

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Emilia Garbala
Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2022r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez Odwołującego -wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, Bergen Engines AS z siedzibą w Hordvik oraz Introl-Energomontaż sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, w sytuacji gdy wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania, tj.:
 - oświadczenia spółki Polimex Energetyka sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej,
 - oryginału Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. INNIO Jenbacher GmbH & Co OG z siedzibą w Jenbach, w związku z wycofaniem zarzutów w tym zakresie,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021., poz. 1129; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa źródła kogeneracyjnego na paliwo gazowe o mocy min. 50 MWe opartego o silniki gazowe oraz źródła ciepłowniczego rezerwowo-szczytowego w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Bydgoszczy”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 grudnia 2021r., pod numerem 2021/S 235-619825.

W dniu 8 sierpnia 2022r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm: Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, Bergen Engines AS z siedzibą w Hordvik oraz Introl-Energomontaż Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Polimex” lub „Przystępujący”), mimo iż treść oferty złożonej przez Polimex jest niezgodna z warunkami zamówienia w części określonej w punkcie 4.2.1.1. ppkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia - Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „OPZ”, „PFU”) określającej jako jedno z minimalnych wymagań dla pojedynczego Agregatu Kogeneracyjnego (dalej: „AK”) wymóg zbudowania w oparciu o nowoczesne, a zarazem sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne, podczas gdy Polimex zaoferowało silnik charakteryzujący się mocą 10 520 kW, który nie stanowi rozwiązania technologicznego sprawdzonego komercyjnie;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty Polimex, mimo iż oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zawarcie w niej nieprawdziwych i wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji wobec wskazania przez Konsorcjum Polimex, że moc elektryczna zaoferowanego produktu wynosi 10 520 kW, podczas gdy z przedstawionych referencji jak i informacji powszechnie dostępnych w Internecie wynika, że zaoferowany silnik Jenbacher J920 Flextra charakteryzuje się mocą na poziomie 10 400 kW;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i c) Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex, w sytuacji gdy wykonawca ten nie złożył dokumentów

potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania, tj. oświadczenia spółki Polimex Energetyka sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, oryginału Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. INNIO Jenbacher GmbH & Co OG z siedzibą w Jenbach oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w punkcie 17.6 SWZ dla L. H. piastującej stanowisko dyrektora zarządzającego spółki INNIO Austria GmbH z siedzibą w Jenbach;

4. w przypadku gdyby Zamawiający zaniechał wezwania Polimex do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w zarzucie zawartym w punkcie 3 – Odwołujący zarzuca naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Polimex do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w zarzucie zawartym w punkcie 4;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Polimex mimo niezłożenia przez ww. wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 15.6.3 lit b) SWZ, tj. dokumentu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 10 000 000,00 PLN, podczas gdy złożona przez Polimex polisa nr 06.957.287 z dnia 28.09.2021 r. jako ubezpieczone obejmuje jedynie ryzyka związane w wykonawstwem robót budowlanych, nie obejmuje natomiast ryzyk związanych ze świadczeniem usług, które stanowią przedmiot zamówienia;

6. w przypadku gdyby Zamawiający zaniechał wezwania Polimex do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w zarzucie zawartym w punkcie 5 – Odwołujący zarzuca naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Polimex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w zarzucie zawartym w punkcie 5.

7. W przypadku gdyby w ocenie KIO nie potwierdziły się zarzuty z pkt 1- 2 tj. niemożliwe stałoby się spełnienie żądania odrzucenie oferty uznanej obecnie za najkorzystniejszą – Odwołujący wskazuje na naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która zgodnie z kryteriami oceny ofert nie powinna być za taką uznana.

W oparciu i powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert;
3. w przypadkach, o których mowa w zarzutach określonych w punktach 1, 2,3,5 – wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Polimex;
4. w przypadkach, o których mowa w zarzutach określonych w punkcie 4 i 6. – wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
 5. w przypadkach o których mowa w zarzutach 1,2,3,5 nakazanie Zamawiającemu ponownego obliczenia liczby punktów dla oferty Konsorcjum Unibep, a w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 7 nakazanie Zamawiającemu obniżenia punktacji oferty Polimex.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 4.1. SWZ przedmiotem ww. zamówienia jest realizacja w formule „pod klucz” Instalacji składającej się z agregatów kogeneracyjnych (AK), kotła elektrodowego wodnego (EKW), kotła rezerwowo-szczytowego (KRS) oraz wytwornicy pary (WP) wraz z wszystkimi niezbędnymi do ich funkcjonowania instalacjami oraz obiektami budowlanymi wraz z umową serwisową (AK) w Oddziale Elektrociepłownia w Bydgoszczy. Urządzenia AK będą podstawowymi urządzeniami wytwórczymi pracującymi w podstawie produkcji energii w postaci ciepła i energii elektrycznej. Zgodnie natomiast z punktem 4.2. SWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zawarty jest w Załączniku nr 1 do SWZ (OPZ tj. Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z załącznikami) oraz w Załączniku nr 2a i Załączniku nr 2b do SWZ (projekty umów wraz z załącznikami). Odwołujący wyjaśnił, że Agregat Kogeneracyjny to kompletny zespół urządzeń wytwórczych i ich instalacji pomocniczych, obejmujący gazowy silnik spalinowy ze sprężarką powietrza i generatorem wraz z instalacjami doprowadzenia paliwa, wyprowadzenia mocy, wyprowadzenia spalin instalacjami i wymiennikami do odzysku i rozpraszania ciepła (z silnika, ze sprężarki powietrza, oleju i spalin) oraz wszelką niezbędną armaturą i opomiarowaniem wraz z urządzeniami sterowania, synchronizacji i zabezpieczeniami, których wzajemne powiązania tworzą kompletny, kogeneracyjny agregat (Słownik Pojęć, str. 7 OPZ). W punkcie 4.2.1.1. OPZ Zamawiający określił minimalne wymagania dla pojedynczego AK. Podpunkt 6 w punkcie 4.2.1.1. OPZ stanowi, że AK *„zostaną zbudowane w oparciu o nowoczesne, a zarazem sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne.”*

Odwołujący wskazał: „Polimex wraz z ofertą złożyło Formularz Cenowy stanowiący załącznik nr 7 do SWZ. w części "Kalkulator OFER" Polimex zadeklarowało moc elektryczną dla pojedynczego AK na poziomie 10 520 kWe. Zaoferowany przez Polimex AK to silnik

gazowy J920 Flextra producenta silników Jenbacher – spółki INNIO Jenbacher GmbH & Co OG z siedzibą w Jenbach, Austria, której zobowiązanie do oddania do dyspozycji Polimex niezbędnych zasobów w trakcie realizacji ww. zamówienia stanowi załącznik do oferty Konsorcjum Polimex.

Treść oferty Polimex w zakresie zaoferowanego AK, tj. silnika gazowego J920 Flextra, jest niezgodna z punktem 4.2.1.1. podpunkt 6 OPZ, ponieważ silnik gazowy J920 Flextra o mocy elektrycznej 10 520 kW nie stanowi rozwiązania technologicznego sprawdzonego komercyjnie.

Polimex nie przedstawiło żadnych dokumentów potwierdzających, że silniki gazowe J920 Flextra osiągają moc elektryczną na poziomie 10 520 kW. Przeciwnie, z informacji na stronie internetowej producenta wynika iż silniki tej serii charakteryzują się mocą na poziomie 10 400 kW. Ze złożonych przez Polimex referencji spółki RheinEnergie AG z siedzibą w Köln, Niemcy, wynika, że silnik gazowy J920 osiągnął w realizowanym na rzecz tego podmiotu zamówieniu moc elektryczną na poziomie 10 387 kW, a zatem jeszcze niższą niż wskazywana w materiałach opracowanych przez producenta. Stąd wywieść należy iż rozwiązanie producenta oparte na mocy elektrycznej 10 520 kW nie jest rozwiązaniem komercyjnie sprawdzonym na dzień składania ofert.

(...)

Podwyższenie mocy elektrycznej takiego silnika jest możliwe, należy jednak mieć na względzie, że w świecie nauki przyjmuje się, że zmiana parametrów silników wiąże się w wprowadzeniu w nich zmian konstrukcyjnych, które z kolei pociągają za sobą pewne ryzyka.

Z wiedzy Odwołującego wynika, iż na dzień składania ofert Jenbacher nie posiadał w swoim portfolio agregatów o przedstawionej mocy elektrycznej. Wyłącznie zwiększenie mocy elektrycznej silnika gazowego J920 Flextra na potrzeby tego postępowania spowodowało iż oferta Polimex uznana została za ofertę korzystniejszą o 0,01 pkt niż oferta Odwołującego i tym samym uplasowała się na pierwszej pozycji. (...) Zamawiający miał obowiązek zweryfikować, czy została spełniona przesłanka określona w punkcie 4.2.1.1. podpunkt 6 OPZ, tj. czy silnik gazowy J920 Flextra o mocy elektrycznej 10 520 kW stanowi rozwiązanie komercyjne sprawdzone. Służyć temu winny przede wszystkim referencje przedłożone przez Konsorcjum Polimex. Polimex nie przedłożyło jednak żadnych dokumentów, w tym referencji, potwierdzających, że silnik J920 Flextra może osiągnąć moc elektryczną na zadeklarowanym w ofercie poziomie. Tym samym oferta nie spełnia merytorycznych wymagań Zamawiającego określonych w SWZ, jest niezgodna z SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, czego Konsorcjum Polimex, jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego był świadomy, i jako taka winna zostać odrzucona.”.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Odwołujący wskazał, że: „Polimex w sposób świadomy podało w treści oferty nieprawdziwe, wprowadzające w błąd, informacje dotyczące mocy elektrycznej silnika J920 Flextra. Wiedząc, że dotychczas silnik ten osiągał moc elektryczną 10 387 kW (Kolonia, Niemcy) bądź, jak deklaruje producent na stronie internetowej i w broszurze, 10 400 kW, a nie, jak podało konsorcjum Polimex, 10 520 kW. Polimex nie przedstawiło ponadto żadnych dokumentów, w tym referencji, które potwierdzałyby deklarowaną moc elektryczną ww. silnika. W tej sytuacji uznać należy, że działanie Polimex nosi znamiona umyślności, a jedynym celem, dla którego parametr mocy elektrycznej silnika gazowego J920 Flextra został zawyżony przez Polimex w treści oferty, była chęć uzyskania najwyższej punktacji (...) uznać należy, że działanie Polimex stanowiło naruszenie dobrych obyczajów kupieckich, a co za tym idzie, złożona przez nie oferta winna podlegać odrzuceniu.”.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i c) Pzp Odwołujący wskazał, że: „Wykonawca Konsorcjum Polimex, mimo wezwania przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 9 czerwca 2022 r. nie przedłożyło następujących podmiotowych środków dowodowych:

(1) Lider Konsorcjum, tj. Spółka Polimex Energetyka sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie złożyła oświadczenia, o którym mowa w punkcie 17.6.1. lit. b) SWZ, tj. w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ stanowiącym wzór przedmiotowego oświadczenia

(2) oryginału informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla spółki INNIO Jenbacher GmbH & Co OG z siedzibą w Jenbach, składając jedynie tłumaczenie tego dokumentu na język polski oraz raport z weryfikacji podpisu A. R. K.;

(3) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla L. H. będącej dyrektorem zarządzającym w spółce INNIO Austria GmbH z siedzibą w Jenbach,

Tym samym Polimex nie wykazało braku istnienia podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, zatem stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp oferta ww. wykonawcy winna podlegać odrzuceniu”.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) Odwołujący wyjaśnił, że: „Zgodnie z punktem 15.6.3. lit b) SWZ (Sytuacja ekonomiczna lub finansowa) Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji

ekonomicznej lub finansowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 10 000 000,00 PLN lub równowartości tej kwoty w innej walucie.

Dla wykazania ww. warunku Polimex złożyło polisę nr 06.957.287 wystawioną w dniu 28.09.2021 r. w Gdańsku przez Unię Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Zgodnie z informacją zawartą w ww. polisie ubezpieczone ryzyka obejmują:

Wykonawstwo robót budowlano-montażowych i instalacyjnych w zakresie inwestycji, remontów, modernizacji i rekonstrukcji, ochrony środowiska, roboty elektroniczne, energetyczne, drogi, stalowe i inne zbiorniki wodne, wykonywanie instalacji budowlanych, wykonywanie robót budowlanych wykończeniowych, wytwarzanie materiałów budowlanych, konstrukcyjnych, ściennych i izolacyjnych i termoizolacyjnych, wynajem maszyn, urządzeń, posiadanie nieruchomości, ruchomości i inna nie wymieniona powyżej pozostała działalność Ubezpieczającego/Ubezpieczonego, z wyłączeniem:

- a) budowy mostów, jeżeli długość mostu, liczona jako odległość między pylonami lub w przypadku ich braku – podpór (długość najdłuższego przęsła), przekracza 500 metrów;
- b) prac na płycie lotniska – w tym prac prowadzonych w obrębie pasów startowych, płyt postojowych lub budynków kontroli lotów;
- c) budowli hydrotechnicznych – w szczególności budowy tam, wałów przeciwpowodziowych lub innych zapór wodnych.

Jak wynika z treści SWZ przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na roboty budowlane i usługi. O tym, że przedmiot zamówienia stanowią także usługi przesądzą postanowienia zawarte chociażby w punkcie 15.6.4. lit b) SWZ, który stanowi, w zakresie warunków udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej, że Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonywał przez okres co najmniej kolejnych 24 miesięcy przypadających w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej 1 (jedno) zamówienie polegające na świadczeniu długoterminowego serwisu agregatu kogeneracyjnego lub silnika spalinowego stanowiącego główny element agregatu kogeneracyjnego, którego moc elektryczna znamionowa netto wynosiła nie mniej niż 2 MWe.

Zgodnie z definicją słowa „serwis” w internetowym Słowniku Języka Polskiego PWN serwis to „obsługa w zakresie napraw lub konserwacji sprzętu” (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/serwis.html>), co stanowi usługę. Jak wynika z ww. polisy złożonej przez Konsorcjum Polimex, nie obejmuje ona ubezpieczenia w zakresie jakichkolwiek ryzyk

związanych z wykonywaniem usług serwisowych w zakresie określonym w punkcie 15.6.4. lit b) SWZ, zatem nie sposób uznać, by Polimex spełniło warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, a co za tym idzie oferta ww. wykonawcy winna podlegać odrzuceniu. (...)

Przyjmując, że w ofercie Polimex zaoferowano moc elektryczną dla pojedynczego AK na poziomie który jest zgodny z punktem 4.2.1.1. podpunkt 6 OPZ, to byłby to AK o mocy takiej jak podana w referencji spółki RheinEnergie AG z siedzibą w Köln, Niemcy, wynika, tj. 10 387 kW. Jest to najwyższa moc tego silnika sprawdzona komercyjnie. Zatem w kryteriach oceny ofert taką moc należało uwzględnić. Wówczas oferta Polimex jest klasyfikowana na drugiej pozycji po ofercie Odwołującego.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Przystępujący również wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane w pismach oraz ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z pierwotnym brzmieniem pkt 4.2.1.1. ppkt 6 OPZ-PFU, na które powoływał się Odwołujący minimalne wymagania dla pojedynczego Agregatu Kogeneracyjnego (dalej: „AK”) były następujące: „Zostaną zbudowane w oparciu o nowoczesne, a zarazem sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne.”.

Jednak zauważenia wymaga, że w odpowiedzi na pytanie 211 z dnia 25 lutego 2022r.: „Dot. PFU Par. 4.2.1.1 „Minimalne wymagania dla pojedynczego AK” Chcielibyśmy zwrócić się do Państwa z prośbą o doszczegółowienie zapisu znajdującego się w punkcie 6, Par. 4.2.1.1 PFU. W tym punkcie piszecie Państwo, że AK zostaną zbudowane w oparciu o nowoczesne, a zarazem sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne. Chcielibyśmy prosić o wyjaśnienie co rozumiecie Państwo jako spełnienie warunku sprawdzenia komercyjnego?”, Zamawiający poinformował, że: „poprzez użyte sformułowanie zapisane w pkt 6, Par. 4.2.1.1 PFU „sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne” rozumie: zastosowane przemysłowo silniki gazowe (SG) poprzez zabudowę oraz osiągnięcie parametrów gwarantowanych tego/tych SG z typoszeregu oferowanego urządzenia. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, iż dopuszcza rozwiązania polegające na dostawie silnika gazowego z danego typoszeregu, który/które zostały wcześniej zastosowane przemysłowo i w późniejszym okresie uległy ew. modyfikacjom technicznym obejmującym: np. zwiększenie ilości cylindrów, zmiany sprężu, ilości obrotów, układów sterowania, osprzętu, itp., ew. wpływających na zmianę parametrów technicznych między innymi takich jak: moc, sprawność, wielkości osiąganých emisji spalin, itp. Jednocześnie Zamawiający dokonuje zmiany treści SWZ, Załącznik nr 1 do Umowy – PFU, pkt 4.2.1.1, ppkt 6:

Było:

Zostaną zbudowane w oparciu o nowoczesne, a zarazem sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne.

Jest:

Zostaną zbudowane w oparciu o sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne.”.

W ocenie Izby udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie 211 wskazała sposób interpretowania warunku dotyczącego „sprawdzenia komercyjnego”. Skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że z żadnego miejsca SWZ nie wynikało, że Zamawiający w postępowaniu dopuścił wyłącznie silniki gazowe już zabudowane i zweryfikowane w zakresie osiągnięcia parametrów gwarantowanych. Co istotne z udzielonej odpowiedzi wynikało także, że Zamawiający dopuścił oferowanie urządzenia ze sprawdzonego komercyjnie typoszeregu (w tym przypadku J920 Flextra), w którym producent dokona modyfikacji technicznej mającej bezpośredni wpływ na zmianę (polepszenie) parametrów technicznych, a co za tym idzie i osiągu głównych urządzeń (silników gazowych) stanowiących przedmiot zamówienia.

Powyższa modyfikacja, w ocenie składu orzekającego umożliwiła wykonawcom oferowanie nie tylko „rozwiązań podstawowych”, ale także i takich, które będą stanowiły

modyfikację „rozwiązań podstawowych”, skutkujących polepszeniem ich parametrów. Izba za nieuprawnione uznała także stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym wymóg sprawdzenia komercyjnego winien być interpretowany jako dopuszczenie wyłącznie silników gazowych już zabudowanych i zweryfikowanych w zakresie osiągnięcia parametrów gwarantowanych, gdyż uwzględniając dokonaną przez Zamawiającego modyfikację takie rozumienie wymogu „sprawdzonego komercyjnie rozwiązania technologicznego” nie znajduje oparcia w treści dokumentów zamówienia.

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła zarzutów Odwołującego co do zaniechania przez Zamawiającego zweryfikowania, czy zaoferowany przez Przystępującego silnik gazowy J920 Flextra o mocy elektrycznej 10 520 kW stanowi rozwiązanie komercyjne sprawdzone. Zauważyć należy, że Zamawiający nie ustanowił w dokumentacji postępowania żadnych wymogów co do konieczności wykazania przez wykonawców określonych parametrów oferowanych silników gazowych. Zamawiający żądał w tym zakresie tylko złożenia oświadczenia. A skoro tak, to Zamawiający nie mógł wymagać od Przystępującego – jak oczekiwał tego Odwołujący - złożenia referencji potwierdzających moc elektryczną dla pojedynczego AK.

Uwzględniając powyższe rozważania, skład orzekający uznał powyższy zarzut za niezasadny stwierdzając, że treść oferty Przystępującego była zgodna z warunkami zamówienia opisanymi w pkt 4.2.1.1. ppkt 6 OPZ-PFU w brzmieniu wynikającym z dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji w dniu 25 lutego 2022r.

Izba działając na podstawie art. 541 Pzp oddaliła wniosek dowodowy o powołanie biegłego w celu oceny czy: „Czy parametr gwarantowany silnika gazowego podany przez Konsorcjum Polimex tj. 10 520 MWe (moc elektryczna) zwiększony w stosunku do sprawdzonych komercyjnie rozwiązań w silniku (tj 10 387MWe) może być osiągnięty bez ryzyka negatywnych następstw i uznany za zapewniający działanie silnika, tak jak sprawdzone komercyjnie rozwiązania technologiczne tj. silniki o niższej mocy elektrycznej”. Podkreślić należy, że ani z treści SWZ ani też z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25 lutego 2022r. nie wynikały jakkolwiek ograniczenia co do możliwości modyfikacji mocy silników gazowych, co więcej Zamawiający dopuścił taką możliwość, nie formułując żadnych ograniczeń w tym zakresie. Ponadto Izba w składzie orzekającym uznała, że treść wypowiedzi stron, jak również zgromadzony w sprawie materiał pozwalał na rozstrzygnięcie w zakresie przedstawionych zarzutów.

Izba za niezasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach

czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przypomnieć należy, że zdaniem Odwołującego Przystępujący podał nieprawdziwe informacje dotyczące mocy elektrycznej zaoferowanego silnika gazowego, tj., że wynosi ona 10 520 kWe, podczas gdy z przedstawionych referencji jak i informacji powszechnie dostępnych w Internecie wynika, że zaoferowany silnik Jenbacher J920 Flextra charakteryzuje się mocą na poziomie 10 400 kWe.

W ocenie składu orzekającego skoro z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 211 z dnia 25 lutego 2022r. wynikało, że dopuszcza on możliwość zaoferowania urządzenia ze sprawdzonego komercyjnie typoszeregu, w którym producent tego urządzenia dokona modyfikacji technicznej mającej bezpośredni wpływ na polepszenie parametrów technicznych i osiągow tego urządzenia to nieprawidłowe jest stanowisko Odwołującego, że jakakolwiek różnica wartości parametru technicznego opisanego w broszurze producenta z odpowiadającą mu wartością tego parametru w ofercie wykonawcy przesądza o przedstawianiu przez tego wykonawcę stanu odmiennego od rzeczywistości i stanowi zarazem manipulowanie danymi zawartymi w ofercie.

Ponadto zauważyć należy, że z przedłożonego przez Przystępującego dowodu w postaci karty katalogowej typoszeregu J920 dla silników oferowanych w przedmiotowym zamówieniu wynika, że silniki oferowane przez Polimex posiadają moc elektryczną zgodną z oświadczeniami Przystępującego zawartymi w ofercie czyli są zdolne do wytworzenia mocy elektrycznej na poziomie 10 520 kW.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że Przystępujący wskazując w ofercie moc elektryczną oferowanego produktu nie przedstawił nieprawdziwych informacji, nie wprowadził Zamawiającego w błąd, ani nie manipulował danymi zawartymi w ofercie, aby otrzymać najwyższą punktację w danym kryterium, a tym samym niezasadny okazał się zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Polimex, w sytuacji gdy wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania.

Na wstępie wskazać należy, że Odwołujący wycofał powyższy zarzut w części dotyczącej niezłożenia przez Przystępującego oświadczenia spółki Polimex Energetyka sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej oraz oryginału Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych

dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. INNIO Jenbacher GmbH & Co OG z siedzibą w Jenbach.

W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie w powyższym zakresie działając na podstawie art. 520 ust. 1 Pzp, art. 568 pkt 1 Pzp (pkt 1 sentencji).

Rozstrzygając natomiast zasadność postawionego zarzutu co do niezłożenia przez Przystępującego Informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla L. H. będącej dyrektorem zarządzającym w spółce INNIO Austria GmbH z siedzibą w Jenbach wskazać należy, że stosownie do treści art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054 i 2142) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 463, 583 i 974),

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1745),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp ma zatem zastosowanie do konkretnych podmiotów, które zostały w nim wymienione. Są to: urzędujący członek organu zarządzającego, urzędujący członek organu nadzorczego, wspólnik w spółce jawnej, wspólnik w spółce partnerskiej, komplementariusz w spółce komandytowej, komplementariusz w spółce komandytowo-akcyjnej lub prokurent, o ile osoby te zostały prawomocnie skazane za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W niniejszej sprawie Przystępujący powołał się na zasoby podmiotu – Innio Jenbacher GmbH&Co OG (spółka jawna), której wspólnikami są Innio Austria GmbH (sp. z o.o.) oraz Innio Jenbacher GmbH (sp. o.o.). Pani L. H. nie jest osobą fizyczną, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, bowiem nie jest ani wykonawcą ani podmiotem udostępniającym zasoby. Nie jest także u Przystępującego, lub podmiotu udostępniającego zasoby jedną z osób o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, tzn. nie jest urzędującym członkiem ich organów zarządzających lub nadzorczych, nie jest także wspólnikiem spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, albo komplementariuszem w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, a także nie jest prokurentem u Przystępującego bądź podmiotu udostępniającego zasoby.

Tym samym brak było podstaw prawnych do żądania przez Zamawiającego informacji z KRK w zakresie określonym w pkt 17.6 SWZ dla L. H..

Powyższe stanowisko Izby potwierdza pośrednio opinia Urzędu Zamówień Publicznych, która dotyczy innych spółek osobowych, tj. spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, ale przyjęte w niej stwierdzenie o nieprzenoszeniu obowiązku weryfikacji karalności na osoby zasiadające w organach zarządzających lub nadzorczych ww. spółek, znajduje zastosowanie również w niniejszym stanie faktycznym, w którym zarząd w spółce jawnej sprawuje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Odnosząc się natomiast do argumentów Odwołującego dotyczących kwestii pronijniej wykładni przepisów i zastosowania art. 57 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych,

uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy wskazać, że zgodnie z tym przepisem: „Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne”. Zauważyć należy, że dyrektywa jest aktem prawnym, który nie ma bezpośredniego zastosowania w państwach członkowskich UE, a wskazywany przez Odwołującego fragment nie został transponowany do Pzp w sposób dosłownie przenoszący tekst z dyrektywy. Ponadto w ocenie składu treść art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej, nie uzasadnia dokonywania rozszerzającej wykładni art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższym stanowiskiem, a także uznając, że wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego o skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującym pytaniem: *„Czy w świetle art. 57 ust 1 Dyrektywy 2014/24UE stosowanym do udzielania zamówień objętych dyrektywą 2014/25UE zgodnie z jej art. 80 ust 1 zgodne z dyrektywą dopuszczalne jest takie ukształtowanie i wykładnia przepisów krajowych zgodnie z którymi nie dojdzie do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, gdy członkiem organu zarządzającego wykonawcy jest osoba prawna, a tą osobę prawną reprezentuje osoba skazana prawomocnym wyrokiem za czyny wskazane w art. 57 ust 1 dyrektywy 2014/24 UE i w konsekwencji taka osoba skazana reprezentując osobę prawną - członka organu zarządzającego wykonawcy posiada uprawnienia decyzyjne w organie zarządzającym wykonawcy i jednocześnie ta osoba prawna będąca członkiem organu zarządzającego wykonawcy może reprezentować wykonawcę działając poprzez taką osobę skazaną”*, prowadziłyby do przedłużenia postępowania odwoławczego, Izba na podstawie art. 541 Pzp oddaliła powyższy wniosek.

Podsumowując, Izba oddaliła zarzut jako bezzasadny stwierdzając, że Zamawiający nie miał podstaw do badania ziszczenia się przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec p. L. H., z uwagi na fakt, że jego stosowanie nie przenosi się na osobę fizyczną będącą członkiem zarządu osoby prawnej będącej spółką jawną, która jest współnikiem spółki jawnej udostępniającej Przystępującemu zasoby.

Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) — nie wykazania posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 10 000 000,00 PL

Podkreślić należy, że jak wynika z treści złożonej polisy zakresem ubezpieczenia została objęta inna, pozostała działalność usługowa, również usługi związane z prowadzeniem serwisu. Ponadto zgodnie z punktem 15.6.3. lit b) SWZ (Sytuacja ekonomiczna lub finansowa) Wykonawca miał spełnić warunek udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, w zakresie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nie tożsamej, co sugeruje Odwołujący.

Izba analizując treść ww. postanowienia SWZ stwierdziła, że wykonawcy nie byli zobowiązani do przedkładania polisy ubezpieczeniowej, w której literalnie będzie wskazana konkretna działalność objęta zakresem niniejszego zamówienia. Izba uznała, że skoro z polisy złożonej przez Przystępującego wynika, że obejmuje ona także działalność inną nie wymienioną w jej treści, a jednocześnie nie objęto tej usługi wyłączeniem od ubezpieczenia, to w ocenie Izby Polimex wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Mając na względzie fakt, że Izba w składzie orzekającym uznała, że Polimex wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej oraz brak podstaw do wykluczenia, brak było podstaw prawnych do skierowania do tego wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Izba oddaliła wnioski Odwołującego i Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii r.pr. T. A. oraz prof. dra hab. Inż. P. F. stwierdzając, że złożone przez strony ekspertyzy są dowodem, który w doktrynie nosi nazwę opinii prywatnej. Od strony negatywnej opinią prywatną (inaczej pozaprocesową, pozasądową, rzeczoznawczą) jest bowiem każde oświadczenie, powołujące się na wiadomości specjalne, nie pochodzące od biegłego powołanego przez sąd. Najistotniejszą cechą opinii prywatnej jest sporządzenie nie na zlecenie organu procesowego, lecz innych uczestników procesu, najczęściej stron postępowania. Jak sama nazwa wskazuje, opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 539 ust. 1 Pzp, ponieważ nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Dokument ten powstaje poza postępowaniem, czasami nie dla jego celów, a czasami właśnie dla przedstawienia w toku postępowania. Należy uznać za ugruntowany w orzecznictwie SN i sądów powszechnych oraz literaturze pogląd, że, co do zasady, prywatna opinia „biegłego” lub instytutu naukowego nie stanowi dowodu wiadomości specjalnych. Charakter opinii prywatnej ma nawet ekspertyza osoby, która jest biegłym sądowym, jeżeli sporządzona została na polecenie strony.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że przedłożone do akt przez strony opinie prywatne są wyłącznie przejawem stanowiska strony, która z opinii korzysta, a nie profesjonalnej, obiektywnej wiedzy eksperckiej.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....