

WYROK

z dnia 18 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum w składzie: Energa Servis Sp. z o.o., EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o., ELEKTROTERMEX Sp. z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Opec-System Sp. z o.o., ul. Budowlanych 7, 86-300 Grudziądz, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: GPEC SERWIS Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o., ul. Miłki Szlak 44, 80-720 Gdańsk zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z cofnięciem przez Odwołującego tego zarzutu na rozprawie,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum w składzie: Energa Servis Sp. z o.o., EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o., ELEKTROTERMEX Sp. z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

1

wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum w składzie: Energa Servis Sp. z o.o., EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o., ELEKTROTERMEX Sp. z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum w składzie: Energa Servis Sp. z o.o., EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o., ELEKTROTERMEX Sp. z o.o., ul. Celna 13, 07-410 Ostrołęka na rzecz zamawiającego: Opec-System Sp. z o.o., ul. Budowlanych 7, 86-300 Grudziądz stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Sygn. akt: KIO 1289/19

Uzasadnienie

Zamawiający, OPEC System Sp. z o.o., ul. Budowlanych 7, 86-300 Grudziądz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w przedsięwzięciu „Energooszczędna dystrybucja ciepła w Grudziądzu”. Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym, Unii Europejskiej pod nr2018/S 250-578153 w dniu 29 grudnia 2019 r.

Zamawiający w związku z wyrokiem KIO 940/19 dokonał powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w dniu 28 czerwca 2019 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum w składzie: GPEC Serwis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. (zwane dalej; „Konsorcjum GPEC Serwis”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu w I i II części zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Energa Serwis Sp. z o.o., EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o. ELEKTROTHERMEX Sp. z o.o. wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie obu części zamówienia oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC Serwis i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum

GPEC Serwis z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie skierowania do wykonania zamówienia osób o odpowiednich kwalifikacjach;

2. art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC Serwis, które oferuje wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. przez osoby, które nie posiadają wymaganych kwalifikacji;

3. art. 89 ust 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 14 ust 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC Serwis, która jest niezgodna z przepisami ustawy, gdyż oferuje świadczenie niemożliwe,

4. art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC Serwis, która, oferując świadczenie niemożliwe do spełnienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum GPEC Serwis jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenia Konsorcjum GPEC Serwis, ewentualnie wezwania Konsorcjum GPEC Serwis do uzupełnienia uprawnień,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC Serwis.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu, która na mocy wyroku KIO 940/19 została uznana przez Zamawiającego za podlegającą odrzuceniu. Jednakże Odwołujący w dniu 2 lipca 2019 r. złożył skargę do sądu na ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, a tym samym nie stracił statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie oferta konsorcjum GPEC Serwis zawiera błędy, które powinny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Pozostali wykonawcy nie przedłużyli terminu związania ofertą. Odwołujący wskazał, że ma także interes w dochodzeniu unieważnienia postępowania (wyrok TS UE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus Gama).

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający określił w SMW warunki udziału w postępowaniu

w tym warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym - osobami, które zostaną skierowane do wykonania zamówienia - w pkt 8.1.2.2.2. lit c SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się „co najmniej 6 osobami na stanowisku spawacza posiadającymi aktualne uprawnienia do wykonywania połączeń spawalnych metodą TIG. Wykonawca w celu udowodnienia spełnienia warunku dysponowania spawaczami wskaże osoby spełniające ten warunek w wykazie, o którym mowa w punkcie 10.2.1. SIWZ."

Wykonawca Konsorcjum GPEC Serwis przedłożył Wykaz osób, którymi dysponuje i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (...), w którym, wskazał m.in. spawaczy oraz dołączył dokumenty potwierdzające uprawnienia spawaczy. Z dokumentów tych wynika, że osoby te mogą spawać wyroby typu blacha lub rura, o grubości materiału [mm] FW: 3.0-6.4; 3.0-9.0; 3.0-10.0 i średnicy zewnętrznej rury [mm] ≥ 30.2 lub więcej np. 34.7.

Odwolujący podniósł, że osoby o takich kwalifikacjach nie mogą zostać skierowane do wykonania zamówienia, gdyż uprawnienia przez nie posiadane nie są wystarczające do wykonania zamówienia. W załączonych do SIWZ Projektach Wykonawczych (stanowiących opis przedmiotu zamówienia):

1) „Budowa i przebudowa osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami na O/M Lotnisko"

2) „Kontynuacja budowy i przebudowy osiedlowych sieci ciepłowniczych wraz z przyłączami na O/M Kopernika i Kawalerii Polskiej" dla zad. 1 (O/M Lotnisko) w p. „9.3. Parametry techniczne sieci i przyłączy ciepłej" określono łączne długości sieci i przyłączy ciepłych z podziałem na średnice. Na przyłączy występuje rurociąg o średnicy zewnętrznej = 26,9 mm i grubości ścianki = 2,6 mm oraz w 10 pozycjach

występują rurociągi, gdzie grubość ścianki wynosi 2,6 mm lub 2,9 mm. Ponadto dla 7 budynków (wg. p. 12 Obliczenia) występuje średnica przyłącza DN 20. Dla DN 20 średnica zewnętrzna rury = 26,9 mm, a grubość ścianki = 2,6 mm. Taka też średnica występuje w rurociągach łączących węzeł ciepły w budynku.

Podobnie dla zad. 2 (O/M Kopernika) w p. „9.3. Parametry techniczne sieci i przyłączy ciepłej" określono łączne długości sieci i przyłączy ciepłych z podziałem na średnice. W 9 pozycjach występują rurociągi o grubości ścianki 2,6 mm lub 2,9 mm. Jednocześnie we wszystkich węzłach ciepłych występują połączenia spawalne DN 10, 15 i 20, a dla 4 obiektów cała strona „wysokiego parametru" (rurociągi i urządzenia) ma średnicę DN 20 i 15.

Przedstawione uprawnienia spawaczy nie uprawniają do wykonywania tego rodzaju łączy. Wykazane osoby nie posiadają uprawnień do spawania rurociągów o średnicy zewnętrznej mniejszej niż 30.2 mm i grubości ścianki (materiału) mniejszej niż 3.0 mm. Tym samym wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaoferował wykonanie świadczenia w sposób niezgodny z SIWZ, przez skierowanie do jego wykonania osób, które nie posiadają uprawnień do wykonania zamówienia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z wymaganiami SIWZ.

Odwolujący wskazał dodatkowo wymogi pkt. 7.6.1. STWiOR, podnosząc, że zmiana osób skierowanych do wykonania zamówienia oznacza zmianę oferty, więc nie jest możliwe zastosowanie art. 26 ust 3 Pzp (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14).

Ponadto, Konsorcjum GPEC Serwis zaoferowało świadczenie, które nie jest obiektywnie możliwe do spełnienia w następującym zakresie:

Wg załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej węzłów na 13 obiektach po stronie niskich parametrów - c.w. występuje filtr siatkowy Danfoss FVR-DZT [280], 2 1/2", Gwint.

Oferta Konsorcjum GPEC Serwis nie zawiera informacji o zaoferowaniu urządzeń zamiennych w stosunku do wymaganych w SIWZ, a tym samym ofertę należy odczytywać jako potwierdzenie, że wykonawca wykona zamówienie przy zastosowaniu wszystkich urządzeń referencyjnych. Wykonawca potwierdził zatem, że dostarczy i zamontuje w węźle ciepłym wskazany filtr, tymczasem, zgodnie z kartą katalogową ww. urządzenia takie urządzenie nie występuje. Typoszereg filtrów Danfoss kończy się na DN 50 = 2". Producent nie produkuje i oferuje filtrów 2 1/2".

Podobnie w przypadku manometrów montowanych na niskich parametrach - c.o. (dotyczy wszystkich węzłów) Konsorcjum GPEC Serwis potwierdziło, że dostarczy i zamontuje w węźle ciepłym manometr o zakresie nastaw 0-6 bar i temperaturze max 130 st. C, gdy tymczasem, zgodnie z kartą katalogową ww. urządzenia, takie urządzenie nie występuje. Odwołujący wskazał, że ww. karty katalogowe powoływało Konsorcjum GPEC Serwis w obu

postępowaniach odwoławczych, które toczyły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym zamówieniu nie jest obiektywnie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem urządzeń referencyjnych. Należało zaoferować rozwiązania równoważne, tj. filtr oraz manometr, które spełniają wymagania podstawowe - odpowiednie dla danego węzła, natomiast inne niż wskazane, jako referencyjne. Wykonawca nie zastosował się do wymagania SIWZ, aby przedstawić listę urządzeń równoważnych, a tym samym zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu nieprodukowanych i nieistniejących urządzeń.

Zaoferowanie świadczenia niemożliwego oznacza nieważność przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał na wyrok w sprawie KIO/UZP 1224/08. Zamawiający, mając świadomość wystąpienia opisywanego błędu w ofertach, jest obowiązany do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż wykonanie umowy na podstawie treści omawianych, błędnych ofert jest niemożliwe, a więc umowa taka byłaby nieważna na podstawie art. 387 § 1 k.c. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W niniejszej sprawie brak jest możliwości dokonania zmiany umowy w części dotyczącej zmiany sposobu świadczenia.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp pozwala na odrzucenie oferty, w sytuacji gdy na podstawie przepisów odrębnych oferta ta jest nieważna. Jako przepis odrębny można wskazać art. 387 § 1 k.c. Wybór oferty prowadzi w ostatecznym rozrachunku do podpisania umowy, a więc wybór oferty ze świadczeniem niemożliwym do spełnienia prowadzić będzie do nieważności umowy. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, w związku z czym, nieważne są także oferty spełnienia takiego świadczenia.

Odwołujący, argumentując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, wskazał na treść przepisu art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 14 ww. ustawy. Podniósł, że oferowanie parametrów niemożliwych do spełnienia ma na celu rozpowszechnienie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji na temat oferowanego rozwiązania.

Konsorcjum: GPEC SERWIS Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania lub pozostawienie zarzutów 3 i 4 bez rozpoznania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, ewentualnie oddalenie odwołania.

Zdaniem Przystępującego, odwołanie złożone przez Odwołującego narusza zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i zostało złożone po terminie. Oferta Przystępującego, której wybór został zaskarżony, została złożona w dniu 20 lutego 2019 r. W dniu 18 marca 2019 r. zostały ogłoszone przez Zamawiającego wyniki postępowania, zgodnie z którymi oferta ta została uznana za ważną i wiążącą oraz sklasyfikowana jako druga w rankingu ofert, a tym samym Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Przystępującego.

W wyniku wniesienia odwołania przez Przystępującego oraz jego uwzględnienia przez Zamawiającego w toku postępowania KIO 538/19, Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert oraz ponownie ogłosił wyniki w dniu 13 maja 2019 r. Również tym razem oferta Przystępującego została uznana za ważną i wiążącą oraz została sklasyfikowana na drugim miejscu. Ponownie zatem Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący od dnia 20 lutego 2019 r. mógł zapoznać się z jej treścią, a od 18 marca 2019 r. posiada wiedzę, iż w opinii Zamawiającego oferta ta jest prawidłowa. Jednocześnie od dnia 28 marca 2019 r. (wniesienie pierwszego odwołania przez Przystępującego), Odwołujący posiada wiedzę, iż Przystępujący kwestionował prawidłowość jego oferty w postępowaniu przed KIO. Pomimo tego, Odwołujący, do dnia wniesienia odwołania w niniejszej sprawie, nie zakwestionował prawidłowości oferty Przystępującego. Również w toczących się dwukrotnie postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą nie wskazywał w żadnym zakresie, aby oferta Przystępującego była nieprawidłowa. Odwołujący był zobowiązany do złożenia odwołania lub choćby przekazania stosownych zarzutów Zamawiającemu, a niedokonanie tego świadczy o jego nienależytej staranności i narusza cel, jakim jest sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazuje sam Odwołujący w treści odwołania, swój interes prawny upatruje on również w możliwości doprowadzenia do unieważnienia postępowania w celu wywołania ponownego postępowania, zatem w granicach „szerokiego interesu prawnego”. Przy takiej interpretacji zasadne jest przyjęcie, że „szeroki interes prawny” istniał dla Odwołującego już wcześniej w toku postępowania i mógł on odwołać się od nieodrżucenia oferty Przystępującego, a z pewnością mógł i powinien informować Zamawiającego o dostrzeżonych nieprawidłowościach. Stanowisko to odnosi się w szczególności do zarzutów 3 i 4 odwołania dotyczących zaoferowania świadczenia niemożliwego.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów Przystępujący podniósł następujące okoliczności:

Zarzuty 1 i 2

Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby uprawnienia określone w pkt 8.1 2.2.2.C) SIWZ obejmowały konkretne średnice i grubości rur. Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie spawaczy z uprawnieniami do spawania w zakresie średnic nominalnych powyżej i poniżej dn50 ani z uwzględnieniem grubości ścianek dla wszystkich elementów stalowych, które zostaną wykorzystane do wykonania przedmiotu umowy.

W celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu Przystępujący złożył Wykaz personelu w odpowiedniej liczbie posiadającego uprawnienia do spawania metodą TIG, zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zamawiający w pkt 7.6.1 STWiORB wskazał wymagane metody wykonywania spawów: „Łączenie rur preizolowanych. Proces spawania rur i kształtek preizolowanych oraz armatury jest jedną z najważniejszych faz budowy mających wpływ na trwałość i niezawodność pracy sieci ciepłowniczych. Spoiny muszą być wykonane w klasie minimum „B” Spoiny sieci preizolowanych o średnicach nominalnych powyżej dn50 muszą być wykonane metodą 141 (TIG). Spoiny sieci preizolowanych o średnicach nominalnych dn50 i mniejsze można wykonać przy wykorzystaniu spawania gazowego. Nie dopuszcza się spawania łukowego elektrodami otulonymi. Spawanie mogą wykonywać osoby legitymujące się aktualnymi w terminie wykonania przedmiotu zamówienia uprawnieniami, stosownymi do metody spawania.

Jak wynika z powyższego, spawanie metodą 141 (TIG) jest wymagane tylko dla średnic powyżej 50mm, poniżej tej średnicy spawanie może odbywać się inną metodą, a zatem nie są wymagane uprawnienia spawaczy.

Przystępujący wskazał, że spawacze wskazani przez Odwołującego posiadają uprawnienia dla spawania spoin o grubości od 3 mm. Co więcej, posiadane przez nich uprawnienia ograniczają się do spawania typu BW czyli spawania spoin czółowych (pomiędzy rurami). Spawacze ci nie posiadają uprawnień do spawania spoin pachwinowych FW, w przeciwieństwie do spawaczy Przystępującego. Uprawnienia spawaczy Odwołującego nie zawierają również zaświadczeń o wykonywaniu czynności spawania, wymaganych co 6 miesięcy.

Zarzuty 3 i 4

Przystępujący wyjaśnił, że zaoferował manometry Danfoss MDD80, tj. manometry przewidziane w dokumentacji projektowej. Zgodnie z kartą katalogową, manometr pracujący w zakresie ciśnienia 6 bar jest na zakres temperatur 0-90 °C, a dla temp. 0 — 130°C dla 16 lub 25 bar. Wskazanie manometru o parametrach 6 bar, 130 °C jest omyłką pisarską projektanta. Zarzut dotyczy manometru na niskich parametrach c.o. Temperatura na niskich parametrach przy prawidłowej pracy systemu nie jest w stanie przekroczyć 90 °C, a nawet niekiedy osiągnąć tego poziomu, stąd wystarczające jest zastosowanie manometru o temperaturze do 90 °C. Jeżeli takie będzie życzenie Zamawiającego, zostanie zastosowany manometr Danfoss MDD80 o parametrach 16 bar, 130 °C, a więc urządzenie o podwyższonych w stosunku do projektu parametrach. Nie jest to w żadnym razie urządzenie równoważne, Przystępujący oferował i nadal oferuje urządzenie Danfoss MDD80.

Nawet jeżeli prawdziwe byłyby twierdzenia Odwołującego odnośnie niemożności zastosowania takich urządzeń z uwagi na niewystępowanie ich na rynku, to oznacza to błędy w dokumentacji projektowej zamówienia, polegające na wykazaniu w niej dwóch drobnych urządzeń o parametrach, które nie mogą zostać zapewnione. Nie oznacza to natomiast, że świadczenie polegające na zrealizowaniu robót budowlanych określonych w SIWZ jest niemożliwe. Przedmiotowe zamówienie obejmuje bardzo skomplikowaną inwestycję o dokumentacji projektowej liczącej tysiące stron, w której mogą znajdować się błędy, które muszą zostać skorygowane na etapie realizacji. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział taką sytuację. We wzorze umowy w § 28 ust. 2 pkt 1) lit b) ii) Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku, gdy następuje „zmiana sposobu spełnienia świadczenia wynikła z usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń”. Natomiast zgodnie z § 28 ust. 2 pkt 4 lit a) umowy Zamawiający przewidział „możliwość zmiany organizacji spełnienia świadczenia umowy w konieczności zrealizowania jakiegokolwiek części robót, objętych przedmiotem umowy, przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych, niż wskazane w dokumentacji projektowej, a wynikających ze stwierdzonych wad tej dokumentacji”. Realizacja zamówienia nie jest więc świadczeniem niemożliwym, na czym opierają się omawiane zarzuty odwołania. Zamawiający zagwarantował, że w toku realizacji zamówienia będzie możliwa i zgodna z warunkami zamówienia korekta błędów zawartych w projekcie.

Przystępujący podkreślił, że podniesione przez Odwołującego urządzenia stanowią dwa rodzaje z setek rodzajów urządzeń i materiałów, jakie zostaną zastosowane przy realizacji zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że nieuwzględnienie tej okoliczności w ofercie Przystępującego nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania. Przystępujący wskazując, iż oferuje urządzenia wskazane w dokumentacji projektowej nie uzyskał żadnej przewagi konkurencyjnej, a zatem taka informacja nie mogła stanowić czynu nieuczciwej konkurencji.

W opinii Przystępującego, wniesione odwołanie stanowi wyłącznie sposób na przedłużenie postępowania przez Odwołującego i zablokowanie możliwości zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego do czasu rozpoznania skargi złożonej przez Odwołującego na wyrok KIO w sprawie KIO 940/19, a co najmniej złożonego w tej skardze wniosku o zabezpieczenie. Takie postępowanie Odwołującego nie zasługuje na ochronę prawną.

Zamawiający złożył na piśmie odpowiedź na odwołanie. W ocenie Zamawiającego, wszystkie zarzuty wskazane w odwołaniu nie mogą podlegać rozpoznaniu ze względu na upływ terminu do wniesienia odwołania, ponieważ dotyczą de facto treści SIWZ, a termin do wniesienia odwołania w tym zakresie minął. Odwołujący miał pełną wiedzę na temat urządzeń zamieszczonych w projektach budowlanych, co więcej, zaproponował do nich rozwiązania równoważne. Jeżeli w ocenie Odwołującego użycie w projekcie budowlanym Filtra Danfoss, FVR-DZR C 2801, 2 1/2" gwint oraz manometru Danfoss MDD80, ciśnienie 0-6 bar, temp. 130°C stanowiło świadczenie niemożliwe, gdyż takie urządzenia nie istnieją, to okoliczność ta winna być zaskarżona na etapie SIWZ. Odwołujący nie zaskarżył SIWZ, a nawet wskazał urządzenia równoważne w złożonej ofercie, tym samym uznał, że świadczenie jest możliwe do spełnienia. To nie są zarzuty, które może Odwołujący skierować do wykonawcy, to są zarzuty dotyczące treści SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał jedynie wskazania w odpowiednim wykazie, iż spawacze mają odpowiednie kwalifikacje do spawania metodą TIG. Żadnych innych warunków w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w odniesieniu do spawaczy nie stawiał. Jeżeli w ocenie Odwołującego ten warunek nie był adekwatny do przedmiotu zamówienia, winien również tę kwestię zaskarżyć na etapie SIWZ, a nie na etapie wyboru wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że przedmiotem postępowania objęte jest spawanie rurociągów o średnicy powyżej 50 mm, jak i rurociągów o średnicy równej i poniżej 50 mm. Zgodnie z przywołanym przez Odwołującego postanowieniem STWiOR (strona 42, punkt 7.6.1.) spoiny sieci o średnicy nominalnej powyżej 50 (czyli powyżej 50 mm) muszą być wykonane metodą 141 (TIG). Tylko w tym zakresie Zamawiający żądał wykazania się przez wykonawcę osobami posiadającymi kwalifikacje do spawania tą metodą. Natomiast w zakresie spoin sieci o średnicy 50 i mniejszych mogły być one wykonane przy wykorzystaniu spawania gazowego. W tym zakresie Zamawiający nie żądał wykazania osób uprawnionych do wykonywania tego typu prac.

Zamawiający wskazał, że kwestie związane z filtrem siatkowym Danfoss FVR-DZR L 2801, 2 1/2" gwint oraz manometrem w zakresie ciśnienia 0-6 bar i temperatury 130 °C były już przedmiotem analizy KIO w trakcie postępowania KIO 940/19. W związku z powyższym również w tym zakresie zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią punktu 8.1.2.2.2 litera oraz pkt 10.2.1.SIWZ, Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu - załączył wykaz osób, z którego wynika, iż 11 osób posiada uprawniające do spawania połączeń metodą TIG. Wykonawca nie był zobowiązany do przedkładania żadnych innych dokumentów, aniżeli wykaz osób. W związku z czym Zamawiający nie był zobowiązany, a nawet nie mógł badać przedłożonych dokumentów. Przedłożone dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W załączeniu Zamawiający przedłożył wydruk ze strony internetowej, który wyjaśnia w jaki sposób należy odczytywać zaświadczenia w zakresie egzaminu spawacza PN-EN ISO 9606.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący wyciągnął nieuprawnione i zbyt daleko idące wnioski z przedłożonych dokumentów. Osoby wskazane do realizacji zamówienia uprawnione są do wykonania zamówienia. Wykonawca przedłożył dokumenty związane z uprawnieniami do spawania metodą TIG, albowiem tylko o to prosił Zamawiający. Nie oznacza to wcale, że osoby te nie posiadają również innych uprawnień potwierdzonych odpowiednimi zaświadczeniami.

Ponadto, nieuprawnione jest twierdzenie, iż wykonawca nie może skierować do realizacji zamówienia spawaczy wymienionych w wykazie. To że z przedłożonych zaświadczeń wynika inna średnica zewnętrzna rury lub inna grubość materiału nie ma żadnego znaczenia, albowiem Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań w tym zakresie. Zgodnie z § 27 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 27 kwietnia 2000 roku w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy pracach spawalniczych (Dz.U. nr 40 poz. 470): „Prace spawalnicze powinny być wykonywane przez osoby posiadające „Zaświadczenie o ukończeniu szkolenia” albo „Świadectwo egzaminu spawacza” lub „Książkę spawacza”, wystawiane w trybie określonym w odrębnych przepisach i Polskich Normach, z uwzględnieniem przepisu § 28”. Takie dokumenty wykonawca przedstawił. Żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawa nie reguluje kwestii związanej z wykonywaniem prac przez spawacza w zakresie grubości materiałów czy średnicy rurociągu. Kwestie te regulują Polskie Normy, których stosowanie jest dowolne, a nie obligatoryjne. Na marginesie Zamawiający wskazał, że uprawnienia spawaczy przedłożone przez

Odwolującego również wskazują na grubość materiałów powyżej 3 mm.

W odniesieniu do pkt 7.6.1. STWORB, Zamawiający wskazał, że w celu upewnienia się, że wykonawca posiada osoby, które mają umiejętności spawania metodą TIG, postawił taki, a nie inny warunek. Warunek został spełniony przez Przystępującego. Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań w zakresie spoin sieci preizolowanych o średnicy nominalnej dn 50 i mniejszej. Zgodnie z przywołanym zapisem, do spawania sieci nominalnych dn 50 i niższych dopuszcza się spawanie gazowe, na które Zamawiający nie wymagał przedłożenia jakichkolwiek dokumentów. Zamawiający jedynie żądał by osoby wskazane przez wykonawcę posiadały możliwość spawania metodą TIG, która jest stosowana do rurociągów o średnicy zewnętrznej większej niż 50 mm (większej niż dn50).

Niedopuszczalne jest także twierdzenie, że w przypadku świadczenia niemożliwego należy zaproponować urządzenia równoważne. W przypadku świadczenia niemożliwego Zamawiający zobowiązany byłby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, o co de facto Odwołujący nie wnosi. Zamawiający wyjaśnił, że żaden z wykonawców, poza Odwołującym, nie zaoferował rozwiązań równoważnych.

W niniejszym wypadku nie można mówić o świadczeniu niemożliwym, niewykonalnym. Budowa sieci, przyłączy, węzłów jest możliwa w sytuacji, gdy w projekcie budowlanym błędnie opisano manometr, a w jednym z typów urządzeń, w zakresie 13 węzłów błędnie wskazano rozmiar gwintu. Taka omyłka z całą pewnością nie wpływa na prawidłową realizację

zamówienia, nie powoduje, iż świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania. Z całą pewnością nie jest to również czyn nieuczciwej konkurencji. Żadna z przesłanek nie została spełniona, aby móc zarzucić Zamawiającemu czyn nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenia odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, w tym także w części zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Po pierwsze, Izba nie stwierdziła, aby zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczyły treści SIWZ w zakresie dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia. Treść zarzutów oraz wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp, których naruszenie Odwołujący podnosił, zostały wskazane jednoznacznie, w sposób czytelny, który nie pozostawia wątpliwości, że nie są to zarzuty wobec postanowień SIWZ lecz wobec czynności oceny ofert złożonych przez Przystępującego w obu częściach zamówienia.

Po drugie, z treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, przekazanej wykonawcom w dniu 18 marca 2019 r. i 13 maja 2019 r. nie wynika jednoznacznie, że Zamawiający dokonał badania i oceny wszystkich złożonych ofert pod względem braku podstaw do ich odrzucenia. Powyższe dokumenty zawierają jedynie informację od Zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza - tj. oferty Odwołującego. W odniesieniu do pozostałych ofert Zamawiający nie wyraził jednoznacznej oceny co do braku podstaw do odrzucenia tych ofert, co potwierdza, że Zamawiający dokonał jedynie wstępnej oceny tych ofert, ustalając punktację w ramach kryteriów oceny ofert na potrzeby rankingu złożonych ofert. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty należy formułować biorąc pod uwagę moment, w którym czynności badania i oceny ofert zostały przez Zamawiającego zakończone, czego wyrazem jest jednoznaczna informacja wyrażona przez Zamawiającego - stwierdzenie braku podstaw do odrzucenia poszczególnych ofert. W niniejszej sprawie ani w piśmie z dnia 18 marca 2019 r., ani z dnia 13 maja 2019 r. taka informacja odnośnie pozostałych ofert, w tym oferty złożonej przez Przystępującego nie została zawarta. W tych okolicznościach nie można uznać, że zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego powinny być podniesione w terminie licznym od dnia 18 marca 2019 r. lub od dnia 13 maja 2019 r.

Izba nie znalazła zatem podstaw do stwierdzenia, że zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, podniesione w momencie, w którym Zamawiający jednoznacznie stwierdził brak podstaw do odrzucenia tej oferty i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, są spóźnione, stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 182 ust. 2

pkt 1 Pzp. Co istotne, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął procedurę tzw. „odwróconą” na podstawie art. 24aa Pzp, w związku z czym powinien przekazać wykonawcom jasną i czytelną informację, że zakończył etap badania wszystkich ofert i nie stwierdził podstaw do ich odrzucenia. Informacja o tym, że oferta Przystępującego, według oceny Zamawiającego, nie podlega odrzuceniu została zawarta dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 czerwca 2019 r.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, jak wyżej, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum w składzie: GPEC Serwis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum GPEC Serwis z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania osobami skierowanymi do wykonania zamówienia o odpowiednich kwalifikacjach. Z uwagi na powyższe, postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu podlegało umorzeniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 4 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest budowa sieci ciepłowniczych wraz z przyłączami oraz modernizacja indywidualnych węzłów ciepłowniczych, likwidacja węzłów grupowych i budowa w ich miejsce węzłów indywidualnych. Opis zamówienia zawiera Załącznik nr 2 do SIWZ. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi następujące zadania budowlane:

- „Budowa i przebudowa osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami na O/M Lotnisko” - 9,07 km preizolowanych sieci ciepłowniczych i przyłączy;

- „Kontynuacja budowy i przebudowy osiedlowych sieci ciepłowniczych wraz z przyłączami na O/M Kopernika i Kawalerii Polskiej” - 5,56 km preizolowanych sieci ciepłowniczych i przyłączy;

- „Modernizacja istniejących indywidualnych węzłów ciepłowniczych oraz budowa indywidualnych węzłów ciepłowniczych w zastępstwie grupowych na O/M Lotnisko - Modernizacja 48 węzłów i budowa 36 węzłów;

- „Kontynuacja modernizacji istniejących indywidualnych węzłów ciepłowniczych oraz budowy indywidualnych węzłów ciepłowniczych w zastępstwie grupowych na O/M Kopernika i Kawalerii Polskiej - modernizacja 12 węzłów i budowa 15 węzłów indywidualnych;

Przedmiot zamówienia obejmuje łącznie budowę 14,63 km sieci ciepłowniczych i przyłączy oraz modernizację lub budowę 111 węzłów ciepłowniczych.

Przedmiot zamówienia obejmuje również:

- aktualizację uzgodnień z właścicielami infrastruktury podziemnej;
- aktualizację uzgodnień z właścicielami nieruchomości;
- aktualizację projektów organizacji ruchu.

Zamawiający poinformował w pkt 4.6 SIWZ, że załączone do SIWZ przedmiary robót należy traktować jako poglądowe i ułatwiające wykonawcy identyfikację robót budowlanych. Dla ustalenia prawidłowej ilości i rodzaju robót na potrzeby sporządzenia oferty, Zamawiający, oprócz przeprowadzenia wizji lokalnej, proponuje analizę pozostałych składników

dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,

inwentaryzacji zieleni oraz projektów organizacji ruchu.

Zamawiający wskazał w pkt 4.10 SIWZ, że zamieszczone w SIWZ, w szczególności w dokumentacji projektowej, ewentualne nazwy własne producentów nie są wiążące dla wykonawcy, należy je traktować wyłącznie jako przykładowe dla zobrazowania opisywanych parametrów i wymogów technicznych. Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Wszystkie przewidziane w dokumentacji projektowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi, chyba, że zapis mówi inaczej lub dane dotyczą gabarytów i ciężaru urządzenia.

Szczegółowy opis części zawierają nw. załączniki:

- dla Części I O/M Lotnisko - Załącznik nr 2 (w zakresie sieci i węzłów), 3 (w zakresie węzłów), 4 (dokumentacja projektowa dla sieci i węzłów + STWiORB dla sieci i węzłów, inwentaryzacja zieleni, projekt organizacji ruchu);
- dla Części II O/M Kopernika i Kawalerii Polskiej - Załącznik nr 2 (w zakresie sieci i węzłów), 3 (w zakresie węzłów), 5 (dokumentacja projektowa dla sieci i węzłów + STWiORB dla sieci i węzłów, inwentaryzacja zieleni, projekt organizacji ruchu);

W § 28 wzoru umowy, Zamawiający zawarł postanowienie w ust. 2 pkt 1 lit. b, ii, iż zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Ustawy, przewiduje możliwość zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w zakresie zmiany polegającej na zmianie sposobu spełnienia świadczenia wynikłych z usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji technicznej urządzeń.

W pkt 4 lit. j wzoru umowy Zamawiający przewidział zmiany organizacji spełniania świadczenia w zakresie: konieczności zrealizowania jakiegokolwiek części robót, objętych przedmiotem umowy, przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych, niż wskazane w dokumentacji projektowej, a wynikających ze stwierdzonych wad tej dokumentacji lub zmiany stanu prawnego w oparciu, o który je przygotowano, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wykonaniem nienależnym przedmiotu umowy.

Zgodnie z pkt 4.1.1.1.1 Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które wykonawca skieruje do realizacji zamówienia:

- Kierownik Budowy,
- Kierownik robót,
- co najmniej 6 osób na stanowisku spawacza posiadającymi aktualne uprawnienia do wykonywania połączeń spawanych metodą TIG. Wykonawca w celu udowodnienia spełnienia warunku dysponowania spawaczami wskaże osoby spełniające ten warunek w wykazie, o którym mowa w punkcie 10.2.1.SIWZ,
- co najmniej 4 osoby przeszkolone w oferowanej technologii rur preizolowanych w zakresie mufowania i montażu instalacji alarmowej. Wykonawca w celu udowodnienia spełnienia warunku dysponowania tymi osobami wskaże osoby spełniające ten warunek w wykazie, o którym mowa w punkcie 10.2.1.SIWZ.

W pkt 8 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający dopuścił zmianę osoby/osób, o której mowa w punkcie 8.1.2.2.2 SIWZ, która może nastąpić wyłącznie za pisemną zgodą Zamawiającego oraz pod warunkiem posiadania przez nową osobę co najmniej takich uprawnień, o których mowa w punkcie 8.1.2.2.2 SIWZ.

W §11 wzoru umowy Zamawiający wymagał wskazania danych Kierownika budowy (ust. 1) oraz osób „które zgodnie z ofertą Wykonawcy będą uczestniczyć w wykonaniu umowy” (ust. 7). W ust. 8 Zamawiający przewidział, że „Zmiana składu osobowego wymienionego w ust. 1 lub 7 może nastąpić wyłącznie za zgodą Zamawiającego oraz pod warunkiem posiadania przez nowe osoby co najmniej uprawnień, o których mowa w punkcie 8.1.2.2.2. SIWZ. Zmiana składu osobowego wymienionego w ust. 1 nie wymaga aneksu do umowy.”

W pkt 5.7 SIWZ Zamawiający postawił wymogi, aby przy realizacji zamówienia, wykonawca zatrudniał na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018. 917 z późn. zm.) osoby, które będą wykonywać czynności w zakresie robót ziemnych, montażu sieci ciepłowniczej oraz węzłów (spawacze oraz monterzy) przez cały okres realizacji zamówienia. W pkt 5.8 SIWZ, Zamawiający zobowiązał wykonawcę do udokumentowania zatrudnienia osób, o których

mowa w punkcie 5.7. SIWZ. Zamawiający wymagał, aby wykonawca w dniu przekazania terenu budowy (placu budowy) przedłożył Zamawiającemu - Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wraz z oświadczeniem, że są one zatrudnione na umowę o pracę, który to wykaz będzie stanowił Załącznik nr 3 do umowy.

W pkt 4.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Do oferty Wykonawca załącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w niniejszej SIWZ w formie jednolitego dokumentu oraz dokumenty, o których mowa w punktach 10.3, 10.8., 10.9. i punkcie 22 SIWZ (Dokument gwarancji i poręczenia, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż w pieniądzu), jak również dokumentu podmiotu trzeciego, o których mowa w punkcie 6.9 (o ile dotyczy). Pozostałe dokumenty Wykonawca złoży na wezwanie Zamawiającego.

UWAGA ! Oprócz formularza oferty Zamawiający wymaga złożenia Formularza Cenowego. Formularz Cenowy nie będzie stanowił oferty. Formularz Cenowy będzie stanowił załącznik do umowy i ceny w nim wskazane będą dla Wykonawcy wiążące w trakcie realizacji Umowy.”

W pkt 15.5 SIWZ Zamawiający postanowił, że „Do oferty należy dołączyć JEDZ w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz dokumenty, o których mowa w 10.1. SIWZ a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę skompresować do jednego pliku archiwum (ZIP).”

Wykonawca Konsorcjum GPEC Serwis złożył ofertę zawierającą wymagane w SIWZ dokumenty oraz na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przedłożył

dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dokumencie Wykaz osób, którymi dysponuje, i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (...), wykonawca wskazał m.in. 11 osób - spawaczy oraz dołączył dokumenty (zaświadczenia kwalifikacyjne) potwierdzające uprawnienia tych osób w zakresie wymaganym

w treści warunku udziału w postępowaniu, tj. w zakresie spawania metodą TIG.

W formularzu ofertowym ww. wykonawca złożył w pkt 8 oświadczenie o treści: „Zapoznaliśmy się z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach określonych w SIWZ w miejscu i w terminie wskazanym przez Zamawiającego.” Oświadczenie zawarte w pkt 7 formularza ofertowego, o treści: „Oświadczamy, że do budowy węzłów cieplnych zastosujemy urządzenia techniczne, których specyfikacje techniczne i charakterystyki pozwalające na wykazanie

równoważności zawarte są w załączniku nr2 do oferty’, które było wymagane w

przypadku zastosowania rozwiązań równoważnych, nie zostało przez Przystępującego wypełnione.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie oraz z treści oświadczenia z dnia 10 lipca 2019 r. złożonego przez inż. M. K, jako autora projektów technologii węzłów cieplnych opracowanych na potrzeby przedmiotowego zamówienia (Technika Sanitama K. K. z siedzibą w Grudziądzu), „prawidłowy opis filtra oznaczonego symbolem F2 dla węzłów w ww. lokalizacjach powinien brzmieć: „Danfoss, FVR-DZR [280], 2”, Gwint”, co potwierdza, że w dokumentacji projektowej wystąpił błąd w opisie urządzenia określonego jako F2 - „Danfoss, FVR-DZR [280], 2 1/2””, Gwint”.

W odniesieniu natomiast do manometru MDD80 Zamawiający wyjaśnił, że opis tego urządzenia zawarty w dokumentacji projektowej zawiera błąd w zakresie sposobu podania parametrów ww. urządzenia. Zamawiający przedłożył Informację techniczną tego urządzenia, która potwierdza dla parametru „Temperatura medium” zakres: „0-130 (16/25 bar) / 0-90 (6/10 bar)”, co potwierdza spełnienie minimalnych wymagań Zamawiającego co do parametrów urządzenia manometru o zakresie nastaw 0-6 bar i temperaturze maksymalnej 130 st.C, określonego przez Zamawiającego jako wymaganie minimalne.

Izba zważyła, jak poniżej:

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który oferuje wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, tj. przez osoby, które nie posiadają wymaganych kwalifikacji, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskazać należy, że o niezgodności treści oferty z SIWZ można mówić wówczas gdy treść oferty w określonym w niej konkretnym zakresie nie odpowiada konkretnym wymaganiom zapisanym w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący w niniejszej sprawie wywodził niezgodność treści oferty z treścią SIWZ z treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. zaświadczeń kwalifikacyjnych spawaczy. Odwołujący przyznał jednocześnie na rozprawie, że Przystępujący przedłożył prawidłowy Wykaz osób, którymi dysponuje i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (...), potwierdzający literalnie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.2.2.2. lit c SIWZ.

W ocenie Izby, podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w treści przedłożonych dokumentów wskazano wyroby typu blacha lub rura, o grubości materiału [mm]

FW: 3.0-6.4; 3.0-9.0; 3.0-10.0 i średnicy zewnętrznej rury [mm] ≥ 30.2 lub więcej np. 34.7 nie dowodzi, że wskazane osoby nie posiadają wystarczających uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia, opisanego w załączonych do SIWZ Projektach Wykonawczych:

- „Budowa i przebudowa osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami na O/M Lotnisko”
- „Kontynuacja budowy i przebudowy osiedlowych sieci ciepłowniczych wraz z przyłączami na O/M Kopernika i Kawalerii Polskiej”, w których określono łączne długości sieci i przyłączy ciepłych z podziałem na średnice, w których występują rurociągi o średnicy zewnętrznej = 26,9 mm i grubości ścianki od 2,6 mm lub 2,9 mm. Jednocześnie w węzłach ciepłych występują połączenia spawalne DN 10, 15 i 20.

Przedstawione przez Przystępującego zaświadczenia posiadane przez spawaczy wskazanych do realizacji zamówienia nie wykluczają posiadania przez te osoby także innych uprawnień do wykonywania tego rodzaju łączy, a których wykazania Zamawiający nie wymagał w ramach warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że wskazane przez Przystępującego 11 osób (spawaczy) nie posiada takich stosownych uprawnień, których udokumentowania Zamawiający nie wymagał w przedmiotowym postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wymogi określone w pkt. 7.6.1. STWiOR w kontekście jednoznacznych postanowień wzoru umowy nie wykluczają możliwości zmiany listy osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zauważyć należy, że sam Odwołujący złożył także podobne zaświadczenia dla spawaczy, w ramach wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu co do metody spawania TIG, co dodatkowo jedynie potwierdza, że treść powyższych dokumentów stwierdzających posiadanie uprawnień do spawania metodą TIG nie stanowi dowodu na okoliczność, że przedmiot zamówienia z udziałem tych osób w jego realizacji nie może być wykonany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 1 i 8 Pzp w zw. z art. 14 ust 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC Serwis, która jest niezgodna z przepisami ustawy, gdyż oferuje świadczenie niemożliwe,

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą (Pzp), natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Wg załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej węzłów na 13 obiektach po stronie niskich parametrów - c.w. występuje filtr siatkowy Danfoss FVR-DZT [280], 2 1/2", Gwint.

Oferta Konsorcjum GPEC Serwis zawiera informację o zaoferowaniu urządzeń zgodnych z wymaganiami SIWZ, a tym samym wykonawca nie zaoferował urządzeń równoważnych w stosunku do wymaganych w SIWZ. Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia przy zastosowaniu urządzeń referencyjnych wskazanych przez Zamawiającego w dokumentacji, w tym wskazanego filtra i manometru montowanego na niskich parametrach - c.o. o zakresie nastaw 0-6 bar i temperaturze max 130 st. C.

Z dokonanych ustaleń, na podstawie wyjaśnień Zamawiającego, których Odwołujący nie kwestionował w toku rozprawy, wynika, że dokumentacja projektowa zawiera błędy w opisie ww. urządzeń, które Zamawiający stwierdził dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Podkreślić należy, że żaden z wykonawców nie zgłaszał jakichkolwiek wątpliwości w powyższym zakresie przed terminem składania ofert, tak aby Zamawiający mógł wyeliminować te omyłki wcześniej tj. przed terminem składania ofert.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, tak obszerna dokumentacja techniczna może zawierać błędy, co Zamawiający przewidział w treści wzoru umowy, formułując postanowienia

umożliwiające dokonanie zmiany w zakresie organizacji prac lub sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, jeśli konieczność taka będzie wynikiem błędów w dokumentacji Zamawiającego. Składając oferty wszyscy wykonawcy wyrazili zgodę na powyższe postanowienia, które tym samym stały się w pełni wiążące w przedmiotowym postępowaniu.

Ocena wpływu stwierdzonych przez Zamawiającego błędów w dokumentacji projektowej na prawidłowość prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie stanowiła przedmiotu rozpoznania w niniejszej sprawie, z uwagi na brak zarzutów w tym zakresie w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Ocena ta powinna być dokonana przez samego Zamawiającego.

W ocenie Izby, wykonawca (Przystępujący) nie może ponosić konsekwencji błędów Zamawiającego popełnionych w sposób niezamierzony przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Nie sposób też doszukiwać się odpowiedzialności po stronie wykonawcy za to, że nie zauważył tych błędów przygotowując ofertę, z uwagi na fakt, że dokumentacja projektowa jest wykonywana przez profesjonalistów (projektów), a zatem należy przyjąć, że uzasadnione jest zaufanie wykonawcy w powyższym zakresie. Za błędy w dokumentacji projektowej w niniejszym postępowaniu odpowiada Zamawiający.

W świetle powyższego nie można zatem uznać, że zaoferowanie w tym stanie rzeczy urządzenia równoważnego do urządzeń referencyjnych wskazanych w dokumentacji Zamawiającego pozwala prawidłowo wykonać zamówienie. Błąd tkwi bowiem w błędnym określeniu średnicy filtra. W tym przypadku zatem, zaoferowanie filtra równoważnego o średnicy 2 1/4 cala również jest błędne w stosunku do rzeczywistych wymagań i potrzeb dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia. Podobnie w odniesieniu do urządzenia manometru - błąd tkwi w opisie parametrów, a nie w tym, że urządzenie o takich parametrach nie występuje. Zaoferowanie urządzenia równoważnego, przy błędnie określonych parametrach nie zmienia faktu, że przedmiot zamówienia musi być wykonany z uwzględnieniem dokonanej zmiany w dokumentacji. Niezależnie od tego zatem, czy oferta proponuje rozwiązanie referencyjne czy równoważne to zawsze w tym przypadku powiela błąd zawarty w dokumentacji projektowej Zamawiającego. Błąd ten dotyczy w takim samym stopniu wszystkich złożonych ofert, zatem należy przyjąć, że nie miał istotnego na porównywalność złożonych ofert.

Nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że zaoferowanie urządzeń referencyjnych prowadzi do zaoferowania świadczenia niemożliwego, co prowadzi w konsekwencji do nieważności przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący potwierdził w treści odwołania, że występuje filtr Danfoss FVR-DZT [280], 2", Gwint. Ponadto, Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian do umowy na etapie realizacji zamówienia w przypadku stwierdzenia błędów dokumentacji postępowania. Nie ma zatem w tym przypadku ryzyka nieważności umowy na podstawie art. 387 § 1 k.c., bowiem umowa dopuszcza zmiany umowy w części dotyczącej zmiany sposobu świadczenia.

Dodatkowo Izba wskazuje, że Odwołujący, powołując się na karty katalogowe kwestionowanych urządzeń, nie przedstawił żadnego dowodu w tym zakresie. Odwołujący nie przedstawił kart katalogowych, na które wskazywał w odwołaniu, nie wskazał z jakich akt konkretne karty katalogowe pochodzą i nie złożył wniosków dowodowych w powyższym zakresie ze wskazaniem konkretnych kart z akt poprzednich spraw odwoławczych. Odwołujący nie wykazał zatem w żadnym stopniu zasadności podnoszonych w tym zakresie okoliczności. Niemożliwość świadczenia wynikającego z oferty Przystępującego nie została przez Odwołującego wykazana, zważywszy na brzmienie przepisu art. 387 § 1 k.c., w oparciu o który oferta Przystępującego podlegałaby uznaniu za nieważną (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp). W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał, że można tu mówić o świadczeniu niemożliwym, niewykonalnym, a tym samym, że nie jest możliwa budowa sieci, przyłączy, węzłów w sytuacji, gdy w projekcie budowlanym błędnie opisano manometr, a w jednym z typów urządzeń, w zakresie 13 węzłów błędnie wskazano rozmiar gwintu. Taka omyłka w dokumentacji i w konsekwencji - w ofercie nie powoduje, iż świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GPEC Serwis, która oferując świadczenie niemożliwe do spełnienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek wyrażonych we wskazanych w ramach

tego zarzutu przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które pozwalałyby zakwalifikować złożenie oferty przez Przystępującego, jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący, argumentując powyższy zarzut, przytoczył jedynie brzmienie przepisów art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, uzasadniających twierdzenie, że Przystępujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, popełnił czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wskazanych powyżej przepisów uznk.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).