

Kraków, dnia 27 kwietnia 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Wykonawca: Control Process S.A.**

ul. Obrońców Modlina 16,

30-733 Kraków

e-mail: [nm@controlprocess.pl](mailto:nm@controlprocess.pl)

reprezentowany przez adwokata Norberta Stachurę

**Zamawiający: Zakład Energetyki Ciepłej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

adres: ul. Na Szlakowisku 8, 27-200 Starachowice

Osoba do kontaktów: Pani Elżbieta Malinowska Majewska,

E-mail: [e.majewska@zecstar.pl](mailto:e.majewska@zecstar.pl);

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie inwestycji pn. Instalacja odzysku energii (IOE) w Starachowicach Numer referencyjny: ZEC/5/12/2020” (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 14. 12. 2020 r., 2020/S 243-602785).

## **ODWOŁANIE**

Wykonawca, Control Process S.A. ul. Obrońców Modlina 16 30-728 Kraków (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1, 514 ust. 1, 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP\_2019”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, **wnosi niniejszym odwołanie od:**

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy - Konsorcjum firm w składzie: 1) ERBUD INDUSTRY Spółka z o.o., 2) ERBUD S.A., 3) VAS Energy Systems International GmbH. (Konsorcjum Erbud).

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:**

- **art. 24 ust. 1 pkt 16** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „PZP”) – poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Erbud, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

ewentualnie - z ostrożności procesowej

- **art. 24 ust. 1 pkt 17** PZP – poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Erbud, które w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,

- **art. 24 ust. 1 pkt 12** PZP – poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Erbud, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:**

**- uwzględnienie niniejszego odwołania oraz**

**- o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy - Konsorcjum firm w składzie: 1) ERBUD INDUSTRY Spółka z o.o., 2) ERBUD S.A., 3) VAS Energy Systems International GmbH („Konsorcjum Erbud”),**

Wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Odwołujący jest podmiotem, który uczestniczy w niniejszym postępowaniu i jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - jednak nie można wykluczyć, że Konsorcjum Erbud zaskarży tę decyzję i będzie dążyć do jej zmiany. W szczególności zwrócić należy uwagę, że toczy się postępowanie odwoławcze zainicjowane odwołaniem Konsorcjum Erbud z dnia 22 marca 2021 r., które nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Wobec wyrażonego w decyzji stanowiska, Zamawiającego i niewykluczenia Konsorcjum Erbud z udziału w postępowaniu niniejsze odwołanie prowadzi do obrony pozycji Odwołującego jako podmiotu, któremu zostanie powierzone wykonanie zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Wykluczenie bowiem Konsorcjum Erbud uniemożliwia pozyskanie tego zamówienia innemu podmiotowi niż Odwołujący - gdyż po wykluczeniu Konsorcjum Erbud będzie on jedynym Wykonawcą, który złożył ważną i prawidłową ofertę w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający przekazał Odwołującemu decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty (zawierającą informację o niewykluczeniu Konsorcjum Erbud z postępowania) w dniu 17. kwietnia 2021 r. Tym samym odwołanie składane jest z zachowaniem terminu, Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.

## Uzasadnienie

W dniu 17. 04. 2021 r. Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, jednak równocześnie zaniechał czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy - Konsorcjum Erbud. Postępowanie było prowadzone w ramach procedury klasycznej (tj. bez wykorzystania instytucji procedury odwróconej z art. 24aa PZP) – Zamawiający wymagał złożenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału wykazu robót wraz z dowodami wraz z ofertą.

Zgodnie z treścią pkt 4.2.1. SIWZ, Zamawiający wymagał posiadania wiedzy i doświadczenia:

*„4.2 Zdolności technicznej lub zawodowej:*

*4.2.1 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie tzn.: wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie podobne do przedmiotu zamówienia. Za zadanie podobne do przedmiotu zamówienia Zamawiający uzna zadanie polegające na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub wysegregowanej frakcji palnej z odpadów komunalnych tzw. RDF lub pre-RDF lub mieszanego paliwa alternatywnego (odpady komunalne + odpady przemysłowe + odpady medyczne) o wydajności nie mniejszej niż 20 000 Mg/rok. Wykazane zadanie podobne musi obejmować swoim zakresem instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych:*

*a) segment 1 – spalania z komorą spalania z ruchomym złożem lub komorą spalania z ruchomym rusztem;*

*b) segment 2 – oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchoj metody oczyszczania spalin;*

*c) segment 3 – odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;*

*d) segment 4 – z zespołem turbogeneratorskim ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe.*

*4.2.2 Zamawiający uzna także, że warunek wykonania zadania podobnego będzie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał instalację składającą się co najmniej z segmentu nr 1 i 2 łącznie (w ramach tej samej inwestycji) oraz instalację spalającą inne paliwo składającą się z segmentu 3 i 4 łącznie lub instalacje spalające inne paliwa składające się z segmentów 3 i 4 rozłącznie”.*

Zamawiający określił (w pkt 7) postanowił w odniesieniu do warunku zdolności technicznej lub zawodowej o którym mowa w pkt 4.2.1 i 4.2.2 SIWZ że wraz z ofertą:

7.3 Wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień złożenia oferty następujące oświadczenia i dokumenty potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w postępowaniu w zakresie:

7.3.1 zdolności technicznej lub zawodowej:

a) zestawienie robót budowlanych oraz dowody potwierdzające, że roboty budowlane przedstawione w załączniku nr 4 do SIWZ zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty;

Wobec powyższego uznać należy, że w niniejszym postępowaniu dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o którym mowa w pkt 4.2.1 i 4.2.2 SIWZ jest przede wszystkim składane przez Wykonawcę „zestawienie robót budowlanych” - zgodne z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Takie stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie KIO:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r. **KIO 1193/13**: „Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz sporządzony przez wykonawcę, natomiast referencje służą jedynie potwierdzeniu należytego ich wykonania.”

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r. **KIO 93/11**: „Celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, dostawy czy roboty budowlanej, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji. Informacje dotyczące wartości usługi, terminu czy jej zakresu wynikać powinny z samego oświadczenia wykonawcy złożonego w treści wykazu dostaw (wykazu usług, wykazu robót budowlanych) - to bowiem dokument, za pomocą którego, następuje wykazanie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w którym podaje się wartość, przedmiot, daty wykonania i odbiorców dostaw, usług lub robót budowlanych. Niewłaściwym jest zatem wnioskowanie na podstawie treści referencji o zakresie i wartości dostawy - tę funkcję pełni oświadczenie wykonawcy, ujęte w treści wykazu dostaw.”

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków udziału dla wszystkich segmentów (1-4), Konsorcjum Erbud wykazało robotę wykonaną na rzecz Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie pn.: „Projektowanie i budowa termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych w Koninie” (okres realizacji inwestycji: 19.11.2012 – 30.09.2016) oraz, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 7.3.1. SIWZ, przedstawiło zestawienie robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ) wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie (list referencyjny).

Dowód 1: zestawienie robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ)

Dowód 2: list referencyjny wystawiony przez Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie

Zgodnie z treścią wykazu robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ), **Konsorcjum Erbud oświadczyło (w oparciu o swoją najlepszą wiedzę), że w ramach realizowanej przez siebie inwestycji w Koninie wykonało:**

*„Budowa w formule „pod klucz” Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie, polegająca m.in. na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności 94 000 Mg/rok. Zrealizowane zadanie obejmowało swoim zakresem m.in. następujące segmenty technologiczne:*

- a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym rusztem;*
- b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem półsuchej metody oczyszczania spalin;*
- c) **segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;***
- d) **segment 4 - z zespołem turbogeneratorsa ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej brutto 6,8 MWe.***

W tym miejscu wskazać należy, że Konsorcjum Erbud świadomie przedstawiło Zamawiającemu nieprawdziwą informację, że wykazane zadanie zrealizowane na rzecz Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie spełnia warunku udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Odwołujący zwraca uwagę, że wskazana wyżej treść pochodzi wyłącznie od Wykonawcy wypełniającego tabelę i w żaden sposób nie była sugerowana, czy narzucana przez Zamawiającego.

Po pierwsze:

Jak ustalił Odwołujący, zawarte w wykazie robót twierdzenia co do zakresu zamówienia zrealizowane na rzecz Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie (dalej: „MZGOK”) **nie są zgodne ze stanem faktycznym.** W zakładzie w Koninie nie zostały zastosowane technologie, o których mowa w pkt:

- c) Segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym, oraz**
- d) Segment 4 – zespół turbogeneratorsa ORC.**

**Nie zastosowano instalacji określonych w SIWZ, Segment 3 i Segment 4, a zastosowano tam odmienną technologię tj. kocioł parowy (firmy MARTIN) oraz turbinę parową upustowo-kondensacyjną firmy SIEMENS (typu SST-300 CE2L, V36.8 AB)**

Dowód 3: pismo MZGOK Konin z dnia 22 marca 2021 r.

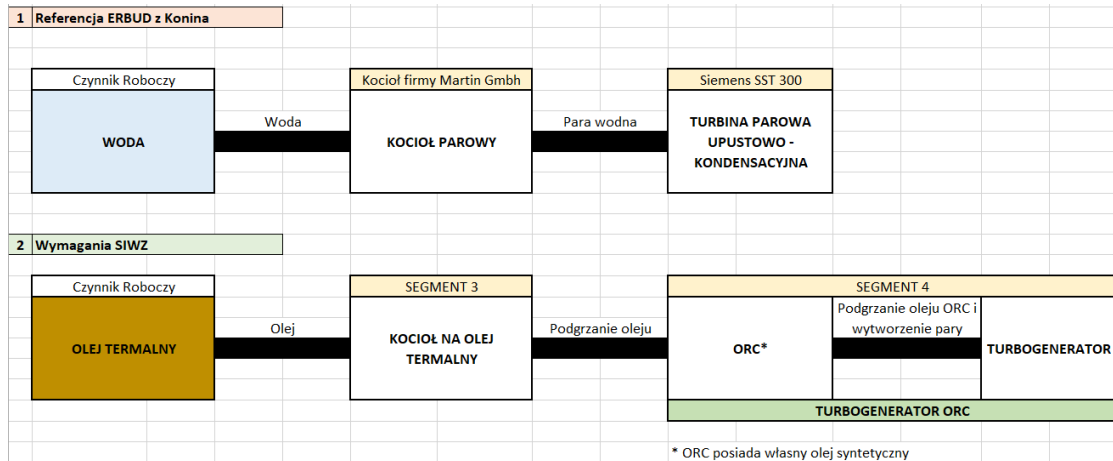
Powyższe dowodzi, że konsorcjum ERBUD w sposób świadomy (bo posiadało pełną wiedzę odnośnie zrealizowanego projektu), w wyniku zamierzonego działania lub rażącego

niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Należy podkreślić, że:

- kocioł parowy to nie do samo co kocioł na olej termalny
- turbozespół upustowo-kondensacyjny to nie do samo co Turbogenerator ORC;

Powyższe różnice przedstawia poniższy schemat blokowy:



**Reasumując** – rozwiązanie zastosowane dla zadania zrealizowanego na rzecz Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie jest odmienne pod kątem technologicznym niż te wymagane przez Zamawiającego w SIWZ (Segment 3 i Segment 4), bowiem w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla Segmentu nr 3 – Konsorcjum Erbud wykazało realizację kotła parowego zamiast kotła na olej termalny; zaś dla Segmentu nr 4 wykazało realizację turbozespołu upustowo-kondensacyjnego zamiast Turbogeneratorka ORC.

Dla Segmentu nr 3 – Różnica pomiędzy rozwiązaniami w kotłach parowych a rozwiązaniami na olej termalny polega na zastosowaniu różnych czynników roboczych. Dla kotła parowego jest to woda, a dla kotła olejowego, olej termalny. Różnica we własnościach zastosowanych mediów powoduje diametralną różnicę w technologii wykonania kotła.

Dla Segmentu nr 4 – Różnica między rozwiązaniami polega na zastosowaniu różnych czynników roboczych do napędu turbiny. Dla wskazanej turbiny upustowo - kondensacyjnej jest to para wodna natomiast dla turbogeneratorka ORC jest to para substancji organicznej (np. para oleju silikonowego). Wskazana turbina upustowo – kondensacyjna jest rodzajem turbiny parowej.

Po drugie:

Oprócz oficjalnej informacji otrzymanej od MZGOK, Odwołujący zaczerpnął wiedzy z ogólnodostępnych źródeł np. ze strony internetowej MZGOK (<http://mzgok.konin.pl/informacje/zakres-rzeczowy/>). Zgodnie z zamieszczonymi

informacjami, w Zakładzie Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie:

**Podstawowe elementy technologiczne ZTUOK w Koninie obejmować będą:**

1. System odbioru i wstępnego przygotowania odpadów do procesu termicznego przekształcania z bunkrem magazynowym paliwa i systemem transportu.
2. System spalania odpadów w kotle rusztowym.
3. Układ odzysku ciepła ze spalin.
4. Turbina parowa upustowo-kondensacyjna ze skraplaczem.
5. Instalacja oczyszczania spalin ( metoda półsucha).
6. Układ odprowadzania spalin.
7. System monitoringu i kontroli.

zainstalowana została turbina parowa upustowo-kondensacyjna ze skraplaczem, a nie turbogenerator ORC, jak również nie wskazano istnienia odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym tylko odzysk ciepła ze spalin.

Analogiczne informacje wynikają z prezentacji dot. Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie:

### Technologia

- oparta jest na zastosowaniu kotła parowego o wydajności 32,5 Mg z rusztem posuwisto-zwrotnym umożliwiającym intensyfikację procesu mieszania i spalania odpadów. Wytworzona w kotle para przegrzana, o parametrach 4 MPa i 400 °C, kierowana jest do turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej o mocy zainstalowanej 7,3 MW, sprzęgniętej z generatorem prądu przemiennego. Para z upustów turbiny kierowana jest do wymienników ciepłowniczych zasilających miejską sieć ciepłowniczą. Energia elektryczna generowana w generatorze prądu przemiennego jest wyprowadzana do krajowej sieci elektroenergetycznej oraz zaspokaja potrzeby własne zakładu.

Dowód 4: Prezentacja Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie

Czy też informacji zawartej na stronie internetowej firmy Erbud S.A.

(<https://www.erbud.pl/erbud-przekazal-do-eksploatacji-zaklad-termicznego-unieszkodliwiania-odpadow-komunalnych-w-koninie-pierwsza-z-nowoczesnych-spalarni-odpadow-w-polsce>), z której wynika fakt zamontowania turbiny upustowo-kondensacyjnej a nie turbogenerators ORC. W informacji tej również brak wzmianki o odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym.

Dowód 5: Informacja prasowa firmy Erbud S.A. z dnia 21 grudnia 2015 r.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum Erbud z udziału w postępowaniu, doszło bowiem do świadomego wprowadzenia w błąd. W ugruntowanym w

orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie:

- (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością
- (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego,
- (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu a ,
- (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do:

- (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością,
- (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego,
- (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a
- (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z punktu 16 jak i 17 ustawy.

Przesłanki dla art. 24 ust 1 pkt 16 są spełnione dla niniejszego przypadku w zakresie podania nieprawdy przez konsorcjum Erbud w następujący sposób:

Dla poszczególnych elementów art. 24 ust. 1 pkt 16, tj:

- (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością,

Wykonawca spełnił tą przesłankę w następujący sposób:

- Wykonawca wypełnił i złożył wypełniony Wykaz Robót zawierający informację niezgodną ze rzeczywistością tj. ze stanem faktycznym instalacji w Koninie

**Dowód nr 1:** Załącznik nr 8 Prezentacja Konin

**Dowód nr 2:** Informacja Prasowa Erbud SA

**Dowód nr 3:** pismo MZGOK Konin z dnia 22 marca 2021 r.

Powyższe dokumenty potwierdzają, że w instalacji w Koninie:



- a) brakuje odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym,
- b) nie występuje zespół turbogeneratorsa ORC a zamontowana jest turbina parowa

W Dowodzie nr 1 wyraźnie jest przedstawione, że technologia występująca na zakładzie oparta jest o zastosowaniu kotła parowego z rusztem posuwisto-zwrotnym a wytworzona w kotle para przegrzana jest kierowana do turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej

Wymaganie SIWZ:

4.2.1 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie tzn.: wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie podobne do przedmiotu zamówienia. Za zadanie podobne do przedmiotu zamówienia Zamawiający uzna zadanie polegające na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub wysegregowanej frakcji palnej z odpadów komunalnych tzw. RDF lub pre-RDF lub mieszanego paliwa alternatywnego (odpady komunalne + odpady przemysłowe + odpady medyczne) o wydajności nie mniejszej niż 20 000 Mg/rok. Wykazane zadanie podobne musi obejmować swoim zakresem instalację składającą się z następujących segmentów technologicznych:

- a) segment 1 - spalania z komorą spalania z ruchomym złożem lub komorą spalania z ruchomym rusztem;
- b) segment 2 - oczyszczania spalin z zastosowaniem suchej lub półsuchoj metody oczyszczania spalin;
- c) segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym;
- d) segment 4 - z zespołem turbogeneratorsa ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe.

Dowód nr 1:

### Technologia

- oparta jest na zastosowaniu kotła parowego o wydajności 32,5 Mg z rusztem posuwisto-zwrotnym umożliwiającym intensyfikację procesu mieszania i spalania odpadów. Wytworzona w kotle para przegrzana, o parametrach 4 MPa i 400 °C, kierowana jest do turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej o mocy zainstalowanej 7,3 MW, sprzęgniętej z generatorem prądu przemiennego. Para z upustów turbiny kierowana jest do wymienników ciepłowniczych zasilających miejską sieć ciepłowniczą. Energia elektryczna generowana w generatorze prądu przemiennego jest wyprowadzana do krajowej sieci elektroenergetycznej oraz zaspokaja potrzeby własne zakładu.



W Dowodzie nr 2 jednoznacznie sam Wykonawca Erbud SA informuje, że w instalacja w Koninie wyposażona jest w turbinę upustowo-kondensacyjną

Spalarnia – oprócz Konina – będzie obsługiwać 36 gmin wschodniej Wielkopolski, zamieszkałych przez 376 tys. mieszkańców. W zakładzie spalane będą wszystkie wytwarzane w tym regionie odpady zmieszane. Instalacja wyposażona jest w turbinę upustowo-kondensacyjną, która pozwala uzyskać w wyniku spalania energię elektryczną oraz ciepło w trybie kogeneracji. Zakład będzie produkować 47 tys. MWh energii elektrycznej, odprowadzanej do sieci krajowej i 120 tys. GJ energii cieplej, która trafi do sieci miejskiej. Wystarczy to do oświetlenia 50 tys. mieszkań i zaspokojenia 12 proc. rocznego zapotrzebowania na ciepło mieszkańców Konina. Jak zapewnia inwestor, wskaźniki emisji gazów cieplarnianych przez spalarnię są o 40 proc. niższe, niż wymagają tego restrykcyjne normy Unii Europejskiej. Ich wartość jest na bieżąco wyświetlana na tablicy umieszczonej przed budynkiem.

Dla Dowodu nr 3 Wykonawca zwrócił się z wnioskiem o informację publiczną do Inwestora w Koninie MGOK Konin i uzyskał informację:

- Nie wskazującą aby istniał segment odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym

#### Budowa kotła

Geometria paleniska współprądowego w połączeniu z komorą dopalania w pierwszym ciągu kotła umożliwia utrzymanie minimalnej temperatury spalin 850°C przy dostatecznie długim czasie pozostawania (minimum 2 sekundy).

Nad rusztem zawieszony jest kocioł z obiegiem naturalnym. Za komorą spalania podłączone są trzy puste ciągi opromieniowane. Następnie spaliny dostają się do ciągu poziomego, w którym znajdują się zespoły przegrzewaczy i ekonomizerów. Poniżej poszczególnych sekcji powierzchni grzewczych znajdują się leje do gromadzenia popiołu lotnego. Izolacja lejów zapobiega kondensacji pary wodnej zawartej w spalinach w tym obszarze.

Przejście z komory spalania do komory dopalania jest skonstruowane jako strefa turbulencji. Wymieszanie spalin jest wspomagane przez dopływ powietrza wtórnego. Na przedniej i tylnej ścianie w przejściu z komory spalania do komory dopalania przewidziane są 6 poziomów dysz.

Wymagane wartości chłodzenia spalin aż do wlotu do konwekcyjnych powierzchni ogrzewalnych pozwala zachować specjalna konstrukcja kotła z 3 ciągami i o niskiej prędkości spalin.

W ciągu poziomym umieszczone są konwekcyjne powierzchnie ogrzewalne. Wiszące przegrzewacze są czyszczone poprzez ostukiwanie. Osady spadają do leja zamontowanego pod powierzchniami ogrzewalnymi.

Przed przegrzewaczem 3 zamontowany jest parownik do ograniczania temperatury .

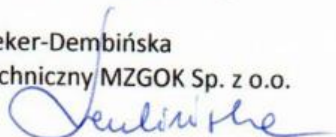
- Potwierdzającą, że zainstalowano turbinę typu SST-300 CE2L,V36.8 AB dla której medium roboczym jest przegrzana para wodna ze stałym ciśnieniem tj. nie jest to turbogenerator ORC

#### 4) Jaki typ turbiny jest zainstalowany na danej inwestycji?

##### Dane eksploatacyjne turbiny typu SST- 300 CE2L, V36.8 AB

- Medium robocze przegrzana para wodna ze stałym ciśnieniem
- Ciśnienie nominalne na wejściu do turbiny 40,0 bar(a)
- Temperatura nominalna na wejściu do turbiny 397,0°C
- Maksymalny przepływ pary na wejściu (wraz z parą do uszczelnień turbiny i smoczka parowego) 35,780 t/h
- Obroty robocze – turbina 6828 obr/min
- Obroty wyłączenia turbiny 7335 obr/min
- Maks. czas biegu jałowego 15 min

Elżbieta Streker-Dembińska  
Dyrektor Techniczny MZGOK Sp. z o.o.



PREZES ZARZĄDU

Henryk Dębowiecki

2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego,

Wykonawca spełnił tą przesłankę w następujący sposób:

- Informacje podane przez konsorcjum Erbud w wykazie robót są informacjami niezgodnymi z prawdą, przedstawienie takich informacji miało na celu przekonanie zamawiającego, że instalacja w Koninie jest instalacją odpowiadającą wymaganiom SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Tym sposobem wykonawca chciał w nieuprawniony sposób uzyskać zamówienie.

3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu

Konsorcjum Erbud spełniło tą przesłankę w następujący sposób:

- Wykonawca wypełnił wykaz wskazując, że inwestycja w Koninie dokładnie odpowiada wymaganiom SIWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji gdy faktycznie takich wymagań nie spełnia. Wykonał to w taki sposób, że przypisał do inwestycji w Koninie istnienie wszystkich czterech segmentów wymaganych przez zamawiającego w dokładnym brzmieniu wynikającego z SIWZ dodając parametry liczbowe tych instalacji

4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Konsorcjum Erbud spełniło tą przesłankę w następujący sposób:

- Dowód nr 2 informacja prasowa Erbud SA jednoznacznie wskazuje, że konsorcjum Erbud ma pełną świadomość co do szczegółowej zawartości inwestycji w Koninie.

- Konsorcjum Erbud składa się trzech podmiotów gospodarczych w formie spółek handlowych, prowadzących działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem tj. ERBUD INDUSTRY Spółka z o.o. 2. ERBUD S.A. 3. VAS Energy Systems International GmbH . Każdy z tych podmiotów jest podmiotem profesjonalnym zatem należy przyjąć jako wymagany poziom staranności poziom profesjonalisty. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców (tak Wyrok z dnia 13. listopada 2020 r. **KIO 2456/20, KIO 2473/20**)

Podsumowanie. Jak widać powyżej wszystkie cztery przesłanki zawarte w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy zostały wypełnione.

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania że z jakichkolwiek powodów brak było świadomego działania, Odwołujący wskazuje że konieczne i zasadne jest wykluczenie Konsorcjum firm w składzie: 1. ERBUD INDUSTRY Spółka z o.o. 2. ERBUD S.A. 3. VAS Energy Systems International GmbH z udziału w postępowaniu na podstawie **art. 24 ust. 1 pkt 17** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie bowiem informacja nie jest prawdziwa, zaś co najmniej jest informacją mogącą mieć wpływ na decyzje podejmowaną przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do kwestii pojęcia informacji niezgodnej z rzeczywistością i konsekwencji przedstawienia takiej informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący wskazuje, że Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).

W orzecznictwie Krajowej Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (por. wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie -

zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofert, dokumenty i oświadczenia we własnym umieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku konsorcjum Erbud powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, ich nierzetelnej prezentacji.

Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu.

**W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykluczył konsorcjum Erbud SA, tym samym u Zamawiającego powstało zatem przekonanie, wyobrażenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, czego właśnie efektem jest zaniechanie wykluczenia konsorcjum Erbud SA z udziału w postępowaniu.**

Odwołujący podkreśla, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy - których naruszenie wskazuje Odwołujący – prowadzi do wniosku, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi kwalifikowaną formę wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz konsumuje w swej regulacji hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. W ocenie Odwołującego doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy i Zamawiający naruszył dyspozycję tego przepisu (nie wykluczając konsorcjum Erbud), tym samym skoro przepis konsumuje w swej treści regulację z pkt 17, to i w tym zakresie doszło do naruszenia tego przepisu ustawy.

Odwołujący zaznacza, że ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a z takim przypadkiem mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie – informacją prawdziwą. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (podobnie wyrok KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17), a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność

wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy.

Odwołujący podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

W ocenie Wykonawcy działanie Konsorcjum Erbud, w tym zakresie, było działaniem zamierzonym, bowiem wykonawca będący profesjonalistą niewątpliwie jest w stanie zidentyfikować różnice pomiędzy zawartością zrealizowanej przez członka konsorcjum inwestycji a wymaganiami SIWZ w niniejszym postępowaniu. Również nie sposób, mając na uwadze dochowanie należytej staranności w składaniu przez wykonawcę oświadczeń, tłumaczyć w inaczej niż jako celowe działanie złożenie Wykazu z informacjami niezgodnymi z rzeczywistością.

Zgodnie z konsekwentną i utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej nie ma najmniejszych wątpliwości, że wykonawcę podającego świadomie nieprawdziwe informacje należy wykluczyć z postępowania. Konsorcjum Erbud wskazuje na doświadczenie własne, a nie podmiotu trzeciego – zatem będąc wykonawcą zadania referencyjnego ma pełną i bezpośrednią wiedzę na jego temat, nie może więc się zastraszać uzyskaniem błędnych informacji. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 27 października 2014 r., **KIO 2106/14**: „o ile w ogóle własne doświadczenie wymaga jakiegokolwiek weryfikacji, ponieważ musi ono być temu podmiotowi znane i tak znaczące różnice pomiędzy składanymi oświadczeniami i stanem faktycznym tłumaczone mogą być wyłącznie zamierzonym działaniem bądź też rażącym niedbalstwem.” W dalszej części wskazując, że wykonawca bezpośrednio zaangażowany w realizację usług referencyjnych, w pełni posiada wiedzę co do zakresu świadczonych usług, zatem podając nieprawdziwe informacje w tym zakresie świadomie wprowadza Zamawiającego w błąd „albowiem nie sposób przyjąć, iż wykonawca, który wykonując określone usługi na rzecz swoich kontrahentów nie zna zakresu świadczenia tych usług”. Analogiczne stanowisko wyraziła KIO w wyrokach: **KIO 595/19**, **KIO 98/17**. Złożenie przez wykonawcę dokumentów, które wprowadzają zamawiającego w błąd, tj. poprzez świadome ich podanie zamawiającemu - zamierzone działanie - powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania. W powyższym zakresie wykluczona jest możliwość wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że nawet jeśli przyjąć brak świadomego działania Konsorcjum Erbud – niewątpliwie należy uznać że doszło do lekkomyślności lub niedbalstwa w zakresie przedstawiania informacji mających zasadniczy wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te bowiem znalazły się w kluczowym dokumencie

składanym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu – tj. wykazie robót.

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z powszechnie akceptowanym poglądem doktryny, jak i wskazanym wyżej orzecznictwem KIO dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz robót, zaś rolą referencji jest wyłącznie potwierdzenie prawidłowej realizacji robót wskazanych w wykazie, nie zaś określanie zakresu wykonanych prac.

Zamawiający – nawet jeśli nie stwierdził, że został wprowadzony w błąd - winien także uznać, że Konsorcjum Erbud nie spełniło warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ koniecznym było wykazanie się wykonaniem zadania obejmującego m.in. segmenty:

segment 3 - odzysku ciepła w kotle z olejem termalnym; segment 4 - z zespołem turbogenerators ORC wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła o mocy elektrycznej co najmniej 1,3 MWe.

które to segmenty nie występują w zakładzie w Koninie.

Jak wykazano wyżej, Konsorcjum Erbud (nawet przy przyjęciu, że nie doszło do wprowadzenia w błąd) nie wykazało się wykonaniem zadania obejmującego ww. segmenty - zatem nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne.

#### **Załączniki:**

1. *odpis z KRS Odwołującego;*
2. *pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
3. *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
4. *dowód uiszczenia wpisu.*
5. *Dowody wymienione w piśmie*