Sygn. akt: KIO 467/22

WYROK

z dnia 8 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w imieniu zamawiającego: Elektrociepłownia „Zielona Góra" Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 467/22

Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie prowadzi w imieniu zamawiającego: Elektrociepłownia „Zielona Góra" Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie remontów, przeglądów i obsługi serwisowej turbiny parowej 7CK65 oraz generatora 50WX18Z-059 wraz z ich wyposażeniem (numer referencyjny: POST/PEC/PEC/UZS/00913/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 021/S 198-517688.

I. W dniu 21 lutego 2022 r. wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1) dokonania wyboru oferty wykonawcy Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej (dalej także jako „wykonawca Remak");

2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Remak.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy z

dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp") w zw. z art. 116 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od

wykonawcy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remak i dokonanie wyboru oferty wykonawcy Remak w sytuacji, gdy wykonawca Remak nie wykazał spełnienia i nie

spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 15.6.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ").

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) odrzucenia oferty wykonawcy Remak;

4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał, co następuje:

Zamawiający w pkt. 15.6.4 SWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w postaci konieczności wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 2 remonty kapitalne turbozespołu parowego ciepłowniczego (turbiny parowej i generatora) o mocy minimalnej od 30MWt i 50 MWe. Zamawiający zaznaczył, że uzna również za spełnienie warunku, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 2 remonty kapitalne turbiny parowej i co najmniej 2 remonty kapitalne generatora, o mocy minimalnej od 30 MWt i 50 MWe. Ostateczna treść pkt 15.6.4 SWZ została ustalona w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców, które zostały udzielone przez zamawiającego w dniu 22 listopada 2021 r. (pytanie/wniosek nr 1). Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 8 do SWZ. Wykonawca Remak wraz z ofertą złożył załącznik nr 8 do SWZ - wykaz wykonanych usług, w którym oświadczył, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 15.6.4 SWZ oraz przedstawił m. in. referencje wydane w dniu 11 grudnia 2019 r. przez TAURON Wytwarzanie S.A., dotyczące realizacji zadania w zakresie remontu kapitalnego turbozespołu parowego ciepłowniczego

153MWe 16KC145 bloku nr 2 w Elektrowni Siersza. Z dokumentu przedstawionego przez wykonawcę Remak ani z referencji nie wynikało jednak, że realizacja powyższego zadania obejmowała remont kapitalny generatora. W referencji wskazano wprost, że remont obejmował: remont turbiny, pomp, rurociągów, armatury i regeneracji, a także wymianę mat grzewczych oraz remont AKPiA i pompy zasilającej. W referencji nie wskazano, aby remont w jakimkolwiek stopniu obejmował również generator. Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. wezwał wykonawcę Remak do udzielenia wyjaśnień, ponieważ z przedstawionych przez wykonawcę Remak dokumentów nie wynikało, że wykonawca spełnia warunek określony w pkt. 15.6.4 SWZ, a wykonawca Remak nie udowodnił, że w ciągu ostatnich 5 lat wykonał dwa remonty kapitalne turbozespołu obejmujące turbinę i generator. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w celu wskazania, które z zadań referencyjnych obejmowały remont kapitalny generatora. W odpowiedzi wykonawca Remak pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. oświadczył, że remont kapitalny turbozespołu parowego ciepłowniczego 153MWe 16KC145 bloku nr 2 w Elektrowni Siersza obejmował remont generatora. Do pisma wykonawca Remak ponownie załączył referencje (z których wprost wynika, że remont turbozespołu nie obejmował generatora), pierwszą stronę umowy na ww. remont oraz załączniki nr 1 (wykaz urządzeń) i 2 (wykaz prac) do umowy na ww. remont.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca Remak nie wykazał, aby spełniał warunek udziału w postępowaniu. Ani ze złożonego wykazu, ani z referencji, ani z pisma z dnia 5 stycznia 2022 r. nie wynika, aby wykonawca Remak wykonał remont kapitalny generatora. Zarówno SWZ, jak również regulacja § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy wskazują, że dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej powinny być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów może posłużyć się oświadczeniem. Tymczasem z referencji wystawionych przez TAURON Wytwarzanie S.A. nie wynika, że remont turbozespołu w Elektrowni Siersza obejmował również remont kapitalny generatora lub dotyczył jakichkolwiek prac związanych z generatorem. Wykonawca Remak nie przedstawił protokołu odbioru prac dotyczących generatora, który bez wątpienia byłby dokumentem pochodzącym od TAURON Wytwarzanie S.A. i potwierdzającym wykonanie określonych prac. Skoro wykonawca Remak takiego dokumentu nie przedstawił odwołujący ma prawo sądzić, że takie prace nie zostały zrealizowane w ramach remontu lub nie zostały zrealizowane należycie, a tym samym wykonawca Remak nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca Remak nie wykazał również, aby z przyczyn od niego niezależnych nie mógł uzyskać dokumentu potwierdzającego wykonanie prac od TAURON Wytwarzanie S.A., a dopiero wówczas aktualizuje się możliwość złożenia w tym zakresie oświadczenia. Dowodem wykonania remontu z natury rzeczy nie może być umowa na określone zamówienie, ponieważ jej treść jest sporządzana przed remontem i nie uwzględnia ona okoliczności takich jak np. zmiana/ograniczenie zakresu zamówienia, częściowe odstąpienie od umowy, wprowadzenie wykonania zastępczego itp. Niezależnie od powyższego, zdaniem odwołującego analiza dokumentów przedstawionych przez wykonawcę Remak, a dotyczących zadania referencyjnego w postaci remontu kapitalnego turbozespołu parowego ciepłowniczego 153MWe 16KC145 bloku nr 2 w Elektrowni Siersza wskazuje, że czynności, które zgodnie z umową miały dotyczyć generatora nie stanowiły jego remontu kapitalnego. Remont kapitalny to praca zmierzająca do przywrócenia obiektowi funkcjonalności pierwotnej. Wymiana lub naprawa wszystkich zużytych części. Remonty kapitalne zwykle związane są z całkowitym demontażem maszyny lub urządzenia. Zgodnie z Wielkim Słownikiem Języka Polskiego remont kapitalny to całościowa naprawa jakiejś budowli bądź jej części, drogi lub maszyny. Generator elektryczny, którego konstrukcja podobna jest do budowy silnika elektrycznego, służy do przetwarzania energii mechanicznej na elektryczną. W konsekwencji generatory zalicza się do maszyn elektrycznych. Z tego powodu w generatorach można rozróżnić dwa podstawowe rodzaje części: 1) mechaniczne, takie jak wirnik i stojan i inne, 2) elektryczne, takie jak uzwojenie wirnika oraz stojana, wzbudnice i inne. Wykonawca Remak, na dowód wykonania remontu kapitalnego generatora przedstawia wykaz prac (załącznik nr 2 do umowy na ww. remonty) przewidzianych do przeprowadzenia w trakcie remontu turbozespołu bloku nr 2 w Elektrowni Siersza. Na potwierdzenie wykonania remontu kapitalnego generatora, wykonawca Remak zaznacza następujące punkty: „3.1” (są to próby techniczne na generatorze), „7 Stojaki łożyskowe, łożyska, linia wałów” (są to prace mechaniczne na stojakach łożyskowych, nie bezpośrednio na generatorze); „14. Prace mechaniczne na generatorze” (są to prace mechaniczne na generatorze), „45. Części zamienne do remontu generatora” (są to dostawy części). W ocenie odwołującego powyższy zakres prac w żadnym wypadku nie może być interpretowany jako remont kapitalny generatora, skoro nie dotyczy on w ogóle części elektrycznej, która ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia przeznaczenia generatora, jako maszyny elektrycznej. Co więcej, prace dotyczące stojaków, łożysk i linii wałów nie dotyczą bezpośrednio generatora, a próby i dostawy części w żaden sposób nie wskazują na to, iż chodzi o remont kapitalny.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 marca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Wykonawca Remak uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie objętym zarzutami odwołania nie były pomiędzy stronami sporne. Spór dotyczył oceny wykazania przez wykonawcę Remak spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (zdolności technicznej lub zawodowej), określonego przez zamawiającego

w pkt 15.6.4 SWZ.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Jak wynika z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) referencje stanowią dowody składane przez wykonawców na potwierdzenie tego, czy (na przykład) usługi, o których mowa w opisie warunku udziału w postępowaniu, zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia w wykonaniu określonych usług wykonawca składa oświadczenie w postaci wykazu usług. Z powyższych względów nie jest wymagane, aby zakres przedmiotowy referencji był tożsamy z opisem warunku udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Mając na uwadze powyższe, zarzut odwołania, że referencje przestawione przez wykonawcę Remak nie zawierały wprost informacji o wykonaniu remontu kapitalnego generatora, Izba uznała za niezasadny.
W konsekwencji złożenia przez tego wykonawcę referencji potwierdzającej należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie usług, złożenie innego dowodu, np. w postaci protokołu odbioru, nie było konieczne. Natomiast treść oświadczenia wykonawcy Remak w postaci złożonego wykazu usług została w tym zakresie uzupełniona pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego (wykonawca potwierdził, że sporne zadanie obejmowało remont kapitalny generatora). Jeżeli zdaniem odwołującego, zawarte w wykazie usług wykonawcy Remak zadanie dotyczące remontu kapitalnego turbozespołu parowego ciepłowniczego 153MWe 16KC145 bloku nr 2 w Elektrowni Siersza nie obejmowało wykonania remontu kapitalnego generatora, to okoliczność tę odwołujący winien był udowodnić, jako strona wszczynająca postępowanie odwoławcze, zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Nieudowodniony pozostał również zarzut, że prace wykonane w ramach ww. zadania nie dotyczyły w ogóle części elektrycznej generatora, a w konsekwencji nie mogą podlegać kwalifikacji jako remont kapitalny. Odwołujący przedstawił w tym zakresie wyłącznie własną opinię, niepopartą żadnymi dowodami. W związku z tym, że ww. zarzut odnosił się do wiadomości specjalnych, ograniczenie się przez odwołującego do samej treści wykazu prac przedstawionego przez wykonawcę Remak należy uznać za dalece niewystarczające.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

7