

WYROK
z dnia 9 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **ENVIROTECH Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **PGNiG TERMIKA Energetyka Przemysłowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Energotechnika-Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) w związku z art. 128 ust. 1 lub ust. 5 tej ustawy oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy Energotechnika-Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykazu zamówień wraz z dowodami, o którym mowa w Specyfikacji Warunków Zamówienia w części I Instrukcja dla Wykonawców w rozdziale VII „Podmiotowe środki dowodowe” pkt 6 ppkt 2) na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Specyfikacji Warunków Zamówienia w części I Instrukcja dla Wykonawców w rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 1

ppkt 2) lit. d),

2. oddała odwołanie w zakresie zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz w związku z art. 239 tej ustawy,
3. kosztami postępowania obciąża w ½ wykonawcę **ENVIROTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** i w ½ zamawiającego **PGNiG TERMIKA Energetyka Przemysłowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie Zdrój** i:
4. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENVIROTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** z tytułu wpisu od odwołania, kwotę **797 zł 51 gr** (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt jeden groszy) z tytułu dojazdu na posiedzenie pełnomocników odwołującego oraz kwotę **900 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) z tytułu dojazdu na posiedzenie pełnomocników zamawiającego,
5. znosi wzajemnie koszty stron z tytułu wynagrodzenia i dojazdu na posiedzenie pełnomocników stron,
6. zasądza od zamawiającego **PGNiG TERMIKA Energetyka Przemysłowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie Zdrój** na rzecz wykonawcy **ENVIROTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania (½).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, budowa i uruchomienie dwóch kotłowni gazowych na terenie Rybnika” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane 30 czerwca 2021 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 124-329543) przez PGNiG TERMIKA Energetyka Przemysłowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie Zdrój (dalej „zamawiający”) wykonawca „Envirotech” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, tj. wobec:

1. uznania, że wykonawca Energotechnika-Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej „Energotechnika”) zdołał wykazać spełnianie warunku zdolności technicznej i zawodowej udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy, podczas gdy z osnowy przedłożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych wynika, że warunku tego nie spełnia; w konsekwencji zaniechaniu wezwania wykonawcy Energotechnika do wyjaśnień lub uzupełnień podmiotowych środków dowodowych w odpowiednim zakresie, ewentualnie zaniechaniu wystąpienia do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę Energotechnika warunku doświadczenia postawionego przez zamawiającego, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów,
2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Energotechnikę, mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez zamawiającego i w konsekwencji uznania za najkorzystniejszą oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 16 pkt 1) i 2) w związku z art. 128 ust. 1 lub ust. 5 oraz w związku z art. 239, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, polegające na uznaniu za najkorzystniejszą oferty wykonawcy, który nie zdołał wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz zaniechaniu procedur wyjaśniania i uzupełnienia dokumentów podmiotowych wykonawcy Energotechnika lub wystąpienia do podmiotu będącego w posiadaniu informacji lub dokumentów

istotnych w zakresie oceny spełniania przez tego wykonawcę ww. warunku udziału o przedstawienia takich informacji lub dokumentów, mimo, że z osnowy podmiotowych środków dowodowych, przedłożonych przez wykonawcę Energotechnika nie wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu,

2. art. 16 pkt 1) i 2) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz w związku z art. 239 PZP, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, polegające na uznaniu za najkorzystniejszą i dokonaniu wyboru oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty ogłoszonej 10 sierpnia 2021 r.,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Energotechnika na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako oferty, której treść jest niezgodna w warunkami zamówienia, ewentualnie uzupełnienia procedury kwalifikacji podmiotowej Energotechniki przez nakazanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnień lub wyjaśnień dokumentów podmiotowych oraz ponownej oceny spełniania przez Energotechnikę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu pierwszego odwołujący podniósł, że oba kotły wykonane na rzecz Energetyka Sp. z o.o. w pozycjach 1 i 2 Wykazu zamówień zostały dostarczone, zainstalowane i uruchomione w ramach jednego zamówienia i jednego zadania.

Wskazał, że z osnowy Protokołu nr 9/EE/RM-EC3/2019 wynika, że został on sporządzony na okoliczność odbioru częściowego i przekazania do eksploatacji robót inwestycyjnych EC3 Głogów – Rozbudowa mocy w oparciu o kotły gazowe o mocy ok. 60 MWt (PT + Wykonanie) Zadanie I (...), na stronie drugiej protokołu, zawierającej stwierdzenia komisji odbiorowej, wskazano, że przedmiotem odbioru robót, w ramach Zadania I, była rozbudowa EC3 w zakresie: dwa kotły gazowo-wodne, przebudowa budynku kotłowni, przebudowa instalacji gazowej, stalowy komin H-33 m, stacja transformatorowa, sieć przyłączy i linia zasilania elektryczna i telekomunikacyjna.

Uzupełnił, że zamówienie referencyjne zostało uzyskane w wyniku wygrania przetargu nr ENERGETYKA/E3/16/32359 – przedmiotem tego zamówienia była rozbudowa mocy w oparciu o kotły gazowe o mocy ok. 60 MWt (Projekt techniczny plus wykonanie), natomiast w zakresie szczegółów przedmiotu zamówienia SIWZ odsyła do § 1 projektu umowy; w ust. 1 § 1 projektu umowy uszczegółowiono podział tego zamówienia na dwa zadania:

Zadanie 1: Rozbudowa mocy w oparciu o kotły gazowe o mocy ok. 60 MWt (opracowanie projektu technicznego z wykonaniem prac obiektowych), w zakresie budowy instalacji z dwoma kotłami gazowo-wodnymi o mocy 30 MWt każdy, opalanych gazem zielnym – wykonanych w formule „pod klucz”.

Zadanie 2: Świadczenie usługi serwisu gwarancyjnego w okresie trwania gwarancji z jednoczesnym zapewnieniem wszystkich materiałów oraz części eksploatacyjnych zgodnie z DTR urządzeń i instrukcji eksploatacji nowych urządzeń i instalacji.

Dowody: Wykaz zamówień, protokół nr 9/EE/RM-EC3/2019 i protokół nr 10/EERM-EC3/2020, SIWZ postępowania nr ENERGETYKA/E3/16/32359 wraz z projektem umowy.

W ocenie odwołującego oczywistym jest, że dostawa, zainstalowanie i uruchomienie dwóch kotłów gazowo-wodnych na rzecz zamawiającego Energetyka Sp. z o.o. w Lubinie zostało wykonane przez Energotechnikę w ramach jednego zamówienia i jednego, spójnego zadania: Zadania 1 zamówienia pn. EC-3 Głogów – Rozbudowa mocy w oparciu o kotły gazowe.

Odwołujący podał także, że w pozycji 3 Wykazu zamówień wykonawca Energotechnika wskazał zamówienie zrealizowane w konsorcjum z innymi wykonawcami na rzecz zamawiającego Tameh Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dawniej: Elektrociepłownia AMP Kraków) pn. „Przebudowa kotła OP-230 nr 8 w celu zmniejszenia emisji zanieczyszczeń gazowych i pyłowych w Elektrociepłowni AMP Kraków”.

W ocenie odwołującego zamówienie to nie może być uznane za wypełniające wymogi zamawiającego w zakresie wymaganego doświadczenia, ponieważ przedmiotem tego zamówienia nie była dostawa, instalacja i uruchomienie kotła, ale modernizacja i uruchomienie istniejącego kotła, a nadto zamówienie zostało wykonane przez wykonawcę Energotechnika w konsorcjum z innymi wykonawcami i ani z Wykazu zamówień, ani z Listu referencyjnego nie wynika, jaki zakres modernizacji i rozruch kotła nr 8 dawnej Elektrociepłowni AMP Kraków, wykonał w ramach konsorcjum.

Uznał, że z przedłożonych podmiotowych środków dowodowych nie można ustalić zakresu doświadczenia, jaki przypada z przedmiotowego zamówienia referencyjnego dla Energotechniki, przede wszystkim jednak, wskazane w pozycji 3 Wykazu zamówień wykonanie referencyjne nie odpowiada rodzajowo doświadczeniu opisanemu przez zamawiającego w warunku doświadczenia.

W odniesieniu do pozycji nr 4, 5 i 6 Wykazu zamówień odwołujący wskazał, że zamówienie referencyjne (realizowane obecnie na rzecz zamawiającego Energa OZE S.A. z siedzibą w Gdańsku pn. Budowa na terenie elektrociepłowni w Elblągu trzech kotłów gazowych wodnych każdy o mocy 38 MWt, w wykonaniu umowy nr EKO72/2020 (EESA

687/2020)) jest niezakończona. Stwierdził, że z protokołów nr 8 i 9 wynika, że wykonawca Energotechnika wykonał roboty polegające na posadowieniu kotłów, montażu kanałów spalin i kominów oraz demontażu rozdzielnicy, jednak z przedstawionych podmiotowych środków dowodowych nie wynika, aby wykonawca Energotechnika dokonał już przyłączenia kotłów do instalacji gazowej i wodnej, a tym bardziej nie doszło jeszcze do uruchomienia przedmiotowych kotłów.

Uzupełnił, że zgodnie z enuncjacjami prasowymi uruchomienie przedmiotowych kotłów jest planowane na przełom 2021 i 2022 roku.

Zwrócił uwagę, że z protokołów nr 8 i 9 wynika, że prace objęte tymi protokołami zostały wykonane po terminie umownym, co oznacza, że prace objęte odbiorem tymi protokołami nie mogą być uznane za wykonane należycie z uwagi na uchybienie terminom umownym.

Wskazał, że realizacja wszystkich trzech kotłów w ramach zamówienia referencyjnego pn. Budowa na terenie elektrociepłowni w Elblągu trzech kotłów gazowych wodnych każdy o mocy 38 MWt jest wykonywana w ramach jednego, jednorodnego zamówienia, bez podziału na zadania.

Dowody: artykuł prasowy pt. Transformacja elektrociepłowni Elbląg trwa z dnia 4 marca 2021 r. opublikowany na stronie: <https://media.energa.pl/pr/650631/transformacja-elektrociepownielblag-trwa>, artykuł prasowy pt. W elektrociepłowni Elbląg zostały zamontowane kotły gazowe; zdjęcia z transportu opublikowany na stronie: <https://www.wnp.pl/energetyka/w-elektrociepowni-elblag-zostaly-zamontowane-kotly-gazowe-zobacz-zdjecia-ztransportu.461022.html>

Stwierdził, że zamawiający bezpodstawnie i przedwcześnie uznał, że wykonawca Energotechnika podołał wykazaniu spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, w konsekwencji przedwcześnie dokonał wyboru jego oferty.

W odniesieniu do zarzutu drugiego odwołujący podniósł, że zamawiający nadał obu ww. oświadczeniom, tj. z Formularza ofertowego oraz Schematu technologicznego kotłowni gazowej charakter oferty, za czym przemawia także fakt, że Schemat nie został zaliczony do innych dokumentów lub oświadczeń, o którym mowa w rozdziale XV ust. 3 pkt 6) IDW SWZ, a nadto Schemat nie miał statusu przedmiotowego środka dowodowego, bowiem w rozdziale VIII IDW SWZ Przedmiotowe środki dowodowe zamawiający wskazał, że nie wymaga w tym postępowaniu przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych. Uzupełnił, że w ww. zapisach rozdziału XV IDW SWZ oraz we wzorze formularza oferty zamawiający dwukrotnie wskazał, że Schemat stanowi załącznik do oferty wobec czego uznać należy, że

zamawiający wymagał jego złożenia wraz z ofertą, nie dopuszczał jego uzupełnienia.

Zauważył, że również numeracja nadana przez zamawiającego załącznikom do IDW SWZ potwierdza, że zarówno formularz (cenowy) oferty jak i Schemat mają w tym postępowaniu status oferty: zarówno wzór Formularza oferty jak i Wymagania w zakresie schematu technologicznego kotłowni gazowej dzielą wspólnie numer 1 w numeracji załączników IDW SWZ (1 i 1.1), podczas gdy pozostałe załączniki do IDW SWZ posiadają kolejne numery porządkowe.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wymagał, w zakresie treści Schematu, uwidocznienia, a zatem i zaoferowania w ramach swojej oferty, wyłącznie podstawowych elementów przedmiotowych oferowanych kotłowni, do których zaliczył zobrazowanie technologicznych połączeń poszczególnych elementów kotłowni w zakresie obiegów wodnych, w tym wymagał zobrazowania w Schematach co najmniej takich urządzeń jak: kotły, pompy, armatura regulacyjna.

Podał, że w zakresie armatury regulacyjnej, służącej do regulacji ciśnieniem i przepływem wody, zamawiający opisał swoje wymogi w podrozdziale 4.14.2 OPZ, na stronie 31, gdzie w ust. 7 tego podrozdziału zamawiający wskazał wymóg, że Każdy zestaw pompowy musi być wyposażony na tłoczeniu w zasuwę z napędem elektrycznym. Oceniał, że w OPZ jest to jedyny, tak skonkretyzowany wymóg w zakresie rodzaju i napędu zaworu do zastosowania w kotłowniach będących przedmiotem zamówienia.

Zaznaczył, że zamawiający, w toku udzielanych wykonawcom wyjaśnień treści SWZ, podtrzymał i uczulał wykonawców na konieczność zastosowania zasuw napędzanych elektrycznie przy zestawach pompowych, bez możliwości zaoferowania równoważnych rozwiązań zaworowych w tych miejscach instalacji wodnej kotłowni będących przedmiotem zamówienia (wyjaśnienia z 8 sierpnia 2021 r.)

Uznał, że biorąc pod uwagę OPZ, jak i wyjaśnienia treści SWZ zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania, na tłoczeniu każdego zestawu pompowego, jednego konkretnego rozwiązania zaworowego w postaci zasuw sterowanych elektrycznie, bez możliwości zastosowania równoważnych rozwiązań technicznych, które winno być zobrazowane na Schemacie, zgodnie z wymogiem załącznika 1.1 do IDW SWZ.

Wskazał, że ze Schematów obu oferowanych kotłowni wykonawcy Energotechnika wynika, że zaoferował w obu kotłowniach, przy wszystkich grupach pompowych na tłoczeniu inne, niż wymagane przez zamawiającego, rozwiązanie zaworowe w postaci zestawów przepustnic sterowanych ręcznie z niesterowanym zaworem zwrotnym.

Zwrócił uwagę, że zaoferowanie przez Energotechnikę techniki zaworowej sterowanej ręcznie narusza założenie zamawiającego w odniesieniu do kotłowni, tj. maksymalnej automatyzacji kotłowni i zdalnego nadzoru nad jej pracą.

Podkreślił, że w rozdziale 2.1 *Ogólny zakres przedmiotu zamówienia* w ust. 2 OPZ zamawiający wskazał, że przedmiot umowy powinien być w pełni zautomatyzowany, z zapewnieniem zdalnego nadzoru, sterowania i diagnostyki poprzez Aplikacje Użytkownika (...); w odniesieniu do armatury w ust. 6 podrozdziału 4.14.1 OPZ zamawiający wskazał, że wszystkie elementy pomiarowe, sygnalizacyjne i wykonawcze, biorące udział w sterowaniu obiegiem wody sieciowej oraz przełączeniach układów elektrycznych będą realizowane bezpośrednio jako połączenia po drucie ze stacji procesorowej systemu DCS. Zgodnie z zapisami ust. 2 rozdziału 1.2. pt. Podstawowe parametry planowanych kotłowni OPZ oraz ust. 1 podrozdziału 4.3.1. pt. Kotłownia w lokalizacji nr 1 i ust. 1 podrozdziału 4.3.2. pt. Kotłownia w lokalizacji nr 2, zamawiający wymagał, aby każda z kotłowni gazowych będących przedmiotem zamówienia, wyposażona była w dwa jednakowe kotły gazowe wodne o łącznej maksymalnej mocy cieplnej wprowadzanej w paliwie nie większej niż 19,9 MW.

Podniósł, że ze Schematów obu oferowanych kotłowni Energotechniki wynika, że zaoferował on dla każdej z kotłowni kotły o mocy 10.000,00 kW, co oznacza, że każda z oferowanych przez niego kotłowni wyposażona jest w kotły o maksymalnej mocy cieplnej wprowadzanej w paliwie o wartości 20 MW, co przekracza maksymalną dopuszczoną przez zamawiającego moc kotłowni, opisaną w OPZ.

Z ostrożnością odwołujący podniósł, że niemożliwe jest sanowanie oferty wykonawcy Energotechnika w celu doprowadzenia jej do zgodności z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentacji przetargowej w drodze procedury opisanej art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, w drodze poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, ponieważ wynika to z faktu, że zaproponowanie alternatywnego, niedopuszczonego przez zamawiającego rozwiązania zaworowego w postaci przepustnic sterowanych ręcznie zamiast wymaganych bezwzględnie zasuw sterowanych elektrycznie, ma charakter przemyślanego koncepcyjnie rozwiązania technicznego i jako takie nie nosi znamion omyłki. Uzupełnił, że zaproponowane rozwiązanie zaworowe jest istotnie tańsze wymaganych OPZ zasuw sterowanych elektrycznie, stąd każda poprawa oferty będzie wiązała się z niedopuszczalnym negocjowaniem złożonej oferty.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB) przy piśmie z dnia 25 sierpnia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „*Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie*” – pismo z dnia 3 września 2021 r., „*Repliki na odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*” – pismo z dnia 7 września 2021 r., „*Pisma*

procesowego przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego” z dnia 6 września 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali.

Zarzut pierwszy – naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w związku z art. 128 ust. 1 lub ust. 5 oraz w związku z art. 239, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, polegające na uznaniu za najkorzystniejszą oferty wykonawcy, który nie zdołał wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz zaniechaniu procedur wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów podmiotowych wykonawcy Energotechnika lub wystąpienia do podmiotu będącego w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełnienia przez tego wykonawcę ww. warunku udziału o przedstawienia takich informacji lub dokumentów, mimo, że z osnowy podmiotowych środków dowodowych, przedłożonych przez wykonawcę Energotechnika nie wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego złożono odwołanie, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (część I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców rozdział II „*Postanowienia ogólne*” pkt 1 SWZ).

Zgodnie z rozdziałem V „*Warunki udziału w postępowaniu*” pkt 1 ppkt 2) lit. d) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował minimum 2 oddzielne zamówienia o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN netto każde, polegające na dostawie, zainstalowaniu i uruchomieniu kotłów gazowych wodnych lub parowych wraz z przyłączeniem ich do instalacji gazowej i wodnej lub parowej. Zamawiający uzna wykazanie tego doświadczenia zarówno w postaci odrębnych zamówień, jak i w postaci jednego zamówienia obejmującego wykonanie co najmniej dwóch zadań niezbędnych do potwierdzenia spełnienia tego warunku.

Zgodnie z rozdziałem VII „*Podmiotowe środki dowodowe*” pkt 6 ppkt 2 SWZ zamawiający, przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie wykazu zamówień złożonego na formularzu stanowiącym Załączniku nr 2 do Instrukcji dla Wykonawców. Do każdej pozycji wykazu zostaną załączone dowody, z których będzie wynikało, że zamówienia zostały wykonane należycie. Jeśli zamówienia były wykonywane na rzecz Zamawiającego, Wykonawca nie jest zobligowany do złożenia dowodów na prawidłowe wykonanie tych zamówień. Wykonawca musi udowodnić, że dysponuje doświadczeniem polegającym na wykonaniu minimum 2 oddzielnych zamówień, o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN netto każde, polegających na dostawie, zainstalowaniu i uruchomieniu kotłów gazowych wodnych lub parowych wraz z przyłączeniem ich do instalacji gazowej i wodnej lub parowej. Zamawiający uzna wykazanie tego doświadczenia zarówno w postaci odrębnych zamówień, jak i w postaci jednego zamówienia obejmującego wykonanie co najmniej dwóch zadań niezbędnych do potwierdzenia spełniania tego warunku.

Przystępujący złożył Wykaz zamówień, w którym pozycje nr 1 i 2 opisał w tożsamy sposób. Jak inwestora wskazano Energetykę Sp. z o.o. z Lublina, jako rodzaj i zakres wykonanych prac „*EC-3 Głogów – Rozbudowa mocy w oparciu o kotły gazowe*”. *Poziom emisji NOx ≤60mg/Nm3 Tryb pod klucz w zakresie: projekt, dostawa, montaż uruchomienie, regulacja i odbiór końcowy instalacji.*” Podano także, że techniczny zakres obejmował budowę kotła gazowego nr 1 (w przypadku pozycji nr 1) i kotła gazowego nr 2 (w przypadku pozycji nr 2) o mocy 30MWt wraz z instalacjami pomocniczymi. „*Branże: mechaniczna, technologiczna, elektryczna, budowlana oraz AKPiA. Wartość prac: 8 495 000,00 zł*”

Przystępujący załączył także Protokoły odbiory nr 9/EE/RM-EC3/2019 i nr 10/EE/RM-EC3/2019.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odnotować należy, że zamawiający nie oceniał innych pozycji niż nr 1 i 2 z Wykazu zamówień złożonego przez przystępującego (pkt 15 Odpowiedzi na odwołanie – „*W związku z wykazaniem przez Przystępującego spełnienia tego warunku (...) Zamawiający nie był zobowiązany ani uprawniony do oceny wskazanego przez niego doświadczenia w pozycjach nr 3, 4, 5 i 6 Wykazu Zamówień*”), zaś Przystępujący w toku rozprawy oświadczył, że „*zdawał sobie sprawę, iż to pozycje nr 1 i 2 stanowią potwierdzenie oczekiwanego doświadczenia, jednak zaprezentował inne jeszcze, ujęte w pozycjach 3-6, chcąc zaprezentować w pełni wachlarz swojego doświadczenia*”.

Skład orzekający Izby podkreśla, że wyłącznie ustanowione przez zamawiającego

warunki udziału w postępowaniu (w wykonaniu obowiązku z art. 134 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, zgodnie, z którym „SWZ zawiera co najmniej: (...) pkt 8) informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”), które zamawiający ujął w SWZ mogą (i muszą) stanowić podstawę oceny przez zamawiającego spełnienia warunków przez wykonawcę. Tym samym informacje o tych warunkach, które nie zostały wprost wyartykułowane przez zamawiającego w SWZ nie mogą poszerzać opisu tych warunków i stanowić podstawy oceny (np. informacje o szczególnych celach ustanowienia warunków, przez pryzmat których zamawiający miałyby oceniać zgodności wykonawców).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony jest pogląd, zgodnie, z którym respektowanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga oceny spełnienia ustanowionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem wykładni językowej (literalnej, gramatycznej).

Stosując wskazany rodzaj wykładni do odkodowania oczekiwań zamawiającego co do zdolności technicznej/zawodowej wykonawców – ich doświadczenia, skład orzekający Izby doszedł do wniosku, że zarówno w przypadku, gdy wykonawca wykazuje referencyjne dostawy w wykonaniu odrębnych zamówień, jak i w wykonaniu jednego zamówienia obejmującego co najmniej dwa zadania, muszą to być dostawy nie na jeden, ale co najmniej na dwa kotły. Przesądza o tym posłużenie się przez zamawiającego liczbą mnogą – „*polegające na dostawie, zainstalowaniu i uruchomieniu kotłów*”.

O ile ze zdania „*Wykonawca musi udowodnić, że dysponuje doświadczeniem polegającym na wykonaniu minimum 2 oddzielnych zamówień (...)*” wynika obowiązek wykazania doświadczenia zdobytego w ramach co najmniej dwóch odrębnych zamówień, to jednocześnie ze zdania „*Zamawiający uzna wykazanie tego doświadczenia zarówno w postaci odrębnych zamówień, jak i w postaci jednego zamówienia obejmującego wykonanie co najmniej dwóch zadań (...)*” wynika, że zamawiający dopuścił jednak, aby było to doświadczenie zdobyte w ramach jednego zamówienia (a nie zamówień odrębnych), zastrzegając przy tym, aby zamówienie to obejmowało co najmniej dwa zadania.

Niezależnie jednak od tego, czy wykonawca zdecydował się na przedstawienie w Wykazie zamówień pozycji dotyczących realizacji odrębnych zamówień czy dotyczących większej liczby zadań jednego zamówienia, aktualnym pozostawał wymóg zamawiającego – dla każdego odrębnego zamówienia i dla każdego zadania jednego zamówienia – aby doświadczenie polegało na dostawie, zainstalowaniu i uruchomieniu co najmniej dwóch kotłów. Użycie liczby mnogiej w opisie warunku przesądza o tym, że przedstawienie dwóch zadań jednego zamówienia dotyczących dostawy, zainstalowania i uruchomienia jednego kotła jest niewystarczające dla uznania wykazania spełnienia warunku doświadczenia.

Oznacza to, że wykonawca winien przedstawić Wykaz zamówień z dwoma odrębnymi zamówieniami dotyczącymi dostawy, zainstalowania i uruchomienia co najmniej

dwóch kotłów (każde z zamówień, łącznie co najmniej cztery kotły) lub z co najmniej dwoma zadaniami jednego zamówienia dotyczącymi dostawy, zainstalowania i uruchomienia co najmniej dwóch kotłów (każde z zadań, łącznie co najmniej cztery kotły).

Trafnie odwołujący argumentował w swojej pisemnej replice na Odpowiedź zamawiającego, że *„Z brzmienia warunku wynika, że liczone będzie zamówienie lub zadanie polegające na dostawie kotłów”* (str. 5).

Stwierdzić wobec tego należy, że przystępujący nie wykazał, że posiada niezbędne doświadczenie z rozdziału V pkt ppkt 2) lit. d) SWZ skoro każde z przedstawionych przez niego zadań w pozycjach 1 i 2 Wykazu zamówień dotyczyło jednego kotła (łącznie „jedynie” dwa kotły), a zamawiający niezasadnie uznał, że przystępujący doświadczenie to wykazał i dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie wzywał dotychczas przystępującego, do czego jest zobligowany przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykazu zamówień wraz z dowodami, o którym mowa w SWZ w części I IDW w rozdziale VII *„Podmiotowe środki dowodowe”* pkt 6 ppkt 2) na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w SWZ w części I IDW w rozdziale V *„Warunki udziału w postępowaniu”* pkt 1 ppkt 2) lit. d) toteż skład orzekający Izby dokonanie tej czynności nakazał zamawiającemu w sentencji wyroku.

Zarzut drugi – naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz w związku z art. 239 PZP, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, polegające na uznaniu za najkorzystniejszą i dokonaniu wyboru oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem VIII *„Przedmiotowe środki dowodowe”* zamawiający nie wymagał przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z rozdziałem XV *„Opis sposobu przygotowania i złożenia oferty”* pkt 1 *„Ofertę należy sporządzić w oparciu o Formularz Oferty (Załącznik nr 1), którego załącznikiem jest „Schemat technologiczny kotłowni gazowej” wraz z następującymi dokumentami: 1) Jednolity/e dokument/y; 2) Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (patrz: rozdz. VII ust. 3.) - jeśli dotyczy; 3) Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby – jeśli dotyczy; 4) Pełnomocnictwo/a – jeśli dotyczy; 5) Oświadczenie w zakresie wypełnienia obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 lub art. 14 RODO sporządzone według Załącznika nr 3 do niniejszej Instrukcji dla Wykonawców (jeżeli oferta*

zawiera dane osobowe osób fizycznych); 6) Inne dokumenty i oświadczenia wynikające z dokumentów zamówienia.”

Przystępujący złożył Schemat, co do którego zastrzeżenia (w zakresie wymogu, aby każdy zestaw pompowy był wyposażony na tłoczeniu w zasuwę z napędem elektrycznym oraz wymogu co do maksymalnej mocy cieplnej kotła gazowego wprowadzanej w paliwie – nie większej niż 19,9 MW) wniósł odwołujący.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na podstawie opracowanej przez zamawiającego SWZ (rozdziały VIII i XV części I) skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że „*Schemat technologiczny kotłowni gazowej*” (dalej „Schemat”), wbrew twierdzeniu odwołującego, nie stanowił oferty sensu stricte – zobowiązania wykonawcy w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Wniosku takiego nie można wyprowadzić na podstawie brzmienia SWZ. Argumenty prezentowane przez odwołującego przemawiają co najwyżej za uznaniem, że opracowane przez zamawiającego postanowienia SWZ nie były jednoznaczne, jednak – zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – wątpliwości na tle SWZ nie mogą być poczytane na niekorzyść wykonawcy i prowadzić do odrzucenia jego oferty.

Po pierwsze, z przywołanego przez odwołującego postanowienia z rozdziału XV [„*Ofertę należy sporządzić w oparciu o Formularz Oferty (Załącznik nr 1), którego załącznikiem jest „Schemat technologiczny kotłowni gazowej” wraz z następującymi dokumentami: (...)*”] wynika tyle tylko, że Schemat to załącznik do Formularza oferty. Wskazany wymóg nie kwalifikuje jednak automatycznie tego dokumentu jako składającego się na treść samej oferty sensu stricte, a jedynie jako dokument składający się na ofertę sensu largo.

Wymóg sporządzenia oferty w oparciu o Formularz Oferty, którego załącznikiem jest Schemat wraz innymi dokumentami – jak choćby z dokumentem JEDZ nie czyni wszak (co jest oczywiste) dokumentu JEDZ ofertą sensu stricte.

Po drugie, co nie mniej istotne, Schemat nie został przez zamawiającego wskazany jako przedmiotowy środek dowodowy, który mógłby posłużyć zamawiającemu do weryfikacji zgodność treści oferty wykonawców z treścią SWZ, a tym samym podstawę do stwierdzenia uzasadniającej odrzucenie oferty z zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. w przypadku stwierdzenia niezgodności w tym zakresie.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, że wystarczającym było złożenie przez przystępującego oświadczenia o zaoferowaniu wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz w dokumentach stanowiących załączniki do SWZ

(pkt 1 Formularza Oferty), przy czym dla porządku skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający nie opracował wzoru Schematu jako załącznika do SWZ.

W konsekwencji uznania, że Schemat nie stanowi oferty sensu stricto w zakresie oferowanego przez przystępującego przedmiotu zamówienia i nie stanowi przedmiotowego środka dowodowego, skład orzekający Izby uznał także, że treści ujęte przez przystępującego w złożonym przez niego Schemacie nie pozwalają na ich porównanie z treścią wymagań zamawiającego (z części II SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”), a w dalszej kolejności na odrzucenie oferty przystępującego.

Ze względu na potwierdzenie się jednego z dwóch zarzutów odwołania, skład orzekający Izby obciążył kosztami postępowania odwoławczego w $\frac{1}{2}$ odwołującego, oraz w $\frac{1}{2}$ zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: