

Sygn. akt: KIO 288/22

**WYROK**

**z dnia 22 lutego 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**

**Marzena Ordysińska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 18 lutego 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2022 r. przez wykonawcę: **AMK Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Introl-Energomontaż Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych, Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

## Uzasadnienie

**PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie** - dalej: „zamawiający”, prowadzi postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, którego przedmiotem jest Realizacja w formule EPC („pod klucz”) projektu „Program inwestycyjny dla EC Zgierz - budowa nowych jednostek wytwórczych”; numer postępowania: POST/PEC/PEC/ZSR/00896/2021 (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 sierpnia 2021 r. pod numerem: 2021/S 154-410186.

Zamawiający 24 stycznia 2022 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych, Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** (dalej „Konsorcjum Miko-Tech”).

W dniu 3 lutego 2022 r. przez wykonawcę: **AMK Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Miko-Tech, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w sytuacji, gdy przedstawiło ono informacje wprowadzające w błąd zamawiającego tj.: (a) zadeklarowało w załączniku nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ” (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B) poziom minimalnej gwarantowanej mocy cieplnej użytecznej agregatów kogeneracyjnych, który to parametr, ze względu na występujące zanieczyszczenia wymiennika spaliny/woda, jest nie do utrzymania przez okres gwarancyjny w oferowanym rodzaju silników, bez konieczności interwencji serwisowej; (b) wskazało w załączniku nr 10 do SWZ (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B) parametr mocy elektrycznej agregatów kogeneracyjnych w ujęciu brutto, zamiast żądanej przez zamawiającego wartości netto, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postaci wyboru oferty Konsorcjum Miko-Tech jako najkorzystniejszej;

2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Miko-Tech jako najkorzystniejszej, zamiast oferty odwołującego, która w przypadku odrzucenia oferty tego wykonawcy przedstawia najkorzystniejszy bilans kryterium oceny ofert;
3. ewentualnie: art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na fakt, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, mianowicie brak zmiany załącznika nr 10 do SWZ (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B) przed terminem składania ofert, w zakresie deklaracji wykonawcy o mocy elektrycznej agregatów kogeneracyjnych z netto na brutto, pomimo doprecyzowana przez zamawiającego, że modyfikuje SWZ „celem zastąpienia mocy elektrycznej netto przez moc elektryczną brutto”;
4. dodatkowo: art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania Konsorcjum Miko-Tech do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dla Pana D. R. oraz Pana T. B., a w przypadku braku uzupełnienia tych dokumentów, art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy przedstawione dla ww. osób zaświadczenia o niekaralności nie stanowią dowodu na okoliczność braku skazania ww. za przestępstwa, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, a które to żądanie zostało sformułowane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech, jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (zarzut z pkt 1 i 2) lub unieważnienia postępowania ze względu na fakt, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (zarzut z pkt 3) lub wezwania Konsorcjum Miko-Tech do przedstawienia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, zaświadczeń o niekaralności dla ww. osób w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i dokonanie oceny uzupełnionych dokumentów podmiotowych (zarzut z pkt 4).

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, a także, w związku z zarzutem z pkt 1, na podstawie art. 538 ustawy Pzp wniósł o zobowiązanie Konsorcjum Miko-Tech do przedstawienia dowodu w postaci dokumentacji producenta zaoferowanych agregatów kogeneracyjnych, na okoliczność spełniania

zadeklarowanych w ofercie parametrów w zakresie mocy cieplnej użytecznej przez cały okres umowny gwarancji oraz mocy elektrycznej netto i brutto.

Uzasadniając powyższe odwołujący, w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp przypomniał, że Załącznik nr 10 do SWZ (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B) stanowi integralną część oferty (pkt 20.3.3 SWZ). Zamawiający zobowiązał wykonawców do określenia, na ustalonym w tym załączniku formularzu, m.in. następujących parametrów zaoferowanych agregatów kogeneracyjnych: moc elektryczna oraz moc cieplna użyteczna.

W przypadku tego ostatniego parametru, zaoferowany przez Konsorcjum Miko-Tech produkt nie pozwoli na utrzymanie minimalnej gwarantowanej mocy cieplnej użytecznej na poziomie 4995 kWt przez cały wymagany umową okres (okres gwarancyjny). Z punktu widzenia technicznego, tego rodzaju produkt doznaje zanieczyszczeń wymiennika spaliny/woda i będzie wymagał interwencji serwisowej, aby utrzymać zadeklarowany poziom. Tym samym, w umownym okresie będą zdarzały się przerwy w utrzymaniu właściwych parametrów urządzenia. Skutkuje to nie tylko potencjalnymi sankcjami za brak należytego wykonania zamówienia (na etapie jego realizacji - kary umowne), ale przede wszystkim stanowi wprowadzenie w błąd zamawiającego. Zaznaczył, że błąd ten ma w tym przypadku istotny wpływ na decyzję zamawiającego, ponieważ niniejszy parametr był uwzględniany przy kryterium oceny ofert (pkt 24 SWZ), przy czym sam przepis stanowiący podstawę prawną wykluczenia wykonawcy (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp) wymaga, od strony podmiotowej, jedynie nieumyślności (lekkomyślność i niedbalstwo) oraz zaledwie potencjalnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (sformułowanie „co mogło mieć wpływ”).

Odwołujący, odnosząc się do parametru mocy elektrycznej wskazał, że na etapie postępowania widoczna była dyskusja z wykonawcami w przedmiocie czy parametr ten ma zostać wyrażony netto czy brutto. Ostatecznie, zamawiający poinformował w wyjaśnieniach do SWZ z 5 listopada 2021 r. (pytanie nr 3), że decyduje się na parametr brutto, uzasadniając taką zmianę „celem zastąpienia mocy elektrycznej netto przez moc elektryczną brutto”. Jednocześnie jednak, dokonując zmiany SWZ, pozostawił w załączniku Nr 10 do SWZ żądanie określenia parametru mocy elektrycznej agregatów kogeneracyjnych w ujęciu netto. Z wiedzy technicznej odwołującego wynika, że produkt zaoferowany przez Konsorcjum Miko-Tech nie spełnia parametru mocy elektrycznej na poziomie 4389 kWe netto; taki poziom jest co najwyżej możliwy przy ujęciu brutto. Tym samym, również w tym zakresie zaistniały okoliczności, które wskazują na wprowadzenie w błąd zamawiającego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że dokumentacja postępowania nie zawiera materiałów pozwalających ustalić rzeczywiste parametry zaoferowanych przez Konsorcjum Miko-Tech

agregatów kogeneracyjnych, wobec czego konieczne jest skorzystanie przez Krajową Izbę Odwoławczą z instrumentu z art. 536 ustawy Pzp, przez zobowiązanie tego wykonawcy do przedstawienia dokumentacji producenta zaoferowanych agregatów, w zakresie parametru mocy cieplnej użytecznej przez cały okres umowy gwarancji oraz mocy elektrycznej netto.

Dalej podniósł, że w przypadku braku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą żądania nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech z ww. powodu, konieczne jest unieważnienie postępowania, ponieważ z przyczyn leżących po stronie zamawiającego - niepewność co rodzaju wartości parametru (netto czy brutto) przekracza akceptowany w warunkach zamówień publicznych, poziom. Z jednej bowiem strony, zamawiający określił, że zmienia zasadę z netto na brutto, z drugiej nie dokonał właściwych zmian w dokumentach zamówienia (parametry zostały zmienione odnośnie umowy, ale nie w deklaracji - załącznik nr 10 do SWZ). Tym samym, trudno mówić o zawarciu umowy niepodlegającej unieważnieniu, skoro parametr uwzględniany na potrzeby oceny ofert i który w założeniu ma stanowić deklarację wykonawcy na potrzeby również realizacji zamówienia został określony w różnych, niedających się uzgodnić wartościach. Inaczej ujmując, zakres świadczenia wykonawcy nie przystaje do zaoferowanego.

W zakresie, w jakim podnosił naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący zauważył, że w postępowaniu o wartości przekraczającej progi unijne, zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji braku podstaw wykluczenia nie tylko na podstawie oświadczenia (w formie Jednolitego dokumentu), ale również dokumentów wykonawcy (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp). W niniejszym postępowaniu, powyższe zasady ustawowe znalazły również odzwierciedlenie w warunkach zamówienia (pkt 17.6 SWZ). W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia m.in. zaświadczenia o niekaralności członków organów podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum Miko-Tech, w zakresie wskazanym w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, wykonawca ten złożył zaświadczenie członka zarządu Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach Pana D. R. oraz prokurenta tej Spółki Pana T. B., z których wynika jedynie brak skazania za czyn określony w art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W tym stanie sprawy, konieczne było wezwanie do uzupełnienia wadliwych dokumentów i dokonanie ich oceny pod kątem ewentualnego stwierdzenia podlegania wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Miko-Tech i jego odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych, Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach.** Z kolei

swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili: wykonawca **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Introl-Energomontaż Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie**, **Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, **Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Konsorcjum Miko-Tech, na posiedzeniu w dniu 18 lutego 2022 r. złożyło pismo procesowe, przedstawiając swoje stanowisko w sprawie i wnosząc o przeprowadzenie dowodów do niego załączonych, na okoliczności w nim wskazane.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismem procesowym Konsorcjum Miko-Tech, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i złożył swoją ofertę w postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, a zatem w przypadku uznania przez Izbę, że oferta Konsorcjum Miko-Tech podlega odrzuceniu, odwołujący ma szansę uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści wynikających z jego realizacji. Z kolei w przypadku, gdy Izba uzna, że zaszły w niniejszej sprawie przesłanki skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, interes odwołującego przejawia się w możliwości uzyskania zamówienia w nowej, powtórzonej procedurze przetargowej.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i oceniła dowody wnioskowane przez Konsorcjum Miko-Tech, załączone do pisma procesowego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech pomimo, że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Uzasadniając ten zarzut podnosił, że Konsorcjum Miko-Tech przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, deklarując w załączniku nr 10 do SWZ (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B) poziom minimalnej gwarantowanej mocy cieplnej użytecznej agregatów kogeneracyjnych, który to parametr, ze względu na występujące zanieczyszczenia wymiennika spaliny/ woda, nie jest do utrzymania przez okres gwarancyjny w oferowanym rodzaju silników, bez konieczności interwencji serwisowej.

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie z tego powodu, że w treści SWZ zamawiający nie przewidział zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Tym samym nie sposób uznać, że zaistniała podstawa, określona w dokumentach zamówienia, do dokonania takiej czynności przez zamawiającego.

Z kolei rozszerzanie zarzutów odwołania na rozprawie, jak to próbował czynić odwołujący wskazując, że podanie takiej informacji wyczerpuje także znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, jest niedopuszczalne. Należy przypomnieć, co wielokrotnie podnoszone było zarówno w orzeczeniach sądów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, iż zgodnie z treścią art. 555 ustawy Pzp, Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu, przy czym zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak np. w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20).

Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a ponadto powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to taki



błąd nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość odebrano by zamawiającemu możliwość przygotowania się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępującym po jego stronie wykonawcom ograniczono by możliwość obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności, to ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Tym samym, sformułowany przez odwołującego zarzut należało oddalić. W przypadku, w którym przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie została, jako fakultatywna, przewidziana w dokumentach zamówienia, przepis ten nie może być podstawą decyzji zamawiającego, polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Wskazywanie z kolei na rozprawie innych podstaw prawnych i okoliczności, które miałyby powodować, że oferta Konsorcjum Miko-Tech winna być wyeliminowana z postępowania (zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, niezgodność treści oferty z treścią SWZ) nie mieszczą się w zarzutach odwołania i jako takie nie mogą być podstawą orzekania Izby.

Jedynie na marginesie należy także zauważyć, że odwołujący w zakresie podnoszonego zarzutu, oprócz kwestionowania parametrów mocy cieplnej czy mocy elektrycznej, zadeklarowanych przez Konsorcjum Miko-Tech w treści załącznika nr 10 do SWZ (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B) nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów na okoliczności w odwołaniu wskazane. Jeśli nawet, jak twierdził nie mógł przedstawić dowodów w postaci dokumentacji producenta, z których wynikają deklarowane w ofercie Konsorcjum Miko-Tech parametry agregatów kogeneracyjnych, powinien zaprezentować co najmniej swoje wyliczenia, z których wynikałoby jakie wartości są prawidłowe, aby swój zarzut co najmniej uprawdopodobnić. Opieranie zarzutu jedynie na niczym niepopartych twierdzeniach, i domaganie się aby to Izba pozyskała właściwą dokumentację techniczną, zwracając się do podmiotu trzeciego - jest nieuprawnione. W świetle przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp to obowiązkiem strony i uczestników

postępowania odwoławczego jest przedstawiać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Dostrzec należy także, że przystępujący ze swojego uprawnienia skorzystał i na dowód, że dobrany przez niego układ kogeneracyjny, którego część stanowią agregaty kogeneracyjne umożliwi utrzymanie wartości gwarantowanych, przedłożył oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela Innio Jenbacher w Polsce - Ferox „FEROX-ENERGY -SYSTEMS” Sp. z o.o. Z treści tego oświadczenia wynika, że zadeklarowane przez Konsorcjum Miko-Tech parametry mocy cieplnej użytecznej i mocy elektrycznej, zostały podane w sposób prawidłowy.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut, który odwołujący sformułował jako zarzut ewentualny, polegający na naruszeniu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tego powodu, że to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący jako okoliczności faktyczne, które miały świadczyć o konieczności podjęcia takiej decyzji wskazywał, że zamawiający nie dokonał zmiany załącznika nr 10 do SWZ (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B) przed terminem składania ofert, w zakresie deklaracji wykonawcy o mocy elektrycznej agregatów kogeneracyjnych z netto na brutto, pomimo doprecyzowania, że modyfikuje SWZ „celem zastąpienia mocy elektrycznej netto przez moc elektryczną brutto”.

Odwołujący, jako podstawę prawną, nakazującą zamawiającemu unieważnienie postępowania, wskazywał przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. wystąpienie w postępowaniu niemożliwej od usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przypomnieć należy, że do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że: (1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania); (2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; (3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Z kolei ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w pierwszej kolejności, badając czy w okolicznościach danego postępowania zaistniały przesłanki do jego unieważnienia, należy ustalić czy mamy do czynienia z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, a jeśli tak, to czy owo naruszenie jest tak poważne, że nie będzie możliwe zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób jednak dopatrzeć się jakiegokolwiek wady.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, z treści SWZ wynika jednoznacznie, jaki parametr należało wpisać w treści złożonej oferty. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 3 w dniu 5 listopada 2021 r. wprowadził następującą modyfikację w Załączniku nr 5 do Umowy LTSA, w tabeli dotyczącej Parametrów Gwarantowanych, gdzie zmieniono „Moc elektryczną netto” na „Moc elektryczną brutto” z jednoczesną zmianą w zakresie sposobu określenia wartości gwarantowanych z „uzupełnia wykonawca - wartość zgodna z zadeklarowaną w Ofercie” na „zmierzona w trakcie Pomiarów Gwarancyjnych Parametrów Gwarantowanych Grupy B na koniec podstawowego okresu gwarancji wynikającej z Umowy EPC” a także w tabeli dotyczącej Kar za nieosiągnięcie Parametrów Gwarantowanych, gdzie zmieniono „Moc elektryczną netto” na „Moc elektryczną brutto”. Zmiany te jednoznacznie wskazują na zamiar zamawiającego, tj. wprowadzenie jako parametru gwarantowanego w Umowie LTSA „mocy elektrycznej brutto”, która to wartość nie jest tożsama z podaną w ofercie, ale zostanie określona w trakcie Pomiarów Gwarancyjnych Parametrów Gwarantowanych Grupy B na koniec podstawowego okresu gwarancji wynikającej z Umowy EPC. W treści wyjaśnień zostało użyte sformułowanie „Celem wprowadzonych zmian jest zastąpienie mocy elektrycznej netto przez moc elektryczną brutto AK”, na podstawie którego nie można jednak wywodzić, jak to czyni odwołujący, że powodowały one jednocześnie konieczność zmiany Załącznika nr 10 do SWZ (Wykaz Parametrów Gwarantowanych).

Ponadto zamawiający, odpowiadając na ww. pytanie wprowadził zmiany w Załączniku nr 10 do SWZ (tj. Wykaz Parametrów Gwarantowanych, składany wraz z ofertą), przy czym te dotyczyły wyłącznie usunięcia z Wykazu Parametrów sprawności ogólnej (ze względu na to, że sprawność ta weryfikowana będzie dopiero w trakcie pomiarów gwarancyjnych), z kolei moc elektryczna, którą miał podać wykonawca w ofercie nadal pozostała mocą netto.

Izba stwierdziła, że zamawiający jednoznacznie określił w odpowiedzi, poprzez wprowadzenie odpowiednich zmian w SWZ, jakie wartości mają być podane w ofercie, a jakie wartości będą stanowić parametry gwarantowane na etapie realizacji Umowy LTSA. Jeśli z kolei odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie jaki parametr należało w to miejsce wpisać - mógł w odpowiednim terminie zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

Nie sposób zatem przypisać zamawiającemu w tym zakresie żadnego błędu, a dokumentom zamówienia jakiegokolwiek niejasności czy rozbieżności. W konsekwencji nie sposób jest uznać, że w postępowaniu zaistniała jakakolwiek wada, która uniemożliwiła złożenie oferty wszystkim wykonawcom, na równych zasadach, i w oparciu o te same informacje.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Miko-Tech do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dla Panów: D. R. oraz T. B., a w przypadku braku uzupełnienia tych dokumentów - brak odrzucenia jego oferty, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp - Izba uznała powyższe za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, że Konsorcjum Miko-Tech, odpowiadając na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożyło zaświadczenia o niekaralności dla ww. osób. W pkt. 11. tj. „wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie” wpisano „art. 109 ust. 1 pkt. 3 Prawo zamówień publicznych z 11.09.2019”, co oznacza wyłącznie tyle, że wskazana została podstawa prawna, z której wynika prawo tego podmiotu do uzyskania informacji z Rejestru.

Kluczowe w niniejszej sprawie jest, że na obu zaświadczeniach widnieje adnotacja „Nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego”, nie zaś, że nie figuruje w kartotece karnej, wraz z określeniem zakresu. Należy jednocześnie dostrzec, że zakres ten nie został przez przystępującego w żaden sposób ograniczony, albowiem nie wypełniony został pkt 13 formularza, który precyzuje zakres danych, które mają być przedmiotem informacji o osobie.

Zaświadczenie o niekaralności, gdy opatrzone jest pieczęcią „NIE FIGURUJE” oznacza tyle, że dana osoba czy podmiot są niekarane. Zgodnie z § 12 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 2015 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2015 r., poz. 1025 ze zm.), zwrot „NIE FIGURUJE” oznacza, że w Rejestrze nie ma danych osoby lub podmiotu zbiorowego, których dotyczy zapytanie o karalność, czyli dana osoba czy podmiot zbiorowy, w ogóle nie były karane. Tym samym bez znaczenia jest treść zapytania we wniosku, w tym podana podstawa prawna, skoro adnotacja ta oznacza, iż dana osoba nie była w ogóle karana i to niezależnie od rodzaju przestępstwa.

Tym samym, w ocenie Izby, Konsorcjum Miko-Tech składając ww. zaświadczenia, wykazało, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp i z tych powodów niezasadne są zarzuty odwołującego, że zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....