

**WYROK**

**z dnia 5 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 r. przez **Veolia Industry Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Lębork**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Lęborku oraz Rindipol S.A. z siedzibą w Chojnicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – Gminie Miastu Lębork – (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Lęborku oraz Rindipol S.A. z siedzibą w Chojnicach jako oferty najkorzystniejszej; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Veolia Industry Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu; (iii) wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Lęborku oraz Rindipol S.A. z siedzibą w Chojnicach; (v) powtórzenie czynności oceny i badania ofert.**

**2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

**3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Lębork i:**

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Veolia Industry Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od **zamawiającego Gminy Miasto Lębork** na rzecz odwołującego – **Veolia Industry Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę **18 600 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ślupsku**.

**Przewodniczący**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 20 kwietnia 2015 r. do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Veolia Industry Polska sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Miasto Lębork dalej (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy w związku z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (tekst jedn. z roku 2013, Dz.U. poz. 231 ze zm., dalej jako „**Rozporządzenie Dokumentowe**”) poprzez wykluczenie z postępowania Odwołującego, mimo iż Odwołujący należycie i zgodnie z przepisami ustawy wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do przedłożenia dokumentów dotyczących Veolia Wschód sp. z o.o. wskazanych w § 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego, oraz poprzez posłużenie się przy ocenie oferty Odwołującego kryterium nie znanym ustawie ani nie wyartykułowanym w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”);
2. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym również w związku z naruszeniem wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy, oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w sytuacji gdy oferta złożona została przez Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Lęborku (dalej jako „**MPEC**”), zaś jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez konsorcjum wykonawców w składzie: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Lęborku (tj. MPEC - lider konsorcjum) oraz Rindipol S.A. w Chojnicach (członek konsorcjum - dalej jako „**Rindipol**”) (zwani dalej łącznie „**Konsorcjum MPEC**”);
3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MPEC

do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- (i) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, kiedy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- (ii) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- (iii) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy MPEC z postępowania;

4. Art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1, 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum MPEC do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie: (i) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, kiedy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (ii) posiadania wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum MPEC z postępowania;
5. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z zw. z art. 45 ust. 1-8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC, mimo niewniesienia przez tego wykonawcę w sposób należyty wadium do upływu terminu składania ofert;
6. Art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 108 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC mimo, że przedmiotowa oferta jest nieważna na podstawie przepisów art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 108 Kodeksu cywilnego, gdyż obejmuje zobowiązanie MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC o świadczenie niemożliwe, wobec czego nie może spowodować zawarcia prawnie wiążącej umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy Zamawiającym a MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC, względnie o dokonanie czynności przez jeden podmiot jako pełnomocnika, której pełnomocnik dokonuje z samym sobą;

7. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC mimo, że spółka MPEC wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, zaś nie zachodzi żadna z okolicznością wyłączających obowiązek wykluczenia wskazanych w powołanym przepisie;
8. Art. 7 ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC pomimo, że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
9. Art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC wyjaśnień i uznanie, że dostarczone przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że oferta złożona przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC nie zawiera rażąco niskiej ceny pomimo, że złożone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, iż cena zaofferowana przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC w ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
10. a także naruszenie innych przepisów prawa wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wykluczenie z postępowania wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC, względnie odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC zgodnie z zarzutami przedstawionymi w niniejszym Odwołaniu; (iii) z ostrożności procesowej: na wypadek nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania wykluczenia wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę:

- wezwanie wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie (i) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, kiedy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (ii) posiadania wiedzy i doświadczenia, (iii) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

- a w przypadku ich niezuzpełnienia wykluczenia wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC z postępowania i odrzucenia jego oferty;

(iv) przeprowadzenie ponownej procedury badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego; (v) uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego; (vi) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 10 kwietnia 2015 r. Odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Konsorcjum MPEC oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

#### AD. ZARZUT NR 1 BEZPODSTAWNE WYKLUCZENIE ODWOŁUJĄCEGO Z POSTĘPOWANIA

Odwołujący wskazał, że w celu wykazania posiadania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, Odwołujący polegał na zasobach podmiotu trzeciego - spółki Veolia Wschód sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (dalej jako „**Veolia Wschód**”). Podmiot ten jest podmiotem powiązany kapitałowo z Odwołującym, jako że Veolia Wschód oraz Odwołujący należą do grupy kapitałowej Veolia i posiadają wspólnego beneficjenta rzeczywistego. Veolia Wschód zobowiązała się wobec Odwołującego do udostępnienia swoich zasobów, na dowód czego Odwołujący przedłożył wraz z ofertą pisemne zobowiązanie Veolia Wschód (dalej jako „**Zobowiązanie**”).

Odwołujący wskazał, że formy przedmiotowego udostępnienia ujawniono w jego treści, wskazując że Veolia Wschód: (i) udzielała będzie konsultacji oraz wsparcia organizacyjnego i technicznego przy zorganizowaniu, wdrożeniu i realizacji świadczeń będących przedmiotem zamówienia, w tym szkolenia personelu Odwołującego oraz udostępnienie Odwołującemu know-how; (ii) wyrazi zgodę na zatrudnienie (lub zaangażowanie na podstawie innych tytułów prawnych) swojego wykwalifikowanego i doświadczonego personelu przez Odwołującego do realizacji przedmiotowego zamówienia; (iii) na podstawie odrębnie zawartych umów zapewni Odwołującemu możliwość korzystania z narzędzi i innych zasobów technicznych, w tym informatycznych i organizacyjnych przy realizacji przedmiotowego zamówienia; (iv) podejmował będzie inne formy współdziałania z Odwołującym w celu realizacji przedmiotowego zamówienia (przy czym Odwołujący i Veolia Wschód potwierdziły, że nie będzie zachodzić stosunek podwykonawstwa).

Odwołujący wskazał, że na podstawie treści Zobowiązania Zamawiający bezpodstawnie uznał zaś, że Veolia Wschód - w zakresie, w jakim udostępnia posiadane przez siebie doświadczenie - brać będzie udział w realizacji części zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że spełniona została hipoteza § 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego i wezwał Odwołującego do spełnienia obowiązków dokumentowych w tym przepisie wskazanych w stosunku do Veolia Wschód. Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na ww. wezwania wskazał, że brak jest podstaw do wystosowania przedmiotowego wezwania, przedstawiając szeroką i pogłębioną argumentację, w tym wskazując, że Veolia Wschód nie będzie brała udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że angażowanie udostępnianego potencjału następować będzie przez umożliwienie przez podmiot udostępniający dokonania przez Odwołującego zatrudnienia, odkupienia lub pozyskiwania zasobów w innych formach cywilnoprawnych, w następstwie czego w trakcie realizacji zamówienia publicznego zasoby te będą zasobami Odwołującego, nie zaś Veolia Wschód. Tym samym nie tylko nie będzie zachodzić stosunek podwykonawstwa w żadnej części realizowanego zamówienia publicznego pomiędzy Veolia Wschód a Odwołującym, ale też Veolia Wschód nie będzie brać udziału w realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego powyższe prowadzi do wniosku, iż mimo że na potwierdzenie dysponowania odpowiednio wykwalifikowanym i doświadczonym personelem Odwołujący złożył listę pracowników pozostających w aktualnym zatrudnieniu u Podmiotu udostępniającego, to na podstawie Zobowiązania - Odwołujący ma zapewnioną pełną możliwość dysponowania tym personelem jako własnym (np. poprzez zatrudnienie, zawarcie umowy zlecenia lub innej formy zaangażowania tych osób do wykonywania świadczenia określonych działań w ramach struktur kadrowych Odwołującego). W konsekwencji przy realizacji zamówienia Odwołujący będzie miał możliwość posługiwania się własnym personelem (choć mogą to być osoby zrekrutowane z kadr Veolia Wschód).

Odwołujący wskazał, że ani Odwołujący ani Veolia Wschód nie przewidywały ani nie przewidują udziału Veolia Wschód w realizacji zamówienia - tak w całości, jak i w jego jakiegokolwiek części. Powyższe wynika wprost z treści Zobowiązania. Odwołujący wskazał również, że dla uzasadnienia wykluczenia Odwołującego Zamawiający podniósł, iż celem, jaki Zamawiający chciał osiągnąć jest otrzymanie gwarancji, że podmiot świadczący zamawianą usługę posiada biegłość i wprawę w eksploataowaniu elektrociepłowni, potrafi odpowiednio zarządzać ryzykiem i podejmować odpowiednie działania związane z utrzymaniem ciągłości pracy elektrociepłowni, usuwać skutki awarii, zapewniać odpowiednie

zapasy paliwa, zapewniać wymagany poziom bezpieczeństwa itp. W ocenie Odwołującego powyższe uzasadnienie nie zostało jednak wyartykułowane - ani bezpośrednio, ani pośrednio ani w treści ogłoszenia o zamówieniu, ani w SIWZ, ani też w żadnym innym dokumencie przetargowym. Zamawiający zaś winien badać ofertę pod kątem spełniania przez nią wymagań SIWZ oraz przepisów prawa - a w szczególności ustawy, o czym stanowi art. 82 ust. 3 ustawy. Posłużenie się zatem dla oceny oferty Odwołującego kryterium nie znanym ustawie, ani nie wyartykułowanym w SIWZ stanowi o naruszeniu wskazanego art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący dalej wskazał, że ustawodawca nie przewidział ani w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ani w § 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek (bezpośredniego) udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie rodzi. Ustawodawca rozróżnił zaś sytuację, kiedy udostępnienie jakiegokolwiek zasobu następuje przez udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, od sytuacji, w której podmiot udostępniający nie będzie brał (osobistego, bezpośredniego) udziału w realizacji zamówienia. Wówczas wskazał, że w pierwszym przypadku zamawiający ma prawo żądać dokumentów podmiotowych odnośnie podmiotu udostępniającego, w drugim takiego prawa zamawiającemu nie przyznał. Rozróżnienie to nie jest zatem związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego błędne — z przyczyn omówionych powyżej — byłoby zatem zakładanie, że udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagałoby, w każdym przypadku, osobistego (bezpośredniego) udziału w realizacji danego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że przy tym należy, że w przepisie § 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego nie chodzi o jakikolwiek udział w wykonaniu zamówienia, lecz o udział osobisty i bezpośredni. W ocenie Izby powyższe twierdzenie jest uzasadnione, jako że odmienna interpretacja prowadziłaby do wniosku, że każdy sposób udzielenia jakiegokolwiek zamówienia wiązałby się z udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Przykładowo - jeśli wymaganiem zamawiającego byłoby posiadanie zasoby w postaci maszyn budowlanych, podmiot udostępniający w sposób pośredni i nie osobisty brałby udział w realizacji zamówienia — jako że zamówienie byłoby wykonywane przy pomocy maszyn stanowiących jego własność, lecz wykorzystywanych przez wykonawcę zamówienia. Taka interpretacja powołanego przepisu Rozporządzenia Dokumentowego prowadzi więc do wniosków sprzecznych z treścią tegoż przepisu i intencją ustawodawcy, gdyż przepis ten rozróżnia sytuację udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia oraz braku takiego udziału (co zostało powyżej szeroko omówione). W konsekwencji uznać należy, że hipoteza



§ 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego wymaga, aby podmiot udostępniający brał bezpośredni i osobisty udział w wykonaniu części zamówienia. Odwołujący oraz Veolia Wschód posługują się zaś przy udostępnieniu zasobów formułą udostępnienia pracowników Veolia Wschód, szkolenia pracowników Odwołującego, konsultacji, doradztwa, udostępnienie know - how i innych narzędzi oraz zasobów. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego wszelkie wskazane formy przewidują jedynie wsparcie w wykonaniu zamówienia, nie zaś udział Veolia Wschód w realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Veolia Wschód - zgodnie z treścią Zobowiązania - nie będzie wykonywać żadnych czynności, do których wykonania będzie zobowiązany wykonawca realizujący zamówienie. W szczególności podkreślić należy, że Veolia Wschód nie będzie uprawniona ani zobowiązana do podejmowania jakichkolwiek decyzji związanych z realizacją zamówienia, ani do prowadzenia kontaktów z Zamawiającym. Veolia Wschód nie będzie zatem w jakikolwiek sposób wykonywać żadnego z obowiązków wykonawcy zamówienia.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że przepis § 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego wymaga, aby taki udział podmiotu udostępniającego dotyczył części zamówienia. Zamawiający zaś w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej nie zidentyfikował, że jakakolwiek, a tym bardziej jaka - konkretnie wskazana część zamówienia miała być rzekomo realizowana z bezpośrednim, osobistym udziałem Veolia Wschód.

Odwołujący podkreślił, że Veolia Wschód nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia, a konsekwencji, nie ziściły się przesłanki § 3 ust 4 Rozporządzenia Dokumentowego i brak było podstaw faktycznych i prawnych, aby wzywać Odwołującego do spełnienia obowiązków dokumentowych w zakresie wskazanym w tym przepisie - tj. do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących Veolia Wschód. Wezwanie zatem, jako nieuprawnione, nie powinno powodować dla Odwołującego żadnych negatywnych skutków. Powyższe oparte jest, w ocenie Odwołującego, na treści art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy, stanowiącej, iż zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wnioskując a contrario z art. 25 ust. 2 ustawy - Zamawiający nie może żądać dokumentów w zakresie większym niż możliwość zakreślona mu przez prawo (ustawę i Rozporządzenie Dokumentowe).

Zważywszy zaś na brak podstaw do zastosowania § 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego wobec Odwołującego, takie wezwanie pozbawione jest skutków prawnych, zatem nie zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego — w szczególności zaś na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, który stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał również, że niewykazanie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego w zakresie posiadania zasobu wiedzy i doświadczenia było jedynym uchybieniem zarzuconym przez Zamawiającego Odwołującemu oraz jego ofercie. Zatem Odwołujący przedłożył Zobowiązanie spełniające warunki art. 26 ust. 2b ustawy (które nie było kwestionowane przez Zamawiającego) oraz wykazał posiadanie odpowiedniego doświadczenia (które nie było kwestionowane przez Zamawiającego) wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (które również nie było kwestionowane przez Zamawiającego). Brak zaś było obowiązku przedłożenia dokumentów podmiotowych dotyczących Veolia Wschód, gdyż podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia publicznego. Czynność Zamawiającego w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania była zatem niezgodna z przepisami ustawy i naruszała przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 82 ust. 3 ustawy w związku z § 3 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego.

#### AD. ZARZUT NR 2 (NARUSZENIE ZASAD UCZCIWEJ KONKURENCJI I UDZIELENIE ZAMÓWIENIA WYKONAWCY WYBRANEMU NIEZGODNIE Z PRZEPISAMI USTAWY)

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego poza ofertą złożoną przez Odwołującego, wpłynęła jeszcze jedna oferta - złożona przez (karta 000008 Oferty) Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Lęborku. Odwołujący podkreślił również, że w postępowaniu brak było oferty, która byłaby złożona przez Konsorcjum MPEC, czyli konsorcjum wykonawców w składzie: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Lęborku oraz Rindipol S.A. w Chojnicach.

Jedyną ofertą, w której wymieniona zostaje spółka MPEC, jest oferta złożoną wyłącznie przez MPEC (tj. oferta nr 1). O powyższym świadczy treść formularza ofertowego oferty nr 1 (jej strony 1 - 3). W formularzu ofertowym oferty nr 1 w miejscu na pieczęć wykonawcy widnieje jedynie pieczęć MPEC. Dalej, także w miejscu uwidaczniającym dane wykonawcy wskazane jest jedynie MPEC. Odwołujący wskazał, że w żadnym zaś miejscu oferty nr 1 nie zostało ujawnione ani wskazane, że przedmiotowa oferta nie ofertą składaną przez konsorcjum wykonawców, jako że w żadnym jej miejscu nie wskazano jako współkonsorcjanta spółki Rindipol. W ocenie Odwołującego w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: (i) oferta nr 1 złożona przez MPEC, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Lęborku; (ii) oferta nr 2 złożona przez Odwołującego. Nie

została zatem złożona oferta przez Konsorcjum MPEC, lecz jedynie przez MPEC działające samodzielnie. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, żaden przepis nie uprawnia oferentów do korygowania lub uzupełniania ofert poprzez dokonywanie zmian podmiotowych po stronie oferenta. Zmiana podmiotu składającego ofertę (w tym rozszerzenie na inny podmiot np. zainteresowany wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia) - stanowiłaby bowiem nową ofertę od innego podmiotu.

Odwołujący wskazał, że w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, że jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Lęborku oraz Rindipol S.A. w Chojnicach, tj. oferta złożona przez Konsorcjum MPEC. Ponieważ Konsorcjum MPEC nie złożyło oferty na wykonanie zamówienia, oferta Konsorcjum MPEC nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy. Odwołujący wskazał, że z uwagi na zaistniałe wątpliwości co do podmiotu, składającego Ofertę nr 1 (występujący w tym zakresie dualizm ustaleń Zamawiającego, który przyjął ofertę złożoną przez MPEC, a wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum MPEC), Odwołujący w niniejszym odwołaniu wskazuje zarzuty określając tę ofertę jako złożoną przez MPEC/Konsorcjum MPEC (lub MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC), przy czym obie formy zapisu są w zamierzeniu Odwołującego równoważne. Z przyczyn wskazanych powyżej z ostrożności procesowej, Odwołujący w odwołaniu odnosi się tak do oferty złożonej przez MPEC, jak i do rzekomej oferty złożonej przez Konsorcjum MPEC. Powyższe jest uzasadnione, jako że wykonawca MPEC podlega wykluczeniu, z kolei mimo iż Konsorcjum MPEC nie złożyło oferty w postępowaniu, to Konsorcjum MPEC zostało udzielone zamówienie. W ocenie Odwołującego wyeliminowanie uchybień Zamawiającego wymaga zatem nie tylko wykluczenia MPEC (względnie odrzucenia jego oferty), ale również ubezskutecznienia udzielenia zamówienia Konsorcjum MPEC.

W ocenie Odwołującego w treści oferty MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC nie ujawniono, iż MPEC jest spółką komunalną Zamawiającego, tj. Zamawiający posiada całość (100%) udziałów w kapitale zakładowym spółki MPEC. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że MPEC jest operatorem sieci ciepłowniczej w mieście organizatora przetargu - Lęborku, a co więcej - ma być wyłącznym odbiorcą ciepła wytworzonego w oparciu o eksploatowany układ kogeneracyjny, a ponadto uczestniczył w ustaleniu i określeniu warunków postępowania (co potwierdza niezbieżnie choćby okoliczność, że warunki dostaw ciepła oraz warunki techniczne

przyłącza najprawdopodobniej określone zostały przez MPEC. W ocenie Odwołujący w sposób oczywisty MPEC posiada więc większą wiedzę o specyfice systemu dystrybucji ciepła w mieście Lębork. Ponadto, posiada on większą wiedzę o przetargu, aniżeli inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że obowiązkiem wykonawcy zamówienia jest, aby zawrzeć umowę z MPEC (tj. z wybranym w postępowaniu wykonawcą) na dostawę ciepła dla miasta Lębork (wymóg taki wynika z działu III punkt 7 SIWZ). Spółka MPEC jest zatem podmiotem uprzywilejowanym w stosunku do innych uczestników postępowania, co świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a zatem stanowi naruszenie zasad naczelných ustawy wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

W ocenie Odwołującego, gdyby wolą Zamawiającego było udzielenie zamówienia swojej własnej spółce komunalnej, winien on udzielić tzw. zamówień in-house, nie narażając innych uczestników postępowania - w tym Odwołującego - na trud i koszty związane z udziałem w postępowaniu, a szczególnie z przygotowaniem oferty na wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w ten sposób, że nie zapewnił zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Świadczy o tym naruszenie przez Zamawiającego szeregu przepisów prawa, powołanych i uzasadnionych w niniejszym odwołaniu. Ponadto, zarzut ten uzasadnia bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zaś dokonanie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego, którego oferta winna być wybrana jako najkorzystniejsza.

#### AD. ZARZUT NR 3 (NIESPEŁNIENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ MPEC)

Odwołujący wskazał, że zważywszy na oczywistą zasadność zarzutu nr 2, uzasadnione jest twierdzenie, że oferta nr 1 została złożona samodzielnie przez MPEC, nie zaś przez Konsorcjum MPEC. W konsekwencji wszelkie dokumenty dotyczące Rindipol, a w szczególności zaś dokumenty wykazujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wynikające z art. 22 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, a uszczegółowionych w treści SIWZ), zostały przedłożone przez podmiot trzeci - nie zaś przez wykonawcę, tj. MPEC. Przepis zaś art. 22 ust. 1 wymaga, aby to wykonawca, tj. MPEC, wykazał iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, przez udowodnienie, że posiada niezbędne zasoby szczegółowo opisane w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treści SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca:

1. (dział V pkt 1.1. SIWZ) posiadał uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

*„Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie posiadania koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii cieplnej i energii elektrycznej w źródłach o łącznej mocy zainstalowanej przekraczającej 5 MW, której ważność określono na min. 3 lata wydaną zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 1 na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. V. 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.).*

*„Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie treści złożonego oświadczenia - Załącznika Nr 2 do SIWZ — Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oraz posiadania koncesji na prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania energii cieplnej i elektrycznej w źródle o łącznej mocy zainstalowanej przekraczającej 5 MW. Ocena dokonana zostanie wg formuły spełnia — nie spełnia”.*

Odwołujący wskazał, że MPEC przedstawił zaś decyzje Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej jako „Prezes URE”):

- udzieloną Energo Gotland S.A. na wytwarzanie ciepła,
- udzieloną Energo Gotland S.A. na przesyłanie i dystrybucję ciepła,
- udzieloną Rindipol na wytwarzanie energii elektrycznej.

W ocenie Odwołującego wskazane koncesje nie zostały zatem wydane na rzecz MPEC, lecz podmiotów trzecich: Energo Gotland S.A. oraz Rindipol. Odwołujący wskazał, że MPEC nie przedstawił zobowiązania ww. podmiotów (Energo Gotland S.A. ani Rindipol) do udostępnienia MPEC swoich zasobów w postaci ww. koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii cieplnej i energii elektrycznej.

Wobec powyższego, MPEC nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z działem V pkt 1.1 SIWZ.

2. (dział V pkt 1.2 SIWZ) posiadał wiedzę i doświadczenie

*Spełnienie warunku oceniam będzie na podstawie doświadczenia w eksploataowaniu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, elektrociepłowni pracującej w kogeneracji opalanej paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW.*

*Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie treści złożonego oświadczenia - Załącznika Nr 2 do SIWZ - Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Załącznika Nr 3 do SIWZ - Wykaz eksploatowanych źródeł ciepła pracujących w kogeneracji opalanych paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW. Ocena dokonana zostanie wg formuły spełnia — nie spełnia.*

Odwołujący wskazał, że MPEC przedstawił zaś wykonanie usług, których przedmiotem jest:

- elektrociepłownia w Hajnówce o łącznej mocy 50,2 MW na rzecz PEC w Hajnówce;
- elektrociepłownia w Hajnówce wraz z układem kogeneracyjnym o mocy zainstalowanej 12,5 MW oraz turbiną 0,7 MW na rzecz ESV w Siechnicach.

Na dowód prawidłowego wykonania usług, MPEC przedłożył:

- referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Hajnówce wystawione na rzecz Rindipol (dotyczy dostawy energii cieplnej);
- referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Energetyczne „ESV” S.A. w Siechnicach na rzecz Rindipol (dotyczy dostawy energii elektrycznej).

Odwołujący wskazał, że wykonawcą usług wskazanych na liście referencyjnej wykonanych usług nie był MPEC, lecz Rindipol. Wskazane doświadczenie nie jest zatem zasobem MPEC, lecz Rindipol. Odwołujący podkreślił, że MPEC nie przedstawił zobowiązania ww. podmiotu (Rindipol) do udostępnienia MPEC swoich zasobów w postaci ww. wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Odwołującego MPEC nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z art 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z działem V pkt.

1.2. siwz

3. (dział V pkt 1.4. SIWZ) dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

*Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie dysponowania co najmniej 1 osobą, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, która posiada wykształcenie wyższe*

*techniczne i która posiada co najmniej 12-to miesięczne doświadczenie w eksploatacji elektrociepłowni opalanej paliwami stałymi.*

Spełnienie warunku ocenianie będzie na podstawie treści złożonego oświadczenia

- Załącznika Nr 2 do SIWZ - Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz Załącznika Nr 4 do SIWZ - Wykaz osób. Ocena dokonana zostanie wg formuły spełnia - nie spełnia.

MPEC przedstawił zaś personel w osobach:

- B. Z. (eksploatacja i nadzór elektrociepłowni w Hajnówce);
- B. S. (eksploatacja i nadzór elektrociepłowni w Hajnówce).

Powyższe osoby posiadają doświadczenie związane z eksploatacją i nadzorem elektrociepłowni w Hajnówce. Jak jednak wynika z treści przedłożonych przez MPEC referencji (omówionych powyżej) oraz przedłożonej koncesji udzielonej Rindipol (omówionej powyżej), operatorem elektrociepłowni w Hajnówce jest Rindipol. Wobec powyższego, uzasadnione jest twierdzenie, iż powołane osoby są pracownikami Rindipol, nie zaś MPEC. Zatem to Rindipol dysponuje wskazanym zasobem, nie zaś MPEC. Także w odniesieniu do tego zasobu MPEC nie przedstawił zobowiązania ww. podmiotu (Rindipol) do udostępnienia MPEC swoich zasobów w postaci ww. personelu.

Wobec powyższego, MPEC nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z działem V pkt 1.4. SIWZ. W ocenie Odwołującego uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że MPEC nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, uszczegółowionych w treści działu V pkt 1.1, pkt 1.2, 1.4 SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien zatem na zasadzie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwać wykonawcę MPEC do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie: (i) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, kiedy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (ii) posiadania wiedzy i doświadczenia, (iii) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, której to procedury Zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

W przypadku zaś niewykonania przez MPEC ww. wezwania i nieuzupełnienia, względnie niewyjaśnienia, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie, Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę MPEC z postępowania, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał, przez co Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Rindipol nie dysponuje wymaganym doświadczeniem, określonym przez Zamawiającego jako minimalne, co Odwołujący wykaże w uzasadnieniu Zarzutu 4. Zgodnie zaś z zasadą „nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet” (nikt nie może przenieść na drugiego więcej praw niż samo posiada) - skoro Rindipol nie dysponował niezbędnym do realizacji zamówienia potencjałem, doświadczeniem, wiedzą i zasobami, tym bardziej nie mógł ich udostępnić MPEC w celu wykazania spełnienia warunków przedmiotowego postępowania.

#### AD. ZARZUT NR 4 (NIE SPEŁNIENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ KONSORCJUM MPEC)

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że zarzut nr 2 (dotyczący złożenia oferty jedynie przez MPEC, nie zaś przez Konsorcjum MPEC) jest chybiony, Odwołujący podniósł zarzuty co do niespełnienia warunków udziału w postępowaniu także przez Konsorcjum MPEC.

Zgodnie z treści SIWZ, Zamawiający zgodnie z działem V pkt 1.1 SIWZ wymagał, aby Wykonawca posiadał uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie posiadania koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii cieplnej i energii elektrycznej w źródłach o łącznej mocy zainstalowanej przekraczającej 5 MW, której ważność określono na min. 3 lata wydaną zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 1 na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tj. Dz. U. 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.). Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie treści złożonego oświadczenia - Załącznika Nr 2 do SIWZ - Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oraz posiadania koncesji na prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania energii cieplnej i elektrycznej w źródle o łącznej mocy zainstalowanej przekraczającej 5 MW. Ocena dokonana zostanie wg formuły spełnia - nie spełnia.



Odwołujący wskazał, że Konsorcjum MPEC przedstawiło zaś decyzje Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej jako „Prezes URE”):

- udzieloną Energo Gotland S.A. na wytwarzanie ciepła,
- udzieloną Energo Gotland S.A. na przesyłanie i dystrybucję ciepła.

W ocenie Odwołującego wskazane koncesje nie zostały zatem wydane na rzecz członków Konsorcjum MPEC, lecz podmiotu trzeciego tj. Energo Gotland S.A. Konsorcjum MPEC nie przedstawiło zobowiązania ww. podmiotu (Energo Gotland S.A.) do udostępnienia Konsorcjum MPEC swoich zasobów w postaci ww. koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii cieplnej i energii elektrycznej.

Wobec powyższego, Konsorcjum MPEC nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. z działem V pkt 1.1. SIWZ.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z działem V pkt 1.2. SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie. Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie doświadczenia w eksploatacji w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, elektrociepłowni pracującej w kogeneracji opalanej paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW. Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie treści złożonego oświadczenia - Załącznika Nr 2 do SIWZ — Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Załącznika Nr 3 do SIWZ- Wykaz eksploatowanych źródeł ciepła pracujących w kogeneracji opalanych paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW. Ocena dokonana zostanie wg formuły spełnia - nie spełnia.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum MPEC przedstawiło zaś wykonanie usług, których przedmiotem jest:

- elektrociepłownia w Hajnówce o łącznej mocy 50,2 MW na rzecz PEC w Hajnówce;
- elektrociepłownia w Hajnówce wraz z układem kogeneracyjnym o mocy zainstalowanej 12,5 MW oraz turbiną 0,7 MW na rzecz ESV w Siechnicach.

Na dowód prawidłowego wykonania usług, Konsorcjum MPEC przedłożyło:

- referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Hajnówce wystawione na rzecz Rindipol (dotyczy dostawy energii ciepłej);
- referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Energetyczne „ESV” S.A. w Siechnicach na rzecz Rindipol (dotyczy dostawy energii elektrycznej).

Odwołujący wskazał, że obie usługi wskazane w liście referencyjnym dotyczą zatem eksploatacji elektrociepłowni w Hajnówce. Wskazana elektrociepłownia jest eksploatowana przez Rindipol od roku 2005 r. (data zakupu elektrociepłowni Hajnówka przez Rindipol), przy czym od 2005 działała wyłącznie jako ciepłownia, zaś dopiero od 2013 roku - jako elektrociepłownia. Zatem, w ocenie Odwołującego, nieprawdziwe jest oświadczenie, że okres prowadzenia działalności przez Rindipol w zakresie eksploatacji elektrociepłowni Hajnówka wynosi 10 lat, tj. powyżej 3 lat wymaganych przez Zamawiającego, gdyż elektrociepłownia znajduje się w przedmiotowej lokalizacji dopiero od 2013 roku.

Z oświadczenia zaś Konsorcjum MPEC - wykazu usług (karta 000020 oferty nr 1) - wynika, że Rindipol świadczy usługi dostawy energii elektrycznej z tytułu eksploatacji elektrociepłowni Hajnówka od dnia 6 sierpnia 2013 r., co potwierdza również udzielona koncesja na wytwarzanie energii elektrycznej w elektrociepłowni Hajnówka. W ocenie Odwołującego pomimo prowadzenia działalności Rindipol w okresie dłuższym niż lat 10, w zakresie eksploatacji elektrociepłowni - doświadczenie Rindipol wynosi mniej niż 2 lata, lecz Konsorcjum MPEC przedstawiło doświadczenie w jej eksploatacji (wraz z referencją) jedynie za okres niecałych dwóch lat (licząc według stanu na dzień składania ofert). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w TED, a zatem postępowanie zostało wszczęte, dnia 14 stycznia 2015 r.

W ocenie Odwołującego co najmniej trzyletni minimalny wymagany przez Zamawiającego okres doświadczenia w eksploatacji elektrociepłowni winien być liczony począwszy od dnia 14 stycznia 2012 r. Skoro zaś Konsorcjum MPEC nie wykazało posiadania doświadczenia w zakresie eksploatacji elektrociepłowni w okresie 3 lat, zaś okres działalności Rindipol jest dłuższy niż 3 lata, ale eksploatacja elektrociepłowni w Hajnówce trwała krócej niż wymagane 3 lata, to Konsorcjum MPEC nie wykazało posiadania odpowiedniego doświadczenia opisanego w dziale V pkt 1.2 SIWZ.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum MPEC nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z działem V pkt 1.2. SIWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien na zasadzie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwać wykonawcę Konsorcjum MPEC do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie: (i) uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, kiedy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (ii) posiadania wiedzy i doświadczenia, której to procedury Zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

#### AD. ZARZUT NR 5 (NIE WNIESIENIE NALEŻYTEGO WADIUM PRZEZ MPEC/KONSORCJUM MPEC)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z trzecią zmianą treści SIWZ - dokument zatytułowany „ZMIANA TREŚCI SIWZ (III), Zamawiający ostatecznie ustalił termin składania ofert w postępowaniu na dzień 13 marca 2015 roku na godzinę 11.45 (punkt 17 powołanej zmiany treści SIWZ), zaś termin otwarcia ofert na dzień 13 marca 2015 roku na godzinę 12.00 (punkt 18 powołanej zmiany treści SIWZ). Zgodnie natomiast z działem IX punkt 1 SIWZ, Zamawiający na podstawie art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ustalił, że wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres 60 dni.

Odwołujący wskazał, że Nna zasadzie zaś art. 111 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia; jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Powołane przepisy stosuje się do czynności podejmowanych przez Zamawiającego oraz wykonawców na zasadzie art. 14 ustawy Pzp. Zatem, w ocenie Odwołującego, przy obliczaniu terminu związania ofertą nie uwzględnia się dnia wyznaczonego jako dzień składania ofert, jako że jest to „pewne zdarzenie” w rozumieniu art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego, zatem dzień ten jest niejako pomijany przy obliczaniu terminu związania ofertą. Termin związania ofertą upływa zaś z końcem ostatniego z 60 dni, liczonych bez uwzględnienia dnia wyznaczonego jako dzień składania ofert.

Odwołujący wskazał, że tak obliczony termin związania ofertą w postępowaniu upływał z końcem dnia 12 maja 2015 r., zaś przedłożona przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC jako wadium gwarancja ubezpieczeniowa (wraz z aneksami nr 1 i 2) wystawiona przez Ergo Hestia zostało udzielona na okres od dnia 13 marca 2015 r. do dnia 11 maja 2015 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wobec powyższego gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC nie zabezpieczała oferty MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC przez cały okres związania ofertą, gdyż termin związania ofertą upływał dnia 12 maja 2015r., zaś okres ważności gwarancji upływał dnia 11 maja 2015 r. - a zatem o jeden dzień za wcześnie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że przedłożona przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC gwarancja ubezpieczeniowa nie zawiera pieczęci ubezpieczyciela (wystawcy), a ponadto podpis osoby działającej w imieniu ubezpieczyciela - wystawcy jest nieczytelny, co nie pozwala na dokonanie weryfikacji, czy ubezpieczyciel - wystawca rzeczywiście zaciągnął zobowiązanie do zapłaty kwoty wadium. W konsekwencji brak jest możliwości weryfikacji, czy oferta MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC została zabezpieczona wadialnie zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC nie wniósł w sposób prawidłowy i należyty wadium na cały okres związania ofertą.

Odwołujący wskazał również, że wadium zostało wniesione jedynie przez MPEC. Wniosek taki wynika z treści samej gwarancji, gdzie jedynym podmiotem, którego działania i zaniechania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są przedmiotem zabezpieczenia, jest MPEC. W żadnym miejscu gwarancji ubezpieczeniowej nie został wymieniony Rindipol, ani tym bardziej konsorcjum wykonawców w składzie: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Lęborku oraz Rindipol S.A. w Chojnicach.

Odwołujący wskazał, że prowadzi to do sytuacji, w której w przypadku zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium spowodowanych działaniem lub zaniechaniem MPEC, Zamawiający mógłby skutecznie dochodzić zapłaty kwoty wadium przez ubezpieczyciela - wystawcę. Przeciwnie zaś, gdyby to z przyczyn leżących po stronie Rindipol (przez działania lub zaniechania Rindipol) zaszły przesłanki zatrzymania wadium, to w takim wypadku Zamawiający nie byłby uprawniony do żądania od ubezpieczyciela — wystawcy kwoty wadium, gdyż przedmiotowe wadium nie zabezpiecza działań ani zaniechań Rindipol ani Konsorcjum MPEC. Innymi słowy - przy takim sformułowaniu treści gwarancji, ubezpieczyciel - wystawca nie odpowiada za działania i zaniechania Rindipol ani Konsorcjum MPEC.

W ocenie Odwołującego, obie omówione wady wadialnego zabezpieczenia oferty prowadzą do wniosku, iż wykonawca MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z zw. z art. 45 ust. 1-8 ustawy. Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy nie zezwalają na uzupełnienie dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, nawet jeśli zawiera on wady.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC z postępowania stanowi zatem o naruszeniu przez Zamawiającego powołanego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z zw. z art. 45 ust. 1 — 8 ustawy Pzp.

AD. ZARZUT NR 6 (NIEWAŻNOŚĆ OFERTY MPEC / KONSORCJUM MPEC JAKO ZOBOWIĄZANIE DO ŚWIADCZENIA NIEMOŻLIWEGO)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z działem III punkt 7 SIWZ Zamawiający wskazał, iż wyprodukowane ciepło Operator dostarczał będzie do MPEC na podstawie zawarcia umowy stanowiącej Załącznik Nr 8 do SIWZ. Cena sprzedaży ciepła do MPEC w pierwszym roku eksploatacji nie będzie wyższa niż 21,4 zł/ GJ uśredniony netto. Oferty, które będą zawierały cenę sprzedaży wyższą niż 21,4 zł/ GJ uśredniony netto traktowane będą jako niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że treść komparycji Załącznika nr 8 do SIWZ wyjaśnia jednoznacznie, iż jako ww. MPEC rozumieć należy Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Lęborku:

- tj. MPEC, a zatem uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (samodzielnego wykonawcę, lub jak błędnie uznał Zamawiający - członka Konsorcjum MPEC);

W ocenie Odwołującego wymaganiem Zamawiającego jest zatem, aby wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie, zawarł umowę z MPEC, której przedmiotem będzie sprzedaż ciepła wytworzonego w elektrociepłowni, której operatorem będzie tenże wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie.

Odwołujący wskazał, że jeśli zamówienie zostanie udzielone MPEC, jednym z obowiązków MPEC będzie zawarcie umowy z MPEC na sprzedaż ciepła - a więc zawarcie umowy przez MPEC z samym sobą, w której obowiązkiem MPEC z jednej strony będzie dostawa (sprzedaż) ciepła samemu sobie, z drugiej zaś - zapłata ceny za ciepło samemu sobie. W analizowanej sytuacji - stosunek cywilnoprawny nie może zostać nawiązany z uwagi na wykluczający taką ewentualność stan faktyczny, polegający na tym, że nie występują dwa odrębne, autonomiczne podmioty.

Odwołujący wskazał, że art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi natomiast, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Dalej, art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego wyraźnie wskazuje, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Z kolei art. 108 Kodeksu cywilnego stanowi, że pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest

możliwość naruszenia interesów mocodawcy; przepis ten stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy pełnomocnik reprezentuje obie strony.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze art. 1 Kodeksu cywilnego, stosunek cywilny zachodzi pomiędzy jedną osobą fizyczną a inną osobą fizyczną, osobą fizyczną a osobą prawną lub między osobą prawną a inną osobą prawną. A contrario, stosunek cywilnoprawny nie może zachodzić między tą samą osobą prawną czy też między tą samą osobą prawną. Nie jest więc możliwe ani dopuszczalne zawarcie umowy z samym sobą. W ocenie Odwołującego powyższe powoduje, że nie jest zatem możliwym w świetle prawa cywilnego, aby MPEC zawarł umowę z samym sobą na sprzedaż ciepła, jak tego wymaga Zamawiający zgodnie z SIWZ. Nawet, gdyby taka umowa została zawarta, to będzie ona nieważna na zasadzie art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, jako sprzeczna z § 1 Kodeksu cywilnego oraz sprzeczna z naturą stosunku prawnego.

W ocenie Odwołującego gdyby jednak nawet przyjąć, iż w zakresie zawarcia umowy sprzedaży ciepła zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ, wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego działa jako pełnomocnik Zamawiającego (Gminy Miasta Lębork), to również umowa o takie świadczenie jest umową o świadczenie niemożliwe, a zatem - na zasadzie powołanych i omówionych powyżej przepisów - umową nieważną, a w konsekwencji - również i ofertą na zawarcie takiej umowy jest ofertą nieważną - również na zasadzie powołanych i omówionych powyżej przepisów. Powyższe wynika z faktu, iż w takim wypadku MPEC działałby jako pełnomocnik Zamawiającego z jednej strony, zaś jako strona umowy - z drugiej strony. Odwołujący wskazał, że żaden z dokumentów przetargowych - a w szczególności ani SIWZ ani ogłoszenie o zamówieniu - nie przewidują, aby ewentualny pełnomocnik Zamawiającego do zawarcia umowy według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ - posiadał upoważnienie do zawarcia umowy z samym sobą (jako druga strona umowy).

Zatem, zważywszy iż art. 108 Kodeksu cywilnego wprowadza zakaz zawierania umów jako pełnomocnik z samym sobą, również w tym przypadku niemożliwym dla MPEC jest spełnienie świadczenia do zawarcia umowy z samym sobą według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ. Skoro zatem nie jest możliwym spełnienie przez MPEC wymagań Zamawiającego i zawarcie z samym sobą umowy sprzedaży ciepła (czy to bezpośrednio, czy to jako pełnomocnik Zamawiającego), to umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta przez Zamawiającego z MPEC byłaby nieważna, gdyż byłaby to umowa o świadczenie niemożliwe. Sankcję nieważności wprowadza w tym zakresie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego.

Na marginesie Odwołujący wskazał, iż nawet gdyby powyższy obowiązek zawarcia umowy sprzedaży ciepła według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ obciążał Konsorcjum MPEC, nie zaś samodzielnie MPEC (w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2 odwołania), to w takim wypadku przedmiotowy obowiązek ciąży niepodzielnie na wszystkich członkach Konsorcjum MPEC - wobec czego wszystkie powyższe uwagi zachowują swoją aktualną również w odniesieniu do oferty Konsorcjum MPEC.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien odrzucić ofertę MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów tj. art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 108 Kodeksu cywilnego. Zaniechanie Zamawiającego wyżej opisanego odrzucenia oferty MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC stanowi o naruszeniu art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy z zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 108 Kodeksu cywilnego.

#### AD. ZARZUT NR 7 (BEZPOŚREDNI UDZIAŁ MPEC W PRZYGOTOWYWANIU POSTĘPOWANIA)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z działem III punkt 7 SIWZ Zamawiający wskazał, iż: Wyprodukowane ciepło Operator dostarczał będzie do MPEC na podstawie zawarcia umowy stanowiącej Załącznik Nr 8 do SIWZ. Cena sprzedaży ciepła do MPEC w pierwszym roku eksploatacji nie będzie wyższa niż 21,4 zł/GJ uśredniony netto. Oferty, które będą zawierały cenę sprzedaży wyższą niż 21,4 zł/ GJ uśredniony netto traktowane będą jako niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że z treść komparycji Załącznika nr 8 do SIWZ wynika jednoznacznie, iż jako ww. MPEC rozumieć należy Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. w Lęborku - tj. MPEC, a zatem uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (samodzielnego wykonawcę, lub jak błędnie uznał Zamawiający - członka Konsorcjum MPEC). Wymaganiem Zamawiającego jest zatem, aby wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienia, zawarł umowę z MPEC, której przedmiotem będzie sprzedaż ciepła wytworzonego w elektrociepłowni, której operatorem będzie tenże wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie.

Powyższa umowa na sprzedaż ciepła, stanowiąca Załącznik nr 8 do SIWZ, jest gotowym projektem umowy. Jak należy założyć, Zamawiający bezwzględnie przyjmuje, że umowa o takiej treści zostanie zawarta przez MPEC. Mając zaś na uwadze ograniczenia we wprowadzaniu zmian do umów w sprawach zamówień publicznych (art. 144 ustawy Pzp), zmiana wymagań w tym zakresie jest niedopuszczalna, jako że zmiana taka miałaby charakter istotny, a nie została przewidziana przez Zamawiającego ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż mimo że MPEC jest spółką komunalną Zamawiającego, w której Zamawiający posiada całość (100%) udziałów, to ani przepisy Kodeksu spółek handlowych, ani przepisy o wykonywaniu nadzoru i kontroli nad spółkami komunalnymi nie przewidują możliwości wydawania przez właściciela (oraz właściciela komunalnego) poleceń spółce komunalnej co do zawarcia określonej umowy, ani tym bardziej zawarcia umowy o określonej treści. W konsekwencji należy uznać, że umowa, której wzór został określony w Załączniku nr 8 do SIWZ, została ustalona, wynegocjowana i potwierdzona zarówno przez Zamawiającego, jak i przez MPEC.

Skoro zatem MPEC brał udział w przygotowywaniu dokumentacji przetargowej, tj. treści SIWZ, to w takim przypadku należy w sposób oczywisty uznać, że MPEC wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Odwołujący powołał się argumenty oraz twierdzenia dotyczące wykonywania przez MPEC czynności związanych z przygotowaniem postępowania, a wyartykułowane powyżej w uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania, uznając iż ich powielanie jest bezcelowe.

Odwołujący podkreślił, że brak jest również spełnienia przesłanek wyłączających zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako że stan faktyczny sprawy w tym zakresie jest bezsporny i pozwala na przyjęcie zaistnienia takich przesłanek. W konsekwencji Zamawiający winien wykluczyć z udziału w postępowaniu MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC, jako że MPEC wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Zaniechanie wykluczenia MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC z postępowania stanowi zatem o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC mimo, że spółka MPEC wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, zaś nie zachodzi żadna z okolicznością wyłączających obowiązek wykluczenia wskazanych w powołanym przepisie.



## ZARZUT NR 8 RAŻĄCA NISKA CENY OFERTY MPEC/KONSORCJUM MPEC

Odwołujący wskazał, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu z porównania wartości szacunkowej zamówienia 19.000,00 zł (dziewiętnaście tysięcy złotych) brutto (z VAT), z ceną brutto (1,23 zł) w zakresie miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy oferty złożonej przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC, wynika, że cena oferty stanowi około poniżej 1% tej wartości. Cena zaoferowana przez wykonawcę MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC za realizację przedmiotu zamówienia jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponadto zgodnie z art. 89 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie ustawodawca w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazał przykładowo, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulację ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie, czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne oraz będą zawsze kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, gdyż sami wykonawcy będą każdorazowo wskazywać te elementy oferty, które były podstawą wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny oraz będą odwoływali się do czynników zewnętrznych jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty. Odwołujący wskazał, że niezależnie od zastosowanych obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, zaoferowana przez wykonawcę MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC cena powinna pokrywać koszty realizacji przedmiotowego zamówienia natomiast przy cenie zaoferowanej przez tegoż wykonawcę nie ma takiej możliwości. Złożone wyjaśnienia wykonawcy MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC wskazują, iż pokrycie kosztów realizacji usługi nie nastąpi z kwoty jaką zaoferował wykonawca w ofercie. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Jednak bez względu na przyczyny, w sytuacji gdy cena znacząco odbiega od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia wyrażonej w wartości szacunkowej zamówienia, praktycznie zawsze wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę stopień skomplikowania realizacji przedmiotowego zamówienia, jak też nakłady pracy niezbędne do

należytej realizacji zamówienia przy mocno konkurencyjnym rynku eksploatacji elektrociepłowni i zbliżonych marżach obowiązujących na rynku nie ma żadnej możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za cenę 1,23 zł brutto. Zatem zaistniały stan faktyczny bezpośrednio prowadzi do sytuacji, w której realizacja zamówienia nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że zaoferował zbliżony poziom i zakres wykonania zamawianej usługi co wykonawca Konsorcjum MPEC. Z uwagi na powyższe przy założeniu, że Odwołujący i Konsorcjum MPEC mają zbliżone koszty operacyjne (w tym koszty osobowe personelu oraz koszty biurowe, koszty nabycia materiałów dla wykonania zamówienia), oraz podobne ceny serwisu, który jest głównie warunkowany kosztami osobowymi oraz kosztami materiałów eksploatacyjnych, jak najbardziej porównywalnych, a w przypadku Odwołującego w zakresie kosztów osobowych z uwagi na skalę działalności nawet mniejszych, nie ma żadnych realnych możliwości, aby cena zaoferowana przez wykonawcę Konsorcjum MPEC pozwalała na pokrycie jakichkolwiek kosztów realizacji zamówienia nie mówiąc o jego rzetelnej realizacji.

#### AD. ZARZUT NR 9 (NIEPRAWIDŁOWA OCENA WYJAŚNIEŃ MPEC / KONSORCJUM MPEC CO DO RAŻĄCO NISKIEJ CENY)

W ocenie Odwołującego oferta złożona przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC wezwane do złożenia wyjaśnień zrobiło to w sposób niewystarczający do oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Wykonawca MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC powinien wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. W ocenie Odwołującego przedstawione wyjaśnienia powinny być również poparte stosownymi dowodami. Same wyjaśnienia mają bowiem, jako oświadczenia pochodzące od podmiotu zainteresowanego rozstrzygnięciem postępowania, zawsze charakter subiektywny. Biorąc pod uwagę zaproponowaną cenę przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC należy stwierdzić, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący wskazał, że Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów.

Skoro zatem wykonawca MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC nie przedstawił obiektywnych dowodów bądź zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny, opierając się jedynie na subiektywnych informacjach o ogólnym charakterze, to jego wyjaśnienia nie mogą zatem stanowić uzasadnienia wysokości całości oferty wykonawcy, a jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego należy stwierdzić, iż przy cenie 1,23 zł zaoferowanej w ofercie złożonej przez MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC z tytułu wynagrodzenia miesięcznego wykonawcy, nie sposób wykazać, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia nie zawierają obiektywnych i weryfikowalnych przyczyn takiej, a nie innej kalkulacji ceny, a ponadto ich treść potwierdza, że kalkulacja ceny była nierzetelna. W tych okolicznościach, Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę MPEC lub/oraz Konsorcjum MPEC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy.

#### AD. ZARZUT NR 10 (NARUSZENIE INNYCH PRZEPISÓW)

Odwołujący wskazał, że opisane zaniechania Zamawiającego prowadzą do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 i 8 ustawy Pzp. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku gdyby Zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie brak wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy skutkuje niemożnością podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych w niniejszym Odwołaniu na późniejszym etapie prowadzonego postępowania. Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia, poprzez rażące naruszenie ustawy, które może skutkować unieważnieniem postępowania, uchybiając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wobec powyższego Odwołujący podniósł zarzut naruszenie przez Zamawiającego nie tylko przepisów ustawy wskazanych wprost w petitum niniejszego odwołania, ale również przepisów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, jak również z niego wynikających.

#### ***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami na okoliczność ustalenia przedmiotu

zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego ma okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) pismo Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2015 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego; (iv) pismo Zamawiającego z dnia 20 marca 2015 r. skierowana do Odwołującego oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 24 marca 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania do złożenia wyjaśnień oraz złożonych wyjaśnień; (v) wezwanie Zamawiającego z dnia 20 marca 2015 r. skierowane do Konsorcjum MPEC oraz odpowiedź Konsorcjum MPEC z dnia 27 marca 2015 r. na okoliczność ustalenia treści żądanych oraz złożonych wyjaśnień oraz dokumentów przez Konsorcjum MPEC; (vi) ofertę Odwołującego oraz Konsorcjum MPEC na okoliczność ustalenia ich treści.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że w Rozdziale VI SIWZ Zamawiający wskazał: „Jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawców przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 2, 4, 5 i 6 Działu VI SIWZ” (tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 11 ustawy Pzp oraz potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii KRS dla Veolia Wschód).

Zamawiający wskazał w Dziale V pkt 1.2 SIWZ, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi legitymować się wiedzą i doświadczeniem w eksploatacji w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, elektrociepłowni pracującej w kogeneracji opalanej paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW. Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie treści złożonego oświadczenia - Załącznika Nr 2 do SIWZ - Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Załącznika Nr 3 do SIWZ - Wykaz eksploatowanych źródeł ciepła pracujących w kogeneracji opalanych paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW. Ocena dokonana zostanie wg formuły spełnia — nie spełnia.

Jak wynika z protokołu postępowania przetargowego w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. oraz RINDIPOL S.A.

Konsorcjum MPEC w formularzy oferty wskazał jaki podmiot składający ofertę Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Lęborku. Załączył również umowę konsorcjalną. Odwołujący załączył do oferty „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów na czas realizacji zamówienia” przez spółkę Veolia Wschód sp. z o.o. (dalej „**Veolia Wschód**”).

Pismem z dnia 20 marca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wobec Veolia Wschód sp. z o.o., wskazując, że w złożonej ofercie Odwołujący powołał się na potencjał powyższego podmiotu i nie załączył wymaganych dokumentów.

Pismem datowanym 24 marca 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia i wskazał m.in., że z treści złożonych dokumentów nie jest przewidziany udział podmiotu udostępniającego zasoby tj. Veolia Wschód sp. z o.o. jako podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia, a w związku z tym żądanie dokumentów wymienionych w ust. 2, 4, 5 i 6 Działu VI SIWZ uznać należy za niezasadne.

Pismem z dnia 20 marca 2015 r. Zamawiający wezwał MPEC do złożenia wyjaśnień i dokumentów, żądając wyjaśnienia jaki podmiot złożył ofertę w postępowaniu, wyjaśnienie zasad kalkulacji ceny, określenia kto jest właścicielem obiektów wskazanych w Załączników nr 3 do oferty, złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnych koncesji oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Pismem z dnia 27 marca 2015 r. MPEC wyjaśnił m.in., że w formularzu oferty dokonał błędu formalnego i nie wskazał Konsorcjum jako podmiotu składającego ofertę. Wyjaśnił, że załączył umowę konsorcjalną do oferty. Wskazał, że w dniu 3 grudnia 2003 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w Gdańsku wydał decyzję nr WCC/1072A/3907/W/OGD/2003/AR o przyjsściu uprawnień na wytwarzanie ciepła do 31.01.2020 r. na nowy podmiot tj. RINDIPOL S.A. Załączył również decyzję Prezesa. Konsorcjum MPEC wskazało, w wykazie usług powołała się obiekty w Hajnówce o mocy zainstalowanej termicznej 50,2MW(t) oraz o mocy zainstalowanej elektrycznej 0,7W(e). Po instalacji układu kogeneracyjnego o mocy zainstalowanej termicznej 12,5 MW(t) i 0,7 MW(e) obiekt stał się elektrociepłownią. Faza rozruchu, układu kogeneracji trwa od 13 grudnia 2012 r. do dnia 1 lipca 2013 r., a od 6 sierpnia 2013 r. obiekt wytwarza energię elektryczną w sposób ciągły na podstawie otrzymanej koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej. Złożyło również wyjaśnienia w

zakresie rażąco niskiej ceny, których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Konsorcjum MPEC uzupełniło również Załącznik nr 4 do SIWZ wskazując, że podstawą dysponowania jest umowa o pracę z RINDIPOL S.A. od dnia 4 marca 2004 r.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. oraz RINDIPOL S.A. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (Rozdział V pkt 1.2 SIWZ). Zamawiający wskazał, że wiedza i doświadczenia zostały udostępnione przez Veolia Wschód sp. z o.o., który w ocenie Zamawiający winien wziąć udział osobisty w realizacji zamówienia, a w związku z tym winien on przedłożyć dla tego podmiotu dokumenty wymagane z rozdziału VI pkt 11 SIWZ czego nie uczynił.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 21 kwietnia 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Lęborku oraz Rindipol S.A. z siedzibą w Chojnicach (dalej „Przystępujący” lub „Konsorcjum MPEC”). Izba oddaliła opozycję Odwołującego wobec przystąpienia powyższego wykonawcy do postępowania po stronie Zamawiającego uznając, że spełnia on przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 29 kwietnia 2015 r. podczas rozprawy Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

***Izba zważyła co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

## ZARZUT NR 1 BEZPODSTAWNE WYKLUCZENIE ODWOŁUJĄCEGO Z POSTĘPOWANIA

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy Zamawiający zasadnie wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów o których mowa w §3 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz, form w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „**Rozporządzenie w sprawie dokumentów**”) w stosunku do podmiotu, który zobowiązał się udostępnić zasoby Odwołującemu na czas realizacji zamówienia tj. Veolia Wschód.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że §3 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1–3. Oznacza to, iż przepis § 3 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów znajduje zastosowanie w przypadku ziszczenia się dwóch następujących warunków. Po pierwsze wymagane jest, aby wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Po drugie wymagane jest, aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia. Przy czym warunki te muszą być spełnione łącznie.

Zamawiający w treści SIWZ wskazał w Rozdziale VI pkt 11, że wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia ma obowiązek złożyć wraz z ofertą w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów wymienionych w ust. 2, 4, 5 i 6 Działu VI SIWZ. Powielił więc treść regulacji znajdującą się w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów.

Dalej wskazać należy, że Odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie Veolia Wschód, spółki należącej do tej samej grupy kapitałowej co Odwołujący, do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V pkt 1.2 SIWZ. Oznacza to, że pierwsza przesłanka zastosowania §3 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów została

spełniona. Ustalenia więc wymaga czy sposób udostępnienia przez Veolia Wschód wiedzy i doświadczenia wiązać się będzie z realizacją części zamówienia. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż z treści zobowiązania i określonego tam sposobu udostępnienia zasobów podmiot udostępniający będzie realizował określoną część zamówienia publicznego. W treści zobowiązania spółka Veolia Wschód wskazała, że przekazanie wiedzy i doświadczenia odbędzie się poprzez: (i) udzielenie konsultacji oraz wsparcia organizacyjnego i technicznego przy zorganizowaniu, wdrożeniu i realizacji świadczeń będących przedmiotem zamówienia, w tym szkolenia personelu Odwołującego oraz udostępnienie Odwołującemu know-how; (ii) wyrażenie zgody na zatrudnienie (lub zaangażowanie na podstawie innych tytułów prawnych) swojego wykwalifikowanego i doświadczonego personelu przez Odwołującego do realizacji przedmiotowego zamówienia; (iii) na podstawie odrębnie zawartych umów zapewnienie Odwołującemu możliwość korzystania z narzędzi i innych zasobów technicznych, w tym informatycznych i organizacyjnych przy realizacji przedmiotowego zamówienia; (iv) podejmowanie innych formy współdziałania z Odwołującym w celu realizacji przedmiotowego zamówienia (przy czym Odwołujący i Veolia Wschód potwierdziły, że nie będzie zachodzić stosunek podwykonawstwa).

Zamawiający dokonując oceny powyższego zobowiązania uznał, że skoro podmiot trzeci udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie, to niezbędny jest jego udział w realizacji zamówienia. Zamawiający pominął jednak zupełnie w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie przekazana, co ma istotne znaczenie dla określenia czy podmiot udostępniający będzie realizował część zamówienia czy nie. Podkreślenia bowiem wymaga, że realizacja części zamówienia wymaga wyodrębnienia określonego zakresu zamówienia, powierzenia jego wykonania podmiotowi trzeciemu poprzez zawarcie umowy podwykonawstwa.

W analizowanym stanie faktycznym przekazanie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z treścią zobowiązania, nastąpi w drodze kilku różnych czynności. Po pierwsze poprzez udzielenie konsultacji oraz wsparcia organizacyjnego i technicznego. Elementy te nie stanowią części przedmiotu zamówienia i nie mogą być uznane za podwykonawstwo. Są to czynności towarzyszące realizacji zamówienia, nie są zaś per se realizacją samego zamówienia. Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołane, iż Odwołujący nie wskazał w treści zobowiązania w jaki sposób konsultacje oraz wsparcie organizacyjne i techniczne będzie wykonywane. Zgodzić się należy z Zamawiającym, jednakże okoliczność ta nie była ani podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania ani nie była wyjaśniana przez Zamawiającego w trakcie postępowania przetargowego. Podnoszenie jej na obecnym etapie postępowania pozostaje więc bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Dalej wskazać



należy, że przekazanie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez wyrażenie zgody na zatrudnienie (lub zaangażowanie na podstawie innych tytułów prawnych) swojego wykwalifikowanego i doświadczonego personelu przez Odwołującego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Również w tym przypadku nie mamy do czynienia z przekazaniem do realizacji podmiotowi trzeciemu udostępniającemu zasoby określonej części zamówienia. Z treści zobowiązania wynika, że wykwalifikowana kadra niezbędna dla realizacji zamówienia zostanie udostępniona Odwołującemu poprzez wyrażenie zgody na jej zatrudnienie przez Odwołującego lub poprzez zawarcie umowy cywilnoprawnej. Oznacza to, w ocenie Izby, że przekazana przez Veolia Wschód wykwalifikowana kadra stanie się personelem własnym Odwołującego, realizującym, w imieniu Odwołującego i na jego rzecz, przedmiot zamówienia. Na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał w treści oferty, że realizując zamówienie będzie dysponował własnym wykwalifikowanym personelem, który zostanie mu przekazany przez Veolia Wschód. Zamawiający zaś niezasadnie wywiódł z powyższego oświadczenia, że spółka Veolia Wschód będzie realizowała zamówienie. Podmioty te nie podpisały umowy o podwykonawstwo, nie podzieliły zakresu zamówienia pomiędzy siebie. Jedynym podmiotem odpowiedzialnym za realizację zamówienia jest Odwołujący. To, że realizacja zamówienia będzie możliwa dzięki pracownikom Veolia Wschód, którzy zostaną udostępnieni Odwołującemu i staną się jego zasobem własnym nie może być utożsamiane z podwykonawstwem. Pojęciem podwykonawcy należy objąć tylko sytuację, gdy podmiot trzeci realizuje część przedmiotu zamówienia na podstawie stosownego porozumienia z wykonawcą, przy czym czyni to na własne ryzyko i rachunek. Tym samym podwykonawstwo, które ma prawne znaczenie z punktu widzenia wykazania się określoną wiedzą i doświadczeniem, dotyczy samodzielnej realizacji określonej części zamówienia przez podwykonawcę, na zasadach zbliżonych do wykonawcy. Pojęcie to nie będzie obejmować w analizowanym stanie faktycznym przekazania wykwalifikowanego personelu Odwołującemu z uwagi na sposób jego udostępnienia wskazany w treści zobowiązania. W ocenie Izby podwykonawstwem nie będzie również udostępnienie przez Veolia Wschód narzędzi i innych zasobów technicznych, gdyż ten sposób udostępnienia nie wiąże się z realizacją części zamówienia.

Odrębną kwestią jest skuteczność i możliwość wyegzekwowania przez Odwołującego od Veolia Wschód zasobów, które spółka ta zobowiązała się oddać do dyspozycji. Okoliczność ta nie była wyjaśniona przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, nie stanowiła również podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wskazać jednak należy, że „pisemne zobowiązanie” do udostępnienia wykwalifikowanych pracowników Veolia Wschód, może skutecznie zaciągnąć nie tyle „inny podmiot” działający w charakterze

pracodawcy, ile sam pracownik, który ma być zatrudniony bezpośrednio u wykonawcy, co wynika z ograniczeń w pośrednictwie pracy, wprowadzonym na mocy ustawy z 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zm.). Wyjątek dotyczy agencji pracy tymczasowej. W treści zaś zobowiązania przedłożonego przez Veolia Wschód brak jest jakichkolwiek szczegółów w jaki konkretny sposób nastąpi udostępnienie niezbędnej wykwalifikowanej kadry. Podane są wyłącznie ogólne podstawy prawne bez odniesienia ich do konkretnych pracowników, którzy mają być przekazani, ich doświadczenia i posiadanych umiejętności koniecznych i niezbędnych do realizacji zamówienia. Tylko bowiem wyczerpujące określenie takich informacji daje Zamawiającemu gwarancję realnego udostępnienia zasobów. Zamawiający winien był powyższą kwestię poddać szczegółowej analizie na etapie badania i oceny ofert czego, w ocenie Izby, nie uczynił. Podobnie Zamawiający nie wyjaśnił z Odwołującym na etapie badania i oceny ofert na czym będzie polegało udzielenie konsultacji i wsparcia organizacyjnego, co zresztą potwierdził w treści odpowiedzi na odwołanie. Zważywszy jednak, że powyższe okoliczności nie były podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania ani nie stanowiły zarzutu w niniejszym postępowaniu, Izba nie jest władna rozstrzygać czy samo zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą można uznać za realne i skuteczne udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego.

W ocenie Izby z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wynika, aby podmiot udostępniający zasoby był jednocześnie zobowiązany do osobistej realizacji części zamówieni. Zgodnie z treścią zobowiązania do udostępnienia zasobów niedobory Odwołującego w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego zostaną uzupełnione poprzez „wzbogacenie” kadrowe jego personelu i oddania mu do dyspozycji odpowiedniego personelu ze spółki zależnej Velioa Wschód bądź to na podstawie umowy cywilnoprawnej bądź, jak wynika z treści zobowiązania, wyrażenie zgody przez Veolia Wschód na ich zatrudnienie. Zasoby więc podmiotu trzeciego wzbogacają zasób własny Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

#### *AD. ZARZUT NR 2 NARUSZENIE ZASAD UCZCIWEJ KONKURENCJI I UDZIELENIE ZAMÓWIENIA WYKONAWCY WYBRANEMU NIEZGODNIE Z PRZEPISAMI USTAWY*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami było, to, że na stronie pierwszej formularza ofertowego Konsorcjum MPEC wskazało jako podmiot

składający ofertę wyłącznie Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o. Bezspornym pozostawało również to, że wraz z ofertą została złożona umowa konsorcjalna, zgodnie z którą spółka RINDIPOL S.A. udzieliła spółce MPEC umocowania do działania w imieniu konsorcjum, w tym m.in. do podpisania i złożenia w imieniu Konsorcjum MPEC oferty w przedmiotowym postępowaniu. Rozstrzygnięcia więc wymagało czy wskazanie w treści formularza oferty, iż podmiotem składającym ofertę jest spółką MPEC wykluczało możliwość przyjęcia przez Zamawiającego, iż oferta została złożona przez Konsorcjum MPEC.

Nie ulega w ocenie Izby wątpliwości, że sens oświadczenia woli wyrażonego w postaci pisemnej ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W przedmiotowym postępowaniu jest to formularz ofertowy złożony przez Przystępującego. W procesie wykładni zawartych w nim postanowień zasadnicze znaczenie należy więc nadać językowym regułom znaczeniowym. Odwołanie się do reguł językowych nie może stanowić jednak, w ocenie Izby, wyłącznej podstawy do ustalenie sensu złożonego przez stronę oświadczenia woli. Wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny. Okoliczności te mają, w ocenie Izby, doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia. Również inne zachowania przejawione przez strony ex post mogą wskazywać na sposób rozumienia złożonego oświadczenia woli (por. wyr. SN z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08, Lex nr 479315; wyr. SN z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 250/08, Lex nr 484668; wyr. SN z dnia 20 stycznia 2011 r., I CSK 173/10, Lex nr 738379). Dalej zauważyć należy, że formularz ofertowy nie może być utożsamiany z treścią oferty. Ofertę, zgodnie z art. 66 kodeksu cywilnego stanowi oświadczenie woli wykonawcy, które podlega interpretacji, zgodnie z regułami wykładni, o których mowa w art. 65 k.c. Zwrócić należy uwagę na fakt, że wyrazem woli wykonawcy może być załączenie do oferty dokumentów pełnomocnictwa, umowy konsorcjalnej z której wynika umocowanie do wspólnego ubiegania się konsorcjum o udzielenie ww. zamówienia oraz dokumentów podmiotowych dla obu podmiotów.

Stosując wspomniane dyrektywy nie można pomijać, że w omawianym stanie faktycznym do oferty dołączono umowę konsorcjalną z treści której w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że RINDIPOL S.A. udzielił spółce MPEC pełnomocnictwa m.in. do podpisania i złożenia oferty, a także składania wszelkich oświadczenia w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Nadto, załączono dokumenty podmiotowe dotyczące uczestników Konsorcjum niezbędne dla potrzeb prowadzonego postępowania. Powyższe, w ocenie Izby, jasno wskazuje, że grupa przedsiębiorców zamierza wspólnie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i mocą przepisu art. 23 ust. 2 ustawy

Pzp ustanowiła pełnomocnika do reprezentowania tychże wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie inaczej zatem należy tłumaczyć fakt wpisania w formularzu oferty jako wykonawcy spółka MPEC jak tylko tak, iż wskazany przedsiębiorca uwidoczniiony w ofercie jako wykonawca w istocie działa w imieniu uczestników Konsorcjum MPEC, a więc wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Interpretacja oświadczenia woli wykonawcy wyłącznie na podstawie treści formularza ofertowego nie jest w ocenie Izby zasadna. Dokumenty złożone wraz z formularzem ofertowym stanowią część oświadczenia woli wykonawcy, a ich treść winna być uwzględniona w procesie wykładni oświadczenia woli wykonawcy. W omawianym stanie faktycznym Izba uznała, że uwzględniając całość oferty Przystępującego zasadne jest przyjęcie, iż celem wykonawców było złożenie oferty w imieniu konsorcjum. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

#### *AD. ZARZUT NR 3 NIESPEŁNIENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ MPEC*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący oparł powyższy zarzut na założeniu, że oferta została złożona wyłącznie przez wykonawcę MPEC, nie zaś przez Konsorcjum MPEC. Ponieważ Izba uznała, że oferta została skutecznie złożona przez Konsorcjum MPEC, wszelkie zarzuty Odwołującego, iż spółka MPEC winna samodzielnie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu uznać należy za bezprzedmiotowe i nie znajdujące potwierdzenie w stanie faktycznym oraz prawnym.

#### *AD. ZARZUT NR 4 NIE SPEŁNIENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ KONSORCJUM MPEC*

*Zarzut dotyczący braku posiadania przez Konsorcjum MPEC uprawnień do wykonywania określonej działalności (Dział V pkt 1.1. SIWZ)*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący formułując zarzut pominął dokumenty złożone przez Przystępującego w dniu 27 marca 2015 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 marca 2015 r. W powyższym piśmie Przystępujący wyjaśnił, że w dniu 3 grudnia 2003 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w Gdańsku wydał decyzję nr WCC/1072A/3907/W/OGD/2003/AR o przejściu uprawnień z koncesji na wytwarzanie ciepła do dnia 31 grudnia 2020 r. na nowy podmiot tj. Rindipol S.A. z siedzibą w Chojnicach. Przystępujący załączył również powyższą decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. W

ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że przedłożone dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V pkt 1.1 SIWZ.

*Zarzut dotyczący braku posiadania przez Konsorcjum MPCE wymagania w Dziale V pkt 1.2 SIWZ wiedzy i doświadczenia*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący dokonał nieprawidłowej interpretacji spornego postanowienia SIWZ. Zgodnie z pkt 1.2 SIWZ Dział V Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał określoną wiedzę i doświadczenie. Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie doświadczenia w eksploataowaniu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, elektrociepłowni pracującej w kogeneracji opalanej paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW. Spełnienie warunku oceniane będzie na podstawie treści złożonego oświadczenia - Załącznika Nr 2 do SIWZ — Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Załącznika Nr 3 do SIWZ - Wykaz eksploatowanych źródeł ciepła pracujących w kogeneracji opalanych paliwami stałymi o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW.

Z powyższego wymagania Odwołujący niezasadnie wywiódł, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni wykazać się co najmniej 3 letnim doświadczeniem w eksploataowaniu elektrociepłowni pracującej w kogeneracji opalanej paliwem stałym o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW. Literalna wykładnia spornego postanowienia SIWZ nie daje podstaw do przyjęcia interpretacji zaprezentowanej przez Odwołującego. Zamawiający nie określił bowiem w treści pkt 1.2 SIWZ Dział V minimalnego wymaganego okresu eksploatacyjnego, wymagając wyłącznie wykazaniem się doświadczenia związanego z eksploataowaniem elektrociepłowni czyli prowadzeniem w tym zakresie działalności. Przyjęcie interpretacji proponowanej przez Odwołującego byłoby niezasadne na etapie badania i oceny ofert, gdyż nie znajduje ona oparcia w literalnej wykładni spornego zapisu i stanowiłoby naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na powyższy Izba uznała, że Zamawiający zasadnie uznał, że Konsorcjum MPEC spełniło warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 1.2 SIWZ Dział V. Wskazać bowiem należy, że Konsorcjum MPEC załączyło wraz z ofertą Decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 6 sierpnia 2013 r. o udzielenie koncesji RINDIPOL S.A. na wytwarzanie energii elektrycznej na okres od dnia 6 sierpnia 2013 r. do dnia 6 sierpnia 2023 r. W treści decyzji wynika, że przedmiotem działalności objętej koncesją jest działalność

gospodarcza polegająca na wytworzeniu energii elektrycznej w elektrociepłowni o mocy zainstalowanej 0,7MW zlokalizowanej w Hajnówce. Oznacza to, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Przystępujący wykazał, że posiada doświadczenie w eksploataowaniu elektrociepłowni pracującej w kogeneracji opalanej paliwem stałym o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 5 MW.

*AD. ZARZUT NR 5 NIE WNIESIENIE NALEŻYTEGO WADIUM PRZEZ MPEC/KONSORCJUM MPEC*

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań spółki MPEC, z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną czyli spółki RINDIPOL S.A.

Na wstępie podkreślić należy, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach ustawowych, została jedynie przewidziana w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 950 z późn. zm.) jako jedna z czynności ubezpieczeniowych. Zatem treść zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta, kształtowana jest przez strony umowy i w sposób wyczerpujący określona jest w treści tej gwarancji. W niniejszej sprawie treść gwarancji ubezpieczeniowej nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania zobowiązanego, którym jest wyłącznie spółka MPEC. Z żadnego postanowienia gwarancji nie wynika, że obejmuje ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia ani nie wskazuje drugiego z wykonawców wchodzącego w skład konsorcjum. W związku z tym rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego zapewnia Zamawiającemu możliwość skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum. Zdaniem Izby, na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Nie ulega żadnej wątpliwości (i jest to między stronami bezsporne), że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została

zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji ubezpieczeniowej przesądzą bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić ubezpieczycielowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej.

Przede wszystkim wskazać należy, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się do nich, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, odpowiednio. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1408/10), *wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.* Jednocześnie podkreślić należy, że wynikająca z ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy relacji między tymi wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje ona relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak towarzystwo ubezpieczeniowe (gwarant). Niezależnie jednak od powyższego zauważyć należy, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 421/12). Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (takich jak niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy). Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie

dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej, zawiązanie konsorcjum bowiem nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej.

Dalej należy wskazać, że względu charakter prawny gwarancji ubezpieczeniowej, sposób ukształtowania odpowiedzialności wykonawców wobec zamawiającego nie może przesądzić o skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji ubezpieczeniowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania, istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r. V CSK 233/09). Oznacza to, że zobowiązanie z tytułu gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta są niezależne od sposobu ukształtowania relacji prawnej między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. Tym samym powoływanie się wobec gwaranta na okoliczności dotyczące relacji wykonawców z zamawiającym może być uznane za bezskuteczne.

Okoliczność, iż spółka MPEC działała jako lider konsorcjum, na podstawie pełnomocnictwa, umocowującego do wniesienia wadium nie ma znaczenia dla skutecznego zabezpieczenia oferty. Z powyższego wynika jedynie, że ww. spółka była uprawniona do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum. Jak już wyżej wspomniano, taka gwarancja ubezpieczeniowa, udzielona na zlecenie umocowanego lidera konsorcjum, ale obejmująca ochroną okoliczności związane ze złożeniem oferty wspólnej, stanowiłaby prawidłowo wniesione wadium. Okoliczność, że lider konsorcjum, w myśl udzielonego pełnomocnictwa jest wyłącznie umocowany do składania oświadczeń woli i wiedzy w relacjach z zamawiającym nie ma znaczenia dla treści gwarancji ubezpieczeniowej. Treść pełnomocnictwa określa bowiem kompetencje lidera do reprezentowania konsorcjum (co nie czyni z niego wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie), a ponadto dotyczy relacji między wykonawcami a zamawiającym. Natomiast roszczenia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej powstają wyłącznie w odniesieniu do okoliczności przewidzianych w treści tej gwarancji, zarówno jeśli chodzi o jej zakres przedmiotowy, jak i podmiotowy, a założenie, że profesjonalny podmiot będący gwarantem obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczące wykonawcy, o którym



nie miał wiedzy zawierając umowę, należy uznać za bezpodstawne zarówno z prawnego, jak i z praktycznego punktu widzenia.

W ocenie Izby wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, co wobec dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego terminu obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej, Izba uznała zarzut Odwołującego za bezzasadny. Obowiązkiem uczestników postępowania jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą, na co zwrócił uwagę w wyroku z dnia 13 października 2005 r. Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. IV Ca 468/05). W orzecznictwie za ugruntowany uznaje się pogląd, iż przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert, na co wskazuje jednoznacznie brzmienie art. 85 ust. 5 ustawy Pzp. Ustawa Pzp zawiera własną odrębną od przepisów KC regulację obliczania terminu określonego w dniach. Ustawodawca wskazuje wprost, iż termin związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Tym samym nie ma zastosowania przy obliczaniu terminu regulacja art. 111 ust. 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (tak m.in. wyrok sądu okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., XIX Ga 3/07). Termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu wynosił 60 dni i rozpoczął się wraz z upływem terminu składania ofert. Oznacza to, iż wadium powinno obejmować cały okres, w którym wykonawcy pozostają związani ofertą, z uwzględnieniem dnia, w którym upływał termin składania ofert, tj. 13 marca 2015 r. 60 dniowy termin, w ciągu którego oferty wykonawców powinny być zabezpieczone wadium, upływa zatem 11 maja 2015 r. (o godzinie 24:00). Gwarancja

ubezpieczeniowa wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Hestia załączona do oferty, obowiązywała od dnia 13 marca 2015 r. do 11 maja 2015 r., a tym samym spełniony został wymóg wskazany w SIWZ.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby brak pieczęci ubezpieczyciela (nieczytelność pieczętki) i nieczytelny podpis osoby działającej w imieniu ubezpieczyciela winny skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania z powodu nieskutecznego wniesienia wadium. Odwołujący oparł zasadność postawionego zarzutu wyłącznie na kopii gwarancji ubezpieczeniowej, nie zapoznając się z jej oryginałem. Nie może stanowić wiarygodnego dowodu kopia dokumentu. Oczywistym bowiem jest, że kopia oryginału dokumentu może ulec zniekształceniu poprzez zamazanie niektórych elementów. Zamawiający zaś wskazał, że Odwołujący nie zgłaszał wniosku o okazanie mu oryginału gwarancji ubezpieczeniowej, która jest zdeponowana w sejfie Zamawiającego. Potwierdził również, że oryginał posiada wyraźną pieczętkę ubezpieczyciela – Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia. Podkreślenia również wymaga, że zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 listopada 2014 r. (II GSK 1606/13) brak możliwości identyfikacji osób składających podpisy na żądanie zapłaty kwoty wadium w żadnym stopniu nie może podważać bezwarunkowego charakteru gwarancji ubezpieczeniowych i nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w związku z nie złożeniem przez niego wadium. Z treści gwarancji przedłożonej przez Konsorcjum MPEC wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia zobowiązało się bezwarunkowo i niedowolanie do zapłaty kwoty wadium. Nieczytelność pieczętki i osób podpisanych na kopii gwarancji ubezpieczeniowej nie pozbawia Zamawiającego prawa żądania zapłaty w sytuacji ziszczenia się przesłanek zapłaty. Odwołujący zaś nie kwestionował autentyczności przedłożonego przez Konsorcjum MPEC dokumentu, ograniczając się wyłącznie do wad formalnych, które nie mogą skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

#### *AD. ZARZUT NR 6 NIEWAŻNOŚĆ OFERTY MPEC / KONSORCJUM MPEC JAKO ZOBOWIĄZANIE DO ŚWIADCZENIA NIEMOŻLIWEGO*

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut nieważności oferty Przystępującego. Jednakże argumenty przedstawione przez Odwołującego wykazały wadliwą konstrukcję warunków zawarcia umowy kompleksowej sprzedaży ciepła o treści określonej w Załączniku nr 8 do SIWZ (dalej „**Umowa wykonawcza**”). Wadliwość ta dotyczyła narzucenia bezwzględnego obowiązku zawarcia Umowy wykonawczej, w kształcie określonym w Załączniku nr 8.

Art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący upatrywał nieważności oferty Przystępującego w tym, iż w wyniku wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej będzie on zobowiązany do zawarcia Umowy wykonawczej z samym sobą, co skutkuje jej nieważnością. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Rozgraniczenia bowiem wymaga czynność Zamawiającego jaką jest konstrukcja warunków przetargu i wymogów realizacji zamówienia znajdującą odzwierciedlenie w SIWZ od czynności wykonawcy jaką jest oświadczenie woli wykonawcy przejawiające się w złożeniu oferty zgodnej z wymaganiami określonymi w SIWZ. W omawianym stanie faktycznym mamy do czynienia z wadliwym opisem warunków postępowania dokonany przez Zamawiającego. Niezasadnym jest jednak przyjęcie przez Odwołującego, iż to Przystępujący winien być obarczony konsekwencjami decyzji Zamawiającego poprzez uznanie jego oferty za nieważną. Brak jest ku temu odpowiedniej podstawy prawnej wymaganej dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Sam Odwołujący nie wskazał na żaden przepis ustawy z którym ofertą Przystępującego jest niezgodna i w związku z tym nieważna. W ocenie Izby argumenty Odwołującego podniesione w treści odwołania oraz podczas rozprawy odnoszą się wyłącznie do błędnego opisu warunków postępowania przetargowego. Okoliczność ta nie skutkuje jednak nieważnością oferty Przystępującego. Została ona złożona przez osoby mające skuteczne umocowanie, jest ważnym i skutecznym oświadczeniem woli złożonym przez Konsorcjum MPEC. Podkreślić należy, że art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołuje się do oferty wykonawcy, czyli oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę. Odwołujący winien zatem wykazać nieważność oświadczenia woli wykonawcy, wskazać na przepis prawa skutkujący nieważnością oświadczenia woli wykonawcy czego, w ocenie Izby nie uczynił, gdyż przedstawiona Izbie argumentacja ma odniesienie wyłącznie do świadczenia woli Zamawiającego, nie zaś wykonawcy.

Dalej Izba wskazuje, że art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 1 kodeksu cywilnego określa granicę swobody umów, wskazując, że strony zawierając umowę mogą ułożyć stosunek cywilnoprawny według własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W doktrynie prawa cywilnego natura stosunku cywilnego postrzegana jest jako nakaz respektowania podstawowych cech obligacyjnego stosunku prawnego, a więc tych jego elementów, których brak może prowadzić do podważenia sensu (istoty) nawiązywanej więzi prawnej. Wywieść się on daje bądź wprost z samego charakteru stosunków obligacyjnych jako takich, bądź też z charakteru przypisywanego określonej kategorii tych stosunków (tak m.in. Kodeks Cywilny. Komentarz. Prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski). Ustawodawca w art. 1 Kodeksu cywilnego określił jeden z elementów

normatywnych stosunku cywilnoprawnego odzwierciedlających naturę stosunku zobowiązaniowego. Wskazał bowiem, że stosunek cywilnoprawny to relacje między przynajmniej dwiema osobami, z których zachowanie jednej strony wywołuje reakcje drugiej strony i podlega kontroli pod względem zgodności z prawem. Zasadne jest w powyższym kontekście przywołanie rozpoznawalnej na gruncie prawa cywilnego koncepcji konfuzji (*confusio*) długu i wierzytelności. Choć kodeks cywilny nie zawiera samej definicji konfuzji, to jednak skutek w postaci wygaśnięcia zobowiązania na skutek połączenia długu i wierzytelności w jednej osobie można wyinterpretować z ogólnych zasad prawa zobowiązań, w tym art. 353 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym zobowiązanie jest stosunkiem. Warunkiem koniecznym trwania zobowiązania jest istnienie dwóch stron - wierzyciela i dłużnika, a w przypadku jednej z nich zobowiązanie wygasa, gdyż nikt nie może sam od siebie żądać spełnienia świadczenia, a także go egzekwować. Podkreślenia również wymaga, że pomimo braku w kodeksie cywilnym bezpośredniej regulacji instytucji konfuzji, to konstrukcja ta stosowana jest przez sądy powszechne, w tym również Sąd Najwyższy (m.in. postanowienie SN z dnia 10 kwietnia 2008 r. IV CSK 21/08, wyrok SN z dnia 27 marca 2008 r. II CSK 556/07, uchwała SN z dnia 7 lutego 2008 r. III CZP 115/07).

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum MPEC, w skład, którego wchodzi spółka MPEC będąca przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się wytwarzaniem ciepła, przesyłaniem i dystrybucją. W SIWZ Zamawiający określił bezwzględny obowiązek zawarcia Umowy wykonawczej. Oznacza to więc, że utrzymując decyzję Zamawiającego w mocy, Przystępujący zobowiązany byłby do zawarcia Umowy wykonawczej niedopuszczalnej na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Byłaby to bowiem umowa pomiędzy jednym i tym samym podmiotem tj. spółką MPEC, które z jednej strony zobowiązałby się do sprzedaży ciepła samemu sobie, z czym korelowany byłby obowiązek zapłaty samemu sobie za sprzedane ciepło. Taka konstrukcja stosunku zobowiązaniowego, z powodów omówionych powyżej, byłaby niedopuszczalna na gruncie kodeksu cywilnego. Mając powyższe na uwadze zasadnym byłoby, w ocenie Izby, sięgnięcie do cywilistycznej koncepcji konfuzji. Zachodzi bowiem w omawianej sytuacji tożsamość podmiotu produkującego ciepło z podmiotem zobowiązany do zawarcia Umowy wykonawczej i zakupu ciepła wyprodukowanego w ramach realizacji zamówienia. Tym samym obowiązek zawarcia umowy sprzedaży ciepła wynikającej z ustawy Prawo energetyczne nie miałby zastosowania. Konfuzja w jednym wykonawcy podmiotu zobowiązanego do produkcji ciepła, jaki i zakupu wyprodukowanego ciepła nie oznaczałaby zwolnienia takiego wykonawcy z innych obowiązków wynikających z Umowy wykonawczej. Należałoby, w ocenie Izby, dokonać zmiany formy zobowiązania będącego źródłem takich obowiązków. Wskazać tu

można przykładowo formę oświadczenia, będącego elementem stosunku zobowiązaniowego wynikającego z zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zawarte byłyby wszystkie niezbędne postanowienia dotyczące sposobu produkcji, dystrybucji czy rozliczenia uregulowane obecne w Umowie wykonawczej. Oświadczenie to będzie już elementem stosunku cywilnoprawnego z Zamawiającym, nie zaś stosunek zobowiązaniowy z samym sobą. W ocenie Izby błąd Zamawiającego polegał na bezwzględnym przyjęciu w SIWZ obowiązku zawarcia Umowy wykonawczej przez wykonawcę wyłonionego w ramach postępowania przetargowego. Co prawda obowiązek ten wynika z ustawy Prawo energetyczne jednakże specyfika postępowania oraz konfuzja w ramach jednego podmiotu dłużnika i wierzyciela czyni powyższych obowiązek zawarcia umowy zbędnym. Zamawiający winien zabezpieczyć własne interesy w inny sposób chociażby poprzez oświadczenia wykonawcy stanowiące element umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi tu jednak wyłącznie o zmianę formy będącej źródłem obowiązków wykonawcy. Problem ten pozostaje jednak tylko w sferze rozważań teoretycznych. Izba bowiem nakazała wykluczenie Konsorcjum MPEC z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jediną ofertą, która pozostała w postępowaniu to oferta Odwołującego. W przypadku udzielenia zamówienia Odwołującemu Umowa wykonawcza zostanie zawarta pomiędzy dwoma odrębnymi podmiotami.

Izba nie podziela argumentu Odwołującego o nieważności oferty Konsorcjum MPEC jako zobowiązania do świadczenia niemożliwego. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądowym świadczenie niemożliwe to takie zachowanie, którego żadna osoba, nie tylko sam dłużnik, nie może zrealizować. Świadczenie, którego nie zdoła wykonać dłużnik, lecz które może być wykonane przez inną osobę, traktowane jest na gruncie przepisów art. 386 kodeksu cywilnego jako możliwe do wykonania. Pojęcie niemożności świadczenia ma charakter obiektywny (tak m.in. wyrok SN III CKN 1015/99). Gdyby przyjąć zarzut Odwołującego za uzasadniony, to również sam Odwołujący nie mógłby wykonać zobowiązania czego w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie zarzucił.

Nie potwierdził się również zarzut nieważności oferty Przystępującego z uwagi na naruszenie art. 108 kodeksu cywilnego. Wskazać bowiem należy, że powyższa regulacja odnosi się do ograniczeń co do możliwości reprezentowania przez pełnomocnika obu stron czynności prawnej. W treści dokumentacji przetargowej brak jest podstaw do przyjęcia, iż Umowa wykonawcza miała być zawarta przez pełnomocnika. Skoro tak, to regulacja art. 108 kodeksu cywilnego nie znajduje zastosowanie. Ponadto, jak słusznie wskazał Zamawiający, skutkiem naruszenie zakazu wynikającego z art. 108 kodeksu cywilnego jest sankcja

bezskuteczności zawieszanej, nie zaś nieważności czynności prawnej na którą powoływał się Odwołujący.

Mają na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, iż oferta złożona przez Przystępującego jest nieważna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

#### *AD. ZARZUT NR 7 BEZPOŚREDNI UDZIAŁ MPEC W PRZYGOTOWYWANIU POSTĘPOWANIA*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z przyczyny podanej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp może nastąpić jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wszystkich koniecznych przesłanek, to jest: (i) wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się do sporządzenia oferty osobami dokonującymi takich czynności; (ii) bezpośredniego wykorzystania rezultatu tych prac przez zamawiającego; (iii) utrudnienia uczciwej konkurencji, skutkiem udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania. Ocena czy doszło do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez danego wykonawcę wykonującego czynności związane z przygotowaniem postępowania, zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy. Pod uwagę należy wziąć przy tym wszelkie okoliczności, które doprowadziły do uzyskania przewagi wykonawcy nad innymi uczestnikami postępowania, np. jakiego rodzaju wiedzę, zakres informacji o zamówieniu, uzyskał wykonawca i czy wiedza ta jest dostępna innym wykonawcom, albo np. czy przygotowując opis przedmiotu zamówienia wykonawca wprowadził do niego postanowienia jedynie dla niego korzystne. Odwołujący powinien wziąć pod uwagę oraz przede wszystkim wykazać, co konkretnie dało w tym przypadku przewagę wykonawcy wykonującemu niektóre czynności związane z przygotowaniem postępowania (np. jaka wiedza przy tym nabyta daje mu możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo jakie informacje dodatkowe, niedostępne innym wykonawcom na temat danego przedmiotu zamówienia uzyskał i w jaki sposób będzie mógł je wykorzystać dla uzyskania danego zamówienia).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek koniecznych do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Co do pierwszej z przesłanek, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że brak jest spełnienia przesłanki „bezpośredniego udziału w przygotowaniu postępowania”. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że bezpośredni udział w przygotowaniu postępowania to udział danego podmiotu w czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego wskazanych w art. 29 – 38 ustawy Pzp. Odwołujący zaś nie wykazał, że spółka MPEC wykonywała bezpośrednio jakiegokolwiek czynności wskazane w powyższych

przepisach. Nie jest bezpośrednim udziałem w przygotowaniu postępowania przekazanie Zamawiającemu określonych danych przed wszczęciem postępowania. Dane te stanowiły wyłącznie bazę do opracowania dokumentacji przetargowej, zaś Odwołujący nie wykazał, aby spółka MPEC brała udziału w przygotowywaniu takiej dokumentacji. Informacje przekazane przez spółkę MPEC były przedmiotem analizy ze strony Zamawiającego. Zamawiający potwierdził, że spółka MPEC nie brała udziału w takiej analizie i określeniu szczegółów zamówienia, zaś Odwołujący nie wykazał, aby było inaczej. Argument podnoszony przez Odwołującego co do załącznika nr 8 sprowadza się do tezy, że skoro spółka MPEC jest stroną umowy sprzedaży ciepła, to treści umowy została ustalona, wynegocjowana i potwierdzona przez Przystępującego. Podkreślić jednak należy, że jest to obiektywna okoliczność wynikająca z przepisów ustawy Prawo energetyczne, które nakłada na przedsiębiorstwo energetyczne obowiązek zakupu ciepła wyprodukowanego z odnawialnych źródeł energii, a w przypadku Gminy Lębork jest to wyłącznie spółka MPEC. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności uprawdopodobniających udział spółki MPEC w przygotowywaniu Umowy wykonawczej.

Nie została również spełniona druga z przesłanek wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. Odwołujący nie wykazał, że informacje przekazane przez spółkę MPEC utrudniały uczciwą konkurencję. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał związku pomiędzy przekazaniem informacji przez spółkę MPEC, a naruszeniem konkurencji. Pozostałe argumenty Odwołującego odnoszące się do faktu, iż spółka MPEC jest operatorem sieci ciepłowniczej w mieście organizatora przetargu - Lęborku, a co więcej - ma być wyłącznym odbiorcą ciepła wytworzonego w oparciu o eksploatowany układ kogeneracyjny, a ponadto uczestniczył w ustaleniu i określeniu warunków postępowania (co potwierdza niezbitnie choćby okoliczność, że warunki dostaw ciepła oraz warunki techniczne przyłącza najprawdopodobniej określone zostały przez MPEC) również nie stanowią w ocenie Izby podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Odwołujący bowiem nie wykazał jakiego rodzaju niedostępne w SIWZ informacje były w posiadaniu MPEC, a które to zdaniem Odwołującego uprzywilejowują spółkę MPEC w stosunku do pozostałych wykonawców i są realnym zaburzeniem konkurencji. Okoliczności przywołane przez Odwołującego są okolicznościami natury obiektywnej i wynikają z regulacji ustawy Prawo energetyczne. Bezsprzecznym jest, że spółka MPEC posiada większą wiedzę o systemie dystrybucji ciepła w Lęborku, gdyż jest jego operatorem. Informacje jednak o sieci dystrybucyjnej zostały przekazane w SIWZ, były dostępne wszystkim wykonawcom, w tym Odwołującemu.

Podkreślić przy tym należy, iż to na Odwołującym ciąży obowiązek ustalenia i wykazania, czy wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a także w jaki sposób powyższe narusza konkurencję w postępowaniu. To Odwołujący z zaistnienia tych okoliczności wywodzi skutki prawne i tym samym na nim spoczywa ciężar dowodu związany z ich wykazaniem. W ocenie Izby Odwołujący ciężącego na nim ciężaru dowodu nie udźwignął.

*ZARZUT NR 8 RAŻĄCA NISKA CENY OFERTY MPEC/KONSORCJUM MPEC oraz  
ZARZUT NR 9 NIEPRAWIDŁOWA OCENA WYJAŚNIEŃ MPEC / KONSORCJUM MPEC  
CO DO RAŻĄCO NISKIEJ CENY*

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę, w związku z czym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, odrzuceniu podlega oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc pozostaje w rażącej dysproporcji do świadczenia, które oferuje wykonawca i jest nierealna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie jest zatem wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych. Podkreślenia również wymaga, że kwestii rażąco niskiej ceny należy odwołać się do celu, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy Pzp regulacji dotyczącej ofert zawierających taką cenę. Celem tym było wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy chcąc uzyskać zamówienie oferują nierealistyczne, niewiarygodne ceny, za które nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia. Przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny mają więc stanowić narzędzie ochrony zamawiających przed zawieraniem umów obciążonych dużym ryzykiem niewykonania. Wskazać również należy, że art. 190

Na tle analizowanej sprawy kwestię rażąco niskiej ceny należy oceniać z uwzględnieniem regulacji dotyczącej produkcji i sprzedaży energii produkowanej z odnawialnych źródeł energii. Zgodnie bowiem z ustawą Prawo energetyczne koncesjonowane przedsiębiorstwa energetyczne mogą wnioskować o wydanie świadectwa pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnym źródle energii. Prawa majątkowe wynikają bezpośrednio ze świadectw pochodzenia i powstają z chwilą zapisania danego rodzaju świadectwa na koncie



ewidencyjnym wytwórcy w Rejestrze Świadczeń Pochodzenia i przysługują podmiotowi będącemu właścicielem konta. Powyższe prawa majątkowe stanowi towar giełdowy i mogą być zbywane na Towarowej Giełdzie Energii S.A. Oznacza to, iż wykonawca wybrany w ramach przedmiotowego postępowania ma możliwość uzyskania dodatkowego źródła przychodu na pokrycie kosztów realizacji zamówienia. Źródłem przychodu wykonawcy stanowi również sprzedaż ciepła po cenie gwarantowanej przez Zamawiającego i wskazanej w treści SIWZ.

Dalej wskazać należy, że w Rozdziale XII SIWZ Zamawiający wskazał, że cena za realizację zamówienia jest ceną ryczałtową, którą należy określić na podstawie opisu przedmiotu zamówienia. W cenie należy uwzględnić wszystkie koszty i czynności związane z realizacją umowy. Podkreślić dalej należy, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w Rozdziale III wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany do sprzedaży wyprodukowanego ciepła na rzecz spółki MPEC za określoną cenę oraz, iż wykonawca jest zobowiązany do sprzedaży energii elektrycznej wyprodukowanej w trakcie procesu technologicznego oraz do uzyskania świadectw pochodzenia związanych z jej produkcją i ich sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek na rzecz wybranych przez siebie podmiotów. Oznacza to, w ocenie Izby, że wykonawcy mieli prawo uwzględnić w wycenie realizacji zamówienia przychody, jakie potencjalnie mogą uzyskać ze sprzedaży ciepła, energii oraz świadectw pochodzenia. Sam Odwołujący podczas rozprawy oświadczył, że w pewnym zakresie uwzględnił w swoich wyliczeniach przychody ze sprzedaży świadectw pochodzenia i energii.

W ocenie Izby przy uwzględnieniu regulacji rynku produkcji i sprzedaży energii odnawialnej oraz postanowień SIWZ brak jest podstaw do uznania, iż cena zaoferowana przez Przystępującego – mimo że jest to cena symboliczna – jest niewiarygodna i stwarza ryzyko niewywiązania się wykonawcy z przyszłej umowy łączącej go z Zamawiającym.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zawierały szczegółową analizę czynników, jakie zostały uwzględnione przy wycenie realizacji zamówienia, wskazując na szczegółowe źródła kosztów i przychodów rekompensujących ponoszone koszty. Przystępujący uwzględnił koszty wynikające z obciążeń publicznoprawnych, koszty ubezpieczenia, koszty związane z minimalnym wynagrodzeniem za pracę wyjaśniając w sposób spójny, z powołaniem się na obowiązujące źródła prawa, wartości poszczególnych kosztów. Przystępujący wyjaśnił również w jaki sposób obliczył planowane przychody, odwołując się do średnich cen sprzedaży certyfikatów pochodzenia oraz do średnich cen energii elektrycznej. Izba dała wiarę powyższym wyjaśnieniom jak i złożonym dowodom wraz z wyjaśnieniami.

Odwołujący zaoferowanie przez Przystępującego ceny rażąco niskiej wywodził wyłącznie z faktu wyższych kosztów realizacji zamówienia od określonego w ofercie wynagrodzenia, wskazując w sposób ogólnikowy, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie pokryje kosztów realizacji zamówienia. Co prawa wyjaśnienia zostały zastrzeżone przez Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający uznał zasadność zastrzeżenia, jednakże Odwołujący nie wstąpił do Zamawiającego o odtajnienie złożonych wyjaśnień, nie postawił zarzutu niezasadności zastrzeżenia treści wyjaśnień. Podkreślenia również wymaga, że utajnienie wyjaśnień nie pozbawiała Odwołującego podjęcia inicjatywy dowodowej. Choć to na Przystępującym ciążył ciężar dowodu wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, to powołanie się na zasadność złożonych wyjaśnień wymagało ze strony Odwołującego podjęcia jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej na wykazanie niezasadności twierdzeń Przystępującego, czego Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie uczynił.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga, że skalkulowanie ceny poniżej kosztów nie może być utożsamiane z ceną rażąco niską, zwłaszcza przy tak specyficznym rodzaju zamówienia z jakim mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. W omawianym przypadku ponoszone koszty mogą być rekompensowane dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi z innych tytułów, a taka kalkulacja ceny jest odpowiedzią na realia rynkowe i podyktowana jest racjonalną strategią gospodarczą.

W ocenie Izby brak jest podstaw do bezkrytycznego porównywania ceny oferty do wartości zamówienia. Zamawiający szacując wartość przedmiotu zamówienia nie jest w stanie z góry oszacować ewentualnych przychodów, jakie wykonawcy mogą uzyskać z tytułu sprzedaży ciepła, energii i świadectw pochodzenia. Jest to subiektywna kalkulacja każdego z wykonawców, oparta na własnej analizie rynku, posiadanym doświadczeniu i dostępie do surowców niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie jest władny z góry zakładać jakie przychody i w jakiej wartości poszczególni wykonawcy będą uwzględniać w kosztach realizacji zamówienia. Sposób obliczenia ceny wskazany przez Zamawiającego w SIWZ nie wykluczał w żaden sposób możliwości uwzględnienia takich przychodów. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż swoim działaniem Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdził się zarzut Odwołującego, iż złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła tezy Odwołującego, iż Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 Pzp. Znacząca różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty stwarza po stronie Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, nie przesądza zaś o zaistnieniu rażąco niskiej ceny uzasadniającej odrzucenie oferty. Zamawiający wywiązał się z tego

obowiązku, a wykonawca w wyznaczonym terminie przedłożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty.

Głównym zarzutem Odwołującego w tym zakresie była teza, że wyjaśnienia te nie były wystarczająco szczegółowe oraz nie udowodniły, że cena ofertowa nie jest rażąco niska. W odniesieniu do tego zarzutu należy podkreślić, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, określający okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie wyjaśnień, zawiera jedynie przykładowe, ogólne wytyczne i nie określa poziomu ich szczegółowości. Poziom ten jest uzależniony od okoliczności konkretnego zamówienia.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia uprawniały Zamawiającego do uznania, iż cena ofertowa nie jest rażąco niska w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Wykonawca wskazał bowiem i opisał konkretne okoliczności, które będą dla niego źródłem przychodów oraz przedłożył szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia, co uprawniało Zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena nie stwarza ryzyka związania się umową z wykonawcą, który nie będzie w stanie zrealizować za nią zamówienia. Oczywistym jest, że na tym etapie postępowania Przystępujący dysponował wiedzą o jedynie prognozowanej produkcji ciepła i energii z uwzględnieniem specyfikacji technicznej elektrociepłowni i szacunki takie z oczywistych powodów mogą być tylko orientacyjne. Nawet jeśli w rzeczywistości kwoty przychodów i oszczędności okażą się niższe, to jest to naturalne ryzyko Przystępującego jako przedsiębiorcy i nie może stanowić podstawy tezy o obowiązku odrzucenia oferty. Odwołujący zaś nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów na wykazanie zasadności swojego stanowiska. Skoro Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, to ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na nim. W ocenie Izby Odwołujący nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....