicznego przekształcania frakcji energetycznej z odpadów komunalnych, wskazane w dokumencie JEDZ Termomeccanica Ecologia S.p.A. (tj. instalacje pn. „Linea 2” i „Linea 3”) położone są w miejscowości San Vittore we Włoszech,
- w ramach budowy obu ww. instalacji (tj. „Linea 2” i „Linea 3”), Termomeccanica Ecologia S.p.A. zrealizowała prace obejmujące m.in.: zaprojektowanie, wybudowanie, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji i) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi jak również ii) parowego turbozespołu kondensacyjnego wraz z instalacjami pomocniczymi,
- instalacje zostały oddane do eksploatacji w następujących terminach: „Linea 2” - 17 października 2011 roku oraz „Linea 3” - 28 grudnia 2011 roku,
- obie ww. instalacje spełniają wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE.

Powyższe wyjaśnienia odbiegały zatem od pierwotnej treści oświadczeń złożonych w JEDZ. Z JEDZ wynika bowiem, iż Termomeccanica Ecologia S.p.A. wybudowała całą instalację o nazwie „Linia 2” i „Linia 3”, a prace obejmowały zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 2” i „Linia 3”. Tym samym JEDZ sugerowała, iż Termomeccanica Ecologia S.p.A. zaprojektowała i wybudowała całą instalację, a więc posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt 7.2.1.1 SIWZ. Tymczasem w piśmie z dnia 21.05.2019 r. SUEZ Termika Sp. z o.o. że Termomeccanica Ecologia S.p.A. zrealizowała prace obejmujące zaprojektowanie, wybudowanie, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi jak również parowego turbozespołu kondensacyjnego wraz z instalacjami pomocniczymi. Tym samym w piśmie tym wskazano, że Termomeccanica Ecologia S.p.A. posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt 7.2.1.2 SIWZ., a więc w węższym zakresie niż pierwotnie wskazano.

Natomiast z informacji uzyskanych przez Zamawiającego, w tym zaświadczenia prawidłowej realizacji usług inżynierskich wydanego dla Martino Associati S.r.l.) przez spółkę EALL S.r.l. z 23 stycznia 2013 r., wynika, iż usługi projektowania („projekt wstępny i ostateczny”) instalacji „Linea 2” oraz „Linea 3” w San Vittore wykonała spółka Martino Associati S.r.l. bezpośrednio na rzecz spółki EALL z grupy kapitałowej Acea. Powyższe informacje są również zawarte na oficjalnej stronie internetowej Martino Associati S.r.l. (www.martinoassociati.it), gdzie wskazano m.in., iż podmiot ten wykonywał w San Vittore Linie 2 i 3 zakładu termicznego przekształcania odpadów w zakresie m.in. opracowania projektu wstępnego i końcowego oraz kierowania budową.

Ponadto, jak wynika ze strony internetowej spółki Conscoop (www.conscoop.it) oraz broszury reklamowej tej spółki, podmiot ten wykonywał w San Vittore w zakładzie termicznego przetwarzania (odpadów prace w ramach „projektu, budowy, dostosowania” w zakresie mającym na celu ukończenie prac nad budową zakładu termicznego przetwarzania odpadów obejmującym opracowanie projektu wykonawczego oraz przeprowadzenie działań w zakresie dostosowania i ulepszenia istniejącej elektrowni.

Tym samym prac projektowych w powyższym zakresie nie mogła wykonać Termomeccanica Ecologia S.p.A. A zatem w oświadczeniu podmiotu, na którego zasoby powoływał się Wykonawca SUEZ Termika Sp. z o.o., znalazły się informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Ponadto w celu spełnienia warunku z pkt. 7.2.1 SIWZ, Wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - spółki Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, która w części IV sekcja C (zdolność techniczna i zawodowa) pkt 1a) na str. 13 JEDZ Budimex S.A. przedstawiła oświadczenie o następującej treści:

„Liczba lat (okres ten został wskazany w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia): [zgodnie z ogłoszeniem w ostatnich 10 (dziesięciu) lat)

Data i miejsce wykonania: [31.08.2012- 31.12.2015, Białystok]

Roboty budowlane: Nazwa zadania:

Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z odzyskiem energii w Białymstoku Instalacja termicznego przekształcania odpadów z turbozespołem kogeneracyjnym i kotłem parowym o rocznej wydajności przerobowej 120 000 ton odpadów komunalnych (adres internetowy, wydający urząd lub organ, dokładne dane referencyjne dokumentacji): [www.lech.net.pl Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok]

[List referencyjny z dnia 4 kwietnia 2016 roku].

Natomiast z informacji posiadanych przez Zamawiającego, w tym zakresie prac wykonywanych przez Budimex S.A. w ramach konsorcjum wykonującego prace w ramach Budowy Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z odzyskiem energii w Białymstoku na rzecz PPHU Lech Sp. z o.o. w Białymstoku z dnia 24.11.2016 r., wynika, iż powyższe prace nie były wykonywane przez Budimex S.A. samodzielnie, ale w ramach konsorcjum ze spółką Keppel Seghers Belgium NV z siedzibą w Willebroek w Belgii oraz spółką Cespa Compania Espanola de Servicios Publicos Auxiliares S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii. Powyższe informacje zawarte są również w prezentacji Budimex-Keppel, prezentowanej na konferencji TPOK (Termiczne Przekształcanie Opadów Komunalnych) w Bydgoszczy w 2016 r., gdzie wskazano, iż zakres Keppel obejmował m.in. wykonanie kotła rusztowego, systemu oczyszczania spalin, systemów waloryzacji żużli oraz zestalania i stabilizacji popiołów.

W związku z tym Budimex S.A. nie może legitymować się doświadczeniem w wykonaniu całości robót budowlanych, co sugeruje oświadczenie zamieszczone w JEDZ. A zatem również w oświadczeniu drugiego podmiotu, na którego zasoby powoływał się SUEZ Termika Sp. z o.o., znalazły się informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-3 87/14 wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które sam zdobył realizując dane zamówienie.

Na gruncie orzecznictwa krajowego powyższa interpretacja znalazła zastosowanie w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2571/17, w którym Izba podkreśliła, iż: „Pojedynczy wykonawca może powołać się na doświadczenie zdobyte w ramach zamówienia wykonanego przez konsorcjum tylko w zakresie, w którym sam takie zamówienie wykonywał.”

Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyroku z dnia 26 maja 2017 r. sygn. akt KIO 905/17 Sygn. akt KIO 925/17, sygn. akt KIO 933/17, w którym Izba wskazała, iż „Wykonawca udostępniający swoje zdolności oraz doświadczenie może zatem uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył. Jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot.” Natomiast zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2017 r. sygn. akt KIO 1987/17 „niewystarczające jest w ocenie Izby powoływanie się na potencjał całego konsorcjum - bez wyraźnego wskazania jaką część - i o jakiej wartości - realizował Odwołujący (wstępujący poprzednio w konsorcjum).”

Podobne stanowisko wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 lutego 2018 r. o sygn. akt II GSK 4133/17, w którym podkreślił, „iż istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie zamówienia, wynikające z art. 141 p.z.p. nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wnikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia.”

Podobne stanowisko wyraził też Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii z dnia 4 maja 2009 r., gdzie podkreślił, że członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z wykonaniem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów.

Jak już wskazano na wstępie niniejszego pisma, 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.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2017 r. KIO 1004/17 „art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP ustanawia obligatoryjną przesłankę wkluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.” Dodatkowo, jak podkreśliła KIO w ww. wyroku, w stosunku do podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia jako profesjonalistów, obowiązuje zaostrzona zasada należytej staranności. Określa się ją w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Zgodnie z wypracowanym jednolitym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji włącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp” (por. np. KO 1978/17, KIO 1004/17). Ponadto, zgodnie z orzecznictwem KIO (np. wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r. sygn. KIO 1004/17), konsekwencje spowodowane podaniem nieprawdziwych informacji przez podmiot, na którego zasobach polegał wykonawca obciążają wykonawcę, który się na zasoby tego podmiotu powołał. Przekładając powyższe na grunt niniejszego Postępowania, należy zauważyć, że w odniesieniu do SUEZ Termika Sp. z o.o. zaktualizowały się wszystkie przesłanki przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Wskazana podstawa prawna dotyczy obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z powodu podania jakichkolwiek nieprawdziwych, błędnych lub zmanipulowanych informacji składanych w ofercie, w tym w JEDZ. Profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w przetargach zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu. Wykonawca przygotowując ofertę winien dochować staranności i ostrożności składając szczegółowe oświadczenia w JEDZ, gdyż to one stanowią o tym czy oferta wykonawcy zostanie oceniona na podstawie kryteriów oceny ofert. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Przepisy PZP nie przewidują bowiem żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji zawartej w jednolitym dokumencie i nie zawierają obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe lub błędne. Znaczenie ma różnica pomiędzy stanem faktycznym, a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku zmanipulowania sposobu przekazu prawdziwych informacji. Wykonawca w takiej sytuacji uważnie dobiera wybrane do przedstawienia informacje lub manipuluje słowami, by wywołać u zamawiającego wyobrażenie, iż podane przez niego informacje odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości informacja nieprzetworzona w ten sposób

przez wykonawcę wskazywałaby na niespełnianie wymagań Zamawiającego.

Przesłanka wkluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP może odnosić się do podania wprowadzających w błąd informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tak np. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2017 r. sygn. KIO 1657/17; wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r. sygn. KIO 576/17, wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r. sygn. KIO 382/17). Warto zauważyć, iż o ile w przypadku pkt 16 konieczne jest skuteczne wprowadzenie zamawiającego w błąd o tyle na gruncie art 24 ust. 1 pkt 17 nie jest już konieczne skuteczne działanie wykonawcy. Wystarczy, że przedstawi on informacje, które mogły do tego prowadzić. Dla możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu zbadać należy treść przedstawianej informacji i to, jaki skutek mogła ona wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2017 r. sygn. KIO 1004/17). Decyzjami Zamawiającego, na które wpływ mogło mieć przedstawienie przez SUEZ Termika Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji była choćby to, czy oferta ww. wykonawcy zostanie oceniona na podstawie kryteriów oceny ofert i czy wykonawca podlega wykluczeniu.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Wykonawcę z Postępowania.

2. Podważając czynność wykluczenia Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie - przez czynności i zaniechania - następujących przepisów ustawy Pzp - zarzuty I-III:

I. art. 24 ust. 1 pkt 17 przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania, Odwołujący nie działał lekkomyślnie lub niedbale, a informacja, którą Zamawiający uznał za wprowadzającą w błąd jest prawdziwa;

II. art. 26 ust. 1 i ust. 3 (względnie z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 2f), przez zaniechanie ich zastosowania tj. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów, względnie złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających m.in. spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przed dokonaniem oceny i ostatecznym uznaniem, czy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd i w konsekwencji podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17; art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie zastosowania w przypadku uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;

III. art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w ramach procedury self-cleaning.

3. W SIWZ – pkt 4. OPZ Zamawiający wskazał:

4.3. Dla zrealizowania celów wskazanych w pkt 4.1. niezbędne jest aby Partner Prywatny, na

zasadach określonych w Umowie o PPP: 4.3.1. zaprojektował i wybudował ITPO oraz Kotłownię Szczytową.

Pkt 7 Warunki udziału w postępowaniu:

pkt 7.2.1. - Zamawiający wymagał w zakresie zdolności technicznej i zawodowej by wykonawca „wykazał się doświadczeniem, zdobytym w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w prawidłowym zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej 1 (jednego) z poniższych:

7.2.1.1. 1 (jednej) kompletnej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, lub

7.2.1.2. 1 (jednego) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin dla bloku instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton, spełniających na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE L z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.)”.

Odwołujący składając ofertę złożył oświadczenia – formularze JEDZ innych podmiotów (trzech) udostępniających swoje zasoby na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej:

-TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia wskazując na str. 13 JEDZ (str. 235 oferty) nazwę zadania w związku, z którym nabył udostępniane doświadczenie, tj. budowa instalacji o nazwie „Linia 2” obejmująca zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 2” do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym; ii) budowa instalacji o nazwie „Linia 3” obejmująca zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania instalacji o nazwie „Linia 3” do termicznego przekształcania frakcji energetycznej stałych odpadów komunalnych o rocznej wydajności przerobowej 104 000 ton stałych odpadów komunalnych, z turbozespołem kondensacyjnym i kotłem parowym,
- oba zadania wykonane na rzecz Acea Ricorse e Impanti per l’Ambiente Sri („Acea”), Via Giordano Bruno, 7 05100 Terni.

W zobowiązaniu załączonym do oferty Odwołującego (str. 244-245) T.ME. wskazał, że przedmiotem udostępnienia jest „wiedza i doświadczenie uzyskane w związku z budową” obu ww. instalacji, o nazwach „Linia 2” i „Linia 3”, „polegające na zaprojektowaniu, wykonaniu i oddaniu do użytkowania (...)”.

- Budimex S.A. - na str. 13 JEDZ (str. 269 oferty) udostępnił zdolność techniczną i zawodową nabyte przy realizacji robót budowlanych pn. Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z odzyskiem energii w Białymstoku, Instalacja termicznego przekształcania odpadów z turbozespołem kogeneracyjnym i kotłem parowym o rocznej wydajności przerobowej 120 000 ton odpadów komunalnych na rzecz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego LECH Sp. z o.o. w Białymstoku.

Zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy o wskazanych inwestycjach powziął wątpliwości co do złożonych oświadczeń. Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, zgodnie z treścią wezwania z dnia 15 maja 2019 r.

Uzyskał wyjaśnienia z dnia 21 maja 2019 r. wskazujące zawężenie udostępnionego doświadczenia w stosunku do wskazanego w JEDZ – do doświadczenia nabytego w ramach budowy „Linea 2” i „Linea 3” w zakresie prac obejmujących m.in. zaprojektowanie, wybudowanie, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji; rusztowego kotła parowego (...) i parowego turbozespołu kondensacyjnego (...).

Mając podejrzenia podania faktów nie odpowiadających rzeczywistości na podstawie posiadanych już informacji o realizacji tej inwestycji, Zamawiający dokonał ustaleń we własnym zakresie, uzyskując potwierdzenie podejrzeń.

Przedstawione dowody:

Doświadczenie T.M.E.:

1. Zaświadczenie prezesa spółki EALL Sp. z o.o. z 23 stycznia 2013 r., że spółka Martino Associati Sp. z o.o. wykonała na rzecz spółki EALL projekt wstępny i ostateczny, analizę oddziaływania na środowisko i nadzór budowlany – instalacja termicznego spalania odpadów w Terni;
2. Akt notarialny z 12 czerwca 2019 r. o dokonanym w tym dniu przez p. J. B. pod nadzorem notariusza przeglądzie stron internetowych: martinoassociati i conscoop, z potwierdzeniem notariusza, że *print-screen* rzutów ekranu w sześciu częściach, których wydruki stanowią załączniki 1-6 i 7, zgodne są z treścią strony internetowej. Z tekstu w jęz. polskim wynika, że co Zakładu Termicznego Przetwarzania Odpadów w San Vittore (FR) – projekt, budowa, dostosowanie – Prace mające na celu ukończenie prac nad budową zakładu termicznego przetwarzania odpadów objęły opracowanie projektu wykonawczego oraz przeprowadzenie działań w zakresie dostosowania i ulepszenia istniejącej elektrowni, zlecono je przedsiębiorstwu Conscoop.

Niezależnie od przyznania w odwołaniu, że projekt wstępny i projekt ostateczny instalacji „Linea 2” i „Linea 3” wykonała spółka Martino Associati S.r.l., a w zakresie projektu rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin oraz instalacjami pomocniczymi, jak również parowego turbozespołu kondensacyjnego wraz z instalacjami pomocniczymi obu instalacji, TME wykonała wyłącznie projekt wykonawczy, któremu Odwołujący przypisał decydujące znaczenie w procesie projektowania. Na rozprawie Odwołujący przyznał, że TME nie dysponuje doświadczeniem w zakresie pełnego procesu projektowania.

Projektowanie obejmuje też obowiązek opracowania projektu budowlanego - art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1997 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186): Do podstawowych obowiązków projektanta należy: 1) opracowanie projektu budowlanego.

Doświadczenie Budimex S.A.:

1. Pismo PPHP LECH Białystok z 17 maja 2019 r. – przekazanie na wniosek Zamawiającego Umowy Konsorcjum oraz kopii Przejściowego Świadectwa Płatności (odpowiednio zredukowanego) - uzyskanych w trybie dostępu do informacji publicznej,
2. Z umowy konsorcjum z dnia 4 czerwca 2012 r. wynika, że konsorcjum tworzyły 3 podmioty: Keepel Seghers Belgium NV z siedzibą w Willebroek, Belgia (członek konsorcjum); Cespa Compania Espanola de Servicios Publicos Auxiliares, S.A. z siedzibą w Barcelonie, Hiszpania (członek konsorcjum); Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum). W § 3 ust. 1 umowy wskazano, że strony wspólnie posiadają niezbędną wiedzę, doświadczenie, potencjał organizacyjno-techniczny oraz wykwalifikowanych pracowników niezbędnych do ubiegania się o realizację Projektu.
3. Ze złożonych przez Zamawiającego kart – prezentacja dotycząca budowy instalacji w Białymstoku wynika, że generalnym wykonawcą było konsorcjum w składzie jak wyżej, z podziałem rzeczowym między partnerami konsorcjum – Budimex: Infrastruktura Budowlana, System Przyjmowania Odpadów, Kompletna Maszynownia, Wyprowadzenie Mocy; Keppel Seghers: Kocioł Rusztowy, System Oczyszczania Spalin, Waloryzacja Żużli, Zestawienia i Stabilizacja Popiołów.
4. Pismo Keepel Seghers Belgium NV z 5 czerwca 2019 r. kierowane do Zamawiającego informacja o realizacji budowy instalacji w Białymstoku w konsorcjum, której częścią był Budimex S.A. (w jęz. angielskim).

Z powyższego wynika, że zakresy zadań na podstawie, których podmioty trzecie udostępniły swoje zasoby - T.M.E. i Budimex, potwierdzone w JEDZ, nie zostały wykonane.

- T.M.E. w prawidłowym zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej (jednej) kompletnej instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z

odpadów, z turbozespołem kondensacyjnym lub kogeneracyjnym i kotłem parowym, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton odpadów komunalnych, frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, lub (jednego) rusztowego kotła parowego wraz z instalacją oczyszczania spalin dla bloku instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub w prawidłowym zaprojektowaniu, wybudowaniu, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej 1 frakcji energetycznej z odpadów komunalnych lub paliwa alternatywnego z odpadów, o rocznej wydajności przerobowej nie mniejszej niż 50 000 (pięćdziesiąt tysięcy) ton, spełniających na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (wersja przekształcona, Dz. U. UE L z 2010 r. Nr 334, str. 17 z późn. zm.) – deklarowanych w JEDZ i potwierdzonych w wyjaśnieniach z dnia 21 maja 2019 r. (druga pozycja).

- Budimex S.A. – wykonując Infrastrukturę Budowlaną, System Przyjmowania Odpadów, Kompletną Maszynownię, Wyprowadzenie Mocy - nie był wykonawcą pozostałej części: Kocioł Rusztowy, System Oczyszczania Spalin, Waloryzacja Żużli, Zestawienia i Stabilizacja Popiołów – w zakresie zadania: Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych z odzyskiem energii w Białymstoku, Instalacja termicznego przekształcania odpadów z turbozespołem kogeneracyjnym i kotłem parowym o rocznej wydajności przerobowej 120 000 ton odpadów komunalnych na rzecz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego LECH Sp. z o.o. w Białymstoku.

Doświadczenie nabyte przy realizacji wyłącznie wskazanej części zamówienia, mimo pełnienia zadań lidera konsorcjum, nie uprawnia do powoływania się na doświadczenie pozostałych członków konsorcjum nabyte na skutek realizacji przez nich innych części przedmiotu zamówienia, wyraźnie podzielonych do wykonania przez partnerów konsorcjum.

Dokonując tego rodzaju ustaleń, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, uznając że Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które miały wpływ na decyzję w sprawie wykluczenia Odwołującego z postępowania, w okolicznościach wskazujących na brak ogólnie wymaganej staranności przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu (lekkomyślność / niedbalstwo). W ocenie Odwołującego, wprowadzenie w błąd miało mieć zamierzony skutek.

Ocena Izby

Podstawa oceny niepodlegania wykluczeniu, bez względu na okoliczności faktyczne, dokonywana jest na dzień upływu terminu składania ofert. Dowodzenie faktów w postępowaniu odwoławczym, aż do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp) ma na celu i wywiera ten skutek, że ocenie podlegają czynności i zaniechania zamawiającego podjęte lub

zaniechane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, z uwzględnieniem oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą, z zastrzeżeniem uzupełnień lub wyjaśnień w przypadkach dozwolonych ustawą.

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze skutkiem wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp), a wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp) na skutek przedstawienia w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, są to dwie odrębne czynności zamawiającego i odrębne kwestie prawne.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zakres obowiązku wzywania wykonawcy wynika z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. Wprowadzenie zamawiającego w błąd w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ma ten skutek, że nie występuje możliwość sanowania następstw lekkomyślności lub niedbalstwa, rozumianych zgodnie z intencją ustawodawcy, jako niezachowanie przez profesjonalnego przedsiębiorcę ogólnie wymaganej staranności w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp), lecz sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy.

Co do stwierdzenia ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w toku oceny dokonanej przez Zamawiającego, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, uznając je za nienaruszające przepisów ustawy – lekkomyślność / niedbalstwo z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego z istotnym wpływem na decyzję w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy intencją Odwołującego było przekonanie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Przed nowelizacją ustawy Pzp (w lipcu 2016 r.) podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowił art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, obecnie podstawa tego rodzaju czynności została uregulowana m.in. w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Nawiązując do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r., w sprawie Esaprojekt C-387/14 należy uznać, że wykładnia wskazanego przepisu zmierza w kierunku, by wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego ze skutkiem istotnego wpływu na jego decyzje, mogło mieć miejsce w sytuacji,

gdy wykonawca dopuścił się niedbalstwa mogącego mieć taki wpływ w sprawie m.in. wykluczenia wykonawcy z postępowania, bez względu na to, czy naruszenie przepisów przez wykonawcę miało charakter umyślny czy też nie. Nie jest wymagane wykazywanie winy umyślnej wykonawcy, wystarczające jest wykazanie, że działanie wykonawcy było lekkomyślne lub niedbałe. W przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp brak jest przesłanki wpływu na wynik postępowania, która została zastąpiona ogólną przesłanką wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zatem, wykluczeniu podlega wykonawca, który przez złożenie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w sposób istotny wpłynął na jego decyzje, ale informacje te nie musiały mieć wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy 2014/24/UE wykluczeniu podlega wykonawca, który przedstawił zamawiającemu wprowadzające go w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia. Zatem, przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wystąpi wówczas, gdy wykonawca przedstawi zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd i mogące mieć wpływ na decyzje w sprawach wymienionych w art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy 2014/24/UE.

W sytuacji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie mają zastosowania przepisy art. 26 ust. 1, ust. 2f, ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w okolicznościach tej sprawy: oferta Odwołującego nie została najwyższej oceniona; odpowiedni przebieg postępowania o udzielenie zamówienia nie wymagał wezwania ze strony Zamawiającego wobec wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Odwołujący złożył oświadczenie i wyjaśnienie ocenione jako wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Procedura określona w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp ze skutkiem czynności wskazanej w ust. 9, stosowana jest przez wykonawców z własnej inicjatywy, bez obowiązku wzywania przez Zamawiającego, co wynika z treści przepisu. W świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, nie podjęcie czynności, do której nie zobowiązuje zamawiającego ustawa, nie stanowi podstawy odwołania w ramach środków ochrony prawnej.

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutów (I-III) odwołania. Izba wskazuje, że wobec nieuwzględnienia również zarzutów odwołania dotyczących Przystępującego i jego oferty, czynność Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, nie ma znaczenia dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

II. Zarzuty przedstawione w odwołaniu wobec czynności Zamawiającego dotyczące Przystępującego i jego oferty wybranej jako najkorzystniejsza – naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz wskazanie zaskarżonych czynności i zaniechania Zamawiającego: IV–X, XIII,

XVI-X:

A.

IV. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22 a przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SIWZ, w tym nie wykazał dysponowania zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie;

V. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu co do doświadczenia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SWIZ do wykonania zamówienia, ponieważ podmiot trzeci udostępniający ww. zasób sam nie posiada wymaganego doświadczenia;

VI. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten działając lekkomyślnie lub niedbale złożył nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SIWZ co do posiadanego doświadczenia do wykonania zamówienia wprowadzając w błąd Zamawiającego, a które to informacje mogły mieć wpływ na wynik postępowania;

ewentualnie (do zarzutu IV, V, VI);

VII. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22a przez zaniechanie wezwania wykonawcy Dobra Energia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia do wykonania zamówienia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.1 SIWZ, pomimo że wykonawca Dobra Energia nie wykazał spełniania tego warunku, w tym nie wykazał dysponowanie zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie oraz nie wykazał, że podmiot trzeci udostępniający ww. zasób posiada wymagane doświadczenia.

VIII. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22a przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3. SIWZ, w tym nie wykazał dysponowania zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie;

IX. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu co do dysponowania odpowiednio przygotowanym zawodowo personelem w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3 SWIZ do wykonania zamówienia, ponieważ osoba wskazana

przez tego wykonawcę nie posiada wymaganych kwalifikacji i doświadczenia;

X. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dobra Energia z postępowania, pomimo że wykonawca ten działając lekkomyślnie lub niedbale złożył nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3 SIWZ co do dysponowania odpowiednio przygotowanym zawodowo personelem w zakresie wymaganym w pkt 7.2.3 SWIZ wprowadzając w błąd Zamawiającego, a które to informacje mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Ustalenia Izby

Podmiot udostępniający zasób w postaci zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy - Urbaser Environnement SAS - wskazał w JEDZ (str. 13-14, str. 77-78 oferty): zaprojektowanie, wybudowanie, rozruch i przekazanie do użytkowania komunalnego centrum przetwarzania odpadów dla metropolii Aix Marseille-Provence, które obejmuje Instalację przetwarzania odpadów komunalnych wraz z odzyskiem energii. Wydajność roczna przerobowa 360 000 ton. W skład instalacji wchodzi kotłownia, turbozespoł kondensacyjny oraz instalacja oczyszczania spalin. Paliwem używanym w Instalacji jest frakcja odpadów komunalnych. Na dzień przekazania do eksploatacji wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 1010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola).

W zobowiązaniu z dnia 15 kwietnia 2019 r. (str. 361-362 oferty) podmiot udostępnił odpowiedni potencjał/ zdolność techniczną i zawodową zobowiązując się do wykonania robót projektowych i budowlanych, udostępniania wiedzy i doświadczenia w tym zakresie, zapewnienia zasobów technicznych i finansowych oraz zasobów ludzkich zdolnych do wykonania prac projektowych i budowlanych oraz do przedstawienia listu referencyjnego wykazującego doświadczenie w projektowaniu, budowie, uruchamianiu i oddawaniu instalacji przetwarzania odpadów na energię. W dalszej części zobowiązania, wskazał: W wykonaniu Zamówienia będziemy uczestniczyć w następującym czasie i zakresie: W okresie budowy zakładu w zakresie projektowania, inżynierii, zaopatrzenia części instalacji i zarządzania projektem. Z Wykonawcą łączyć nas będzie: Umowa o zaprojektowanie, zakupy i budowę w oparciu o "Warunki odniesienia dla umów o zaprojektowanie, zakupy i budowę" (EPC Head of Terms).

Z wykazu części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom (str. 365 oferty) wynika, że Urbaser Environnement S.A.S. będzie podwykonawcą części w branży EPC – projektowanie, zamówienia, roboty budowlane kilku części Zakładu; Urbaser SAU podwykonawcą w branżach O&M, EPC – eksploatacja i utrzymanie Zakładu, projektowanie, zamówienia, roboty budowlane kilku części Zakładu oraz

zarządzanie projektem.

Z załączników do pisma z dnia 10 czerwca 2019 r. – odpowiedzi wykonawcy na wezwanie Zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) w sprawie złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – wykazu robót budowlanych podpisanego przez członka zarządu p. J.L.L., wynika wykonanie zakresu zadania wskazanego w JEDZ; z poświadczenia referencji (23.08.2018 r.) podpisanego przez p. R. R. Generalnego Dyrektora spółki EveRe SA wynika, że spółka Urbaser Environnement wykonała projekt, budowę i dokonała uruchomienia oraz prowadzi eksploatację wielosektorowego zakładu przetwarzania odpadów komunalnych w Metropolii Aix-Marseille-Provence, który obejmuje głównie spalarnię śmieci domowych z wykorzystaniem powstałej energii. Budowa i uruchomienie zakładu zostały zakończone w grudniu 2010 r. Spalarnia, która składa się z dwóch linii przetwarzania, ma całkowitą zdolność przerobu 360 000 ton rocznie. Każda z linii posiada własny kocioł parowy i system oczyszczania dymu. Poza tym obie linie mają wspólny zespół turbiny kondensacyjnej do produkcji energii elektrycznej. Opał używany przez ten zespół to frakcja odpadów domowych nadających się do spalania. Z przedstawionych dokumentów wynika, że EveRe to podmiot prowadzący inwestycję na rzecz Metropolii Aix-Marseille-Provence. Wśród podwykonawców wystąpiła firma CNIM.

W JEDZ podmiotu udostępniającego zasób w postaci potencjału kadrowego - Urbaser SAU (str. 55 oferty) C: Zdolność techniczna i zawodowa pkt 2 zamieszczono opisy:

- w lewej kolumnie tabeli:

Może skorzystać z usług następujących pracowników technicznych lub służb technicznych, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości; W przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawca będzie mógł się zwrócić do następujących pracowników technicznych lub służb technicznych o wykonanie robót:

- w prawej kolumnie podano wyłącznie imię i nazwisko: P.Z.Z..

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 maja 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sprawie m.in. kwalifikacji p. P.Z.Z., Odwołujący przedłożył w tym zakresie (20 maja 2019 r.) poprawiony formularz JEDZ dla Urbaser SAU, w którym w prawej kolumnie pkt 2 (część IV) C: Zdolność techniczna i zawodowa wskazał: p. D.S.T. – Kierownika Projektu wraz z opisem: jego kwalifikacji, inwestycji, w której realizacji nabył doświadczenie – Zintegrowany Zakład Przetwarzania Odpadów w hrabstwach Worcestershire i Herefordshire (Wielka Brytania), Zakładu, Instalacji termicznego przekształcania odpadów, kontraktu dla wskazanej inwestycji oraz opisem pełnienia funkcji Kierownika Projektu przez p. T. wraz z informacją, że jest on pracownikiem Urbaser SAU.

Zamawiający przedłożył oświadczenie p. T. oraz wykaz osób (z dnia 28 maja 2019 r.)

wskazujący p. T. jako Kierownika projektu.

Załączył do akt postępowania o udzielenie zamówienia wydruk z portalu LinkedIn profilu p. T. wskazujący m.in. kwalifikacje i doświadczenie zawodowe.

Przedłożone dokumenty potwierdzały wymagania podmiotowe w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Przystępującego dotyczące wykonawcy i wskazanej osoby do pełnienia funkcji kierownika projektu.

W SIWZ (załącznik do Umowy PPP) zostały zamieszczone definicje pojęć:

Inżynier kontraktu – podmiot odpowiedzialny i powołany dla sprawowania na rzecz Partnera Prywatnego funkcji nadzoru i kontroli nad realizacją przez Partnera Prywatnego umowy w zakresie Prawa Budowlanego, którego prawa i obowiązki zostały określone w Umowie.

Kierownik budowy – osoba posiadająca uprawnienia do kierowania budową w rozumieniu Prawa Budowlanego, która jest wyznaczona przez Partnera Prywatnego do sprawowania funkcji Kierownika Budowy i działania w jego imieniu na Terenie Budowy.

Nie zamieszczono definicji kierownika projektu.

P. D.S.T. wskazany jako kierownik projektu – posiada odpowiedni staż. Doświadczenie wynika z pełnionych funkcji dyrektora budowy: -protokoły z zebrań, -z posiedzeń odpowiednich gremiów, w których wskazywano p. D.S. (T.) jako dyrektora budowy; -oświadczenia Severn Waste Services Ltd, że T. delegowany przez Urbaser SAU pełnił funkcje dyrektora budowy (Anglia). Zakres wykonywanych czynności – nadzór i zarządzanie umową EPC na zaprojektowanie, budowę i uruchomienie instalacji o wolumenie 200 000 ton rocznie z zakładu odpadów położonego w Hartlebury obok Kidderminster (Wielka Brytania) – wynika z oświadczenia p. A.S.M. – dyrektor spółki oraz zarządu, z dn. 23 lica 2019 r.

Zakres wykonywanych zadań odpowiada nawet zakresowi inżyniera kontraktu wg definicji Zamawiającego.

Ocena Izby

Na podstawie przedstawionych dokumentów, wyjaśnień stron i ekspertów biorących udział w rozprawie w charakterze pełnomocników Izba uznała, że udostępnienie zdolności technicznej i zawodowej jest realne. Zobowiązanie odpowiadające treścią oświadczeniu z JEDZ jest wystarczające. Zamieszczenie oświadczenia o wykonaniu robót budowlanych w którejkolwiek części zobowiązania o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia – nie ma żadnego znaczenia wobec jednoznacznej treści zobowiązania. Wskazanie udziału w wykonawstwie w charakterze podwykonawcy z wyszczególnieniem zakresu robót przydzielonych trzem podwykonawcom, jest potwierdzeniem realnego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od faktu, że udział podwykonawcy w robotach budowlanych stanowi ok. 43%, a w stosunku do przedmiotu zamówienia ok. 9% (str. 24 JEDZ – 9% szacowany zakres

wykonawstwa robót budowlanych w stosunku do całego zamówienia, co stanowi ok. 43% robót budowlanych – nie dowodzi przekazania w niewystarczającym zakresie zdolności technicznej i zawodowej).

Wskazanie innej osoby niż pierwotnie, w ramach czynności wykonawcy wykonywanych na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zdefiniowanym zakresie – jest dopuszczalne zgodnie z orzecznictwem Izby i nie kwestionowane przez Odwołującego.

Data udostępnienia osoby – p. D.S.T. nie mogła być inna niż data faktycznego udostępnienia, skoro czynność ta nastąpiła w toku badania ofert, na wezwanie Zamawiającego dotyczące osoby udostępnionej Przystępującemu, w przeciwnym przypadku byłoby to antydatowanie oświadczenia wykonawcy i osób potwierdzających udostępnienie.

Podmiot udostępniający zasób kadrowy wskazał swego pracownika w osobie p. T. zatrudnionego od 18 lat.

W tym przypadku istotne jest dysponowanie przez podmiot udostępniający zasób kadrowy udostępnianą osobą w dacie upływu terminu składania ofert, co nie zostało skutecznie podważone wobec złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego dowodów.

Nie znalazły potwierdzenia zarzuty odwołania o braku dysponowania zasobem innego (trzeciego) podmiotu, doświadczenia tego podmiotu, dysponowania osobą przez podmiot udostępniający zasób, a więc w konsekwencji zarzuty o zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania, wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów bądź wyjaśnień – art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 17, art. 26 ust. 3 - w zw. z art. 22 ust. 2b pkt 3 oraz art. 22a ustawy Pzp.

B.

XIII (niezgodność treści oferty z SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny), XVI-XIX – niezgodność treści oferty z SIWZ

XIII. Błędne wskazanie mocy cieplnej – ITPO

Ustalenia i ocena Izby

W Załączniku nr 13 – Formularz ofertowy, Przystępujący wskazał moc cieplną ITPO >28MW (większą niż 28 MW), zgodnie z opisem Zamawiającego, wymagającym wskazania mocy cieplnej dla 3. punktów pracy (punkty 1-3 w wierszu 4 załącznika nr 13), nie mniej niż 28 MW. Wskazanie w ten sposób mocy cieplnej poza tym, że nie narusza wymagań Zamawiającego, nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny oferty. Wyliczenie wynagrodzenia umownego wykonawcy przedmiotu zamówienia (Partnera Prywatnego) odbywa się na podstawie wskazania mocy cieplnej określonej przez Zamawiającego dla każdego wykonawcy w załączniku nr 17. W tym załączniku Zamawiający

wskazał parametr – średniomiesięczną moc cieplną ITPO w jednostkach MW zróżnicowaną dla sezonów grzewczych: Sezon Grzewczy styczeń-maj: 27 MW; Lato czerwiec-sierpień: 25 MW, Sezon Grzewczy wrzesień-grudzień: 27 MW. W części oferty skutecznie objętej tajemnicą przedsiębiorcy Przystępujący wskazał w pkt 2.1. załącznika nr 12 Specyfikacja Techniczna Instalacji wartości mocy cieplnej dla poszczególnych punktów pracy.

Wobec ustalenia, że wskazanie mocy cieplnej ITPO (więcej niż 28 MW) nie narusza opisu zawartego w postanowieniach SIWZ oraz takie oznaczenie w tym miejscu oferty nie wywiera wpływu na inne parametry instalacji i obliczenie ceny oferty – **Izba stwierdziła** niezasadność zarzutu.

XVI. Brak zapewnienia finansowania inwestycji

Zamawiający wymagał (pkt 17.20.1.2. SIWZ) załączenia do oferty list wsparcia podmiotów zapewniające Finansowanie zgodne z wzorami stanowiącymi Załącznik nr 6 albo Załącznik nr 7 do SIWZ wraz z określonymi tam załącznikami.

Załącznik nr 6 do SIWZ zawierał wzór listu wsparcia Wspólnika i wymagał załączenia Wiążących Warunków Finansowania oraz potwierdzenia zdolności finansowej Wspólnika do udzielenia Finansowania w założonej w ofercie wysokości (w formie informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawionej nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert).

Załącznik nr 7 do SIWZ - wzór oświadczenia Banku lub innego Podmiotu Finansującego zapewniającego Finansowanie Dłużne Niebankowe i wymagał dołączenia wyłącznie Wstępnych Warunków Finansowania.

Zamawiający wymagał (pkt 17.20.1.2.1. SIWZ) aby wskazane dokumenty zapewniały Finansowanie w kwocie równej co najmniej sumie wskaźników określonych zgodnie z ofertą wykonawcy. Przystępujący powinien więc przedstawić dokumenty zapewniające Finansowanie łącznie na kwotę nie mniejszą niż 862 207 262,91 PLN.

Listy wsparcia wspólników wg wzoru zawartego w załączniku nr 6 wystawiły dwa podmioty: Meridiam Eastern Europe Investments SAS i URBASER SAU, w obydwu przypadkach zostały do nich załączone Wiążące Warunki Finansowania i wystawione przez podmioty trzecie dokumenty potwierdzające zdolność finansową wykonawcy do udzielenia Finansowania (opinie bankowe). Listy wsparcia tych podmiotów i opinie bankowe zostały opatrzone datami nie wcześniejszymi niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Listy wsparcia podmiotów, które nie są udziałowcami zostały wystawione zgodnie ze wzorem zawartym w załączniku nr 7 i do każdego z nich załączone zostały Wstępne Warunki Finansowania.

Oświadczenie zawarte w JEDZ Meridiam Eastern Europe Investments SAS, stanowi wiążącą zgodę Spółki na złożenie oferty podjętej na tydzień przed składaniem ofert, na tym etapie nie

musiała być wymagana zgoda zarządu Meridiam Eastern Europe Investments SAS do złożenia wiążącej oferty z uwagi na uwarunkowania korporacyjne.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 maja 2019 r. do wyjaśnienia, Przystępujący wyjaśnił (z pismo 20 maja 2019 r.), że Meridiam Eastern Europe Investment SAS nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 22a ust. 1 Pzp, nie udostępnia zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podmiot ten ma wyłącznie zapewnić finansowanie realizowanej inwestycji zgodnie z dokumentami przedłożonymi wraz z ofertą. Złożenie JEDZ miało wynikać z daleko posuniętej ostrożności i chęci przedstawienia Zamawiającemu jak najbardziej przejrzystego modelu finansowania. W konsekwencji, w związku z uzyskanymi wyjaśnieniami JEDZ Meridiam Eastern Europe Investment SAS, został złożony jako dokument nadmiarowy i niewymagany. Kluczowe jest zatem zobowiązanie Meridiam Eastern Europe Investment SAS zawarte w Liście wsparcia i Wiążących Warunkach Finansowania (załącznik).

W ofercie Przystępującego przedstawiono Listy wsparcia innych podmiotów zapewniających łącznie Finansowanie na tak wysokim poziomie, że bez uwzględnienia części zapewnianej przez Meridiam Eastern Europe Investments SAS, ocena spełnienia wymagań zawartych w pkt 17.20.1.2. SIWZ byłaby nadal pozytywna. Wsparcie pozostałych podmiotów jest wystarczające.

Ocena Izby – w świetle stanowisk Zamawiającego i Przystępującego popartych dowodami, zarzut Odwołującego wskazujący, że na podstawie załączonego JEDZ (jak ustalono zbędnego w sprawie) wspólnik - spółka Meridiam Eastern Europe Investements SAS, reprezentowana przez prezesa, a nie zarząd jak wskazywał Odwołujący, nie uzyskała zgody w ramach swoich wewnętrznych struktur na złożenie oferty, nie znajduje potwierdzenia. Również sugestie Odwołującego co braku finansowania na odpowiednim poziomie oraz niepotwierdzenie finansowania w opiniach bankowych – wskazywane na podstawie przypuszczeń, nie stanowią podstaw do przyjęcia, że został sformułowany zarzut.

XVII. Obowiązek wniesienia Finansowania Kapitałowego w ciągu 4 miesięcy od zawarcia Umowy o PPP.

Zgodnie z SIWZ termin Zamknięcie Finansowe oznacza:

„(i) wniesienie Wkładu Pieniężnego Wspólników na kapitał zakładowy, kapitał zapasowy lub kapitał rezerwowy Partnera Prywatnego w wysokości co najmniej 25.000.000,00 (dwudziestu pięciu milionów) złotych lub zaksięgowanie na rachunku bankowym Partnera Prywatnego kwoty 25.000.000,00 (dwudziestu pięciu milionów) złotych z tytułu zawartej przez Partnera Prywatnego umowy Pożyczki Podporządkowanej lub umowy Pożyczki Podporządkowanej FI oraz

(ii) zawarcie przez Partnera Prywatnego umowy lub umów z podmiotami zapewniającymi Finansowanie Dłużne łącznie w łopocie równej co najmniej sumie określonych zgodnie z Ofertą Partnera Prywatnego (i) $K_{B,of}$ oraz (ii) $K_{BKS,of}$ oraz (iii) środków, np. w formie odnawialnej linii, na sfinansowanie podatku VAT w części dotyczącej kosztów budowy $K_{B,of}$ i $K_{BKS,of}$ oraz (iv) Rezerw Finansowych oraz (v) kosztów opłat i prowizji sfinansowanych Finansowaniem Dłużnym oraz (vi) skapitalizowanych odsetek Okresu Budowy.”

W celu spełnienia warunków Zamknięcia Finansowego Partner Prywatny powinien zapewnić środki w postaci kapitału lub pożyczek podporządkowanych w kwocie 25 mln zł i jednocześnie zawrzeć umowy z podmiotami zapewniającymi Finansowanie Dłużne na kwoty umożliwiające sfinansowanie nakładów inwestycyjnych, kosztów finansowych, rezerw finansowych oraz podatku VAT. Powyższa definicja nie ustanawia wymogu, aby całe Finansowanie Kapitałowe zostało wniesione w terminie 4 miesięcy od daty podpisania umowy o PPP. Wystarczające będzie wniesienie kwoty 25 mln zł. Nie ma przeszkód, aby w późniejszym okresie dalej było wnoszone Finansowanie Kapitałowe w wyższej wysokości.

W Formularzu Ofertowym w załącznikach 7a i 7b (plik Excel) Zamawiający ściśle określił komórki, gdzie kwota 25 mln zł winna się zawierać (Formularz Ofertowy Przystępującego Energii i Odwołującego zostały w tym zakresie poprawnie wypełnione) oraz określił komórki odpowiadające 36 miesiącom Okresu Budowy, w jakim Finansowanie Kapitałowe powinno zostać wniesione. Taka konstrukcja Formularza Ofertowego wskazuje, w jakim okresie pełna kwota Finansowania Kapitałowego powinna zostać wniesiona.

Odwołujący stwierdził, że kwota Finansowania Kapitałowego zgodnie z ofertą Przystępującego będzie wnoszona w okresie 34 miesięcy, co jest niesporne. Jednak Odwołujący doszedł do błędnych wniosków, że do Zamknięcia Finansowego dojdzie dopiero po tym okresie. Jak wykazano powyżej, z definicji wynika, że wniesienie całości Finansowego Kapitałowego nie jest konieczne do spełnienia warunków Zamknięcia Finansowego.

Argumentacja Odwołującego, że pełna kwota Finansowania Kapitałowego ma zostać wniesiona w okresie 4 miesięcy od podpisania Umowy o PPP jest błędna, jest niezgodna z definicją Zamknięcia Finansowego zawartą w załączniku do SIWZ.

Ocena Izby – na podstawie stanowiska Odwołującego doprecyzowanego na rozprawie ustalono, że podstawę zarzutu stanowi przyjęta przez Odwołującego interpretacja definicji Zamknięcia Finansowego, przedstawiona w SIWZ. Stanowisko, że Zamknięcie Finansowe w terminie wskazanym w SIWZ (4 miesiące od zawarcia umowy PPP) nastąpi po wniesieniu Finansowania Kapitałowego jako – wkładu pieniężnego i niepieniężnego wspólników, a także udzielonych Partnerowi Prywatnemu pożyczek podporządkowanych i podporządkowanych FI, celem sfinansowania lub częściowego sfinansowania Przedsięwzięcia – nie znalazło potwierdzenia.

XVIII. Wadliwość opinii audytora

Izba ustaliła, że Odwołujący nie sprecyzował zarzutu stosownie do wymagań wynikających z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowisko przedstawione w uzasadnieniu odwołania stanowi wniosek o sprawdzenie czy zakres opinii uwzględnia wszystkie punkty (6) stanowiące wymagania Zamawiającego (pkt 17.20.5 SIWZ i załącznika 13 do SIWZ). Skład orzekający Izba zapoznał się w tym zakresie z opinią stwierdzając, że opinia audytora przez odniesienie się do każdego z 6. punktów sformułowanych w SIWZ odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

XIX. Rozwiązania Rezerw Finansowych

Rezerwy Finansowe - zdefiniowane w dokumentacji postępowania, to rezerwy standardowo wymagane przez podmioty udzielające Finansowania Dłużnego (kredytu lub pożyczki) na zabezpieczenie przyszłych wydatków pieniężnych Partnera Prywatnego w Okresie Eksploatacji związanych z obsługą zadłużenia, a także dodatkowymi nakładami inwestycyjnymi lub remontowymi na Instalację (np. rezerwy DSRA lub MRA).

Zgodnie z SIWZ (Formularz Ofertowy) wykonawca zobowiązany był przedstawić w ofercie Formularz Ofertowy, zawierający wypełniony:

- Załącznik nr 7b (zakładkę) do Formularza Ofertowego, w miejscach oznaczonych przez Zamawiającego, zawierający harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych sfinansowanych Finansowaniem Kapitałowym i Finansowaniem Dłużnym - w odniesieniu do ITPO,

- Załącznik nr 8b (zakładkę) do Formularza Ofertowego, w miejscach oznaczonych przez Zamawiającego, zawierający harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych sfinansowanych Finansowaniem Kapitałowym i Finansowaniem Dłużnym - w odniesieniu do Kotłowni Szczytowej.

W Formularzu Ofertowym w pozycji 2 Załączników 7b i 8b należało przedstawić harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych osobno dla ITPO (Załącznik nr 7b) i osobno dla Kotłowni Szczytowej (Załącznik nr 8b).

Zamawiający wskazał w objaśnieniach dotyczących sposobu wypełniania Załączników, że:

- wpisywane przez Wykonawcę „Kwoty i ich rozkład w czasie muszą być zgodne z ofertami podmiotów zapewniających Finansowanie Kapitałowe i Dłużne zarówno w przypadku harmonogramu określonego w Załączniku nr 7b, jak i Załączniku nr 8b,

- w przypadku harmonogramu dla ITPO - "Suma wpisanych kwot musi się równać kwocie wpisanej w pozycji 1.2 i 1.5 Załącznika nr 7",

- w przypadku harmonogramu dla Kotłowni Szczytowej "Suma wpisanych kwot musi się równać kwocie wpisanej w pozycji 1.2 i 1.5 Załącznika nr 8."

Natomiast w pozycjach 1,2 i 1.5 odpowiednio Załącznika nr 7 i Załącznika nr 8 do Formularza

Ofertowego wykonawca zobowiązany był wpisać zbiorczo kwoty Finansowania Kapitałowego i Finansowania Dłużnego na pokrycie Rezerw Finansowych odpowiednio dla ITPO i KS. Zatem, suma dwóch kwot wskazanych w pozycjach 1.2 oraz 1.5 Załącznika nr 7 powinna zostać rozbita na poszczególne lata Okresu Eksploatacji w Załączniku nr 7b - dla ITPO. Natomiast suma dwóch kwot wskazanych w pozycjach 1.2 oraz 1.5 Załącznika nr 8 powinna zostać rozbita na poszczególne lata Okresu Eksploatacji w Załączniku nr 8b - dla KS.

Zgodnie z wymaganiami postawionymi w Formularzu Ofertowym w pozycji 2 załączników 7b i 8b należało przedstawić harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych dla ITPO i KS w poszczególnych latach Okresu Eksploatacji. Zamawiający wymagał, aby wpisywane przez Wykonawcę kwoty były zgodne z ofertami, które Wykonawca otrzymał od Podmiotów Finansujących i aby suma kwot przedstawionych w tych harmonogramach była równa kwotom przedstawionym zbiorczo w innym miejscu Formularza Ofertowego.

Ponadto, zgodnie z pkt 2.4 Załącznika nr 13 do SIWZ (Opis wymagań Modelu Finansowego załączanego do oferty) Zamawiający wskazywał, że „Co do zasady, dane w Modelu Finansowym powinny być spójne z danymi wprowadzanymi przez Partnera Prywatnego do Formularza Ofertowego. Ewentualne różnice i niespójności powinny być wymienione i uzasadnione w Księdze Założeń do Modelu Finansowego.” Zatem, harmonogramy dotyczących rozwiązania Rezerw Finansowych określone w Formularzu Ofertowym powinny być spójne z Modelem Finansowym.

Zamawiający nie postawił w SIWZ żadnych innych wymagań dotyczących sposobu wypełnienia harmonogramów dotyczących rozwiązania Rezerw Finansowych w Formularzu Ofertowym. W szczególności z żadnego punktu Formularza Ofertowego, ani jakiegokolwiek innego dokumentu załączonego do SIWZ nie wynika, aby Wykonawca zobowiązany był wpisywać do harmonogramu rozwiązania Rezerw Finansowych wartości dodatnie lub zero. Tym samym dopuszczalne było wpisanie w określonych miejscach wartości ujemnych, jeśli wynikało to z przyjętej przez Wykonawcę inżynierii finansowej i Modelu Finansowego.

W Modelu Finansowym i Formularzu Ofertowym Przystępujący ustalił wysokość obciążeń z tytułu obsługi Finansowania Dłużnego w konkretnych wielkościach różnych dla poszczególnych okresów w zależności od wysokości generowanych przepływów pieniężnych i kształtowania się wskaźnika DSCR. Przyjęta przez Przystępującego metodologia maksymalizuje wysokość kwot przeznaczonych na obsługę zadłużenia przyczyniając się do obniżenia kosztów finansowych Przedsięwzięcia. Konsekwencją tak przyjętego sposobu ustalania wysokości kwot przeznaczonych na obsługę zadłużenia jest fakt, że w okresie spłaty wysokość rezerwy DSRA będzie ulegać zmianie w zależności od wysokości obciążeń dotyczących obsługi Finansowania Dłużnego. W okresach, kiedy wysokość kwot przeznaczonych na obsługę zadłużenia rośnie wysokość rezerwy DSRA również rośnie w

związku z czym pojawią się ujemne kwoty pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego.

Nie budziło żadnych wątpliwości Zamawiającego, że wielkości dodatnie w pozycji 2 Załącznika nr 7b i 8b Formularza Ofertowego Dobrej Energii oznaczają rozwiązanie rezerw w sytuacji równych lub malejących obciążeń wykonawcy z tytułu obsługi istniejącego zadłużenia. Wielkości ujemne natomiast (co ma miejsce w przypadku oferty Przystępującego dla kilku konkretnych lat) oznaczają, że w tych okresach następuje zwiększenie wysokości rezerwy DSRA w związku ze wzrostem obciążeń z tytułu obsługi zadłużenia. Taki sposób prezentacji w Formularzu Ofertowym Przystępującego jest spójny z jego Modelem Finansowym i wymaganiami Podmiotów Finansowych udzielających Finansowania Dłużnego. Zamawiający uznał przyjęty przez Przystępującego sposób określenia zmian wysokości Rezerw Finansowych, przedstawionych w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego za prawidłowy i w pełni zgodny z wymaganiami Zamawiającego, bowiem:

- jest on zgodny ze schematem obsługi zadłużenia przedstawionym w Modelu Finansowym załączonym do oferty, gdzie wielkość obciążeń z tytułu obsługi zadłużenia jest zmienna i rośnie w wybranych okresach, co przekłada się na konieczność wzrostu rezerwy DSRA (wówczas w pozycji 2 załączników 7b i 8b występuje kwota ujemna),

- w przypadku, gdyby w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego Przystępujący przedstawił tylko wielkości nieujemne jak sugeruje Odwołujący (oznaczające brak zmiany wysokości Rezerw Finansowych lub ich spadek) to dla okresów, w których rośnie obciążenie z tytułu obsługi zadłużenia i w konsekwencji wysokość rezerwy DSRA Formularz Ofertowy zawierałby błąd, bowiem byłby niezgodny z Modelem Finansowym i wymaganiami podmiotów udzielających Finansowania Dłużnego, co narażałoby Dobrą Energię na zarzut braku wymaganej zgodności pomiędzy Formularzem Ofertowym a Modelem Finansowym oraz wymaganiami Podmiotów Finansujących,

- Zamawiający pozostawił swobodę wykonawcom co do przedstawienia schematu obsługi Finansowania Dłużnego w Formularzu Ofertowym, stawiając jedynie warunek, że musi być on zgodny z Modelem Finansowym i wymaganiami Podmiotów Finansujących. Konsekwencją określenia dla wybranych okresów rosnącego obciążenia z tytułu obsługi zadłużenia jest przyrost kwoty rezerwy DSRA skutkujący ujemnymi kwotami (kwestionowanymi przez Odwołującego) w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego,

- Zamawiający wymagał, aby w Formularzu Ofertowym został określony harmonogram fundowania Rezerw Finansowych w Okresie Budowy z Finansowania Kapitałowego i Finansowania Dłużnego, aby na dzień rozpoczęcia Okresu Eksploatacji osiągnąć wielkość wymaganą przez Podmioty Finansujące udzielające Finansowania Dłużnego oraz aby w okresie spłaty, poziom rezerwy DSRA korespondował z kwotą przewidzianą do obsługi

zadłużenia w danym okresie - warunki te zostały spełnione przez Przystępującego,
- wymaganie Zamawiającego, aby suma kwota (dodatnich i ujemnych) ujętych w pozycji 2 załączników 7b i 8b Formularza Ofertowego była równa sumie z pozycji 1.2 i 1.5 załączników 7a i 8a Formularza Ofertowego zostało spełnione, co oznacza, że Rezerwy Finansowe utworzone w Okresie Budowy są w całości rozwiązane w Okresie Eksploatacji. Ponadto, odnosząc się do dalszych zastrzeżeń Odwołującego należało wskazać, że zgodnie z podstawowymi zasadami arytmetyki, sumować można również wartości ujemne.

Formularz Ofertowy został skonstruowany przez Zamawiającego w programie MS Excel w taki sposób, że opracowane przez Zamawiającego formuły automatycznie sumują w nim wszystkie cząstkowe kwoty zawarte w harmonogramie rozwiązania Rezerw Finansowych, a więc zarówno kwoty dodatnie jak i ujemne (rozwiązywanie i zawiązywanie rezerw) i obliczają z nich sumę końcową, sprawdzając, czy ta suma jest równa wartościom wskazanym przez wykonawcę w Załączniku nr 7 i Załączniku nr 8 odpowiednio. Gdyby tak policzone sumy nie zgadzały się z sumami wskazanymi w pozycjach 1.2 oraz 1.5 odpowiednio Załącznika nr 7 i Załącznika nr 8, w Formularzu Ofertowym wyświetliłby się komunikat „Błąd”. Już ten fakt potwierdza, że rozwiązanie przyjęte przez Przystępującego było dopuszczalne i prawidłowe. Sumując określone liczby wpisane w harmonogramie rozwiązania Rezerw Finansowych należy brać pod uwagę nie tylko liczby dodatnie wskazane w tym harmonogramie (tak jakby chciał Odwołujący), ale również liczby ujemne, zgodnie z zasadami arytmetyki. Wówczas uzyskane wyniki są zgodne z liczbami wpisanymi przez Przystępującego w Załącznikach nr 7 i 8 Formularza Ofertowego.

Stwierdzenie, że EIRR bazująca na wadliwym wyniku obliczenia Nadwyżki Finansowej (na skutek niewłaściwego określenia harmonogramu rozwiązania Rezerw Finansowych) uniemożliwia dokonanie prawidłowego Rozliczenia Roczego. Powyższe jest błędne, ponieważ:

- przyjęty przez Przystępującego harmonogram rozwiązywania rezerw finansowych w żadnym wypadku nie uniemożliwia dokonania Rozliczenia Roczego. Mechanizm Rozliczeń przewiduje dokonywanie obliczeń EIRR zarówno w okresach rocznych, jak i narastająco w całym cyklu życia projektu tak, aby sumarycznie Partner Prywatny uzyskał takie wynagrodzenie z zaangażowanego kapitału, jakie wynika z jego oferty,

- o ile należy się zgodzić, że harmonogram rozwiązania Rezerw Finansowych wpływa na wysokość Nadwyżki Finansowej w poszczególnych latach, to należy wskazać, że ujęcie kwot ujemnych w wybranych okresach pozycji 2 załączników 7a i 7b Formularza Ofertowego (oznaczających wzrost Rezerw Finansowych w tych okresach) nie polepsza pozycji Partnera Prywatnego z tytułu całościowego rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Partnerem Prywatnym w okresie realizacji Przedsięwzięcia, może jedynie powodować modyfikacje w

konkretnych latach, co nie powoduje korzyści Partnera Prywatnego w pełnym okresie funkcjonowania Przedsięwzięcia.

Dodatkowo Zamawiający pokreślił, że przedstawiony w ofercie Przystępującego schemat spłat, maksymalizujący kwoty spłaty w okresach, gdzie na to pozwalają generowane przepływy pieniężne powoduje, iż dochodzi do optymalizacji poziomu kosztów finansowych. Rzeczywiste koszty obsługi zadłużenia, zgodnie z zasadami wynagradzania Partnera Prywatnego stanowią część jego wynagrodzenia. Zatem taka metodologia ustalenia schematu spłat Finansowania Dłużnego (której konsekwencją jest pojawianie się wielkości ujemnych w wybranych okresach w pozycji 2 załączników 7a i 7b Formularza Ofertowego), jest korzystna dla Zamawiającego, bowiem obniża poziom kosztów obsługi Finansowania Dłużnego (odsetek), co w konsekwencji przyczyni się do możliwości zaoferowania niższej ceny ciepła dla mieszkańców Olsztyna.

Ocena Izby: na podstawie materiału dowodowego, stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, z wykorzystaniem cytowanego opisu – sposobu tworzenia i przeznaczenia rezerw finansowych, zamieszczonego w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, spójnego ze stanowiskiem Przystępującego, nie podważonego w postępowaniu dowodowym – Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, że w załącznikach do formularza ofertowego (zał. 7b i 8b) określających kwoty i harmonogram rozwiązywania rezerw finansowych, obok wartości dodatnich nie mogły znaleźć się wartości ujemne. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego co możliwości zawiązania rezerw finansowych, wpływu na wyliczenie nadwyżki finansowej i tym samym wskaźnika EIRR służącego do ustalania wynagrodzenia Partnera Prywatnego – nie uwzględniając zarzutu Odwołującego.

Reasumując, odnośnie do zarzutów XIII-XIX odwołania Izba uznała, że okoliczności faktyczne wskazują, że Odwołujący sformułował zarzuty (lub nie – jak w przypadku zarzutu XVIII) nie znając treści oferty Przystępującego w częściach skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (potwierdzenie skuteczności zastrzeżenia w wyroku KIO z dnia 23 maja 2019 r. sygn. akt 829/19) oraz przyjmując odmienną interpretację niż wynika to z treści SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego.

Dokonując oceny w powyższym zakresie, Izba uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego za przekonujące, spójne, przedstawiające kompleksowo zagadnienia: zapewnienia finansowania inwestycji; wniesienia finansowania kapitałowego i zawiązania rezerw finansowych.

Uznała, że brak jest podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp – odrzucenia oferty Przystępującego.

C.

Naruszenie przepisów oraz zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego.

XX. Art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców (tj. Dobrej Energii i Odwołującego) w postępowaniu w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu.

W ocenie Izby - naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodności z zasadami proporcjonalności i przejrzystości – z reguły następuje jako skutek naruszenia przepisu szczególnego ustawy.

Oferta przystępującego została najwyżej oceniona, co w świetle przepisu art. 26 ust. 1 ustawy zobowiązywało Zamawiającego do wezwania tego wykonawcy do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z wyjaśnieniem treści oświadczeń i dokumentów oraz uzupełnieniem w granicach art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosnie do Odwołującego i jego oferty, Zamawiający (podmiot mający rozeznanie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia) dysponował wiedzą, która nasuwała wątpliwości, co do złożonych wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów. Podjął czynności, uzyskując w granicach dopuszczonych prawem wyjaśnienia, które nie wynikały z odpowiedzi Odwołującego złożonej na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu miała inny przebieg, z uwagi na stwierdzenie okoliczności wykluczających Odwołującego z postępowania.

Nie potwierdzono, by wykonawcy byli traktowani w sposób naruszający zasady wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze przedstawione ustalenia i ich ocenę, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu .

Nie uwzględniając żądań Odwołującego przedstawionych w odwołaniu, wywiedzionych z zarzutów podtrzymanych na rozprawie, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia, nakazała zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 5 000 zł tytułem nadpłaconego wpisu oraz zasądziła od Odwołującego rzecz Zamawiającego kwotę 4 039 zł obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika i koszty

związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie/rozprawę Izby na mocy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....