Sygn. akt: KIO 2354/22

WYROK

z 21 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 20 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2022 roku przez PJM Investment Sp. z o.o.

z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kielcach przy udziale wykonawcy P.P.H. Sawox J.W. Sp. J. z siedzibą w Kielcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 3 i 4 i nakazuje zamawiającemu w ramach Zadania nr 2:

   1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

   1.2 odrzucenie oferty wykonawcy P.P.H. Sawox J.W. Sp. J. z siedzibą w Kielcach.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża w % zamawiającego i w 4 odwołującego i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego,

   3.3 w pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2354/22

Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kielcach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) przetarg nieograniczony pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlano-instalacyjnych związanych z wymianą źródła ciepła dla Świętokrzyskiego Centrum Onkologii i Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach", numer referencyjny: AZP.2411.100. 2022.MK.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 lipca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 133-378028.

9 września 2022 r. wykonawca PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu w ramach Zadania nr 2 i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a Pzp przez jego niezastosowanie w sprawie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. P. H. SAWOX J.W. Sp. J. mimo, że zachodzą wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt. 6 w zw. z art. 85 ust. 1 Pzp albowiem wykonawca ten był bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego zamówienia publicznego będąc głównym wykonawcą koncepcji technicznej wraz z analizą techniczno - ekonomiczną która posłużyła do wykonania Programu Funkcjonalno Użytkowego dla zadania nr 2 co doprowadziło do znacznej przewagi konkurencyjnej i zakłócenia konkurencji albowiem przedmiotowa koncepcja nie została załączona do dokumentacji przetargowej zaś wykonawca ten posiadał dodatkową, istotną wiedzę która pozwoliła mu na przygotowanie oferty konkurencyjnej (tańszej) względem innych wykonawców biorących udział w postępowaniu którzy takiej wiedzy nie posiadali a nadto nie wykazał, że pozyskana wiedza nie ma jakiegokolwiek wpływu na konkurencję

2. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b Pzp przez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. P. H. SAWOX J.W. Sp. J. mimo braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami - co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, o której mowa w Art. 12 pkt 1 ustawy Prawo budowlane z 7 lipca 1994 r. przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni parowej, która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej roboty budowlanoinstalacyjnej polegającą na budowie kotłowni parowej o mocy co najmniej 200 kW (Roz. III 5.4 lit. c SWZ), - wykazanie w tym zakresie osoby Zbigniewą Modzelewskiego nie wypełnia warunku udziału w postępowaniu albowiem osoba ta nie posiada wymaganego doświadczenia polegające na budowie kotłowni parowej a jedynie na modernizacji kotłowni

3. art. 253 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. P. H. SAWOX J.W. Sp. J. podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowaniem osobami odpowiedniej specjalności skierowanymi do realizacji zamówienia

4. art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. odrzucenia oferty wykonawcy P.P.H. Sawox J.W. Sp. J. z siedzibą w Kielcach,

3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt. 6 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu,

który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W myśl art. 85 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy

z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Celem przepisu jest wyeliminowanie z postępowania wykonawcy w sytuacji, gdy był on zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a zakłócenia konkurencji nie można usunąć w inny sposób niż przez wykluczenie z postępowania.

Sankcją wykluczenia może być objęte zarówno doradztwo, jak i każdy inny rodzaj udziału w przygotowaniu postępowania. Przystępujący brał bezpośredni udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania był bowiem autorem koncepcji technicznej wraz z analizą techniczno-ekonomiczną, która częściowo posłużyła do wykonania Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu.

6 sierpnia 2021 roku Zamawiający ogłosił postępowanie pn.: Wykonanie koncepcji technicznej wraz z analizą techniczno-ekonomiczną dla zadania „Nowe źródło ciepła dla obszarów działania obecnej Ciepłowni Ś.C.O.”. Zgodnie umową Koncepcja powinna zawierać: część opisową, część analityczną wraz z częścią kosztową, część graficzną na mapach służących do uzyskania warunków zabudowy i wnioski końcowe. 30 sierpnia 2021 roku jako najkorzystniejsza w postępowaniu wybrana została oferta obecnego Przystępującego.

Odwołujący załączył opracowaną przez Przystępującego Koncepcję jako dowód do odwołania. Wskazał on, że istotnym elementem Koncepcji z punktu widzenia odwołania była m.in. analiza kosztów całej przyszłej inwestycji, m.in. koszt budowy kotłowni oraz koszty inwestycyjne planowanych rozwiązań technicznych (str. 24 i nast., str. 47 Koncepcji). Przystępujący dokonał szczegółowej analizy tych kosztów w oparciu o opracowane rozwiązania technologiczne.

Zgodnie z OPZ dla zadania nr 2 przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlano-instalacyjnych związanych z wymianą źródła ciepła dla Wojewódzkiego

Szpitala Zespolonego w Kielcach. Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały zawarte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik nr 2B do SWZ, gdzie do najważniejszego zakresu zaliczone zostały:

1. Budowa nowego budynku dla potrzeb kotłowni wodnej i wymiennikowni wraz z przyłączami (elektroenergetyczne, wodne, kanalizacyjne, teletechniczne, systemy nadzoru i dostępu, itp.);

2. Budowa nowych wymiennikowni wraz z ich przyłączeniem do przyłącza MPEC;

3. Budowa i przebudowa zewnętrznej instalacji odbiorczej (centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego dla ciepłej wody użytkowej i klimatyzacji);

4. Budowa kotłowni wodnej gazowej wraz z instalacją gazową i budowa przyłącza gazowego średniego ciśnienia;

5. Wymiana kotłów warzelnych parowych na gazowe wraz z wewnętrzną instalacją gazową;

6. Montaż sterylizatora elektrycznego.

W ocenie Odwołującego oczywiste było, że Koncepcja stanowiła jeden z istotnych etapów przygotowania inwestycji objętej przedmiotem zamówienia publicznego. Posłużyła ona bowiem do wykonania PFU. Istotna różnica polegała jednak na tym, że PFU nie zawierał analizy techniczno - ekonomicznej zawierającej potencjalne koszty budowy inwestycji, w tym koszty poszczególnych rozwiązań inwestycyjnych z którymi liczy się inwestor.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1976/21 z 30 sierpnia 2021 r. udostępnienie „niezbędnych" informacji do przygotowania oferty jest niewystarczające w sytuacji, gdy jeden z wykonawców posiadał wiedzę, do której dostępu nie mieli pozostali uczestnicy postępowania, a która z dużą dozą prawdopodobieństwa mogła pozwolić Przystępującemu złożyć najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający nie załączył Koncepcji do dokumentacji postępowania, co niewątpliwie dało przewagę konkurencyjną Przystępującemu i pozwoliło na przygotowanie bardziej konkurencyjnej oferty cenowej. Przystępujący doskonale wiedział jakich konkretnych rozwiązań technicznych oczekuje Zamawiający i miał możliwość doboru pod te rozwiązania optymalnych rozwiązań finansowych do oferty.

Przystępujący miał też miał o wiele więcej czasu na przygotowanie oferty w zakresie ceny i założeń technicznych.

Zakłócenie konkurencji nie mogło być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Przystępującego z postępowania. Z informacji pozyskanych przez Odwołującego wynikało, Przystępujący nie informował wcześniej Zamawiającego, że zamierzał wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu. Z treści protokołu z postępowania przetargowego wynikało, że Zamawiający nie wprowadził jakichkolwiek rozwiązań mających zapobiegać zakłóceniu uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 85 ust. 1 Pzp (pkt 4 protokołu). Przystępujący również nie wykazał, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóciło konkurencji. Przemilczał on ten fakt, a Zamawiający nie wyciągnął względem niego konsekwencji prawnych.

Kwota jaką Zamawiający przeznaczył na zadanie nr 2 wyniosła 13 264 613,52 zł brutto. Cena oferty Przystępującego to 13 505 783,76 zł. Kwoty te były niemal identyczne, co potwierdzało zasadność twierdzeń Odwołującego, co do zakłócenia konkurencji.

Zarzut nr 2

Zgodnie z treścią SWZ (roz. III pkt. 5.4 lit. c) Zamawiający postawił wymóg spełnienia m.in. następującego warunku udziału w postępowaniu:

Wykonawca, który dysponuje odpowiednim osobami (zespołem minimum 3 osób w tym zgodnie z opisem poniżej) zdolnymi do wykonania zamówienia które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia i posiadającymi następujące uprawnienia:

a) co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie,

o której mowa w Art. 12 pkt 1 ustawy Prawo budowlane z 7 lipca 1994 r.

przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie sieci i instalacji, która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej budowy/przebudowy sieci lub instalacji o średnicy nie mniejszej niż Dn 100 mm

i długości nie mniejszej niż 300 metrów,

b) co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie,

o której mowa w Art. 12 pkt 1 ustawy Prawo budowlane z 7 lipca 1994 r. przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni gazowej wodnej, która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej roboty budowlano-instalacyjnej polegającą na budowie kotłowni gazowej wodnej

o mocy co najmniej 500 kW,

c) co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie,

o której mowa w Art. 12 pkt 1 ustawy Prawo budowlane z 7 lipca 1994 r. przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni parowej, która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej roboty budowlano-instalacyjnej polegającą na budowie kotłowni parowej o mocy co najmniej 200 kW.

Nie ulegało wątpliwości, że należało wykazać się posiadaniem osoby która uczestniczyła w realizacji roboty polegającej na budowie kotłowni parowej o mocy co najmniej 200 kW. Przystępujący nie wykazał spełnienia tego warunku:

1. w złożonej ofercie Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie,

2. 12 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia dokumentów,

3. 16 sierpnia 2022 r. Przystępujący złożył dokumenty jako uzupełnienie warunku wskazując Pana Z. M. i powołując się na inwestycję „Modernizacja kotłowni węglowej parowej w OSM Włoszczowa”,

4. 24 sierpnia 2022 roku Zamawiający wobec wątpliwości, co do spełnienia warunku w trybie art. 128 ust. 4 Pzp wezwał Przystępującego do wyjaśnień,

5. 25 sierpnia 2022 r. Przystępujący wyjaśnił, że w ramach wykazanej inwestycji zrealizowana została przebudowa kotłowni węglowej parowej w OSM Włoszczowa.

Tym samym przedmiotowy warunek nie został zatem spełniony przez Przystępującego ponieważ z jego treści jednoznacznie wynikał obowiązek wykazania się budową, a nie przebudową. Zamawiający dokonując zmiany interpretacji postawionego przez siebie warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert naruszył treść art. 16 pkt. 1 Pzp. Niedopuszczalna była zmiana treści warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert.

Odwołujący podkreślił, że z przepisów Prawa budowlanego jednoznacznie wynika, że budowa i przebudowa to różnego rodzaju przedsięwzięcia i nie ma między nimi znaku równości.

Ponowne wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących warunku udziału w postępowaniu byłoby już niemożliwie - Zamawiający wezwał już Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

16 września 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, koncepcja techniczna wraz z analizą techniczno-ekonomiczną, którą przygotował Przystępujący, nie posłużyła do wykonania Planu Funkcjonalno-Użytkowego, który stanowił opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Wykonawca Programu Funkcjonalno-Użytkowego, po dokonaniu 13 kwietnia 2022 r. wizji lokalnej oraz rozmowie z przedstawicielami Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego, stwierdził, że realizacja zadania według koncepcji technicznej przygotowanej wcześniej przez Przystępującego nie była możliwa z poniższych powodów:

1. pomieszczenia na węzły wymiennikowe nie spełniały warunków MPEC Kielce z 30 marca 2022 r. (pkt 20 warunków) z powodu zbyt małej powierzchni, a szpital nie był w stanie zaproponować dodatkowych powierzchni spełniających warunki - dowód: pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Cieplnej z 30 marca 2022 r. (WARUNKI TT-I/PZ/117/46/2022);

2. lokalizacja kotłowni wodnej gazowej w pomieszczeniu przybudówki nie była możliwa z uwagi na kolizję z zamierzeniem szpitala dotyczącym budowy nowego budynku - dowód: e-mail z 14 kwietnia 2022 r. p. R. T. do Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach;

3. sterylizator parowy był w złym stanie technicznym i trzeba było zastąpić go nowym urządzeniem ze zintegrowaną wytwornicą pary zasilaną energią elektryczną.

W związku z powyższym uzgodniono z Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym, że wykonawca PFU nie będzie kierował się przy jego opracowaniu wykonaną wcześniej koncepcją techniczną, a także że uwzględni nowe moce przyłączeniowe do sieci MPEC sieci gazowej. Zamawiający przedstawił tabelaryczne zestawienie istotnych również między założeniami przyjętymi w Koncepcji, a rozwiązaniami opisanymi w PFU.

Zamawiający podkreślił, że wbrew twierdzeniu Odwołującego nie żądał sporządzenia kosztorysów na etapie składania ofert. Zgodnie z projektem umowy, zadaniem wybranego wykonawcy będzie ich opracowanie w terminie do 25 stycznia 2023 r.

Zamawiający podniósł, że ewentualne uwzględnienie przez Izbę zarzutu nr 1 odwołania, nie mogłoby spowodować odrzucenia oferty Przystępującego, a powinno jedynie prowadzić do zapewnienia Przystępującemu możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji (art. 85 ust. 2 Pzp).

Zarzut nr 2

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, sformułowane przez Zamawiającego w pkt 5.4 SWZ

warunki nie były jasne i jednoznaczne. Całokształt brzmienia rozdziału III punktu ust. 5 pkt 5.4 SWZ (w każdej z trzech liter a - c warunek dotyczy osoby jako przewidzianej do „realizacji robót polegających na budowie/przebudowie") świadczył o tym, że intencją Zamawiającego było proporcjonalne uznawanie spełnienia warunku w każdej z tych liter za udział

w budowie/przebudowie. W świetle zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 112 ust. 1 Pzp, przyjęcie innej interpretacji byłoby z tą zasadą sprzeczne. Skoro Zamawiający weryfikuje doświadczenie osób przewidzianych do realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni, to nieproporcjonalnym byłoby zawężanie doświadczenia wyłącznie do budowy.

Na racjonalność takiej interpretacji wskazywał również zakres zadań wskazanych w PFU. W odniesieniu do warunku z lit. c), który jest przedmiotem zarzutu, w PFU wskazano jedynie zadanie: „Wymiana kotłów warzelnych parowych na gazowe wraz z wewnętrzną instalacją gazową". Wydaje się, że interpretacja warunku z lit. c) i dopuszczenie jedynie doświadczenia

w budowie, byłaby w świetle zakresu PFU nieuprawniona, a żądanie Zamawiającego nieproporcjonalne do zakresu zamówienia.

Zamawiający uznał, że działaniem zgodnym z ustawą oraz zasadami prawa zamówień publicznych, będzie interpretacja niejasnych warunków na korzyść wykonawców i dopuszczenie osób z doświadczeniem w realizacji budowy, jak i przebudowy.

Zamawiający podniósł również, że ewentualne uwzględnienie przez Izbę zarzutu nr 2 odwołania, nie mogłoby spowodować odrzucenia oferty Przystępującego, a powinno jedynie prowadzić do skierowania do Przystępującego żądania poprawienia wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Uzasadnione jest to faktem, że w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień z 24 sierpnia 2022 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego informując, że doświadczenie może polegać na budowie/przebudowie kotłowni parowej.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

1. SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego,
3. korespondencji Zamawiającego z Przystępującym,
4. dowodów wskazanych i złożonych przez strony.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Izba uznała następujące okoliczności za niesporne między stronami:

1. Przystępujący wykonał Koncepcję techniczną wraz z analizą techniczno-ekonomiczną

dla zadania Nowe źródło ciepła dla obszarów działania obecnej ciepłowni Ś.C.O.

2. Autorem Programu Funkcjonalno-Użytkowego jest podmiot trzeci, nie biorący udziału w postępowaniu.

Między stronami nie było również sporu, co do faktu, że między koncepcją, a PFU wystąpiły różnice, ale strony różniły się w ocenie znaczenia i istotności tych różnic dla zasadności zarzutu nr 1.

Zgodnie z art. 85 Pzp:

1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi natomiast:

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z przytoczonych przepisów, w zakresie dotyczącym oceny zasadności zarzutu wynika:

1. Art. 85 ust. 1 Pzp dotyczy sytuacji, w której podmiot biorący udział w postępowaniu

(tj. podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu) to jednocześnie podmiot, zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Ziszczenie się tego warunku jest zatem niezbędne, by zamawiający był obowiązany do podjęcia odpowiednich środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Jest to o tyle istotne, że autorem PFU jest podmiot trzeci, który nie złożył oferty w postępowaniu. Odwołujący dążył do zrównania sytuacji w postępowaniu Przystępującego oraz podmiotu, który wykonał PFU, co nie miało racjonalnego uzasadnienia - czym innym jest bowiem Program Funkcjonalno-Użytkowy, a zatem dokument pełniący rolę opisu przedmiotu zamówienia, a czym innym koncepcja techniczna określonego zamierzenia budowlanego. Koncepcja taka może (ale nie musi) poprzedzać stworzenie PFU, poza tym jest co do zasady dokumentem o charakterze ogólnym, wymagającym daleko idącego doprecyzowania. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym błędne jest założenie, że Przystępujący - podmiot, który opracował koncepcję techniczną, brał udział w przygotowaniu tego postępowania. Odwołujący nie udowodnił tego założenia, ograniczył się jedynie do przyjęcia, że skoro koncepcja w jakimś stopniu posłużyła autorowi PFU do opracowania tego dokumentu, to również do Przystępującego zastosowanie ma art. 85 ust. 1 Pzp ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami.

2. Art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w bardzo precyzyjny sposób określa kiedy wykonawca określony w art. 85 ust 1 Pzp ma zostać wykluczony z postępowania - musi dojść do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego

wykonawcy oraz to zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy. Skoro Odwołujący twierdził, że wobec Przystępującego zaistniały przesłanki określone w art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp to obowiązany był do udowodnienia tego faktu. Odwołujący ograniczył się jednak do gołosłownych twierdzeń.

Wobec powyższych ustaleń i wniosków Izba doszła do znaczenia, że spór między Odwołującym, a Zamawiającym co do wagi różnic między założeniami przyjętymi w koncepcji technicznej a PFU nie miał pierwszorzędnego znaczenia dla oceny zarzutu nr 1. Izba wskazuje jednak, że po ocenie stanowisk stron w tym zakresie oraz przeprowadzenia dowodów z dokumentacji postępowania i dowodów złożonych przez strony uznała, że Zamawiający słusznie twierdził, że udostępnienie koncepcji wykonawcom wprowadziłoby niepotrzebne wątpliwości, co do zakresu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut nr 1.

Zarzut nr 2

O udzielenie zamówienia w postępowaniu mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. zgodnie z Rozdziałem III ust. 5 pkt 5.4. lit c) SWZ:
„Wykonawca, który dysponuje odpowiednim osobami (zespołem minimum 3 osób w tym zgodnie z opisem poniżej) zdolnymi do wykonania zamówienia które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia i posiadającymi następujące uprawnienia:

a) co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, o której mowa w Art. 12 pkt 1. ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie sieci i instalacji, która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej budowy/przebudowy sieci lub instalacji o średnicy nie mniejszej niż Dn 100 mm i długości nie mniejszej niż 300 metrów,

b) co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, o której mowa w Art. 12 pkt 1. ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni gazowej wodnej, która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej roboty budowlano-instalacyjnej polegającą na budowie kotłowni gazowej wodnej o mocy co najmniej 500 kW,

c) co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, o której mowa w Art. 12 pkt 1. ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni parowej, która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej roboty budowlano-instalacyjnej polegającą na budowie kotłowni parowej o mocy co najmniej 200 kW”.

Przystępujący w swojej ofercie wskazał zespół trzech osób, o określonym doświadczeniu, w tym jako osobę spełniającą warunek określony wyżej pod literą c) pana Z. M.

12 sierpnia 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie:

„Na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do uzupełnienia treści oferty, poprzez złożenie dokumentu na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej osoby skierowanej przez Wykonawcę do realizacji zamówienia i posiadającej doświadczenie określone w SWZ rozdział III ust. 5 pkt 5.4. lit c) tj: co najmniej 1 osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, o której mowa w Art. 12 pkt 1. ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r.

przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni parowej, która
w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej roboty budowlano-instalacyjnej polegającą na budowie kotłowni parowej o mocy co najmniej 200 kW".

W uzupełnionych 16 sierpnia 2022 r. dokumentach Przystępujący wskazał jako doświadczenie pana Z. M. spełniające wymóg Rozdziału III ust. 5 pkt 5.4. lit c) SWZ zadania pn.: „Modernizacja kotłowni węglowej parowej w OSM Włoszczowa" i „Modernizacja i remont kotła parowego OR-50 - PGE Kielce".

24 sierpnia 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wezwał Przystępującego do wyjaśnień i wskazał m. in.:

„W ofercie dla zadania nr 2 , dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale III ust. 5. Pkt 5.4. lit. c), wskazaliście Państwo nazwę inwestycji: Modernizacja kotłowni węglowej parowej w OSM Włoszczowa.

Nie wynika z tego, że w zakres przedstawionej inwestycji wchodziła wymagana budowa/przebudowa kotłowni parowej o mocy 200kW, a tym samym p. Z. M. posiada wymagane doświadczenie.

Ponadto wskazaliście Państwo nazwę inwestycji: „Modernizacja i remont kotła parowego OR50 - PGE Kielce"

Nie wynika z tego, że w zakres przedstawionej inwestycji wchodziła wymagana budowa/przebudowa kotłowni parowej o mocy 200 kW, a tym samym p. Z. M. posiada wymagane doświadczenie".

25 sierpnia 2022 r. Przystępujący w ww. zakresie odpowiedział:

„Do oferty dla zadania nr.2 , dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale III ust. 5. Pkt 5.2. lit.c doszczegóławiamy nazwę inwestycji:

Przebudowa kotłowni węglowej parowej w OSM Włoszczowa
Dostawa i montaż trzech kotłów parowych ERm 4,5 MW każdy.

Łączna moc zainstalowanych kotłów wyniosła 13,5 MW.

Przebudowa i remont kotła parowego OR-50 - PGE Kielce o mocy 50 MW oraz Przebudowa

1 remont kotła parowego OS-20 - PGE Kielce o mocy 20 MW".

2 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej w ramach Zadania nr 2 oferty złożonej przez Przystępującego.

W ocenie Izby powyższa czynność była nieprawidłowa, a oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu jako oferta wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale III ust. 5 pkt 5.4. lit c) SWZ.

Podkreślenia wymaga, że niezasadne było twierdzenie Zamawiającego, że konstrukcja ww. warunku powodowała wątpliwości interpretacyjne. Zdaniem Izby językowa interpretacja warunku dawała jednoznaczny wynik - wykonawcy mieli dysponować:

1. co najmniej jedną osobą sprawującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie,

2. przewidzianą do udziału w realizacji robót polegających na budowie/przebudowie kotłowni parowej,

3. która w okresie ostatnich 5 lat uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej roboty budowlano-instalacyjnej,

4. polegającej na budowie kotłowni parowej o mocy co najmniej 200 kW.

Biorąc pod uwagę treść przytoczonych wyżej wyjaśnień Przystępującego z 25 sierpnia 2022 r. nie budziło wątpliwości, że roboty, na które powołał się Przystępujący były przebudowami, a nie budowami. Tym samym Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku. Niezasadne było też stanowisko Zamawiającego, który na wypadek potwierdzenia się zarzutu nr 2 wskazał, że w takiej sytuacji nie ma podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, ponieważ nie był on jeszcze wezwany do uzupełnienia swojej oferty na podstawie art. 128

ust. 1 Pzp. Wskazać jednak należy, że wezwanie takie Zamawiający skierował do Przystępującego 12 sierpnia 2022 r. Nie ma zatem możliwości ponownego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potrzebę wykazania spełnienia warunku z Rozdziału III ust. 5 pkt 5.4. lit c) SWZ.

Zamawiający nie miał również racji twierdząc, że to on wprowadził Przystępującego w błąd przez ujęcie w wezwaniu na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp sformułowań wskazujących na możliwość wykazania się realizacją „budowy/przebudowy" zamiast tylko budowy. O ile wezwanie z 24 sierpnia 2022 r. faktycznie mogło wprowadzać w błąd, to nie miało to znaczenia dla oceny sposobu wykazania spełnienia warunku przez Przystępującego. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 12 sierpnia 2022 r. było bowiem jednoznaczne - Zamawiający przytoczył w nim treść warunku i w żaden sposób nie wskazał tam na możliwość innego, niż literalne, rozumienia warunku udziału z lit. c). Błąd w treści wezwania z 24 sierpnia 2022 r. z oczywistych przyczyn nie mógł w żaden sposób wpłynąć na sposób uzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z 12 sierpnia 2022 r. Nie ma zatem możliwości,
by stwierdzić, że Zamawiający w jakikolwiek sposób był współodpowiedzialny za sposób, w jaki Przystępujący próbował wykazać spełnienie warunku z Rozdziału III ust. 5 pkt 5.4. lit c) SWZ.

Wobec powyższego zarzut nr 2 potwierdził się. W konsekwencji potwierdziły się również zarzuty nr 3 i 4. Zarzuty te nie miały charakteru samoistnego, były one konsekwencją zarzutu nr 2, zatem jego potwierdzenie skutkować musiało automatycznym uwzględnieniem tych dwóch zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....