Sygn. akt: KIO 510/22

WYROK

z dnia 18 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2022 r. przez wykonawcę Bergerat Monnoyeur Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Nowy Targ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu

przy udziale wykonawcy Cagen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu

Energetyki Cieplnej Nowy Targ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Cagen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw Cagen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboniu 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;

2.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw Cagen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboniu na rzecz odwołującego Bergerat Monnoyeur Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 510/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Nowy Targ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 4

sztuk agregatów kogeneracyjnych dla inwestycji pn.: „Modernizacja systemu ciepłowniczego MPEC Nowy Targ Sp. z o.o.” (nr ref. 03/PN/21). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 września 2021 r. pod numerem 2021/S 171-447635. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 lutego 2022 r. wykonawca Bergerat Monnoyeur Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Cagen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboniu (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu oraz zaniechania odrzuceniu oferty ww. wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności zaś:

    1.1. brak wskazania w ofercie nazwy modelu oferowanego generatora oraz nieuprawnione uzupełnienie nazwy modelu oferowanego generatora;

    1.2. brak złożenia tłumaczenia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego;

    1.3. brak jednoznacznego określenia parametrów oferowanych urządzeń;

    1.4. złożenie oferty niezgodnej z warunkami serwisowymi producenta

    1.5. brak złożenia oświadczenia producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzającego zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym, co było wymaganiem wynikającym z dokumentów zamówienia;

2. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie dysponowania odpowiednią kadrą;

3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, dokonania ponownego badania i oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w kontekście braku wskazania w ofercie Przystępującego nazwy modelu oferowanego generatora oraz nieuprawnionego uzupełnienia nazwy modelu oferowanego generatora, Odwołujący wskazał na treść ust. 9 pkt 9.1 lit. a) SWZ, z którego wynika obowiązek określenia w treści oferty modelu oferowanego generatora. Przystępujący nie określił w ofercie modelu oferowanego generatora. Brak podania w ofercie modelu generatora stanowi nieusuwalny brak oferty, ponieważ oznacza brak złożenia oświadczenia woli Odwołującego, co do tego, jaki konkretnie generator oferuje. Brak w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu - poprzez wskazanie jego modelu uniemożliwia Zamawiającemu jego identyfikację, a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. Odwołujący zaznaczył, iż niezgodność oferty z treścią SWZ może polegać nie tylko na merytorycznej niezgodności treści oferty z wymogami zakreślonymi w SWZ, lecz również na niezgodnym z SWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego. Zdaniem Odwołującego potwierdzeniem braku wskazania w treści oferty Przystępującego modelu oferowanego generatora jest treść wezwania skierowanego w dniu 13 grudnia 2021 r. przez Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że do oferty Przystępującego załączono kartę katalogową zespołu kogeneracyjnego z której jednak usunięto informację o modelu wykorzystywanego generatora. Odwołujący wskazuje, iż zespoły kogeneracyjne mogą być konfigurowane w sposób indywidualny tj. pod konkretne zamówienie. Generator

jest zaś kluczowym elementem dla prawidłowego funkcjonowania zespołu kogeneracyjnego.

Odwołujący podniósł, iż obowiązkiem wykonawcy było jednoznaczne określenie oferowanych urządzeń tj. określenia modelu. Oferta wykonawcy jest w tym zakresie niezgodna z wymaganiami SWZ. Konsekwencją przedmiotowej niezgodności jest brak możliwości przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert. Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż informacje dotyczące oferowanego modelu stanowiły treść oferty wykonawcy i nie mogły podlegać uzupełnieniu na etapie badania i oceny ofert. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji warunków zamówienia wymaganiom. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SWZ.

Odwołujący wyjaśnił także, że Zamawiający wymagał określenia modelu oferowanego generatora w przedmiotowych środkach dowodowych. Nie ma to jednak żadnego znaczenia dla oceny, iż określenie modelu generatora stanowi treść oferty i nie może podlegać uzupełnieniu. Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że Zamawiający przewidział w SWZ uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych. Ani takie postanowienie SWZ, ani przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, nie mogą być interpretowane w ten sposób, że umożliwiają zmianę lub doprecyzowanie oferty po terminie składania ofert. Odwołujący przywołał treść art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 16 ustawy Pzp, wskazując, iż z przepisów tych wynika, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i -z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym niedopuszczalne jest też określanie przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca nie sprecyzował tego przedmiotu w treści oferty. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że przewidziana przez Zamawiającego w SWZ możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych musi być odczytywana z poszanowaniem zasady niezmienności treści oferty. Oznacza to, że Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia takiego uzupełnienia środków dowodowych, które modyfikuje pierwotnie złożoną ofertę. W związku z powyższym Zamawiający nieprawidłowo uznał, że karty katalogowe mogą być uzupełnione, skoro to one określały, jakie urządzenia wykonawca oferuje. Ponadto zdaniem Odwołującego Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, a zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp może jedynie wzywać wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych (które należało złożyć wraz z ofertą). Regulacja ta nie stanowi jednak uprawnienia do poprawienia złożonego już przedmiotowego środka dowodowego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedstawił zmodyfikowaną kartę katalogową, co stanowi o niedopuszczalnym poprawieniu środka dowodowego.

Odwołujący zauważył ponadto, że model oferowanego generatora w sposób bezpośredni wpływa na sprawność elektryczną i osiąganą moc o której mowa w kryteriach oceny ofert oraz specyfikacji technicznej. Niedopuszczalne jest uzupełnianie informacji wymaganych celem oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący powołał się na pkt 19.5 SWZ określający kryterium „Sprawność elektryczna” wskazując, iż Zamawiający wymagał określenia modelu generatora oraz złożenia karty katalogowej generatora na potrzeby oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli dokumenty te służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Uzasadniając zarzut nr 1 w zakresie braku złożenia tłumaczenia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, Odwołujący wskazał na ust. 9 pkt 9.1 lit. a) SWZ określający wymóg złożenia wraz z ofertą m.in. karty katalogowej generatora. Przystępujący nie złożył wraz z ofertą przedmiotowej karty. Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia karty katalogowej oferowanego generatora. Przystępujący w odpowiedzi uzupełnił przedmiotową kartę katalogową, jednak została ona sporządza w języku angielskim. Do karty nie załączono tłumaczenia, co było wymogiem pkt 16.2 SWZ. Zdaniem Odwołującego brak przedłożenia tłumaczenia skutkuje niemożnością oceny dokumentu przez Zamawiającego, a co za tym idzie Przystępujący nie wykazał, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, a jego oferta podlega odrzuceniu. Nie jest dopuszczalne kolejne uzupełnienie dokumentu, bowiem wykonawca zaniechał złożenia dokumentu wraz z ofertę, a karta w języku angielskim została złożona na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący wskazał, iż tłumaczenie jest elementem integralnym w stosunku do samego dokumentu w języku oryginału i dzieli jego los. Powołał się na wyrok KIO 1723/21. Odwołujący podkreślił, iż analogiczne uchybienie dotyczy także innych dokumentów uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego tj.: dokumentu zatytułowanego „Maintenance Schedule", czyli programu przeglądu. Odwołujący wskazał, iż pierwotnie Przystępujący przedstawił program przeglądów z tłumaczeniem, jednak finalnie na wezwanie do uzupełnienia przedstawił jedynie wersję w jeżyku angielskim, która w zakresie merytorycznym jest odmienna od pierwotnie przedłożonej; certyfikatów złożonych w celu potwierdzenia kompetencji i uprawnień serwisantów, co powinno skutkować uznaniem braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w przedłożonej wraz z ofertą karcie katalogowej zespołu kogeneracyjnego usunięto model wykorzystywanego generatora, pozostawiając jednak cześć danych dotyczących parametrów oferowanego generatora. W karcie złożonej wraz z ofertą wskazano na moc generatora wynoszącą 1770 kVA. W wyniku niedopuszczalnego uzupełnienia, wykonawca przedłożył kartę katalogową generatora Stamford S7L1D-E4, zgodnie z którą moc generatora wynosi 1750 kVA. Zmiana ta stanowi niedopuszczalną zmianę oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił w treści odwołania fragmenty kart katalogowych, zwracając uwagę, że fragment karty katalogowej generatora Stamford S7L1D-E4 potwierdza, iż urządzenie to może być oferowane w wielu konfiguracjach. Oferta nie zawierała informacji jaki konkretnie model generatora jest oferowany. Uzupełnienie tej informacji zostało połączone ze zmianą deklarowanych w ofercie parametrów.

Uzasadniając zarzut nr 1 w zakresie braku jednoznacznego określenia parametrów urządzeń Odwołujący powołał się na ust. 9 pkt 9.1 lit. b SWZ, zawierający wymóg złożenia wraz z ofertą kart katalogowych oferowanych urządzeń z potwierdzonymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych parametrami technicznymi. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący załączył kartę katalogową jednostki kogeneracyjnej (agregatu) producenta MTU model 8V4000 GS (nr seryjny GG08V4000D1). Z uwagi na brak potwierdzenia ze strony producenta jednostki kogeneracyjnej, Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowej karty katalogowej potwierdzonej przez producenta tj. MTU. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił podpisaną kartę katalogową producenta MTU model 8V4000 GS (nr seryjny GG08V4000D1). Odwołujący wskazuje, iż mimo że karty te dotyczą tego samego produktu, o takim samym numerze seryjnym, to przedstawiają zupełnie inne parametry techniczne m.in. moc elektryczna, zużycie energii, całkowita moc termiczna itd. W ocenie Odwołującego samo uzupełnienie karty katalogowej stanowi niedopuszczalne poprawienie przedmiotowego środka dowodowego, bowiem art.

107 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza poprawy dokumentu. Odwołujący przedstawił zestawienie porównawcze kart katalogowych tego samego produktu. Zdaniem Odwołującego złożenie w toku postępowania kart katalogowych tego samego produktu przedstawiających inne parametry techniczne uniemożliwia przeprowadzenie w sposób rzetelny badania i oceny ofert. Dokumenty te nie mogą stanowić potwierdzenia spełnienia wymagań technicznych. Przedłożenie karty katalogowej o innych parametrach doprowadziło do nieuprawnionej zmiany oferty w toku postępowania. Odwołujący wskazał także, iż miało miejsce de facto złożenie oferty wariantowej, zakładającej dostawę alternatywnie jednej z dwóch wersji urządzenia. W pkt 16.12 SWZ wskazano: „Złożenie większej liczby ofert lub oferty zawierającej propozycje wariantowe spowoduje podlegać będzie odrzuceniu". Odwołujący wskazał także, że analogiczna sytuacja dotyczy programów przeglądu przedłożonych przez Przystępującego. Programy te mimo, iż dotyczą tego samego urządzenia, przedstawiają odmienne informacje, co również powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego.

Uzasadniając zarzut nr 1 w zakresie złożenia oferty niezgodnej z warunkami serwisowymi producenta, Odwołujący wskazał na ust. 5 lit. c) Specyfikacji technicznej oraz

wymóg złożenia w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego - „Harmonogramu rzeczowo-finansowego usługi serwisu", oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, iż remont pośredni zostanie wykonany zgodnie z harmonogramem przeglądów, zatwierdzonym przez Producenta jednostek kogeneracyjnych wraz z określeniem liczby motogodzin (mth) pracy każdej z jednostek odrębnie. Odwołujący wskazał na treść oświadczenia złożonego przez Przystępującego w tym przedmiocie, podnosząc, iż oświadczenie to jest niezgodne z dokumentacją serwisową producenta przedłożoną przez Przystępującego. Z książki serwisowej wprost wynika bowiem, że remont pośredni musi zostać wykonany po 21000 mth, a nie jak wskazano w oświadczeniu po 24000 mth. W celu potwierdzenia przedmiotowego twierdzenia, Odwołujący wskazał na fragment dokumentacji producenta przedłożonej przez Przystępującego, który dotyczy elementów wskazanych na wstępie w definicji przeglądów (remontów) pośrednich m.in. wymiana tłoków, korbowodów, tulei. Odwołujący zauważył, że Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, iż standardem producenta MTU jest wykonywanie remontu pośredniego po 21000 mth, natomiast opóźnienie tego remontu dopuszczalne jest w ściśle określonych przypadkach tj. w sytuacji gdy urządzenie nie było wykorzystywane w pełnym zakresie. Przystępujący wskazał, iż bazując na własnym doświadczeniu zakłada, iż Zamawiający nie będzie w pełni wykorzystywał dostarczanego urządzenia, a co za tym idzie uprawniony jest do przedstawienia w ofercie oświadczeń zakładających opóźniony termin wykonania remontów pośrednich. Działanie to nie jest zgodne z wymaganiami SWZ. Zamawiający wprost wymagał wykonania remontów pośrednich w terminach określonych przez producenta. Przedłożony „Program przeglądów" wskazuje na konieczność wykonania przeglądów po 21000 mth. Zamawiający wymagał złożenia w formularzu ofertowym oświadczenia, iż dane przedstawiane są dla 100% obciążenia wytwórczego. Działanie Przystępującego jest niezgodne z wymaganiami SWZ oraz nie jest korzystne dla Zamawiającego, bowiem w okresie realizacji umowy wykonawca ten będzie zobowiązany do przeprowadzenia mniejszej ilości remontów pośrednich. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający określił w Specyfikacji technicznej wymóg posiadania gwarancji producenta jednostki kogeneracyjnej na okres 45000 mth. Niedozwolone opóźnienie remontu pośredniego (z 21000 mth do 24000 mth) doprowadziło do sytuacji w której Przystępujący zobowiązany będzie do przeprowadzenia mniejszej ilości remontów pośrednich w toku realizacji zamówienia. Działanie to prowadzi do obniżenia kosztów, jednak jest niezgodne z SWZ oraz może rzutować na prawidłowe funkcjonowanie oferowanego rozwiązania.

Odwołujący wskazał także, iż Zamawiający wprost wymagał przedłożenia oświadczenia producenta potwierdzającego dane zawarte w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, w szczególności terminów wykonania remontów pośrednich. Przystępujący nie przedłożył przedmiotowego oświadczenia wraz z ofertą. Oświadczenie nie zostało także przedstawione w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Przystępujący wskazał jedynie, iż składanie oświadczeń przez producentów nie jest praktykowane i wystarczająca powinna być karta katalogowa. Brak przedmiotowego oświadczenia stanowi w ocenie Odwołującego o niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (pkt 16.11 lit. e) SWZ), a także wpływa na brak możliwości akceptacji działania Przystępującego polegającego na odstąpieniu od standardów producenta dotyczących terminów remontów pośrednich. Przystępujący miał możliwość kwestionowania postanowień SWZ w zakresie wymogu załączenia tego typu oświadczenia producenta na etapie składania ofert. Skoro tego nie uczynił, był zobowiązany złożyć wymagane oświadczenie, a jego brak musi być egzekwowany przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż kierowanie wniosków o wyjaśnienie czy zmianę SWZ jest obowiązkiem wykonawcy jako profesjonalisty. Przystępujący nie przedłożył oświadczenia producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzającego zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym, co było wymaganiem wynikającym z dokumentów zamówienia - pkt 16.11 lit. e) SWZ. Przystępujący nie załączył do oferty przedmiotowego oświadczenia. Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu, a w odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył oświadczenie Fogo sp. z o. o. o. Jednak Fogo sp. z o. o. nie może być uznana za producenta jednostki kogeneracyjnej, co oznacza, że Przystępujący nie uzupełnił wymaganych dokumentów, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Odwołujący wyjaśnił, że w toku postępowania zostało zadane pytanie2 dotyczące określenia definicji producenta jednostki kogeneracyjnej (Odwołujący przytoczył treść pytania i odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego). Odwołujący wskazał, iż producentem jednostki kogeneracyjnej oferowanej przez Przystępującego rozumianej jako silnik gazowy oraz generator prądu zmontowany bezpośrednio w fabryce producenta wraz z posadowieniem na wspólnej ramie, jest firma MTU, a nie firma Fogo sp. z o. o., co wynika także wprost z wyjaśnień samego wykonawcy, Przystępujący nie przedstawił żadnego oświadczenia pochodzącego od producenta MTU. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert dopuścił zastąpienie wymaganego oświadczenia producenta jednostki kogeneracyjnej, - kartą katalogową zespołu kogeneracyjnego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie jest dopuszczalne odstąpienie od wymagań SWZ na etapie badania i oceny oferty. Każdy z wykonawców zobowiązany był do przedstawienia oświadczenia producenta jednostki kogeneracyjnej, czego Przystępujący nie uczynił. Tym samym, jego oferta powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż

Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie obsługi silników gazowych kogeneracyjnych, potwierdzone stosownym certyfikatem wydanym przez producenta jednostek kogeneracyjnych. W celu wykazania spełnienia tego wymagania Przystępujący przedstawił certyfikaty wystawione przez firmę MTU, czyli producenta jednostek kogeneracyjnych. Zamawiający zaakceptował przedstawione certyfikaty. Tym samym uznał, iż to firma MTU jest producentem jednostek kogeneracyjnych, co potwierdza także, iż firma Fogo sp. z o. o. nie jest producentem tych jednostek.

Uzasadniając zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wymaganą kadrą. Wskazał na pkt 12.1 lit. d) tiret trzeci SWZ, przywołał także treść wykazu osób złożonego przez Przystępującego, treść wezwania do uzupełnienia tego wykazu skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego oraz treść uzupełnionego na wezwanie wykazu. Odwołujący podniósł, iż z treści zobowiązania podmiotu trzeciego - Biuro Handlowe Ruda sp. z o.o. sp. k. wynika, że udostępnione zostaną wykonawcy Cagen „niezbędne zasoby:

zdolność do przeprowadzania ruchu próbnego i rozruchu agregatów gazowych MTU, potwierdzona odpowiednimi certyfikatami". Z zobowiązania do udostępnienia zasobów w żaden sposób nie wynika, że podmiot trzeci zamierza udostępnić Przystępującemu 2 osoby

posiadające wymagane w warunku udziału w postępowaniu doświadczenie, a więc „2-letnie doświadczenie zawodowe w serwisowaniu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym świadectwem kwalifikacyjnym wystawionym przez Wykonawcę; ukończone szkolenie w zakresie budowy, naprawy, regulacji, serwisu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym certyfikatem lub certyfikatami wydanymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych; uprawnienia do przeprowadzenia ruchu próbnego i rozruchu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym certyfikatem lub certyfikatami wydanymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych". Z treści zobowiązania wynika jedynie, że udostępniony zasób to „zdolność do przeprowadzania ruchu próbnego i rozruchu agregatów gazowych MTU". Odwołujący wskazał także, że z zobowiązania do udostępnienia zasobów w żaden sposób nie wynika, aby podmiot trzeci dysponował koniecznym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zasobem, tj. co najmniej 2 osobami posiadającymi „2-letnie doświadczenie zawodowe w serwisowaniu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym świadectwem kwalifikacyjnym wystawionym przez Wykonawcę; ukończone szkolenie w zakresie budowy, naprawy, regulacji, serwisu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym certyfikatem lub certyfikatami wydanymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych; uprawnienia do przeprowadzenia ruchu próbnego i rozruchu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym certyfikatem lub certyfikatami wydanymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych". Z treści zobowiązania wynika jedynie, że posiadany przez podmiot trzeci zasób to „zdolność do przeprowadzania ruchu próbnego i rozruchu agregatów gazowych MTU". Odwołujący ponadto podniósł, że we wskazanym w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów zakresie nie ma mowy o serwisie silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), a jedynie o zdolności przeprowadzania ruchu próbnego i rozruchów, co stanowi jedynie część zakresu określonego w warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 123 ustawy Pzp z zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji tego zamówienia nie wynika, aby podmiot trzeci dysponował określonym przez Zamawiającego zasobem, ani też, aby udostępniał wymagany przez Zamawiającego zasób Przystępującemu. Nadto zobowiązanie obejmuje tylko część określonego w warunku udziału w postępowaniu zasobu. Przystępujący powołując się na zasób podmiotu trzeciego w złożonej ofercie, w załączniku nr 6 do SWZ - wykaz osób, wskazał, że będzie dysponował osobą pana M. J. - na zasadzie użyczenia

potencjału od Biuro Handlowe Ruda sp. z o.o. sp. k. Zatem na etapie składania ofert Przystępujący powołał się na zdolność podmiotu udostępniającego zasoby - tj. jedną osobę. Następnie, na etapie odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, Przystępujący rozszerzył zakres korzystania z potencjału podmiotu trzeciego - wskazując drugą osobę udostępnioną przez podmiot trzeci - pana P. M., pomimo, że nie powołał się na ten potencjał na etapie składania ofert. Powyższe działanie jest wprost sprzeczne z regulacją określoną w przywołanym wyżej art. 123 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, iż w świetle art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może - w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych

środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów. Odwołujący wskazał w tym zakresie na uchwałę KIO z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KD 11/20.

Odwołujący podkreślił, że w ofercie Przystępujący wskazał, w zakresie podwykonawstwa jedynie: Oświadczam, że wykonam(my) przedmiotowe zamówienie własnymi siłami/przewiduje(my) wykonanie zamówienia przy pomocy Podwykonawców (niepotrzebne skreślić). W sytuacji, gdy Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia przy pomocy Podwykonawców, wskazuje poniżej nazwy i firmy Podwykonawców: Agregaty S.A". Przystępujący nie powołał w ww. oświadczeniu okoliczności jakoby planował zlecić wykonawcy Biuro Handlowe Ruda sp. z o.o. sp. k. określone zadania w charakterze podwykonawcy. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, co obrazować ma tabela przedstawiona w odwołaniu. Odwołujący podsumował, iż Przystępujący nie przedłożył dowodu na posiadanie min. 2-letniego doświadczenia przez osoby wymienione w wykazie osób, nie udowodnił tej okoliczności stosownym świadectwem kwalifikacyjnym ani też nawet żadnym oświadczeniem. Nie ma możliwości uzupełnienia przedmiotowego braku, bowiem wykonawca uzupełniając wykaz osób zdecydował się na zastąpienie własnego zasobu (1 osoba), zasobem podmiotu trzeciego. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż Pan P. M. nie posiada uprawnień do przeprowadzenia ruchu próbnego i rozruchu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), zatem warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony także i w tym zakresie. Dalej Odwołujący zauważył, że Przystępujący na potwierdzenie kwalifikacji osób wskazanych w załączniku nr 6 do SWZ - wykaz osób - przedłożył niżej wskazane certyfikaty w języku angielskim, nie załączając ich tłumaczeń: 1. Certificate 4000S1/L (L32/33/64XX_Phase4) M. J. 2. Series 4000 gas commissioning basic certificate M. J. 3. Certificate 4000S1/L (L32/33/64XX_Phase4) P. M. 4. Certificate 4000S2/L (L32/33/64XX_Phase4) M. J. 5. Certificate 4000S2/L (L32/33/64XX_Phase4) P. M.

Powyższe przeczy zasadzie wyrażonej w art. 20 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Bezwzględny charakter tego przepisu wskazuje na konieczność sporządzenia wszystkich dokumentów w języku polskim lub załączenia tłumaczenia. Wobec powyższego przedłożone przez wykonawcę certyfikaty nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego kwalifikacje osób, na które Przystępujący powołuje się w załączniku nr 6 do SWZ, a tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z postępowania, Zamawiający w konsekwencji jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Wykonawca Cagen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboniu w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stanowisko w sprawie. Przystępujący podniósł, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego w toku postępowania nie nastąpiła zmiana oferty, a w szczególności nie doszło do sprzecznej z prawem zmiany oferty w zakresie środków dowodowych dotyczących potwierdzenia zgodności cech lub kryteriów określonych w opisie kryteriów oceny ofert. Przystępujący wskazał, że po złożeniu oferty nie wprowadzał modyfikacji ani nie zamieniał karty katalogowej generatora, wraz z ofertą został załączony prawidłowy dokument, którego treść następnie nie była przez Przystępującego zmieniana. Odwołujący wskazuje, że doszło do zmiany karty i podania alternatywnych wartości mocy generatora, tj. do złożenia przez Przystępującego oferty wariantowej, jednak powyższe nie polega na prawdzie. Faktem jest, że w ramach składania wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący przesyłając wymagane przez Zamawiającego dokumenty w dniu 26 grudnia 2021 r. omyłkowo załączył kartę katalogową generatora o odmiennych parametrach mocy, jednak powyższe nie stanowiło w żadnym wypadku zmiany oferty. Przeciwnie, Przystępujący już kolejnego dnia, tj. 27 grudnia 2021 r. zauważył swój błąd i przesłał ponownie prawidłową kartę katalogową dołączoną wcześniej do oferty wraz z pismem przewodnim wyjaśniającym zaistniałą omyłkę. W rzeczywistości zatem nigdy nie doszło do opisywanej przez Zamawiającego zmiany oferty, a podawane przez Przystępującego parametry na wszystkich etapach postępowania pozostawały bez zmian.

Przystępujący wskazał ponadto, że nie istnieje rozbieżność w zakresie specyfikacji

technicznej oferowanych jednostek wytwórczych. Odwołujący nieprawidłowo wskazuje, że oferta sporządzona przez Przystępującego nie spełnia kryterium sprawności elektrycznej z uwagi na rzekome rozbieżności w dokumentacji w zakresie oferowanej mocy jednostki. Powoływanie się w tym miejscu przez Odwołującego na rozbieżność między wskazywaną w dokumentacji moc generatora jest bez znaczenia dla możliwości osiągnięcia oferowanej przez Przystępującego mocy całej jednostki, a w rezultacie dla spełnienia kryterium sprawności elektrycznej zgodnie z wymaganiami SWZ. Przystępujący na każdym etapie postępowania konsekwentnie oferował tożsame wskaźniki mocy elektrycznej jednostki na poziomie 999 kWe jak również wskaźniki sprawności zespołu dla 100% mocy na poziomie mieszczącym się w przedziale wskazanym w SWZ z przez Zamawiającego. W ocenie Przystępującego nie doszło zatem do żadnej zmiany oferty w zakresie środków dowodowych dotyczących potwierdzenia zgodności cech lub kryteriów określonych w opisie kryteriów oceny ofert, a oferta zawierała wszystkie informacje potrzebne do jej należytego ocenienia i dokonania wyboru oferty przez Zamawiającego. Przystępujący wskazał także, że fakt późniejszego wskazania nazwy modelu przez Przystępującego również pozostaje bez wpływu dla prawidłowości przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego. Informacja ta została uzupełniona na wezwanie Zamawiającego, a jednocześnie jak zostało wskazane, nie doszło do zmiany żadnych istotnych pod względem kryteriów ocennych parametrów. Wskazanie modelu nie jest bowiem niezbędne dla możliwości oceny oferty pod kątem żadnego z kryteriów wskazanych w pkt 19.1 SWZ. Podanie nazwy modelu generatora stanowiło zatem zgodne z prawem uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych i nie wykraczało poza dyspozycję wskazaną w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kwestii tłumaczeń dokumentów dołączonych do oferty Przystępujący wskazał, że przedłożył wszystkie możliwe do przedstawienia tłumaczenia dokumentów sporządzonych w języku obcym udostępnił wszelkie możliwe do uzyskania oraz przedłożenia tłumaczenia dokumentów. Odnosząc się do karty katalogowej generatora, Przystępujący wskazał jak w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 grudnia 2021 r., iż firma Stamford nie dysponuje dokumentami w języku polskim, co uniemożliwiało jego tłumaczenia, dokument mógłby więc zostać przekazany dopiero po jego przetłumaczeniu. Podobnie w odniesieniu do dokumentu programu przeglądu wskazać należy, iż producent dokonał zmian w ww. dokumencie, a obecnie nie jest jeszcze dostępna jego wersja w języku polskim. O dokonanych zmianach oraz ich znaczeniu świadczy informacja serwisowa nr SI-2021-0068/00, która została przekazana wraz z tłumaczeniem na język polski do dokumentacji przetargowej. Przystępujący nie jest podmiotem upoważnionym do samodzielnego sporządzania i rozpowszechniania tłumaczenia w/w dokumentów, co więcej w przypadku dokonania samowolnego tłumaczenia, które w przyszłości mogłoby się okazać błędne lub nie oddające intencji producenta, Przystępujący byłby obciążony obowiązkiem odszkodowawczym związanym z ew. szkodami. Przystępujący nie może zatem ponosić negatywnych konsekwencji nieistnienia tłumaczeń dokumentów. W odniesieniu do kwestii certyfikatów serwisantów Przystępujący wskazał, że podmiot użyczający dołączył do nich pismo przewodnie zawierające ich tłumaczenie poprzez wskazanie podmiotów, których dotyczą certyfikaty oraz zakresu certyfikacji. Powyższe w ocenie Przystępującego czyni zadość obowiązkowi tłumaczenia. Niezależnie od powyższego, w ocenie Przystępującego wskazane braki w tłumaczeniach nie mogą prowadzić do odrzucenia jego oferty. Przystępujący wskazał, że wskazane przez Odwołującego dokumenty były jedynie jednymi z wielu przedłożonymi w sprawie, na podstawie całości dokumentów było zaś możliwym należyte ocenienie zgodności oferty z określonymi w SWZ dokumentami, co zaaprobował Zamawiający w toku postępowania.

Przystępujący zakwestionował także zarzuty dotyczące nienależytego określenia harmonogramu przeglądu (remontu) pośredniego. Przystępujący podniósł, iż w przypadku, kiedy Zamawiający nie będzie w pełni wykorzystywał dostarczonego urządzenia, możliwym jest wydłużenie okresu serwisowego w stosunku do okresów wskazanych w programie przeglądów. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez samego producenta, pismem z dnia 22 grudnia 2021 r. potwierdził prawdziwość informacji załączonych w informacji serwisowej nr SI-2021-0068/00 dotyczących możliwości dostosowywania przedziałów czasowych pracy komponentów agregatów gazowych oraz oświadczył, że wskazane informacje są obowiązujące. Wskazane dokumenty zostały przekazane Zamawiającemu wraz z tłumaczeniami przez Przystępującego. Przystępujący spełnił zatem ustanowiony przez Zamawiającego wymóg wykonania remontów pośrednich w terminach określonych przez producenta. Skoro producent przewiduje możliwość dostosowywania przedziałów czasowych pracy poszczególnych komponentów, Przystępujący jako podmiot profesjonalny posiadający doświadczenie w pracy jednostek prądotwórczych oraz wymogów serwisowania dla wskazanych urządzeń, podjął zatem decyzje o wydłużeniu okresu serwisowego zgodnie z przewidywanym sposobem korzystania z dostarczonych urządzeń oraz zgodnie z zaleceniami producenta/ Odnosząc się do dalszych zarzutów Przystępujący wskazał, że załączył oświadczenie producenta jednostki kogeneracyjnej dot. harmonogramu serwisu, o którym mowa w odwołaniu. Oświadczenie to zostało złożone w/w pismem z dnia 22 grudnia 2021 r. Przystępujący spełnił również obowiązek, o którym mowa w pkt. 16.11 lit. e)

SWZ poprzez złożenie na wezwanie Zamawiającego oświadczenia spółki FOGO Sp. z o. o. Podkreślił, że jednostka kogeneracyjna MTU została następnie rozszerzona poprzez dodanie dalszych komponentów przez spółkę FOGO Sp. z o. o., które wraz z jednostką kogeneracyjną tworzą tzw. zespół kogeneracyjny. Producent jednostki kogeneracyjnej nie mógł zatem wydać potrzebnego oświadczenia wskazanego w pkt. 16.11 lit. e), gdyż nie mógł potwierdzić zgodności wszystkich komponentów opisanych ofertą. Takie oświadczenie nie czyniłoby zadość wymaganiom prawnym i nie mogłoby być skuteczne. Przystępujący przekazał zatem oświadczenie FOGO Sp. z o. o., która to spółka jako producent całego zespołu mogła zaświadczyć o zgodności wszystkich danych. Jednocześnie producent jednostki kogeneracyjnej złożył oświadczenie w zakresie, za jaki sam odpowiadał. Przystępujący uczynił zatem zadość wszystkim wymaganiom Zamawiającego wyrażonym w SWZ.

Przystępujący uznał ponadto za chybiony zarzut Odwołującego w zakresie dysponowania przez Przystępującego zasobami osobowymi w zakresie realizacji przetargu. Przystępujący od samego początku zabezpieczył niezbędne zasoby osobowe, zgodnie z pkt 12 pdpkt 12.1 litera d SWZ oraz pkt 5 ppkt d Załącznika 9 do SWZ. Przystępujący wskazał, iż przez cały czas postępowania przetargowego, zarówno w wykazie osób z dnia 28 października 2021 r. oraz wykazie osób z dnia 24 stycznia 2022 r. Przystępujący wskazał dwie niezbędne osoby z uprawnieniami, których wymagał Zamawiający. Zmiana osoby świadczącej usługi w żaden sposób nie wpływała na zakres i jakość świadczeń na rzecz Zamawiającego. Należy podkreślić, iż wszystkie osoby zgłoszone w procesie pozyskiwania zamówienia dysponowały wszystkimi niezbędnymi uprawnieniami, co znalazło potwierdzenie w stosownych certyfikatach. Nadto Przystępujący zauważył, iż data wystawienia certyfikatów w jednoznaczny sposób wskazuje na posiadanie niezbędnych uprawnień przez legitymujące się nimi osoby przez ponad dwa lata. W toku całego postępowania przetargowego Przystępujący wykazał należyte zabezpieczenie zapotrzebowań technicznych Zamawiającego, zarówno jeżeli chodzi o uruchomienie przedmiotów zamówienia publicznego, jak również jego dalszego serwisowania. Powyższe było wielokrotnie

potwierdzone przez Biuro Handlowe Ruda sp. z o. o. sp. k. w postaci stosownych

zobowiązań, przedkładanych w ramach postępowania. Nigdy nie było sytuacji, w których Przystępujący nie zabezpieczył warunków określonych w SWZ oraz dokonał nieuprawnionej zmiany w swojej ofercie.

Zamawiający w dniu 3 marca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec czynności uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący i Przystępujący złożyli dalsze pisma procesowe zawierające uzupełniającą argumentację.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę Cagen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboniu i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu.

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

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

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał

dowodowy - dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z załącznikami, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym w zakresie złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba ponadto włączyła w poczet materiału dowodowego dokument złożony przez Odwołującego na rozprawie, tj. wydruk z katalogu producenta Stamford wraz z tłumaczeniem na okoliczność, iż różne moce definiują różne modele generatora.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 5 SWZ przedmiotem zamówienia jest etapowa dostawa czterech agregatów kogeneracyjnych wraz z kompletnym osprzętem instalacyjnym wraz z usługą serwisową w okresie gwarancyjnym kompletnych układów wysokosprawnej kogeneracji. Szczegółowy zakres zamówienia opisano w Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ. Określono tam m.in. szczegółowe parametry jednostki kogeneracyjnej.

Zamawiający w pkt 9.1 SWZ wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego do oferty należy dołączyć: a) Specyfikację/opis techniczny oferowanych jednostek wytwórczych dla potwierdzenia zgodności z przedmiotem zamówienia, zawierający w szczególności: moc elektryczną, moc cieplną, sprawność elektryczną, sprawność całkowitą oraz model generatora określający napięcie wyjścia, na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria określone w SWZ wraz z załącznikami; b) Karty katalogowe oferowanych przez Wykonawcę urządzeń z potwierdzonymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych parametrami technicznymi; c) Schemat jednostki kogeneracyjnej potwierdzający zgodność zakresu dostawy z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ wraz z załącznikami. Zamawiający wskazał ponadto, iż jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Ponadto wskazano, iż ww. przepisu nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z pkt 12.1 SWZ jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie Zdolności technicznej lub zawodowej było wykazanie przez wykonawcę, że dysponuje: Serwisantem - 2 osoby. Osoba na tym stanowisku musi posiadać min. 2-letnie doświadczenie zawodowe w serwisowaniu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym świadectwem kwalifikacyjnym autoryzowanym przez producenta oferowanych przez Wykonawcę jednostek kogeneracyjnych; ukończone szkolenie w zakresie budowy, naprawy, regulacji, serwisu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym certyfikatem lub certyfikatami; uprawnienia do przeprowadzenia ruchu próbnego i rozruchu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym certyfikatem lub certyfikatami. W pkt 12.3 SWZ Zamawiający wskazał, iż wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji ekonomicznej lub finansowej podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W pkt 12.10 SWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Zgodnie z pkt 13.8 SWZ Zamawiający wymagał złożenia w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz osób należało sporządzić według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ.

W pkt 14.1 SWZ wskazano, iż postępowanie prowadzone jest w języku polskim. Zgodnie z pkt 16.2 SWZ oferta powinna być: sporządzona w języku polskim. W przypadku

załączenia dokumentów sporządzonych w innym języku niż dopuszczony, wykonawca zobowiązany jest załączyć tłumaczenie na język polski. Z kolei w pkt 16.18 SWZ wskazano, iż podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zgodnie z pkt 16.11 oferta musiała zawierać m.in. przedmiotowe środki dowodowe określone w pkt.9 SWZ oraz oświadczenie Producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzające zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym.

Dotyczy zgodności danych przedstawionych w ofercie, koniecznych do potwierdzenia przez Producenta jednostki kogeneracyjnej ze stanem faktycznym. Ponadto zgodnie z pkt 6) Formularza ofertowego należało do niego załączyć Harmonogram rzeczowo-finansowy planowanych serwisów dla każdej z jednostek kogeneracyjnych, który będzie zawierał co najmniej: ilość/częstotliwość serwisów i zakresy czynności dla poszczególnych serwisów w okresie 72 miesięcy lub 45 000 mth pracy (w zależności co wystąpi najpierw) każdej z jednostek wraz z podaniem kwoty za dany serwis. W załączniku nr 9 do SWZ (Specyfikacja techniczna w pkt 5 Usługa serwisowa lit. c) wskazano, iż remont pośredni ma być wykonany zgodnie z harmonogramem przeglądów, zatwierdzonym przez Producenta jednostki kogeneracyjnej.

Zamawiający w dniu 20 września 2021 r. udzielił wyjaśnień treści SWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 2 o treści „ W SWZ punkt 16 podpunkt 16.11 e Zamawiający pisze: ‘Oświadczenie Producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzające zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym. Dotyczy zgodności danych przedstawionych w ofercie, koniecznych do potwierdzenia przez Producenta jednostki kogeneracyjnej ze stanem faktycznym.' Wnosimy o usunięcie powyższego zapisu. Producent jednostki kogeneracyjnej może co najwyżej poświadczyć zgodność danych zawartych w karcie katalogowej wyprodukowanej przez niego jednostki ze stanem faktycznym a nie całej oferty. Za stan faktyczny oferty jako całości odpowiada Wykonawca tym bardziej iż, poszczególne podzespoły układu np. wymienniki czy pompy pochodzą od innych producentów niż zestaw silnika z generatorem” Zamawiający wyjaśnił, iż podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż Producent jednostek kogeneracyjnych nie jest zobowiązany do potwierdzenia wszystkich danych zawartych w składanej ofercie, a jedynie zgodność danych dotyczących podzespołów pochodzących bezpośrednio od Producenta jednostek kogeneracyjnych, w tym zgodność danych zawartych w karcie katalogowej oferowanych jednostek kogeneracyjnych. Przez jednostkę kogeneracyjną Zamawiający rozumie silnik gazowy oraz generator prądu zmontowany bezpośrednio w fabryce producenta wraz z posadowieniem na wspólnej ramie.

Z kolei w wyjaśnieniach SWZ z dnia 7 października 2021 r., w odpowiedzi na pytanie nr

9 o treści „Specyfikacja techniczna pkt 3c - Wymagane jest potwierdzenie przez producenta jednostek kogeneracyjnych, że oferowana jednostka przy zasilaniu gazem ziemnym wysokometanowym E, będzie pracowała z mocą elektryczną podaną w karcie katalogowej i sprawnością elektryczną nie niższą niż wartość zadeklarowana przy mocy minimalnej agregatu (50%) oraz dla mocy 75% i 100 %. Prosimy o określenie, w jaki sposób ma zostać zrealizowane, wymagane przez Zamawiającego potwierdzenie.” Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby producent jednostki kogeneracyjnej potwierdził informacje zawarte w karcie katalogowej oferowanej jednostki kogeneracyjnej, które będą następnie potwierdzone testem FAT. Dodatkowo Zamawiający potwierdzi deklarowaną sprawność podczas badań jednostki przy uruchomieniu zgodnie z metodologią opisaną w odpowiedzi na pytanie nr 4.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, w tym oferta Przystępującego (najkorzystniejsza) i oferta Odwołującego (druga w rankingu oceny ofert).

Przystępujący zaoferował czas trwania Serwisu: 72 miesiące lub 45 000 mth (w zależności co wystąpi najpierw). Przystępujący w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego (Harmonogram rzeczowo - finansowy) oświadczył, że remont pośredni zostanie wykonany zgodnie z harmonogramem przeglądów, zatwierdzonym przez Producenta jednostek kogeneracyjnych po 24000 mth pracy każdej z jednostek odrębnie (za wyjątkiem sytuacji opisanej w pkt. 2). Przystępujący do oferty załączył kartę katalogową zespołu kogeneracyjnego gazowego typ FNF-999-R-1-U8V40L64F-DGLA-24, w której w pozycji dotyczącej generatora wskazano nazwę Stanford oaz moc 1770kVA, bez określenia modelu generatora. Kartę katalogową wystawiła firma FOGO Sp. z o.o. Załączono również arkusz danych technicznych jednostki kogeneracyjnej MTU 8V4000 GS, w której również nie wskazano modelu oferowanego generatora. Ponadto Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz osób (załącznik nr 6 do SWZ), w którym wskazał na stanowisko serwisanta pana M.J.

podając jako podstawę dysponowania użyczenie potencjału przez BH Ruda Sp. z o.o. Sp. k.

oraz pana A.N. podając jako podstawę dysponowania Cagen Sp. z o.o./Agregaty S.A. - Grupa FOGO. Jednocześnie załączono zobowiązanie podmiotu Biuro Handlowe Ruda Sp. z o.o. Sp. k. do oddania Przystępującemu zasobów w postaci: „zdolność do przeprowadzania ruchu próbnego i rozruchu agregatów gazowych MTU, potwierdzona odpowiednimi certyfikatami".

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia/złożenia dokumentów:

- Karty katalogowe oferowanych przez wykonawcę urządzeń z potwierdzonymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych parametrami technicznymi - Zamawiający wskazał, że złożony wraz z ofertą ww. dokument jest niekompletny, gdyż zawarte w przedmiotowym dokumencie parametry techniczne nie są potwierdzone przez producenta jednostek kogeneracyjnych. W tym celu należy uzupełnić złożoną kartę katalogową o podpis ze strony producenta jednostki kogeneracyjnej.

- Specyfikację/opis techniczny oferowanych jednostek wytwórczych dla potwierdzenia zgodności z przedmiotem zamówienia, zawierający w szczególności: moc elektryczną, moc cieplną, sprawność elektryczną, sprawność całkowitą oraz model generatora określający napięcie wyjścia, na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria określone w SWZ wraz z załącznikami. - Zamawiający wskazał, iż złożona specyfikacja zespołu kogeneracyjnego firmy FOGO typ, model FNF-999-R-1U8V40L64F-DGLA-24 nie zawiera informacji dotyczącej modelu generatora (widnieje jedynie informacja, iż producentem jest Stanford). W związku z powyższym Zamawiający wezwał o przedstawienie informacji o modelu generatora poprzez dostarczenie karty katalogowej modelu oferowanego generatora.

- Oświadczenie Producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzające zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym. Dotyczy zgodności danych przedstawionych w ofercie, koniecznych do potwierdzenia przez Producenta jednostki kogeneracyjnej ze stanem faktycznym - dokument nie został złożony wraz z ofertą, a był wskazany w pkt. 16.11 ppkt. e) SWZ jako dokument, który Wykonawca obowiązkowo skład z ofertą. Oświadczenie musi potwierdzać dane wymienione w pkt. 22 Formularza Ofertowego tj. deklarowane parametry techniczne oferowanych jednostek kogeneracyjnych oraz harmonogram rzeczowo-finansowy usługi serwisu (stanowiący załącznik nr 1 do Formularza ofertowego) i być podpisane przez Producenta jednostek kogeneracyjnych.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył kartę katalogową zespołu kogeneracyjnego firmy FOGO typ: FNF-999-R-1U8V40L64F-DGLA-24 uzupełnioną o model generatora - STAMFORD S7L1D E42 WDG 312S oraz kartę katalogową ww. generatora (kartę katalogową generatora złożono wyłącznie w języku angielskim). Przystępujący złożył także oświadczenie własne, w którym wskazał: „Na potwierdzenie danych technicznych oraz informacji zawartych w harmonogramie rzeczowo-finansowym w złożonej ofercie firmy CAGEN Sp. z o.o na dostawę agregatu prądotwórczego MTU 8V4000GS z silnikiem MTU 8V4000L64FNER zasilanego gazem naturalnym, wyprodukowanego przez MTU A ROLLS-ROYCE SOLUTION przekładamy oryginalną i podpisaną przez producenta kartę techniczną agregatu wraz z oficjalnym harmonogramem przeglądów MTU. Jednocześnie potwierdzamy, iż informacje zawarte w harmonogramie rzeczowo-finansowym usługi serwisowej tj. zakres czynności serwisowych w okresie przypisanych do nich godzin pracy jednostki, zależą od profilu obciążenia agregatu i mogą ulec zmianie tzn. ich wydłużeniu. Załączamy oficjalną informację producenta jednostek MTU, wraz z tłumaczeniem na język polski. Potwierdzamy, że zastosowany w ww. zespole prądotwórczym generator firmy Stamford model S7L1D-E42 Wdg 312S, w tym rozwiązaniu osiągnie moc elektryczną 999 kW."

Przystępujący pismem z dnia 23 grudnia 2021 r. uzupełnił swoje stanowisko, wyjaśniając, że omyłkowo została dołączona karta z innym typem silnika 8V4000L64FNER EU, który jest niezgodny z pierwotną kartą katalogową. Odwołujący złożył właściwą kartę katalogową agregatu kogeneracyjnego MTU, typ 8V4000 L64 FNER. Złożył także kartę katalogowa agregatu produkcji FOGO, typ FNF-999-R-1U8V40L64F-DGLA-21, uzupełnioną o brakujący model prądnicy. Wskazał, że oferowany agregat kogeneracyjny będzie wyposażony w prądnicę marki STAMFORD, typ S7L1D E42 WDG 312S, o napięciu wyjściowym 400V. Przesyłał oficjalną kartę techniczną prądnicy w języku angielskim. Wskazał, iż firma Stamford nie dysponuje dokumentami w języku polskim, więc dokument w języku polskim Przystępujący może przedstawić po jego uprzednim przetłumaczeniu. Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, z dnia 20.09.2021 r., udzieloną na pytanie nr 2 dotyczące SWZ punkt 16.11 e Producent jednostek kogeneracyjnych ma obowiązek potwierdzić dane zawarte w karcie katalogowej oraz wynikający z punktu 22 oferty harmonogram rzeczowo-finansowy usługi serwisu. W celu spełnienia wymagania Zamawiającego w zakresie energii cieplnej jednostki kogeneracyjnej

konieczne jest zastosowanie dodatkowego ekonomizera na spalinach, którego dobór pozostaje całkowicie w gestii producenta agregatu kogeneracyjnego (FOGO). Parametry zadeklarowane w pkt. 22 formularza ofertowego, w tym całkowita moc cieplna jednostki kogeneracyjnej, znajdą swoje potwierdzenie na deklaracji CE wystawionej przez FOGO. Na potwierdzenie informacji wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym usługi serwisu, przesyłano oficjalny harmonogram obsługi posprzedażnej „Maintenance Schedule",

numer MS50298/02E, producenta jednostki kogeneracyjnej, tj. MTU. Dokument ten opisuje

wszystkie czynności obsługowe wymagane przez Producenta w trakcie życia agregatu gazowego. Aby spełnić wymagania Zmawiającego zawarte w SWZ dołączono oświadczenie producenta agregatu kogeneracyjnego (FOGO) potwierdzające zgodność czasookresów oraz zakresów wskazanych w Załączniku nr 1 z wymaganiami producenta zawartymi w

przedmiotowym dokumencie tj. harmonogram rzeczowo-finansowy usługi serwisu. Zgodnie z aktualnymi wytycznymi producenta jednostki kogeneracyjnej MTU, w zależności od profilu obciążenia agregatu gazowego, dopuszcza się przesunięcie remontu pośredniego (QL3) o odpowiednią ilość godzin. Zgodnie z zapisami SWZ Zamawiający w pierwszym roku eksploatacji dopuszcza jednorazową weryfikację profilu obciążenia agregatu gazowego, a co za tym idzie dostosowanie harmonogramu serwisowego. Przystępujący opierając się na wieloletnim doświadczeniu w serwisowaniu agregatów prądotwórczych do wyceny serwisu wybrał średni profil obciążenia, z remontem pośrednim przypadającym na 24.000 mth. W

ocenie MTU dostarczenie oryginalnej karty katalogowej podpisanej przez przedstawiciela

producenta MTU jednoznacznie potwierdza zgodność parametrów i danych w karcie katalogowej jednostki kogeneracyjnej. Nie praktykuje się składania oświadczeń potwierdzających autentyczność oficjalnych dokumentów i kart katalogowych producenta, gdyż ich treść zawsze jest zgodna ze stanem faktycznym. Powyższe dokumenty w całości potwierdzają parametry techniczne wymagane w pkt. 22 formularza ofertowego oraz w załączniku nr 1 - harmonogramie rzeczowo-finansowym usługi serwisu.

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2022 r. wezwał Przystępującego m.in. do uzupełnienia złożonego załącznika nr 6 do SWZ stanowiącego wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - Zamawiający wskazał, iż w złożonym załączniku nie wskazano wszystkich podstaw dysponowania wymienionymi w wykazie osobami. Wskazał, iż w celu uzupełnienia należy złożyć załącznik nr 6 do SWZ podając podstawę dysponowania osobami oraz załączyć stosowne świadectwa kwalifikacyjne/certyfikaty potwierdzające kwalifikacje osób ujętych w wykazie. W odpowiedzi Przystępujący złożył uzupełniony wykaz osób, w którym wskazał pana M.J. na stanowisko serwisant/uruchomieniowiec oraz pana P.M. na stanowisko serwisant. Dla obu osób w kolumnie „Uprawnienia/kwalifikacje/doświadczenie zawodowe" wpisano „Certyfikat MTU Onsite Energy" zaś jako podstawę dysponowania użyczenie potencjału przez BH Ruda Sp. z o.o. Sp. k. Załączono także certyfikaty serwisantów, w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski.

Zamawiający w dniu 1 lutego 2022 r. wezwał Przystępującego m.in. do uzupełnienia złożonego załącznika nr 3 do SWZ stanowiącego Wzór zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia - Zamawiający wskazał, iż złożony wraz z ofertą załącznik nie potwierdza oddania do dyspozycji odpowiednich zasobów tj. zakresu czynności osób wskazanych w załączniku nr 6 do SWZ. W celu uzupełnienia należy złożyć załącznik nr 3 do SWZ potwierdzający oddanie niezbędnych zasobów do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby wykonania zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył zobowiązanie Biura Handlowego Ruda Sp. z o.o. Sp. k. do oddania zasobów w postaci: „zdolność do przeprowadzania ruchu próbnego i rozruchu agregatów gazowych MTU, przeglądów, regulacji, naprawy i serwisowania agregatów gazowych MTU, potwierdzona odpowiednimi certyfikatami."

Zamawiający w dniu 14 lutego 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż

odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wskazać należy, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba przyznała rację Odwołującemu, że uzupełnienie przez Przystępującego nazwy modelu oferowanego generatora jednostki wytwórczej po upływie terminu składania ofert, na dalszym etapie postępowania, było działaniem nieuprawnionym. Należy wskazać, że z pkt 9.1 SWZ w sposób jednoznaczny wynikał obowiązek złożenia wraz z ofertą specyfikacji (opisu) oferowanych jednostek wytwórczych, który musiał zawierać m.in. model generatora określający napięcie wyjścia. Jakkolwiek ww. dokument miał potwierdzać zgodność oferowanej jednostki wytwórczej z wymaganymi w SWZ parametrami, to jednocześnie pełnił on szczególną rolę - definiował przedmiot oferowanego świadczenia. Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający opracował wzór formularza ofertowego, w taki sposób, że nie wymagał on określenia co jest przedmiotem oferty, a informacje co do producenta, modelu, typu oferowanych urządzeń były wskazywane właśnie w załączonej do oferty specyfikacji (opisie). Tym samym omawianym dokument miał szczególnych charakter, gdyż informacje w nim zawarte konkretyzowały przedmiot dostawy, tj. oferowane jednostki wytwórcze, w tym model zastosowanego w nich generatora. Tego rodzaju informacje stanowiły istotną treść oferty, która po upływie terminu składania ofert nie mogła ulec zmianie.

Skoro oferta Przystępującego nie zawierała danych dotyczących modelu oferowanego generatora, to nie była ona zgodna z wynikającymi z SWZ wymaganiami, jako że Zamawiający w pkt 9.1 SWZ wprost wymagał wskazania modelu tego generatora. Uzupełnienie specyfikacji technicznej o wskazanie modelu generatora dopiero na wezwanie Zamawiającego prowadziło do doprecyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne na gruncie art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i wynikającej z niego zasady niezmienności treści oferty (zgodnie z ww. przepisem niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści). Brak podania modelu generatora w chwili składania oferty nie może być konwalidowany na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym ofertę Przystępującego uznać należy za niezgodną z warunkami zamówienia. Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał, aby na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą było możliwe ustalenie modelu zaoferowanego generatora pomimo nie wskazania nazwy tego modelu ani, że wskazany poziom napięcia wyjścia definiował wyłącznie jeden konkretny model generatora firmy Stamford. Podnoszone przez Przystępującego w tym zakresie twierdzenia były lakoniczne i nie zostały niczym poparte, podczas gdy Odwołujący wskazywał na możliwe różne konfiguracje tych urządzeń oraz złożył na tę okoliczność dowód w postaci wydruku z katalogu producenta Stamford. Mając na uwadze kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego Izba uznała, że Przystępującego nie odparł twierdzeń Odwołującego, iż brak wskazania modelu generatora powodował niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

W świetle powyższego bezprzedmiotowy stał się zarzut dotyczący braku złożenia przez Przystępującego tłumaczenia na język polski karty katalogowej generatora Stamford S7L1D E42 WDG 312S, złożonej na wezwanie Zamawiającego. Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, iż językiem dopuszczonym w postępowaniu zgodnie z pkt 16.2 SWZ jest język polski. Z pkt 16.2 i 16.18 SWZ wynikał bezwzględny obowiązek załączenia tłumaczenia w przypadku składania dokumentów sporządzonych w innym języku niż polski. Dotyczyło to tak oferty, jak i przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych. Złożona na wezwanie Zamawiającego karta katalogowa generatora STAMFORD S7L1D E42 WDG 312S nie zawierała tłumaczenia, a zatem Przystępujący nie tylko formalnie uchybił wymaganiom SWZ, ale i nie zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2021 r. do złożenia karty katalogowej oferowanego generatora. Słusznie tutaj wskazywał Odwołujący, że nie usprawiedliwia Przystępującego w żaden sposób okoliczność, iż producent nie dysponuje

tłumaczeniem dokumentów na język polski. Ustawa Pzp dopuszcza bowiem złożenie tłumaczenia własnego wykonawców, w każdym przypadku możliwe jest także przedstawienie tłumaczenia dokumentu dokonanego przez tłumacza przysięgłego. Powyższa uwaga tyczy się również innych dokumentów złożonych przez Przystępującego bez tłumaczenia na język polski (część dokumentacji producenta jednostki kogeneracyjnej, ale i certyfikaty serwisantów). Dokument złożony w języku obcym bez stosownego tłumaczenia co do zasady traktowany jest tak jakby w ogóle nie został złożony, chyba że Zamawiający dopuści składanie dokumentów w innym języku.

Mając na uwadze, że brak w postaci niewskazania w ofercie modelu oferowanego generatora nie mógł podlegać uzupełnieniu w toku postępowania, za niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała argumentację Odwołującego o niedopuszczalnej zmianie treści oferty w zakresie dotyczącym mocy oferowanego generatora. Izba stwierdziła, że rozbieżność co do mocy generatora ujawniła się dopiero po uzupełnieniu przez Przystępującego modelu oferowanego generatora i złożeniu karty katalogowej tego generatora. Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, iż wniosek Odwołującego o zmianie treści oferty jest w tym przypadku zbyt daleko idący, jako że z pozostałych złożonych przez Przystępującego w ramach uzupełnienia dokumentów - opisu technicznego zespołu kogeneracyjnego i karty katalogowej jednostki kogeneracyjnej MTU wynika taka sama moc generatora jak w dokumentach złożonych wraz z ofertą. Zaistniała rozbieżność co do mocy generatora wymagałaby zatem co do zasady wyjaśnienia. Zwrócić także należy uwagę na dostrzegalną w argumentacji Odwołującego niekonsekwencję, z jednej strony wskazywał on bowiem na okoliczność, że brak złożenia tłumaczenia na język polski karty katalogowej generatora jest równoznaczny w skutkach z niezłożeniem tej karty katalogowej, z drugiej zaś w oparciu o treść tej karty wywodził rozbieżności w ofercie Przystępującego i niedopuszczalną jej zmianę.

Przechodząc do dalszej oceny zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba za zasadne uznała twierdzenia Odwołującego o niezgodności oferty Przystępującego z wynikającym ze specyfikacji technicznej wymaganiem, iż remont pośredni ma być

wykonany zgodnie z harmonogramem zatwierdzonym przez producenta jednostki kogeneracyjnej, jak i z wynikającym z pkt 16.11 SWZ wymaganiem załączenia do oferty oświadczenia Producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzającego zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym.

Izba ustaliła, iż złożone przez Przystępującego oświadczenie o wykonaniu remontu pośredniego po 24 000 mth nie znajduje odzwierciedlenia w złożonej przez Przystępującego dokumentacji serwisowej i nie zostało potwierdzone przez producenta jednostki kogeneracyjnej, jak było to wymagane w SWZ. Izba stwierdziła, że Przystępujący sam przyznał, że standardem producenta jest wykonanie remontu po 21 000mth. Jednocześnie jednak Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że wydłużenie okresu przeglądu do 24 000 mth zostało zatwierdzone przez producenta jednostki kogeneracyjnej i że jest ono uzasadnione na gruncie przedmiotowego zamówienia.

Podkreślić należy, że zgodnie z pkt 16.11 SWZ Zamawiający wymagał załączenia do oferty oświadczenia producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzającego zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym. Na gruncie udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień SWZ pojęcie jednostki kogeneracyjnej nie powinno budzić wątpliwości wykonawców, gdyż Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców wprost wskazał, że przez jednostkę kogeneracyjną rozumie silnik gazowy oraz generator prądu zmontowany bezpośrednio w fabryce producenta wraz z posadowieniem na wspólnej ramie. Przystępujący zaoferował jednostkę kogeneracyjną producenta MTU, to zatem złożenia oświadczenia tego podmiotu Zamawiający wymagał w świetle SWZ. Przystępujący oświadczenia producenta jednostki kogeneracyjnej wraz z ofertą w ogóle nie złożył. Zwrócić należy uwagę, że w skierowanym do Przystępującego w dniu 13 grudnia 2021 r. wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wprost wskazał, iż należy złożyć oświadczenie producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzające zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym należy złożyć oświadczenie producenta jednostek kogeneracyjnych. Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że oświadczenie to musi potwierdzać dane wymienione w pkt. 22 Formularza ofertowego tj. deklarowane parametry techniczne oferowanych jednostek kogeneracyjnych oraz harmonogram rzeczowo-finansowy usługi serwisu (stanowiący załącznik nr 1 do Formularza ofertowego) i być podpisane przez producenta jednostek kogeneracyjnych. W świetle powyższego jasnym było jaki dokument należy przedstawić, Zamawiający określił to jednoznacznie. Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie również nie złożył oświadczenia pochodzącego od producenta jednostki kogeneracyjnej, tym samym nie uczynił on zadość wynikającym z SWZ wymaganiom, a jego oferta nie odpowiadała warunkom zamówienia i jako taka podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby podnoszona przez Przystępującego w złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach okoliczność, że składanie tego rodzaju oświadczeń przez producenta nie jest praktykowane, nie usprawiedliwia braku złożenia przez Przystępującego dokumentu wprost wymaganego w SWZ, w sytuacji kiedy Przystępujący wymogu tego nie kwestionował na etapie składania ofert. Z treści SWZ w sposób klarowny wynikało, że dla Zamawiającego nie było wystarczające złożenie kart katalogowych oferowanych przez wykonawcę urządzeń z potwierdzonymi przez producenta jednostek kogeneracyjnych parametrami technicznymi, ale wymagane było także oświadczenie Producenta jednostek kogeneracyjnych, potwierdzające zgodność danych zawartych w składanej ofercie ze stanem faktycznym. Jeśli Przystępujący uważał, że producent nie mógł wydać oświadczenia potwierdzającego deklarowane parametry i harmonogram rzeczowo - finansowy usługi serwisu, to winien tę okoliczność zasygnalizować zamawiającemu na wcześniejszym etapie postępowania, ewentualnie powinien upewnić się czy za wystarczające Zamawiający uzna oświadczenie złożone przez podmiot konfigurujący cały zespół kogeneracyjny, a nie producenta jednostki kogeneracyjnej.

Powyższe ma istotne znaczenie w szczególności w kwestii dotyczącej deklarowanego przez wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego usługi serwisu. Bez jego zatwierdzenia przez producenta jednostki kogeneracyjnej, Zamawiający nie ma pewności czy przyjęty przez wykonawcę harmonogram jest zgodny z warunkami serwisowymi urządzeń ustalonymi przez producenta. Podkreślić należy, że jak wynika z wyjaśnień Przystępującego to on, samodzielnie, opierając się na własnym wieloletnim doświadczeniu w serwisowaniu agregatów prądotwórczych do wyceny serwisu wybrał średni profil obciążenia, z remontem pośrednim przypadającym na 24.000 mth. Jednak ze złożonych przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentów nie wynika, aby producent jednostki kogeneracyjnej MTU zatwierdził taką częstotliwość remontów pośrednich, wręcz przeciwnie - z przedstawionej dokumentacji producenta wynika, że częstotliwość ta została przez producenta określona na poziomie 21 000 mth. Tym samym po pierwsze pomiędzy dokumentacją producenta jednostki kogeneracyjnej a oświadczeniem Przystępującego złożonym w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego (HRF) zachodzi rozbieżność, a po drugie deklaracja złożona przez Przystępującego nie została potwierdzona wymaganym

w świetle SWZ oświadczeniem producenta jednostki kogeneracyjnej MTU. W tym stanie rzeczy oferta Przystępującego nie może być uznana za odpowiadającą warunkom zamówienia. Dodatkowo Izba wskazuje, że program przeglądów („Maintenance Schedule") złożony przez Przystępującego w ramach uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego, mający potwierdzać prawidłowość przejętej częstotliwości remontów, został złożony bez wymaganego w świetle SWZ tłumaczenia na język polski. Co prawda Przystępujący wcześniej złożył już polską wersję językową programu przeglądów, niemniej, jak sam przyznał, producent dokonał zmian tego programu i to anglojęzyczna wersja dokumentu była wersją aktualną, a wersją polskojęzyczną Przystępujący nie dysponował.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp za zasadny.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, że za niezasadne uznała twierdzenia Odwołującego o rozbieżności w parametrach wynikających ze złożonych przez Przystępującego kart katalogowych jednostki kogeneracyjnej. Jak wyjaśnił Przystępujący, w tym zakresie doszło po jego stronie do omyłki przy składaniu dokumentów i Przystępujący niezwłocznie złożył potwierdzoną przez producenta kartę katalogową załączoną do oferty. Powyższe potwierdza dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia (pismo Przystępującego z dnia 23 grudnia 2021 r.). Odwołujący okoliczność tę w swoim wywodzi całkowicie pominął.

W ocenie Izby potwierdził się także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią kadrą.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Na potrzeby rozstrzyganej sprawy wskazać ponadto należy, iż w myśl art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W tym celu, zgodnie z ust. 3 ww. przepisu, wykonawca składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego

zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Ponadto art. 123 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca nie może, po upływie terminu składania

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Izba ustaliła, iż w oświadczeniu firmy Biuro Handlowe Ruda Sp. z o.o. Sp. k. o udostępnieniu zasobów załączonym do oferty Przystępującego, zakres udostępnianych zasobów sformułowano bardzo ogólnie, w sposób który nie odpowiadał w pełni warunkowi udziału w postępowaniu w pełnym zakresie (na co na dalszym etapie postępowania Zamawiający zwrócił uwagę Przystępującemu). Zasoby te określono jako zdolność do przeprowadzania ruchu próbnego i rozruchu agregatów. Zakres udostępnienia zasobów został doprecyzowany przez załączony przez Przystępującego do oferty wykaz osób, z którego wynikało, że wykonawca zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w odniesieniu do jednego z dwóch wymaganych w świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 12.1 SWZ serwisantów - pana M.J. Co do drugiego z serwisantów Przystępujący wskazał jako podstawę dysponowania Cagen/Agregaty/Grupa Fogo, czyli de facto zasoby własne (Przystępujący nie złożył oświadczenia inne podmiotu trzeciego niż Biuro Handlowe Ruda). Tym samym Przystępujący w dokumentach złożonych wraz z ofertą skonkretyzował zakres, w jakim zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego ograniczając go do jednego serwisanta, a w zakresie drugiego serwisanta zamierzał realizować zamówienie z użyciem własnych zasobów (pan A.N.). Niemniej następnie na skutek wezwania do uzupełnienia wykazu osób skierowanego do niego przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący złożył uzupełniony wykaz osób, w którym osobę pana A.N., którym dysponował Przystępujący, zastąpił osobą pana P.M., wskazując jako podstawę dysponowania zasoby podmiotu trzeciego - Biuro Handlowe Ruda Sp. z o.o. Sp. k. Przystępujący rozszerzył zatem zakres korzystania z zasobów podmiotu trzeciego ponad wynikający z dokumentów złożonych wraz z ofertą, a w świetle art. 123 ustawy Pzp było to działanie niedopuszczalne.

Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie. Podkreślić w tym miejscu należy, że to wykonawca - jako podmiot profesjonalny - ponosi odpowiedzialność za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i ustawy Pzp złożenie wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność. Jeżeli w oświadczeniu podmiotu trzeciego nie opisano w sposób dostateczny zakresu udostępnianych przez podmiot trzeci zasobów (do tego zakres ten opisano tak, że nie odpowiadał on w pełni warunkowi udziału w postępowaniu, na co słusznie zwrócono uwagę w odwołaniu), a jednocześnie Przystępujący sam w innym dokumencie złożonym wraz z ofertą (wykaz osób) ograniczył zakres polegania na tych zasobach do jednego serwisanta, to jego obciążają konsekwencje, jakie wiążą się z wynikającą z dokumentów załączonych do oferty deklaracją korzystania z zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie jednego, a nie dwóch serwisantów. Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów. Z art. 123 ustawy Pzp wprost wynika, że wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach tych podmiotów. W konsekwencji uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego (wykazu osób) na wezwanie Zamawiającego z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania dwoma wymaganymi serwisantami.

Niezależnie od powyższego, słusznie Odwołujący zwracał uwagę na szereg innych nieprawidłowości dotyczących spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. W szczególności zgodnie z pkt 12.1 lit. d SWZ osoby wskazane w wykazie osób powinny posiadać min. 2-letnie doświadczenie zawodowe w serwisowaniu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym świadectwem kwalifikacyjnym autoryzowanym przez producenta oferowanych przez wykonawcę jednostek kogeneracyjnych. Przystępujący nie tylko nie opisał w wykazie osób posiadanego przez deklarowane osoby doświadczenia, ale nie załączył także wymaganych świadectw kwalifikacyjnych autoryzowanych przez producenta jednostek, mimo że

obowiązek ich złożenia wynikał wprost z SWZ i wskazano na niego także w treści wezwania skierowanego do wykonawcy dnia 12.01.2022 r. W tym miejscu należy wyjaśnić, że czym innym jest wynikający z treści warunku obowiązek posiadania przez serwisantów dwuletniego doświadczenia potwierdzonego świadectwem kwalifikacyjnym autoryzowanym przez producenta, a czym innym posiadanie przez niech uprawnień do przeprowadzenia ruchu próbnego i rozruchu silników gazowych kogeneracyjnych (paliwo gazowe), potwierdzone stosownym certyfikatem. Sam fakt posiadania określonych uprawnień przez daną osobę nie jest równoznaczny z posiadaniem przez tę osobę dwuletniego, praktycznego doświadczenia w serwisowaniu silników gazowych kogeneracyjnych. Zamawiający wymagał różnych podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie doświadczenia i na potwierdzenie posiadania uprawnień. Przystępujący nie załączył dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe (jedynie dokumenty potwierdzające uprawnienia i odbycie szkoleń), a w treści wykazu doświadczenia serwisantów nawet nie opisał posiadanego przez serwisantów doświadczenia.

Ponadto Przystępujący przedstawił certyfikaty mające potwierdzać uprawnienia serwisantów bez tłumaczenia na język polski, podczas gdy w ich treści znajdowały się informacje potwierdzające zakres posiadanych uprawnień czy odbytych szkoleń. Sam Przystępujący podczas rozprawy wskazał, że certyfikaty złożone przez Przystępującego zawierają programy szkoleń wskazujące na uprawnienia dedykowanych do realizacji zamówienia osób, pominął jednak okoliczność, że zgodnie z pkt 16.18 SWZ wszystkie podmiotowe środki dowodowe sporządzone w języku obcym miały zostać przekazane wraz z tłumaczeniem na język polski. Wbrew stanowisku Przystępującego nie czyniło zadość powyższemu obowiązkowi złożenie pisma przewodniego firmy Biuro Handlowe Ruda - pismo to zawiera jedynie oświadczenie ww. podmiotu, że składa certyfikaty potwierdzające kwalifikacje osób wskazanych w wykazie osób i poza wylistowaniem tych certyfikatów nie zawiera ich tłumaczenia. Przystępujący nie wypełnił zatem wskazanego w SWZ oraz w skierowanym do niego przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwaniu, wymagania potwierdzenia posiadania uprawnień i odbycia szkoleń stosownymi certyfikatami, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ brak złożenia tłumaczenia dokumentów uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie weryfikacji, czy wskazane osoby posiadają uprawnienia i kwalifikacje wymagane w treści warunku.

Ponadto Izba wskazuje, iż na podstawie art. 541 ustawy Pzp oddaliła wniosek dowodowy Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, stwierdzając, że fakty istotne dla rozstrzygnięcia wynikają z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego. Izba miała na uwadze, że przedmiotowy wniosek dowodowy został powołany na okoliczność posiadania wymaganego doświadczenia przez serwisantów wskazanych przez Przystępującego w wykazie osób. Niemniej okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazuje się poprzez złożenie określonych w SWZ podmiotowych środków dowodowych, których złożenie i ocena następuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W postępowaniu odwoławczym Izba weryfikuje jedynie zgodność z przepisami ustawy Pzp dokonanej przez Zamawiającego na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie bada czy wykonawca może spełniać te warunki w oparciu o inne, niezłożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia dowody. W konsekwencji nie mogą wpływać na rozstrzygnięcie Izby w ani dokumenty składane na

potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopiero na etapie postępowania odwoławczego, ani innego rodzaju dowody, jak wnioskowany przez Przystępującego dowód z zeznań świadka. Okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia wynikają z oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na podstawie zaś dokumentów złożonych przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, uznanie przez Zamawiającego, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, w ocenie Izby nie było prawidłowe. W konsekwencji za zasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wobec czego nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b

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), zasądzając od wnoszącego sprzeciw Przystępującego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej wysokości 18 600 zł.

Przewodniczący: .....