

**WYROK**

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Piotr Kozłowski

Małgorzata Matecka

**Protokolant:** Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Inrol-Energomontaż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz "FEROX-ENERGY-SYSTEMS" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców ELEMONT Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu oraz TEDOM Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 794 zł 30 gr (słownie: cztery tysiące siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote trzydzieści groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 1 126,30 zł oraz opłat skarbowych w kwocie 68 zł.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodnicząca:**.....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych oraz przeprowadzenie usługi serwisu dla inwestycji pn. Budowa modułu silników gazowych do skojarzonego wytwarzania energii elektrycznej i ciepła*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 147-468220.

W dniu 25 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Inrol-Energomontaż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz "FEROX-ENERGY-SYSTEMS" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b i art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ELEMONT Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu oraz TEDOM Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, dalej „Konsorcjum”, pomimo iż oferta ta w zakresie wymaganych parametrów gwarantowanych odnoszących się do przedmiotu zamówienia nie spełnia warunków

Zamawiającego określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, a tym samym bezpodstawnemu przyjęciu, iż oferta tego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadania doświadczenia w serwisowaniu układu wysokosprawnej kogeneracji składającego się z silników gazowych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i mocy cieplnej nie mniejszej niż 3MW (warunku z pkt 11 ppkt 1 ppkt 1.1. ppkt 1 lit B SWZ) oraz warunku z pkt 11 ppkt 1 ppkt 1.2. ppkt 2 w zakresie dysponowania serwisantem z doświadczeniem wpisanym w tym pkt SWZ;

3.art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy Pzp przez brak wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia oferty tego wykonawcy i bezpodstawnym uznaniu, iż w stosunku do tego wykonawcy zachodzą przesłanki procedury „self-cleaning”, wobec braku ujawnienia informacji w tym zakresie w dokumencie JEDZ przez tego wykonawcę i utajnieniu dokumentu „Wyjaśnienia dodatkowe”.

4.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu będące wynikiem ww. naruszeń, tj. braku odrzucenia oferty Konsorcjum, względnie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, co spowodowało bezpodstawnym wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b lub art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, względnie wykluczenia z postępowania tego wykonawcy oraz odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy Pzp jego oferty, ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELEMONT Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu oraz TEDOM Polan Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, dalej także „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 3 oraz oddalenie odwołania.

Pismo procesowe złożył również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.**

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, ofertę Przystępującego, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 kwietnia 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Izba oddaliła wnioski Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 3 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego z uchybieniem terminu. Dla uzasadnienia tego wniosku wskazano, że wobec jednoznacznie wyrażonego w dniu 15 lutego 2024 r. stanowiska Zamawiającego w przedmiocie odmowy udostępniania m.in. załącznika do JEDZ Przystępującego, Odwołujący miał prawo wnieść odwołanie, czego zaniechał. Tym samym zarzucanie Zamawiającemu, że nie odtajnił załącznika do JEDZ jest zarzutem zgłoszonym po upływie przewidzianego ustawą terminu.

Izba uznała, iż zarzut nr 3 odwołania dotyczy *de facto* zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania. Odwołujący podnosił zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego wobec bezpodstawnego uznania, iż w stosunku do wykonawcy zachodzą przesłanki procedury „self-cleaning”. Dla oceny skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej znaczenie ma ustalenie momentu, od którego należy liczyć termin na wniesienie odwołania, a nie analiza argumentów prezentowanych dla wykazania niezgodności czynności Zamawiającego z przepisami ustawy Prawo

zamówień publicznych. Ponieważ Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy Pzp, czyli naruszenia w szczególności przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy, termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia przekazania informacji wykonawcy o wyborze oferty najkorzystniejszej, co w niniejszej sprawie miało miejsce w dniu 14 marca 2024 r.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Zgodnie z przepisami stanowiącymi podstawę odwołania:

Art. 18 ust. 3 Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Art. 109 ust. 1 pkt 5 Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Art. 110 ust. 2 Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 239: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu, Izba ustaliła, co następuje. Zgodnie z pkt 3 programu funkcjonalno-użytkowego, dalej „PFU”, *Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa źródła energii elektrycznej i ciepła opartego na układzie kogeneracyjnym o mocy poniżej 19,99 MW zawartej w paliwie (bezwzględna moc zawarta w paliwie nie może przekroczyć 19,99 MW), składającego się z dwóch jednakowych wysokosprawnych jednostek wytwórczych, w których jednostkami napędowymi będą silniki tłokowe spalinowe, zasilane gazem ziemnym typ E (GZ50).*

Stosownie do pkt 4 PFUISG winien się składać z dwóch jednakowych jednostek wytwórczych o parametrach minimalnych zgodnych z poniższą tabelą pt.: „Podstawowe wielkości i wymagane parametry”.

<b>Tabela 1</b>	<b>Nazwa</b>	<b>Jednostka</b>	<b>Wymagane parametry</b>
<b>Podstawowe wielkości i wymagane parametry</b>			
Lp.			
1.	<b>Ilość jednostek wytwórczych</b>	szt.	2 (identyczne)
2.	<b>Sumaryczna ilość energii chemicznej w paliwie wprowadzona do ISG w jednostce czasu</b> przy jej nominalnym (maksymalnym) obciążeniu określona w oparciu o licznik gazowy na wejściu do <b>ISG</b> i wartość opałową.	[MW]	(identyczne) < 19,99
3.	<b>Moc elektryczna ISG Pei</b> - Sumaryczna znamionowa moc elektryczna dla <b>ISG</b> (suma mocy elektrycznej mierzona przez układy pomiarowe zainstalowane na zaciskach generatorów) przy obciążeniu nominalnym.	[MWe]	> 8,0
4.	<b>Moc cieplna ISG Pci</b> - Sumaryczna znamionowa moc cieplna netto mierzona na wyjściu z <b>ISG</b> / wejściu do sieci ciepłowniczej (w punkcie zdawczo-odbiorczym ciepła) - pomiar na liczniku energii cieplnej przy obciążeniu nominalnym.	[MWt]	> 8,0
5.	<b>Sprawność elektryczna brutto ISG <math>\eta_e</math></b> - określona jako stosunek sumy energii elektrycznej mierzonej przez układy pomiarowe zainstalowane na zaciskach generatorów do energii chemicznej paliwa gazowego określonej w oparciu o licznik gazowy na wejściu do <b>ISG</b> i wartość opałową przy obciążeniu nominalnym.	[%]	>40
6.	<b>Sprawność cieplna ISG <math>\eta_c</math></b> - określona jako stosunek ciepła mierzonego przez układy pomiarowe zainstalowane na wyjściu do sieci ciepłowniczej do energii chemicznej paliwa gazowego określonej w oparciu o licznik gazowy na wejściu do <b>ISG</b> i wartość opałową przy obciążeniu nominalnym.**	[%]	>40
7.	<b>Sprawność całkowita brutto ISG</b> określona jako stosunek sumy energii cieplnej mierzonej przez licznik energii cieplnej na wyjściu z <b>ISG</b> / wejściu do sieci ciepłowniczej (w punkcie zdawczo-odbiorczym ciepła) i liczników energii elektrycznej zainstalowanych na zaciskach generatorów do energii chemicznej paliwa gazowego określonej w oparciu o licznik gazowy na wejściu do <b>ISG</b> i wartość opałową w zakresie 75% - 100% obciążenia.	[%]	> 83
8.	<b>Dyspozycyjność pojedynczego agregatu kogeneracyjnego</b> (okres rozliczeniowy - w skali 12 miesięcy liczony od daty przyjęcia do eksploatacji <b>ISG</b> )***	h/rok	> 7999
9.	<b>Zakres pracy każdego agregatu kogeneracyjnego</b>	%	50 - 100
10.	<b>Zużycie oleju dla 2 agregatów</b> liczone dla każdej godziny pracy łącznie z wymianą	l/h	< 4
11.	<b>Emisja tlenków azotu NOx</b> przy 15% O2	mg/Nm3	<98
12.	<b>Emisja dwu tlenku węgla CO2</b> (w odniesieniu do energii elektrycznej + ciepło)	g/kWh	<235
13.	<b>Poziom ciśnienia akustycznego na zewnątrz ISG</b> mierzony na granicy inwestycji (na ogrodzeniu), z każdej strony źródła hałasu, dla <b>ISG</b> pracującej z pełną mocą i brakiem odbioru ciepła do sieci ciepłowniczej.	dB	< 40 – od strony terenów mieszkaniowych < 45 dla pozostałych terenów
14.	<b>Okres gwarancji</b>	m-c	24

Jak stanowi pkt 20.2.3 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”,

Izba ustaliła, że Zamawiający odniósł się do kwestii wyliczenia mocy w paliwie w turze pytań nr I z dnia 10 sierpnia

2023 r., jak poniżej:

*Pytanie nr 8:*

*Sposób obliczenia mocy w paliwie wg. PFU oraz formularza ofertowego jest trochę inny, proszę o informację czy Zamawiający dopuści, że w formularzu obliczeniowym wartość mocy w paliwie przekroczy 20 MW jeśli w praktyce wartość ta będzie mniejsza?*

*Uzasadnienie: Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć o jaki dokładnie poziom degradacji ulegną poszczególne wartości, dodatkowo w przypadku większego zużycia gazu otrzymamy więcej spalin co ma zasadniczy wpływ na sprawność cieplną. W przypadku osiągnięcia wyższej sprawności elektrycznej niż zadeklarowana otrzymamy mniej ciepła co spowoduje ewentualne naliczenie kar. Sugerujemy możliwość osiągnięcia większej wartości mocy w gazie w formularzu ofertowym do 20,25 MW lub zmianę kar i zastąpienie kary za niedotrzymanie sprawności cieplnej na sprawność ogólną.*

*Odpowiedź na pytanie nr 8:*

*Zamawiający nie dopuszcza mocy w paliwie większej niż 19,99 MW. Na potrzeby analizy ofert moc będzie wyliczana zgodnie z podanym wzorem w Formularzu obliczeniowym, a dla potwierdzenia wartości gwarantowanych zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 4 PFU. Wykonawca tak określi moc aby spełnione były oba przypadki. Wykonawca ma swobodę w określeniu mocy cieplnej i elektrycznej i sprawności w każdym z przedziałów pracy 8000 h i mogą być one różne w każdym przedziale. Wykonawca powinien tak określić moce i sprawności aby mógł je zagwarantować w każdym okresie pracy.*

*Pytanie 10:*

*Proszę o korektę obliczenia mocy w gazie we wzorze kryterialnym. Moc w gazie powinna być liczona jako stosunek mocy elektrycznej i sprawności elektrycznej czyli:  $C38 = C4 / C6$ , a u Państwa jest uzależniona od mocy elektrycznej, cieplnej oraz sprawności całkowitej. W kolejnych latach eksploatacji ze względu na degradację silnika, ISG będzie musiał pracować w kolejnych latach z mniejszym obciążeniem. (spada sprawność elektryczna).*

*Odpowiedź na pytanie nr 10:*

*W każdym okresie pracy moc w gazie nie może przekroczyć 19,99 MW. Wykonawca ma swobodę określania mocy elektrycznej, cieplnej i sprawności w każdym okresie więc musi tak określić te parametry aby był spełniony warunek nadrzędny o dopuszczalnej mocy w gazie w każdym okresie pracy.*

*Zamawiający wymagał od wykonawców podania, w załączniku nr 2.1 do SWZ- Formularz obliczeniowy, mocy w wierszu 10 „sumaryczna ilość energii chemicznej w paliwie wprowadzona do ISG w jednostce czasu”.*

*Zamawiający dodatkowo w arkuszu obliczeniowym dokonywał sprawdzenia tej wielkości w wierszu 38 „Moc w paliwie wprowadzona do instalacji silników gazowych – Qi”, gdzie w komórkach tego wiersza zaszyta była formuła sprawdzająca, zgodna ze wzorem podanym w SWZ.*

*W ofercie Przystępującego w wierszu 10 arkusza obliczeniowego (załączonego do oferty) zadeklarowano moc w paliwie w wysokości 19,98 MW. W sprawdzeniu zadeklarowanej wielkości w wierszu 38 arkusza obliczeniowego wartość ta w żadnej kolumnie wynosi 19,98 MW.*

*Zamawiający pismem z dnia 7 lutego 2024 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty poprzez ustosunkowanie się do argumentów innego wykonawcy, a dotyczących zaoferowanej przez Przystępującego mocy w paliwie.*

*Pismem z dnia 12 lutego 2024 r. Przystępujący wskazał, że Zgodnie z wzorem Zamawiającego moc w paliwie stanowi sumę mocy cieplnej (komórka C4) z mocą elektryczną (komórka C5), podzieloną przez sumę sprawności elektrycznej (komórka C6) z sprawnością cieplną (komórka C7), przemnożona całość razy 100. Stosownie do tego wzoru Wykonawca miał zaoferować moc w paliwie <19,99 MW, która w ofercie Elemont wynosi 19,98 MW w każdym przedziale czasu pracy od 8.000 do 96.000 h (...)*

*Zaoferowane moce w paliwie zostały dodatkowo automatycznie przeliczone przez formularz obliczeniowy Zamawiającego, a wyniki tych obliczeń potwierdzają poprawność zaoferowanych danych (...)*

*Jak widać powyżej, zaoferowana przez Wykonawcę moc w paliwie oraz wyliczona przez formularz obliczeniowy moc – zgodnie ze wzorem narzuconym przez Wykonawcę – jasno potwierdzają poprawność danych względem wymogów PFU i dotrzymanie wymaganej mocy w paliwie <19,99 MW, we wszystkich czasookresach od 8.000 godzin do 96.000 godzin pracy agregatów kogeneracyjnych (...)*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b i art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż oferta ta w zakresie wymaganych parametrów gwarantowanych odnoszących się do przedmiotu zamówienia nie spełnia warunków SWZ. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie spełnia wymogu określonego w pkt 3 PFU, w myśl którego moc w paliwie na układzie kogeneracyjnym nie może przekraczać 19,99 MW. Odwołujący wskazywał, że gwarantowana moc w paliwie winna być oceniana z uwzględnieniem definicji zawartych w Tabeli 1 z PFU (konkretnie, że stanowi iloraz wartości z wiersza 3 z Tabeli 1 do wartości z wiersza 5 Tabeli 1), czyli jako iloraz mocy elektrycznej do sprawności elektrycznej.

Z powyższym nie sposób się zgodzić.

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez 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.

Treść warunków zamówienia to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa źródła energii elektrycznej i ciepła opartego na układzie kogeneracyjnym o mocy poniżej 19,99 MW zawartej w paliwie, składającego się z dwóch jednakowych wysokosprawnych jednostek wytwórczych – silników tłokowych spalinowych zasilanych gazem ziemnym GZ50 oraz usługa serwisu agregatów kogeneracyjnych w okresie do 96 000 godzin pracy tych agregatów.

Zgodnie z art. 3 pkt 33 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 266 ze zm.) kogeneracja oznacza równoczesne wytwarzanie ciepła i energii elektrycznej lub mechanicznej w trakcie tego samego procesu technologicznego.

Celem Zamawiającego jest więc stworzenie instalacji, która będzie jednocześnie produkowała tak energię elektryczną, jak i ciepło. Dlatego też w pkt 20.2.3 SWZ, w ramach podkryterium oceny ofert pn. Sposób obliczania kosztów zużycia gazu, Zamawiający określił sposób obliczania mocy w paliwie wprowadzonej do instalacji silników gazowych w roku „i” [MW] podając dla niej szczegółowy wzór do obliczeń. Wzór ten oblicza wartość ww. parametru na podstawie zarówno mocy elektrycznej, jak i mocy cieplnej. Odnosi się zatem do obu parametrów charakteryzujących przedmiot zamówienia.

Niezrozumiałe są więc twierdzenia Odwołującego jakoby moc zawartą w paliwie ograniczyć do mocy elektrycznej, pomijając moc cieplną. Tym bardziej, że jak słusznie zauważył Przystępujący, pkt 3 PFU referuje do jednostki miary niezależnej od rodzaju mocy (cieplnej i elektrycznej), czyli megawata [MW]. Zamawiający posługuje się również megawatami [MW] w przypadku wzoru na obliczenie mocy cieplnej wskazanego w pkt 20.2.3 SWZ. Podobnie w opisie w podkryterium oceny ofert z pkt 20.2.3 SWZ, gdzie dla opisu wartości mocy w paliwie Zamawiający także używa jednostki zunifikowanej dla obu rodzajów mocy (cieplnej i elektrycznej), czyli megawata [MW]. Natomiast w Tabeli 1 PFU Zamawiający pisząc o mocy elektrycznej (wiersz 3 Tabeli 1), używa jednostki w postaci megawata elektrycznego ([MW<sub>e</sub>]), a pisząc o mocy cieplnej (wiersz 4 Tabeli 1), używa jednostki w postaci megawata cieplnego ([MW<sub>t</sub>]). Powyższe potwierdza, że moc w paliwie dla całego układu kogeneracji jest obliczana nie tylko na podstawie wartości mocy elektrycznej, ale także z uwzględnieniem wartości mocy cieplnej.

Rację należy przyznać Przystępującym, że zarówno wyprowadzanie wzoru na obliczenie parametru mocy zawartej w paliwie jedynie z definicji sprawności cieplnej brutto ISG (wiersz 6 Tabeli 1), jak i wyprowadzanie wzoru na obliczenie parametru mocy zawartej w paliwie jedynie z definicji sprawności elektrycznej brutto ISG (wiersz 5 Tabeli 1), jak przedstawia to Odwołujący, jest wadliwe, gdyż prowadzi do stworzenia wzoru, który wykorzystuje do obliczeń tylko jeden rodzaj energii produkowanej w układzie kogeneracyjnym. Podczas gdy paliwo wprowadzane do układu

kogeneracyjnego zawsze wytwarza dwa rodzaje energii – elektryczną i ciepłą, stosownie do definicji zawartej w art. 3 pkt 33 Prawa energetycznego.

Odwołujący odnosi się jedynie do wiersza 3 oraz wiersza 5 Tabeli 1, które referują odpowiednio do mocy elektrycznej i sprawności elektrycznej, pomijając wiersz 4 i 6 tejże Tabeli 1, które stanowią o mocy cieplnej i sprawności cieplnej, co jest niezgodne z literalnym brzmieniem postanowień SWZ.

Dlatego też Izba uznała, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia, gdyż Przystępujący w wierszu 11 arkusza obliczeniowego zadeklarował moc w paliwie w wysokości 19,98 MW, co jest zgodne z pkt 3 PFU, a w sprawdzeniu zadeklarowanej wielkości w wierszu 38 arkusza obliczeniowego w żadnej kolumnie nie jest przekroczona ta wartość.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 11 ppkt 1 ppkt 1.2 ppkt 1 lit. B SWZ Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi serwisu układu kogeneracji składającego się z silników gazowych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW.

Zamawiający w turze pytań nr V z dnia 6 września 2023 r. wskazał m.in.:

Pytanie nr 1:

*W związku z ogłoszonym postępowaniem proszę o wyjaśnienie treści SWZ.*

*W warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wymaga wykazania przez Wykonawcę, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji opartego o minimum 2 silniki gazowe o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW. Czy Zamawiający wymaga wykazania się wykonaniem źródła wysokosprawnej kogeneracji o łącznej mocy instalacji nie mniejszej niż 3 MW i mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW wyposażonej w minimum dwa silniki?*

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający dokonuje modyfikacji opisu warunku udziału w postępowaniu pkt. 11. SWZ ppkt.1 ppkt. 1.2. ppkt. 1 lit. A, który otrzymuje brzmienie:

*„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się posiadaniem doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli:*

*A. Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:*

*co najmniej jedną robotę budowlaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej tj. minimum projektów wykonawczych) polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji opartego o minimum 2 silniki gazowe o łącznej mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i łącznej mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW. lub alternatywnie*

*a) co najmniej jedną dokumentację projektową (tj. minimum projekty wykonawcze) dot. budowy źródła wysokosprawnej kogeneracji opartego o minimum dwa silniki gazowe o łącznej mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i łącznej mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW*

*oraz b) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie instalacji kogeneracji opartej o minimum dwa silniki gazowe o łącznej mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i łącznej mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW.*

*– w ramach dwóch różnych inwestycji (zawartych umów) – osobno lit. a i osobno lit. b”.*

Pytanie nr 50:

Zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie zapisów SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 11.1.2. ppkt.1) lit. A oraz lit. B tj. określenie czy wskazane moce elektryczne 3MW oraz moce cieplne 3MW dotyczą łącznych mocy źródła kogeneracji czy też mocy jednostkowych silników.

Odpowiedź na pytanie nr 50:

Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie w pytaniu numer 1 powyżej.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Przystępujący wykazał następujące usługi serwisowe potwierdzone referencjami:

•Świadczenie kompleksowej usługi serwisowej układu wysokosprawnej kogeneracji składającej się z silników gazowych

o mocy elektrycznej 4,0 MWe i mocy cieplnej 4,4 MWt wykonywane dla U&R CALOR Sp. z o.o. z siedzibą w Wojkowicach;

•Świadczenie kompleksowej usługi serwisowej układu wysokosprawnej kogeneracji składającej się z silników gazowych o mocy elektrycznej 4,0 MWe i mocy cieplnej 4,376 MWt wykonywane dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Ostródzie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w serwisowaniu układu wysokosprawnej kogeneracji składającego się z silników gazowych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 (warunku z pkt 11 ppkt 1 ppkt 1.2 ppkt 1 lit B SWZ).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest dopiero po wyczerpaniu procedury uzupełniającej, uregulowanej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych w sposób jednolity przyjmuje się, iż czynność wykluczenia (odrzućenia oferty) z postępowania wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu wymaga wcześniejszego wyczerpania procedury uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych, co jest wyłączone jedynie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy (lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) podlegały odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Wcześniejsze wytyczne dla stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r., czy też art. 22a ust. 6 ustawy z 2004 r. w poprzednim brzmieniu pozostają nadal aktualne. Izba wielokrotnie oceniając dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazywała na obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania (por. wyrok z dnia 28 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1335/20, czy też wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2288/20). Również w orzecznictwie sądów powszechnych potwierdzano konieczność przeprowadzenia badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem obowiązku wynikającego z brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 5 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 285/19, w którym sąd podkreślił potrzebę oceny istnienia podstaw do uruchomienia procedury naprawczej powołując się na postanowienie Sądu Najwyższego z 1 marca 2018 r., sygn. akt I CSK 657/17).

W świetle powyższego należało uznać, iż żądanie Odwołującego jest nieadekwatne do podstawy faktycznej zarzutu, gdyż Przystępujący nie był wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Dalej Izba uznała, że zarzut należało oddalić. Odwołujący podnosił, że wykazując usługi serwisu układu wysokosprawnej kogeneracji składającego się z silników gazowych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW, co najmniej jeden serwisowany silnik winien mieć moc 3 MW.

W ocenie składu orzekającego literalne brzmienie ww. warunku udziału w postępowaniu przeczy twierdzeniom Odwołującego. Z treści postanowień bezsprzecznie wynika, że moc 3MW jest odnoszona do układu kogeneracji, a nie do mocy silnika. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że gdyby zamierzał wymagać od wykonawców wykazania się serwisowaniem silników o określonej mocy dla danego silnika sformułowałby warunek w sposób odmienny, referowałby wprost do mocy silnika albo podawał odrębnie minimalną moc silnika oraz moc układu kogeneracji.

Równocześnie Izba podziela stanowisko Przystępującego, że przywoływana przez Odwołującego odpowiedź na pytanie nr 50 z tury V pozostaje irrelevantna dla niniejszej sprawy, gdyż odesłanie do odpowiedzi na pytanie 1 (tura V) dotyczyło literalnie innego warunku udziału w postępowaniu (z pkt 11 ppkt 1 ppkt 1.2 ppkt 1 lit A SWZ). Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 Zamawiający wyjaśnił, że chodzi o moc „łączną”, a nie o moc pojedynczego silnika.

W związku z powyższym Izba uznała, że każda z wykazywanych przez Przystępującego usług serwisowych spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdyż dotyczy serwisu układu kogeneracji składającego się z silników gazowych o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 3 MW i mocy cieplnej nie mniejszej niż 3 MW.

Odwołujący podnosił również, że oferta Przystępującego winna zostać odrzućona, gdyż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania serwisantem z doświadczeniem określonym w pkt 11 ppkt

1 ppkt 1.2. ppkt 2 SWZ

Zgodnie z pkt 11 ppkt 1 ppkt 1.2. ppkt 2 SWZ wykonawca winien wykazać, że dysponuje *najmniej jedną osobą posiadającą min. 2-letnie doświadczenie zawodowe w serwisowaniu silników gazowych kogeneracyjnych oferowanego producenta, potwierdzone pełnieniem funkcji serwisanta w przynajmniej dwóch umowach serwisowych i potwierdzone stosownym świadectwem kwalifikacyjnym autoryzowanym przez producenta oferowanych silników. Serwisant musi posiadać certyfikat wystawiony przez, producenta silnika gazowego uprawniający do prowadzenia serwisu oraz uruchomienia silników oferowanych w przetargu.*

W wykazie osób Przystępujący wskazał dwie osoby:

A.p. Jana Respondka:

- *Ponad 5 lat doświadczenia jako, serwisant oferowanych w przetargu silników spalinowych gazowych kogeneracyjnych MWM TCG2032, potwierdzone certyfikatem („TCG2032 Service Level”), który należy również traktować jako świadectwo kwalifikacji do pełnienia czynności objętych szkoleniem. Pełnił funkcję serwisanta w następujących umowach serwisowych:*

1.) *Serwisant w realizacji umowy dla U&R Calor Sp. zo.o.*

2.) *Serwisant w realizacji umowy MPEC Sp. z o.o. w Ostródzie*

- *Ukończenie szkolenia w zakresie demontażu, oceny stanu, montażu oraz wykonaniu wszystkich czynności serwisowych oferowanych w przetargu silników spalinowych gazowych kogeneracyjnych MWM TCG2032 potwierdzone certyfikatem producenta („TCG2032 Service Level”)*

B. p. P.K.

- *Ponad 5 lat doświadczenia jako, serwisant silników spalinowych gazowych kogeneracyjnych MWM TCG2020, potwierdzone certyfikatem („Gas engines – Series TCG2020 – CL3”), który należy również traktować jako świadectwo kwalifikacji do pełnienia czynności objętych szkoleniem. Pełnił funkcję serwisanta w następujących umowach serwisowych:*

1.) *Serwisant w realizacji umowy dla U&R Calor Sp. zo.o.*

2.) *Serwisant w realizacji umowy MPEC Sp. z o.o. w Ostródzie*

- *Ukończenie szkolenia w zakresie rozruchów, uruchomienia i eksploatacji oferowanych w przetargu silników spalinowych gazowych kogeneracyjnych MWM TCG2032 potwierdzone certyfikatem producenta („TEM Level 200”).*

Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie wykazał, że dysponuje osobami spełniającymi ww. warunek, gdyż z przedstawionego wykazu osób nie wynika jednoznacznie, iż wymienione osoby posiadają niezbędne uprawnienia do serwisowania silników o oferowanych mocach. Skoro wykonawca nie przedstawia referencji na serwisowanie oferowanego silnika (nie serwisuje takich silników), to należy wysunąć wniosek, że nie dysponuje certyfikowanymi służbami co do serwisowania ofertowanych silników.

Powyższy zarzut nie potwierdził się. Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania serwisantem. Zamawiający nie wymagał w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, a określonego w literze B, by wykazywane usługi dotyczyły serwisowania silników oferowanych w przetargu. Wymóg w tym zakresie dotyczył tylko osób. Zamawiający nie wymagał też, aby serwisant (o którym mowa w warunku z pkt 11 ppkt. 1 ppkt 1.2 ppkt 2 SWZ) miał doświadczenie w serwisowaniu silników, w stosunku do których wykonawcy wykazywali doświadczenie w zakresie świadczenia usług serwisu (o którym mowa w warunku z pkt 11 ppkt 1 ppkt.1.2 ppkt 1 lit B SWZ).

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego i odrzucenia oferty tego wykonawcy i bezpodstawnym uznaniu, iż w stosunku do tego wykonawcy zachodzą przesłanki procedury „self-cleaning”, wobec braku ujawnienia informacji w tym zakresie w dokumencie JEDZ przez tego wykonawcę i utajnieniu dokumentu „Wyjaśnienia dodatkowe”.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym – strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie

wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem odwołanie rozpoznaje jedynie w granicach podniesionych zarzutów. Z kolei zarzut odwołania wyznacza nie tylko jego podstawa prawna, ale też uzasadnienie faktyczne. Tymczasem Odwołujący w niniejszym stanie faktycznym wskazuje jedynie, że oferta Przystępującego winna być odrzucona wobec bezpodstawnego uznania, iż w stosunku do tego wykonawcy zachodzą przesłanki procedury „self-cleaning”. Odwołujący w ogóle nie polemizuje z treścią przedłożonych przez Przystępującego dokumentów. W treści odwołania próżno szukać argumentacji dotyczącej przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp odnoszących się do Przystępującego. Odwołujący przywołał przepisy, nie wskazując jednak, jakie działanie lub zaniechanie Zamawiającego narusza art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W odwołaniu nie wskazano ani też nie przywołano, jaki stan faktyczny miałby sugerować konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Dodatkowo zgodzić należy się z Przystępującym, że przesłanki wykluczenia z postępowania wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp odnoszą się do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz nienależytego wykonywania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie zaś zastrzeżenia załącznika do JEDZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne, stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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**.....

.....

.....