

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 czerwca 2025 roku przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zarmen sp. z o.o., Remak – Energomontaż S.A. (ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. (ul. Złota 59, 00-120 Warszawa) przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego: AB Industry S.A. (Macierzysz, ul. Wojska Polskiego 4, 05-850 Ożarów Mazowiecki)

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Unibep S.A. (ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski), SBB Energy S.A. (ul. Łowicka 1, 45-324 Opole)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zarmen sp. z o.o., Remak – Energomontaż S.A. (ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa) i
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zarmen sp. z o.o., Remak – Energomontaż S.A. (ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego,
- 3.1. zasądza od Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zarmen sp. z o.o., Remak – Energomontaż S.A. (ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa) na rzecz Zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. (ul. Złota 59, 00-120 Warszawa) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2340/25

UZASADNIENIE

Zamawiający PGE Energia Ciepła S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia „Budowa źródła kogeneracyjnego na paliwo gazowe opartego na układzie silników gazowych dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 1 w Krakowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S:64/2025 pod numerem 00206893-2025.

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Zarmen sp. z o.o. (Lider), Remak - Energomontaż S.A. (Partner) wniósł odwołanie, w którym zrzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt) 14 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nieodrzuceniu oferty Konsorcjum Unibep i SBB Energy pomimo tego, że Konsorcjum Unibep i SBB Energy w sposób nieprawidłowy wniosło wadium;
- art. 226 ust. 1 pkt) 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nieodrzuceniu oferty Konsorcjum Unibep i SBB Energy pomimo zaniechania złożenia w przewidzianym terminie przez to konsorcjum podmiotowych środków dowodowych tj. zaświadczeń o niekaralności osób uprawnionych do reprezentowania Innio Jenbacher GmbH (wspólnika spółki jawnej Innio Jenbacher GmbH & Co OG) - podmiotu udostępniającego Konsorcjum Unibep i SBB Energy swoje zasoby na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (Zamawiający na tym etapie pominął, iż Konsorcjum Unibep i SBB Energy nie wykazało podstaw do wykluczenia w odniesieniu do członków organu zarządzającego Innio Jenbacher GmbH);
- art. 226 ust. 1 pkt) 2 lit. b i c) w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nieodrzuceniu oferty Konsorcjum Unibep i SBB Energy pomimo niezłożenia w przewidzianym terminie przez to konsorcjum podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia z punktu 15.6.4 SWZ bowiem z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) oraz Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz referencji podmiotu trzeciego nie wynika, że Konsorcjum Unibep i SBB Energy faktycznie zapewniło sobie realny dostęp do doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby (tj. Innio

Jenbacher GmbH & Co OG) zwłaszcza, że referencje Innio Jenbacher GmbH & Co OG nie wskazują, że tłokowe silnik spalinowe dostarczone przez Innio Jenbacher GmbH & Co OG są dostarczone ze sprężarką powietrza i generatorem wraz z instalacjami doprowadzenia paliwa i wyprowadzenia spalin;

- art. 226 ust. 1 pkt) 2 lit. b i c) w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nieodrzuconiu oferty Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY pomimo niezłożenia w przewidzianym terminie przez to konsorcjum podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia z punktu 15.6.4 SWZ bowiem przedłożone referencje nie są właściwie podpisane tj. podpis pod referencją ACEA PRODUZIONE S.p.A. to faksymile a podpis pod referencją SWP STADTWERKE PFORZHEIM GMBH & CO jest nieczytelny i nieidentyfikowalny co do osoby składającej podpis.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie Zamawiający błędnie dokonał wyboru oferty wykonawców SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podczas gdy z uwagi na wadliwość przedłożonej przez nich gwarancji zapłaty wadium, Zamawiający zobligowany był do ich wykluczenia oraz odrzucenia ich oferty.

W ocenie Odwołującego wadliwość złożonej przez SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. gwarancji wadliwej wynika z faktu, iż literalna treść tych gwarancji (z uwagi na sposób ich sformułowania) nie pozwala na przyjęcie, że naruszenie powstałe z przyczyn któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tj. chodzi o przesłanki wymienione w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych) pozwala na skorzystanie przez beneficjenta (Zamawiającego) z gwarancji. Jak wyjaśnił, literalna treść tych gwarancji wskazuje, iż po stronie beneficjenta (Zamawiającego), roszczenie o zapłatę z gwarancji nastąpi wyłącznie w przypadku, gdy okoliczności wymienione w art. 98 ust. 6 p.z.p. ziszcza się z przyczyn leżących po stronie obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia łącznie (a nie z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z nich). W takim wypadku dla nabycia przez Zamawiającego prawa do skorzystania z gwarancji nie wystarczy naruszenie dokonane przez któregośkolwiek z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, lecz konieczne będzie naruszenie dokonane przez obu wykonawców - co czyni taką gwarancję wadliwą wadliwą. Zdaniem Odwołującego, treść przedstawionych przez SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. gwarancji wadliwych nie daje podstaw dla przyjęcia, iż naruszenie dokonane przez któregośkolwiek z nich dawałoby podstawy dla skorzystania z gwarancji przez beneficjenta. Wskazał, że sposób w jaki sformułowane zostały gwarancje wadliwe dostarczone przez SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. wskazuje na to, iż wyłącznie wspólne/łączne uchybienia obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiąc będą podstawą dla nabycia przez Zamawiającego prawa do skorzystania z gwarancji wadliwej.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu wykorzystало potencjał podmiotu trzeciego Innio Jenbacher GmbH & Co OG. Zgodnie z wyciągiem z Rejestru Handlowego Republiki Austrii w spółce Innio Jenbacher GmbH & Co OG występuje:

-2 prokurentów uprawnionych do samodzielnej reprezentacji (Panowie K.E. i Dr. Geert Rehberg),

-2 wspólników ponoszących odpowiedzialność bez ograniczenia tj. Innio Austria GmbH oraz Innio Jenbacher GmbH, a do samodzielnej reprezentacji spółki uprawniona wyłącznie jest Innio Jenbacher GmbH.

Jako podmiotowe środki dowodowe w zakresie zaświadczeń o niekaralności Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY' złożyło m.in. austriackie zaświadczenia o niekaralności dla prokurentów Innio Jenbacher GmbH & Co OG tj. dla Panów: K.E. i Dr. Geert Rehberg.

Zdaniem Odwołującego, w dokumentach postępowania brakuje zaświadczeń o niekaralności Pana Martina Muhlbacher i Pana Olafa Berlien- dyrektorów zarządzających uprawnionych do samodzielnej reprezentacji w Innio Jenbacher GmbH. Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY obowiązane było wykazać brak zaistnienia przesłanki do wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych również w odniesieniu do podmiotu trzeciego - Innio Jenbacher GmbH & Co OG.

W ocenie Odwołującego, członkowie zarządu Innio Jenbacher GmbH jakowspólnik Innio Jenbacher GmbH & Co OG powinni zostać poddani weryfikacji określonej w art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, przemawia za tym ratio legis tej regulacji i nie sposób przyjąć, aby weryfikacja w zakresie spełnienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych mogła ograniczyć się jedynie do osoby prawnej (jak uczyniło Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY). Oczywistym jest, że osoba prawna (Innio Jenbacher GmbH) n może zostać skazana za przestępstwo, więc pozostawienie tej kwestii bez wyjaśnienia, stanowiłoby obejście przepisów PZP i świadczyłoby jedynie o tym, że procedura weryfikacji wykonawcy ma charakter czysto formalny i pozorny.

Zdaniem Odwołującego członkowie organu zarządzającego Innio Jenbacher GmbH (wspólnik Innio Jenbacher GmbH & Co OG), jako osoby uprawnione z mocy prawa do działania w imieniu w/w podmiotu podlegają weryfikacji z perspektywy art. 108 ust. 1 pkt 2) PZP i winny przedłożyć stosowne zaświadczenia z KRK.

Zgodnie z punktem 15.6.4 SWZ Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy posiadania referencji w zakresie:

- 15.6.4.1 w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonał co najmniej 1 (jedno) zamówienie, którego zakres przedmiotowy obejmował łącznie: projektowanie, dostawę i montaż oraz uruchomienie i przekazanie do eksploatacji:

a) agregatu kogeneracyjnego, którego moc elektryczna znamionowa netto wynosiła nie mniej niż 5 MWe lub

b) agregatów kogeneracyjnych, których moc elektryczna znamionowa netto wynosiła łącznie nie mniej niż 5 MWe, w tym co najmniej 1 agregat kogeneracyjny o mocy nie mniejszej niż 2,5 MWe;

-15.6.4.2 wykonywał należycie przez okres co najmniej kolejnych 24 miesięcy przypadających w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Ofert co najmniej 1 (jedno) zamówienie polegające na świadczeniu długoterminowego serwisu agregatu kogeneracyjnego lub silnika spalinowego stanowiącego główny element agregatu kogeneracyjnego, którego moc elektryczna znamionowa netto wynosiła nie mniej niż 2 MWe.

Pod pojęciem „agregatu kogeneracyjnego”, o którym mowa w powyżej, Zamawiający rozumie kompletny zespół urządzeń wytwórczych (do produkcji energii elektrycznej i ciepłej) i ich instalacji pomocniczych, obejmujący co najmniej: tłokowy silnik spalinowy ze sprężarką powietrza i generatorem wraz z instalacjami doprowadzenia paliwa, wyprowadzenia spalin.

Odwołujący wskazał, że w referencjach przedłożonych przez podmiot udostępniający zasoby brak jest informacji, aby tłokowe silniki spalinowe dostarczane były wraz ze sprężarką powietrza i generatorem oraz z instalacjami doprowadzenia paliwa, wyprowadzenia spalin.

Odwołujący wskazał, że z ogólnodostępnych informacji wynika, że typowe realizacje inwestycyjne INNIO, w tym referencje dotyczące projektów dla ACEA PRODUZIONE S.p.A. (Włochy) oraz SWP Stadtwerke Pforzheim GmbH & Co KG (Niemcy), obejmują co do zasady dostawę agregatów kogeneracyjnych, nie zaś wykonanie kompletnej instalacji obejmującej również układy doprowadzenia paliwa i wyprowadzenia spalin. W przypadku realizacji dla ACEA zakres obejmował co prawda projektowanie, dostawę, montaż, posadowienie oraz rozruch, jednak nie ma wystarczających dowodów na to, iż samodzielnie zrealizowano w pełnym zakresie montaż agregatu i całość instalacji pomocniczych - w szczególności układu odprowadzania spalin. Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z powszechną praktyką rynkową, INNIO jako producent silników i agregatów pełni najczęściej rolę dostawcy technologii, a nie wykonawcy kompleksowych instalacji - co potwierdza przypuszczenie, że montaż i instalacje pomocnicze mogły być wykonywane przez inne podmioty.

Zdaniem Odwołującego, referencje przedstawione przez wykonawców powołujących się na zasoby INNIO nie stanowią wiarygodnego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazano, że INNIO bezpośrednio wykonało wszystkie wymagane czynności oraz wszystkie elementy definiujące agregat kogeneracyjny zgodnie z definicją Zamawiającego. Brak wskazania w dokumentach, że instalacje pomocnicze (w szczególności układy doprowadzenia paliwa i wyprowadzenia spalin) zostały wykonane przez INNIO, powinien skutkować uznaniem, że warunek udziału w postępowaniu nie został należycie wykazany, a oferta powinna zostać odrzucona. Odwołujący wskazał na brak jest informacji potwierdzających rzeczywiste zaangażowanie INNIO w realizację całego zakresu, który był podstawą powołania się na jego doświadczenie, tj. projektowania, montażu, rozruchu oraz wykonania kompletnych instalacji pomocniczych.

Odwołujący wskazał także, że w referencjach pochodzących od ACEA PRODUZIONE S.p.A. podpis na referencjach to faksymile, a z referencji pochodzących od SWP Stadtwerke Pforzheim GmbH & Co KG nie sposób zidentyfikować autora podpisu. W jego ocenie Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY zobligowane były do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego określony zakres zaangażowania Innio Jenbacher GmbH & Co OG - przy jednoczesnym wskazaniu na wątpliwości wynikające z przedłożonych referencji podmiotu udostępniającego zasoby - budzi wątpliwości co do realnego skorzystania z udostępnionego doświadczenia, zwłaszcza że wymogiem określonym w punkcie 15.6.4 SWZ jest wykonanie zamówienia, którego zakres przedmiotowy obejmował łącznie: projektowanie, dostawę i montaż oraz uruchomienie i przekazanie do eksploatacji agregatów kogeneracyjnych (w sposób zdefiniowany przez Zamawiającego) więc wraz z instalacjami doprowadzenia paliwa, wyprowadzenia spalin.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY bowiem weryfikacja wszystkich wskazanych okoliczności w kontekście art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rzeczywistego dostępu przez Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY do zasobu w świetle art. 118 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do wniosku, iż oferta Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 15.6.4 SWZ.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 226 ust. 1 pkt) 14 ustawy Prawo zamówień

publicznych polegające na nieodrzuceniu oferty Konsorcjum UNIBEP i SBB ENERGY z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Zgodnie z artykułem 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

W ocenie Odwołującego wadliwość złożonej przez SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. gwarancji wadialnej wynika z faktu, iż literalna treść tych gwarancji (z uwagi na sposób ich formułowania) nie pozwala na przyjęcie, iż naruszenie powstałe z przyczyn któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tj. chodzi o przesłanki wymienione w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych) pozwala na skorzystanie przez beneficjenta (Zamawiającego) z gwarancji.

Odwołujący nie wykazał, aby złożone przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. zostało złożone w sposób nieprawidłowy.

Wykonawcy złożyli wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionej przez firmę Credendo – Guarantees & Speciality Risks S.A. oddział w Polsce, w której jako Wykonawcę wskazano:

Konsorcjum firm w składzie: Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim – Lider Konsorcjum
SBB Energy S.A. z siedzibą w Opolu – Partner Konsorcjum. Wykonawcy wnieśli także wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Pekao, w której jako Wykonawcę wskazano: konsorcjum w składzie: SBB Energy S.A., Partner konsorcjum, Unibep S.A., Lider konsorcjum.

Twierdzenia Odwołującego są niezrozumiałe. Oznaczenie Wykonawcy nie jest nieprawidłowe - bowiem odpowiada sytuacji Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. I już z tego faktu podnoszone przez Odwołującego twierdzenia nie są zasadne.

Odwołujący pomija charakter prawny konsorcjum, który stanowi jedynie formę ubiegania się przez wykonawców - działających wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne znaczenie ma okoliczność, że działanie każdego z wykonawców, wchodzących w skład konsorcjum, odnosi skutek względem całości, wszystkich członków konsorcjum. W konsekwencji, niewykonanie przez jednego z członków konsorcjum określonego obowiązku, determinuje niewykonanie obowiązku przez całe konsorcjum (zatem wszystkich wykonawców, wchodzących w jego skład). Jak trafnie zauważył Zamawiający: odmowa jednego z wykonawców - wchodzącego w skład konsorcjum - zawarcia umowy, powoduje, że umowa nie zostanie skutecznie zawarta przez wszystkich uczestników konsorcjum. Podobnie, brak wniesienia wadium/zabezpieczenia przez jednego z członków konsorcjum, powodujące niewniesienie wadium/zabezpieczenia w wymaganej wysokości, powoduje brak wniesienia wadium/zabezpieczenia i obciąża wszystkich wykonawców, działających w ramach konsorcjum.

Przed wszystkim Odwołujący nie wykazał, aby rzeczywiście wniesione wadium nie mogło stanowić skutecznego zabezpieczenia. Odwołujący nie złożył żadnego dowodu na potwierdzenie swojej tezy. Nie złożył żadnego dowodu, który potwierdzałby, że faktycznie w sytuacji opisanej przez Odwołującego w zarzucie, gwarant odmówi Zamawiającemu zapłaty. Hipotetyczne założenia Odwołującego nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

W przeciwieństwie do Odwołującego, Wykonawca Przystępujący po stronie Zamawiającego -Konsorcjum: SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. złożył jako dowód oświadczenie Banku PKO z 25 czerwca 2025 roku, w którym Bank w odniesieniu do gwarancji wadialnej nr GP25015425K wystawionej 07 kwietnia 2025 roku przez Bank Polska Kasa Opieki

Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu pn. „Budowa źródła kogeneracyjnego na paliwo gazowe opartego na układzie silników gazowych dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 1 w Krakowie” oświadczył, że: „w przypadku prawidłowo złożonego, zgodnego z Gwarancją, żądania zapłaty, Bank dokonałby wypłaty z Gwarancji niezależnie od tego, czy naruszenie dotyczyłoby jednego czy też obydwu uczestników konsorcjum.” Ponadto oświadczył, że: „treść Gwarancji (w zakresie określenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) jest powszechnie stosowana przez Bank i dotychczas Bank nie zetknął się z odrzuceniem przez zamawiającego gwarancji o analogicznym brzmieniu jak Gwarancja.”

Powyższy dowód zaprzecza twierdzeniu Odwołującego, że złożona gwarancja jest nieprawidłowa.

Przystępujący złożył także dowód w postaci oświadczenia Credendo – Guarantees & Speciality Risks SA oddział w Polsce z 17 czerwca 2025 roku, zgodnie z treścią którego: „W związku z wystawieniem gwarancji zapłaty wadium nr 2025/PL/000781 na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia „Budowa źródła kogeneracyjnego na paliwo gazowe opartego na układzie silników gazowych dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 1 w Krakowie” (numer postępowania: POST/PEC/PEC/UZS/00572/2024) prowadzonego przez PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie oraz zarzutem podniesionym przez Wykonawców Zarmen sp. z o.o. oraz Remak – Energomontaż S.A. wnoszących odwołanie (z dnia 9 czerwca 2025 r.) od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu, który to zarzut sprowadza się do twierdzenia o wadliwości przywołanej powyżej gwarancji wadialnej, wskazuję, że:

Gwarant (Credendo – Guarantees & Speciality Risks Societe Anonyme działająca w Polsce poprzez Credendo – Guarantees & Speciality Risks Spółka Akcyjna Oddział w Polsce) nie widzi jakichkolwiek podstaw do odmowy wypłaty pełnej kwoty wskazanej w treści gwarancji z powodów, o których mowa w treści odwołania. Gwarant podkreśla, że treść (w zakresie określenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 2025/PL/000781 jest powszechnie stosowana zarówno przez Gwaranta, jak i (według jego wiedzy) przez innych ubezpieczycieli.” Powyższy dowód zaprzecza twierdzeniu Odwołującego, że złożona gwarancja jest nieprawidłowa.

Przystępujący złożył także jako dowód przykładowe gwarancje zapłaty wadium – jedna z nich wystawiona przez firmę Kuke S.A., w której jako Wykonawcę również wpisano konsorcjum w składzie dwie (wymienione w treści gwarancji) firmy. Przystępujący wyjaśnił, że zapłata z tytułu wadium została zrealizowana przez Zamawiającego (Beneficjenta gwarancji). Przystępujący złożył także inną gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium wystawioną przez firmę TU Europa S.A., wskazując na brak przeszkód w zrealizowaniu wypłaty wadium na rzecz beneficjenta (Zamawiającego).

Powyższe dowodzi, że nie ma racji Odwołujący, że gwarancje wadialne, które zostały złożone przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu, są nieprawidłowe. Skoro bowiem brak było przeszkód przy realizacji wypłaty wadium, gdy treść gwarancji wadialnej została opisana w sposób analogiczny, to oznacza, że zarzuty Odwołującego o nieprawidłowym i powodującym bezskuteczność wadium nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości.

Odwołujący nie wykazał, aby podpis pod referencjami pochodzącymi od firmy ACEA Produzione S.p.A. stanowił faksymile. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Odwołujący stwierdził taką okoliczność.

Z kolei w odniesieniu do podpisu pod referencjami pochodzącymi od firmy SWP Stadwerke Pforzheim GmbH & Co. KG Odwołujący stwierdził, że podpis jest nieczytelny. Odwołujący nie wskazał, jakie nieprawidłowości wynikają z tej okoliczności w postępowaniu. Należy wskazać, że nieczytelność podpisu nie dyskwalifikuje referencji i treści w nich zawartych. Jak podkreślał Przystępujący, referencje zawierają dane umożliwiające identyfikację podmiotu, który wystawił referencje, co pozwala na weryfikację. Nie można uznać, aby Odwołujący dowiódł, że Konsorcjum SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący Konsorcjum firm SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A. złożył jako dowód oświadczenie przetłumaczone na język polski, zgodnie z treścią którego: „Działając w imieniu SWP STADTWERKE PFORZHEIM GMBH & CO KG HOHWIESENWEG 15, PRORZHEIM 75175, NIEMCY, niniejszym oświadczam, że I Jenbacher GmbH & Co OG (dawniej GE Jenbacher) w ramach Zadania zaprojektowała, dostarczyła, zamontowała, przeprowadziła rozruch oraz przekazała do eksploatacji pięć agregatów kogeneracyjnych z tłokowymi silnikami spalinowymi o mocy elektrycznej 10,387 MWe każdy, tj. 51,94 MWe łącznie, a każdy z agregatów obejmował, między innymi, zestaw urządzeń wytwórczych (do produkcji energii elektrycznej i ciepła) oraz instalacji pomocniczych, w tym: tłokowego silnika spalinowego ze sprężarką powietrza i generatorem, wraz z układami zasilania paliwem i odprowadzania spalin.

Ponadto oświadczamy, że dokument z dnia 17 lipca 2023 r. potwierdzający należyte wykonanie Zadania został podpisany własnoręcznie przez pana R.”.

Powyższe oświadczenie jednoznacznie potwierdza, że podpis złożony pod referencjami jest własnoręczny i potwierdza, że został złożony przez Pana R..

Przystępujący złożył jako dowód oświadczenie, z treści którego wynika, że „Działając w imieniu ACEA PRODUZIONE S.p.A z siedzibą przy Piazzale Osiense 2, 00154 Rzym, Włochy, niniejszym oświadczam, że firma INNIO Jenbacher

GmbH & Co OG (dawniej GE Jenbacher) w ramach Zadania wykonała projektowanie, dostawę, montaż (w pełnym zakresie) i posadowienie, rozruch oraz przekazanie do eksploatacji trzech wysokosprawnych agregatów kogeneracyjnych w oparciu na tłokowych silnikach gazowych, których moc elektryczna netto wynosiła 9,5 MWe każdy, a każdy z agregatów składał się m. in. z zespołu urządzeń wytwórczych (do produkcji energii elektrycznej i ciepła) i instalacji pomocniczych, w tym: tłokowego silnika spalinowego ze sprężarką powietrza i generatorem wraz z układami doprowadzenia paliwa i odprowadzania spalin. Jednocześnie oświadczamy, że dokument z dnia 17 lipca 2023 r., w którym potwierdzono należyte wykonanie Zadania, został własnoręcznie podpisany przez pana G.C..”

Powyższe oświadczenie jednoznacznie potwierdza, że podpis złożony pod referencjami jest własnoręczny i potwierdza, że został złożony przez Pana G.C. i przeczy stanowisku Odwołującego, aby podpis ten stanowił faksymile.

Treść powyżej zacytowanych oświadczeń wskazuje na potwierdzenie zrealizowania prac wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu.

Wykluczenie z postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy, może nastąpić w sytuacji jednoznacznego wykazania, że nie zostały zrealizowane prace opisane w treści warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w treści zarzutu przedstawił jedynie swoje przypuszczenia co do braku zrealizowania prac. Odwołujący wyraził swoje wątpliwości, nie złożył żadnych dowodów. Powołał się na „ogólnodostępne informacje”, jednakże nie wykazał prawdziwości swoich twierdzeń. Przedstawienie w treści odwołania przypuszczenia, że: „montaż i instalacje pomocnicze mogły być wykonywane przez inne podmioty” jest niewystarczające dla wykazania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zacytowane powyżej oświadczenia złożone przez Przystępującego Konsorcjum SBB Energy S.A. oraz Unibep S.A., w przeciwieństwie do wątpliwości Odwołującego, potwierdzają realizację przez firmę Innio Jenbacher GmbH & Co OG dostawy, montażu, rozruchu agregatów kogeneracyjnych z tłokowymi silnikami spalinowymi wraz z zestawem urządzeń wytwórczych (do produkcji energii elektrycznej i ciepła) oraz z instalacjami pomocniczymi, a więc prac odpowiadających treści warunku udziału w postępowaniu. Zatem za bezzasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt) 2 lit. b i c) w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Unibep S.A. i SBB Energy S.A. pomimo niezłożenia w przewidzianym terminie przez to konsorcjum podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia z punktu 15.6.4 SWZ Konsorcjum złożyło zarówno referencje, co do których Odwołujący nie wykazał, aby były nieprawidłowe, lub nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał także, aby zrealizowane prace nie odpowiadały wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu.

Nie jest zrozumiałe odniesienie Odwołującego do treści art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wskazał, z jakich powodów uznał, że Zamawiający naruszył dyspozycję tego artykułu. Nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby przyjęcie, że Zamawiający naruszył ww. przepis. Odwołujący nie wykazał, aby podmiot udostępniający zasoby nie miał zapewnić swojego uczestnictwa przy realizacji prac.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 226 ust. 1 pkt) 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na nieodrzuconiu oferty Konsorcjum Unibep S.A. i SBB Energy S.A., dotyczący zaniechania złożenia w przewidzianym terminie przez to konsorcjum podmiotowych środków dowodowych, tj. zaświadczeń o niekaralności osób uprawnionych do reprezentowania Innio Jenbacher GmbH (wspólnika spółki jawnej Innio Jenbacher GmbH & Co OG) - podmiotu udostępniającego Konsorcjum Unibep S.A. i SBB Energy S.A. swoje zasoby na potrzeb spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

W ocenie Odwołującego, członkowie zarządu Innio Jenbacher GmbH jakowspólnika Innio Jenbacher GmbH & Co OG, powinni zostać poddani weryfikacji określonej w art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie ze wskazanym przez Odwołującego stanem faktycznym, w spółce jawnej Innio Jenbacher GmbH & Co OG występuje 2 prokurentów i 2 wspólników – Innio Austria GmbH oraz Innio Jenbacher GmbH. Obaj wspólnicy działają w formie prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH). Zdaniem Odwołującego, w dokumentach postępowania brakuje zaświadczeń o niekaralności Pana Martina Muhlbacher i Pana Olafa Berlien – dyrektorów zarządzających uprawnionych do samodzielnej reprezentacji w Innio Jenbacher GmbH. Zdaniem Odwołującego, członkowie organu zarządzającego Innio Jenbacher GmbH (wspólnik Innio Jenbacher GmbH & Co OG), jako osoby uprawnione z mocy prawa do działania w imieniu w/w podmiotu podlegają weryfikacji z perspektywy art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych i winny przedłożyć stosowne zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych obligatoryjną podstawą wykluczenia wykonawcy jest skazanie urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika w spółce jawnej lub partnerskiej lub komandytowo - akcyjnej albo prokurenta - za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma zatem zastosowanie do konkretnych podmiotów, które zostały w nim wymienione.

Ani Pan M.M., ani Pan O.B., nie jest osobą fizyczną, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, bowiem nie jest ani wykonawcą, ani podmiotem udostępniającym zasoby. Nie jest także u Przystępującego, lub podmiotu udostępniającego zasoby, jedną z osób, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tzn. nie jest urzędującym członkiem ich organów zarządzających lub nadzorczych, nie jest także wspólnikiem spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, albo komplementariuszem w spółce komandytowej lub komandytowo akcyjnej, a także nie jest prokurentem u Przystępującego, bądź podmiotu udostępniającego zasoby. Tym samym brak było podstaw do żądania przez Zamawiającego od ww. osób informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W treści art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest wyrażonego wprost wymagania, zawierającego upoważnienie do żądania dokumentów potwierdzających brak skazania członków zarządu wspólnika spółki jawnej będącego osobą prawną. Izba podzieliła stanowisko, że w przypadku przepisów o charakterze sankcyjnym brak jest możliwości stosowania wykładni rozszerzającej brzmienie, treść przepisu. Trudno oczekiwać od Zamawiającego (a tym bardziej czynić mu zarzut), aby wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów, lub aby wykluczył Wykonawcę z postępowania w sytuacji, gdy brak jest jednoznacznie, literalnie wyrażonej podstawy wezwania, a w konsekwencji brak jest podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym bardziej nie sposób uznać, że Zamawiający był zobowiązany do żądania dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego od ww. osób, w sytuacji, gdy ten sam Zamawiający był stroną w postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2066/22, w którym w analogicznej konfiguracji, w ramach dokładnie tej samej spółki jawnej, Izba orzekła o braku podstaw do żądania przez Zamawiającego informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron oświadczył, że oczekuje, że Izba rozstrzygnie przedmiotowe zagadnienie, będące przedmiotem zarzutu. Jak wskazano powyżej, Izba rozstrzygnęła zagadnienie w wyroku o sygn. akt KIO 2066/24. Odwołujący, zapytany w trakcie rozprawy z udziałem stron o jego stanowisko wobec okoliczności, iż analogiczny zarzut był już przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, w podobnej konfiguracji i tożsamej spółce jawnej, odparł, że nie zapoznał się z treścią wyroku. Nie odniósł się w żaden sposób do treści wyroku.

Należy zauważyć, że w przytoczonym w treści odwołania fragmencie komentarza Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych, również brak jest odniesienia do spółki jawnej.

Wobec zarówno treści przepisu, rozstrzygnięcia o sygn. akt KIO 2066/22, jak również braku odniesienia się w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do spółki jawnej, należało stwierdzić brak obowiązku wezwania przez Zamawiającego do złożenia dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego dla wskazanych powyżej osób.

W konsekwencji zarzut został uznany za bezzasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....