

WYROK
z dnia 6 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2017 r. przez wykonawcę **Ł.K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **C.T. Ł.K., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu „Zmniejszenie emisyjności gospodarki budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk” – (postępowanie znak SZP.271.27.2017)

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 1 – 6 ww. ustawy;**
- 3. w pozostałym zaś zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu;**
4. kosztami postępowania w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Ł.K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **C.T. Ł.K., (...)** i:

1

-
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ł.K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **C.T. Ł.K., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od wykonawcy **Ł.K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **C.T. Ł.K., (...)** na rzecz zamawiającego - **Gminy Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

5. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 6 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1985/17

Zamawiający – Gmina Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu „Zmniejszenie emisyjności gospodarki budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk” – (postępowanie znak SZP.271.27.2017).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15.09.2017 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 585090-N-2017 z dnia 15.09.2017 r.

W dniu **15.09.2017 r.** Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz SIWZ na stronie internetowej www.bip.pultusk.pl

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 września 2017 r.** w formie pisemnej przez wykonawcę **Ł.K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **C.T. Ł.K., (...)** od czynności Zamawiającego polegającej na określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynność, naruszył w szczególności następujące przepisy:

1. art. 29 ust 1 i 2 ustawy w zw. art 36aa ust 1, art. 96 ust 1 pkt 11 oraz art 7 ust 1 ustawy, poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na niedopuszczaniu możliwości składania ofert częściowych/nieudzielenie zamówienia w częściach w świetle podzielności przedmiotu zamówienia i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o uzyskanie zamówienia w Postępowaniu,

3

2. art 29 ust 1 i 2 ustawy w zw. art 7 ust 1 ustawy, poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na ustaleniu zbyt rygorystycznych terminów realizacji zamówienia i tym samym ograniczenie liczby wykonawców obiektywnie zdolnych do wykonania zamówienia,

3. art 22 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. art 7 ust 1 ustawy poprzez nieproporcjonalne określenie warunków udziału w Postępowaniu do przedmiotu zamówienia i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o uzyskanie zamówienia w Postępowaniu

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z ustawą, w tym podział zamówienia na części i dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych/udzielenie zamówienia w częściach w sposób zgodny z propozycją Odwołującego, tj. podział zamówienia na 8 (osiem) części poprzez wydzielenie robót budowlanych dotyczących każdego z budynków objętych przedmiotem zamówienia do osobnej części,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówienia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących terminu realizacji zamówienia, zgodnie z propozycją Odwołującego, tj. wydłużenie terminu do 3 miesięcy od dnia podpisania umowy.
4. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w opisie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób wskazany w uzasadnieniu.

Interes i szkoda

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosowni do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawcy zainteresowanemu udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ustalona przez Zamawiającego treść SIWZ, wobec której Odwołujący wnosi odwołanie, naraża go na szkodę z powodu niemożności uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe, w ocenie Odwołującego, dowodzi naruszenia interesu w

4

uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminów i wymogów formalnych

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15.09.2017 r. W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu w dniu 20.09.2017 r., tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu pn.: „Zmniejszenie emisyjności gospodarki budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15.09.2017 r. pod numerem 585090-N-2017. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej (www.bip.pultusk.pl) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej: „SIWZ”

W opinii Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia połączył w jedno zamówienie, roboty budowlane prowadzone na ośmiu różnych budynkach użyteczności publicznej. Dokumentacja stanowiąca załącznik do SIWZ, w szczególności programy funkcjonalno-użytkowe oraz audyty energetyczne opracowane dla poszczególnych budynków, bezsprzecznie wskazują na podzielność przedmiotu zamówienia, będącą przesłanką do podziału zamówienia na części. Sformułowanie postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, bezzasadnie organiczna krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Ponadto w dniu 19.09.2017 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie protokołu, o którym mowa w art. 96 ust. 1 ustawy, na dowód czego Odwołujący przedkłada potwierdzenie złożenia tegoż wniosku. Pracownik Zamawiającego w osobie Pani G.J.

5

odmówił udostępnienia wspomnianego protokołu w dniu 19.09.2017 r., jednocześnie wskazując, że na rozpatrzenie wniosku Zamawiający ma 14 dni licząc od daty wpływu, czyli de facto po terminie wyznaczonym na składanie ofert w Postępowaniu. Ponadto Odwołujący został poinformowany, że Zamawiający nie jest obowiązany do sporządzenia protokołu na obecnym etapie postępowania. Powyższe wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 96 ust. 1 pkt 16 ustawy, gdyż przepis art. 96. ust 1 stanowi o sporządzeniu protokołu w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że w momencie przygotowania odwołania, Odwołujący nie posiada wiedzy na temat powodów niedokonania podziału zamówienia na części.

Powyższe rozważania dowodzą, zdaniem Odwołującego, naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, wskazanych powyżej.

W opinii Odwołującego powyższa kwestia mieści się w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w ramach art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy, gdyż de facto stanowi o tym, w jakim zakresie przedmiot zamówienia będzie stanowił element zamówienia, tzn. jako całość czy też w kilku częściach.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu określenie terminu wykonania zamówienia w sposób nierealny i nieadekwatny do zakresu robót budowlanych określonych w załączniku 1 do SIWZ. Zamawiający określił w pkt 9.1 SIWZ maksymalny termin realizacji etapu I zamówienia do 8 tygodni od dnia podpisania umowy. Na etap I zamówienia składa się opracowanie

dokumentacji projektowej (projekt budowlany, wykonawczy) dla przedmiotowego zadania oraz uzyskanie decyzji, opinii, pozwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wynikających z zakresu projektu oraz akceptację kompletnej dokumentacji przez Zamawiającego. Należy podkreślić, że maksymalny termin na uzyskanie pozwolenia na budowę co do zasady wynosi 65 dni od momentu złożenia wniosku, czyli ponad 9 tygodni. Wspomniany wniosek musi zostać poprzedzony przygotowaniem projektu budowlanego co też wymaga odpowiedniej ilości czasu. Podstawą do opracowania projektu budowlanego jest posiadanie mapy do celów projektowych, na którą wykonawca również będzie musiał poczekać ok 4 tygodni. Powyższe dowodzi, iż wskazany przez Zamawiającego termin 8 tygodni od dnia podpisania umowy jest terminem nierealnym do zachowania przez wykonawcę. Uwzględniając powyższe zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy należy uznać za uzasadniony, ponieważ określony termin realizacji zamówienia odbiega od realnych możliwości realizacji zamówienia, co skutkuje zawężeniem kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia. Powyższe skutkuje uznaniem, że

6

Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu, gdyż mógł uniemożliwić wzięcie udziału w postępowaniu innym potencjalnym wykonawcom. Należy podkreślić, iż Zamawiający nie wykazał się rzetelnością i zachowaniem należytej staranności przy określaniu terminu niezbędnego na realizację etapu I zamówienia.

W świetle powyższy rozważań, termin realizacji etapu II zamówienia, również wydaje się być terminem określonym przez zamawiającego w sposób nierzetelny i nierealnym do zachowania.

Zamawiający w SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 dotyczący zdolności technicznej i zawodowej wskazując, że Wykonawca spełni wspomniany warunek, jeżeli wykaże, „*że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał minimum 1 zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia, tj. polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie budynków użyteczności publicznej (co najmniej trzech) o minimalnej wartości 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych), w których zostały zainstalowane pompy ciepła o łącznej mocy min. 150 kW wraz z wymianą instalacji centralnego ogrzewania w tych budynkach (...). Zamawiający wymaga, aby ww. zadanie było wykonane w ramach jednego zadania/zlecenia/zamówienia/inwestycji.*”

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, iż Zamawiający zobligowany jest do określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej musi być uzasadniony charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Przywołany opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonany przez Zamawiającego został sformułowany w sposób niewspółmierny do charakteru i zakresu robót będących przedmiotem zamówienia, czym naruszył wspomnianą zasadę proporcjonalności.

Zdaniem Odwołującego należy wskazać, iż zakres robót na poszczególny budynkach objętych przedmiotem zamówienia dotyczy termomodernizacji tych budynków, co w świetle prawa budowlanego wpisuje się w definicję remontu a nie budowy/rozbudowy/przebudowy.

Ponadto nieuzasadniona kumulacja wszystkich składowych dotyczących zakresu wykonanych robót przez wykonawcę w jednym warunku udziału w postępowaniu eliminuje w

7

sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, co narusza zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany zapisów SIWZ dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzez

sformułowanie opisu warunku udziału w postępowaniu w stopni zaprezentowanym poniżej:
„w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał minimum 1 zadanie polegające na termomodernizacji budynku użyteczności publicznej o minimalnej wartości 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych) oraz maksymalnie pięciu zadań polegających na zainstalowaniu pomp ciepła o łącznej mocy min. 150 kW w budynkach użyteczności publicznej, w których minimum jedno z tych zadań obejmowało swoim zakresem wymianę instalacji centralnego ogrzewania w budynku użyteczności publicznej.

Podsumowanie

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia dokonał sformułowania postanowień SIWZ z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Należy podkreślić, że jedynie prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy pozwala na przeprowadzenie postępowania z poszanowaniem przywołanych zasad. Konsekwencją przywołanych naruszeń, jakich Zamawiający dopuścił się w trakcie procedury przetargowej, jest ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem oraz nielegalny zamiar wpływania na konkurencję.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 26.09.2017 r, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017r. poz. 1779) (dalej Pzp), wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 20.09.2017r. (data wpływu do Zamawiającego 20.09.2017r.), w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu pn. „Zmniejszenie emisyjności budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk” (znak sprawy: SZP.271.27.2017).

Zamawiający jednocześnie wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zaoferowanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi.

W ramach uzasadnienia Zamawiający wskazał, co następuje.

8

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w ww. postępowaniu na wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu pn. „Zmniejszenie emisyjności budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk”, określenie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36aa ust. 1, art. 96 ust. 1 pkt 11 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z powodów wskazanych w komparcji odwołania.

W opinii Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia połączył w jedno zamówienie, roboty budowlane prowadzone w ośmiu różnych budynkach użyteczności publicznej. W ocenie Odwołującego dokumentacja wskazuje na

podzielność przedmiotu zamówienia, a brak takiego podziału bezzasadnie ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Dodatkowo, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 16 Pzp (brak takiego przepisu w ustawie), poprzez nieudostępnienie mu protokołu postępowania w dniu złożenia wniosku. Odnosząc się do powyższego zarzutu, w pierwszej kolejności należy wskazać, że wyrażony w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego zamówienia nie odpowiadającego jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymogów co do jego wykonania, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia. Powtarzając za tezą wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze — wyrok z dnia 15 października 2007 r. Sygn. akt V Gaz 90/07 —, uprawnieniem zamawiającego jest prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby (...).

Odwołujący z góry założył naruszenie prawa przyjmując założenie, że brak podziału

zamówienia na części ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, co narusza konkurencję, równość i przejrzystość. Nie podjął przy tym próby wykazania w jaki sposób w tym konkretnym przypadku konkurencja została naruszona. Nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o utrudnianiu konkurencji oraz nie dokonał żadnej obiektywnej oceny stanu faktycznego. Przyjmując argumentację Odwołującego należałoby stwierdzić, że brak podziału zamówienia na części, przy podzielnym przedmiocie zamówienia, zawsze i w każdym przypadku narusza zasady konkurencyjności, równości i przejrzystości, z czym nie sposób się zgodzić.

Najnowsze orzecznictwo KIO, w powyższej materii wyraża pogląd, że przepisy Pzp nie nakładają na Zamawiającego bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części, stanowią natomiast o przywileju Zamawiającego do podziału zamówienia. W ustawie brak

jest przepisu, który podział zamówienia podnosiłby do rangi zasady. Toteż podział jest uprawnieniem Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast wyjaśnienie przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia na części. Taki obowiązek wynika z normy wyrażonej w art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania. W niniejszej sprawie Zamawiający nie naruszył wymienionego przepisu, gdyż decyzja o tym, aby nie dzielić zamówienia na części została przez niego omówiona w protokole postępowania. Mając na uwadze, że stanowiący podstawę dla tego obowiązku przepis art. 36aa ust. 1 Pzp nie określa w jakich przypadkach Zamawiający powinien podzielić zamówienie na części, decyzja w tym zakresie pozostawiona jest autonomicznej woli Zamawiającego, który kieruje się swoimi potrzebami (tak KIO w wyroku

sygn. 2373/16 z

dnia 2.01.2017r.),

Inne wyroki KIO również świadczą o uznaniu autonomiczności decyzji Zamawiającego w zakresie podziału zamówienia na części. W wyroku z dnia 10 kwietnia 2017 r., KIO 579/17, Izba stwierdziła, że „Przepis art. 36aa ust. 1 ustawy ma charakter fakultatywny i nie może stanowić źródła obowiązku dla zamawiającego. (...) Przepis art. 96 ust. 1 pkt 11 nie jest źródłem obowiązku zamawiającego polegającego na podziale zamówienia na części, ale jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek informacyjny”.

Podobnie w wyroku z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 164/17, podkreślono, że ustawa Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku podziału zamówienia na części, pozostawiając w jego decyzji, czy zamówienie podzielić na części, a jeśli tak, to w jaki sposób tego podziału dokonać, co potwierdza literalne brzmienie art. 36aa ust. 1 Pzp.

Zamawiający w protokole stwierdził, że: „podział zamówienia na części groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi wykonania zamówienia. Potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrazić właściwemu wykonaniu zamówienia. Połączenie wykonania 8 budynków użyteczności publicznej w jedno zadanie miało na celu obniżenie kosztów realizacji zadania poprzez uzyskanie wysokich rabatów przez Wykonawcę na zamawiane materiały i urządzenia oraz stworzenie jednego zaplecza budowy jak również ustanowienie jednego kierownictwa dla całego zamówienia. Ponadto umożliwia to ujednolicenie obiektów przez nadanie jednorodnego wyglądu zewnętrznego oraz technicznego, co pozwoli obniżyć koszty obsługi i serwisu po okresie gwarancji poprzez zastosowanie tej samej technologii. Z uwagi na uzyskanie dofinansowania obejmującego jednym wnioskiem osiem budynków istnieje ryzyko utraty całego dofinansowania w przypadku niezrealizowania bądź niewłaściwego zrealizowania jednego z budynków. Zamawiający, fącąc roboty na wszystkich budynkach w jedno zadanie miał na celu ujednolicenie procedury rozliczania wniosku o dofinansowanie”.

Powyższe wypełnia obowiązek wynikający z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp jako, że powody niedokonania podziału zamówienia na części, zostały przez Zamawiającego w protokole postępowania wskazane.

W ocenie Zamawiającego, jak i w świetle orzecznictwa KIO, chociażby wystarczającym powodem, uzasadniającym prowadzenie jednego postępowania bez dokonania podziału zamówienia na części jest objęcie zamówienia dofinansowaniem ze środków zewnętrznych, z którym wiąże się konieczność sprawnej i bezproblemowej realizacji zamówienia, tak aby

rozliczyć projekt i wywiązać się z umowy o dofinansowanie w jak najlepszy sposób.

W wyroku z dnia 31 stycznia 2017 r., KIO 101/17, Izba wskazała, że; (...) W niniejszej sprawie, zarówno cel zamówienia, jakim jest kompleksowe wyposażenie nowego budynku, jak i kwestia związana z jego finansowaniem, powoduje, iż Zamawiający nie może podzielić zamówienia na części”.

Również w wyroku z dnia 2 stycznia 2017 r., KIO 2373/16, Izba wskazała, że zakres zamówienia uzasadniał udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy, który przyjmie na siebie odpowiedzialność za ryzyko niepowodzenia projektu, a dokonanie podziału zamówienia na części mogłoby to ryzyko przenieść na Zamawiającego i w konsekwencji uczynić niemożliwym osiągnięcie celu zamówienia publicznego’.

W przypadku przedmiotowej inwestycji, należy wskazać, że jest ona realizowana przy udziale środków w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014 — 2020 w ramach projektu pn. „Zmniejszenie emisyjności budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk” w ramach Działania 4.2. Efektywność Energetyczna, Typ projektów Termomodernizacja Budynków Użyteczności Publicznej.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 16 Pzp, poprzez nieudostępnienie Odwołującemu protokołu postępowania w dniu złożenia wniosku, należy zauważyć, że katalog sytuacji, w których w postępowaniach „podprogowych” przysługuje wniesienie odwoływania nie wymienia podniesionej w odwołaniu okoliczności utrudniania dostępu do dokumentacji postępowania. Tak więc ta część odwołania dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 Pzp, stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie tego typu rozstrzygnięcia Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe, w niniejszej odpowiedzi odstąpiono od eksploracji podniesionego w tej kwestii zarzutu.

Odnosnie zarzutu określenia terminu wykonania zamówienia w sposób nierealny i nieadekwatny do zakresu robót należy wskazać, że wedle wyrażonej w kodeksie postępowania administracyjnego zasady szybkości postępowania organy administracji publicznej powinny działać w sprawie wnikliwie i szybko, postępując się możliwie

najprostszymi środkami prowadzącymi do jej załatwienia. Sprawy, które nie wymagają zbierania dowodów, informacji lub wyjaśnień, powinny być załatwione niezwłocznie (art. 12 k.p.a.). Stosownie natomiast do art. 35 § 1 k.p.a. organy administracji publicznej obowiązane są załatwiać sprawy bez zbędnej zwłoki. Z kolei art. 35 § 2 i 3 k.p.a. wskazują, że organ administracji publicznej zobowiązany jest załatwiać:

- niezwłocznie — sprawy, które mogą być rozpatrzone na podstawie dowodów przedstawionych przez stronę łącznie z żądaniem wszczęcia postępowania lub opierając się na faktach i dowodach znanych z urzędu organowi, przed którym toczy się postępowanie, bądź możliwe do ustalenia na podstawie danych, którymi rozporządza ten organ, w ciągu miesiąca od dnia wszczęcia postępowania sprawy wymagające postępowania wyjaśniającego;

- w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania — sprawy szczególnie skomplikowane.

W art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane czytamy, że gdy właściwy organ nie wyda decyzji w sprawie pozwolenia na budowę w terminie 65 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji, organ wyższego stopnia wymierza temu organowi, w drodze postanowienia, na które przysługuje zażalenie, karę w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki.

Przywołane przepisy, a więc art. 35 § 2 — 3 k.p.a. w związku z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane są interpretowane w ten sposób, że przy wydawaniu pozwolenia na budowę organ zobowiązany jest przestrzegać terminów z art. 35 § 2 — 3 k.p.a. A zatem sprawę wydania pozwolenia na budowę powinien rozpatrzyć niezwłocznie. Rzadko pozwolenie na budowę wydawane jest w terminie miesięcznym, gdyż z reguły nie wymaga ono postępowania wyjaśniającego, a wyjątkowo w terminie dwóch miesięcy, gdyż sprawa wydania pozwolenia na budowę prawie nigdy nie jest szczególnie skomplikowana.

Niezachowanie powyższych terminów powoduje, iż organowi można przypisać bezczynność, na którą przysługuje zażalenie (art. 37 § 1 k.p.a.), a w dalszej kolejności skarga do sądu administracyjnego. Jeśli natomiast sprawa nadal nie została rozpatrzona i mija 65-dniowy

termin określony w art. 35 ust. 6 ustawy Prawo budowlane, wtedy instancja wyższego stopnia może nałożyć na bezczynny organ karę przewidzianą w powołanym artykule. Tak więc zasadą jest załatwianie spraw dotyczących pozwoleń na budowę niezwłocznie. Natomiast przywołany przez Odwołującego termin 65 dni to sankcjonowana granica, w której organ działa w stanie bezczynności. Nie można tego terminu w żaden sposób utożsamiać z terminem do wydania pozwolenia na budowę.

Co do terminu do sporządzenia projektu budowlanego, to Zamawiający w warunkach zamówienia postawił wymóg dysponowania odpowiednimi osobami będącymi projektantami stosownych specjalności, co miało na celu między innymi skrócenie do minimum czasu

potrzebnego na kwestie projektowe. Jeśli chodzi o mapy do celów projektowych, to te są dostępne „od ręki” w stosownym wydziale Starostwa Pułtuskiego.

W warunkach, w których działa Zamawiający opracowanie dokumentacji wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę nie przekracza 8 — tygodniowego terminu wyznaczonego dla etapu I przedmiotowego zamówienia.

Dowód: Na okoliczność powyższego wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

- 1) z umowy IRPŚP.042.11.12015/23 z dnia 13 lipca 2015 roku, harmonogramu rzeczowo-finansowego z określonym terminem wykonania projektu budowlanego do 3 sierpnia 2015 roku i wydanego dla inwestycji objętej umową pozwolenia na budowę z dnia 30 lipca 2015
- 2) z umowy IRPŚP.7011.38.2015 z dnia 10 lipca 2015 roku, protokołu przekazania i odbioru dokumentacji z dnia 26 sierpnia 2015 roku i wydanego na podstawie sporządzonej dokumentacji pozwolenia na budowę z dnia 10 września 2015 roku.

Ważnym dla sprawy jest fakt, iż jeśliby któryś z organów administracyjnych działał przy wydawaniu jakiegokolwiek dokumentu służącego realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w zwłoce lub bezczynności, zabezpieczeniem dla Zamawiającego i Wykonawcy są zapisy w 5.14 umowy, które pozwalają na przesunięcie terminu w przypadku zaistnienia zdarzeń uniemożliwiających wykonanie inwestycji w terminie, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy lub Zamawiającego.

Co istotne, Zamawiający nie może kształtować terminu wykonania zamówienia w dowolny sposób, gdyż jest związany regulaminem konkursu RPMA.04.02.00-IP.01-14-028/16 dot. Działania 4.2. Efektywność Energetyczna, Typ projektów — Termomodernizacja Budynków Użyteczności Publicznej, według którego okres realizacji projektu nie może przekroczyć 30 czerwca 2018 r.

Kolejnym zarzutem odwołania jest nieproporcjonalne określenie warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Rozwinięcie tego zarzutu znajdujemy w uzasadnieniu odwołania, z którego wynika, że opis warunku zdolności technicznej i zawodowej został sformułowany w sposób niewspółmierny do charakteru i zakresu robót. W ocenie Odwołującego termomodernizacja budynków, w świetle prawa budowlanego wpisuje się w definicję remontu a nie budowy/rozbudowy/przebudowy. Ponadto w ocenie Odwołującego (cyt.) „nieuzasadniona kumulacja, wszystkich składowych dotyczących zakresu wykonanych robót przez wykonawcę w jednym warunku udziału w postępowaniu eliminuje w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, co narusza zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. ”

Ostatecznie Odwołujący zaproponował opis warunku zdolności technicznej i zawodowej o treści jemu pasującej.

W powyższym zakresie Zamawiający pragnie wskazać, że zasada zachowania uczciwej konkurencji przy opisie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do określenia różnych warunków dla różnych kategorii wykonawców. Wszyscy mieli takie same warunki do przygotowania oferty. Nie doszło w żaden sposób do uprzywilejowania jednej kategorii wykonawców w stosunku do

pozostałych, a tym samym nie można podzielić zarzutu, że naruszono zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców żądanie od wszystkich, którzy zgłaszają uczestnictwo w przetargu, takich samych dokumentów oraz ustalenie takich samych wymogów. Ponadto sama okoliczność, że zamawiający żąda przedłożenia dokumentu bądź stawia wymóg, co uniemożliwia złożenie oferty przez jakiegoś wykonawcę, nie przesądza automatycznie o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają inne podmioty mogące brać udział w postępowaniu i mogące spełnić postawiony wymóg. W orzecznictwie KIO podkreślano wielokrotnie, że fakt, iż wymogi określone zostały przez zamawiającego w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tezę tę potwierdza także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18.09.2002 r. sygn. akt III CZP 52/02, w której wskazano, że „postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny”. W przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsca dyskryminacja wykonawców, bowiem przy formułowaniu warunków Zamawiający kierował się uzasadnionymi obiektywnie potrzebami oraz zamiarem wyboru wykonawcy, który będzie gwarantował należytą realizację zamówienia. Natomiast Odwołujący podjął próbę „polepszania” opisu przedmiotowego warunku w dogodny dla siebie sposób, co nie jest znane prawu Pzp i jako takie nie powinno korzystać z ochrony prawnej.

Zamawiający nie zgadza się również z Odwołującym w sposobie zakwalifikowania przedmiotu zamówienia jako remont w sytuacji, w której dochodzi do modernizacji części z budynków. W orzecznictwie sądowym oraz w literaturze wskazuje się, że remont polega na wykonaniu robót niezbędnych do utrzymania obiektu w odpowiednim stanie technicznym, aby nie uległ on pogorszeniu z powodu eksploatacji. Z kolei modernizacja następuje wtedy, gdy odtworzenie stanu pierwotnego połączone jest z unowocześnieniem obiektu budowlanego. Takie też unowocześnienie, w wyniku którego powstaną nowe elementy (panele

14

fotowoltaiczne, pompy ciepła) przewiduje przedmiot zamówienia. Jego opis wskazuje na podniesienie wartości użytkowej i technicznej budynków. Toteż, w ocenie Zamawiającego, zakwalifikowanie i nazwanie przedmiotu zamówienia remontem byłoby niezgodne z przepisami Prawa budowlanego.

Ważnym dla tej oceny jest również fakt, że część modernizowanych budynków została wpisana do rejestru zabytków, a zatem roboty prowadzone w tych obiektach zgodnie z art. 29 ust. 4 ustawy Prawo budowlane z mocy prawa wymagają pozwolenia na budowę.

Dowód: Na okoliczność rodzaju czynności wykonywanych przy zadaniu świadczących o modernizacji, adekwatności postawionych wymogów do stopnia złożoności zadania, powodów nie podzielenia zamówienia na części oraz istnienia okoliczności skutkujących koniecznością uzyskania dla robót prowadzonych na modernizowanych obiektach pozwolenia na budowę, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej W.P.U.I. Sp. z o.o. w Ciechanowie.

Biorąc pod uwagę powyższe, argumenty Odwołującego są, w ocenie Zamawiającego, niezasadne, zaś złożone odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Mając jednakże na uwadze treść art. 180 ust. 2 pkt 1 – 6 ustawy Pzp Izba uznała, że podniesienie zarzutu w postaci art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp oraz jego podstaw faktycznych związanych z brakiem udostępnienia przez Zamawiającemu Odwołującemu protokołu postępowania, w szczególności w zakresie uzasadnienia braku dokonania podziału zamówienia na części, nie mogło stanowić przedmiotu rozpoznania.

Powyższe jest podyktowane faktem, iż w postępowaniach poniżej progów UE przedmiotem zaskarżenia mogą być jedynie czynności enumeratywnie wskazane w treści art. 180 ust. 2 pkt 1 – 6 ustawy Pzp. Tym samym brak prowadzenia, sposób prowadzenia oraz kwestia braku udostępnienia przez Zamawiającego wykonawcom uczestniczącym w

15

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, protokołu postępowania nie mieści się w tym katalogu. Mając na uwadze powyższe zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę, gdyż odwołanie w tym zakresie podlegało odrzuceniu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu, zaś zaskarżone przez niego czynności obejmujące opis przedmiotu zamówienia (brak podziału na części oraz ustalenia w zakresie terminu realizacji, w tym kwalifikacji przedmiotu zamówienia jako przebudowę – modernizację) oraz warunki udziału w postępowaniu uniemożliwiają temu wykonawcy, zgodnie z jego oświadczeniem, złożenie oferty. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie z urzędu dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, jak również dodatkowej dokumentacji obejmującej opis przedmiotu zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego w postaci dwóch umów na prace projektowe (umowa z dnia 10.07.2015 r. Nr IRPŚP.7011.38.2015 oraz związana z nią decyzja Nr 318/2015 z dnia 10.09.2015 r. wydana przez Starostę Pułtuskiego zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę i związany z powyższą umową protokół odbioru dokumentacji projektowej z dnia 26.08.2015 r.; umowa z dnia 13.07.2015 r. Nr IRPŚP.042.11.12015/23 i związany z nią harmonogram rzeczowo – finansowy na zaprojektowanie i budowę żłobka w Pułtusku oraz związana z tą umową decyzja Nr 265/2015 z dnia 30.07.2015 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę). Izba uwzględniła również kolejny wniosek dowodowy Zamawiającego, tj. przeprowadziła i poddała ocenie dowód z dokumentu w postaci Decyzji Nr 129/2017 z dnia 24.03.2017 r. wydanej przez Starostę Ciechanowskiego zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę w zakresie budowy wewnętrznej instalacji gazu ziemnego w istniejącym budynku mieszkalnym jednorodzinnym i podziemnego odcinka instalacji gazowej z rur PE.

Odnosząc się do przedłożonej przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie opinii z dnia 14.09.2017 r. sporządzonej przez Wojewódzkie Przedsiębiorstwo

16

Usług Inwestycyjnych Spółka z o.o. z siedzibą w Ciechanowie Izba uznała powyższy dokument za stanowisko własne Zamawiającego. Izba wskazuje, że dowód z opinii biegłego jest przeprowadzany przez organ orzekający na wniosek Strony lub z urzędu, jego sporządzenie powierza się biegłemu sądowemu wpisanemu na listę prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego lub w przypadku braku biegłego o wymaganej specjalności przez instytucje w postaci Instytutu Badawczego, Uczelni Wyższej itp. Jego powołanie i przeprowadzenie jest procesem sformalizowanym i określonym przez przepisy. Powołanie dowodu z opinii prywatnej nie spełnia tego wymogu – a zatem nie może zostać uznane za pełnoprawny dowód w postępowaniu. Przedstawione przez Zamawiającego pismo jest dokumentem prywatnym, sporządzonym na zlecenie Zamawiającego, a zatem

stanowi

jedynie jego własne stanowisko w sprawie równoważne z jego argumentacją zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołaniu oraz na rozprawie.

W zakresie zgłoszonego przez Odwołującego dowodu z zeznań świadka w osobie

kierownika Zamawiającego Izba postanowiła oddalić powyższy wniosek. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że kierownik Zamawiającego pełniący funkcję burmistrza Gminy Miasta Pułtusk jest ustawowym przedstawicielem tej jednostki – a zatem może zostać, co do zasady, przesłuchany jedynie w charakterze strony. Odwołujący doprecyzował na rozprawie na wniosek Izby tezy dowodowe związane z tym wnioskiem, z których wynika że przesłuchanie to miałyby obejmować informacje ponad osnowę dokumentów w postaci uzasadnienia zawartego w protokole postępowania w zakresie braku podziału na części zamówienia i uzupełnienie tej argumentacji o nowe elementy uzasadnienia oraz o doprecyzowanie zawartej w opinii W.P.U.I. Sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie argumentacji w zakresie obniżenia kosztów realizacji zamierzenia inwestycyjnego. W pierwszym wypadku wskazać należy, iż w ramach rozpoznania środków ochrony prawnej ocenie podlegają czynności bądź zaniechania podmiotu zamawiającego objęte zaskarżeniem w wyniku wniesienia odwołania. Tym samym przeprowadzenie dowodu ponad osnowę dokumentu, którego treść stanowi emanację zaskarżonej czynności, pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie mające, co do zasady, na celu konwalidację czynności podjętej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym substratem zaskarżenia jest czynność w kształcie istniejącym w momencie zaskarżenia – a zatem zmiana tej czynności po wniesieniu odwołania może mieć jedynie wpływ na kształt sentencji orzeczenia w zakresie realizacji żądań wnoszącego odwołanie, co do zasady pozostając bez wpływu na uwzględnienie lub oddalenie poszczególnych zarzutów. W zakresie tezy dowodowej obejmującej doprecyzowanie opinii W.P.U.I. Sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie w zakresie obniżenia kosztów realizacji, jak wyżej wskazano, Izba powyższe pismo uznała za stanowisko własne Zamawiającego pozostawiając mu swobodę w ograniczeniu lub

17

rozszerzeniu swojej argumentacji. Mając na uwadze powyższe Izba postanowiła oddalić powyższy wniosek dowodowy jako bezprzedmiotowy i niezwiązany z przedmiotem zaskarżenia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba we wstępnej części ustaleń faktycznych ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 15.09.2017 r.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Izba ustaliła, iż przedmiot zamówienia (zgodnie z Rozdziałem 3 SIWZ) obejmuje:

3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

3.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu pn.. „Zmniejszenie emisyjności gospodarki budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk”.

W ramach niniejszego zadania objęte zostaną następujące budynki: 1/ Budynek Publicznej Szkoły Podstawowej w Bobach

2/ Budynek Szkoły Podstawowej im. Bł. Jana Pawła II w Płocochowie

3/ Budynek Biblioteki Publicznej im. Joachima Lelewela w Pułtusku

4/ Budynek Publicznej Szkoły Podstawowej nr 1 im. Klaudyny Potockiej w Pułtusku

5/ Budynek Hali Sportowej przy Zespole Szkół nr 4 w Pułtusku

6/ Budynek Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Pułtusku

7/ Budynek Zespołu Szkół nr 2 z Oddziałami Integracyjnymi w Pułtusku

8/ Budynek Siłowni przy ul. Daszyńskiego 17 w Pułtusku

3.2. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia został zawarty w Opisie Przedmiotu Zamówienia załączniku nr 1, załączniku la określającym parametry dla modułu

fotowoltaicznego i pomp ciepła, Programie Funkcjonalno-Użytkowym poszczególnych

budynków — załączniku nr 2 do niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 18

(SIWZ), Programie Funkcjonalno-Użytkowym (suplement) załącznik nr 3 do SIWZ, Audytach energetycznych — załącznik nr 4 do SIWZ oraz Istotnych Postanowieniach Umowy załączniku nr 5 do niniejszej SIWZ.

3.3. Planowana inwestycja będzie realizowana w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020 w ramach projektu pn.: „Zmniejszenie emisyjności gospodarki budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk” w ramach Działania 4.2 Efektywność energetyczna, Typ projektów — Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej.

3.4. Celem inwestycji jest zmniejszenie emisyjności przez budynki użyteczności publicznej na terenie Gminy Pułtusk oraz osiągnięcie efektów określonych w ww. projekcie oraz audytach energetycznych.

3.5. Zadanie składa się z dwóch etapów: Etap I

Wykonanie dokumentacji projektowej: projekt budowlany, wykonawczy wraz ze zgłoszeniem robót budowlanych/uzyskaniem niezbędnego pozwolenia, o którym mowa w art. 28 oraz art. 34 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332).

W razie potrzeby należy uzyskać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia wydaną zgodnie z ustawą o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227 ze zm.).

Etap II

Wykonanie robót budowlanych w oparciu o opracowaną dokumentację projektową oraz odpowiednie przepisy prawne i normy.

Zamówienie obejmuje dla: Etapu I:

opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, wykonawczy) dla przedmiotowego zadania oraz uzyskanie decyzji, opinii, pozwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wynikających z zakresu projektu, obowiązujących przepisów prawa oraz uzyskanie akceptacji kompletnej dokumentacji przez Zamawiającego.

W przypadku zaistnienia potrzeby, dokumentacja techniczna powinna zostać opracowana z uwzględnieniem uzupełniających badań podłoża gruntowego wykonanego przez Wykonawcę w zakresie rozpoznania warunków panujących w podłożu gruntowym (jeśli wymagane).

W przypadku zaistnienia potrzeby, należy opracować operat wodno — prawny i uzyskać pozwolenie wodno - prawne, a także inne elementy niezbędne do realizacji zadania.

W przypadku zaistnienia potrzeby, należy w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego uzyskać decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, zgodnie z ustawą z 27 marca 2003 o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

W skład dokumentacji powinny wchodzić projekty: budowlany zgodny z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332) wraz z rozporządzeniami wykonawczymi oraz projekt wykonawczy obejmujące wszystkie branże i zawierające m.in. część opisową, część rysunkową, obliczenia, zestawienia, decyzje, wytyczne, opinie, pozwolenia, uzgodnienia, szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych wykonane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 10 maja 2013 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (tj. Dz.U. 2013 r., poz. 1129), - przedmiar robót (dotyczy wszystkich branż), informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ), w przypadku zaistnienia potrzeby projekt organizacji ruchu na czas prowadzenia robót z zatwierdzeniem, zgłoszenie robót budowlanych lub uzyskanie prawomocnego Pozwolenia na budowę zgodnie z ustawą Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332).

opracowanie dokumentacji geodezyjnej:

a) mapa do celów projektowych.

Mapa do celów projektowych odpowiadająca wymogom zawartym w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie z dnia 21 lutego 1995 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 414). Powinna być opracowana w postaci

numerycznej (wektorowej) jak i analogowej. Mapa powinna między innymi zawierać numery działek oraz granice określone według stanu prawnego, a jeżeli takiego nie można stwierdzić, uwidocznione w katastrze nieruchomości.

b) dokumenty konieczne do Zgłoszenia robót budowlanych zgodnie z warunkami Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332), lub dokumenty konieczne do uzyskania Pozwolenia budowlanego zgodnie z warunkami Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332),

Etapu II:

wykonanie robót budowlanych na przedmiotowym zadaniu zgodnie z opracowaną dokumentacją techniczną oraz STWiORB i odpowiednimi przepisami prawa.

UWAGA: Zaleca się, by Wykonawca dokonał wizji lokalnej w terenie, gdzie mają być wykonywane roboty budowlane oraz uzyskał na swoją odpowiedzialność i ryzyko wszelkie istotne informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty. Wykonawca dokonuje wizji lokalnej na swój koszt. Roboty budowlane odbywać się będą na obiektach ruchomych (tj. użytkowanych) — Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania robót w sposób możliwie najmniej utrudniający dla użytkowników budynków.

20

Zamawiający w pkt 4 SIWZ zatytułowanym OPIS CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, JEŻELI ZAMAWIAJĄCY DOPUSZCZA SKŁADANIE OFERT CZĘŚCIOWYCH wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych.

Zamawiający w Rozdziale 9 SIWZ zatytułowanym TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA wskazał, że:

9.1. Zamawiający wymaga, by Wykonawca realizował zadanie wg załączonego harmonogramu:

a) Etap. I: - opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, wykonawczy) dla przedmiotowego zadania oraz uzyskanie decyzji, opinii, pozwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wynikających z zakresu projektu oraz akceptację kompletnej dokumentacji przez Zamawiającego — do 8 tygodni od dnia podpisania umowy.

b) Etap II - wykonanie robót budowlanych na przedmiotowym zadaniu zgodnie z opracowaną dokumentacją techniczną oraz STWiORB i odpowiednimi przepisami prawa — do 31 maja 2018 r.

Zamawiający w zał. Nr 1 do SIWZ uszczegółowił zakres przedmiotowy zamówienia.

Załącznik nr 1 do SIWZ

OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane realizowane w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach projektu pn.: „Zmniejszenie emisyjności gospodarki budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk” w ramach Działania 4.2 Efektywność energetyczna, Typ projektów

Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014 - 2020.

2. Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania dokumentacji projektowej: projektu budowlanego, wykonawczego wraz ze zgłoszeniem robót budowlanych/uzyskaniem niezbędnego pozwolenia, o którym mowa w art. 28 oraz art. 34 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332).

W razie potrzeby należy uzyskać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia wydaną zgodnie z ustawą o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227 ze zm.) oraz uzyskania wszystkich wymaganych opracowań, opinii, uzgodnień, decyzji i pozwoleń wynikających z obowiązujących przepisów niezbędnych do realizacji inwestycji.

21

Wykonawca zobowiązany również będzie do realizacji robót budowlanych w oparciu o opracowaną dokumentację projektową oraz zgodnie z obowiązującymi normami i wiedzą techniczną, określonymi m.in. ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z

2017 r. poz. 1332 ze zm.) przy zachowaniu należytej staranności, właściwej organizacji pracy oraz zasad BHP.

3. Przedmiot zamówienia obejmuje łącznie roboty budowlane prowadzone na ośmiu nw. budynkach użyteczności publicznej, w których będzie realizowany poniżej wskazany zakres rzeczowy robót, w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został dla robót kwalifikowalnych

w

Programie Funkcjonalno-Użytkowym poszczególnych budynków — załączniku nr 2 do niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz załączniku la określającym parametry dla modułu fotowoltaicznego i pomp ciepła, Audytach energetycznych i oświetlenia — załącznik nr 4 do SEWZ oraz Istotnych Postanowieniach Umowy załączniku nr 5 do SIWZ. Zakres obejmuje m.in.:

- 1) Budynek Publicznej Szkoły Podstawowej w Bobach: modernizacja instalacji c.o., modernizacja instalacji c.w.u., ocieplenie stropodachu, ocieplenie stropu nad nieogrzewaną piwnicą, wymiana drzwi zewnętrznych, ocieplenie ścian zewnętrznych, wymiana okien, wymiana oświetlenia na energooszczędne.
- 2) Budynek Szkoły Podstawowej im. bł. Jana Pawła II w Płocochowie: modernizacja instalacji c.o., ocieplenie stropu nad nieogrzewanym parterem, ocieplenie stropodachu, ocieplenie ścian zewnętrznych, usunięcie starej izolacji styropianowej, wymiana oświetlenia na energooszczędne.
- 3) Budynek Biblioteki Publicznej im. Joachima Lelewela w Pułtusk: modernizacja instalacji c.o., ocieplenie ścian zewnętrznych poddasza, ocieplenie stropu pod nieogrzewanym poddaszem, ocieplenie stropu nad nieogrzewaną piwnicą, ocieplenie podłogi, wymiana oświetlenia.
- 4) Budynek Publicznej Szkoły Podstawowej Nr 1 im. Klaudyny Potockiej w Pułtusk: modernizacja instalacji c.o., ocieplenie stropu pod nieogrzewanym poddaszem, ocieplenie stropu prostego nad nieogrzewaną piwnicą, wymiana oświetlenia na energooszczędne.

UWAGA:

Z Programu Funkcjonalno — Użytkowego Budynku Publicznej Szkoły Podstawowej Nr 1 im. Klaudyny Potockiej w Pułtusk należy wyłączyć docieplenie stropu nad ostatnią kondygnacją z ułożeniem pomostów technologicznych, które zostało już wykonane, a w zakres którego wchodziły:

- a) Izolacje z folii paroizolacyjnej,

-
- b) Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe z wełny mineralnej poziome z płyt układanych na sucho — jedna warstwa gr. 15 cm — maty z wełny mineralnej gr. 15 cm,

- c) Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe z wełny mineralnej poziome z płyt układanych na sucho następną warstwą gr. 15 cm — maty z wełny mineralnej gr. 15 cm.

- 5) Budynek Hali Sportowej przy Zespole Szkół nr 4 w Pułtusk: regulacja hydrauliczna instalacji c.o., ocieplenie ścian zewnętrznych piwnicy łącznika, ocieplenie stropodachu łącznika i zaplecza, ocieplenie stropodachu hali, ocieplenie ścian zewnętrznych hali, wymiana zewnętrznych drzwi drewnianych, wymiana zewnętrznych drzwi metalowych, wymiana okien na nowe z PCV, wymiana okien z poliwęglanu, modernizacja systemu wentylacji, wymiana oświetlenia na energooszczędne, montaż paneli fotowoltaicznych.

- 6) Budynek Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Pułtusk: modernizacja instalacji c.o., ocieplenie ścian zewnętrznych, ocieplenie stropodachu wentylowanego, wymiana okien, wymiana drzwi zewnętrznych, wymiana oświetlenia na energooszczędne, montaż paneli fotowoltaicznych.

- 7) Budynek Zespołu Szkół Nr 2 z Oddziałami Integracyjnymi w Pułtusk: modernizacja instalacji c.o., modernizacja instalacji c.w.u., ocieplenie ścian zewnętrznych skrzydeł, ocieplenie stropodachu skrzydeł, ocieplenie stropu pod nieogrzewanym poddaszem, ocieplenie ścian zewnętrznych starych niedocieplonych, ocieplenie ścian zewnętrznych piwnic, ocieplenie ścian zewnętrznych starych ocieplonych, wymiana oświetlenia na energooszczędne, montaż paneli fotowoltaicznych.

- 8) Budynek Siłowni w Pułtusk: modernizacja instalacji c.o., ocieplenie stropodachu niewentylowanego, wymiana okien, wymiana drzwi zewnętrznych, modernizacja instalacji c.w.u., wymiana oświetlenia na energooszczędne, montaż paneli fotowoltaicznych.
- Szczegółowy zakres robót kwalifikowalnych należy rozpatrywać zgodnie zapisami SIWZ z

załącznikami w szczególności nr 2, 1a, 4, 5 do SIWZ

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został dla robót niekwalifikowalnych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (suplement) poszczególnych budynków — załączniku nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Audytach energetycznych i oświetlenia załącznik nr 4 oraz Istotnych Postanowieniach Umowy załączniku nr 5 do SIWZ. Zakres obejmuje m.in.: 1) Budynek Publicznej Szkoły Podstawowej w Bobach: podniesienie wysokości balustrad schodowych wewnętrznej klatki schodowej, montaż ażurowej kraty metalowej zabezpieczającej ostatni podest klatki schodowej, przebudowa pomieszczeń higieniczno-sanitarnych (WC) na parterze i piętrze, dostawa i montaż atestowanych osłon ażurowych na grzejniki c.o., wykonanie izolacji przeciwwilgociowych i przeciwwodnych (poziomych i pionowych) części podpiwniczonej budynku, przebudowa systemu odwodnienia powierzchniowego dachu, wykonanie zewnętrznej opaski odwadniającej

2) Budynek Szkoły Podstawowej im. bł. Jana Pawła II w Płocochowie: wymiana zewnętrznej stolarki drzwiowej w kotłowni, wymiana zewnętrznej stolarki drzwiowej oddziału przedszkolnego, dostawa i montaż atestowanych osłon ażurowych na grzejniki c.o.

3) Budynek Biblioteki Publicznej im. Joachima Lelewela w Pułtusk: naprawa istniejących kominów murowanych wraz z częściowymi przemurowaniami, remont istniejących ścian wynikający z licznych spękań (sufity, ściany, „fasety”), remont lub ewentualna wymiana drewnianej wewnętrznej stolarki drzwiowej, remont (przełożenie) istniejącej klepki posadzkowej wraz z naprawą podłoża, remont istniejących, wewnętrznych schodów drewnianych wraz z poręczą i tralkami, remont istniejących schodów zewnętrznych, naprawa elewacji (część), remont i uzupełnienie chodnika z tyłu biblioteki, demontaż istniejących oraz wykonanie nowych instalacji elektrycznych i teletechnicznych.

4) Budynek Publicznej Szkoły Podstawowej Nr 1 Im. Klaudyny Potockiej w Pułtusk: osuszanie budynku metodą elektroosmozy wraz z robotami przygotowawczymi. Prace elewacyjne: wykonanie odkuć punktowych odparzonego (spuchniętego) tynku elewacyjnego, 2-krotne zmycie odkrytych fragmentów murów oraz ich oczyszczenie szczotkami drucianymi, zmycie i zagruntowanie podłoża, wykonanie nowych wypraw tynkarskich, ponowne pomalowanie całej elewacji.

5) Budynek Hali Sportowej przy Zespole Szkół nr 4 w Pułtusk: wymiana 4 kpl. drzwi 1,5 skrzydłowych (sala gimnastyczna), wymiana i przełożenie skrzydeł drzwi drewnianych, 1,5 skrzydłowych, dostawa i montaż atestowanych osłon ażurowych na grzejniki c.o., wymiana 7 kpl. parapetów wewnętrznych, renowacja zewnętrznych schodów żelbetowych, remont schodów zewnętrznych, obudowa łącznika na parterze, wykonanie zewnętrznej opaski odwadniającej.

6) Budynek Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Pułtusk: wymiana istniejącego okna drewnianego o wym. 90x90cm, wykonanie wewnętrznej przegrody na I piętrze (o wym. ok. 1,80x3,00m), zmiana (skrócenie) trasy rurociągu istniejącej instalacji gazowej wykonanie naprawy (uzupełnienia ubytków i przełożenia) zewnętrznej opaski odwadniającej.

7) Budynek Zespołu Szkół Nr 2 z Oddziałami Integracyjnymi w Pułtusk: wymiana istniejących instalacji elektrycznych, naprawy poinstalacyjne istniejącego tynku wewnętrznego wraz z robotami malarskimi, wykonanie zewnętrznej opaski odwadniającej.

8) Budynek Siłowni w Pułtusk: skrócenie istniejącego komina murowanego, wymiana istniejącej stolarki drzwiowej, naprawa istniejącego tynku wewnętrznego wraz z robotami malarskimi, wykonanie wykładziny posadzkowej TARKETT w pomieszczeniach siłowni nr I i II oraz zapleczu, wykonanie instalacji wentylacji mechanicznej, zabudowa pomieszczeń siłowni nr I i II (sale ćwiczeń) sufitem podwieszanym, wykonanie robót remontowych (remont kapitalny) pomieszczenia sauny, wykonanie zewnętrznej opaski odwadniającej

Szczegółowy zakres robót niekwalifikowalnych należy rozpatrywać zgodnie zapisami SIWZ z załącznikami w szczególności nr 3, 4, 5 do SIWZ.

4, Wykonanie robót w ramach zadania pn. „Zmniejszenie emisyjności gospodarki budynków użyteczności publicznej Gminy Pułtusk” obejmuje między innymi: wykonanie dokumentacji projektowej: projekt budowlany, wykonawczy wraz ze zgłoszeniem robót budowlanych/uzyskaniem niezbędnego pozwolenia, o którym mowa w art. 28 oraz art. 34 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332).

Wykonanie robót budowlanych w oparciu o opracowaną dokumentację projektową, STWiORB oraz odpowiednie przepisy prawne i normy.

UWAGA: Zaleca się, by Wykonawca dokonał wizji lokalnej w terenie, gdzie mają być wykonywane roboty budowlane oraz uzyskał na swoją odpowiedzialność i ryzyko wszelkie istotne informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty. Wykonawca

dokonuje

wizji lokalnej na swój koszt. Roboty budowlane odbywać się będą na obiektach ruchomych (tj. użytkowanych) — Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania robót w sposób możliwie najmniej utrudniający dla użytkowników budynków zachowując wymogi bezpieczeństwa użytkowników.

W Rozdziale 10 zatytułowanym WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA WYKONAWCY Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

10.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz którzy spełniają warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy PZP oraz spełniają minimalne warunki udziału w postępowaniu umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie, dotyczące.

1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

Zamawiający nie określa warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

3) zdolności technicznej lub zawodowej;

- Doświadczenie wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia

Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że:

- w zakresie robót budowlanych:

w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał minimum 1 zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia tj. polegające na budowie/ rozbudowie/ przebudowie budynków użyteczności publicznej (co najmniej trzech) o minimalnej wartości 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych) w których zostały zainstalowane pompy ciepła o łącznej mocy min. 150kW

25

wraz z wymianą instalacji centralnego ogrzewania w tych budynkach, poparte dokumentami (dowodami) potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający wymaga, aby ww. zadanie było wykonane w ramach jednego zadania/zlecenia/ zamówienia/ inwestycji.

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 19.09.2017 r. (wniesionego w tym samym dniu do Zamawiającego) zwrócił się z prośbą o udostępnienie protokołu postępowania.

Izba ustaliła w oparciu o dokumentację przekazaną przez Zamawiającego, że ten ostatni pismem z dnia 25.09.2017 r. przekazał Odwołującemu kopie protokołu postępowania, (druk ZP-PN), gdzie na str. 2 zawarte zostało uzasadnienie w zakresie braku podziału zamówienia na części.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Kwestie podziału zamówienia na części (ściślej: możliwości składania ofert częściowych w danym postępowaniu) zostały podjęte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) – dalej „Dyrektywa klasyczna” lub „Dyrektywa”. W motywie (78) Dyrektywy wskazano, że: *Zamówienia publiczne powinny być dostosowane*

do potrzeb MŚP. Instytucje zamawiające należy zachęcać do korzystania z kodeksu najlepszych praktyk określonego w dokumencie roboczym służb Komisji z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych”, zawierającego wytyczne mówiące o tym, w jaki sposób instytucje te mogą stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP. W tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. (podkreślenie lzby) Podziału takiego można dokonać na zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść

26

poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub według różnych kolejnych etapów projektu.

Wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odpowiednimi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy. Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. (podkreślenie lzby)

W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwienia MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział obowiązkowym pod pewnymi warunkami. W tym samym celu państwa członkowskie powinny także mieć możliwość zapewnienia mechanizmów służących dokonywaniu bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców.

Następnie motywie (79) ww. Dyrektywy wskazano, że: W przypadku podziału zamówienia na części, instytucjom zamawiającym należy, na przykład w celu ochrony konkurencji lub zagwarantowania niezawodności dostaw, zezwolić na ograniczenie liczby części, o które może się ubiegać wykonawca; należy im również zezwolić na ograniczenie liczby części, które mogą zostać przyznane jednemu oferentowi.

Niemniej jednak realizacja celu, jakim jest ułatwienie dostępu MŚP do zamówień publicznych, mogłaby zostać utrudniona, gdyby instytucje zamawiające były zobowiązane do udzielenia zamówienia w częściach nawet wtedy, gdy oznaczałoby to konieczność zaakceptowania znacznie mniej korzystnych rozwiązań w porównaniu z udzieleniem zamówienia obejmującego pewien zbiór części lub ich całość. W przypadku gdy możliwość zastosowania takiej metody została wyraźnie wskazana wcześniej, instytucje zamawiające powinny mieć zatem możliwość przeprowadzenia oceny porównawczej ofert w celu ustalenia,

27

czy oferty złożone przez konkretnego oferenta w odniesieniu do konkretnej kombinacji części spełniałyby – jako całość – kryteria udzielenia zamówienia określone zgodnie z niniejszą dyrektywą w odniesieniu do tych części w sposób lepszy niż oferty dotyczące poszczególnych odpowiednich części rozpatrywane oddzielnie. W przypadku pozytywnego wyniku takiej oceny instytucji zamawiającej należy zezwolić na udzielenie danemu oferentowi zamówienia obejmującego odpowiednie części. Należy doprecyzować, że instytucje zamawiające powinny przeprowadzać taką ocenę porównawczą, po pierwsze określając, które oferty

najlepiej spełniają kryteria udzielenia zamówienia określone w odniesieniu do każdej części, a następnie – porównując je z ofertami złożonymi przez konkretnego oferenta w odniesieniu do konkretnej kombinacji części, w ujęciu całościowym.

W części normatywnej Dyrektywy kwestia ta została uregulowana w art. 46 zatytułowanym „Podział zamówienia na części”. Zgodnie z jego treścią:

1. Instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach; mogą też określić wielkość i przedmiot takich części.

Z wyjątkiem zamówień, w przypadku których podział był obowiązkowy na mocy ust. 4 niniejszego artykułu, instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84.

2. W ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania instytucje zamawiające wskazują, czy oferty można składać w odniesieniu do jednej, kilku czy wszystkich części.

Nawet jeżeli możliwe jest złożenie ofert w odniesieniu do kilku lub wszystkich części zamówienia, instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę części zamówienia, które można udzielić jednemu oferentowi, pod warunkiem że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi, jest określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Instytucje zamawiające wskazują w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierzają zastosować w celu ustalenia, które części zostaną udzielone, gdyby zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia prowadziło do udzielenia jednemu oferentowi większej liczby części niż wynosi maksymalna liczba.

3. Państwa członkowskie mogą postanowić, że w przypadku gdy więcej niż jedna część zamówienia może zostać udzielona temu samemu oferentowi, instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień obejmujących kilka lub wszystkie części, jeżeli określiły w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, że zastrzegają sobie taką możliwość, i wskazały części lub grupy części, które mogą zostać połączone.

28

4. Państwa członkowskie mogą wdrożyć przepisy ust. 1 akapit drugi, ustanawiając obowiązek udzielania zamówień w formie oddzielnych części na warunkach określanych zgodnie ze swoim prawem krajowym i z uwzględnieniem prawa unijnego. (Podkreślenie lbzy) W takich okolicznościach zastosowanie ma ust. 2 akapit pierwszy i, w stosownych przypadkach, ust. 3.

Analizując powyższe regulacje wskazać należy, że intencją podziału zamówienia na części ma być ułatwienie małym i średnim przedsiębiorcom (dalej „MSP”) ubieganie się o zamówienia publiczne. Co istotne, zarówno części motywacyjna Dyrektywy (motywy 78 i 79), jak również jej części normatywna (Art. 46) nie obligują Państw Członkowskich do wprowadzenia regulacji nakazującym podmiotom zamawiającym dokonywania podziału zamówień na części. Tym samym w tym zakresie istotny jest sposób wdrożenia tych zaleceń do krajowego porządku prawnego.

W art. 36aa ustawy Pzp w ust. 1 czytamy, że: *Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.*

Art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp stanowi zaś, że: *W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej: powody niedokonania podziału zamówienia na części.*

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że ustawodawca krajowy nie skorzystał z uprawnienia określonego w Dyrektywie i nie wprowadził obowiązku podziału zamówienia na części. Oznacza to, po pierwsze brak w przepisach krajowych normy o charakterze *ius cogens*, po drugie brak możliwości konwalidacji czynności polegającej na niedopuszczeniu składania w postępowaniu ofert częściowych przez organy rozpoznające środki ochrony prawnej. Brak bowiem obowiązku w tym zakresie powoduje, że nie sposób sformułować w tym zakresie zarzutu wobec podmiotu zamawiającego. Argumenty te znajdują również potwierdzenie w części motywacyjnej ww. Dyrektywy, gdzie w motywie 78 wskazano, że: *Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień*

na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu.

Mając na uwadze powyższe, zarówno przepisy Dyrektywy klasycznej, jak również przepisy prawa krajowego, na skutek nie skorzystania przez ustawodawcę krajowego z nadanych mu treści tej Dyrektywy uprawnień w tym zakresie, nie konstytuują obowiązku podziału zamówienia na części. Przepisy części motywacyjnej oraz normatywnej Dyrektywy zawierają jedynie postulat skierowany do Państw Członkowskich aby zachęcać podmioty zamawiające

29

do podziału zamówienia na części celem ułatwienia udziału w zamówieniach małym i średnim przedsiębiorcom. Jedyny obowiązek w tym zakresie odnosi się do konieczności wskazania w protokole postępowania uzasadnienia niedokonania takiego podziału. W tym zakresie Izba w niniejszym składzie podzieliła również argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2017 r. wydanym w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1771/17, gdzie wskazano, że brak podziału zamówienia na części może być uzasadniony względami organizacyjnymi i ekonomicznymi – tak jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. W orzeczeniu tym Izba odesłała do Preambuły obowiązującej dyrektywy klasycznej, gdzie w motywie 78 dopuszcza się ograniczenie podzielenia zamówienia na części jeżeli uzasadnione to jest *albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia*.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut braku podziału zamówienia na części w zakresie poszczególnych budynków (umożliwienia w tym zakresie składania ofert częściowych) nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba jedynie na marginesie wskazuje, że Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko w tym zakresie, które w części zasługuje na aprobatę. Wskazać bowiem należy, że wskazane w piśmie z dnia 14.09.2017 r. W.P.U.I. Spółka z o.o. z siedzibą w Ciechanowie oraz w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, argumenty w postaci obniżenia kosztów eksploatacyjnych i serwisowych przez uzyskanie jednolitych standardów technicznych, w tym ujednolicenie procedury rozliczenia przedmiotowej inwestycji mogą przemawiać za takim stanowiskiem. Zamawiający na rozprawie argumentował również, że udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy wpłynie na zmniejszenie kosztów obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej. W części na aprobatę zasługiwała również argumentacja Odwołującego, że brak jest gwarancji zainstalowania w każdym budynku przez tych samych urządzeń nawet w przypadku, gdy zamówienie zostanie udzielone jednemu wykonawcy. Jednakże argumentacja obu Stron postępowania odwoławczego odnosiła się jedynie do pewnych założeń oraz przypuszczeń i jak wskazano powyżej zarzut ten został oddalony w pierwszej kolejności z przyczyn natury formalnej, nie zaś merytorycznej, tj. niezwiązanych z realiami prowadzenia przedmiotowej inwestycji, jej rozliczenia i obsługi okresu gwarancyjnego i pogwarancyjnego.

Dopiero w drugiej kolejności Izba poddała analizie stanowiska Stron, w tym uzasadnienie Zamawiającego ujęte w treści protokołu postępowania uznając za racjonalną część zawartą tam argumentacji.

30

2. W zakresie zarzutu obejmującego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek wadliwego, w ocenie Odwołującego, opisanie przedmiotu zamówienia polegającego na ustaleniu zbyt rygorystycznych terminów realizacji zamówienia i tym samym ograniczenia liczby wykonawców obiektywnie zdolnych do wykonania zamówienia Izba w pierwszej kolejności odniosła się do aspektów natury ogólnej związanych z charakterem postępowania odwoławczego.

Kwestią sporną między Stronami był, co do zasady, termin realizacji etapu I obejmującego proces projektowania oraz zatwierdzania dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji pozwolenie na budowę. Odwołujący wskazywał bowiem, że ze względu na zakres czynności formalnych i koniecznego nakładu pracy (uzyskanie map geodezyjnych, opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w postaci projektu budowlanego i

wykonawczego, uzyskanie decyzji, opinii, pozwoleń, uzgodnień, zatwierdzeń, akceptację dokumentacji przez Zamawiającego) brak jest możliwości dochowania 8-tygodniowego terminu realizacji I etapu. Odwołujący wskazywała, że sam proces uzyskania decyzji pozwolenia na budowę trwa z reguły 65 dni, uzyskanie map do celów projektowych zamyka się w okresie 4 tygodni. Odwołujący kwestionował również realność dochowania terminu realizacji (II etapu - nie przedstawiając w tym zakresie jednak żadnych argumentów).

W odniesieniu do powyższego Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie odmienną argumentację, popierając ją pismem z dnia 14.09.2017 r. W.P.U.I. Spółka z o.o. z siedzibą w C. (które Izba uznała za stanowisko własne Zamawiającego) oraz argumentacją prezentowaną na rozprawie wskazującą, że ze względu na korzystne relacje pomiędzy powiatowymi i gminnymi jednostkami samorządu terytorialnego na obszarze realizacji inwestycji. Wskazywał zatem, że organy administracji architektoniczno – budowlanej, przy uwzględnieniu przepisów ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, winny dokonać zatwierdzenia projektu budowlanego w ustawowym terminie 14 dni. Nadto Zamawiający wskazywał, że poruszona przez Odwołującego kwestia wpisania dwóch budynków do rejestru zabytków nie opóźni uzgodnień, gdyż w tym zakresie konserwator zabytków już zajął swoje stanowisko, nie zgadzając się np. na instalację na tych budynkach instalacji fotowoltanicznych.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń Zamawiający przedstawił dowody w postaci umów zawartych przez Gminę Pułtusk z osobami prowadzącymi działalność projektową, których przedmiotem było opracowanie projektów dla adaptacji budynku na ośrodek pobytu dziennego dla osób starszych oraz budowa budynku żłobka, gdzie decyzje zatwierdzające projekt budowlany i wydające pozwolenie na budowę zostały wydane odpowiednio w ciągu 13 dni (decyzja z dnia 10.09.2015 r. Nr 318/2015) oraz 13 dni (decyzja z dnia 30.07.2015 r. Nr 265/2015). Zamawiający przedłożył również dowód w postaci decyzji z dnia 24.03.2017 r. Nr 129/2017 r. obejmującej zatwierdzenie projektu budowlanego i udzielającej pozwolenie na

budowę wewnętrznej instalacji gazu zmiennego w istniejącym budynku mieszkalnym jednorodzinny i podziemnego odcinka instalacji gazowej z rur PE, gdzie termin wydania decyzji wynosił 16 dni.

Jak wyżej wskazano Izba w pierwszej kolejności odniesienie do kwestii natury ogólnej związanej z charakterem postępowania odwoławczego.

Postępowanie przed Izbą ma charakter postępowania kontradyktoryjnego. Konsekwencją powyższego jest skonkretyzowany obowiązek przedstawiania przez Strony dowodów na potwierdzenie faktów, z których Strony wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Nakaz ten jest związany z ciężarem dowodu obejmującym konieczność przedstawiania dowodów, zgłaszania wniosków dowodowych i formułowania adekwatnych do dowodzonych faktów tez dowodowych. Emanacje tego obowiązku znajdujemy w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony i uczestników określone obowiązki.

Powołując w tym miejscu regulację art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Kodeks postępowania cywilnego w zakresie postępowania dowodowego zawiera szereg regulacji, w tym odsyła do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Art. 6 Kodeksu cywilnego reguluje ciężar dowodu, wskazując, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne i z tej zasady wywodzi się reguła z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne – zgodnie z paremią *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Mając na uwadze powyższe i przechodząc na kanwę niniejszego sporu Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił dowodów przemawiających za uznaniem, że dochowanie 8 tygodniowego terminu realizacji I etapu przedmiotu zamówienia, jak również terminu

realizacji dla całej inwestycji, jest nierealne do osiągnięcia.

Wskazać bowiem należy, kierując się zasadą rozkładu ciężaru dowodu, że twierdzenia o minimalnym terminie wydania pozwolenia na budowę (65 dni) oraz terminu uzyskania map do celów projektowych (minimum 4 tygodnie) nie zostały, nie tylko udowodnione przez Odwołującego, lecz nawet uprawdopodobnione. Powyższe okoliczności

32

nie stanowią faktów powszechnie znanych lub znanych Izbie z urzędu. Izba ma świadomość opieszałości działania administracji publicznej, w tym administracji na szczeblu powiatu oraz województwa, w tym realizacji zadań organów administracji architektoniczno – budowlanej. Jednakże problemy z dochowaniem terminów administracyjnych przez te organy nie są jednolite na obszarze całego kraju. W tym zakresie Izba, mając na uwadze treść art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła i przeprowadziła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego, oceniła ich wiarygodność oraz moc dowodową. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o ich oddalenie z przyczyn formalnych. Izba uznała bowiem, że tezy, które mają być przy ich pomocy wykazane, mieszczą się w przedmiocie sporu, tj. dążą do wykazania faktów wskazujących jak kształtuje się praktyka organów administracji architektoniczno – budowlanej na terenie, gdzie będzie realizowana inwestycja. Izba uznała bowiem, że dołączone do odpowiedzi na odwołanie dowody w postaci dwóch umów na prace projektowe, protokołu odbioru dokumentacji projektowej oraz dwie wydane decyzje zatwierdzające dokumentację projektową wraz z pozwoleniem na budowę, dotyczą inwestycji o porównywalnym zakresie trudności (adaptacja budynku na inne cele oraz kompleksowe wykonanie budynku żłobka). Oznacza to, że Zamawiający udowodnił przy wykorzystaniu ww. środków dowodowych (dowodów z dokumentów), że możliwe jest dochowanie terminu wydania decyzji zatwierdzającej projekt podważając tym samym twierdzenia Odwołującego, że czynność ta z reguły wymaga 65 dni. Co do trzeciego dowodu Izba stwierdziła, że przedłożona na rozprawie decyzja odnosi się do wykonania wewnętrznej instalacji gazowej wraz z przyłączem do jednorodzinne go budynku i w tym zakresie, dzieląc argumentację Odwołującego, uznała dowód ten za pozbawiony mocy dowodowej. Ponadto, decyzja ta została wydana przez Starostę Ciechanowskiego, zaś nie było pomiędzy Stronami sporu co do faktu, że dla przedmiotowej inwestycji projekty i decyzje będą, według właściwości miejscowej organów, zatwierdzane przez Starostę Pułtuskiego. Tym samym ta ostatnia decyzja dotyczy sposobu funkcjonowania zupełnie innego organu administracji architektoniczno-budowlanej.

Co do pozostałych argumentów i twierdzeń Odwołującego (konieczności uzgodnień, opinii, uzyskania map do celów projektowych, w tym uzyskania aprobaty konserwatora zabytków) twierdzeniom tym zaprzeczył Zamawiający. Izba mając na uwadze brak inicjatywny dowodowej Stron w tym zakresie (brak wniosków dowodowych na poparcie swoich twierdzeń) oceniła argumentację obu Stron uznając za racjonalną argumentację Zamawiającego. Wszakże to od organizacyjnej strony procesu projektowego zależy w dużej części kwestia dochowania terminów i sprawności uzyskania poszczególnych opinii, czy uzgodnień. Do kwestii tej nie odniósł się Odwołujący przyjmując za pewne dokonane przez niego założenie, co do przedstawionych terminów (65 dni i 4 tygodnie).

33

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp związanego z terminem realizacji przedmiotu zamówienia.

3. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. z art 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne określenie warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o uzyskanie zamówienia Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że treść tego warunku należy ściśle powiązać z całym zakresem zamówienia, a więc kwestia oddalenia tego zarzutu jest po części wynikiem oddalenia zarzutu związanego z brakiem podziału zamówienia na części.

Odnosząc się do kwestii wstępnej związanej z tym zarzutem Izba wskazuje, że zasadność kwestionowania przez Odwołującego przyjęcia przez Zamawiającego dla

przewidzianego zamierzenia inwestycyjnego statusu w postaci budowy/rozbudowy/przebudowy nie znajduje uzasadnienia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowy. Analogicznie jak w przypadku pozostałych zarzutów Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Pomiędzy Stronami istniał zatem spór oparty wyłącznie o argumenty. W jego ramach istniały, bezsporne pomiędzy tymi Stronami, założenia związane z zakresem zamierzenia inwestycyjnego, czy też statusem poszczególnych budynków (np. wpis do rejestru zabytków).

Po pierwsze istotą zarzutów związanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami udziału w postępowaniu jest wyeliminowanie sytuacji wskutek których skonstruowanie przez Zamawiającego tych postanowień utrudnia uczciwą konkurencję lub uniemożliwia określonym wykonawcom lub wykonawcy udział w postępowaniu. W ramach istoty tego zarzutu w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie sposób jednoznacznie ustalić, w czym Odwołujący upatruje tego typu wad w postawionych warunkach udziału, tj. na skutek przyjęcia przez Zamawiającego, że mamy do czynienia z przebudową/budową/modernizacją - a nie pracami remontowymi. Należy jedynie przypuszczać, choć nie zostało to w sposób jasny wyartykułowane w treści odwołania oraz w toku rozprawy, iż zakwalifikowanie przedmiotowej inwestycji jako remont pozwalałoby zrealizować ją w oparciu o zgłoszenie a nie w oparciu o decyzję – pozwolenie na budowę.

W tym miejscu wskazać należy, że przyjęcie przez Inwestora (w tym wypadku Zamawiającego) pewnego założenia, które skutkuje zwiększonym formalizmem procesu budowlanego, nie może stanowić podstawy do uznania, że na skutek takiego działania doszło do naruszenia przepisów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

34

Poddając analizie zakres przedmiotowej inwestycji, obejmujący termomodernizację obiektów użyteczności publicznej, zmianę formuły ogrzewania (w tym przebudowę wewnętrznych instalacji centralnego ogrzewania, montaż pomp ciepła, wymianę stolarki okiennej i drzwiowej, instalację paneli fotowoltaicznych itp.), gdzie dodatkowo roboty budowlane dla dwóch obiektów dotyczą obiektów wpisanych do rejestru zabytków, działanie Zamawiającego należy uznać za uzasadnione. Powyższe wynika z definicji legalnej remontu (art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane – przez remont należy bowiem rozumieć *wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym*). W tym zakresie Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz w opinii W.P.U.I. Spółka z o.o., że nie mamy w tym wypadku do czynienia z „odtworzeniem stanu pierwotnego” obiektów budowlanych, lecz nadaniem im nowych cech eksploatacyjnych i użytkowych, co przesądza o tym, że te nowe cechy wskazują na status prac nimi objętych.

O powyższym charakterze robót i tym samym konieczności uzyskania pozwolenia na budowę decydują ponadto regulacje ustawy Prawo budowlane. Zgodnie z Art. 29 ust. 2 ww. ustawy Pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie m.in. *robót budowlanych polegających na montażu pomp ciepła, urządzeń fotowoltaicznych o zainstalowanej mocy elektrycznej do 40 kW oraz wolno stojących kolektorów słonecznych* (pkt 16 ww. ustępu). Dodatkowo w art. 29 ust. 3 wskazano, że: *Pozwolenia na budowę wymagają przedsięwzięcia, które wymagają przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, oraz przedsięwzięcia wymagające przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar Natura 2000, zgodnie z art. 59 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*. W ust. 4 art. 29 ustawy Prawo budowlane wskazano, że *Roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, wykonywane:*

- 1) *przy obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków - wymagają pozwolenia na budowę,*
- 2) *na obszarze wpisanym do rejestru zabytków - wymagają dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 30 ust. 1*

- przy czym do wniosku o pozwolenie na budowę oraz do zgłoszenia należy dołączyć pozwolenie właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków wydane na podstawie przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

Mając na uwadze powyższe, jak również kwestię oddalenia zarzutu związanego z

w następującym brzmieniu „*że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał minimum 1 zadanie porównywalne z przedmiotem zamówienia, tj. polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie budynków użyteczności publicznej (co najmniej trzech) o minimalnej wartości 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych), w których zostały zainstalowane pompy ciepła o łącznej mocy min. 150 kW wraz z wymianą instalacji centralnego ogrzewania w tych budynkach (...). Zamawiający wymaga, aby ww. zadanie było wykonane w ramach jednego zadania/zlecenia/zamówienia/inwestycji.*” należy uznać za proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Po pierwsze warunek ten wymaga wykonania jedynie 1 zadania o zakresie porównywalnym z przedmiotem zamówienia. Dotyczy tylko 3 budynków (przy 8 objętych zakresem zamówienia) ze wskazaniem łącznej mocy pomp ciepła dla wszystkich budynków (łącznie minimum 150kW) wraz z wymianą instalacji centralnego ogrzewania w tych budynkach.

Po drugie warunek ten zawiera niższe wymagania ilościowe niż wynikające z zakresu przedmiotowej inwestycji. Następnie Odwołujący w ramach żądania pominął okoliczność, że przedmiotowe zamówienie jest realizowane w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj” - a więc cechuje się wyższym stopniem skomplikowania i wymaga od wykonawców wyższego profesjonalizmu niż tylko samo wykonanie robót budowlanych.

Sformułowane przez Odwołującego żądanie zmierzało do modyfikacji tego warunku, bez kwestionowania wartości robót, w zakresie termomodernizacji budynku użyteczności publicznej z wydzieleniem pięciu zadań polegających na zainstalowaniu pomp ciepła o łącznej mocy min. 150kW, w których minimum jedno z tych zadań obejmowało swoim zakresem wymianę instalacji centralnego ogrzewania.

Konstruując powyższe żądanie Odwołujący pominął także fakt, że realizacja zamierzenia budowlanego ma za zadanie zmniejszenie emisyjności przez budynki użyteczności publicznej, tj. zmierza do osiągnięcia określonego celu, który winien być uwzględniony przez wykonawców, zarówno na etapie projektowania, jak również wykonawstwa. Oznacza to, że wszystkie elementy przyszłego zamierzenia (projektowanie i realizacja) są ze sobą ściśle powiązane – a zatem Zamawiający miał prawo wymagać, w ramach postawionego warunku, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem przy kompleksowej realizacji, zarówno prac termomodernizacyjnych, jak również instalacyjnych i modernizacyjnych, połączonych z instalacją pomp ciepła oraz wymianą instalacji centralnego ogrzewania w jednym i tym samym budynku.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek sformułowania

warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej od wykonawców wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego

rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz
rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r.,
poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

37

38