

Sygn. akt: KIO 1397/23

WYROK
z dnia 2 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Beata Pakulska-Banach**
Członkowie: **Aleksandra Patyk**
Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu "FEROX-Energy-Systems" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ECO Kogenerację Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** przy udziale wykonawcy **Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: ECO Kogenerację Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, 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 zamawiającego ECO Kogeneracji Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu i "FEROX-Energy-Systems" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kwotę 23 860 zł 67 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt złotych sześćdziesiąt siedem groszy), tytułem zwrotu kosztów związanych z uiszczonym wpisem od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i noclegu.
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 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1397/23

UZASADNIENIE

Zamawiający - ECO Kogeneracja Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie Robót budowlanych oraz przeprowadzenie usługi Serwisu dla Inwestycji pn.: „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji gazowej o mocy 8 MWe i 7,6 MWt w Opolu - GUK II”, nr referencyjny 2.KG.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.02.2023 r., nr 2023/S 041-119884.

W dniu 9 maja 2023 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku oraz o odrzuceniu ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu i "FEROX-Energy-Systems" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, a także oferty JT S.A.

W dniu 18 maja 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ELEMONT S.A. z siedzibą w Opolu i "FEROX-Energy-Systems" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwani dalej łącznie: „odwołującym” lub „Konsorcjum Element”), wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- (I) nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego i w jej następstwie dokonaniu czynności odrzucenia tej oferty;
- (II) dokonaniu wyboru (jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu) oferty złożonej przez Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. (dalej: jako „Bergerat”);
- (III) w następstwie czynności wskazanych w pkt (I) i (II) powyżej zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp (w zw. z art. 65 § 1 i 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp) poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż Konsorcjum Element wniosło wadium w sposób nieprawidłowy;
- (2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp (w tym w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp) poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż Konsorcjum Element nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponownego badania i oceny oferty złożonych w postępowaniu, a w jej następstwie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności w nim wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas тезach dowodowych,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

I. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp (w zw. z art. 65 § 1 i 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp):

Odwołujący wskazał, że odrzucając jego ofertę w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp zamawiający uznał, iż nieprawidłowe wniesienie wadium polega na błędnym wskazaniu numeru referencyjnego postępowania w gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej przez odwołującego tytułem wadium, a błąd ten powoduje, iż wadium nie dotyczy tego postępowania. W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest w oczywisty sposób wadliwe prawnie i wskazuje na usilne dążenie zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego pod jakimkolwiek pretekstem.

Odwołujący podkreślił, że w treści wniesionej przez niego Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium nr 02GG04/0566/23/0004 z dnia 31 marca 2023 r. wystąpiła oczywista omyłka pisarska w numerze referencyjnym nadanym sprawie przez zamawiającego. Polegała ona na tym, że zamiast numeru „2.KG.2023”, wskazano tam numer „2.KG.2022”. Różnica wskazana przez zamawiającego jako podstawa faktyczna wadliwości wniesienia wadium w postępowaniu, skutkująca następczo odrzuceniem oferty odwołującego, dotyczyła jednej końcowej cyfry numeru referencyjnego postępowania (cyfra „2”, zamiast cyfry „3”). Odwołujący podniósł także, iż omyłkowo przywołany numer referencyjny postępowania w żaden sposób nie rzutuje na możliwość skorzystania przez zamawiającego z Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium i nie ogranicza w żaden sposób jego praw do żądania wypłaty wadium.

Dalej odwołujący podkreślił, że w pkt 17.2 ppkt 2) Części I SWZ, wśród obowiązkowych wymagań co do elementów, które winno zawierać wadium wnoszone w formie gwarancji ubezpieczeniowej zamawiający wymienił nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji. Wśród obligatoryjnych elementów treści gwarancji wadialnej nie wskazano numeru referencyjnego postępowania. Zatem, w ocenie odwołującego, już samo wskazanie w treści gwarancji dokładnej nazwy postępowania, stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji, spełnia wymagania zamawiającego i wystarczająco identyfikuje postępowanie dla którego jest składane wadium. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie może z faktu wystąpienia oczywistej omyłki pisarskiej, dotyczącej fakultatywnej treści gwarancji, wyciągać negatywnych skutków dla wykonawcy.

Odwołujący dodał, że fakt prowadzenia w przeszłości przez zamawiającego postępowania o numerze referencyjnym „2.KG.2022”, które było prowadzone pod tą samą nazwą i w którym to postępowaniu wadium miało być ustanowione w tej samej wysokości, tj. w kwocie 600.000 zł, nie powinien stanowić jakiegokolwiek powodu do obaw zamawiającego w odniesieniu do wadium złożonego przez wykonawcę w tym postępowaniu. Zauważył, że postępowanie o numerze 2.KG.2022 nie jest już prowadzone przez zamawiającego, ponieważ zostało unieważnione. Zwrócił uwagę, że w postępowaniu o numerze 2.KG.2022 odwołujący w ogóle nie złożył oferty. Odwołujący podniósł, że skoro gwarancja ubezpieczeniowa zabezpiecza zapłatę długu wadialnego, a ten z kolei jest akcesoryjny w stosunku do czynności prawnej polegającej na złożeniu oferty, to zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw do obaw, iż wystawca gwarancji uzna, iż wadium może dotyczyć innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego, w sytuacji, gdy odwołujący nie złożył w nim oferty.

Odwołujący podniósł także, że w przypadku interpretacji zapisów gwarancji ubezpieczeniowej do czynności tej zastosowanie znajdują ogólne zasady wykładni oświadczeń woli określonej w art. 65 § 1 i 2 KC, zgodnie z którymi oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a w umowach należy raczej badać, jaki był zgody zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na ich dosłownym brzmieniu. Odwołujący podkreślił, iż jego celem było skuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o numerze 2.KG.2023, prowadzonym przez zamawiającego, co jasno wynika nie tylko z okoliczności dokonania tej czynności prawnej, ale także z jej treści.

Odnosząc się do treści gwarancji ubezpieczeniowej wskazał, że wynika z niej, iż została ona złożona dla przetargu nieograniczonego pn. „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji gazowej o mocy 8 MWe i 7,6 MWt w Opolu – GUK II” przez wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego o numerze referencyjnym: 2.KG.2023. Jest ona ważna w okresie od dnia 3 kwietnia 2023 r. do dnia 2 czerwca 2023 r., a zatem termin ważności gwarancji został określony na okres nie krótszy niż termin związania ofertą w postępowaniu o numerze referencyjnym: 2.KG.2023. Ponadto, data wystawienia i podpisania gwarancji ubezpieczeniowej, tj. w dzień 31 marca 2023 r. potwierdza, iż została ona wystawiona dla aktualnie prowadzonego postępowania o numerze referencyjnym: 2.KG.2023.

Odwołujący zauważył ponadto, że w toku postępowania przedłożył zamawiającemu pismo wystawcy gwarancji z dnia 14 kwietnia 2023 r., w którym jednoznacznie wskazano na fakt omyłki pisarskiej w wystawionym dokumencie Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium oraz stwierdzono, że omyłkowo przywołany numer referencyjny w żaden sposób nie rzutuje na możliwość skorzystania przez Beneficjenta z wadium i nie ogranicza w żaden sposób praw Beneficjenta do żądania wypłaty wadium. Według odwołującego, dokument ten stanowi wykładnię autentyczną autora oświadczenia woli i potwierdza skuteczność jego zobowiązania w stosunku do zamawiającego, a z niewiadomych względów zamawiający traktuje to pismo jako aneks do Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium.

Tym samym, w ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego wyrażone w informacji o wynikach postępowania, iż błąd w numerze referencyjnym nie może być uznany za oczywistą omyłkę pisarską wystawcy Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium jest całkowicie chybione.

Odwołujący zauważył też, że z informacji o wynikach postępowania wynika, iż dla zamawiającego pomyłka w użyciu klawiszy „G” i „H” (sąsiadujących ze sobą) jest wystarczająca do stwierdzenia zaistnienia oczywistej omyłki pisarskiej. Natomiast ze względów wiadomych jedynie zamawiającemu nie ma jednak takiego waloru już pomyłka w użyciu klawiszy „2” i „3”, pomimo tego, że na klawiaturze komputera także klawisze te także sąsiadują ze sobą i to dokładnie w takiej samej odległości jak klawisze „G” i „H” oraz pomimo tego, iż wpisanie drugiej cyfry „2” (powodujące

powstanie liczby „22” zamiast liczby „23”) jest zwyczajnym następstwem mechanicznego powtórzenia pierwszej cyfry „2”.

Według odwołującego, takie działanie zamawiającego w sposób oczywisty stanowi naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Podkreślił też, że kwestią niebudzącą wątpliwości zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie jest fakt, że gwarancja ubezpieczeniowa nie jest jednostronną czynnością prawną, a umową zawartą między obiema stronami, a zatem w przypadku interpretacji jej zapisów zastosowanie znajdują ogólne zasady wykładni oświadczeń woli znajdujące się w art. 65 § 1 i 2 KC. Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonując odrzucenia jego oferty w uzasadnieniu podjętej czynności w żadnym stopniu nie wykazał, iż zbadał również przedłożoną gwarancję ubezpieczeniową pod kątem celu w jakim zostało złożone oświadczenie woli, a niewątpliwie było nim złożenie gwarancji wadialnej na kwotę wymaganą w SWZ w sposób zabezpieczający wszystkie ustawowe przesłanki zatrzymania wadium.

Odwołujący wskazał, że zarówno wystawca Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium, jak i odwołujący, znali zapisy SWZ i wymagania zamawiającego odnośnie wymogów ważnej i skutecznej gwarancji wadialnej, w tym w szczególności w zakresie kwoty. Biorąc pod uwagę, że ofertę składał podmiot profesjonalny, któremu zależało na złożeniu ważnej i skutecznej oferty w postępowaniu, a w konsekwencji tego zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, niecelowe i pozbawiane elementarnej racjonalności wydaje się zlecenie wystawcy gwarancji (i poniesienie kosztów z tego tytułu) wystawienia wadium dla postępowania nieważnionego w chwili wystawiania gwarancji, w którym odwołujący w ogóle nie składał oferty. Tym samym, niewątpliwie wadliwie podany numer referencyjny (jego ostatnia cyfra) należy odczytywać i traktować wyłącznie jako omyłkę pisarską poczynioną przez wystawcę gwarancji wadialnej. Pomimo jej popełnienia, oczywistym i jednoznacznie wyrażonym zamiarem wystawcy Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium od samego początku było zabezpieczenie interesu zamawiającego w postępowaniu i ustanowienie w pełni skutecznego zabezpieczenia zapłaty długu wadialnego. Odwołujący przytoczył także orzeczenia Izby dotyczące omyłek poczynionych przez wystawcę gwarancji wadialnej.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że stanowisko zamawiającego wykazane w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty należy uznać za zbyt rygorystyczne i nie znajdujące oparcia w przepisach Pzp oraz, że Ubezpieczeniowa Gwarancja Zapłaty Wadium złożona przez niego od momentu złożenia jej wraz z ofertą w sposób skuteczny i niewątpliwie w pełni zabezpieczała interes ekonomiczny zamawiającego w postaci zapłaty długu wadialnego. Natomiast wadliwe podanie numeru referencyjnego postępowania ma wyłącznie charakter omyłki pisarskiej wystawy Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium.

II. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp (w tym w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp) poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż Konsorcjum Elemont nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że całkowicie niezasadne jest także odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego z uwagi na rzekome niespełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

a) *co najmniej jedną robotę budowlaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych – w ramach jednej inwestycji (jednej zawartej umowy); alternatywnie wykonał:*

a) *co najmniej jedną dokumentację projektową dot. budowy źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 2 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych oraz*

b) *co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych - w ramach dwóch różnych inwestycji (zawartych umów) – osobno lit. a) i osobno lit. b) powyżej.*

Odwołujący wskazał, że w treści ww. warunku udziału w postępowaniu (w jego literalnym brzmieniu określonym w SWZ) zamawiający wymagał wykazania się określoną robotą budowlaną realizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” albo (alternatywnie) jedną usługą projektowania oraz jedną robotą budowlaną.

Podkreślił, że w informacji o wynikach postępowania z dnia 9 maja 2023 r. zamawiający, uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził: *„Zamawiający uznaje, że określony w pkt. 12.4 ppkt 1 SWZ warunek udziału w postępowaniu jest jednoznaczny, a inwestycja, na którą powołuje się wykonawca, celem wykazania jego spełnienia winna obejmować również dostawę na teren budowy wszystkich materiałów i urządzeń, składających się na wysokosprawną kogenerację, w której zakres wchodzi co najmniej dwie jednostki wytwórcze. Ponadto, istotne jest, że dostawa, zamontowanie i rozruch jednostek wytwórczych, jest jednym z kluczowych elementów inwestycji polegającej na budowie wysokosprawnej kogeneracji.”.*

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty w oparciu o postanowienia, które nie zostały wyrażone w treści tego warunku, albowiem warunek udziału w postępowaniu opisany w SWZ stanowi literalnie o wykonaniu roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych. W żadnym zaś postanowieniu SWZ nie wskazano, aby robotą budowlaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” opisana w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ miała polegać na „dostawie na teren budowy wszystkich materiałów i urządzeń, składających się na wysokosprawną kogenerację, w której zakres wchodzi co najmniej dwie jednostki wytwórcze”. Zauważył też, że wykonanie robót budowlanych w sposób oczywisty jest związane z realizacją dostaw niezbędnych do realizacji robót, ale nie oznacza to, iż wszystkie te dostawy ma wykonać osobiście wykonawca robót. Odwołujący powołał się przy tym na przepisy art. 647 KC i art. 651 KC, jak i art. 7 pkt 21 Pzp. Według odwołującego przepisy Pzp nie uznają wykonania dostaw wszystkich materiałów i urządzeń za warunek konieczny kwalifikacji danego świadczenia za roboty budowlane, co jest oczywiste zwłaszcza wobec treści postanowień art. 30 ust. 3 Pzp.

W ocenie odwołującego, w informacji o wynikach postępowania z dnia 9 maja 2023 r. zamawiający de facto dokonał zmiany treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ. Uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego wskazuje na to, że zamawiający ocenił warunek w oparciu o treść niewyartykułowaną w SWZ.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, iż nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ nie był jednoznaczny co do swojej treści, to i tak wykonawcy nie mogą być obciążani negatywnymi następstwami braku precyzji zapisów SWZ autorstwa zamawiającego. Odwołujący przywołał w tym zakresie stosowne wyroki sądów i lzby.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób całkowicie wadliwy dokonał oceny oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp złożonego przez odwołującego uznając, iż Konsorcjum Element nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ.

Podkreślił, że już pierwotnie złożone przez Konsorcjum Element oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp było prawidłowe i nie wymagało poprawienia dokonanego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. W oświadczeniu tym Konsorcjum Element wskazało, iż konsorcjant spełniający warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ (czyli Element S.A. z siedzibą w Opolu) zrealizuje następujący zakres zamówienia: wykonanie prac projektowych, budowlano-konstrukcyjnych, AKPiA oraz elektrycznych związanych z budową źródła wysokosprawnej kogeneracji oraz wyprowadzeniem mocy cieplnej i elektrycznej wraz z budową GPO.

W ocenie odwołującego zakres prac przewidzianych w oświadczeniu Konsorcjum Element z art. 117 ust. 4 Pzp, złożonym wraz z ofertą, był w pełni zgodny z ustawowym wymogiem płynącym z art. 117 ust. 3 Pzp, iż w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zakres rzeczowy świadczeń, które mają być wykonywane przez Element S.A. obejmuje dokładnie takie same świadczenia, jak świadczenia wskazane w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ.

Odwołujący dodał, że nawet, gdyby hipotetycznie przyjąć, iż zachodzą wątpliwości co do treści oświadczenia Konsorcjum Element z art. 117 ust. 4 Pzp złożonego wraz z ofertą, to takich wątpliwości nie może już budzić poprawione oświadczenie Konsorcjum Element, złożone w dniu 28 kwietnia 2023 r., w którym odwołujący oświadczył, iż konsorcjant spełniający warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ (czyli Element S.A. z siedzibą w Opolu) zrealizuje następujący zakres zamówienia: *„wykonanie roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, w tym w szczególności wykonanie prac projektowych, robót budowlano-konstrukcyjnych, AKPiA oraz elektrycznych związanych z budową źródła wysokosprawnej kogeneracji oraz wyprowadzeniem mocy cieplnej i elektrycznej wraz z budową GPO oraz bezpośrednio udział w realizacji wszystkich robót dostaw i usług.”* Odwołujący stwierdził, że wskazany zakres rzeczowy przewidziany do wykonania przez Element S.A., określony w oświadczeniu Konsorcjum Element z art. 117 ust. 4 Pzp złożonym w dniu 28 kwietnia 2023 r., wiernie koresponduje z zakresem rzeczowym robót i projektowania określonym w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ.

Zdaniem odwołującego całkowicie niezasadnie jest stanowisko zamawiającego kwestionujące prawidłowość oświadczenia odwołującego wyrażone w informacji o wynikach postępowania z dnia 9 maja 2023 r.

Wedle odwołującego, z informacji tej wynika, że dla zamawiającego dyskwalifikujący charakter ma fakt, iż Konsorcjum Element przewidziało, że drugi z Konsorcjantów, tj. Ferox Energy Systems Sp. z o.o. wykona:

(1) „wsad do dokumentacji projektowej”

oraz

(2) „dostawę, montaż i uruchomienie (wspólnie z Element S.A.) agregatów kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej wraz z serwisem układu wysokosprawnej kogeneracji w okresie gwarancji”,
co jest jednak całkowicie niezrozumiałe w świetle postanowień SWZ oraz przepisów prawa.

Odwołujący wyjaśnił także kwestię ujętą w oświadczeniu, a dotyczącą przekazania przez Ferox Energy Systems Sp. z o.o. wsadu do dokumentacji projektowej wskazując, iż wykonanie takiego świadczenia nie uchybia wykonywaniu przez Element S.A. świadczenia w postaci dokumentacji projektowej dla budowy źródła wysokosprawnej kogeneracji. Podkreślił, że zarówno pierwotnie złożone oświadczenie odwołującego z art. 117 ust. 4 Pzp dołączone do oferty, jak i poprawione oświadczenie przekazane w dniu 28 kwietnia 2023 r., jednoznacznie wskazywało, iż prace te wykona Element S.A. jako podmiot dysponujący doświadczeniem polegającym na wykonaniu prac projektowych, zdobytym w ramach co najmniej jednej roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji. Odwołujący wskazał, że proces projektowania źródła wysokosprawnej kogeneracji wymaga uzyskania określonych danych przez jednostkę projektową (projektanta). Źródło kogeneracyjne budowane jest w oparciu o agregat kogeneracyjny, a urządzenie to jest wprawdzie produkowane przez zewnętrznych wytwórców w typoszeregach, ale nie jest unikalnie projektowane i jednostkowo wytwarzane na potrzeby indywidualnej inwestycji danego zamawiającego (inwestora). Agregat kogeneracyjny jest urządzeniem gotowym, co powoduje ten skutek faktyczny, że proces projektowania źródła kogeneracyjnego oznacza konieczność wykorzystania określonego typu gotowego urządzenia wyprodukowanego przez danego producenta w realiach danej inwestycji. Z uwagi na fakt, iż źródło kogeneracyjne jest projektowane w oparciu o gotowe urządzenie, to niezbędne jest uzyskanie przez jednostkę projektową (projektanta) wsadu projektowego dotyczącego takich informacji jak chociażby: masa urządzenia, jego fizyczne wymiary, sposoby podłączenia i wyprowadzenia instalacji, sposób zasilania w paliwo czy wielkości emisji czynników środowiskowych (np. hałasu). Wiedza co do tych elementów jest niezbędna do zaprojektowania źródła kogeneracyjnego, gdyż wykonawca źródła kogeneracyjnego (realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”) nie projektuje i nie produkuje osobiście agregatu kogeneracyjnego, lecz wykorzystuje gotowe urządzenie. Tym samym fakt, iż drugi z członków Konsorcjum Element (tj. Ferox Energy Systems Sp. z o.o.) przekazał wsad do dokumentacji projektowej nie zmienia faktu, iż Element S.A. zrealizuje projektowanie źródła kogeneracyjnego.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że stanowisko zamawiającego wyrażające zastrzeżenia co do tego,

iż konsorcjant Ferox Energy Systems Sp. z o.o. wykona „dostawę, montaż i uruchomienie (wspólnie z Element S.A.) agregatów kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej” jest sprzeczne z literalnym brzmieniem art. 117 ust. 3 Pzp. Stosownie do treści art. 117 ust. 3 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający nie jest uprawniony na podstawie przepisów Pzp wymagać, aby konsorcjant, który wykazuje doświadczenie wykonał dostawę, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu. Wymóg taki, zdaniem odwołującego, byłby sprzeczny z art. 117 ust. 3 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę na oczywistość różnicy pomiędzy zakresami regulacji z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp. Przy czym na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp zamawiający ma prawo oczekiwać, aby podać mu informację, którzy z konsorcjantów wykonają dane m.in. dostawy objęte przedmiotem zamówienia, natomiast zakres zastosowania art. 117 ust. 3 Pzp nie obejmuje dostaw, co oznacza, iż kwestia realizacji dostaw przez danego konsorcjanta (niezależnie od tego czy wykazuje on czy też nie wykazuje doświadczenia) jest z mocy samego prawa całkowicie irrelevantna. W konsekwencji – w opinii odwołującego - oświadczenie, że konsorcjant, który nie wykazuje warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykona dostawę agregatów kogeneracyjnych nie może być podstawą do uznania, iż Konsorcjum Element nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zwrócił też uwagę, że zamawiający w ogóle nie określił w SWZ jakiegokolwiek warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie realizacji dostaw.

Dalej odwołujący zauważył, że w opisie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ, w ogóle nie wskazano żadnych dostaw, a tym bardziej takich, które miałyby mieć charakter kluczowych części zamówienia. Ponadto, w treści SWZ zamawiający jednoznacznie oświadczył, że nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zatem, zamawiający nie wyodrębnił jakiegokolwiek części (żadnego świadczenia), które musi być osobiście wykonywane przez wykonawców. W ocenie odwołującego, gdyby przyjął stanowisko zamawiającego, to wówczas wykonawca samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia miałyby pełne prawo wykonać omawiane dostawy przy pomocy podwykonawcy, zaś przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dostawy musiałby obligatoryjnie wykonać konsorcjant, który wykazuje tak rozumiane doświadczenie. Zdaniem odwołującego wniosek taki jest kompletnie nieuprawniony, tym bardziej w świetle solidarnej odpowiedzialności wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie za wykonanie umowy.

Następnie odwołujący podniósł, iż chybiona i kompletnie nieuprawniona jest próba zrównania jednostek wytwórczych czy też agregatów kogeneracyjnych ze źródłem wysokosprawnej kogeneracji, gdyż źródło wysokosprawnej kogeneracji to obejmujący szereg branż budowlanych obiekt budowlany, którego jedynie pewną częścią jest jednostka wytwórcza oraz wchodzący w jej skład agregat kogeneracyjny. Odwołujący powołał się na punkt III ppkt 3.2.2. PFU. Podkreślił też, że to oznacza, iż agregat kogeneracyjny, to jedynie jedno z urządzeń (elementów składowych) źródła wysokosprawnej kogeneracji. Wskazał nadto, iż agregat kogeneracyjny jest gotowym urządzeniem produkowanym przez zewnętrznego producenta. Odwołujący zauważył, że w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 Pzp wskazał, iż konsorcjant Ferox Energy Systems Sp. z o.o. zrealizuje jedynie dostawę agregatów kogeneracyjnych, przy czym pojęcie „agregatu kogeneracyjnego” nie jest tożsame z pojęciem „jednostki wytwórczej”. Zgodnie z definicją zawartą w SWZ „jednostka wytwórcza” to „(jednostka – przyp. odwołującego) zbudowana w oparciu o Agregat Kogeneracyjny, składający się z silnika spalinowego gazowego zasilanego gazem ziemnym oraz generatora synchronicznego wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi. Tym samym agregat kogeneracyjny, to jeden z elementów składowych jednostki wytwórczej.”. Dalej stwierdził, iż z technicznego punktu widzenia w ogóle nie można mówić o „dostawie jednostki wytwórczej”, gdyż wykonanie jednostki wytwórczej ma charakter realizacji robót budowlanych. O ile sam agregat kogeneracyjny jest gotowym urządzeniem produkowanym przez zewnętrznego producenta, to jednostkę wytwórczą buduje się w oparciu o dostarczony agregat kogeneracyjny. Jednostka wytwórcza, jakkolwiek opiera się na agregacie kogeneracyjnym, wymaga zabudowania licznych urządzeń pomocniczych oraz wykonania szeregu instalacji do tego, aby mogła spełniać swoją funkcję.

Odwołujący podniósł, że przyjęcie istnienia obowiązku wykonania wszystkich dostaw materiałów i urządzeń (pomimo literalnej treści warunku udziału w postępowaniu) w realiach postępowania prowadziłyby do takiego skutku, iż tylko dostawca agregatów kogeneracyjnych lub ich producent mógłby spełnić tak rozumiany warunek udziału w postępowaniu, zaś warunku tego nie mogliby wykazać generalni wykonawcy inwestycji polegających na budowie w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) źródła wysokosprawnej kogeneracji.

W końcowej części uzasadnienia odwołania - „z najdalej idącej ostrożności procesowej” - odwołujący przedstawił argumentację w zakresie odrzucenia jego oferty z uwagi na niespełnienie warunku w postępowaniu, w której to odnosił się do kwestii doświadczenia wykazywanego przez konsorcjanta Element S.A. w oparciu o inwestycję pod nazwą: „Rozbudowa EC Sp. z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych” wykonywaną na rzecz Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach. Odwołujący przy tym podkreślał, że podstawa faktyczna odrzucenia oferty odwołującego, określona w informacji o wynikach postępowania z dnia 9 maja 2023 r., obejmuje wyłącznie wadliwość oświadczenia Konsorcjum Element z art. 117 ust. 4 Pzp.

Mając powyższe na względzie odwołujący wnosil jak w *petitum* odwołania.

Pismem z dnia 22.05.2023 r. wykonawca Bergerat Monnoyeur Sp. z o. o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku (dalej jako: „przystępujący”) zgłosił wystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 29.05.2023 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 30.05.2023 r. przystępujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie, w którym wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto, w dniu 31.05.2023 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej

dotatkowe stanowisko pisemne w sprawie

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie Robót budowlanych oraz przeprowadzenie usługi Serwisu dla Inwestycji pn.: „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji gazowej o mocy 8 MWe i 7,6 MWt w Opolu - GUK II”. Numer referencyjny postępowania to 2.KG.2023.

W zawiadomieniu z dnia 9 maja 2023 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert wykonawców w odniesieniu do oferty złożonej przez odwołującego zamawiający wskazał, m.in. że: „W stosunku do oferty Konsorcjum Element zaszyły dwie, niezależne podstawy odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu (...)

A. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp.

Zamawiający uznał, że w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Element wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, bowiem gwarancja wadialna nie dotyczyła prowadzonego Postępowania (błędne wskazanie numeru referencyjnego postępowania). Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2023 r. (numer dokumentu: KOG/02/4301- 0002/00028/20) wezwał Konsorcjum Element do wyjaśnienia treści złożonej gwarancji wadialnej, wskazując, iż „W gwarancji wadialnej został błędnie wskazany numer Postępowania. Zamiast numeru 2.KG.2023, wskazano 2.KG.2022. Co istotne, Zamawiający prowadził postępowanie o numerze 2.KG.2022, które zostało unieważnione. Postępowanie było prowadzone pod tą samą nazwą, zaś wadium było ustanowione dokładnie w tej samej wysokości, tj. 600.000,00 zł (...) Zamawiający jednoznacznie wskazał również w ww. wezwaniu, iż „Zamawiający jednocześnie przypomina, że art. 128 ust. 4 ustawy Pzp umożliwia wyłącznie wyjaśnienie przedłożonych w Postępowaniu dokumentów. Zamawiający wskazuje również, że zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, zasadniczo brak jest możliwości dokonywania zmian w treści oferty”. Konsorcjum Element w wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2023 r. (pismo nienumerowane) wskazał, iż błędnie wskazana data postępowania stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Z powyższym, w opinii Zamawiającego, nie sposób się zgodzić. W zakresie uznania omyłki za oczywistą, Zamawiający posiłkował się stanowiskami orzecznictwa i doktryny, wypracowanymi na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (oraz tożsamym w brzmieniu przepisie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, tj. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp z 2004 r.).

Zgodnie z wypracowanymi, jednolitymi stanowiskami, omyłki oczywiste, to omyłki które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. W przedmiotowym przypadku, mając na względzie fakt, że Zamawiający prowadził wcześniej postępowanie o numerze referencyjnym, nazwie postępowania oraz wysokości wadium, tożsamych jak w przedłożonej Zamawiającemu gwarancji wadialnej, nie sposób uznać, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską. Zamawiający zauważa, że gdyby tak było, to nie byłoby konieczności wzywania Wykonawcy do wyjaśnień.

Orzecznictwo KIO wskazuje jednoznacznie, że oczywiste omyłki, które nie rzutują na ważność gwarancji wadialnej, to przykładowo literówki w nazwie Wykonawcy, omyłki lub pominięcia słów w nazwie postępowania czy siedzibie Wykonawcy (nawet podanie błędnej siedziby), a zatem omyłki, które w żadnej mierze nie rzutują na możliwość identyfikacji zarówno wykonawcy, jak i danego postępowania.

W przedmiotowym Postępowaniu brak było możliwości jednoznacznej identyfikacji, którego w rzeczywistości postępowania dotyczyła złożona gwarancja wadialna. Przy czym sama data wystawienia dokumentów nie była wystarczająca do stwierdzenia, że gwarancja wadialna dotyczy Postępowania nr 2.KG.2023. Przykładowo, jeśli Wykonawca zamiast numeru 2.KG.2023 wskazał numer 2.KH.2023, to z uwagi na bliskość na klawiaturze liter „G” oraz „H” taka omyłka mogłaby zostać uznana przez Zamawiającego za oczywistą, niewymagającą wyjaśnienia.

Dalej, Wykonawca wskazywał w wyjaśnieniach, że w pkt 17.2 ppkt 2 SWZ Zamawiający nie wymagał wskazania w treści gwarancji wadialnej numeru referencyjnego Postępowania, tylko dokładną nazwę postępowania. Niemniej, jeśli Wykonawca zdecydował się na wskazanie w treści gwarancji wadialnej numeru referencyjnego, to numer ten winien być prawidłowy i jednoznacznie identyfikować Postępowanie, którego gwarancja wadialna dotyczy. Zamawiający stoi na stanowisku, że sama data wystawienia gwarancji wadialnej oraz okres ważności gwarancji wadialnej nie przesądzają o prawidłowości dokumentu gwarancji wadialnej. Wykonawca dołączył do wyjaśnień pismo Gwaranta, tj. InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Insurance Group z dnia 14 kwietnia 2023 r. Niemniej, z treści przedmiotowego pisma wynika, iż w rzeczywistości stanowi ono aneks do wydanej gwarancji wadialnej. Zamawiający wprost wskazał w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 11 kwietnia 2023 r., że instytucja wyjaśnień, uregulowana w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie może służyć uzupełnianiu treści oferty, tym bardziej, że gwarancja wadialna stanowi dokument, który nie może być uzupełniany lub poprawiany po terminie składania ofert. Zamawiający miał tym samym na uwadze fakt, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, co znajduje potwierdzenie w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto, Zamawiający już w chwili otwarcia ofert musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma on sumę gwarancyjną w całości, co jednak nie nastąpiło w przedmiotowym Postępowaniu. W konsekwencji powyższego, Zamawiający uznał, iż treść wadium nie pozwala na jednoznaczne ustalenie postępowania, w którym zostało wniesione, a tym samym, nie zabezpiecza ewentualnych, przyszłych roszczeń Zamawiającego, co przesądza, że jest wniesione w sposób wadliwy. Wyjaśnienia gwaranta, które de facto stanowią aneks do gwarancji wadialnej, dokonane po terminie składania ofert, uznać należy za spóźnioną próbę konwalidacji treści gwarancji wadialnej, co jest działaniem niedopuszczalnym i sprzecznym z ustawą Pzp.

Zauważyć również należy, że tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczające, kompensacyjne) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone (...)

Mając na względzie powyższe, zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum Element stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

B. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp.

Mając na uwadze fakt, że ofertę złożyli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, do oferty konieczne było załączenie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w pismach (...) wezwał Konsorcjum Elemont na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzez poprawienie oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe, Konsorcjum Elemont w piśmie z dnia 28 kwietnia 2023 r. w pkt II odniosło się do wezwania Zamawiającego oraz przedłożyło poprawione oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

W opinii Zamawiającego, pomimo poprawy oświadczenia, Konsorcjum Elemont nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w pkt. 12.4 ppkt 1 SWZ.

Zamawiający w całości kwestionuje argumentację Wykonawcy wskazaną w pkt. II pisma z dnia 28 kwietnia 2023 r. Przede wszystkim chybiony jest zarzut Wykonawcy jakoby Zamawiający w jakimkolwiek zakresie dokonał zmiany treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 12.4 SWZ (...).

Oczywiste jest zatem i nie budzi żadnych wątpliwości, że jeśli Konsorcjum Elemont ma wykazać się doświadczeniem w budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych, to w zakresie przedmiotowej inwestycji musiały wchodzić dostawy tychże jednostek wytwórczych. Argumentacja Konsorcjum Elemont jest zatem niezrozumiała i pozbawiona podstaw tak faktycznych, jak i prawnych. Zamawiający uznaje, że określony w pkt. 12.4 ppkt 1 SWZ warunek udziału w postępowaniu jest jednoznaczny, a inwestycja, na którą powołuje się wykonawca, celem wykazania jego spełnienia winna obejmować również dostawę na teren budowy wszystkich materiałów i urządzeń, składających się na wysokosprawną kogenerację, w której zakres wchodzi co najmniej dwie jednostki wytwórcze. Ponadto, istotne jest, że dostawa, zamontowanie i rozruch jednostek wytwórczych, jest jednym z kluczowych elementów inwestycji polegającej na budowie wysokosprawnej kogeneracji.

Konsorcjum Elemont do pisma z dnia 28 kwietnia 2023 r. dołączyło poprawione oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Z przedmiotowego oświadczenia wynika, że podmiotem wykazującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 12.4 ppkt 1 SWZ jest Wykonawca Elemont S.A. Z oświadczenia wynika, iż Wykonawca Elemont S.A. zrealizuje w tym zakresie następujący przedmiot zamówienia: „wykonanie roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, w tym w szczególności wykonanie prac projektowych, robót budowlano-konstrukcyjnych, AKPiA oraz elektrycznych związanych z budową źródła wysokosprawnej kogeneracji oraz wyprawdzeniem mocy cieplnej i elektrycznej wraz z budową GPO oraz bezpośredni udział w realizacji wszystkich robót dostaw i usług”. Powyższe oświadczenie Zamawiający uznałby za wystarczające, gdyby nie fakt, że w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wskazano, iż drugi z Konsorcjantów, tj. FEROX Energy Systems Sp. z o.o. wykona następujący zakres zamówienia „wsad do dokumentacji projektowej oraz dostawa, montaż i uruchomienie (wspólnie z Elemont S.A.) agregatów kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej wraz z serwisem układu wysokosprawnej kogeneracji w okresie gwarancji”.

W opinii Zamawiającego oświadczenie Konsorcjum Elemont jest zatem wewnętrznie sprzeczne. Biorąc z jednej strony Wykonawca Elemont wskazuje, że samodzielnie zaprojektuje i wykona Roboty budowlane, z drugiej jednak strony kluczowy element zamówienia, którym jest zaprojektowanie, dostawa, montaż oraz uruchomienie jednostek wytwórczych (agregatów kogeneracyjnych) zostanie dokonane przez konsorcjanta FEROX Energy Systems Sp. z o.o. Przy czym, nie wiadomo w jakim zakresie „wsad” do dokumentacji projektowej wykona Konsorcjant FEROX Energy Systems Sp. z o.o. Nie wiadomo również w jakim zakresie Wykonawcy będą wspólnie dostarczać, montować i uruchamiać agregaty kogeneracyjne (jednostki wytwórcze), a zatem najbardziej istotną część zamówienia. Zamawiający wskazuje, że rozruch agregatów, podczas którego następuje wykazanie spełnienia Parametrów Kontrolnych, limitujących odbiór całego przedmiotu zamówienia, jest niezwykle istotny i powinien być przeprowadzany przez doświadczonego podmiot.

Wykonawca wskazuje również w treści pisma z dnia 28 kwietnia 2023 r., że Partner Konsorcjum FEROX Energy Systems Sp. z o.o. samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt. 12.4 ppkt 1 SWZ. Niemniej, Wykonawca nie wskazał tego podmiotu jako spełniającego warunek, nie wskazał również w Wykazie robót budowlanych doświadczenia tego podmiotu, tym samym Zamawiający nie uznał wyjaśnień Wykonawcy w tym zakresie za potwierdzające spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Powyższe jest istotne tym bardziej, że Konsorcjum Elemont powołało się na referencje wystawione przez Zamawiającego. Niemniej przedmiotowa inwestycja wskazana w referencjach była wykonywana wspólnie przez konsorcjum firm, a Zamawiający ma wiedzę jaki zakres zamówienia wykonywał każdy z konsorcjantów. Zdaniem Zamawiającego przedmiotowe referencje w żadnej mierze nie potwierdzają, że Partner Konsorcjum FEROX Energy Systems Sp. z o.o. spełnia samodzielnie warunek udziału w postępowaniu, wskazany w pkt. 12.4 ppkt 1 ustawy Pzp (...)

Zasadne jest również wskazanie, że Zamawiający nie skorzystał w Postępowaniu z uprawnienia wskazanego w art. 117 ust. 1 ustawy Pzp i nie określił szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, każdy z określonych warunków udziału zamówienia winien spełniać co najmniej jeden z konsorcjantów, tym samym, ten z konsorcjantów, który wykazuje się spełnianiem danego warunku udziału w postępowaniu, winien wykazać w oświadczeniu składanym na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, że wykona zakres przedmiotu zamówienia, w zakresie którego wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

O ile zrozumięte jest dla Zamawiającego, że przy tak skomplikowanym przedmiocie zamówienia, jak określony w Postępowaniu, Wykonawca może się posłużyć pomocniczo doświadczeniem Konsorcjanta przy wykonywaniu zakresu umowy dot. warunku udziału w postępowaniu, który wykazuje Lider Konsorcjum, o tyle Zamawiający zauważa, że zaprojektowanie, dostawa, montaż i uruchomienie jednostek wytwórczych (agregatów kogeneracyjnych) stanowi zasadniczo przeważającą i najbardziej istotną część zamówienia. Zamawiający uznał zatem, iż z poprawionego oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, nie wynika jednoznacznie, iż zakres zamówienia, co do którego Wykonawca Elemont S.A. wykazuje się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu, będzie rzeczywiście wykonany przez Wykonawcę Elemont S.A., który wykazał się spełnieniem tego warunku. Konsorcjum Elemont nie wskazało również w jakim zakresie każdy z Konsorcjantów wspólnie wykona dokumentację projektową, dostawę, montaż oraz uruchomienie jednostek wytwórczych. Zauważyć należy, że doświadczenie nie może być przekazywane przez Wykonawców, pomiędzy

nimi, w ramach konsorcjum, a wymaganym doświadczeniem powinien legitymować się ten z Konsorcjantów, który będzie realizował zakres zamówienia, do którego wykonania to doświadczenie jest potrzebne. (...)

Zdaniem Zamawiającego zaistniała zatem przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp”.

W Części I Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”) w pkt 12.4 zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej i wskazał, że:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się posiadaniem doświadczenia oraz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Opis sposobu oceny spełnienia tego warunku jest następujący: warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli (wszystkie poniższe warunki muszą zostać spełnione łącznie):

1) Wykonawca wykaże co najmniej, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

a) co najmniej jedną robotę budowlaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych – w ramach jednej inwestycji (jednej zawartej umowy); alternatywnie wykonał:

a) co najmniej jedną dokumentację projektową dot. budowy źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 2 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych oraz

b) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych - w ramach dwóch różnych inwestycji (zawartych umów) – osobno lit. a) i osobno lit. b) powyżej.”.

Zgodnie z punktem 14.6 Części I SWZ: *W przypadku, o którym mowa w punkcie 14.5 powyżej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni Wykonawcy, przy zastrzeżeniu pkt 13.4 IDW. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 9 do IDW.”.*

Zgodnie z punktem 17.2 ppkt 2 Części I SWZ:

„W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać co najmniej następujące elementy:

a) Wskazanie Wykonawcy, czyli zleceniodawcy gwarancji; wskazanie Zamawiającego, czyli beneficjenta gwarancji,

b) wskazanie Gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielającej gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,

c) dokładną nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji,

d) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją,

e) wskazanie sumy gwarancyjnej,

f) określenie terminu ważności gwarancji na okres nie krótszy niż okres związania ofertą,

g) zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia pełnej sumy wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż zaszły okoliczności wskazane w art. 98 ust. 6 Pzp”.

W poprawionym oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp (załącznik nr 9 do IDW) przy piśmie z dnia 28.04.2023 r. - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 21.04.2023 r. - odwołujący wskazał, że wykonawca Element S.A. zrealizuje następujący zakres zamówienia: „wykonanie roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, w tym w szczególności wykonanie prac projektowych, robót budowlano-konstrukcyjnych, AKPiA oraz elektrycznych związanych z budową źródła wysokosprawnej kogeneracji oraz wyprowadzeniem mocy cieplnej i elektrycznej wraz z budową GPO oraz bezpośredni udział w realizacji wszystkich robót dostaw i usług”. Natomiast wykonawca FEROX Energy Systems Sp. z o.o. zrealizuje: wsad do dokumentacji projektowej oraz dostawa, montaż i uruchomienie (wspólnie z Element S.A.) agregatów kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej wraz z serwisem układu wysokosprawnej kogeneracji w okresie gwarancji.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody z dokumentów złożone przez strony i przystępującego, a także stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić.

I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp (w zw. z art. 65 § 1 i 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp) poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż Konsorcjum Element wniosło wadium w sposób nieprawidłowy Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Natomiast art. 65 § 1 i 2 KC stanowi, iż:

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Izba w pełni podziela argumentację odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu ww. zarzutu.

Należy zauważyć, że zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wskazał, iż: „uznał, że w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Element wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, bowiem gwarancja wadialna nie dotyczyła prowadzonego Postępowania (błędne wskazanie numeru referencyjnego postępowania).”.

Takie stanowisko zamawiającego jest bezpodstawne. Nie było żadnych ku temu przesłanek, aby uznać, że gwarancja wadialna nie dotyczyła prowadzonego postępowania. Na pewno nie przesądzało o tym błędne wskazanie numeru referencyjnego postępowania w treści gwarancji wadialnej.

W ocenie Izby, która w pełni podziela w tym zakresie argumentację odwołującego, w treści Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium o numerze 02GG04/0566/23/0004 z dnia 31.03.2023 r. wystąpiła oczywista omyłka pisarska, polegająca na błędnym wskazaniu numeru referencyjnego postępowania, tj. „2.KG.2022” zamiast „2.KG.2023”. Oczywistość tej omyłki nie powinna budzić – zdaniem Izby – żadnych wątpliwości. Ta omyłka jest bowiem wyraźnie zauważalna, a także nie potrzeba dokonywać żadnych dodatkowych ustaleń czy wykładni, aby wiedzieć w jaki sposób ją poprawić. Omyłka ta nie powoduje nieważności gwarancji wadialnej, czy też braku zabezpieczenia oferty wadium.

Potwierdził to sam gwarant - InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie w piśmie z dnia 14.04.2023 r. wskazując, że w Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG04/0566/23/0004 „wystąpiła oczywista omyłka pisarska w numerze referencyjnym nadanym sprawie przez Zamawiającego sektorowego:

Jest:

„Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego sektorowego: 2.KG.2022.”

powinno być:

„Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego sektorowego: 2.KG.2023.”

Omyłkowo przywołany numer referencyjny w żaden sposób nie rzutuje na możliwość skorzystania przez Beneficjenta z wadium i nie ogranicza w żaden sposób praw Beneficjenta do żądania wypłaty wadium. Niniejszym InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group potwierdza ważność złożonej UBEZPIECZENIOWEJ GWARANCJI ZAPŁATY WADIUM Nr 02GG04/0566/23/0004 dla przetargu „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji gazowej o mocy 8 MWe i 7,6 MWt w Opolu - GUK II”, nr referencyjny 2.KG.2023.”

Nie jest tak jak twierdzi zamawiający, że brak jest możliwości jednoznacznej identyfikacji, którego w rzeczywistości postępowania dotyczy złożona gwarancja wadialna.

Izba zauważa, że fakt prowadzenia w przeszłości przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym „2.KG.2022”, które było prowadzone pod taką samą nazwą a wadium miało być ustanowione w takiej samej wysokości, nie powinien stanowić jakiegokolwiek powodu do obaw zamawiającego co do prawidłowości i skuteczności wniesionego wadium w tym postępowaniu.

Terminy wskazane w treści dokumentu gwarancji wadialnej przeczą twierdzeniom zamawiającego i potwierdzają tezę o oczywistej omyłce. Zgodnie z treścią Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium jest ona ważna w okresie od dnia 3 kwietnia 2023 r. do dnia 2 czerwca 2023 r. („okres ważności gwarancji”), czyli w okresie nie krótszym niż termin związania ofertą w postępowaniu o numerze referencyjnym: 2.KG.2023. Także data wystawienia i podpisania gwarancji - czyli 31 marca 2023 r. - potwierdza, iż została ona wystawiona dla aktualnie prowadzonego postępowania o numerze referencyjnym: 2.KG.2023.

Ponadto, w poprzednio prowadzonym postępowaniu o numerze referencyjnym 2.KG.2022 odwołujący w ogóle nie złożył oferty, a twierdzenia zamawiającego, iż odwołujący był zainteresowany poprzednim postępowaniem nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości samej gwarancji i kwestii oczywistości omyłki.

Skład orzekający nie podziela też argumentacji zamawiającego w kwestii aneksowania gwarancji zapłaty wadium przez ubezpieczyciela. Gwarant w złożonym oświadczeniu potwierdził wyłącznie wystąpienie oczywistej omyłki pisarskiej w gwarancji zapłaty wadium. Nie sposób uznać z samego doboru wyrażeń i sformułowań użytych przez niego („jest”, „powinno być”), iż w istocie doszło do aneksowania gwarancji wadialnej w tym zakresie. W ocenie Izby nie jest tak jak twierdzi zamawiający, że z pisma ubezpieczyciela z dnia 14.04.2023 r. wynika, iż jego intencją było zawarcie aneksu do gwarancji wadialnej, tj. dokonanie modyfikacji gwarancji wadialnej. W istocie bowiem nie doszło do żadnej modyfikacji treści gwarancji, a jedynie do potwierdzenia przez jej wystawcę, że w treści dokumentu doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na błędnym wskazaniu jednej cyfry numeru referencyjnego postępowania, którego dotyczyć miała ta gwarancja.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego podnosił, że gdyby faktycznie była to oczywista omyłka pisarska, to nie byłoby konieczności wzywania wykonawcy do wyjaśnień. Warto zauważyć, że to zamawiający podjął decyzję o wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień, a w ocenie Izby taka potrzeba nie zachodziła, gdyż z samej treści gwarancji wadialnej niewątpliwie można było wywieść, iż dotyczy ona obecnie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym: 2.KG.2023. Nie można zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, że omyłka ta uniemożliwiła identyfikację postępowania, skoro została prawidłowo wskazana nazwa postępowania i nie było zastrzeżeń co do innych elementów treści gwarancji, a w uprzednio prowadzonym postępowaniu o numerze referencyjnym 2.KG.2022 odwołujący nie składał w ogóle oferty. Twierdzenia zamawiającego podnoszone na rozprawie, że odwołujący zapewne miał przygotowaną ofertę w poprzednim postępowaniu, skoro był nim zainteresowany (o czym miały świadczyć pytania zadawane przez tego wykonawcę), są daleko idącą nadinterpretacją działań podejmowanych przez odwołującego. Tym bardziej, że termin składania ofert w postępowaniu, które zostało unieważnione przypadła na dzień 10.02.2023 r., a dokument gwarancji, kwestionowanej przez zamawiającego, został podpisany w dniu 31.03.2023 r. Zatem nie sposób się zgodzić z twierdzeniami zamawiającego, że w treści gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego „brak bowiem jakichkolwiek elementów, których wykładnia mogłaby prowadzić do wniosku, że gwarancja wadialna dotyczyła Postępowania 2.KG.2023, a nie postępowania 2.KG.2022.” (pkt 12 odpowiedzi na odwołanie).

Słusznie też odwołujący podnosił, że zamawiający wymieniając w SWZ obligatoryjne elementy treści gwarancji

wadialnej, nie wskazał na numer referencyjny postępowania.

Ponadto, zasadnie odwołujący wywodził, że gwarancja ubezpieczeniowa jest umową do której znajdują zastosowanie zasady wykładni oświadczeń woli stron wynikające z art. 65 KC, a jedną z tych zasad jest ustalenie jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, w przypadku wątpliwości co do treści samej umowy. A w tym przypadku celem jest skuteczne wniesienie wadium. Niemniej jednak, jak wskazano powyżej, w niniejszym przypadku nie było potrzeby powoływania się na reguły wykładni oświadczeń woli stron umowy, skoro w sposób nie budzący wątpliwości można było wywieść z treści samej gwarancji, że wystąpiła oczywista omyłka pisarska i którego w istocie postępowania dotyczy przedłożony dokument gwarancji.

Biorąc powyższe pod uwagę - w ocenie Izby - zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 226ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp(w tym w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp) poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż Konsorcjum Element nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie zaś do art. 117 ust. 3 i 4 Pzp:

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub oświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Na wstępie podkreślenia wymaga kwestia, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada i poddaje ocenie czynności bądź zaniechania zamawiającego. W niniejszej sprawie takiej ocenie podlega czynność odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wyartykułowane bezpośrednio w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty. Oczywiście, Izba orzeka też w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 555 ustawy Pzp. W konsekwencji należy przyjąć, iż argumentacja, która nie znalazła jakiegokolwiek odzwierciedlenia w uzasadnieniu prawnym i faktycznym podjętej czynności, a co należy rozumieć w ten sposób, iż nie stanowiła podstawy podjęcia tej czynności przez zamawiającego, nie może mieć także wpływu na rozstrzygnięcie w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Izbą.

Te wstępnie poczynione uwagi są konieczne w kontekście rozszerzonej argumentacji (w stosunku do treści zawiadomienia z dnia 9.05.2023 r. o odrzuceniu oferty odwołującego), prezentowanej w pismach zarówno zamawiającego, jak i przystępującego oraz na rozprawie.

W szczególności chodzi o próbę kwestionowania doświadczenia wykonawcy Element S.A. w związku z powołaniem się przez niego na inwestycję realizowaną na rzecz Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Skierniewicach (co podnosił przystępujący w swoim pisemnym stanowisku z dnia 29.05.2023 r.), jak również chodzi o kwestię kwalifikacji dostawy agregatów kogeneracyjnych jako roboty budowlanej (co podnosił przystępujący, jak i zamawiający). Te okoliczności nie znajdują odzwierciedlenia w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego z dnia 9.05.2023r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że: „*Odwołujący mylnie próbuje zatem wykazać, że istotą problemu i podstawą odrzucenia jego oferty, jako niespełniającej warunku udziału w Postępowaniu, stanowi wykonanie przez Konsorcjanta „wsadu” do dokumentacji projektowej oraz dostaw na teren budowy. W rzeczywistości należy zwrócić uwagę, że dostawa wraz z montażem oraz rozruch agregatów kogeneracyjnych, stanowią istotną część robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, tj. budowę źródła wysokosprawnej kogeneracji i nie można tego zakresu sprowadzać wyłącznie do dostawy rzeczy oznaczonej co do gatunku, ale traktować jako istotny element robót budowlanych, polegających na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji.*”

Tymczasem w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazywał, że: „*Oczywiste jest zatem i nie budzi żadnych wątpliwości, że jeśli Konsorcjum Element ma wykazać się doświadczeniem w budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych, to w zakres przedmiotowej inwestycji musiały wchodzić dostawy tychże jednostek wytwórczych. Argumentacja Konsorcjum Element jest zatem niezrozumiała i pozbawiona podstaw tak faktycznych, jak i prawnych. Zamawiający uznaje, że określony w pkt. 12.4 ppkt 1 SWZ warunek udziału w postępowaniu jest jednoznaczny, a inwestycja, na którą powołuje się wykonawca, celem wykazania jego spełnienia winna obejmować również dostawę na teren budowy wszystkich materiałów i urządzeń, składających się na wysokosprawną kogenerację, w której zakres wchodzi co najmniej dwie jednostki wytwórcze. Ponadto, istotne jest, że dostawa, zamontowanie i rozruch jednostek wytwórczych, jest jednym z kluczowych elementów inwestycji polegającej na budowie wysokosprawnej kogeneracji.*” Jak z powyższego wynika w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający sam wielokrotnie odwołuje się do kwestii „dostaw” czy to jednostek wytwórczych, czy w ogóle materiałów i urządzeń na teren budowy, a w odpowiedzi na odwołanie przesuwa ciężar argumentacji, a wręcz ją modyfikuje, wskazując, iż dostawę wraz z montażem oraz rozruch agregatów kogeneracyjnych należy traktować jako istotny element robót budowlanych.

Odnosząc się zaś bezpośrednio do treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego Izba stwierdza, że rację miał odwołujący wskazując, iż zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty w oparciu o postanowienia, które nie zostały bezpośrednio wyrażone w treści warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 12.4 ppkt 1 Część I SWZ o treści: „1) Wykonawca wykaże co najmniej, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

a) *co najmniej jedną robotę budowlaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych – w ramach jednej inwestycji (jednej zawartej umowy); (...).*”

Zamawiający w swojej decyzji z dnia 9.05.2023 r. wskazał, że biorąc pod uwagę fakt, że ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, to konieczne było załączenie do oferty oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający podał też, że odwołujący był wezwany do poprawienia tego oświadczenia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, pomimo poprawienia oświadczenia, wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 12.4 ppkt 1 SWZ. Według zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest jednoznaczny a inwestycja, na którą powołuje się wykonawca, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, winna obejmować również dostawę na teren budowy wszystkich materiałów i urządzeń, składających się na wysokosprawną kogenerację, w której zakres wchodzi co najmniej dwie jednostki wytwórcze. Podkreślił, że istotne jest to, że dostawa, zamontowanie i rozruch jednostek wytwórczych jest jednym z kluczowych elementów inwestycji polegającej na budowie wysokosprawnej kogeneracji.

Jednakże z brzmienia przytoczonego powyżej warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że obejmuje on również dostawy na teren budowy wszystkich materiałów i urządzeń, składających się na wysokosprawną kogenerację. Zgodnie z jego treścią wykonawca winien się wykazać doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych – w ramach jednej inwestycji (jednej zawartej umowy). Stanowisko zamawiającego, iż obejmuje on dostawę wszystkich materiałów na teren budowy stanowi w istocie próbę rozszerzenia zakresu przedmiotowego warunku. Podobnie jeśli chodzi o dostawę agregatów kogeneracyjnych. Z brzmienia warunku nie wynika, iż obejmuje on swoim zakresem także dostawę agregatów kogeneracyjnych. Być może takie było zamierzenie zamawiającego, ale nie zostało ono wyartykułowane w treści warunku. Izba nie neguje tego, że dostawa agregatów kogeneracyjnych to jeden z kluczowych elementów takiej inwestycji. Niemniej jednak treść przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie wskazuje na dostawę i montaż agregatów kogeneracyjnych jako obligatoryjny jego element. A zatem należy uznać, że stanowisko zamawiającego wyrażone w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach SWZ.

Nie można zatem uznać, że wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, który nie jest podmiotem wykazującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ nie może realizować tej części inwestycji. Właśnie z tego względu, że z treści tego warunku nie wynika konieczność wykazania się doświadczeniem w zakresie dostaw agregatów kogeneracyjnych. Słusznie zauważył odwołujący, że wykonanie robót budowlanych w sposób oczywisty jest związane z realizacją dostaw niezbędnych do realizacji robót, ale nie oznacza to, iż wszystkie te dostawy ma wykonać osobiście wykonawca robót budowlanych.

Dodać również należy, że słusznie zauważył odwołujący, iż zamawiający zamiennie posługuje się pojęciami „agregat kogeneracyjny” i „jednostka wytwórcza”, które to pojęcia nie mają tożsamego znaczenia.

Zamawiający bowiem w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego wskazywał, że: *„Oczywiste jest zatem i nie budzi żadnych wątpliwości, że jeśli Konsorcjum Element ma wykazać się doświadczeniem w budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych, to w zakres przedmiotowej inwestycji musiały wchodzić dostawy tychże jednostek wytwórczych.”*

Tymczasem w oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wskazano, że konsorcjant - FEROX Energy Systems Sp. z o.o. będzie odpowiedzialny m.in. za dostawę agregatów kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej, a nie za dostawę jednostek wytwórczych.

Ponadto, zamawiający dalej podał, że: *„W opinii Zamawiającego oświadczenie Konsorcjum Element jest zatem wewnętrznie sprzeczne. Bowiem z jednej strony Wykonawca Element wskazuje, że samodzielnie zaprojektuje i wykona Roboty budowlane, z drugiej jednak strony kluczowy element zamówienia, którym jest zaprojektowanie, dostawa, montaż oraz uruchomienie jednostek wytwórczych (agregatów kogeneracyjnych) zostanie dokonane przez konsorcjanta FEROX Energy Systems Sp. z o.o.”*. Jak wskazano powyżej, w oświadczeniu jest mowa o agregatach kogeneracyjnych a nie o całej jednostce wytwórczej. Postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (punkt 4.1 PFU), gdzie wskazano, że jednostka wytwórcza to jednostka zbudowana w oparciu o Agregat Kogeneracyjny, składający się z silnika spalinowego gazowego zasilanego gazem ziemnym oraz generatora synchronicznego wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi, również potwierdzają, że jednostki wytwórczej nie należy utożsamiać z agregatem kogeneracyjnym.

Zamawiający w punkcie 26. odpowiedzi na odwołanie podnosił, że współpracował z odwołującym przy poprzednich inwestycjach i stąd ma wiedzę, że konsorcjant FEROX Energy Systems Sp. z o.o. dostarczając agregat kogeneracyjny w zabudowie kontenerowej w rzeczywistości dostarczał jednostkę wytwórczą, bowiem w kontenerze znajdowały się zasadniczo wszystkie instalacje i układy wskazane w definicji jednostki wytwórczej. Z tego też powodu zamawiający jest przekonany, że także w tym postępowaniu konsorcjant FEROX Energy Systems Sp. z o.o. zastosuje analogiczne rozwiązania, jak w poprzednio realizowanej inwestycji w Jeleniej Górze.

W ocenie Izby przywołane stanowisko zamawiającego wskazuje, że zamawiający w tym zakresie opiera się jedynie na osobistym przekonaniu i na domysłach, a nie na faktycznej treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez odwołującego w tym postępowaniu. To, że wykonawca zamierza dostarczyć agregat kogeneracyjny w zabudowie kontenerowej nie przesądza o tym, że dostarczy jednostkę wytwórczą (jednostkę z instalacjami, układami i urządzeniami pomocniczymi opisanymi w PFU). Przy czym Izba nie kwestionuje, że agregat stanowi istotną część technologiczną całego układu kogeneracyjnego, na co wskazywał przystępujący.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający stwierdził ponadto, że uznałby samo oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożone przez odwołującego za wystarczające, ale jest ono: *„wewnętrznie sprzeczne. Bowiem z jednej strony Wykonawca Element wskazuje, że samodzielnie zaprojektuje i wykona Roboty budowlane, z drugiej jednak strony kluczowy element zamówienia, którym jest zaprojektowanie, dostawa, montaż oraz uruchomienie jednostek wytwórczych (agregatów kogeneracyjnych) zostanie dokonane przez konsorcjanta FEROX Energy Systems Sp. z o.o. Przy czym, nie wiadomo w jakim zakresie „wsad” do dokumentacji projektowej wykona Konsorcjant FEROX Energy Systems Sp. z o.o. Nie wiadomo również w jakim zakresie Wykonawcy będą wspólnie dostarczać, montować i uruchamiać agregaty kogeneracyjne (jednostki wytwórcze), a zatem najbardziej istotną część zamówienia (...).”*

W ocenie Izby nie ma sprzeczności w oświadczeniu złożonym przez odwołującego na podstawie art. 117 ust. 4

ustawy Pzp, a które zostało przez niego poprawione na wezwanie zamawiającego (oświadczenie złożone przy piśmie z dnia 28.04.2023 r.).

W oświadczeniu tym odwołujący wskazał, że to Element S.A. – Lider Konsorcjum „zrealizuje następujący zakres zamówienia:

wykonanie roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, w tym w szczególności wykonanie prac projektowych, robót budowlano-konstrukcyjnych, AKPiA oraz elektrycznych związanych z budową źródła wysokosprawnej kogeneracji oraz wyprowadzeniem mocy ciepłej i elektrycznej wraz z budową GPO oraz bezpośredni udział w realizacji wszystkich robót dostaw i usług.”.

Z kolei wykonawca FEROX Energy Systems Sp. z o.o.– Partner Konsorcjum: „zrealizuje następujący zakres zamówienia: wsad do dokumentacji projektowej oraz dostawa, montaż i uruchomienie (wspólnie z Element S.A.) agregatów kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej wraz z serwisem układu wysokosprawnej kogeneracji w okresie gwarancji.”.

Jak z powyższego wynika to niewątpliwie Lider konsorcjum – Element S.A. będzie odpowiedzialny za realizację roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającej na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, w tym za wykonanie prac projektowych oraz robót budowlano – konstrukcyjnych związanych z budową źródła wysokosprawnej kogeneracji, a zatem będzie odpowiedzialny za ten zakres zamówienia co do którego należało się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu opisanym w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ

Natomiast FEROX Energy Systems Sp. z o.o. ma jedynie odpowiadać za „wsad do dokumentacji projektowej”, czyli jak wyjaśniał to odwołujący – za przekazanie projektantowi robót budowlanych, polegających na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji, takich informacji jak chociażby dotyczących masy agregatu kogeneracyjnego, jego fizycznych wymiarów, sposobów podłączenia i wyprowadzenia instalacji, sposobu zasilania w paliwo czy wielkości emisji czynników środowiskowych (np. hałasu), co jest niezbędne do zaprojektowania źródła wysokosprawnej kogeneracji. Podkreślił, że w tym przypadku wykonawca roboty budowlanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” wykorzystuje gotowy agregat kogeneracyjny, nie jest jego projektantem i producentem, stąd też konieczność uzyskania tzw. „wsadu projektowego”. Jednocześnie odwołujący zauważył, że nie zmienia to faktu, że to Element S.A. będzie odpowiedzialny za wykonanie prac projektowych dotyczących budowy źródła wysokosprawnej kogeneracji, co jednoznacznie wynika z treści oświadczenia. Izba podziela argumentację odwołującego w tym zakresie i wskazuje, że z treści oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie wynika, że to wykonawca FEROX Energy Systems Sp. z o.o. będzie odpowiedzialny za wykonanie prac projektowych, a na pewno nie wynika, że będzie odpowiedzialny za zaprojektowanie całej jednostki wytwórczej. Z całą pewnością nie można utożsamiać wykonania prac projektowych z przekazaniem „wsadu projektowego”.

Ponadto, wykonawca FEROX Energy Systems Sp. z o.o. w ramach podziału zakresu prac pomiędzy konsorcjantami miał odpowiadać za „dostawę, montaż i uruchomienie (wspólnie z Element S.A.) agregatów kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej”. Izba podziela w tym zakresie stanowisko odwołującego, co było wcześniej wskazane, iż z brzmienia warunku nie wynika, aby dostawa agregatów kogeneracyjnych miała być objęta warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej. Jednocześnie przypomnieć należy, że zamawiający w swojej decyzji odwołuje się do kwestii dostawy i rozruchu jednostek wytwórczych, a w oświadczeniu jest mowa o agregatach kogeneracyjnych w zabudowie kontenerowej, które stanowią element jednostki wytwórczej.

W ocenie Izby – wbrew twierdzeniom zamawiającego – z poprawionego oświadczenia odwołującego, złożonego w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że zakres zamówienia, co do którego wykonawca Element S.A. wykazuje się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, będzie faktycznie wykonany przez tego wykonawcę.

W konsekwencji Izba podziela stanowisko odwołującego, że zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, złożonego przez odwołującego uznając, iż Konsorcjum Element nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.4 ppkt 1 Części I SWZ.

Izba pominęła dowody złożone przez przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 29.05.2023 r., a dotyczące realizacji inwestycji pod nazwą: „Rozbudowa EC Sp. z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych” dla Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach z uwagi na to, że nie dotyczyły one okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (tj. pominęła załączniki nr 1 – 8 do pisma z dnia 29.05.2023 r.). Należy bowiem zauważyć, iż w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający nie kwestionował w jakikolwiek sposób doświadczenia i zakresu prac wykonanych przez Element S.A. w ramach inwestycji dla Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach (a do tego odnosiły się ww. dowody).

Biorąc powyższe pod uwagę - w ocenie Izby - zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uwzględniła odwołanie w całości i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz noclegów w wysokości 260,67 zł, na podstawie faktur VAT złożonych przez odwołującego na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący:

