

WYROK

z dnia 8 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę Mitsubishi Power Europe GmbH, ul. Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Niemcy reprezentowany przez: r.pr. M. L., Kancelaria W. i Wspólnicy, Sky Tower XIII p., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez Enea Wytwarzanie Sp. z o.o., Aleja Józefa Zielińskiego 1, Świerże Górne, 26-900 Kozienice

przy udziale wykonawcy Nano Co. Ltd, ul. 60 Magonggongdanro, Cheongni, 37-257 Sangju, prowincja Gyengsangbuk, Korea Południowa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Mitsubishi Power Europe GmbH, ul. Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Niemcy reprezentowany przez: r.pr. M. L., Kancelaria W. i

Wspólnicy, Sky Tower XIII p., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Mitsubishi Power Europe GmbH, ul. Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Niemcy reprezentowany przez: r.pr. M. L., Kancelaria W. i Wspólnicy, Sky Tower XIII p., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Mitsubishi Power Europe GmbH, ul. Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Niemcy reprezentowany przez: r.pr. M. L., Kancelaria W. i Wspólnicy, Sky Tower XIII p., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław na rzecz Enea Wytwarzanie Sp. z o.o., Aleja Józefa Zielińskiego 1, Świerże Górne, 26-900 Kozienice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 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 3346/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę dodatkowych warstw wkładów katalitycznych dla instalacji SCR bloku nr 2, 4, 5, 6, 8, 11 w latach 2022 - 2023”, nr ref.: KZP-WhJ.2100.1.2021 zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.07.2021 r. pod nr 2021/S 144-384065 przez: Enea Wytwarzanie Sp. z o.o., Aleja Józefa Zielińskiego 1, Świerże Górne, 26-900 Kozienice zwany dalej: „Enea Wytwarzanie Sp. z o.o.” albo „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: „NPzp” albo „p.z.p.” albo „Pzp”).

W dniu 03.11.2021 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. W dniu 03.11.2021 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej pod adresem: <https://enea->) Zamawiający przekazał także Mitsubishi Power Europe GmbH, ul. Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Niemcy reprezentowanemu przez: r.pr. M. L., Kancelaria W. i Wspólnicy, Sky Tower XIII p., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław zwanym dalej: „Mitsubishi Power Europe GmbH” albo „Odwolującym” odpowiedź na wniosek o udostępnienie dokumentów z 28.10.2021 r. W dniu 10.11.2021 r. (za pośrednictwem Platformy zakupowej pod adresem: <https://enea-wytwarzaniepzp.logintrade.net/>) Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Nano Co. Ltd, ul. 60 Magonggongdanro, Cheongni, 37-257 Sangju, prowincja Gyengsangbuk, Korea Południowa zwanej dalej: „Nano Co. Ltd” albo „NANO” albo „Przystępującym”. Druga pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta firmy: Mitsubishi Power Europe GmbH.

W dniu 15.11.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Mitsubishi Power Europe GmbH wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NANO, mimo, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał ich spełniania, jak również nie złożył dokumentów wymaganych w SWZ, mimo uprzedniego wezwania ze strony Zamawiającego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NANO, mimo, iż treść oferty złożonej przez tego wykonawcę w Postępowaniu pozostaje niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ;
- 3) art. 227 ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie w dniu 3 listopada 2021 r. aukcji elektronicznej o numerze ADZ/2193/98, podczas gdy w Postępowaniu została złożona jedynie jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, zatem nie zostały spełnione warunki umożliwiające przeprowadzenie aukcji elektronicznej;
- 4) art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 232 ust. 1 p.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców polegające na nieuprawnionym zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy NANO, mimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu. Wnosił o
 - 1) unieważnienia wyboru oferty NANO jako najkorzystniejszej;
 - 2) unieważnienia w całości aukcji elektronicznej o numerze ADZ/2193/98 przeprowadzonej

03.11.2021 r., wraz z wszystkimi postąpieniami złożonymi w jej toku;

3) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;

4) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu;

5) odrzucenia oferty NANO;

6) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego na warunkach, na jakich została złożona w terminie do dnia 08.09.2021 r. Wnosił też o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przepisanych wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów

przedłożonego przed zamknięciem rozprawy. Następnie wskazał: „(...)

3. W sekcji IV.1.6) Ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż wykorzystana będzie aukcja elektroniczna.

4. W dniu 28 października 2021 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej nr A/DZ/2193/98. Aukcja odbyła się dnia 3 listopada 2021 roku i brało w niej udział 2 wykonawców. Jak się okazało, byli to Odwołujący oraz wykonawca NANO. Oferta wykonawcy NANO została w dniu 10 listopada 2021 r. wybrana najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu, mimo że podlega odrzuceniu

5. W formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 2 tego załącznika) w odniesieniu do dostawy dodatkowych warstw wkładów katalitycznych dla instalacji SCR bloku nr 2 w roku 2023, zostało wskazane, że oferowana przez wykonawcę gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - Nm/h musi wynieść nie mniej niż 60% wartości reaktywności zerowej K0. W wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2021 r., w których udzielił odpowiedzi na pytanie 21 dotyczące powyższego wymogu, Zamawiający

nie zgodził się na zmianę wymaganej gwarantowanej wartości reaktywności po 30 000

godzin pracy - Nm/h - na 60% gwarantowanej wartości reaktywności zerowej K0 (tj. 22.8

Nm/h). Zamawiający podtrzymał wymagania określone w Załączniku nr 1 do SWZ, czyli wymóg 60% reaktywności zerowej K0, zmierzonej na początku eksploatacji.

6. Wykonawca NANO w swojej ofercie zaoferował (w odniesieniu do dostawy dodatkowych warstw wkładów katalitycznych dla instalacji SCR bloku nr 2 w roku 2023):

a. Gwarantowana wartość reaktywności zerowej K0 (początek eksploatacji) - nie mniej niż 38 Nm/h:

b. Gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - nie mniej niż 22.8 Nm/h.

7. Oferta NANO nie oznacza, że gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy wyniesie nie mniej niż 60%, jak chce tego Zamawiający. Jeżeli bowiem wartość reaktywności zerowej K0 zmierzona na początku eksploatacji jest wyższa niż 38 Nm/h, to 60% tej wartości gwarantowane po 30 000 godzin pracy wyniesie więcej niż wartość zaoferowaną przez wykonawcę NANO 22.8 Nm/h.

8. Nadto zgodnie z wymogiem SWZ wartość K0 mierzona na początku eksploatacji powinna być wyższa niż 38. Z kolei po 30 000 godzin wartość gwarantowana ma wynosić 60% reaktywności K0, czyli może ona wynosić 22.8 tylko wówczas, gdy zmierzona K0 wniesie 38. Zamawiający określił zaś, że powinna ona wynosić zawsze 60%, bez względu na to, czy K0 jest równe 38 czy wyższe.

9. Oznacza to, że podając wartość 22.8 Nm/h wykonawca NANO nie zaoferował gwarantowanej wartości reaktywności po 30 000 godzin pracy na poziomie 60% w stosunku do realnej K0 na początku eksploatacji, jak wymagał tego Zamawiający. Bo jeśli na początku eksploatacji, wskutek pomiarów zostanie stwierdzone, że K0 wynosi 40 Nm/h (co będzie zgodne z warunkami zamówienia oraz z ofertą NANO), to wartość 22.8 Nm/h po 30 000 godzinach pracy stanowi tylko 57%, a nie wymagane 60%.

10. Zaoferowanie przez NANO 22.8 Nm/h jest niezgodne z wymogami określonymi w SWZ, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty NANO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

11. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi, gdy zawartość

merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom, przy czym wymagania odnoszą się do treści złożonej oferty, nie zaś jej formy (tak np. zachowujące aktualność wyroki KIO z 10.05.2021 r., KIO 765/21, LEX nr 3205145. oraz z 1.04.2021 r., KIO 485/21, LEX nr 3171476.). Należy uznać, że ww. niezgodność w ofercie NANO dotyczy zawartości merytorycznej oferty, jej elementów przedmiotowo istotnych, odnoszących się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy.

12. Należy podkreślić, że zarówno wykonawcy jak i Zamawiający są związani postanowieniami SWZ, co dotyczy także odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców do SWZ, udzielone przed terminem składania ofert. Zgodność oferty z SWZ jest kluczowa w postępowaniu o zamówienie publiczne, bowiem wskazuje, czy wykonawca oferuje świadczenie, zgodne z wymaganiami i potrzebami zamawiającego.

13. Wymóg, aby oferta wykonawcy odpowiadała wymogom SWZ został również

wielokrotnie podkreślony w treści Instrukcji dla Wykonawców (Część 1 SWZ - „IDW”). W pkt 17.1. IDW wskazano, że wykonawcy zobowiązani są zapoznać się dokładnie z informacjami zawartymi w SWZ i przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w tym dokumencie. Podobnie, w pkt 17.15. IDW powtórzono, iż treść oferty musi odpowiadać SWZ. Zgodnie natomiast z pkt 9.1. IDW, ryzyko niespełnienia przez wykonawcę wymagań SWZ i p.z.p. w ofercie ponosi wyłącznie wykonawca.

14. Na etapie badania i oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień SWZ i odstępować od ustanowionych wymogów, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt 1 p.z.p. Niedopuszczalne jest zatem pominięcie wymagań wynikających z treści SWZ bądź umniejszenie wagi informacji odnoszących się do zakresu oferowanego zobowiązania poprzez ich pominięcie w ocenie ofert (zob. m.in. wciąż aktualne wyroki KIO z 28.09.2020 r., KIO 1727/20, LEX nr 3067057; z 21.08.2020 r., KIO 1789/20, LEX nr 3068611 oraz z 4.11.2020 r., KIO 2600/20, LEX nr 3105774.). Zamawiający, jako gospodarz postępowania zobowiązany jest do respektowania postawionych przez siebie wymogów i stosowania ich w tożsamy sposób względem wszystkich wykonawców. Wyraża się to m.in. w konieczności literalnej wykładni zapisów SWZ oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego wykonawcom (zob. np. wciąż aktualny wyrok KIO z dnia 24 lutego 2021 r., KIO 230/21, LEX nr 3159792).

15. W świetle istnienia wskazanej wyżej niezgodności oferty wykonawcy NANO z SWZ, Zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę tego wykonawcy, bowiem nie może ona podlegać wyjaśnieniu ani sanowaniu. Z przepisu art. 227 p.z.p. jednoznacznie wynika, że zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu. Oznacza to, że zanim Zamawiający ustali krąg podmiotów uprawnionych do udziału w aukcji (oraz okoliczność, czy w ogóle aukcja może zostać przeprowadzona) zobligowany jest do zbadania ofert pod kątem przesłanek z art. 226 p.z.p., odnoszącego się do przypadków, w których oferty podlegają odrzuceniu (zob. m.in. zachowujące aktualność postanowienie KIO z 5.04.2018 r., KIO 552/18, LEX nr 2515204.). Fakt wystosowania do wykonawców zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej stanowił natomiast jednoznaczną informację, że Zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował ofertę wykonawcy NANO (pkt 21.1.6. IDW).

16. Nadto, jak wynika z pkt 8.5. IDW, w Postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia przed aukcją również wszelkich dokumentów podmiotowych. Przed zaproszeniem do aukcji dokonywał zatem oceny ofert wszystkich wykonawców w pełnym zakresie, wskazując, że: działając na podstawie art. 126. ust. 2 Ustawy, z uwagi na zastosowanie aukcji elektronicznej w Postępowaniu, w celu zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, przed zaproszeniem Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, wezwie Wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Wyniki tej oceny nie zostały ujawnione wykonawcom przed aukcją.

17. Tymczasem w oparciu o otrzymane w dniu 5 listopada 2021 r. od Zamawiającego dokumenty Odwołujący ustalił, że wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca NANO nie złożył wykazu wykonanych usług, wymaganych zgodnie z pkt 5.1.2.2.1. IDW. Wykonawca NANO został w dniu 12 października 2021 r. wezwany o uzupełnienie tego dokumentu, ale go nie przedłożył. Tymczasem zgodnie z SWZ i wezwaniem Zamawiającego z 28 września 2021 r. wymogiem bezwzględny było, aby wykaz taki nie tylko został złożony, ale żeby zawierał wszystkie informacje określone w tabeli.

18. Mimo niezastosowania się NANO do powtórnego wezwania Zamawiającego i mimo

istnienia kategoriycznego wymogu w SWZ dostarczenia wykazu dostaw, Zamawiający postanowił uznać informacje o zrealizowanych dostawach przedstawione przez NANO, mimo że nie zawierają one wszystkich informacji określonych w SWZ. Zgodnie z pkt 8.5.3.1. IDW:

Wymogiem bezwzględnym jest aby dostarczony wykaz dostaw zawierał wszystkie informacje jak w tabeli poniżej oraz aby referencje były w języku polskim.

| Kraj dostawy | Nazwa | Rodzaj paliwa | Moc bloku, dla | Strumień | Skuteczność | Poziom | Typ dostarczanego | Ilość | Data | Poziom | Czas pracy |
|--------------|--|----------------------|--|-------------------------------------|------------------|--------------------|-------------------|---|---------|----------------------------|----------------------------|
| | podmiotu na rzecz którego była realizowana dostawa | używany w elektrowni | k którego była realizowana dostawa katalizatorów | przepływ spalin [m ³ /h] | odczotowania [%] | usuwania NOX od do | katalizatora | dostarczanych katalizatorów [m ³] | dostawy | zapylenia spalin przed SCR | dostarczonego katalizatora |

19. Zgodnie z warunkiem udziału określonym w pkt 5.1.2.2.1. IDW, aby wziąć udział w Postępowaniu należało wylegitymować się co najmniej dwiema dostawami w okresie ostatnich pięciu lat, z czego przynajmniej jedna zrealizowana do elektrowni położonej w krajach GPA, polegającymi na produkcji, prefabrykacji i dostawie warstw katalizatorów (katalizatorów płytowych, wytworzonych w tych samych wytwórniach jak oferowane katalizatory), dla dwóch różnych kotłów nie mniejszych niż OP - 650 (wchodzących w skład bloków energetycznych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 200 MWe). Wyżej wskazane dostawy muszą dotyczyć katalizatorów zamontowanych w elektrowniach zawodowych na kotłach opalanych węglem kamiennym, pracujących w strumieniu spalin o zapyleniu nie mniejszym niż 25 g/Nm³, przy czym wielkość każdej dostawy referencyjnej musi wynosić nie mniej niż 100 m³ warstw katalizatora.

20. Spośród informacji i dokumentów przedstawionych przez NANO na potwierdzenie spełniania warunku udziału określonego w pkt 5.1.2.2.1. IDW, tylko jedna dostawa została zrealizowana do elektrowni położonej w krajach GPA. Chodzi o dostawę dla elektrowni Dangjin w Korei Południowej. Realizacja tej dostawy (ani żadnej innej dostawy przedstawionej w ofercie NANO) nie została prawidłowo udokumentowana zgodnie z wymogami określonymi w pkt 8.5.3.1. IDW.

21. Wykonawca NANO nie tylko nie przedstawił wypełnionej tabeli wymaganej przez Zamawiającego, opisującej wszystkie parametry dostarczonych katalizatorów, ale również w złożonym zestawie dokumentów nie zawarł, nawet w innej formie, wszystkich informacji potwierdzających parametry katalizatorów wymagane w SWZ. W szczególności zgodnie z pkt 5.1.2.2.1. IDW wielkość każdej dostawy referencyjnej musi wynosić nie mniej niż 100 m³ warstw katalizatora, a z dokumentów ani oświadczeń NANO dotyczących tej referencji wielkość dostawy nie wynika. Wykonawca NANO nie potwierdził zatem, że dostawa dla elektrowni Dangjin w Korei Południowej spełnia wymóg wielkości 100 m³ warstw katalizatora, i to mimo uprzedniego wezwania o uzupełnienie oferty o wymagany wykaz dostaw. Jest to jedyna dostawa do kraju GPA wymieniona w dokumentach NANO, co oznacza, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania i na obecnym etapie, po wezwaniu z 12 października 2021

r., nie może tego braku uzupełnić.

22. Dodatkowo referencja ta (dla elektrowni Dangjin) nie spełnia wymogu stężenia pyłu 25g/Nm³. Zamawiający w warunku udziału (pkt 5.1.2.2.1. IDW) wymagał, aby dostarczone uprzednio przez wykonawców katalizatory pracowały w strumieniu spalin o zapyleniu nie mniejszym niż 25 g/Nm³. Jak wynika z dokumentu „Oświadczenie NANO Co., Ltd. odnosnie referencji Dangjin Unit 1 i Unit 3”, koncentracja popiołu przed SCR wynosi tam 12 do 25 g/Nm³, podczas gdy w rzeczywistości jest ona mniejsza niż 16 g/Nm³, co wynika z oficjalnych specyfikacji przetargowych elektrowni Dangjin, publikowanych dla postępowań w roku 2005, 2015 oraz 2021 r. (dostawa ta była realizowana przez NANO jako zamówienie publiczne).

23. Również pozostałe referencje wykonawcy NANO nie mogą być uznane w

Postępowaniu. Jak wynika z treści wezwania o uzupełnienie na podstawie art. 128 ust. a. p.z.p. z 12 października 2021 r., Zamawiający nie uznał referencji Yeongheung Unit 1 i Unit 2, z uwagi na to, że dostawa ta została zrealizowana w czerwcu 2015 r. i w czerwcu 2016 r., czyli wcześniej niż 5 lat przed terminem składania ofert.

24. Pozostałe dwie referencje to dostawy dla wietnamskiej elektrociepłowni Vung Ang 1:

Unit 1 i Unit 2. Jeśli chodzi o Unit 1, to Wykonawca NANO nie przedstawił żadnego dokumentu pochodzącego od odbiorcy dostawy i nie wyjaśnił, z jakich obiektywnych przyczyn nie jest w stanie go przedłożyć.

25. Jeśli zatem nawet dostawy Vung Ang 1 (Unit 1 i 2) rzeczywiście spełniają wymóg przetargowy (co Odwołujący kwestionuje), to i tak nie zostało to wykazane przez NANO w sposób zgodny z SWZ i rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

26. W związku z istnieniem wskazanych wyżej podstaw do odrzucenia oferty NANO, nieprawidłowe było przeprowadzenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w Postępowaniu, jak również zaproszenie wykonawcy NANO do udziału w niej. Aby przeprowadzić aukcję elektroniczną, przesłanki wymienione w art. 227 p.z.p. muszą być spełnione łącznie. O ile bezspornie Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w jednym z trybów wymienionych w art. 227 p.z.p. oraz przewidział wykorzystanie aukcji elektronicznej w Ogłoszeniu, to brak jest spełnienia przesłanki polegającej na złożeniu co najmniej dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert. Konieczność spełnienia tego wymogu podkreślił również Zamawiający, wskazując w pkt 2.5. oraz pkt 21.1. IDW, iż po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli złożone będą co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

27. Zamawiający zapraszając wykonawcę NANO do udziału w aukcji elektronicznej, błędnie zakwalifikował ofertę tego wykonawcy jako niepodlegającą odrzuceniu. Artykuł 232 ust. 1 p.z.p. (którego treść została również przywołana w pkt 21.1.3. IDW) stanowi, że zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. A contrario zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu stanowi o wadliwości aukcji, w której wykonawca taki wziął udział, co uzasadnia unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji oraz zaproszenia do udziału w niej skierowanego do takiego wykonawcy. W przedmiotowej sytuacji wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić na podstawie ofert początkowych złożonych w terminie określonym w pkt 18.1. IDW, który w świetle odpowiedzi na pytanie nr 33 zamieszczonej w Wyjaśnieniach z dnia 27 sierpnia 2021 r. został wyznaczony na 8 września 2021 r., godz. 9:30.

28. Odwołujący nie mógł wcześniej kwestionować kręgu podmiotów zaproszonych do aukcji, ponieważ nie został on ujawniony przez Zamawiającego przed terminem aukcji. W trakcie aukcji biorący w nim udział konkurent był zanonimizowany. Dopiero po aukcji zostało ujawnione, z kim Odwołujący konkurował w jej toku. Dopiero w oparciu o dokumenty otrzymane od Zamawiającego 5 listopada 2021 r. Odwołujący mógł stwierdzić, że aukcja w ogóle nie powinna mieć miejsca, zaś postąpienia Odwołującego składane w toku aukcji były oświadczeniami woli (ofertami) składanymi pod wpływem błędu, że Odwołujący konkuruje z wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu.

29. Wobec powyższego aukcja powinna zostać unieważniona w całości, a wraz z nią wszystkie postąpienia, które zostały złożone w jej toku. Zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę NANO, a następnie zbadać i ocenić ofertę Odwołującego w kształcie, w jakim została pierwotnie złożona, bez przeprowadzania aukcji elektronicznej.

30. Dopuszczając się wskazanych wyżej naruszeń przepisów p.z.p., Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, co wyrażało się w pominięciu przy ocenie ofert niezgodności oferowanego przez wykonawcę NANO przedmiotu zamówienia, a następnie nieuprawnionym zaproszeniu tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej. Mając powyższe na względzie niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione. Postępowanie powinno zaś zakończyć się wyborem oferty Odwołującego na warunkach, na jakich została złożona w terminie składania ofert do 8 września 2021 r. (...).

Zamawiający w dniu 16.11.2021 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej Logintrade) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.11.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Nano Co. Ltd zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 26.11.2021 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. W ramach którego stwierdził:
„(•••)

Ad Pkt 5.

W formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 2 tego załącznika) w odniesieniu do dostawy dodatkowych warstw wkładów katalitycznych dla instalacji SCR, zostało wskazane, że oferowana przez Wykonawcę gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy musi wynieść 60% wartości reaktywności zerowej KO. Zatem nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, w którym przywołuje wartość nie mniejszą niż 60% wartości reaktywności zerowej KO.

Zamawiający podtrzymał zapisy SWZ dopuszczając w ten sposób, aby Wykonawcy mogli zaoferować katalizatory charakteryzujące się lepszymi parametrami niż minimalne wymagania określone w SWZ. (.)

Ad pkt 6.

Wykonawca Nano w swojej ofercie zaoferował dostawę dodatkowych warstw wkładów katalitycznych o parametrach reaktywności początkowej i wartości reaktywności po 30 000 godzin pracy równej lub większej od minimalnych wymagań Zamawiającego.

Wykonawca podał wartości zgodne z SWZ określone jako KOz (nie mniejsze niż) 38 Nm/h oraz 60% wartości reaktywności zerowej KO po 30 000 godzin pracy nie mniejsze niż 22,8 Nm/h. Nano potwierdziło wykonanie przedmiotu Zamówienia zgodnie w wymaganiach podanymi w SWZ, w tym wartość 60% wartości reaktywności zerowej KO, zgodnie z zapisem formularza oferty (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 2 tego załącznika). (...)

Ad Pkt 7.

Zamawiający określił w formularzu ofertowym jako wymóg zagwarantowanie reaktywności katalizatora po 30000 godzin pracy 60% wartości początkowej KO, a nie jak nieprawdziwie twierdzi odwołujący Mitsubishi Power Europe GmbH nie mniej niż 60%. Tak więc jeśli wartość reaktywności zerowej KO zmierzona na początku eksploatacji jest nie mniejsza niż 38 Nm/h to wartość gwarantowana po 30 000 godzin pracy wyniesie nie mniej niż 22.8 Nm/h, co jest zgodne zasadami matematyki oraz ze złożoną ofertą Nano. Wobec powyższego zarzut niespełnienia gwarantowanej wartości reaktywności po 30 000 godzin pracy jest bezzasadny.

Szczególnym przypadkiem spełnienia warunku reaktywności początkowej jest wartość 38 Nm/h oraz 60% tej wartości po 30 000 godzin pracy, tj. wartość 22,8 Nm/h. Są to minimalne warunki techniczne spełniające warunki SWZ. Każda wartość reaktywności początkowej powyżej 38 Nm/h oraz odpowiadająca jej 60% wartości reaktywności początkowej po 30000 godzin pracy większa niż 22,8 Nm/h jest potwierdzeniem zaoferowania produktu powyżej minimalnych wymagań SWZ.

Oferta Odwołującego natomiast przewiduje dostarczenie katalizatorów o minimalnych parametrach wymaganych SWZ, tj. KO = 38 Nm/h i 60 % tej wartości po 30 000 godzin pracy, tj. 22,8 Nm/h. (.)

Ad pkt 8.

Odwołujący podaje niezgodny z SWZ wymóg spełnienia wartości KO mierzonej na początku eksploatacji jako większy niż 38 Nm/h. Wartości wymagane podane są m.in. w formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 2 tego załącznika) i wynoszą odpowiednio: wartość reaktywności zerowej KO zmierzona na początku eksploatacji nie mniej niż 38 Nm/h, co oznacza wartość równą 38 Nm/h lub większą niż 38 Nm/h, wartość gwarantowana po 30 000 godzin pracy - 60% wartości reaktywności zerowej KO.

Dla wartości KO zmierzonej na początku eksploatacji równej 38 Nm/h gwarantowane 60% reaktywności KO po 30 000 godzin pracy będzie wynosić 22.8 Nm/h, co jest spełnieniem minimalnych warunków Zamawiającego określonych w SWZ. Taką ofertę w postępowaniu złożył Odwołujący.

Dla wartości KO zmierzonej na początku eksploatacji większej niż 38 Nm/h gwarantowane 60% reaktywności KO po 30 000 godzin pracy będzie wynosić więcej niż 22.8 Nm/h, co jest spełnieniem warunków Zamawiającego określonych w SWZ i jest zawarte w formularzu oferty Nano zapisem nie mniej niż 22.8 Nm/h.

Wykonawca Nano zaoferował dostawę dodatkowych warstw wkładów katalitycznych spełniające powyższe zależności, a w przypadku wartości reaktywności początkowej powyżej 38 dostawa będzie charakteryzowała się parametrami przewyższającymi minimalne wymagania Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego obie oferty spełniają w sposób nie budzący wątpliwości ww. parametry reaktywności. (...)

Ad pkt 9.

Twierdzenia Odwołującego są nieprawdziwe. Nano w ofercie wskazało wartość reaktywności początkowej nie mniej niż 38 Nm/h oraz wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy nie mniej niż 22,8 Nm/h, a nie jak dowodzi Odwołujący wartość 22,8 Nm/h.

Dla hipotetycznej wartości reaktywności przytoczonej przez Odwołującego KO=40 Nm/h oraz wymaganej zgodnie z SWZ 60 % wartości reaktywności początkowej KO po 30 000 tysiącach godzin pracy reaktywność będzie wynosiła K 24 Nm/h, co jest zgodne z zapisem oferty Nano: nie mniej niż 22,8 Nm/h. (.)

Ad pkt 10.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Wykonawca Nano w ofercie nie wskazał wartości reaktywności po 30 000 godzin pracy K= 22.8 Nm/h, a wskazał wartości po 30 000 godzin pracy KO 222.8 Nm/h, co jest zgodne z zapisami SWZ: wartość reaktywności zerowej KO (początek eksploatacji) — nie mniej niż 38 Nm/h oraz gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - 60% wartości reaktywności zerowej KO. (.)

Ad pkt 12 - 15.

Obie oferty spełniają warunki określone w SWZ

Zamawiający jak wykazał powyżej nie dostrzega domniemanej niezgodności jak wskazuje Odwołujący, wobec czego nie podjął decyzji o odrzuceniu oferty Nano, która spełnia w jego ocenie w sposób nie budzący wątpliwości wymagania SWZ. (.)

Ad Pkt 16- 18.

W punkcie 11 uzasadnienia niniejszego odwołania Odwołujący wskazuje: „Nie zgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom, przy czym wymagania odnoszą się do treści złożonej oferty, nie zaś jej formy (tak np. zachowujące aktualność wyroki KIO z 10.05.2021 r., KIO 765/21, LEX nr 3205145. oraz z 1.04.2021 r., KIO 485/21, LEX nr 3171476.). Należy uznać, że ww. niezgodność w ofercie NANO dotyczy zawartości merytorycznej oferty, jej

elementów przedmiotowo istotnych, odnoszących się do ukształtowania przyszłego

świadczenia - przedmiotu umowy"

Zawartość merytoryczna oferty Nano spełnia wymagania SWZ. Postać tabelaryczna służy jedynie ułatwieniu porównania ofert Wykonawców. Zawartość merytoryczna oferty Nano zawiera w treści dane wymagane przedmiotową tabelą, co zestawiono poniżej:

| Kraj dostaw | Nazwa podmiotu na rzecz którego była realizowana dostawa | Rodzaj paliwa używany w elektrociepłowni | Moc bloku, dla którego była dosłownie kategoria użytkowników | Strumień/przepływ spalin [m ³ /h] | Skład Uczeńność [%] | Poziom usuwacz NOx od do | Typ katcaizatora | Ilość kategoria użytkowników [m ³] | Data dostawy | Pozycja spalania przed SCR | Czas pracy do czasu zakończenia |
|-------------|--|--|--|--|---------------------|---|------------------|--|------------------|----------------------------|---------------------------------|
| Wietnam | Vung Ang I, blok nr2 | węgiel | 600MW | 4 965 000 | >41% | Na wlocie NcmoNma do na wlocie 649 mg/Nm ³ | płytowy | 268,4m ³ | Październik 2018 | 40,7 g/Nm ³ | Powyżej 20 000h |

| | | | | | | | | | | | |
|---------------------|--|--------|-------|-----------|--------|--|---------|-----|-----------------|----------------------------|--------------------|
| Kooca Południowa | Dangin Power Plant unit 1.3,4 | węgiel | 500MW | 1 617 360 | 78,26% | Na wlocie 230 mg/ ³ m ³ do na wylocie 50mg/Nm ³ | płytowy | 792 | 201 grudzień | 12-25 g/Nm ³ | Powyżej 20 000h |
|---------------------|--|--------|-------|-----------|--------|--|---------|-----|-----------------|----------------------------|--------------------|

W ocenie Zamawiającego Wykonawca Nano dostarczył komplet dokumentów umożliwiających weryfikację oferty pod kątem zgodności z SWZ.

Należy tu podkreślić, że Odwołujący nie podał kompletnych danych w postaci tabeli, przekazując wymagane informacje w formie odpowiedzi.

Zamawiający odnosząc się do zawartości merytorycznej ofert, a nie formy dopuścił do dalszego postępowania zarówno Odwołującego jak również Wykonawcę Nano. (...)

Ad pkt 19.

Dokumenty referencyjne przedstawione przez Wykonawcę Nano na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SWZ wskazują przedział zapylenia w strumieniu od 12 -25 g/Nm³. Wartość 25 g/Nm³ mieści się w warunkach określonych SWZ - wartość wykazana 25 g/Nm³ jest w dolnym wymaganym zakresie opisanym w swz.

Należy podkreślić, iż w jednym z dokumentów referencyjnych Odwołującego (Enea Połaniec Sp. z o.o.) wskazuje się przedział zapylenia w strumieniu od 20 -25 g/Nm³, w której również górna wartość zapylenia jest równa 25 g/Nm³, co spełnia wymagania SWZ. (.).

W dniu 06.12.2021 r. (e-mailem podpisanym cyfrowo) Nano Co. Ltd wniosło pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

[zarzuty Odwołującego - uwagi ogólne]

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z treścią wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jednocześnie Odwołujący zarzucił też zaniechanie odrzucenia oferty

Przystępującego z uwagi na niespełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, jak i niewykazanie ich spełnienia(art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c. Pzp). Odwołujący kwestionuje tym samym decyzję Zamawiającego o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, w tym zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji, pomimo że oferta złożona przez niego winna podlegać odrzuceniu (art. 227 ust. 1 Pzp). W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 232 ust. 1 Pzp). W rezultacie Odwołujący neguje wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, domagając się unieważnienia wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, unieważnienia w całości aukcji elektronicznej, unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty i odrzucenia oferty Przystępującego. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego i to na warunkach, na jakich została ona złożona w terminie do dnia 8.09.2021 r.

[zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia - gwarantowana wartość reaktywności po 30.000 godzin pracy]

Odwołujący podnosi, że oferta Nano jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie gwarantowanej wartości reaktywności po 30.000 godzin pracy, albowiem sposób podania tego parametru przez Przystępującego nie gwarantuje wymaganego w SWZ poziomu co najmniej 60% reaktywności zerowej (K0) zmierzonej na początku eksploatacji. Przede wszystkim wskazał, że Odwołujący swój zarzut oparł na nieprawdziwym przywołaniu treści oferty Nano, albowiem rzekomo w ofercie wskazano jako „gwarantowaną wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy” wartość równą 22.8 Nm/h i to jako wartość stałą, a więc zarazem minimalną, jak i maksymalną wartość możliwą do osiągnięcia. Tymczasem w ofercie Przystępującego wskazano gwarantowaną wartość reaktywności po 30.000 godzin pracy jako „nie mniej niż 22.8 Nm/h”, co było w pełni prawidłowe. W tym miejscu zauważył, że w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający wymagał podania:

1) „Gwarantowanej wartości reaktywności zerowej K0 (początek eksploatacji) - nie mniej niż 38 Nm/h.”

2) „Gwarantowanej wartości reaktywności po 30 000 godzin pracy - Nm/h - 60 % wartości reaktywności zerowej K0”, co należało odczytywać łącznie. Oznacza to, że podawana przez Wykonawców w ofercie gwarantowana wartość reaktywności po 30.000 godzin pracy była determinowana zadeklarowaną w pierwszej kolejności gwarantowaną wartością reaktywności początkowej i winna wynosić 60% tej wartości.

Jednocześnie Zamawiający nie wymagał podania wartości stałej, zarówno w odniesieniu do wartości reaktywności początkowej, jak i wartości reaktywności po 30.000

godzin pracy. Wynika to z użycia sformułowania „nie mniej niż” w odniesieniu do gwarantowanej wartości reaktywności początkowej. Co więcej warto zauważyć, że nawet sam Odwołujący nie kwestionuje sposobu podania przez Nano wartości K0. Gwarantowana wartość reaktywności po 30.000 godzin pracy wynosić miała 60% tej wartości, a nie jak twierdzi Odwołujący „nie mniej niż 60% wartości reaktywności zerowej K0”. Podana wartość gwarantowanej reaktywności po 30.000 godzin pracy winna być wynikiem zwykłego działania matematycznego i jej wartość była uzależniona od wartości początkowej. Wskazał, że obie wartości to wartości gwarantowane, deklarowane przez Wykonawców. Zamawiający wymagał zaś określenia ich na poziomie nie mniejszym niż wartość wskazana w Formularzu Oferty. Wartość 38 Nm/h i odpowiednio 60% tej wartości były zaś minimalnym progiem, jaki Wykonawcy mogli podać w swoich ofertach. Zamawiający tak sformułował SWZ, by Wykonawcy mogli zaoferować katalizatory charakteryzujące się lepszymi parametrami niż minimalne wymagania określone w SWZ, co potwierdza Zamawiający w treści odpowiedzi na Odwołanie.

Przystępujący w swojej ofercie podał zaś następujące wartości:

1) gwarantowana wartość reaktywności zerowej KO (początek eksploatacji) - nie mniej niż 38 Nm/h - nie mniej niż 38 Nm/h;

2) gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - Nm/h - 60 % wartości reaktywności zerowej KO - nie mniej niż 22.8 Nm/h.

Wbrew temu co twierdzi Odwołującym Przystępujący nie zaoferował więc wartości 22.8 Nm/h jako gwarantowanej stałej wartości reaktywności po 30.000 godzin pracy. Wartością zaoferowaną było „nie mniej niż 22.8 Nm/h”, co oznacza, że będzie to wartość równa i większa niż 22.8 Nm/h (3 22.8 Nm/h), w każdym jednak przypadku nie mniejsza niż 60% K0. Jednocześnie jest to wartość spełniająca wymóg 60% wartości wskazanej przez Przystępującego jako gwarantowaną wartość reaktywności zerowej. Podana przez Przystępującego wartość „nie mniej niż 22.8 Nm/h” odpowiada bowiem 60% wartości reaktywności zerowej K0, zadeklarowanej jako „nie mniej niż 38 Nm/h”. Określenie w taki sposób wartości gwarantowanej reaktywności po 30.000 godzin jest więc uwarunkowane uprzednim określeniem przez Przystępującego wartości początkowej jako „nie mniej niż 38 Nm/h”. Jest to zgodne z zasadami logiki i matematyki, na co słusznie wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na Odwołanie. Jest to też zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, który wymagał gwarantowaną wartość reaktywności zerowej K0 na poziomie nie mniejszym niż 38 Nm/h i gwarantowaną wartość reaktywności po 30.000 godzin pracy jako 60% tej wartości. Jest to również uzasadnione technicznie, bowiem Przystępujący jako producent katalizatora ma możliwość takiego zaprojektowania właściwości fizyko-chemicznych katalizatora, by wartości te wynosiły odpowiednio nie mniej niż graniczne wartości 38 Nm/h i 22.8 Nm/h.

Co istotne przy tym wartość deklarowaną przez Nano w kolumnie drugiej tabeli (gwarantowana wartość reaktywności po 30.000 godzin pracy - Nm/h - nie mniej niż 22.8 Nm/h) nie można odczytywać w oderwaniu od treści kolumny pierwszej (gwarantowana wartość reaktywności po 30.000 godzin pracy - Nm/h - 60% wartości reaktywności zerowej K0). Łączne odczytanie obu kolumn wskazuje na poprawność oferty Nano. Posługując się więc przykładem wskazanym w Odwołaniu, jeżeli na początku pomiarów zostanie stwierdzone, że K0 wynosi 40 Nm/h (co sam przyznaje Odwołujący będzie zgodne z warunkami zamówienia i ofertą Przystępującego), to 60% wartości początkowej wynosić będzie 24 Nm/h, co również będzie zgodne z warunkami zamówienia i ofertą Przystępującego, bowiem w dalszym ciągu będzie to „nie mniej niż 22.8 Nm/h”. Mając na względzie powyższe nie sposób uznać, by oferta Przystępującego i wskazane w niej wartości były niezgodne z wymogami określonymi w SWZ, jak i również, by oferta Przystępującego miały na tej podstawie ulec odrzuceniu. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie należy uznać za pozbawione podstaw.

[zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Nano na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp -

kwestie ogólnej]

Zgodnie z pkt 5.1.2.2.1. Części I SWZ - Instrukcja dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) warunkiem ubiegania się o zamówienie (w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) było wykazanie przez wykonawcę, że: „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał samodzielnie - lub wspólnie z innymi Wykonawcami - co najmniej dwie dostawy polegające na produkcji, prefabrykacji i dostawie warstw katalizatorów (katalizatorów płytowych, wytworzonych w tych samych wytwórniach jak oferowane katalizatory), dla dwóch różnych kotłów nie mniejszych niż OP - 650 (wchodzących w skład bloków energetycznych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 200 MWe). Wyżej wskazane dostawy muszą dotyczyć katalizatorów zamontowanych w elektrowniach zawodowych na kotłach opalanych węglem kamiennym, pracujących w strumieniu spalin o zapyleniu nie mniejszym niż 25 g/Nm³, przy czym wielkość każdej dostawy referencyjnej musi wynosić nie mniej niż 100 m³ warstw katalizatora”. Przystępujący celem wykazania, że spełnia warunek doświadczenia wskazał cztery zrealizowane dostawy tj.:

- dostawę na rzecz elektrowni w Dangjin w Korei Południowej (dalej „Dostawa nr 1 - Dangjin”),
- dostawę na rzecz Vung Ang 1 Unit 1 w Wietnamie (dalej „Dostawa nr 2 - Vung Ang 1 Unit 1”),
- dostawę na rzecz Vung Ang 1 Unit 2 w Wietnamie (dalej „Dostawa nr 3 - Vung Ang 1 Unit 2”),
- dostawę na rzecz Yeongheung Unit 1 i Unit 2 (dalej „Dostawa nr 4 - Yeongheung”).

W tym miejscu zauważenia wymaga, że Odwołujący kwestionuje zaproszenie Nano

do aukcji stawiając zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp. W istocie zarzuty te dotyczą jednak doświadczenia Nano niezbędnego do spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w pkt 5.1.2.2.1. IDW. Przy czym zaznaczyć warto, że Odwołujący nie ma podstaw do kwestionowania Dostawy nr 4 - Yeongheung, albowiem tych dostaw Zamawiający nie uwzględnił jako spełniających warunek. Zatem kwestia Dostawy nr 4 - Yeongheung nie jest objęta sporem w niniejszej sprawie (por. pkt 23 Odwołania). Niemniej jednak, problemem jest właściwe ustalenie, jakie konkretnie zarzuty zostały postawione wobec pozostałych dostaw wykazanych przez Nano (Dostawy nr 1, 2 i 3). Zauważyć bowiem należy, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (np. dlatego, że wykonane przez niego dostawy nie odpowiadają warunkowi określonymu w SWZ, a zatem wykonawca taki nie ma wymaganego doświadczenia), tymczasem przepis z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp ma inną hipotezę i dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym ten drugi przepis abstrahuje od tego, czy wykonawca spełnia, czy też nie spełnia warunku, a dotyczy jedynie kwestii właściwego wykazania spełniania warunku. Tymczasem Odwołujący obie te kwestie miesza z sobą, co istotnie utrudnia właściwe odczytanie treści zarzutów. Zauważył, że Odwołujący w istocie kwestionuje w ramach zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp tylko Dostawę nr 1 - Dangjin podnosząc (por. pkt 22 Odwołania), że dostawa nie spełnia warunku w zakresie pracy dostarczonych katalizatorów w strumieniu spalin o zapyleniu nie mniejszym niż 25 g/Nm³, albowiem zdaniem Odwołującego koncentracja popiołu przed SCR wynosi w elektrowni Dangjin w rzeczywistości mniej niż 16 g/Nm³, podczas gdy Nano wskazało w ofercie tę koncentrację na poziomie 12 do 25 g/Nm³. Wszystkie inne zarzuty nie dotyczą kwestii tego, czy dana dostawa jest zgodna z postawionym warunkiem, a jedynie tego, czy w sposób należyty wykazano (udokumentowano) spełnienie tego warunku. Zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp dotyczy Dostaw nr 1, 2 i 3 (por. pkt 20, 21, 24 i 25 Odwołania). Podkreślił, że Zamawiający wymagał, by „minimum jedna” z dostaw dotyczyła dostawy katalizatorów do elektrowni położonej w krajach GPA. Przystępujący powołał się na dostawę do Dangjin w Korei Południowej i do Vung Ang 1 Unit 2 w Wietnamie, co oznacza, że Przystępujący spełnił powyższy wymóg.

[zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Nano na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp]

Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu,

albowiem Dostawa nr 1 - Dangjin nie spełniała wymogu stężenia pyłu 25g/Nm³. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. Zgodnie z IDW wymogiem było, by dostawy

dotyczyły katalizatorów pracujących w strumieniu spalin o zapyleniu nie mniejszym niż 25 g/Nm³. W dodatkowym oświadczeniu do referencji Dangjin Unit 1 i Unit 3 w Korei Południowej Przystępujący podał, że koncentracja popiołu przez SCR wynosi: od 12 do

25g/Nm³, co w ocenie Odwołującego jest informacją nieprawdziwą, bowiem w rzeczywistości jest ona mniejsza niż 16g/Nm³. Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na Odwołanie, wartość zadeklarowana przez Przystępującego mieści się w warunkach określonych w SWZ. Wartość podana przez Zamawiającego jako 25g/Nm³ jest określona jako dolny wymagany przez Zamawiającego zakres. W takim sposobie określenia ww. warunku chodzi o to, by katalizator był w stanie pracować w takim strumieniu spalin. Rzeczywista wartość koncentracji podana w przedziale od 12 do 25g/Nm³ obejmuje minimalną wartość 25g/Nm³, a więc spełnia warunki Zamawiającego. Jest to rzeczywista wartość koncentracji popiołu przez SCR, w której dostarczony katalizator pracuje. Warto bowiem również zaznaczyć, że poziom zapylenia jest zmienny i zależy od wielu parametrów, takich jak rodzaj spalania, koncentracja tlenu, czy też obciążenie kotła. Przy pełnym obciążeniu kotła wartość zapylenia może być mniejsza niż 25g/Nm³. Nie jest to więc stała wartość. Z faktu tego zdaje sobie również zdawać sprawę Odwołujący, który sam w ramach swoich dokumentów referencyjnych powołuje się na przedział zapylenia w strumieniu od 20 do 25g/Nm³ w odniesieniu do dostawy realizowanej dla Enea Połaniec sp. z o.o. Odwołujący też nie wykazał, by koncentracja popiołu przez SCR dotycząca katalizatora dostarczanego dla Dangjin była w rzeczywistości mniejsza i wynosiła mniej niż 16g/Nm³. Na potwierdzenie tego Odwołujący przywołuje w sposób generalny archiwalne specyfikacje przetargowe opracowane dla elektrowni Dangjin, które nie mogą dotyczyć referowanej dostawy i rzeczywistych parametrów dostarczanego katalizatora. Odwołujący, poza powołaniem się na te specyfikacje, nie uzasadnia też w sposób należyty swojego stanowiska. Przystępujący wskazuje jednak, że specyfikacje te dotyczą postępowań przetargowych, a więc dopiero projektowanych, nie zaś ostatecznie dostarczonych i pracujących katalizatorów. Specyfikacje te nie mogą więc prezentować rzeczywistych możliwości dostarczonego przez Przystępującego katalizatora i parametrów jego pracy.

[zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Nano na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp]
[kwestie ogólne]

Jak już wyżej wskazano, zarzuty zawarte w odwołaniu odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp odnoszą się do Dostaw nr 1, 2 i 3. Wskazać jednak należy, że w znacznej mierze zostały one sformułowane w nazbyt ogólny sposób (blankietowy). Odwołujący bowiem w przeważającej części ogranicza się do stwierdzenia, że Nano nie przedstawił wypełnionej tabeli wymaganej przez Zamawiającego, opisującej wszystkie parametry dostarczonych katalizatorów, ale również w złożonym

zestawie dokumentów nie zawarł, nawet w innej formie, wszelkich informacji potwierdzających parametry katalizatorów wymagane w SWZ. Odwołujący, co do zasady (z nielicznymi wyjątkami) nie wskazał jednak precyzyjnie, jakie konkretnie parametry nie zostały podane w stosunku do danej dostawy. Co prawda ustawodawca w art. 516 Pzp wymaga, by w odwołaniu zarzuty zostały sformułowane w sposób zwięzły, jednak ich szczegółowe uzasadnienie powinno znaleźć się w dalszej części pisma. Odwołujący jest bowiem obowiązany uzasadnić, wskazując okoliczności faktyczne i prawne, a jeżeli to konieczne - także dowody na poparcie swych twierdzeń, każdy ze stawianych zarzutów. W braku uzasadnienia zarzutu Izba pominie go w wyroku (wyrok KIO z 08.12.2016 r., KIO 2164/16, LEX nr 2186015). Zarzuty zawarte w odwołaniu powinny być zredagowane w sposób na tyle jasny i precyzyjny, by Zamawiający, jak i Przystępujący mieli możliwość odniesienia się do postawionych zarzutów. Przedstawienie zarzutów definiuje też zakres kognicji Izby, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, o czym stanowi art. 555 Pzp. Postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Z istoty tego postępowania wynika, że to strony mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Reguła ta znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 534 ust. 1 Pzp. Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga92/08) obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Rolą Zamawiającego i Przystępującego nie jest też domyślanie się, jakie nieprawidłowości w przeprowadzonym postępowaniu Odwołujący dostrzeże. Nie wystarczy samo wskazanie przez Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, bez podania, na czym owa niezgodność polega. Za niewystarczające należy też uznać wskazywanie, że brakowało wszystkich wymaganych informacji, bez wyraźnego i precyzyjnego określenia, jakich wymagań Przystępujący nie wykazał. Powyższe oznacza, że rozpoznaniu podlegać mogą jedynie takie zarzuty, który zostały sformułowane w sposób skonkretyzowany, a nie blankietowy.

[zarzuty wspólne dla Dostaw nr 1-3 dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Nano na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp - brak przedłożenia wypełnionej tabeli i podania wymaganych nią informacji]

W ocenie Odwołującego oferta Przystępującego winna zostać odrzucona także z uwagi na fakt, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych nie złożył wykazu wykonanych usług, wymaganych zgodnie z pkt 5.1.2.2.1 IDW. Ponadto rzekomo, z treści przedłożonych dokumentów i oświadczeń nie wynikały wszystkie informacje potwierdzające parametry katalizatorów podane w SWZ.

Odwołujący nie też sprecyzował, jakie dokładnie informacje nie zostały przez Przystępującego podane na etapie podstępowania o udzielenie zamówienia. Ustosunkowując się do powyższego wskazać należy, że zawartość merytoryczna dokumentów przedłożonych przez Przystępującego spełniała wymagania SWZ. Przystępujący dostarczył bowiem komplet dokumentów umożliwiających weryfikację oferty pod kątem zgodności z SWZ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28.09.2021 r. Przystępujący przedłożył m.in. List dowodowy Branch of PetroVietnam Corporation dot. Vung Ang 1 Unit 2 z dnia 8.10.2021 r. oraz Zaświadczenie o Osiągach (dostawa rzeczowa) z Korea East-West POWER Co. Ltd. dot. Dangjin Power Plant Unit 1, Unit 3, Unit 4 z dnia 12.08.2021 r. Kolejno, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.10.2021 r. Przystępujący przedłożył Oświadczenie Nano Co. Ltd. odnośnie referencji Vung Ang 1 Unit 2 w Wietnamie oraz Oświadczenie Nano Co. Ltd. odnośnie referencji Dangjin Unit 1 i Unit 3 w Korei Południowej wraz z raportem z analizy wydajności katalizatora SCR dla Dangjin Unit 1. Oświadczenia te jako oświadczenia własne należy traktować jako wykazy Dostaw, tyle że nie przygotowane w formie tabelarycznej, ale to nie może mieć znaczenia dla ich ważności. Przystępujący nie był w stanie przedłożyć stosownego raportu dot. Vung Ang 1 Unit 2 w Wietnam z uwagi na brak dostępu do poufnych informacji Zakładu Energetycznego Vung Ang 1, co zostało wskazane w oświadczeniu Przystępującego. Jednocześnie jednak Przystępujący powołał się na informacje dotyczące żywotności chemicznej i mechanicznej katalizatora - po czasie pracy nie krótszym niż 20.000 godzin, które wynikały z uprzednio złożonych referencji. Z przedłożonych przez Przystępującego dokumentów podmiotowych wynikały więc wszystkie informacje wymagane w pkt 8.5.3.1. IDW, w tym w zawarte w tabeli. Potwierdza to wprost zestawienie przedstawione w odpowiedzi na odwołanie na str. 5. Zamawiający wzywając Przystępującego do przedłożenia wykazu zwrócił uwagę na to, by przedłożony wykaz zawierał wszystkie informacje zawarte w tabeli. Tym kierował się Przystępujący. Mając na względzie dokumentację postępowania, to te informacje były kluczowe do oceny spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wbrew więc temu co twierdzi Odwołujący, przedstawione przez Przystępującego informacje o zrealizowanych dostawach zawierały wszystkie informacje wymagane w SWZ, co potwierdził wprost Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Nawet w przypadku przedłożenia wykazu i dokumentów potwierdzających należy wykonać dostaw lub usług wymienionych w tym wykazie Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie. Rozporządzenie co prawda nie kreuje wymagania, aby dowody potwierdzające należytą realizację - w tym przypadku dostaw - zawierały w swojej treści potwierdzenie wszystkich oświadczeń złożonych przez Wykonawcę w wykazie. Celem jednak złożenia

listów referencyjnych jest potwierdzenie należytego wykonania dostaw z wykazu. Istotnym jest więc wskazanie również w ich treści elementów pozwalających na identyfikację przedmiotowej dostawy. Z analizy oferty Odwołującego i korespondencji prowadzonej z Zamawiającym wynika, że Odwołujący także nie podał też kompletnych danych w postaci tabeli, przekazując dodatkowe wymagane informacje w formie oświadczenia, na co wskazuje w treści odpowiedzi na Odwołanie Zamawiający. Mając na względzie powyższy uznać należy, że treść przedłożonych przez Nano dokumentów, w tym referencji uzupełniona dodatkowymi oświadczeniami Przystępującego, zawiera wszystkie informacje, które były wymagane były przez Zamawiającego w SWZ i w świetle których uznać należy, że Przystępujący posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Przystępujący wykazał tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, w sposób zgodny z warunkiem określonym w SWZ i brak jest podstaw do odrzucenia oferty na tej podstawie. Raz jeszcze podkreślenia wymaga to, że bez znaczenia jest to czy informacje zostały podane w formie tabelarycznej czy innej, albowiem istotna tu jest treść, a nie forma. Zauważenia wymaga jeszcze to, że zarzut Odwołującego dotyczący braku podania wszystkich informacji w dokumentach podmiotowych ma charakter blankietowy. Nie jest bowiem wystarczające ogólne twierdzenie o braku wszystkich informacji. Obowiązkiem Odwołującego jest skonkretyzowanie tego zarzutu poprzez wskazania jakich to informacji w jego ocenie brakuje. W braku takich skonkretyzowanych informacji zarzut ma charakter blankietowy i jako taki nie nadaje się do rozpoznania.

[Dostawa nr 1 - Dangjin]

Odwołujący kwestionuje Dostawę nr 1 - Dangjin, albowiem jego zdaniem nie została ona prawidłowo udokumentowana zgodnie z wymogami określonymi w pkt 8.5.3.1. IDW. Odwołujący nie wskazuje jednak, na czym owa nieprawidłowość polega, z wyjątkiem kwestii

braku wykazania wielkości dostawy. Powyższe oznacza, że zarzuty kierowane wobec Dostawy nr 1 - Dangjin, poza wskazanym wyżej wyjątkiem, mają charakter blankietowy nie nadający się do rozpoznania. W istocie więc jedyny zarzut pod adresem Dostawy nr 1 - Dangjin, który może podlegać rozpoznaniu dotyczy braku wskazania w dokumentach wielkości dostawy. Zarzut ten jest jednak całkowicie chybiony. Z dokumentów i oświadczeń Przystępującego dotyczących tej referencji wynikała wprost wielkość dostawy, co potwierdza dokument Zaświadczenie o Osiągach (dostawa rzeczowa) z Korea East-West POWER Co. Ltd. dot. Dangjin Power Plant Unit 1, Unit 3, Unit 4 z dnia 12.08.2021 r. i podana tam wielkość „792”. Dokument ten został przedłożony przez Przystępującego już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.09.2021 r. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie należy więc uznać za pozbawione podstaw.

[Dostawa nr 2 - Vung Ang 1 Unit 1]

Bezprzedmiotowy jest również zarzut dotyczący braku przedstawienia przez Przystępującego dokumentu pochodzącego od dostawcy w odniesieniu do dostawy dla wietnamskiej elektrowni Vung Ang 1 Unit 1. Z uwagi na brak możliwości przedstawienia takiego dokumentu Przystępujący zdecydował się uzupełnić informacje w stosunku do dwóch pozostałych dostaw, tj. dostawy dla Dangjin w Korei Południowej i dostawy dla Vung Ang 1 Unit 2 w Wietnamie. Było to wystarczające do spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

[Dostawa nr 3 - Vung Ang 1 Unit 2]

Zdaniem Odwołującego nie zostało wykazane przez Przystępującego, że dostawa dla Vung Ang 1 Unit 2 rzeczywiście spełnia wymóg przetargowy, w sposób zgodny z SWZ i rozporządzeniem Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415). Odwołujący nie wskazuje jednak konkretnych uchybień, jakich miałby się dopuścić w tym zakresie Przystępujący. To zaś obowiązkiem Odwołującego jako strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy skuteczność podnoszonych zarzutów i powodzenie wnoszonego odwołania, czemu jednak nie sprostał. Powyższe oznacza, że cały zarzut wobec Dostawy nr 3 ma charakter blankietowy uniemożliwiający jego rozpoznanie. Jeszcze raz podkreślił, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, w sposób zgodny z warunkiem określonym w SWZ. W dokumencie referencyjnym dotyczącym Dostawy nr 3 - Vung Ang 1 Unit 2 przedstawione wszelkie wymagane SWZ parametry katalizatora.

[pozostałe zarzuty Odwołującego]

W tym stanie rzeczy nie znajdują uzasadnienia pozostałe zarzuty wywiedzione przez Odwołującego w Odwołaniu, w tym co do prawidłowości przeprowadzonej aukcji elektronicznej, zaproszenia do wzięcia w niej udziału Przystępującego i tym samym naruszenia tym samym zasady równego traktowania wykonawców oraz wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Zarzuty te są bowiem konsekwencją dostrzeżenia przez Odwołującego uchybień jakich rzekomo miał dopuścić się Zamawiający na etapie badania ofert w zakresie zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego przed zaproszeniem Wykonawców do aukcji elektronicznej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk

stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego poparty przez Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 NPzp, jako wniesionego po terminie. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę potwierdzenie na posiedzeniu przez Zamawiającego, iż wniosek o udostępnienie dokumentacji został wystosowany przez Odwołującego w tym samym dniu co zostało skierowane zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, czyli 28.10.2021 r.,

podjął on stosowne kroki, aby uzyskać informację, kto został zaproszony do udziału w aukcji. Jednakże informację w tym zakresie otrzymał od Zamawiającego biorąc pod uwagę zgodne oświadczenie tak Zamawiającego, jak i Odwołującego złożone na posiedzeniu dopiero 3 listopada 2021 r., w konsekwencji Izba, licząc termin od tego dnia uznała, że termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ. W tym także odpowiedzi na pytania, a zwłaszcza odpowiedzi na pytanie 21 (pismo z 20.08.2021 r.), jak i załącznika nr 1 do SWZ (formularz „oferta”). Dodatkowo oferty Przystępującego oraz Odwołującego, wezwania z 20.09.2021 r. skierowanego do Przystępującego, odpowiedzi na wezwanie z 20.09.2021 r., wezwania z 28.09.2021 r. skierowanego do Przystępującego, odpowiedzi na wezwanie z 28.09.2021 r. /a w szczególności tłumaczenia następujących dokumentów: a) Zaświadczenie o Osiągach - Dangjin TPP# Blok 1, Blok 3, Blok 4 SCR Katalizator (GPA), b) List zaświadczący o osiągnięciach katalizatora NANO dla Yeongheung Uni 1 Unit 2 (GPA), c) List Dowodowy odnośnie Vung Ang 1 Unit 1, Moc blok 600MW, Wietnam (kraj spoza GPA), d) List Dowodowy odnośnie Vung Ang 1 Unit 2, Moc blok 600MW, Wietnam (kraj spoza GPA), wezwania z 12.10.2021 r. skierowanego do Przystępującego, odpowiedzi na wezwanie z 12.10.2021 r. /, a w szczególności tłumaczenia następujących dokumentów: a) Oświadczenie NANO Co., Ltd. odnośnie referencji Vung Ang 1 Unit 2 w Wietnamie, b) Oświadczenie NANO Co., Ltd. odnośnie referencji Dangjin Unit 1 i Unit 3, c) Raport wydajności dla Katalizatora SCR Dangjin Unit 1 Power Plant/, jak i raportu z przebiegu aukcji elektronicznej z 03.11.2021 r. i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 10.11.2021 r.

Nadto, zaliczono do materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- w zakresie poziomu pyłów na okoliczność tego, iż wykazana referencja nie spełnia przedziału pyłów od 12 do 25 g/m³:
 - specyfikację postępowania z roku 2015 - wyciąg wraz z tłumaczeniem z języka koreańskiego, jak również specyfikację z roku 2005 (kopia kontraktu wraz z załącznikiem technicznym zawierającym minimalne wymagania dla projektowania katalizatora). Przedkłada również dokumenty z roku 2021 potwierdzające, iż oczekiwany przez Zamawiającego poziom pyłów nie został osiągnięty,
 - oświadczenie biura tłumaczeń, które dokonało tłumaczenia dokumentów,
 - dokument własny Odwołującego /zestawienie danych z dokumentów przedstawionych wcześniej, zawiera przeliczenie g/Nm³, a w dokumentach złożonych są kg/hr, jak również natężenie przepływu w m³. U góry formuła przeliczeniowa/.

Dodatkowo, zaliczono do materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- dokumentację techniczną złożoną wraz z ofertą w postępowaniu w 2015 r. na okoliczność, że kotły pracowały w zapyleniu nie mniejszym niż 25 g/m³.

Odnosząc się generalnie do podniesionych i podtrzymanych w treści odwołania i na posiedzeniu zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Dodatkowo wskazując, że Odwołujący oświadczył że nie formułował innych zarzutów w odwołaniu niż te które przedstawiał podczas rozprawy. W konsekwencji Izba rozpoznawała odwołanie w granicach zakreślonych na rozprawie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NANO, mimo, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał ich spełnienia, jak również nie złożył dokumentów wymaganych w SWZ, mimo uprzedniego wezwania ze strony Zamawiającego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NANO, mimo, iż treść oferty złożonej przez tego wykonawcę w postępowaniu pozostaje niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ;
- 3) art. 227 ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie w dniu 03.11.2021 r. aukcji elektronicznej

o numerze A/DZ/2193/98, podczas gdy w postępowaniu została złożona jedynie jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, zatem nie zostały spełnione warunki umożliwiające przeprowadzenie aukcji elektronicznej;

4) art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 232 ust. 1 p.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców polegające na nieuprawnionym zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy NANO, mimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Odwołującego złożonego na posiedzeniu w szczególności postanowień SWZ, odpowiedzi na pytanie 21 (pismo z 20.08.2021 r.), jak i wezwania z 20 i 28.09.2021 r. oraz 12.10.2021 r.

Zgodnie z Rozdz. V SWZ Warunki udziału w postępowaniu - „(.) 5.1.2.2. zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

5.1.2.2.1. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał samodzielnie - lub wspólnie z innymi Wykonawcami - co najmniej dwie dostawy polegające na produkcji, prefabrykacji i dostawie warstw katalizatorów (katalizatorów płytowych, wytworzonych w tych samych wytwórniach jak oferowane katalizatory), dla dwóch różnych kotłów nie mniejszych niż OP — 650 (wchodzących w skład bloków energetycznych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 200 MWe). Wyżej wskazane dostawy muszą dotyczyć katalizatorów zamontowanych w elektrowniach zawodowych na kotłach opalanych węglem kamiennym, pracujących w strumieniu spalin o zapyleniu nie mniejszym niż 25 g/Nm³, przy czym wielkość każdej dostawy referencyjnej musi wynosić nie mniej niż 100 m³ warstw katalizatora. (.)” Z kolei, w Rozdz. VIII SWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia oraz wykaz przedmiotowych środków dowodowych: „(.)

8.5.3. dla warunku, o którym mowa w pkt 5.1.2.2.1. Części 1 SWZ:

8.5.3.1. wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług polegających na produkcji, prefabrykacji i dostawie warstw katalizatorów (katalizatorów płytowych, wytworzonych w tych samych wytwórniach jak oferowane katalizatory), dla dwóch różnych kotłów nie mniejszych niż OP-650 (wchodzących w skład bloków energetycznych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 200 MWe) wraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie

uzyskać tych dokumentów oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Minimum jeden z wyżej wymienionych dokumentów referencyjnych musi dotyczyć dostawy katalizatorów do elektrowni położonej w krajach GPA (kraje, które podpisały porozumienie WTO w sprawie zamówień rządowych z 06.04.2014r.).

Dokumenty referencyjne muszą potwierdzać należyte wykonanie umów, w szczególności spełnienie wymogów żywotności chemicznej i mechanicznej katalizatora - po czasie pracy nie krótszym niż 20 000 godzin. Potwierdzać to mają dostarczone w dokumentach referencyjnych raporty z inspekcji i badań reaktywności katalizatorów, sporządzone przez niezależną instytucję kontrolną i potwierdzone przez uprawnionego przedstawiciela właściciela Elektrowni/Zakładu Energetycznego (lub sporządzone i potwierdzone przez uprawnionego przedstawiciela właściciela Elektrowni/Zakładu Energetycznego),

Wymogiem bezwzględny jest aby dostarczony wykaz dostaw zawierał wszystkie informacje jak w tabeli poniżej oraz aby referencje były w języku polskim.

Nazwa
podmiotu
na rzecz
którego
była

realizowana

dostawa

Rodzaj

paliwa

używany

elektrowni

Moc bloku,
dla którego
była

realizowana

dostawa

katalizatoró

w

Strumień/
przepływ

spalin

[m³/h]

Typ

dostarczanego

katalizatora

Poziom
zapylenia
spalin
przed SCR

Czas pracy
dostarczoneg
katalizatora

Skuteczność Poziom

odazotowania usuwania
NOX

od do

Ilość Data

dostarczanych dostawy katalizatorów

[m3]

(.)”.

W ramach wyjaśnień wskazano: „(...) Pytanie 21.

Zał. 1 do SWZ I str. 30

Gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - Nm/h - 60% wartości reaktywności zerowej KO

Prosimy o zmianę: Gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - Nm/h - 60% gwarantowanej wartości reaktywności zerowej KO (tj. 22,8 Nm/h)

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SWZ. (.)”.

W wezwaniu z 28.09.2021 r. stwierdził Zamawiający: „(.)

3. dla warunku, o którym mowa w pkt 5.1.2.2.1. SWZ:

3.1. wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług polegających na produkcji, prefabrykacji i dostawie warstw katalizatorów (katalizatorów płytowych, wytworzonych w tych samych wytwórniach jak oferowane katalizatory), dla dwóch różnych kotłów nie mniejszych niż OP-650 (wchodzących w skład bloków energetycznych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 200 MWe) wraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

Minimum jeden z wyżej wymienionych dokumentów referencyjnych musi dotyczyć dostawy katalizatorów do elektrowni położonej w krajach GPA (kraje, które podpisały porozumienie WTO w sprawie zamówień rządowych z 06.04.2014r.).

Dokumenty referencyjne muszą potwierdzać należyte wykonanie umów, w szczególności spełnienie wymogów żywotności chemicznej i mechanicznej katalizatora - po czasie pracy nie krótszym niż 20 000 godzin. Potwierdzać to mają dostarczone w dokumentach referencyjnych raporty z inspekcji i badań reaktywności katalizatorów, sporządzone przez niezależną instytucję kontrolną i potwierdzone przez uprawnionego przedstawiciela właściciela Elektrowni/Zakładu Energetycznego (lub sporządzone i potwierdzone przez uprawnionego przedstawiciela właściciela Elektrowni/Zakładu Energetycznego),

Wymogiem bezwzględny jest aby dostarczony wykaz dostaw zawierał wszystkie informacje jak w tabeli poniżej oraz aby referencje były w języku polskim.

| Kraj dostawy | Nazwa podmiotu na rzecz którego była realizowana dostawa | Rodzaj paliwa używany w elektrowni | Moc bloku, dla którego była realizowana dostawa katalizatorów | Strumień/ przepływ spalin [m ³ /h] | Skuteczność odazotowania | Poziom u suwania NOX od do | Typ dostarczanego katalizatora | Ilość dostarczanych katalizatorów | Data dostawy | Poziom zapylenia spalin przed SCR | Czas pracy dostarczonego katalizatora |
|--------------|--|------------------------------------|---|---|--------------------------|----------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|--------------|-----------------------------------|---------------------------------------|
|--------------|--|------------------------------------|---|---|--------------------------|----------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|--------------|-----------------------------------|---------------------------------------|

(■■■■)”.

W odpowiedzi na wezwanie z 28.09.2021 r. złożono w szczególności tłumaczenia następujących dokumentów: a) Zaświadczenie o Osiągach - Dangjin TPP# Blok 1, Blok 3,

Blok 4 SCR Katalizator (GPA), b) List zaświadczający o osiągnięciach katalizatora NANO dla Yeongheung Uni 1 Unit 2 (GPA), c) List Dowodowy odnośnie Vung Ang 1 Unit 1, Moc blok 600MW, Wietnam (kraj spoza GPA), d) List Dowodowy odnośnie Vung Ang 1 Unit 2, Moc blok 600MW, Wietnam (kraj spoza GPA).

W wezwaniu z 12.10.2021 r. stwierdził z kolei; „(...) Zamawiający stwierdził:

1. brak wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług polegających na produkcji, prefabrykacji i dostawie warstw katalizatorów (katalizatorów

płytowych, wytworzonych w tych samych wytwórniach jak oferowane katalizatory), dla dwóch różnych kotłów nie mniejszych niż OP-650 (wchodzących w skład bloków energetycznych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 200 MWe).

Zgodnie z SWZ i wezwaniem Zamawiającego z 28.09.2021 r., wymogiem bezwzględnym było, aby dostarczony wykaz zawierał wszystkie informacje jak w tabeli, tj.

dostawy

Nazwa
podmiotu
na rzecz
którego
była

realizowana

dostawa

Rodzaj

paliwa

używany

elektrowni

Moc bloku,
dla którego
była

realizowana

dostawa

katalizatoró

w

Strumień/
przepływ

spalin

[m³/h]

Skuteczność Poziom

odazotowania usuwania
NOX

od do

Typ

dostarczanego

katalizatora

Ilość Data

dostarczanych dostawy
katalizatorów

[m3]

Poziom
zapylenia
spalin
przed SCR

Czas pracy
dostarczonego
katalizatora

2. złożono 4 dokumenty referencyjne wraz z tłumaczeniami:

a) Zaświadczenie o Osiągach - Dangjin TPP# Blok 1 ,Blok 3, Blok 4 SCR Katalizator (GPA),

b) List zaświadczący o osiągnięciach katalizatora NANO dla Yeongheung Uni 1 i Unit 2 (GPA) przedstawiony dokument nie spełnia warunku opisanego w pkt 5.1.2.2.1. SWZ, tj. „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert — z dokumentu wynika, że dostawy były w czerwcu 2015r. i czerwcu 2016r.

W związku z powyższym dokument ten nie może zostać uznany jako jeden

z dokumentów potwierdzających spełnianie warunku opisanego w pkt 5.1.2.2.1. SWZ

c) List Dowodowy odnośnie Vung Ang 1 Unit 1, Moc blok 600MW, Wietnam (kraj spoza GPA),

d) List Dowodowy odnośnie Vung Ang 1 Unit 2, Moc blok 600MW, Wietnam (kraj spoza GPA)

Zgodnie z SWZ i wezwaniem Zamawiającego z 28.09.2021r. dokumenty referencyjne muszą potwierdzać należyte wykonanie umów.

Z w/w dokumentów a) — b) nie wynika należyte wykonanie umów, w szczególności spełnienie wymogów żywotności chemicznej i mechanicznej katalizatora - po czasie pracy nie krótszym niż 20 000 godzin.

3. brak Raportów z inspekcji i badań reaktywności katalizatorów, sporządzonych przez niezależną instytucję kontrolną i potwierdzonych przez uprawnionego przedstawiciela właściciela Elektrowni/Zakładu Energetycznego (lub sporządzonych i potwierdzonych przez uprawnionego przedstawiciela właściciela Elektrowni/Zakładu Energetycznego).

Ww. Raporty zgodnie z SWZ mają potwierdzać należyte wykonanie umów, w szczególności spełnienie wymogów żywotności chemicznej i mechanicznej katalizatora - po czasie pracy nie krótszym niż 20 000 godzin.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy, Zamawiający wzywa Państwa do złożenia w terminie do 20.10.2021 r.:

I. Wykazu, o którym mowa w pkt 1 powyżej, zawierającego co najmniej 2 usługi spełniające wszystkie wymogi wskazane w SWZ Część I (pkt 5.1.2.2.1 w zw. z pkt 8.5.3.1),

II. Dowodów wskazujących, że wskazane w Wykazie realizacje zostały wykonane lub są wykonywane należycie — dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy (z przedłożonych przez Wykonawcę dotychczas dokumentów, tylko dokumenty, o których mowa wyżej w pkt 2 lit. c i d (kraje spoza GPA) potwierdzają należyte wykonanie umów, w szczególności spełnienie wymogów żywotności chemicznej i mechanicznej katalizatora - po czasie pracy nie krótszym niż 20 000 godzin) ,

III. Raportów z inspekcji i badań reaktywności katalizatorów, o których mowa w pkt 3 powyżej, dotyczących wskazanych w Wykazie realizacji. (.)".

W odpowiedzi na wezwanie z 12.10.2021 r. złożono w szczególności tłumaczenia następujących dokumentów: a) Oświadczenie NANO Co., Ltd. odnośnie referencji Vung Ang 1 Unit 2 w Wietnamie, b) Oświadczenie NANO Co., Ltd. odnośnie referencji Dangjin Unit 1 i Unit 3, c) Raport wydajności dla Katalizatora SCR Dangjin Unit 1 Power Plant.

Do pozostałych kwestii Izba, zwłaszcza treści oferty Przystępującego oraz Odwołującego, odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów, wynika ona także z treści pism złożonych w niniejszej sprawie odwoławczej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

Po pierwsze, w ocenie Izby mimo formalnego nie złożenia wykazu usług w postaci oczekiwanej przez Zamawiającego, to Zamawiający otrzymał wszystkie oczekiwane

informacje niezbędne, a zarazem konieczne do tego wykazu (wynikające z opisu tabeli w wezwaniu z 28.09. 2021 r. oraz wezwania z 12.10.2021 r.) w ramach oświadczenia własnego Przystępującego (zostało to w sposób czytelny przedstawione w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego).

Względem parametru „792” (Ilość dostarczanych katalizatorów [m³]), Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego że jakby nie patrzeć zdeklarowanie takiej

wielkości świadczy o tym że wykazano co najmniej 100 m³ katalizatora zgodnie

z wymogiem. Naturalnie zarzut został zmodyfikowany przez Odwołującego, gdyż obecnie „znajduje się ten parametr”, lecz nie w metrach sześciennych. Izba uznała że informacja w tym zakresie jest wystarczająca, gdyż wbrew, ocenie Odwołującego, który stwierdził, że Zamawiający nie dysponował żadnymi danymi o budowie reaktora SCR w Korei Południowej, Zamawiający dysponował raportem wydajności złożonym przez Przystępującego na wezwanie z 12.10.2021 r., który pozwalał na weryfikację katalizatorów pracujących we wskazanej elektrowni, z uwagi na znajdujące się tam zdjęcia /str. od 3 do 4/, które przedstawiają katalizatory takie jak pracujące u Zamawiającego. Niezależnie od powyższego, sama okoliczność słusznie była wnioskowana przez Zamawiającego, na podstawie dokumentu złożonego w postępowaniu przetargowym /Zaświadczenie o Osiągach

- Dangjin TPP# Blok 1, Blok 3, Blok 4 SCR Katalizator (GPA)/, gdyż trafność tego założenia zostało dodatkowo potwierdzona dokumentami, tj. dowodami złożonymi tak przez Przystępującego, jak i Odwołującego na rozprawie (zgodnie z nimi 792 moduły oznacza 1620 m³ /objętość katalizatora/).

Względem poziomu zapylenia Odwołujący zarzucił niespełnienie warunku, aby katalizatory pracowały w strumieniu spalin o zapylenie mniejszym niż 25 g/Nm³, jak również de facto złożenie nieprawdziwych informacji. W tym zakresie, w ocenie Izby, Zamawiający dysponował stosownym dokumentem w przedziale między 12 a 25 g/Nm³ (poziom zapylenia). Nadto, jak to podkreślał Zamawiający na rozprawie, chodziło o parametry na których pracuje kocioł zgodnie bowiem z punktem 5.1.2.2.1 SWZ: „Ww. dostawy dotyczą katalizatorów zamontowanych w elektrowniach zawodowych na kotłach opalanych węglem kamiennym (.)”. W ocenie Izby, wymóg został spełniony i potwierdzony przez Przystępującego dokumentem złożonym w postępowaniu /Oświadczenie NANO Co., Ltd. odnośnie referencji Dangjin Unit 1 i Unit 3/, tym bardziej, że jak zostało to wskazane wyżej dotyczył on warunków w których rzeczywiście działają kotły, a nie pewnych standardowych

warunków. Z tych względów Izba dała wyższość dokumentom technicznych złożonym na rozprawie przez Przystępującego, które po pierwsze potwierdziły zadeklarowany przedział, nad dowodami złożonymi przez Odwołującego, po drugie przeczą tezie o nieprawdziwości danych w tym zakresie /wprost wskazują na ten przedział na str. 2/, tym bardziej, że przedłożona dokumentacja techniczna pokazuje jakie możliwości ma ów katalizator, przy takim a nie innym zapyleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

W ocenie Izby, należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym oraz na rozprawie. Tak kolumna pierwsza /Gwarantowana wartość reaktywności zerowej KO (początek eksploatacji)

- nie mniej niż 38 Nm/h: Gwarantowana wartość reaktywności zerowej KO (początek eksploatacji) - nie mniej niż 38 Nm/h/, jak i kolumna druga /Gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - Nm/h - 60% wartości reaktywności zerowej KO: Gwarantowana wartość reaktywności po 30 000 godzin pracy - nie mniej niż 22,8 Nm/h/ formularza ofertowego (str. 2) muszą być rozpatrywane łącznie, aby ze sobą korelowały, a nie w oderwaniu od siebie. Jeżeli w pierwszej kolumnie wykonawca, tj. Przystępujący zadeklarował iż gwarantowana wartość reaktywności zerowej KO (początek eksploatacji) - nie mniej niż 38 Nm/h (tzn. ma charakter „ruchomy”). Może być nie mniej albo więcej niż 38 Nm/h, to druga wartość może mieć także charakter „ruchomy”, tzn. „nie mniej niż 22,8 Nm/h”. W takiej sytuacji jeśli pierwsza wartość będzie dokładnie 38 Nm/h - to jej 60 % po 30 000 godzin pracy, będzie wynosiło 22,8 Nm/h, a jeśli więcej niż 38 Nm/h, to 60% z tego będzie wynosiło więcej niż 22,8 Nm/h. W każdej jednakże sytuacji będzie to 60% wartości aktywności zerowej KO, stosownie do danej wartości początkowej. Odwołujący ustawił obie wartości w swojej ofercie na „sztywno”, a Przystępujący „ruchomo” obie są prawidłowymi rozwiązaniami. W każdym przypadku istnieje niebezpieczeństwo niedotrzymania i w każdym będzie grozić wykonawcy z tego tytułu dotkliwa kara finansowa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie. Z uwagi na wynikowy charakter zarzutu trzeciego oraz czwartego wobec oddalenia zarzutu pierwszego oraz drugiego, niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: