

,Sygn. akt: KIO 1393/23

WYROK
z dnia 31 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 r. przez Odwołującego **Remak Energomontaż Spółka Akcyjna** ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Tauron Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice

przy udziale

Wykonawcy – **Metal Ekspert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Zygmunta Słomińskiego 5/231, 00-195 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy – **Altrad Babcock Europe Spółka Akcyjna** ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Remak Energomontaż S.A. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4.273,90 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt trzy złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów strony Zamawiającej;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.273,90 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt trzy złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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 1393/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego sektorowego – Tauron Ciepło Sp. z o.o. w Katowicach, w trybie podstawowym na *Komponent - Remont turbogeneratorskiego bloku BC50 w Zakładzie Wytwarzania Tychy* (sygn. postępowania: PZP/TC/08151/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.01.2023 r., 2023/S 021-059653, wobec czynności z 09.05.2023 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej (Metal Ekspert Sp. z o.o.), Wykonawca Remak-Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) wniósł w dniu 18.05.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1393/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 i 2 Ustawy oraz art. 16 Ustawy, a także § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Metal Ekspert i wybór oferty Metal Ekspert w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia i nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych określonych w pkt 3.1.1.4 swz.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Metal Ekspert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Zarzut dotyczy uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, mających potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z pkt 3.1.1.4 swz. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż modernizacja turbiny o mocy 215MW dla Elektrowni Tuzla zawiera wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu z 27.03.2023 r., tj. otwarcie i remont kadłubów, remont wirników, obejm, kół kierowniczych, wymianę uszczelnień dławnicowych, nadbandażowanych i międzystopniowych o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł. Do wyjaśnień załączone zostały protokoły wykonania usługi z dnia 26.05.2022 r. i 27.05.2022 r., list referencyjny z 14.06.2021 r. oraz skan faktury VAT.

Zgodnie z warunkiem należało wykazać się realizacją co najmniej 2 (dwóch) usług remontu turbozespołu o mocy nie mniejszej niż 30 MWe, w tym co najmniej 1 (jedną) usługę remontu obejmującą swym zakresem m.in. otwarcie i remont kadłubów, remont wirników, obejm, kół kierowniczych, wymianę uszczelnień dławnicowych, nadbandażowanych i międzystopniowych, o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł netto.

Odwołujący kwestionuje, aby złożone dokumenty wraz z wyjaśnieniami potwierdzały wykonanie co najmniej 2 (dwóch) usług remontu turbozespołu o mocy nie mniejszej niż 30 MWe. **Wykonanie prac (dostaw) dotyczących wyłącznie turbiny z pominięciem remontu „maszyny roboczej”, np. generatora nie stanowi remontu turbozespołu, lecz ewentualnie (w zależności od zakresu takich prac), może stanowić remont samej turbiny.** Zdaniem Odwołującego modernizacja turbiny 13K215 o mocy 200MW dotyczyła części WP i obejmowała remont tylko jednego kadłuba wewnętrznego WP i remont tylko jednego wirnika (wirnika WP). Oznacza to, iż Wykonawca nie tylko nie wykonał remontu turbozespołu, ale również odpowiedniej ilości remontów kadłubów i wirników składających się na turbozespół. Odwołujący przedstawił schemat przedmiotowej turbiny, która składa się z części WP, części SP, części NP.

Ponadto, Odwołujący kwestionuje rzetelność dokumentów mających potwierdzać referencyjną usługę, tj. referencję z 14.06.2021 r., wystawioną w dacie, gdy prace nie zostały zakończone, co nastąpiło po 11 miesiącach od daty wystawienia referencji. Załączone protokoły i faktura VAT potwierdzają jedynie dostawę, a nie remont turbozespołu o zakresie i cenie wskazanej w swz.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 26.05.2023 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Metal Expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a po stronie Odwołującego Wykonawca Altrad Babcock Europe S.A.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Metal Expert Sp. z o.o. i dokumenty złożone w postępowaniu przetargowym, w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiot zamówienia opisany został jako „Komponent - Remont turbogeneratorskiego bloku BC50 w Zakładzie Wytwarzania Tychy”.

Zamawiający wymagał w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazania doświadczenia w realizacji co najmniej 2 (dwóch) usług remontu turbozespołu o mocy nie mniejszej niż 30MWe, z czego co najmniej jedna obejmować miała swoim zakresem, m.in.: otwarcie i remont kadłubów, remont wirników, obejm, kół kierowniczych, wymianę uszczelnień dławnicowych, nadbandażowych i międzystopniowych, o wartości nie mniejszej niż 3 mln. zł netto (pkt 3.1.1.4 swz).

Wykonawca, którego ofertę Zamawiający najwyżej oceni, wezwany miał być na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W zakresie wskazanym, w ofercie wykonawca potwierdzał spełnienie warunku oświadczeniem w JEDZ oraz składanymi na wezwanie podmiotowymi środkami dowodowymi – wskazanymi w pkt 3.4.2 swz, tj.: wykazem usług wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty.

Metal Expert Sp. z o.o. w JEDZ, część IV (kryteria kwalifikacji), lit. C, wskazał remont kapitalny turbiny 13UP55 (Zamech w EC Gdynia – blok, o wartości 1.000.000 zł. Na wezwanie Zamawiającego z 17.03.2023 r. do uzupełnienia JEDZ w zakresie dotyczącym kryterium kwalifikacji Wykonawca złożył poprawiony JEDZ wskazując w opisie doświadczenia na sześć prac realizowanych na rzecz odbiorcy – General Electric:

- dostawa turbiny o mocy 55MW dla PKN Orlen o wartości powyżej 4,5 mln zł.
- remont turbiny o mocy 55MW dla elektrociepłowni Gdynia o wartości powyżej 800 tys zł,
- remont turbiny o mocy 380MW dla Elektrowni Opole o wartości powyżej 12 mln zł.,
- remont awaryjny turbiny o mocy 65 MW dla EC IV Łódź o wartości ok. 1 mln. 100 tys zł.,
- modernizacja turbiny o mocy 215MW dla elektrowni Tuzla o wartości ponad 6 mln. 700 tys zł,
- remont turbiny o mocy o mocy 470MW w elektrowni Łagisza o wartości ponad 4 mln 200 tys zł.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Metal Expert złożył list referencyjny z 14.06.2021 r. od General Electric potwierdzający prawidłową realizację wymienionych w tabeli napraw i remontów turbin (łącznie 10 pozycji, obejmujące również realizacje wskazanych w JEDZ). Ponadto Wykonawca załączył protokoły odbioru wykonania usługi dotyczącej projektu Tuzli z maja 2022 r.

W piśmie z 29.03.2023 r., odpowiadając na wniosek Zamawiającego z 27.03.2023 r. o wyjaśnienie oświadczenia w JEDZ i wskazując na spełnienie warunku dotyczącego usługi referencyjnej spełniającej warunek pod kątem wartości i zakresu wymaganych prac remontowych, Wykonawca odniósł się do modernizacji turbiny 13K215 (moc 215 MW) w Elektrowni Tuzla i zakresu prac, jakie zostały przeprowadzone. Prace obejmowały: remont kadłuba wewnętrznego WP i obejm tarcz kierowniczych, remont wirnika WP, remont tarcz (kół kierowniczych), remont dławic WP.

Pismem z 9.05.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Metal Expert Sp. z o.o.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty w odwołaniu zasadniczo dotyczą wadliwej, zdaniem Odwołującego, oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez Metal Expert w celu wykazania spełnienia warunku z pkt 3.1.1.4 swz, na potwierdzenie którego Wykonawca powołał się na modernizację turbiny 13K215 (moc 215 MW) w Elektrowni Tuzla. O braku spełnienia warunku udziału miało decydować przede wszystkim stwierdzenie, iż remont turbiny z uwagi na jego zakres rzeczowy, nie mógł być uznany za spełniający kryterium kwalifikacji podmiotowej, w którym Zamawiający wymagał remontu turbozespołu. Zdaniem Odwołującego prace dotyczyły samej turbiny z pominięciem „maszyny roboczej”, np. generatora, co miało przesądzać o tym, iż wskazana realizacja nie stanowiła remontu turbozespołu. Zdaniem Odwołującego, modernizacja turbiny 13K215 o mocy 200MW dotyczyła części WP i obejmowała remont tylko jednego kadłuba wewnętrznego WP i remont tylko jednego wirnika (wirnika WP). Oznacza to, iż Wykonawca nie tylko nie wykonał remontu turbozespołu, ale również odpowiedniej ilości remontów kadłubów i wirników składających się na turbozespół. Ponadto, Odwołujący kwestionował dokumenty – referencje, protokoły i fakturę, które w jego ocenie nie pozwalały ustalić, iż zakres dostaw i zleconych remontów dotyczył wskazanej usługi, która nie została wykonana na miejscu w Tuzli (Bośnia i Hercegowina), ale na terenie zakładów Wykonawcy w kraju.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu w tym też na jakich opierał wniosek o braku wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej przez Wykonawcę Metal Expert.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do znaczenia pojęcia „turbozespół”, skład orzekający uznał, iż Odwołujący przedstawił własną interpretację warunku, oczekując na tej podstawie rozszerzenia znaczenia określenia turbozespół na inne elementy takie jak generator, co nie miało odzwierciedlenia w opisie warunku. Izba w tym zakresie przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego, które uwzględniały zakres rzeczowy referencyjnej usługi identyfikujący elementy składowe samej turbiny, wskazane w pkt 3.1.1.4 swz. Odwołujący tych wyjaśnień w żaden sposób nie podważył, wskazując chociażby który z elementów wymaganych prac mógł być odniesiony do generatora. Zamawiający w sposób przekonujący wyjaśnił bezzasadność takiej interpretacji warunku wskazując na rozumienie branżowe, jak i praktykę znaną Odwołującemu z racji oferty złożonej w poprzednim postępowaniu. Próba nadania innego, niż branżowe znaczenia postanowieniom swz, doprowadzić miała do przyjęcia rozumienia odbiegającego od znaczenia, jakie dla opisu warunku miało wymienienie elementów, które miały być objęte realizacją. Warunek udziału w postępowaniu nie był na etapie poprzedzającym złożenie oferty zmieniany i kwestionowany. Ponadto, Zamawiający w taki sam sposób – wskazaniem na turbozespół, opisał wymaganie na potrzeby remontu kapitalnego turbozespołu bloku BCF-100 w Zakładzie Wytwarzania Katowice, w którym swoją ofertę złożył również Odwołujący. Przedstawiony na rozprawie dowód – formularz JEDZ oraz wyciąg z swz, wskazuje, iż sam Odwołujący wykazując doświadczenie w opisie turbozespołu określił turbinę. Powyższe prowadziło do stwierdzenia, iż teza na podstawie której Odwołujący opierał zarzut braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie miała oparcia w zapisach swz. Odwołujący powołał się na definicje encyklopedyczne, jednak te nie uwzględniają sposobu, w jaki Zamawiający zidentyfikował zakres rzeczowy referencyjnej usługi, który nie był opisany samym zwrotem „turbozespół”, ale wskazaniem na te elementy turbozespołu, których modernizacja miała potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Izba przyjęła jako zgodną z brzmieniem warunku wykładnię prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, iż turbozespół odnosi się do turbiny wraz z instalacjami jej towarzyszącymi.

Podobnie, jako niezasadne skład orzekający ocenił wnioski związane z ustaleniem ilości kadłubów i innych elementów wskazanych w opisie warunku przy użyciu liczby mnogiej. W ocenie składu orzekającego to nie użycie liczby mnogiej decydowało o spełnieniu warunku, ale ustalenie, czy zakres prac dotyczył elementów wymaganych, wymienionych w sposób zbiorczy, co w istocie wskazywać miało na liczbę mnogą tych elementów. Nie oznacza to np. iż każdy remont musiał uwzględniać wszystkie części wskazane w odwołaniu - części WP, części SP, części NP. Jak wynika z wypowiedzi Odwołującego na rozprawie, nie każda turbina musi posiadać wszystkie elementy, co jest uzależnione od konkretnego turbozespołu. Ponadto, to rzeczywista usterka determinuje zakres prac, co nadal należy traktować jako remont turbozespołu.

Izba uznała również za nieudowodnione tezy związane z brakiem udziału Wykonawcy w realizacji usługi w miejscowości Tuzla, które nie zostały niczym poparte poza wnioskami Odwołującego, które nie mogły mieć znaczenia dla oceny dokumentów. Samo ustalenie, iż zakład remontowy znajdował się na terenie Polski, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż pracownicy nie zostali oddelegowani do wykonania prac demontażowych i montażowych na miejscu. Na tej podstawie nie mogło dojść do skutecznego podważenia oświadczenia Wykonawcy oraz wystawcy referencji, na podstawie których Zamawiający dokonał weryfikacji podmiotowej.

Również zastrzeżenia dotyczące dokumentów i możliwości potwierdzenia realizacji prac zleconych Metal Expert nie miały uzasadnienia. Przystępujący w sposób spójny i logiczny przedstawił wyjaśnienia i okoliczności uzasadniające rozpiętość czasową dostaw wymaganych dla wykonania usługi. Przystępujący wyjaśnił, iż referencja została mu doręczona 15.06.2022 r. wraz z pismem GE Power Sp. z o.o. z dnia 14.06.2023 r. co miało potwierdzać omyłkę w dacie – roku, wystawienia referencji. Co istotne referencja nie stanowiła jedynego dowodu, gdyż Wykonawca załączył protokół wykonania usługi z 26 maja 2022 r. oraz 27 maja 2022 r., które również prowadzą do wniosku, iż usługa została zakończona, a jej należyte wykonanie zostało potwierdzone przez odbiorcę GE Power Sp. z o.o.

W świetle powyższego odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Zamawiającego stwierdzone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nim Odwołującego w całości.

Przewodniczący:.....