

Sygn. akt: KIO 2158/21

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy SBB Energy Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie 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.

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 2021 r. poz. 1129) 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:.....

.....
.....

Sygn. akt: KIO 2158/21

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Budowa kotłowni gazowej o mocy 5x32 MWt w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach” (nr ref. POST/PEC/PEC/UZS/00087/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 041-103485. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 19 lipca 2021 r. wykonawca Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SBB Energy Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu (dalej jako „SBB”) oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy SBB z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- A.art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty SBB pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej polegającego na wskazaniu roboty budowlanej, która nie została należycie wykonana przez SBB;
- B.art. 239 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SBB z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty SBB, pomimo, że SBB z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady i co skutkować winno odstąpieniem od umowy;
- C.art. 239 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SBB z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty SBB, pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez SBB przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, lub zatajeniu informacji;
- D.art. 239 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SBB z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty SBB, pomimo przedstawienia przez SBB w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- E.art. 239 w zw. z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty SBB, pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzućona w przedmiotowym postępowaniu, jak również SBB winien być wykluczony z postępowania, przez co Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również udzielił zamówienia wykonawcy wybranego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia SBB i odrzucenia oferty SBB oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu oznaczonego w odwołaniu lit. A wskazano, iż zgodnie z pkt 17.6.2.4 SWZ na potwierdzenie spełnienia warunku uczestnictwa oferent składa wykaz robót budowlanych z załączeniem dowodów, że roboty te zostały wykonane należycie. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.05.2021 r. SBB złożyło między innymi Załącznik nr 8 do SWZ - „Wykaz wykonanych robót budowlanych”, podając jako spełniającą warunki udziału w robotach

budowlaną wykonaną w ramach jednego zamówienia w formule „pod klucz” polegającą na kompleksowym zaprojektowaniu, dostawach, budowie, rozruchu, przekazania do eksploatacji w ramach postępowania pn.: „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”. Zgodnie z treścią SWZ warunkiem sine qua non uznania roboty jako potwierdzającej warunki udziału jest jej należyte wykonanie lub należyte wykonywanie. Odwołujący wskazał, iż kwestionuje należyte wykonanie i/lub należyte wykonywanie przez SBB zadania pn. „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”. Zgodnie bowiem z załączonym do niniejszego odwołania Dowodem nr 1, którym jest „Sprawozdanie z powtórnych Pomiarów Gwarancyjnych Kotłowni Szczytowo-Rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza. Część 2/4. Pomiary Gwarancyjne emisji zanieczyszczeń” (zwanego w dalszej treści: „Sprawozdaniem”) wykonanych przez Energopomiar Sp. z o.o. w dniach 19.04 – 22.04.2021 r. (data Sprawozdania: 09.06.2021 r.) SBB nie spełniło jeden z Parametrów Gwarantowanych Technicznych Grupy A określających emisję zanieczyszczeń w spalinach tj. „Stężenie pyłu”, który musi być mniejszy lub równy 10 mg/m³u.

Odwołujący podniósł, iż pomiary przeprowadzone przez Energopomiar Sp. z o.o. nie potwierdziły spełnienia przez SBB w/w parametru gwarantowanego, gdyż jego stężenie wyniosło 16,43 mg/m³uSR dla kotła K-1 i 11,83 mg/m³uSR dla kotła K-3. W Sprawozdaniu na stronie 36 w pkt 9 „Ocena gwarancji” znajduje się jednoznaczna ocena spełnienia/niespełnienia w tabeli „Ocena dotrzymania gwarancji emisyjnych przy obciążeniu maksimum kotłów”, a mianowicie w przypadku kotłów K1 i K3 w kolumnie „Spełnienie gwarancji dla kotła” zostało wstawione słowo: „NIE” będące odpowiedzią, czy kotły spełniają Parametr Gwarantowany Techniczny Grupy A – „Stężenie pyłu”. Informacje o niedotrzymaniu = niespełnieniu wartości gwarantowanej pomiaru zapylenia są również na stronie 10 Sprawozdania (dot. kotła nr 1) oraz na stronie 24 Sprawozdania (dot. kotła nr 3). Odwołujący dodał, iż uczestniczył jako oferent w ww. postępowaniu na wyłonienie wykonawcy zadania pn.: „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” – nr referencyjny: 2017/TW/TW/04966/L, dlatego też Odwołując dysponuje kompletnymi materiałami przetargowymi z tegoż postępowania i niektóre z nich przedkłada jako dowody.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy - Program Funkcjonalno-Użytkowy (zwanym dalej „PFU”) postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy zadania pn.: „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” i stanowiącym Dowód nr 2 do niniejszego odwołania. W pkt 3.3.1 „Emisje zanieczyszczeń” – czytamy cytat: „Wykonawca gwarantuje, że poziomy emisji zanieczyszczeń do powietrza, określone w powyższej tabeli 3 w poz. 1 będą dotrzymane bezwzględnie”. Tabela nr 3, o której mowa powyżej, to tabela z Gwarantowanymi Parametrami Technicznymi Grupy A, wśród których jednym z parametrów kluczowych, który musi być bezwzględnie dotrzymany jest w pkt 1.4 Tabeli „Stężenie pyłu”, którego maksymalna wartość musi być niższa lub równa 10 mg/m³u. Natomiast zgodnie ze Sprawozdaniem wartości te są przekroczone dla kotłów nr 1 i nr 3 i wynoszą odpowiednio: 16,43 mg/m³uSR dla kotła nr 1 oraz 11,83 mg/m³uSR dla kotła nr 3. W § 6 ust. 5, strona nr 32 wzoru Umowy na Roboty Budowlane z postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy zadania pn.: „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” (stanowiącym Dowód nr 3 do niniejszego odwołania) znajduje się zapis – cytat: „Wykonawca gwarantuje, że Przedmiot Umowy osiągnie oraz utrzyma w Okresie Gwarancji Gwarantowane Parametry Techniczne określone w Załączniku nr 1 do Umowy. Niedotrzymanie Gwarantowanego Parametru Technicznego w Okresie Gwarancji będzie traktowane jako wada.” Z kolei w § 14 ust. 7, strona nr 32 w/w wzoru Umowy, sankcją za niedotrzymanie Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A jest możliwość odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w całości lub części, jeżeli wykonawca nie dotrzymał Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A z przyczyn, za które nie odpowiada Zamawiający.

Odwołujący wskazał, iż robota budowlana pn. „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” wykazana przez SBB w Załączniku nr 8 do SWZ – „Wykaz wykonanych robót budowlanych”, została wykonana wadliwie w związku z niedotrzymaniem jednego z Parametrów Gwarantowanych Technicznych Grupy A dla kotła nr 1 i kotła nr 3 tj. stężenia pyłu, który to parametr musiał być przez SBB dotrzymany bezwzględnie. Zatem nie można uznać, iż robota ta wykonana została przez SBB należyte lub była wykonywana należyte (na potwierdzenie powyższego przedstawiono dowody oznaczone w odwołaniu nr 1 – 4). Zdaniem Odwołującego wobec powyższej przedstawionego stanu faktycznego i prawnego oferta złożona przez SBB winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty oznaczone lit. B, C i D, Odwołujący podniósł, iż jak wynika z dowodu nr 1 pomiary były wykonywane przez Energopomiar Sp. z o.o. w dniach od 19.04.2021 r. do 22.04.2021 r. tj. zostały zakończone na 19 dni przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Odwołujący podkreślił, że jest to sprawozdanie z powtórnych Pomiarów Gwarancyjnych Kotłowni Szczytowo – Rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza. Informacja o powtórnych pomiarach potwierdza jednoznacznie, że pierwsze Pomiary Gwarancyjne były nieudane (negatywne). Zauważył, że zgodnie z Załącznikiem nr 9 do Umowy – Etapy Realizacji Umowy (Dowód nr 4) dla postępowania przetargowego pn.: „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” – ust. 6 pkt 5) (strona nr 12) – cytat: „Jeżeli pierwsze Pomiary Gwarancyjne będą nieudane, tzn. jeżeli podczas pierwszych Pomiarów Gwarancyjnych nie zostanie dotrzymany którykolwiek z Gwarantowanych Parametrów Technicznych z przyczyn, za które Wykonawca odpowiada zgodnie z Umową, to Wykonawca na własny koszt doprowadzi Przedmiot Umowy do takiego stanu technicznego, aby spełniał on wymagania Zamawiającego i osiągnął Gwarantowane Parametry Techniczne (modyfikacja, naprawa, wymiana).” Dalej w ust. 6 pkt 6) Załącznika nr 9 do Umowy (Dowód nr 5) – cytat: „Po nieudanych (pierwszych) Pomiarach Gwarancyjnych możliwe będzie 2 (dwu) krotnie przeprowadzenie (powtórzenie) Pomiarów Gwarancyjnych w celu potwierdzenia osiągnięcia przez Turbozespół Gwarantowanych Parametrów Technicznych”.

Jak wynika z powyższej przytoczonych zapisów dotyczących zasad przeprowadzania Pomiarów Gwarancyjnych, fakt przeprowadzenia powtórnych pomiarów świadczy jednoznacznie, iż pierwotne pomiary Parametrów Gwarantowanych były nieudane, a zatem SBB miało wiedzę przed dniem złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym tj. przed 11.05.2021 r., gdyż zarówno pierwsze jak i powtórne Pomiary Parametrów Gwarantowanych Technicznych Grupy A zakończyły się niepowodzeniem. Nie bez znaczenia jest zdaniem Odwołującego to, że pierwsze pomiary parametrów Gwarancyjnych zostały przeprowadzone w styczniu 2021 roku i wykazały one przekroczenia emisji zanieczyszczeń. Również wtórne pomiary przeprowadzone w dniach od 19.04.2021 r. do 22.04.2021 r. zakończyły się niedotrzymaniem Parametrów Gwarantowanych Technicznych Grupy A (stężenie pyłu w spalinach), zgodnie z załączonym do niniejszego odwołania Dowodem nr 1.

Dalej Odwołujący wskazał, iż SBB nie wypełniło również innego zobowiązania z Umowy na „Budowę kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”, a mianowicie – cytat z Dowodu nr 5 do niniejszego odwołania, ust. 6, pkt 12): „Pomiary Gwarancyjne muszą być zakończone z wynikiem pozytywnym w ciągu maksymalnie 12 ((dwunastu) miesięcy od daty podpisania Protokołu Przejęcia Kotłowni do Eksploatacji”. Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji dla zadania pn. „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” został podpisany przez SBB i Tauron Wytwarzanie S.A. został podpisany w dniu 09.06.2001 r. – dowód znajduje się w aktach przedmiotowego postępowania przetargowego jako dokument złożony przez SBB na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. W okresie 12 miesięcy od daty jego podpisania tj. najpóźniej do 08.06.2021 r., SBB zobowiązane było uzyskać potwierdzenie dotrzymania Parametrów Gwarantowanych Technicznych Grupy A. Jak wynika ze Sprawozdania z dnia 09.06.2021 r. – Dowód nr 1, datowanego 1 dzień po upływie okresu 12 miesięcy, SBB nie wypełniło swojego zobowiązania umownego po wykonaniu już powtórnych pomiarów, czyli drugiej serii Pomiarów Gwarancyjnych. Odwołujący zwrócił uwagę, że następną ostatnią już (trzecią) możliwą do wykonania serią pomiarów gwarancyjnych SBB wykonać może dopiero na jesień 2021 r. po rozpoczęciu sezonu grzewczego i uruchomieniu kotłów przez Tauron Wytwarzanie S.A. SBB w wymaganym okresie 12 miesięcy od daty przekazania kotłowni do eksploatacji nie zdążyło wykonać trzeciej serii Pomiarów Gwarancyjnych, a zgodnie z wymogiem ust. 6 pkt 7) Załącznika nr 9 do Umowy – Etapy Realizacji Umowy – Dowód nr 5 do niniejszego odwołania – cytat: „Zamawiający wymaga dotrzymania wszystkich Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A najpóźniej podczas 3 (trzeciej) serii Pomiarów Gwarancyjnych.”, zobowiązani byli to uczynić.

To wszystko zdaniem Odwołującego potwierdza nienależyte wykonanie przez SBB zamówienia. SBB składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu miało zatem wiedzę, iż robota budowlana wykazana w Załączniku nr 8 do SWZ – „Wykaz wykonanych robót budowlanych” jest wadliwie wykonana lub wadliwie wykonywana, a zatem nie można jej uznać za należyte wykonaną lub należyte wykonywaną. Tym samym SBB wprowadziło Zamawiającego w błąd lub zataiło informację, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. To wprowadzenie w błąd Zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane, w tym na decyzję o wyborze oferty SBB jako oferty najkorzystniejszej. (Odwołujący wskazał na dowód nr 5 załączony do odwołania). Wobec powyższej przedstawionej sytuacji faktycznej i prawnej w ocenie Odwołującego wykonawca SBB winien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu E odwołania wskazano, iż z uwagi na przedstawioną argumentację i złożone dowody nie ulega wątpliwości fakt naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty SBB pomimo faktu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i niezgodności oferty warunkami zamówienia oraz zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia SBB z postępowania przetargowego pomimo naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający opisał przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i przywołał w treści pisma postanowienia SWZ dotyczące ustalonych w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia. Podkreślił, iż art. 109 ustawy Pzp określa fakultatywne, nie obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Świadczy o tym przede wszystkim użycie „może” zamiast „musi” lub „wyklucza”. Co istotne, zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie przesłanek wymienionych w ust. 1, ma on obowiązek wskazania podstaw wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie zastrzegł w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ możliwości wykluczenia wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Oznacza to, że nawet w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w ww. artykule, Zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W związku z powyższym zarzuty wymienione w lit. B, C, D nie są trafne.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów, Zamawiający podkreślił fakt, że warunek określony w *tiret* drugie pkt. 15.6.4 SWZ określał, że inwestycja miała zostać zakończona przejęciem przez odbiorcę do eksploatacji. Wymóg ten nie odnosił się do okresu gwarancji i rękojmi. Wykonawca SBB Energy S.A., na potwierdzenie spełnienia warunków udziału opisanych w pkt. 15.6.4 SWZ, przedstawił w wykazie wykonanych robót budowlanych wykonane zadanie pn. „Budowa kotłowni szczytowo-rezerwowej w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”, które obejmowało swoim zakresem całość prac wymienionych w pkt. 15.6.4. Na potwierdzenie należytego wykonania tego zadania Wykonawca przedstawił dowód w postaci „Protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji” podpisanego przez przedstawicieli TAURON Wytwarzanie S.A., wraz z wyciągami z Umowy potwierdzającymi, że przedmiotowe zadanie spełnia wymogi opisane w pkt. 15.6.4 SWZ. Dokumenty, o których mowa powyżej, były wystarczające do potwierdzenia przez Zamawiającego stawianych wymogów technicznych i formalnych. Przedstawione dokumenty potwierdzały, że zakres prac obejmował zaprojektowanie, budowę oraz uruchomienie zakończone przejęciem przez odbiorcę do eksploatacji instalacji kotłów olejowych o sumarycznej Mocy cieplnej 144 MWt. Zostały one wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane.

Ze względu na fakt, że wymagania postawione w pkt. 15.6.4 SWZ obejmowały swoim zakresem jedynie okres do przejęcia instalacji przez odbiorcę do eksploatacji, a nie obejmowały okresu gwarancji i rękojmi, Zamawiający nie miał podstaw do nieuwzględnienia przedstawionych przez Wykonawcę SBB Energy S.A. dokumentów za wystarczające. Zamawiający podkreślił, że „Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji” dla zadania „Budowa kotłowni szczytowo-rezerwowej w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” został podpisany przez siedemnastu przedstawicieli odbiorcy instalacji i którego treść jednoznacznie wskazuje że: 1) Część III, pkt. 4 „Strony uczestniczące w odbiorze stwierdzają, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z dokumentacją techniczną, zawartą umową i odpowiada swojemu przeznaczeniu.”; 2) Część III, pkt. 5 „Komisja odbioru końcowego przejmuje przedmiot odbioru i uznaje, że obiekt wymieniony w części II i części III niniejszego protokołu: a) Odpowiada swojemu przeznaczeniu i jest gotowy do użytku (eksploatacji); b) Zamawiający TAURON Wytwarzanie S.A. przyjmuje inwestycję do eksploatacji z dniem 09.06.2020.” Podpisanie powyższego protokołu zdaniem Zamawiającego oznacza również, że instalacja przeszła pomyślnie etap Rozruchu, Ruchu Próbnego, poszczególne urządzenia zostały dopuszczone do eksploatacji przez Urząd Dozoru Technicznego, a cały obiekt został dopuszczony do użytkowania przez Dozór Budowlany. Zamawiający wskazał także, że brak jest legalnej definicji „należytego wykonania”. Powołał się na interpretację tego pojęcia prezentowaną w orzecznictwie Izby, wskazując na wyroki z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt

KIO 2654/19, z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 289/20, z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt KIO 851/14. Podniósł, że protokół odbioru złożony przez Wykonawcę SBB Energy S.A. zawiera stwierdzenie, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z umową i odpowiada swojemu przeznaczeniu. Zgodnie z interpretacją Izby takie zapisy są rozumiane jako należyte wykonanie przedmiotu umowy przez Wykonawcę. Powyższe potwierdza, że Wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, postawionych przez Zamawiającego w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, w związku z czym nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty SBB Energy S.A.

Z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający wskazał, iż kwestionuje możliwość posługiwania się przez Odwołującego Dowodem nr 1 pn. „Sprawozdanie z powtórnych Pomiarów Gwarancyjnych Kotłowni Szczytowo-Rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza. Część 2/4. Pomiary Gwarancyjne emisji zanieczyszczeń”. Podniósł, że z treści dokumentu nie wynika, że został on uznany i przyjęty przez zainteresowane strony umowy, tj. Wykonawcę – SBB Energy S.A. oraz Zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A. W związku z tym nie można stwierdzić, że treść dokumentu jest dla stron wiążąca, z czego mogłyby ewentualnie wynikać określone konsekwencje kontraktowe. Po drugie, forma przedmiotowego Dowodu nr 1, nie pozwala na uznanie, że jest to dokument autentyczny. Dokument ten został przedstawiony w formie skanu, bez potwierdzenia przez uprawnione osoby jego zgodności z oryginałem. Zamawiający podkreślił także, że sama treść dokumentu w żaden sposób nie przesądza o stanowisku Zamawiającego TAURON Wytwarzanie S.A. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, czy sprawozdanie to ostatecznie zostało przyjęte przez Zamawiającego oraz czy rodziło negatywne skutki kontraktowe dla Wykonawcy. W tym kontekście nie da się wykluczyć wpływu na wyniki pomiarowe czynników nieależących po stronie Wykonawcy (np. parametrów użytego paliwa lub innych nie zawinionych przez Wykonawcę aspektów mających wpływ na uzyskane wyniki), jak również okoliczności, że przeprowadzone pomiary podlegają będą weryfikacji. W związku z powyższym, złożony przez Odwołującego Dowód nr 1 nie daje podstaw do uznania, że zawarte w nim wyniki pomiarowe przesądzają o nienależywym wykonaniu umowy.

Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający formułując przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu określił jego zakres jako „budowa oraz uruchomienie zakończone przejściem przez odbiorcę do eksploatacji instalacji” w ocenie Zamawiającego należy uznać, że w realiach niniejszej sprawy Wykonawca SBB Energy S.A. potwierdził spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę SBB Energy Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania przez Izbę Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego (w szczególności SWZ, ofertę Przystępującego, oświadczenia i dokumenty przedstawione przez Przystępującego na wezwania Zamawiającego, w tym podmiotowe środki dowodowe - Wykaz robót budowlanych wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania) oraz w oparciu o dopuszczone i przeprowadzone dowody z dokumentów:

1.załączonych do odwołania:

- 1)Sprawozdanie z dnia 9 czerwca 2021 r. z powtórnych pomiarów gwarancyjnych Kotłowni Szczytowo-Rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza. Część 2/4. Pomiary Gwarancyjne emisji zanieczyszczeń;
- 2)Załącznik nr 1 do Umowy - Program Funkcjonalno-Użytkowy w postępowaniu przetargowym na zadanie pn.: „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”;
- 3)Wzór Umowy - Umowa na roboty budowlane w postępowaniu przetargowym na zadanie pn.: „Budowa kotłowni szczytowo - rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”;
- 4)Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu przetargowym na zadanie pn.: „Budowa kotłowni szczytowo - rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”;
- 5)Załącznik nr 9 do Umowy – Etapy Realizacji Umowy w postępowaniu przetargowym na zadanie pn.: „Budowa kotłowni szczytowo - rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”,

2.złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu wraz z pismem z dnia 4 sierpnia 2021 r.:

- 1)Sprawozdanie z dnia 1 lutego 2021 r. z pomiarów gwarancyjnych emisji zanieczyszczeń kotłowni szczytowo - rezerwowej w Elektrowni Łagisza w Będzinie. Część 2/4 oraz pismo Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 15 stycznia 2021 r.;
- 2)Sprawozdanie z dnia 9 czerwca 2021 r. z powtórnych pomiarów gwarancyjnych kotłowni szczytowo - rezerwowej w Elektrowni Łagisza w Będzinie. Część 2/4. Pomiary Gwarancyjne emisji zanieczyszczeń (por. dowód 1 do odwołania);
- 3)Protokół zakończenia pomiarów gwarancyjnych kotłowni szczytowo - rezerwowej w Elektrowni Łagisza w Będzinie (druga seria Pomiarów Gwarancyjnych) z dnia 18 czerwca 2021 r.;
- 4)Umowa o roboty budowlane z dnia 28 września 2018 r. zawarta pomiędzy Tauron Wytwarzanie S.A. a SBB Energy S.A. o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kotłowni szczytowo - rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” (por. dowód nr 3 do odwołania – wzór umowy);
- 5)Załącznik nr 1 do umowy „Program Funkcjonalno-Użytkowy (por. dowód nr 2 do odwołania);
- 6)Załącznik nr 7 do umowy „Formy zabezpieczenia”, pismo Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 21 czerwca 2021 r. oraz pismo Przystępującego z dnia 30 czerwca 2021 r.;
- 7)Załącznik nr 9 do umowy „Etapy Realizacji Umowy” (por. dowód nr 5 do odwołania);
- 8)wniosek Odwołującego do Tauron Wytwarzanie S.A. o udostępnienie informacji publicznej z dnia 23 lipca 2021 r. oraz odpowiedź Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 3 sierpnia 2021 r.

3. złożonych przez Przystępującego na rozprawie tj. pisma Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 29 lipca 2021 r. wraz z pismem Przystępującego z dnia 28 lipca 2021 r.;

na okoliczności wynikające z ich treści i wskazane przez Odwołującego oraz Przystępującego.

Izba za niezasadne uznała stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, kwestionujące wiarygodność załączonego do odwołania Sprawozdania z powtórnych pomiarów gwarancyjnych. Zarówno autentyczność tego dokumentu, jak i jego wiążący charakter dla stron umowy z dnia 28 września 2018 r., zostały potwierdzone poprzez przedstawienie przez Odwołującego w załączeniu do pisma z dnia 4 sierpnia 2021 r. Sprawozdania z dnia 9 czerwca 2021 r. z powtórnych pomiarów gwarancyjnych kotłowni szczytowo-rezerwowej w Elektrowni Łagisza, które to Sprawozdanie zostało Odwołującemu udostępnione przez Tauron Wytwarzanie S.A. w odpowiedzi na wniosek wystosowany w trybie dostępu do informacji publicznej (dowód nr 8 do pisma Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2021 r.). Izba nie uwzględniła ponadto wniosku Przystępującego złożonego podczas rozprawy o niedopuszczenie dowodu z dokumentów w postaci pisma Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 15 stycznia 2021 r., pisma Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 21 czerwca 2021 r. oraz pisma Przystępującego z dnia 30 czerwca 2021 r. Izba stwierdziła, iż Przystępujący, poza głośnieвым przypuszczeniem, nie podważył w sposób skuteczny legalności źródła pozyskania tych dokumentów przez Odwołującego. Ponadto Przystępujący kwestionując wiarygodność ww. dokumentów jednocześnie nie podjął próby wykazania braku autentyczności tych dokumentów czy też nieprawdziwości zawartych w nich treści.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane, którego przedmiotem jest budowa kotłowni gazowej o mocy 5x32 MWt w PGE EC S.A. Oddział Elektrownia w Kielcach.

W pkt 12 SWZ Zamawiający wskazał, iż skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 139 ust.1 ustawy PZP, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt 15 SWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, wskazując, iż w niniejszym postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu zgodnie z pkt 15.2. SWZ i spełniają warunki udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 15.6. SWZ. Zgodnie z pkt 15.2 SWZ w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 9 ustawy PZP. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 ustawy Pzp. Analogiczne postanowienie zostało zawarte w Sekcji III.1.1) pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu.

W pkt 15.6.4 SWZ (brzmienie nadane w ramach modyfikacji SWZ z dnia 22 marca 2021 r., będącej konsekwencją odpowiedzi na pytanie nr 4 do treści SWZ) Zamawiający wskazał, iż o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego zgodnie z art. 57 pkt 2 Ustawy PZP, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 1 (jedno) zamówienie, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie instalacji kotła lub kotłów gazowych lub gazowo-olejowych lub olejowych o sumarycznej Mocy cieplnej minimum 30 MWt;
- w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 1 (jedno) zamówienie, którego zakres przedmiotowy obejmował budowę oraz uruchomienie zakończone przejęciem przez odbiorcę do eksploatacji instalacji kotła lub kotłów gazowych lub olejowo-gazowych lub olejowych o sumarycznej Mocy cieplnej minimum 30 MWt.

Powyższe warunki mogą być spełnione w ramach jednej lub dwóch odrębnych realizacji. Ponadto w pkt 15.9 SWZ wskazano, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ocena braku podstaw do wykluczenia z postępowania zostanie dokonana wg formuły „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w Podmiotowych Środkach Dowodowych.

Zgodnie z pkt 17.6.2.4 SWZ na podstawie art. 126 ust.1 ustawy PZP, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego Oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia poniższych Podmiotowych Środków Dowodowych: (...) W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 15.6.4. SWZ wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 8 do SWZ.

W postępowaniu oferty złożyli m.in. Odwołujący i Przystępujący. Oferta Przystępującego została najwyższej oceniona (oferta Odwołującego była drugą w kolejności w rankingu oceny ofert), w związku z czym, Zamawiający skierował do Przystępującego dnia 14 maja 2021 r. wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej złożył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazał w pkt 2 zadanie: Budowa oraz uruchomienie zakończone przejęciem przez odbiorcę do eksploatacji instalacji kotłów olejowych o sumarycznej Mocy cieplnej powyżej 30 MWt dla zadania pn.: „Budowa kotłowni szczytowo - rezerwowej w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie” zrealizowane w terminie 28.09.2018 r. – 09.06.2020 r. na rzecz TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie. Do wykazu załączono protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji z dnia 09.06.2020 r. dotyczący ww. zadania (umowa nr 2018/UM/TW/01RBL/18641/L). W Części III „Ustalenia dotyczące przedmiotu odbioru” pkt 3 wskazano, iż odbieranym obiektem posiada usterki wg wykazu WU/R/001 z dnia 08.06.2020 r. stanowiącego załącznik do protokołu. W pkt 4 wskazano zaś, że Strony uczestniczące w odbiorze stwierdzają, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie

z dokumentacją techniczną, zawartą umową i odpowiada swojemu przeznaczeniu. Z kolei w pkt 5 stwierdzono, że Komisja odbioru końcowego przyjmuje przedmiot odbioru i uznaje, że obiekt (...) odpowiada przeznaczeniu i jest gotowy do użytku (eksploatacji), Zamawiający TAURON Wytwarzanie S.A. przyjmuje inwestycję do eksploatacji z dniem 09.06.2020 r. Przystępujący załączył także wyciąg z umowy z dnia 28.09.2018 r. oraz z załączonego do tej umowy PFU.

Zamawiający dnia 24 maja 2021 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego członka Rady Nadzorczej z uwagi na stwierdzone nieścisłości w zakresie numeru PESEL. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił żądany dokument.

Zamawiający w dniu 9 lipca 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy SBB Energy S.A.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła ponadto, iż Przystępujący w dniu 28 września 2018 r. zawarł umowę z Tauron Wytwarzanie S.A., której przedmiotem było wykonanie w formule „pod klucz” przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. „Budowa kotłowni szczytowo-rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie.” Zgodnie z ww. umową Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy A i B oznaczają parametry techniczne kotłowni określone w pkt 3 załącznika nr 1 do umowy (Program Funkcjonalno-Użytkowy). Z kolei Pomiarów Gwarancyjne oznaczają pomiary, potwierdzające osiągnięcie przez przedmiot umowy Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A i Grupy B, wyszczególnionych w załączniku nr 1 do umowy, dokonywane przez firmę pomiarową zgodnie z załącznikiem nr 9 do umowy (Etapy realizacji umowy). W umowie jako okres gwarancji zdefiniowano okres gwarancji jakości i rękojmi za wady przedmiotu umowy zdefiniowany w § 6 ust. 2 umowy, liczony od daty podpisania protokołu przejścia kotłowni do eksploatacji. Protokół przejścia kotłowni do eksploatacji oznacza zaś protokół podpisany przez zamawiającego (Tauron) i wykonawcę (Przystępującego) po wykonaniu wszystkich czynności objętych przedmiotem umowy. Z chwilą podpisania Protokołu następuje rozpoczęcie okresów gwarancyjnych dla przedmiotu umowy.

W § 6 umowy zawarto postanowienia regulujące gwarancję jakości i rękojmię za wady. Zgodnie z ust. 1 wykonawca udziela zamawiającemu pisemnej gwarancji jakości za wady fizyczne oraz rękojmi za wady fizyczne i prawne przedmiotu umowy. Okres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu gwarancji ustalono na 36 miesięcy, przedłużając go w odniesieniu do niektórych elementów do 60 miesięcy (§ 6 ust. 2 i 3 umowy). W § 6 ust. 5 wskazano, iż wykonawca gwarantuje, że przedmiot umowy osiągnie oraz utrzyma w okresie gwarancji Gwarantowane Parametry Techniczne określone w załączniku nr 1 do umowy. Niedotrzymanie Gwarantowanego Parametru Technicznego będzie traktowane jako wada. Zgodnie z § 6 ust. 6 okres gwarancji i rękojmi rozpoczyna bieg od dnia podpisania Protokołu przejścia kotłowni do eksploatacji. W § 14 ust. 7 umowy wskazano, iż w przypadku niedotrzymania Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A (wg pkt 3.3. załącznika nr 1 do umowy) Zamawiający może odstąpić od umowy w całości lub w części, jeżeli wykonawca nie dotrzymał Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A z przyczyn, za które nie odpowiada zamawiający.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy - PFU pkt 3.1 zakres odpowiedzialności wykonawcy obejmuje dotrzymanie Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A i B. Zgodnie z pkt 3.3 PFU Tabela 3, poz. 1.4 jednym z Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A w zakresie emisji spalin było stężenie pyłu: $\leq 10\text{mg/m}^3$. Zgodnie z pkt. 3.3.1 PFU wykonawca gwarantuje, że poziomy emisji zanieczyszczeń do powietrza, określone w tabeli 3 poz. 1 będą dotrzymane bezwzględnie.

Załącznik nr 7 do umowy stanowił dokument „Formy zabezpieczenia”, gdzie w pkt 10 wskazano, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy wynosi 100% wysokości zabezpieczenia wskazanej w ust. 1 z czego 70% zostanie zwrócone wykonawcy w terminie 30 dni od dnia uznania przez Zamawiającego przedmiotu umowy za należyte wykonany. Strony uzgadniają, że za moment należytego wykonania umowy (zamówienia) w rozumieniu art. 151 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się:

- 1) podpisanie przez Przedstawiciela Zamawiającego protokołu z pomyślnie wykonanych Pomiarów Gwarancyjnych (tj. takich pomiarów, które potwierdziły spełnienie wszystkich Gwarantowanych Parametrów Technicznych) albo
- 2) podpisanie przez Przedstawiciela Zamawiającego protokołu z trzecich Pomiarów Gwarancyjnych i zapłacenie przez wykonawcę kar umownych za niedotrzymane Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B zgodnie z postanowieniami umowy.

W przypadku niedotrzymania któregokolwiek z Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A podczas trzecich Pomiarów Gwarancyjnych, Zamawiający jest uprawniony do stwierdzenia nienależytego wykonania umowy i zatrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Z kolei zgodnie z załącznikiem nr 9 do umowy – Etapy realizacji umowy pkt 6 Pomiarów Gwarancyjne w zakresie Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A i B odbędą się nie później niż 12 miesięcy od daty podpisania protokołu przejścia kotłowni do eksploatacji. Zgodnie z ppkt 5) jeżeli pierwsze Pomiarów Gwarancyjne będą nieudane, tzn. jeśli podczas Pierwszych Pomiarów Gwarancyjnych nie zostanie dotrzymany którykolwiek z Gwarantowanych Parametrów Technicznych z przyczyn, za które wykonawca odpowiada zgodnie z umową, to wykonawca na własny koszt doprowadzi przedmiot umowy do takiego stanu technicznego, aby spełniał on wymagania Zamawiającego i osiągnął Gwarantowane Parametry Techniczne (modyfikacja, naprawa, wymiana). Wykonawca musi na własny koszt niezwłocznie przystąpić do usunięcia wad i usunąć w terminie ustalonym przez Zamawiającego wszelkie przyczyny powodujące nieosiągnięcie tego Gwarantowanego Parametru Technicznego. W terminie ustalonym z Zamawiającym wykonawca przygotowuje Kotłownię do przeprowadzenia powtórnych Pomiarów Gwarancyjnych, aby potwierdzić osiągnięcie przez Kotłownię Gwarantowanych Parametrów Technicznych. W ppkt 6) wskazano, iż po nieudanych (pierwszych) Pomiarach Gwarancyjnych możliwe będzie jeszcze dwukrotne przeprowadzenia (powtórzenie) Pomiarów Gwarancyjnych w celu potwierdzenia osiągnięcia Gwarantowanych Parametrów Technicznych. Zgodnie z ppkt 7) Zamawiający wymaga dotrzymania wszystkich Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A najpóźniej podczas trzeciej serii Pomiarów Gwarancyjnych. Jeśli wykonawca nie będzie mógł osiągnąć wartości któregokolwiek z Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A najpóźniej podczas trzeciej serii Pomiarów Gwarancyjnych, to Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy i postawić przedmiot umowy do dyspozycji wykonawcy na zasadach określonych w § 18 Umowy. W ppkt 10) ustalono, iż koszty udanych Pomiarów Gwarancyjnych ponosi Zamawiający, zaś w ppkt 11), że koszty nieudanych z przyczyn, za które wykonawca odpowiada zgodnie z umową, Pomiarów Gwarancyjnych ponosi wykonawca. W ppkt 12) wskazano, iż Pomiarów Gwarancyjne muszą być zakończone z wynikiem

pozytywnym w ciągu maksymalnie 12 miesięcy od daty podpisania protokołu przejścia kotłowni do eksploatacji.

Izba ustaliła, iż w dniu 9 czerwca 2020 r. podpisano protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji kotłowni szczytowo – rezerwowej w Elektrowni Łagisza w Będzinie, stwierdzający, iż ww. zadanie inwestycyjne zostało wykonane w okresie od 28.09.2018 r. do 09.06.2020 r. na podstawie umowy 2018/UM/TW/01RBL/18641/L, odebrany obiekt posiada usterki wg wykazu WU/R/001 z dnia 08.06.2020 r. oraz że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z dokumentacją techniczną, zawartą umową i odpowiada swojemu przeznaczeniu. Ponadto w protokole wskazano, iż Komisja odbioru końcowego przyjmuje przedmiot odbioru i uznaje, że obiekt odpowiada przeznaczeniu i jest gotowy do użytku (eksploatacji), a zamawiający Tauron Wytwarzanie S.A. przyjmuje inwestycję do eksploatacji z dniem 09.06.2020 r.

Zgodnie ze sprawozdaniem nr LB/2021/01/01 z dnia 1 lutego 2021 r. z pierwszych pomiarów gwarancyjnych (dowód nr 1 do pisma Odwoławczego z 4 sierpnia 2021 r.) wszystkie cztery kotły (K1-K4) nie spełniały Parametru Gwarantowanego w zakresie emisji spalin w odniesieniu do stężenia pyłu. Po przeprowadzeniu pomiarów, w piśmie Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 15.01.2021 r. (dowód jw.) wskazano, iż stwierdzono wystąpienia przekroczeń emisji, co jest jednoznaczne z niespełnieniem Parametrów Gwarantowanych. Poproszono, aby Przystępujący nie czekając na Sprawozdanie bez zbędnej zwłoki przystąpił do usunięcia przyczyn takiego stanu rzeczy, a także o wykorzystanie w tym celu prognozowanego uruchomienia kotłów w związku ze spadkiem temperatury. W dniach 19-22 kwietnia 2021 r. przeprowadzono powtórne pomiary gwarancyjne. W sprawozdaniu z dnia 9 czerwca 2021 r. z powtórnych pomiarów (dowód nr 1 do odwołania i dowód nr 2 do pisma Odwoławczego z 4 sierpnia 2021 r.) stwierdzono przekroczenie średniej koncentracji pyłu w spalinach dla kotła K1 (16,43 mg/m³_{USR}) i dla kotła K3 (11,83 mg/m³_{USR}). Powyższe potwierdzono w protokole zakończenia Pomiarów Gwarancyjnych z dnia 18.06.2021 r. (dowód nr 3 do pisma Odwoławczego z 4 sierpnia 2021 r.), gdzie wskazano, iż nie dotrzymano parametrów stężenia pyłu dla kotłów K1 i K3, a także stwierdzono (pkt 7 protokołu), iż w związku z niedotrzymaniem gwarancji dla stężenia pyłu zgodnie z zapisami umownymi obowiązującymi strony, wykonawca inwestycji przygotowuje instalacje do przeprowadzenia powtórnych pomiarów gwarancyjnych, aby potwierdzić osiągnięcie Gwarantowanych Parametrów Technicznych.

Ponadto Izba ustaliła, iż w piśmie z dnia 21 czerwca 2021 r. (dowód nr 6 do pisma Odwoławczego z dnia 4 sierpnia 2021 r.) Tauron Wytwarzanie S.A. wskazał m.in., iż wyraża zaniepokojenie faktem niedotrzymania Parametru Gwarancyjnego Grupy A (emisja pyłu) kotłów K1 i K3 w II serii pomiarów gwarancyjnych i przypomina, że zgodnie z umową pozostaje już tylko III, ostatnia seria pomiarów. Podkreślił, że jest zobowiązany do spełnienia standardów emisyjnych, a ich przekroczenia narażają go na ponoszenie kar, co prowadzi w konsekwencji do ograniczenia możliwości eksploatacji dwóch z czterech kotłów. W związku z zaistniałą sytuacją Tauron poprosił Przystępującego o dostarczenie: 1) planu naprawczego wraz z harmonogramem, pokazującego kiedy usterka zostanie skutecznie i ostatecznie usunięta oraz kiedy zostanie osiągnięta gotowość do przeprowadzenia III serii pomiarów gwarancyjnych; 2) aneksu do gwarancji bankowej należytego wykonania (...) z terminem dostosowanym do planowanego terminu wyników III serii pomiarów gwarancyjnych. Tauron przychylił się także do prośby o odstąpienie od wykonywania III serii pomiarów w odniesieniu do kotłów, które pozytywnie zakończyły II serię pomiarów, tj. kotłów K2 i K4. Wskazano również, że koszty wykonania III serii pomiarów leżą po stronie Przystępującego.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 30 czerwca 2021 r. (dowód nr 6 do pisma Odwoławczego z dnia 4 sierpnia 2021 r.) wskazał, iż rozpoczęcie prac planowane jest od 15 lipca 2021 r., co jest uwarunkowane dostępnością serwisanta (...). Prace polegają będą na weryfikacji instalacji palnikowej w celu zdiagnozowania przyczyn problemów związanych z przekroczeniem emisji pyłu. Przystępujący założył zakończenie prac do końca sierpnia 2021 r. Wskazał także na konieczność przeprowadzenia prób ruchowych na pełnym obciążeniu, a ich rozpoczęcie planowane jest od początku września 2021 r. Przystępujący zwrócił się z prośbą o dołożenie starań w celu uzyskania we wrześniu możliwości produkcji ciepłej min. 36 MW, o ile to możliwe. Wskazał, iż przystąpienie do III serii pomiarów planowane jest od drugiej połowy września 2021 r.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie była okoliczność czy roboty budowlane wskazane przez Przystępującego w poz. 2 Wykazu wykonanych robót budowlanych złożonego na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.4 *tiret* drugie SWZ, tj. „Budowa kotłowni szczytowo – rezerwowej w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”, zostały wykonane należyście. Twierdzenia Odwoławczego o nienależytym wykonaniu przez Przystępującego ww. robót budowlanych stanowiły zasadniczą podstawę wszystkich zarzutów odwołania, przy czym z tego faktu Odwoławjący wywodził konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w oparciu o różne podstawy prawne, tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut oznaczony lit. A), ale także w oparciu o podstawy wykluczenia o charakterze fakultatywnym wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp (zarzuty oznaczone lit. B-D).

Mając powyższe na względzie Izba w pierwszej kolejności wskazuje na bezzasadność zarzutów odwołania wskazanych pod lit. B, C i D dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z uwagi na zaistnienie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. O powyższym przesądza fakt, iż Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SWZ ww. podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwale nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady; 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; (...) 10) który w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Z powyższych regulacji wynika jednoznacznie, iż podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter fakultatywny. Oznacza to, że ich zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest obowiązkowe - jest zależne wyłącznie od decyzji zamawiającego, która to decyzja musi w świetle art. 109 ust. 2 ustawy Pzp zostać wyrażona w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Co istotne, jest to warunek *sine qua non* – zamawiający może zbadać brak gwarancji zachowania zasady przejrzystości postępowania oraz zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawcy decydując się na złożenie oferty w danym postępowaniu muszą mieć świadomość, jakie warunki muszą spełnić, aby wziąć udział w postępowaniu i w jakim przypadku mogą podlegać wykluczeniu z tego postępowania (w jakim przypadku ich oferta może zostać odrzucona). Co więcej, dokumenty zamówienia muszą być w tym zakresie jednoznaczne, a ich interpretacja winna być dokonywana w sposób ścisły, zgodny z literalnym brzmieniem. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 8 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3274/20, precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, czy i które konkretnie z fakultatywnych podstaw wykluczenia znajdują zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowi jedną z gwarancji zachowania zasady przejrzystości postępowania oraz zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawcy decydując się na złożenie oferty w danym postępowaniu muszą mieć świadomość, jakie warunki muszą spełnić, aby wziąć udział w postępowaniu i w jakim przypadku mogą podlegać wykluczeniu z tego postępowania (w jakim przypadku ich oferta może zostać odrzucona). Co więcej, dokumenty zamówienia muszą być w tym zakresie jednoznaczne, a ich interpretacja winna być dokonywana w sposób ścisły, zgodny z literalnym brzmieniem. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 8 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3274/20, precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym przypadku treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie podstaw wykluczenia z art. 109 ustawy Pzp, które Zamawiający przewidział w postępowaniu nie budziła zdaniem składu orzekającego żadnych wątpliwości interpretacyjnych - Zamawiający wskazał wprost, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 9 SWZ. Zamawiający nie przewidział zatem wykluczenia wykonawców w oparciu o pozostałe fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym te wskazane w pkt 7, 8 i 10 omawianego przepisu. Postanowienia SWZ zawarte w pkt 15.2 korelują z wykazem podmiotowych środków dowodowych, jakich przedstawienia Zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej – podmiotowe środki dowodowe były wymagane wyłącznie w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wskazano je w pkt 17.6.1 lit. e) SWZ) oraz w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 i 9 (pkt 17.6.1 lit. f) SWZ).

Za chybione Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż o okoliczności przeciwnej miałoby świadczyć zawarte w pkt 15.2 SWZ *in fine* stwierdzenie, że „wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 ustawy Pzp”. Art. 111 ustawy Pzp reguluje wyłącznie okresy, na jakie następuje wykluczenie wykonawcy, nie zaś podstawy wykluczenia, które zawarte są w art. 108 i 109 ustawy Pzp. Nie budziło wątpliwości Izby, iż odesłanie w pkt 15.2 SWZ do art. 111 ustawy Pzp miało charakter informacyjny i następowało w zakresie odpowiednim do przewidzianych w SWZ podstaw wykluczenia, tj. w zakresie odnoszącym się do przesłanek wskazanych w art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1, 4 i 9 ustawy Pzp. O zasadności stanowiska Odwołującego nie świadczy także użycie przez Zamawiającego w zacytowanym powyżej zdaniu sformułowania „w przypadkach”, gdyż tożsamy zwrot został użyty przez ustawodawcę w art. 111 ustawy Pzp przy ustalaniu odpowiednich okresów wykluczenia dla poszczególnych podstaw wykluczenia. W ocenie Izby Odwołujący interpretuje zakres podstaw wykluczenia przewidzianych w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego w sposób rozszerzający, wykraczający poza literalną treść dokumentów zamówienia, co uznać należy za niedopuszczalne co do zasady, a już zwłaszcza w przypadku postanowień o charakterze sankcyjnym, jak postanowienia dotyczące podstaw wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła zarzuty wskazane w lit. B, C i D odwołania, uznając je za bezzasadne. W konsekwencji kwestię ewentualnego nienależytego wykonania umowy na budowę kotłowni szczytowo – rezerwowej dla Tauron Wytwarzania S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie przez Przystępującego Izba oceniała wyłącznie pod kątem zarzutu oznaczonego lit. A) – tj. niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zarzutu oznaczonego lit. E), który stanowił zarzut wynikowy dotyczący czynności wyboru oferty Przystępującego niezgodnie z przepisami ustawy i naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Również te zarzuty w ocenie Izby nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. W myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś w myśl art. 239 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Dokonując oceny czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 15.6.4 *tiret* drugie SWZ, Izba miała przede wszystkim na względzie literalne brzmienie przedmiotowego warunku. Ww. postanowienie SWZ precyzowało zakres przedmiotowy referencyjnych robót budowlanych jako „budowę oraz uruchomienie zakończone przejęciem przez odbiorcę do eksploatacji kotła lub kotłów (...) o sumarycznej mocy cieplnej minimum 30MWt.” Odwołujący nie wskazywał, że roboty budowlane polegające na wybudowaniu kotłowni oraz jej uruchomieniu zakończonym przejęciem do eksploatacji zostały wykonane w sposób nienależyty. W szczególności Odwołujący nie kwestionował okoliczności wynikających z załączonego przez Przystępującego do wykazu robót protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji z dnia 9 czerwca 2020 r., w którym stwierdzono, iż przedmiot odbioru (kotłownia szczytowo-rezerwowa w Elektrowni Łagisza w Będzinie) został wykonany zgodnie z dokumentacją techniczną, zawartą umową i odpowiada swojemu przeznaczeniu i w którym stwierdzono, że kotłownia jest gotowa do użytku (eksploatacji) i została przejęta do eksploatacji z dniem 9 czerwca 2020 r. Odwołujący nie zakwestionował także twierdzeń Przystępującego, iż na moment odbioru końcowego kotły musiały spełniać wszystkie Gwarantowane Parametry Techniczne, w tym te odnoszące się do poziomów emisji spalin.

Odwolujący nienależyte wykonanie umowy przez Przystępującego wywodził jedynie z niedopełnienia przez Przystępującego obowiązków gwarancyjnych w zakresie niespełnienia przez kotły K1 i K3 Gwarantowanych Parametrów Technicznych, co w świetle § 6 umowy jest objęte zakresem gwarancji udzielonej przez Przystępującego na wykonane roboty budowlane. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zakresem przedmiotowym referencyjnych robót budowlanych, zdefiniowanym jednoznacznie w pkt 15.6.4 *tiret* drugie SWZ, nie objął obowiązków gwarancyjnych wykonawcy, dotyczących utrzymania podczas eksploatacji określonych norm emisji spalin, lecz wyłącznie wykonanie kotłów o odpowiedniej mocy cieplnej oraz ich uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji. Jak Zamawiający wskazał podczas rozprawy – uczynił to świadomie, mając na uwadze stopień skomplikowania tego rodzaju robót. Tak ukształtowany warunek udziału w postępowaniu nie był przez wykonawców kwestionowany w drodze środków ochrony prawnej. Izba podkreśla, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, tylko takie działanie pozwala bowiem na realizację zasady równego traktowania wykonawców i uniknięcie uznaniowości w działaniach Zamawiającego. W ocenie Izby Odwołujący w sposób nieuprawniony dokonuje rozszerzającej interpretacji przedmiotowego warunku, w oderwaniu od jego literalnego brzmienia, wywodząc na podstawie tak dokonanej interpretacji wnioszek o niewykazaniu przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 15.6.4 *tiret* drugie SWZ. Wniosek taki w ocenie Izby nie znajduje potwierdzenia w dokumentach zamówienia ani w zgromadzonym w sprawie pozostałym materiale dowodowym.

Następnie należy wskazać, że w treści przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wskazano na konieczność legitymowania się budową oraz uruchomieniem zakończonym przejściem do eksploatacji instalacji „kotła lub kotłów gazowych lub olejowo-gazowych lub olejowych o sumarycznej mocy cieplnej min. 30 MWt”. Takie ukształtowanie wymagań oznacza, iż dla spełnienia ww. warunku wystarczające było wybudowanie jednego kotła o mocy cieplnej min. 30 MWt czy też przykładowo dwóch kotłów o sumarycznej mocy 30MWt oraz jego/ich uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji. Bezsprzeczne zaś było pomiędzy stronami, co znajduje odzwierciedlenie także w przedstawionych przez Odwołującego dowodach (w szczególności w Sprawozdaniu z powtórnych pomiarów – dowód nr 1 do odwołania, dowód nr 2 do pisma z 4 sierpnia 2021 r.), jak i w dowodzie złożonym przez Przystępującego (pismo Tauron z 29 lipca 2021 r.), że w przypadku kotłów K2 i K4 kotłowni szczytowo-rezerwowej w Elektrowni Łągisza spełnione zostały wszystkie Gwarantowane Parametry Techniczne. Powyższe potwierdza też treść pisma Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 21 czerwca 2021 r. (dowód nr 6 do pisma Odwołującego z 4 sierpnia 2021 r.), w którym ww. podmiot wskazał na konieczność przeprowadzenia trzech pomiarów gwarancyjnych jedynie w zakresie kotłów K1 i K3. Jak wskazał Przystępujący, a co nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane, każdy z czterech kotłów wchodzących w zakres referencyjnych robót budowlanych samodzielnie spełnia przedmiotowy warunek (każdy z nich posiada moc cieplną 36 mW) i każdy z nich samodzielnie funkcjonuje. Samodzielność pracy poszczególnych kotłów potwierdza pośrednio treść pisma Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 21 czerwca 2021 r., gdzie wskazano, iż niespełnienie wymaganych parametrów emisyjnych może doprowadzić do ograniczenia eksploatacji dwóch z czterech kotłów, czyli *a contrario* możliwa jest eksploatacja dwóch pozostałych kotłów. Skoro zatem w ramach robót budowlanych wskazanych w poz. 2 Wykazu robót wykonano dwa kotły, dodatkowo każdy o mocy cieplnej wyższej niż wymagana sumaryczna moc cieplna, a okoliczność, że zostały one wybudowane w sposób należyty oraz, że zostały uruchomione i przejęte do eksploatacji nie jest sporna, to nie sposób stwierdzić, aby Przystępujący nie spełnił przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł także, aby Przystępujący realizował obowiązki gwarancyjne w zakresie dotyczącym dotrzymania Gwarantowanych Parametrów Technicznych w sposób nienależyty. Z przedstawionych przez Odwołującego dowodów, w szczególności załącznika nr 9 do umowy – Etapy realizacji zamówienia, wynika jednoznacznie, że zamawiający (tj. Tauron Wytwarzanie S.A.) wymaga dotrzymania wszystkich Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A najpóźniej podczas trzeciej serii pomiarów gwarancyjnych. Zamawiający może od umowy odstąpić tylko w przypadku, jeśli wykonawca nie będzie mógł osiągnąć wartości którejkolwiek z Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A najpóźniej podczas trzeciej serii pomiarów gwarancyjnych. Zgodnie z umową Przystępujący ma zagwarantowane trzy próby dostosowania kotłów po ich uruchomieniu do tego, aby podczas eksploatacji spełniały wymagane normy emisji spalin, tymczasem dotychczas – co również jest okolicznością bezsporną - przeprowadzone zostały dopiero dwa z dopuszczonych w umowie trzech pomiarów gwarancyjnych. Powyższe powoduje, że zarzuty Odwołującego co do nienależytej realizacji przez Przystępującego obowiązków gwarancyjnych są co najmniej przedwczesne. Przystępujący – jak wskazywał podczas rozprawy – prowadzi obecnie prace mające na celu dotrzymanie wymaganych parametrów. Trzecie pomiary są planowane na jesień br., co potwierdził sam odbiorca inwestycji – Tauron Wytwarzanie S.A. Nie można zatem wykluczyć, że trzecia seria pomiarów gwarancyjnych dla kotłów K1 i K3 będzie miała wynik pomyślny dla Przystępującego, tym bardziej jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż początkowo podczas pierwszej serii pomiarów Parametru Gwarantowanego w zakresie stężenia pyłu nie spełniały wszystkie cztery kotły, zaś podczas drugiej serii pomiarów już tylko dwa.

Na powyższą ocenę nie wpływa okoliczność, iż co do zasady zgodnie z załącznikiem nr 9 do umowy pomiary gwarancyjne powinny być zakończone z wynikiem pozytywnym w ciągu maksymalnie 12 miesięcy od daty podpisania protokołu przejścia kotłowni do eksploatacji. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalała bowiem na ustalenie czy przyczyny przekroczenia ww. okresu i wyznaczenia terminu trzech pomiarów gwarancyjnych dla kotłów K1 i K3 dopiero na jesień 2021 r., były zależne od Przystępującego. Jak zaś podniósł Przystępujący na rozprawie, czego Odwołujący nie zakwestionował, na termin pomiarów gwarancyjnych ma wpływ m.in. pora roku oraz istniejące w danym momencie zapotrzebowanie energetyczne, kotły podczas pomiarów muszą bowiem być uruchomione. Sam Odwołujący w treści odwołania powyższe potwierdził wskazując, iż trzecią serią pomiarów można rozpocząć dopiero po rozpoczęciu sezonu grzewczego i uruchomieniu kotłów przez Tauron Wytwarzanie S.A. (przez Elektrownię Łągisza w Będzinie).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności w ocenie Izby nieuzasadnione byłoby wysuwanie *a priori* wniosku, że przyczyny niezakończenia pomiarów gwarancyjnych z wynikiem pomyślnym w ciągu 12 miesięcy od daty podpisania protokołu przejścia były zależne od Przystępującego. Odwołujący powyższego nie dowiódł, zaś umowa gwarantuje Przystępującemu możliwość przeprowadzenia trzech serii pomiarów gwarancyjnych. Brak jest także jakichkolwiek dowodów, aby Tauron Wytwarzanie S.A. wysuwał w kierunku Odwołującego jakiegokolwiek roszczenia z tytułu przekroczenia 12-miesięcznego okresu, w którym pomiary powinny zakończyć się pozytywnym wynikiem. Wręcz przeciwnie Tauron Wytwarzanie S.A. w piśmie z dnia 21 czerwca 2021 r. (dowód nr 6 do pisma Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2021 r.), sporządzonym już po upływie ww. 12-miesięcznego okresu, wskazał na konieczność przeprowadzenia

trzeciej serii pomiarów gwarancyjnych dla kotłów K1 i K3. Również w protokole zakończenia pomiarów gwarancyjnych z dnia 18 czerwca 2021 r. (a zatem również sporządzonym po upływie ww. okresu) strony umowy zgodnie stwierdziły, że Przystępujący przygotowuje instalacje do kolejnych pomiarów gwarancyjnych, aby potwierdzić osiągnięcie przez nią Gwarantowanych Parametrów Technicznych. Zgodnie z oświadczeniem Przystępującego złożonym podczas rozprawy Tauron Wytwarzanie S.A. nie identyfikował nieprawidłowości z tego tytułu.

Ponadto w ocenie Izby materiały dowodowe zgromadzone w sprawie nie pozwalają na jednoznaczne przesądzenie, że niedochowanie Parametrów Gwarantowanych w zakresie stężenia pyłu dla kotłów K1 i K3 miało miejsce z przyczyn zależnych od Przystępującego. Powyższe wymagałoby ustalenia konkretnych powodów przekroczenia poziomu emisji zanieczyszczeń, a na takie powody nie wskazał ani Odwołujący, ani nie wynikają one z przedstawionych przez Odwołującego dowodów. Odwołujący nie pokusił się nawet o wyjaśnienie od strony technicznej, jakie hipotetycznie mogłyby być przyczyny takiego stanu rzeczy. Stwierdzenie zawarte w Sprawozdaniu z pierwszych pomiarów (dowód nr 1 do pisma z 4 sierpnia 2021 r.), na które powoływał się Odwołujący podczas rozprawy, stanowi cytat z umowy i samo w sobie nie może przesądzać o tym, że niedotrzymanie Gwarantowanych Parametrów Technicznych wynikało z przyczyn zależnych od Przystępującego. W załączonym do tego dowodu piśmie Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 15 stycznia 2021 r. nie zawarło stwierdzeń, które wskazywałyby jakie są przyczyny nieosiągnięcia Parametrów Gwarantowanych i kto ponosi odpowiedzialność za taki stan rzeczy. Tauron jedynie poprosił Przystępującego o przystąpienie do usunięcia przyczyn i wykorzystanie w tym celu prognozowanego uruchomienia kotłów w związku ze spadkiem temperatury. Na takie przyczyny nie wskazuje także Sprawozdanie z powtórnych pomiarów ani przedstawiony przez Odwołującego protokół zakończenia Pomiarów Gwarancyjnych z dnia 18 czerwca 2021 r. (dowód nr 3 - załącznik do pisma z 4 sierpnia 2021 r.). Jedynym dokumentem, który może wskazywać na okoliczność, iż przyczyny niedotrzymania Parametrów Gwarantowanych są zależne od Przystępującego jest stwierdzenie zawarte w piśmie Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 21 czerwca 2021 r., że koszty wykonania trzeciej serii pomiarów leżą po stronie Przystępującego. Niemniej w ocenie Izby powyższe nie stanowi dostatecznego dowodu, aby przypisać Przystępującemu odpowiedzialność za zaistniały stan rzeczy, skoro ani hipotetyczne, ani faktyczne przyczyny przekroczenia norm emisji nie zostały przez Odwołującego omówione.

Izba miała ponadto na uwadze twierdzenia Przystępującego, który podczas rozprawy wyjaśnił, iż na brak spełnienia wymaganych parametrów wpływ może mieć szereg czynników związanych nie tylko z jakością wykonania kotłów, ale również z eksploatacją kotłów, czego Odwołujący nie kwestionował. Przystępujący wskazał tutaj na czynniki eksploatacyjne, jak przykładowo parametry paliwa, operowanie kotłem w odpowiednich przedziałach temperaturowych. Ponadto wyjaśnił, iż nieosiągnięcie określonych parametrów w okresie gwarancyjnym, kiedy to kocioł jest uruchomiony i eksploatowany, nie jest wprost przypisywane wykonawcy. W tym stanie rzeczy nie sposób przesądzić na obecnym etapie, czy za niespełnienie parametrów w zakresie stężenia pyłu przez kotły K1 i K3 odpowiedzialność ponosi Przystępujący i czy nie mają na to wpływu inne czynniki niż jakość wybudowanych kotłów, skoro nie są znane konkretne przyczyny niedotrzymania norm emisji spalin w zakresie stężenia pyłu. Ponadto, jak wskazał Przystępujący, po przeprowadzonych pomiarach gwarancyjnych dokonuje on obecnie weryfikacji przyczyn niespełniania parametrów, napraw i optymalizacji. Wprowadzony jest również stały monitoring pracy kotłów, a Tauron Wytwarzanie S.A. widzi efekty wprowadzanych optymalizacji. Wyniki prowadzonych w tym zakresie przez Przystępującego działań zostaną poddane ocenie podczas trzeciej serii pomiarów gwarancyjnych, do której w świetle postanowień umownych Przystępujący ma prawo, co znajduje potwierdzenie w piśmie Tauron Wytwarzanie S.A. z dnia 29 lipca 2021 r. (dowód złożony przez Przystępującego). Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego wnioski Odwołującego, jakoby Przystępujący wykonał obowiązki gwarancyjne w sposób nienależyty są zbyt daleko idące i nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

W świetle powyższego Izba uznała zarzuty naruszenia art. 239, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp za niepotwierdzone. Przy czym w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, w odwołaniu nie przedstawiono żadnej argumentacji.

Na koniec należy dodać, iż nawet w sytuacji gdyby w postępowaniu odwoławczym Odwołujący skutecznie podważył należyte wykonanie przez Przystępującego referencyjnych robót budowlanych, to i tak odrzucenie oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, tj. z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, nie byłoby na tym etapie możliwe, gdyż Przystępujący nie był przez Zamawiającego w tym zakresie wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 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 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....
.....