

WYROK

Warszawa, dnia 15 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący Maksym Smorczewski
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2024 r. przez wykonawcę IBG Instalbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Usług Technicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zagórzcu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Stadłach

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 128 ust. 4 i art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zakład Usług Technicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zagórzcu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Stadłach do wyjaśnienia zakresu wykonanych prac potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V punkt 2 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia,
2. oddać odwołanie w pozostałej części,
3. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę IBG Instalbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części oraz zamawiającego Zakład Usług Technicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zagórzcu w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę IBG Instalbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę IBG Instalbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez zamawiającego Zakład Usług Technicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zagórzcu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Zakład Usług Technicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zagórzcu na rzecz IBG Instalbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie kwotę 5 000 zł (słownie: pięć tysięcy osiemset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.3. uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego znosi wzajemnie między IBG Instalbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie i Zakład Usług Technicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zagórzcu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....
.....
.....

UZASADNIENIE

W dniu 18 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy IBG Instalbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu wraz z przyłączem energetycznym - zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Zakład Usług Technicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zagórzcu (dalej jako „Zamawiający”) na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Stadłach i zaniechanie dokonania wezwania tego wykonawcy „do złożenia stosownych dokumentów lub wyjaśnień”

oraz na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił:

„1.Naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp w zw. z art. 85 Pzp i art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy - Schwander Polska sp. z o.o., sp. k. z uwagi na spowodowane zaangażowaniem tego wykonawcy zakłócenie konkurencji, które nie zostało wyeliminowane w toku postępowania, przez co Zamawiający dopuścił się tym samym naruszenia zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2.Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 a) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w tym postępowaniu przez wykonawcę podlegającego obligatoryjnie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp,

Ponadto:

3.Naruszenie art. 128 ust. 1, ust. 4 i ust. 5 Pzp w zw. z art. 116 Pzp i art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wezwania Wykonawcy Schwander Polska sp. z o.o., sp. k. do złożenia stosownych dokumentów lub wyjaśnień, zgodnie z pkt 3 SWZ, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, postawionego w rozdz. V. pkt. 2 lit a) SWZ,

4.Naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Schwander Polska sp. z o.o., sp. k. jako najkorzystniejszej wg. ustalonego kryterium oceny ofert, pomimo że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, a Wykonawca wykluczeniu z udziału postępowaniu.”.

Odwołujący wniósł o:

„I.uwzględnienie odwołania,

II.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

III.nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia Wykonawcy Schwander Polska sp. z o.o., sp. k., w przypadku uwzględnienia zarzutu z pkt 2 petitum odwołania, alternatywnie

IV.nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności zaniechanych i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

V.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg. norm prawem przepisanych.”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz „zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Stalbach (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 marca 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00260371/01.

W rozdziale V specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale VI SWZ. 2. W niniejszym postępowaniu zamawiający określa następujące warunki udziału (zgodnie z art. 116 ustawy Pzp): a) w zakresie posiadanego niezbędnego doświadczenia: Wykonawca będzie posiadał doświadczenia takie, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej jedną robotę budowlaną, odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (budowa/rozbudowa/remont/modernizacja oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej Qdś=1600m³/d) o wartości minimum 15 000 000,00 zł brutto (słownie: piętnaście milionów złotych brutto). (...) Jeżeli Wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach kontraktu (zamówienia/umowy) realizowanego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), Zamawiający nie dopuszcza, by Wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu robót/usług. Zamawiający zastrzega możliwość zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie, konkretnie wykonywanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów np. umowy konsorcjum, z której wynika zakres obowiązków czy wystawionych przez Wykonawcę faktur. Następnie na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp: Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień składania, tj. w przypadku niniejszego postępowania przedłożenia: 1) referencji, protokołów zdawczo-odbiorczych czy innych dokumentów, które będą

potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. V.2.a. Wskazany dokument musi zawierać następujące dane: budynek, którego roboty dotyczyły (nazwę bądź krótki opis wraz z adresem), przepustowość oczyszczalni, zakres robót budowlanych (prac), termin realizacji, wartość robót w PLN. (...)

Załącznikiem nr 2 do SWZ były „Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), Przedmiary, Projekty – architektoniczny i techniczny (jako plik łączny)”.

Kwota przeznaczona na realizację zamówienia, podana przed otwarciem ofert, wynosiła 23 740 226,31 zł brutto. Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w Postępowaniu.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył dokument zatytułowany „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej jako: Pzp) dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania” o treści „(...) 4. Oświadczam/y, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 Pzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z w/w okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 Pzp podjąłem następujące środki naprawcze: Schwander Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej jako „Spółka” lub zamiennie „Schwander Polska”) w dniu 26 października 2017 r. zawarła umowę z Zakładem Usług Technicznych sp. z o.o. w Zagórz na wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla zadania pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków komunalnych w Zagórz obejmującej jej przebudowę i rozbudowę” (zadanie zostało zrealizowane we wrześniu 2019 r.). W dniu 19 czerwca 2023 r. Schwander Polska zawarł umowę z Gminą Zagórz (Umowa nr 156/U/RGK/2023) na sporządzenie aktualizacji wcześniej przygotowanej przez siebie dokumentacji projektowej (o której mowa we wcześniejszym zadaniu) oraz na pełnienie nadzoru autorskiego i uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na budowę dla przedmiotowego zadania. Zadanie to zostało zrealizowane w listopadzie 2023 r. W dniu 28 marca br. Schwander Polska wystosowała do Zakładu Usług Technicznych sp. z o.o. w Zagórz pismo (znak sprawy ZG/6/2023), w którym to zwróciła się z prośbą o ukształtowanie procedury przetargu na realizację zadania „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórz wraz z przyłączem energetycznym – zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórz” ze szczególnym uwzględnieniem art. 85 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych a tym samym w sposób umożliwiający Schwander Polska do jego przystąpienia. Spółka zwróciła się z prośbą o: – opublikowanie w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszystkich istotnych informacji, w których posiadanie Spółka weszła w związku z jej wcześniejszym zaangażowaniem na etapie przygotowania dokumentacji projektowej modernizowanej i rozbudowywanej oczyszczalni ścieków w Zagórz, – wyznaczenie odpowiednio długiego terminu na złożenie ofert (tj. wyznaczenia terminu dłuższego niż minimalny, który pozwoli wszystkim zainteresowanym oferentom na zaznajomienie się z dokumentami zamówienia wraz z dokumentami udostępnionymi na etapie tworzenia dokumentacji projektowej modernizowanej i rozbudowywanej oczyszczalni ścieków w Zagórz), – kierowanie w trakcie procedury przetargowej wszelkich zapytań w zakresie dokumentacji projektowej modernizowanej i rozbudowywanej oczyszczalni ścieków w Zagórz bezpośrednio do jej projektanta tj. do Pana M.B. (prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą STUDIO MB Mariusz Basiaga) z pominięciem pośrednictwa Schwander Polska. Mając powyższe na uwadze Schwander Polska podjęła wszelkie możliwe kroki mające na celu uniknięcia zakłócenia konkurencji i postawienia się w pozycji bardziej uprzywilejowanej niż pozostali uczestnicy postępowania. (...)

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 13 maja 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie” o treści „Zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023, poz. 1605 z późn. zm.) /zwanej dalej „Pzp”/ w zw. z art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp, wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, wskazujących, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóca konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca w niniejszym postępowaniu w ofercie, tj. w treści oświadczenia stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, oświadczył, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp. Jednocześnie oświadczył, że w związku z w/w okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 Pzp podjął środki naprawcze wskazane poniżej w oświadczeniu. Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję wskazaną w art. 85 ust.2 Pzp, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, które wskazywałyby na brak zakłócenia konkurencji w niniejszym postępowaniu poprzez złożenie oferty przez Wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania. W szczególności Zamawiający wzywa, do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami wskazującymi na brak bezpośredniego zaangażowania Wykonawcy, na etapie udzielania wyjaśnień SWZ, zasad współpracy z projektantem i sposobu obiegu informacji pomiędzy Wykonawcą a projektantem, oraz wskazania podjętych przez Wykonawcę środków zapobiegawczych i naprawczych, które miałyby doprowadzić do braku wystąpienia w niniejszym postępowaniu, zakłócenia konkurencyjności w związku ze złożeniem oferty przez Wykonawcę. (...)

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 17 maja 2024 r. pismo zatytułowane „Wyjaśnienia

wykonawcy dotyczące braku zakłócenia konkurencji w postępowaniu pn. „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu wraz z przyłączem energetycznym – zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu.” o treści „Odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 13 maja 2024 r. w przedmiocie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień wskazujących na brak zakłócenia konkurencji w niniejszym postępowaniu mimo złożenia oferty przez Wykonawcę, który brał udział w jego przygotowaniu, niniejszym wskazuję, co następuje. Tytułem wstępu, w ślad za orzecznictwem KIO należy wskazać, iż sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, w tym polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie w przyszłości zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. W realiach rynku, w tym także funkcjonującego w ramach zamówień publicznych możliwe jest, co do zasady, wykonawstwo kolejnych etapów procesu inwestycyjnego przez tego samego wykonawcę. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia i decyzja, czy praca zostanie wykonana na podstawie jednego zamówienia, czy w odrębnych etapach, należy do zamawiającego. Jeden z przykładów łącznego powierzenia dwóch etapów prac wskazuje np. art. 7 pkt 21 ustawy Pzp definiujący roboty budowlane także jako zaprojektowanie i wykonanie tych robót (por. Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 233/18). Uznanie, że w danym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, nie może opierać się jedynie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego lub jego ogólnych stwierdzeniach. Zamawiający jest bowiem zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania, tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu zakłóca konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, a nie następować automatycznie jedynie na podstawie stwierdzenia udziału w przygotowaniu postępowania (wyrok ETS z 3.3.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie)”. Nie wystarczy samo subiektywne stwierdzenie, że doszło do naruszenia konkurencji bez wykazania rzeczywistego związku przyczynowo-skutkowego, który powadziłby do rzeczywistego zakłócenia konkurencji. Praktycznym przykładem takiego zaangażowania, które nie prowadzi do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, może być spór, jaki rozpoznawała Izba w wyroku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 263/19.. Zamawiający wykluczył z postępowania konsorcjum, którego członek brał udział w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia – postępowanie dotyczyło dostawy umundurowania dla kierowców (marynarek, spodni i spódnic), zaś udział wykonawcy polegał na przygotowaniu na zlecenie zamawiającego wzorów i dokumentacji technicznej przedmiotu zamówienia. Na kanwie materiału procesowego Izba ustaliła, że nie było istotnych różnic pomiędzy dokumentacją techniczną a opisem przedmiotu zamówienia, zatem w ocenie składu orzekającego zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia było to, czy przygotowanie przez odwołującego znacznej części opisu przedmiotu zamówienia stanowi zakłócenie konkurencji będące podstawą eliminacji z udziału w postępowaniu. Skład orzekający ocenił, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego była błędna. Nie podzielono także stanowiska, że do wyeliminowania wykonawcy wystarczy, by zaszła w postępowaniu okoliczność, którą w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się jako typowy przykład zakłócenia konkurencji. W uzasadnieniu orzeczenia Izba argumentowała, że: „Jakkolwiek przedmiot zamówienia jest niewątpliwie dostosowany do potrzeb zamawiającego, to jednak skład orzekający nie dopatrywał się w OPZ postanowień, które nie byłyby spotykane w innych postępowaniach mających za przedmiot dostawę odzieży roboczej. Innymi słowy, przedmiotem zamówienia są nadal typowe elementy ubioru w postaci marynarek, żakietów, spodni i spódnic. Zamawiający również nie dostarczył Izbie argumentów przemawiających za unikalnością przedmiotu zamówienia, uzasadniającą twierdzenie, że wykonawca, który sporządził jego opis, posiada przewagę nad konkurencją. Co więcej, w postępowaniu nie zostało złożone odwołanie od postanowień SIWZ ani nawet żaden wniosek o wyjaśnienie jej treści sugerujący, że zawarto w niej zbyt restrykcyjne wymagania względem przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające, bądź utrudniające przygotowanie oferty czy dotrzymanie przewidzianych wzorem umowy terminów dostaw”. Jest to jaskrawy przykład, kiedy do wykluczenia wykonawcy doszło niemal automatycznie, bez wystarczającego zbadania, czy okoliczność zaangażowania w przygotowanie dokumentacji przetargu faktycznie przełożyła się na zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Nie każda bowiem współpraca oznacza a priori powstanie sytuacji dyskryminującej pozostałych uczestników postępowania. Skoro w wyniku czynności przygotowawczych postępowanie wykonawca przekazał zamawiającemu powszechnie dostępne dla profesjonalisty działającego w danej branży informacje, które znalazły odzwierciedlenie w specyfikacji warunków zamówienia dotyczącej standardowych dostaw, nie było podstaw do uznania, że informacje z etapu przygotowania są niedostępne dla pozostałych wykonawców czy doszło do uzyskania przez odwołującego wiedzy pozwalającej na złożenie korzystniejszej oferty – stąd tak istotne jest podkreślane w orzecznictwie rozpatrywanie każdej sytuacji mogącej kwalifikować się jako zakłócenie konkurencji w ramach okoliczności właściwych dla danego przypadku, bez automatyzmu i generalizowania (por. Monika Szymanowska, PZP 2021, Nr 3, „Konsekwencje doradztwa udzielanego zamawiającemu przez wykonawcę w przygotowaniu udzielenia zamówienia publicznego”). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn.akt KIO 2640/21 stwierdziła, że przygotowanie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia zawsze będzie wiązało się ze znajomością po stronie tworzącej takie dokumenty pewnych założeń i przyjęciu określonych

rozwiązań. Nie powoduje to jeszcze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, którzy z zastosowanymi rozwiązaniami mogli zapoznać się na etapie ogłoszonego postępowania. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest w tym zakresie jednolite – jeżeli oferenci mieli możliwość, w zasadnym terminie, na zapoznanie się z dokumentacją opracowaną przez innego oferenta to taki stan faktyczny nie może skutkować zakłóceniem konkurencji. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w dalszej części uzasadnienia wskazanego wyżej wyroku, do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania, w szczególności poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom wszystkich informacji [istotnych informacji w rozumieniu art. 85 ust. 1 ustawy Pzp], które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. Postępowanie kończy się z momentem zawarcia umowy, a więc okoliczności odnoszące się do jej realizacji co do zasady nie mają związku z uzyskaniem przewagi w procesie ofertowania i uzyskaniem zamówienia (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2021 r., KIO 2640/21). Badanie przesłanki wykluczenia na podstawie wzmiankowanego przepisu Pzp musi uwzględniać okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że w danej sprawie zaszła okoliczność, którą w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się jako typowy przykład zakłócenia konkurencji (Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2019 r., sygn.akt KIO 263/19). Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy poniżej Wykonawca wskazuje, co następuje. Wykonawca stanowczo zaprzecza, jakoby jego wcześniejsze zaangażowane w przygotowanie niniejszego postępowania skutkowało pozyskaniem przez Wykonawcę wiedzy dającej mu przewagę nad pozostałymi oferentami i tym samym zakłóceniem konkurencji. Podkreślić należy, iż Wykonawca podjął szereg czynności mających na celu wyeliminowanie ryzyka usytuowania go w lepszej pozycji, aniżeli pozostali wykonawcy uczestniczący w przetargu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż w dniu 28 marca 2024 r. Spółka wystosowała do Zamawiającego pismo (znak sprawy ZG/6/2023), w którym to zwróciła się z prośbą o ukształtowanie procedury przetargu na realizację zadania „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu wraz z przyłączem energetycznym – zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu” ze szczególnym uwzględnieniem art. 85 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych a tym samym w sposób umożliwiający Schwander Polska do jego przystąpienia. Spółka zwróciła się z prośbą o: 1) opublikowanie w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszystkich istotnych informacji, w których posiadanie Spółka weszła w związku z jej wcześniejszym zaangażowaniem na etapie przygotowania dokumentacji projektowej modernizowanej i rozbudowywanej oczyszczalni ścieków w Zagórzcu, 2) wyznaczenie odpowiednio długiego terminu na złożenie ofert (tj. wyznaczenia terminu dłuższego niż minimalny, który pozwoli wszystkim zainteresowanym oferentom na zaznajomienie się z dokumentami zamówienia wraz z dokumentami udostępnionymi na etapie tworzenia dokumentacji projektowej modernizowanej i rozbudowywanej oczyszczalni ścieków w Zagórzcu), 3) kierowanie w trakcie procedury przetargowej wszelkich zapytań w zakresie dokumentacji projektowej modernizowanej i rozbudowywanej oczyszczalni ścieków w Zagórzcu bezpośrednio do jej projektanta tj. do Pana M.B. (prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą STUDIO MB Mariusz Basiaga) z pominięciem pośrednictwa Schwander Polska. Mając na uwadze treść art. 85 ust. 1 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu nie może być mowy nawet o hipotetycznym zakłóceniu konkurencji związanym z opracowaniem przez Wykonawcę dokumentacji projektowo –kosztorysowej. Spółka, w związku z wykonaniem dokumentacji projektowo –kosztorysowej dla zadania pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków komunalnych w Zagórzcu obejmującej jej przebudowę i rozbudowę” nie otrzymała żadnych dodatkowych dokumentów, które miałyby wpływ na kalkulację ceny oferty. Pozyskane wiadomości stanowiły jedynie zbiór ogólnych wytycznych pozostających bez znaczenia dla potencjalnego wykonawcy (w tym naszej Spółki) kalkulującego ofertę na potrzeby niniejszego postępowania. Przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu Spółka opierała się wyłącznie na udostępnionych przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego dokumentach. Dodatkowe opracowania nie były potrzebne wykonawcom do opracowania swojej oferty, co potwierdza praktyka innych Zamawiających, którzy udostępniają dokładnie takie same dokumenty, jakie zostały przekazane w niniejszym postępowaniu. Tym samym, Spółka nie została w żaden sposób uprzywilejowana w stosunku do innych oferentów. Ponadto, zauważyć należy, iż, w przypadku zamówień prowadzonych w trybie podstawowym, zgodnie z art. 283 ustawy Pzp Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w BZP nr 2024/BZP 00260371/01 w dniu 26 marca 2024 r. zaś pierwotny termin składania ofert wyznaczony został na dzień 19 kwietnia 2024 r., a zatem - był aż o 10 dni dłuższy niż wymagały tego przepisy ustawy Pzp. Dodatkowo, Zamawiający przedłużył termin składania ofert do 30 kwietnia 2024 r. Wykonawcy mieli zatem ponad miesiąc na wnikliwe zapoznanie się z dokumentami oraz złożenie oferty. Zauważenia wymaga, iż Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lutego 2024 r. ogłoszenie nr 2024/BZP

00105270/01/P dotyczące aktualnego Planu zamówień w 2024 r. W pozycji nr 1.1.1 Planu zamówień, dotyczącej postępowania, którego przedmiot obejmował „Przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Zagórzcu wraz z przyłączem energetycznym - zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu” wskazano, iż orientacyjna wartość zamówienia bez podatku od towarów i usług wynosi 19 300 997,00 PLN. Potencjalni Wykonawcy zamówienia dysponowali zatem informacjami na temat zakładanych przez Zamawiającego kosztów, które wiązały się z realizacją przedmiotowej inwestycji. Informacja ta niewątpliwie ułatwiła oferentom ustalenie, jaki poziom cen jest przewidywany w postępowaniu, a w konsekwencji – ustalenie, jakie działania mogą podjąć w celu zoptymalizowania własnej wyceny z uwzględnieniem realiów rynkowych. Mając na względzie treść SWZ należy wskazać, iż Zamawiający oczekiwał od potencjalnych Wykonawców spełnienia standardowych dla tego rodzaju zamówień wymagań, które w żaden sposób nie uplasowały naszej Spółki w uprzywilejowanej pozycji. Podkreślić należy, iż Wykonawcy zainteresowani postępowaniem nie kwestionowali postanowień dokumentacji poprzez skorzystanie z przysługujących im środków ochrony prawnej, co potwierdza fakt, że wymogi Zamawiającego nie były nadmierne. Do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego (Wyrok KIO z dnia 24 września 2020 r., KIO 2256/20). Podobne stanowisko zajęła KIO wyroku z dnia 25 października 2018 r., sygn.akt KIO 1974/18, zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, wskazując, iż „Odnosnie do kwestii domniemania ujętego w treści normy zawartej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp [obecnie art. 108 ust. 1 pkt 6 - przyp.Aut] można jednak założyć, jako wyjątek od zawartej tam zasady zakłócenia konkurencji ze względu na udział wykonawcy lub jego personelu w przygotowaniu postępowania, że do jego powstania nie dochodzi wówczas, gdy to podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania (a więc następczo) przez samego zamawiającego, co jednocześnie zwalnia wykonawcę od konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie.”. Mając na względzie powyższy wyrok zauważenia wymaga, iż - stosując wnioskowanie a contrario - jeśli wykonawca nie podlega wykluczeniu, bowiem zamawiający wyeliminował zakłócenie konkurencji spowodowane udziałem tego wykonawcy w przygotowaniu postępowania, to wykonawca nie musi udowadniać, że jego udział w postępowaniu zakłóci konkurencję. W konsekwencji, zamawiający nie musi zapewniać takiemu wykonawcy możliwości udowodnienia powyższego (zob. wyrok KIO z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 2038/18). W niniejszym przypadku zatem, Zamawiający, oprócz podjęcia wystarczających środków mających na celu zapobieżenie potencjalnemu zakłóceniu konkurencji, związanym z uczestnictwem naszej Spółki w przygotowaniu postępowania, dodatkowo wezwał nas do wyjaśnień przedmiotowej kwestii by zniwelować mogące wystąpić ryzyko, dając tym samym wyraz poszanowania zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości. Uwypuklenia wymaga, iż dokumentację projektowo – kosztorysową dla zadania pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków komunalnych w Zagórzcu obejmującej jej przebudowę i rozbudowę” oraz jej aktualizację realizowała niezależna od Spółki pracownia projektowa - STUDIO MB Mariusz Basiaga, na podstawie Umowy o prace projektowe z dnia 20 czerwca 2023 r., którą przedkładamy w załączeniu. Wykonawca nadmienia, iż załączenie Umowy zawartej z pracownią projektową w 2017 r. jest niemożliwe, gdyż minął wymagany przepisami prawa 5-letni termin, w którym Wykonawca miał przechowywać tenże dokument, stąd też nie pozostaje on w dyspozycji Spółki. Wykonawca, w celu zapewnienia przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, w dniu 28 marca 2024 r. skierował do pracowni projektowej pismo, w którym zwrócił się do Projektanta Głównego sporządzającego dokumentację z prośbą o pośredniczenie w kontakcie pomiędzy Inwestorem a pozostałymi projektantami dokumentacji (tj. projektantami branży konstrukcyjnej, instalacji sanitarnej i elektrycznej). Dodatkowo Pan Mariusz Basiaga - Projektant w oświadczeniu z dnia 15 maja 2024 r. wskazał, iż nie brał udziału w przygotowywaniu oferty ani w żadnych innych czynnościach, w tym również doradczych związanych z przygotowaniem oferty przez Spółkę. Podobnie oświadczenia złożyli Projektanci: Pan Emil Kubacki, Pan Ryszard Filipek, Pan Wojciech Potoczek. Wszystkie te, oświadczenia, jako dowody, przedkładamy w załączeniu. Uwypuklenia wymaga, iż architekci winni unikać działań i sytuacji, które są niezgodne z ich zobowiązaniami zawodowymi lub które mogą budzić wątpliwości co do ich niezależności, bezstronności lub zawodowej uczciwości (Zasada 2, Reguła 2.3. Kodeksu Etyki Zawodowej Architektów). Zobowiązani są do dbania o niezależność, bezstronność, tajemnicę zawodową, uczciwość i godność zawodu, oraz postępują w sposób respektujący uzasadnione prawa i interesy innych osób, mają obowiązek uznawania aspiracji zawodowych i dorobku swoich kolegów oraz poszanowania ich praw. Architekci wykonują swoją pracę zawodową w sposób niezależny, bezstronny, rzetelny, uczciwy i z zachowaniem poufności. (Zasada 4, Reguła 4.1. Kodeksu Etyki Zawodowej Architektów). Zwracamy również uwagę na fakt, iż osoba przygotowująca i kalkulująca ofertę na realizację przedmiotowego zamówienia, występująca z ramienia Spółki,

opracowała ją samodzielnie i nie była zaangażowana w przygotowanie niniejszego postępowania na żadnym wcześniejszym jego etapie. W związku z tym, w załączeniu przedkładamy również oświadczenie Pana Prezesa Stanisława Malinowskiego, potwierdzające tę okoliczność. Dodać należy, iż Spółka nie miała wiedzy o liczbie wykonawców, którzy będą uczestniczyć w postępowaniu, ani o cenach ofertowych przez nich oszacowanych, zatem trudno uznać, aby wiedza o cenie szacunkowej dawała nam przewagę w procesie konstruowania oferty. Raz jeszcze podkreślić należy, iż orientacyjna wartość przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego upubliczniona w powszechnie dostępnym Planie zamówień zamieszczonym w ogólnodostępnym BZP. Potencjalni oferenci mieli zatem informacje, o szacunkowej wartości zamówienia. Reasumując, należy wskazać, iż wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania w żaden sposób nie dała przewagi Wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co Wykonawca nie miał możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach. Nie dysponował on także informacjami dodatkowymi o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Ponadto, Wykonawca zaproponował realne działania, które pozwoliły na wyeliminowanie ryzyka zakłócenia konkurencji. Zamawiający zaś podjął wszelkie możliwe i niezbędne kroki, by nie wystąpiło - nawet potencjalnie - jakiegokolwiek zaburzenie konkurencji. W związku z powyższym, gwarantujemy, iż wcześniejsze zaangażowanie naszej Spółki w przygotowanie niniejszego postępowania pozostało bez wpływu na złożoną przez nas ofertę.”

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 28 maja 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu” o treści „zamówienia pn. Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu wraz z przyłączeniem energetycznym – zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu – sygnatura sprawy: 2/OS/2024, Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wzywa Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 112 ustawy Pzp, dla spełnienia warunków określonych w powyższym postępowaniu. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wymaga, by przedłożyć, następujące dokumenty: 1) referencje, protokoły zdawczo-odbiorcze czy inne dokumenty, które będą potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. V.2.a SWZ. Wskazany dokument musi zawierać następujące dane: budynek, którego roboty dotyczyły (nazwę bądź krótki opis wraz z adresem), przepustowość oczyszczalni, zakres robót budowlanych (prac), termin realizacji, wartość robót w PLN. (...).”

W dniu 29 maja 2024 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu:

-dokument o treści „Wykaz robót budowlanych

Lp.	Miejsce wykonania roboty budowlanej	Podmioty, na rzecz których roboty zostały wykonane	Rodzaj - opis i zakres robót budowlanych zawierający co najmniej dane niezbędne do potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w rozdz. V. 2. a) SWZ	Daty wykonania - rozpoczęcia i zakończenia realizacji robót budowlanych oraz wartość robót budowlanych
1.	m. Berezka (Gmina Solina)	Gmina Solina Ul. Wiejska 2 38-610 Polańczyk	Budowa oczyszczalni ścieków w m. Berezka; Przepustowość; (1.800 m3/dobę; RLM 17.500) Wartość zadania: 15.843.519,68 zł brutto (nazwa zamówienia)	05.2018-11.2020

* do niniejszego wykazu załączone zostały referencje”,

-pismo zatytułowane „List referencyjny” o treści „Gmina Solina jako inwestor przedsięwzięcia pn. „Budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Berezka”, informuje, że firma Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, z siedzibą: Stańda 234, 33-386 Podegrodzie, realizowała wymienione przedsięwzięcie jako Lider Konsorcjum. Firma Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w ramach zadania w okresie 5.2018/11.2020 wykonała roboty budowlane związane z budową oczyszczalni ścieków o przepustowości 1800 m3/dobę (RLM = 17 500). Usługa została wykonana na kwotę 15 843 519,68 zł brutto (12.880.910,24 zł netto). Zleczone zadanie zostało wykonane profesjonalnie, z należytą starannością i terminowo zgodnie z przyjętym harmonogramem. Roboty technologiczne zostały wykonane zgodnie z umową, projektem i kosztorysem ofertowym. Nie zostały zgłoszone żadne zastrzeżenia co do zakresu oraz jakości wykonanych robót przez członków komisji odbiorowej. Firma Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa jest solidnym i wiarygodnym wykonawcą. Z zadań określonych umową wywiązała się rzetelnie, prezentując wysoki poziom fachowości. Polecam firmę Schwander Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, jako odpowiedzialnego i profesjonalnego partnera dla innych inwestorów.”

W dniu 13 czerwca 2024 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści

„1.1) Działając na podstawie art. 253 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Zakład Usług Technicznych sp. z o.o., jako Zamawiający, informuje, że postępowanie prowadzone w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji (na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Dz.U.2023, poz. 1605 ze zm.) o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zamówienia pn. Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu wraz z przyłączem energetycznym – zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu, zostało rozstrzygnięte. 1.2) Dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty Jako najkorzystniejsza uznana została oferta złożona przez: Schwander Polska sp. z o.o. sp. k. adres: Stadła 234, 33-386 Stadła, REGON 122638716 - Cena za realizację przedmiotu zamówienia: 20 602 500,00 złotych brutto (słownie: dwadzieścia milionów sześćset dwa tysiące pięćset złotych 00/100 groszy brutto). Uzasadnienie: Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia stosownie do art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Wybrana oferta uzyskała najwięcej punktów w łącznej ocenie ofert. Wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wybrana oferta nie podlega odrzuceniu. Cena wybranej oferty, nie przewyższa wartości, którą Zamawiający może przeznaczyć na jego sfinansowanie. 1.3) Punktacja ofert

Lp.	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena	Punktacja za kryterium cena	Pozycja w rankingu
1	Schwander Polska sp. z o.o. sp. k., adres: Stadła 234, 33-386 Stadła, REGON 122638716	20 602 500,00	100,00	1
2	INSTAL KRAKÓW S.A., adres: ul. Konstatego Brandla 1, 30-732 Kraków, REGON 350564042	26 970 210,00	45,83	3
3	IBG Instalbud sp. z o.o., adres: ul. Boya-Żeleńskiego 6a, 35-105 Rzeszów, REGON 180007761	25 622 130,00	48,25	2

(na zielono zaznaczono ofertę wybraną jako najkorzystniejszą) 2) Zestawienie ofert i informacji zawartych w ofertach 1. oferta nr 1 złożona przez Schwander Polska sp. z o.o. sp. k., adres: Stadła 234, 33-386 Stadła, REGON 122638716, cena 20 602 500,00 PLN. 2. oferta nr 2 złożona przez INSTAL KRAKÓW S.A., adres: ul. Konstatego Brandla 1, 30-73 Kraków, REGON 350564042, cena 26 970 210,00 PLN. 3. oferta nr 3 złożona przez IBG Instalbud sp. z o.o., adres: ul. Boya-Żeleńskiego 6a, 35-105 Rzeszów, REGON 180007761, cena 25 622 130,00 PLN. 3) Informacja o ofertach odrzuconych Nie odrzucono żadnej z ofert.”.

W dniu 26 października 2017 r. Zamawiający zawarł Przystępującym umowę o treści „§1 1. Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania Dokumentację projektowo - kosztorysową: a. Projekt budowlano - technologiczny wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę dla inwestycji pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków komunalnych w Zagórzcu obejmująca jej przebudowę i rozbudowę”. 2. Dokumentacją projektowo - kosztorysowa powinna zawierać: a. Sporządzenie bilansu ścieków doprowadzanych na oczyszczalnię na podstawie danych określonych przez Inwestora, b. Wykonanie mapy syt-wys. do celów projektowych, c. Wykonanie dokumentacji hydrogeologicznej d. Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia e. Uzyskanie warunków technicznych zasilania w energię elektryczną od właściwego rejonowego zakładu energetycznego, f. Uzyskanie warunków technicznych przyłączenia do sieci wodociągowej, g. Uzyskanie wypisów z rejestru gruntów i kopii mapy ewidencji gruntów, h. opracowanie projektu budowlanego oczyszczalni w 5 egz drukowanych i 1 egz. elektronicznym w stopniu dokładności pozwalającym na realizację inwestycji bez konieczności wykonania dodatkowych opracowań, umożliwiającej jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji zamierzenia inwestycyjnego w ty sposobu jej wykonania, tj. - projektu zagospodarowania terenu, - projektu technologii oczyszczalni ścieków, - projektu konstrukcji, - projektu architektury, - projektu instalacji wod.-kan. i. Projektu elektroenergetycznego zasilania oczyszczalni, j. Opracowanie projektu wykonawczego uszczegółwiającego projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez Wykonawcę i realizację robót budowlanych. Projekt ten musi uwzględniać wymagania określone w § 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. nr 202 z dnia 16 września 2004 r, poz. 2027 z późn. zm.). Projekt wykonawczy należy wykonać w ilości 5 egzemplarzy w formie pisemnej oraz 1 egzemplarz w formie elektronicznej edytowalnej k. Opracowanie projektu rozruchu oczyszczalni. l. Sporządzenie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ) w ilości 2 egzemplarzy w formie pisemnej oraz egzemplarza w formie elektronicznej, m. Wykonanie operatu wodno prawnego na odprowadzanie ścieków do odbiornika z elementami operatu hydrologicznego oraz z uwzględnieniem wpływu odprowadzania ścieków na odbiornik w ilości 3 egzemplarzy w formie pisemnej, n. Uzyskanie

w imieniu Zamawiającego pozwolenia Wodnoprawnego na odprowadzanie ścieków, o. Uzgodnienie wylotu ścieków oczyszczonych z właściwym RZGW, p. Sporządzenie informacji, wniosków wraz z uzyskaniem uzgodnień, opinii ZUD i innych wymaganych obowiązującymi przepisami, q. Uzyskanie prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę dla zamierzenia inwestycyjnego, r. Opracowanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB) w ilości 2 egzemplarzy w formie pisemnej i 1 egzemplarza w formie elektronicznej. s. Sporządzenie: kosztorysów inwestorskich i przedmiarów zawierających zestawienie przewidzianych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych - w ilości 2 egzemplarzy w formie papierowej oraz 1 egzemplarza w formie elektronicznej edytowalnej, zbiorczego zestawienia kosztów. Przedmiary muszą uwzględniać wymagania określone w paragrafach od 6 do 10 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, a kosztorysy powinny być opracowane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym {Dz. U. Nr 130, poz. 1389 z 2004 r.} (...)"

W dniu 19 czerwca 2023 r. Zamawiający zawarł Przystępującym umowę nr 156/U/RGK/2023 o treści „§1 1. Przedmiotem umowy jest sporządzenie aktualizacji dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków Komunalnych w Zagórzcu obejmująca jej modernizację i rozbudowę”, którą Wykonawca opracował w 2019 roku dla Zakładu Usług Technicznych Sp. z o.o. w Zagórzcu. 2. Zakres sporządzenia aktualizacji dokumentacji, o której mowa w ust. 1 obejmuje jej dostosowanie do aktualnie obowiązujących przepisów i wymogów prawa oraz standardów technologicznych. 3. Zakres opracowania projektowo-kosztorysowego obejmuje: 1) sporządzenie kompletnego projektu budowlanego opracowanego zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i spełniającego inne wymagania przewidziane przepisami, w tym Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, oraz uzyskanie decyzji, opinii i uzgodnień niezbędnych do prawidłowej realizacji zadania - w ilości 5 egzemplarzy w formie elektronicznej edytowalnej; 2) sporządzenie projektu wykonawczego uszczegółwiającego projekt budowlany - w ilości 3 egzemplarzy w formie elektronicznej edytowalnej; 3) sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, przedmiaru robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót - w ilości 2 egzemplarzy w formie elektronicznej edytowalnej; 4) zaprojektowana inwestycja spełniać ma wymogi dostępności wynikające z ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. (...)"

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz dokumentach załączonych do odwołania: „Umowa nr 156/U/RGK/2023” oraz umowie zawartej w dniu 26 października 2017 r.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła:

- załączony do odwołania dokument zatytułowany „Odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej”, który mógł służyć ustaleniu, że umowę zawartą w dniu 26 października 2017 r. Odwołujący otrzymał w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, co nie było faktem mającym dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie,
- załączone do odwołania dokumenty oznaczone jako aneksy do umowy z dnia 26.10.2017 r., które mogły służyć ustaleniu, że termin wykonania prac wymienionych w §1 tej umowy był zmieniany, co nie było faktem mającym dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie,
- załączone do odwołania dokumenty zatytułowane „Informacja zamieszczana na podstawie art. 86 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)” i „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”, załączone do datowanego na 9 lipca 2024 r. pisma Przystępującego złożonego w postępowaniu odwoławczym dokumenty zatytułowane „Umowa Nr. WS.272.7.2018”, „Aneks do umowy nr WS.272.7.2018 z dnia 15 maja 2018 r. na wykonanie zadania p.n. „Budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Berezka”” i „Aneks nr 2 do Umowy Konsorcjum nr 1/2018 z dnia 22 marca 2018 r. (dalej: Umowa)” oraz złożone na rozprawie dokumenty zatytułowane „Umowa konsorcjum nr 1/2018”, „Aneks do umowy nr WS.272.7.2018 z dnia 15 maja 2018 r. (zwana dalej „Umowa”) na wykonanie zadania p.n. „Budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Berezka”” i „Aneks do umowy nr WS.272.7.2018 z dnia 15 maja 2018 r. zmienionej aneksem z dnia 30 czerwca 2020 r. na wykonanie zadania p.n. „Budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Berezka””, które nie były istotne dla oceny, czy Zamawiający zobowiązany był żądać od Przystępującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, a tym samym nie służyły ustaleniu faktów dla rozstrzygnięcia sprawy,

-załączone do datowanego na 9 lipca 2024 r. pisma Przystępującego złożonego w postępowaniu odwoławczym dokumenty oznaczone jako „Korespondencja mailowa pomiędzy Projektantem Głównym a Zamawiającym prowadzona w dniach 9-10 kwietnia 2024 r”, „Korespondencja mailowa pomiędzy Projektantem Głównym a Zamawiającym prowadzona w dniach 15-17 kwietnia 2024 r.” oraz „Korespondencja mailowa z dnia 6 maja 2024 r.”, które nie były istotne dla oceny, czy Zamawiający podjął środki określone w art. 85 ust. 1 Pzp, a tym samym nie służyły ustaleniu faktów dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzuty naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp w związku z art. 85 Pzp i art. 16 pkt 1) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp były nieuzasadnione.

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 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”. Stosownie do 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, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), 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. 16 pkt 1) Pzp stanowi, iż „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami i Przystępującym było, że Przystępujący był zaangażowany w przygotowanie Postępowania w rozumieniu art. 85 ust. 1 Pzp, gdyż na podstawie zawartej z Zamawiającym w dniu 26 października 2017 r. umowy Przystępujący wykonał „dokumentację projektowo – kosztorysową” dla inwestycji o nazwie „Modernizacja oczyszczalni ścieków komunalnych w Zagórz u obejmująca jej przebudowę i rozbudowę”, obejmującą projekt budowlany oczyszczalni, projekt wykonawczy, specyfikację technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB), kosztorysy inwestorskie i przedmiary, a na podstawie zawartej z Zamawiającym w dniu 19 czerwca 2023 r. umowy nr 156/U/RGK/2023 Przystępujący wykonał „sporządzenie aktualizacji dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków Komunalnych w Zagórz u obejmująca jej modernizację i rozbudowę”, którą Wykonawca opracował w 2019 roku dla Zakładu Usług Technicznych Sp. z o.o. w Zagórz u”, czyli wykonał dokumentację projektową robót budowlanych, których wykonanie jest przedmiotem Postępowania (przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w Zagórz u).

Zgodnie z art. 85 ust. 1 Pzp, w takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany był podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział Przystępującego w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem Przystępującego w przygotowanie Postępowania, oraz wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert.

W świetle treści odwołania należy stwierdzić, że przedstawione w nim okoliczności uzasadniają wniesienie odwołania w zakresie zaniechania wykluczenia Przystępującego z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp

oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp dotyczą niewykonania przez Zamawiającego obowiązku podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział Przystępującego w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji - w zakresie przekazania pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które Zamawiający uzyskał w związku z wykonaniem przez Przystępującego dokumentacji projektowo – kosztorysowej przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w Zagórzcu – poprzez nieudostępnienie „projektów wykonawczych”, „szczegółowych założeń projektowych” oraz projektu i przedmiarów w zakresie AKPiA (Aparatury Kontrolno - Pomiarowej i Automatyki).

Wymaga wskazania, że przepis art. 85 ust. 1 Pzp nie zobowiązuje Zamawiającego do przekazania wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu informacji, które nie są informacjami przekazanymi lub uzyskanymi w związku z zaangażowaniem Przystępującego w przygotowanie Postępowania, nawet jeżeli mają one charakter istotny. Nieprzekazanie więc dokumentów w zakresie dokumentacji projektowo - kosztorysowej przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w Zagórzcu, których Przystępujący nie wykonywał na podstawie ww. umów zawartych w dniu 26 października 2017 r. i 19 czerwca 2023 r., a więc których Zamawiający od niego nie uzyskał, nie może stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający i Przystępujący wskazali, iż wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu przekazano wszystkie dokumenty, które Zamawiający uzyskał od Przystępującego w zakresie dokumentacji projektowo - kosztorysowej przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w Zagórzcu z wyłączeniem kosztorysu inwestorskiego oraz że w ramach tej dokumentacji nie był wykonywany projekt w zakresie AKPiA (Aparatury Kontrolno - Pomiarowej i Automatyki). Odwołujący tym twierdzeniem nie zaprzeczył.

Bez znaczenia zatem dla rozstrzygnięcia sprawy jest to, jak istotny charakter i znaczenie dla sporządzenia oferty w Postępowaniu ma udostępnienie wykonawcom przedmiotowego projektu czy „szczegółowych założeń projektowych” czy schematyczność, nieprecyzyjność czy brak szczegółowości dokumentów udostępnionych wykonawcom przez Zamawiającego, takich jak schemat technologiczny.

Biorąc ponadto pod uwagę, że dokumenty stanowiące załącznik nr 2 do SWZ obejmują specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiary robót, jak i projekty, w tym projekt techniczny (wykonawczy), Izba przyjęła, że Zamawiający udostępnił wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu wykonane przez Przystępującego dokumenty określone w §1 ust. 3 pkt 1) - 3) ww. umowy nr 156/U/RGK/2023 zawartej w dniu 19 czerwca 2023 r. (z wyłączeniem kosztorysu inwestorskiego).

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do przyjęcia, że Zamawiający nie przekazał pozostałym (poza Przystępującym) wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem Przystępującego w przygotowanie Postępowania, a w konsekwencji że nie dokonał czynności określonych w art. 85 ust. 1 Pzp.

Wymaga przy tym wskazania, że w świetle tego przepisu należy uznać, iż wykonawca, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie podlega wykluczeniu w przypadku, gdy zamawiający podejmie odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w tym postępowaniu nie zakłóci konkurencji (w szczególności przekazując pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania, oraz wyznaczając odpowiedni termin na złożenie ofert), niezależnie od tego, czy sam ten wykonawca podjął takie środki. To, czy „środki zaradcze” podjęte przez samego wykonawcę były skuteczne, nie ma więc wpływu na ocenę zadośćuczynienia przez zamawiającego wynikającego z tego przepisu obowiązku podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji.

Ponadto należy zauważyć, że Odwołujący nie kwestionował twierdzenia Zamawiającego, iż w pozycji nr 1.1.1 Planu zamówień w 2024 r. Zamawiającego, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lutego 2024 r. jako orientacyjną wartość zamówienia w postępowaniu, którego przedmiot obejmował „Przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Zagórzcu wraz z przyłączem energetycznym - zadanie 2 część A Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Zagórzcu” podano kwotę 19.300.997 zł (bez podatku od towarów i usług). Kwota ta jest taka sama jak wartość zamówienia w Postępowaniu ustalona przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego, a po powiększeniu o wartość podatku od towarów i usług – także taka sama jak podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota przeznaczona na realizację zamówienia (23.740 226,31 zł). Powyższe prowadzi do stwierdzenia, że informację o wartości robót budowlanych określonej w kosztorysie inwestorskim wszyscy wykonawcy mogli uzyskać już 14 lutego 2024 r., co nie pozwala na przyjęcie – jak podnosił Odwołujący na rozprawie) - że to, iż tylko Przystępujący, który sporządził ten kosztorys, znał tę wartość, pozwoliło mu na złożenie oferty z najniższą ceną.

Tym samym nie znajdowało uzasadnienia uznanie, że podjęte przez Zamawiającego środki nie wyeliminowały zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania Przystępującego w przygotowanie Postępowania, zatem dla eliminacji tego zakłócenia jest konieczne wykluczenie Przystępującego z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp.

W tym stanie rzeczy nie sposób było stwierdzić, że Przystępujący podlegał wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp, a Zamawiający zobowiązany był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp.

W odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających uznanie, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem „zasady równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji”, czyli wynikającego z art. 16 pkt 1) Pzp obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Brak było więc podstaw do uznania, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu została dokonana z naruszeniem tego przepisu.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp w związku z art. 85 Pzp i art. 16 pkt 1) Pzp ani art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1, 4 i 5 Pzp w związku z art. 116 Pzp i art. 112 ust. 2 pkt 4) był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp.

Zgodnie z art. 128 Pzp „1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. (...) 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. 5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.”. Stosownie do art. 116 Pzp „1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. 2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.”. Art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp stanowi, iż „warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej”.

Nie ulega wątpliwości, że robotę budowlaną wymienioną w dokumencie o treści „Wykaz robót budowlanych” przekazany Zamawiającemu przez Przystępującego w dniu 29 maja 2024 r. w celu wykazania spełnienia przez Przystępującego określonego w rozdziale V pkt 2 lit. a) SWZ warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (dalej jako „zamówienie referencyjne”), Przystępujący wykonywał razem z innymi wykonawcami, z którymi wspólnie ubiegał się o udzielenie zamówienia (w grupie wykonawców).

Wymaga zaś zauważenia, że z treści rozdziału V SWZ wynika, iż Zamawiający przywiązuje szczególną uwagę do wykazywania spełnienia ww. warunku przez wykonawcę, który zamówienie referencyjne wykonywał razem z innymi wykonawcami, z którymi wspólnie ubiegał się o udzielenie zamówienia (w grupie wykonawców), wskazując, że „nie dopuszcza, by Wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu robót/usług. Zamawiający zastrzega możliwość zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie, konkretnie wykonywanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów np. umowy konsorcjum, z której wynika zakres obowiązków czy wystawionych przez Wykonawcę faktur”.

Trafnie podniesiono w odwołaniu, że z treści załączonych do ww. wykazu referencji - pisma zatytułowanego „List referencyjny” nie wynika zakres prac ani wartość prac wykonanych przez samego Przystępującego w ramach zamówienia referencyjnego, natomiast podmiot, na rzecz którego zamówienie referencyjne zostały wykonane, wskazał w nim, że Przystępujący oraz że „w ramach zadania” wykonał „roboty budowlane związane z budową oczyszczalni ścieków”. Należy stwierdzić, że tak sformułowane referencje budzą wątpliwości, jaki był zakres robót budowlanych faktycznie i konkretnie wykonywanych przez Przystępującego, a w konsekwencji, czy wartość tych robót wynosi

minimum 15.000.000 zł brutto – czyli czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V punkt 2 lit. a) SWZ.

W ocenie Izby w sytuacji, gdy ocena, czy określony wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia następuje na podstawie danego podmiotowego środka dowodowego (czyli gdy spełnienie tego warunku jest uzależnione od wykazania, że wykonawca wykonał świadczenie, którego dotyczy ten środek dowodowy), treść tego środka budzi wątpliwości co do spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a oferta tego wykonawcy została oceniona najwyżej, zamawiający zobowiązany jest zażądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonego podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp.

Powyższe szczególnie dotyczy przypadku, gdy w SWZ jednoznacznie wskazano na zakaz polegania na doświadczeniu grupy wykonawców, której wykonawca był członkiem, co do wykonania dostawy, usługi czy robót budowlanych w zakresie, w jakim wykonawca ten faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego wykonywaniu, a dany wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, zaś wartość wszystkich świadczeń wykonanych przez grupę wykonawców nie jest znacznie większa od wartości tej dostawy, usługi czy robót budowlanych (w całości).

Biorąc więc pod uwagę ponadto, że wartość całego zamówienia referencyjnego wynosiła 15.843.519,68 zł brutto, a wartość roboty budowlanej określonej w warunku udziału w Postępowaniu określonym w rozdziale V punkt 2 lit. a) SWZ miała wynosić minimum 15.000.000 złotych brutto, Izba uznała, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zakresu wykonanych prac potwierdzających spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V punkt 2 lit. a) SWZ – czyli jaki był zakres prac w ramach zamówienia referencyjnego, w których wykonaniu Przystępujący faktycznie i konkretnie brał udział (a w konsekwencji - jaka była ich wartość).

Zaniechanie dokonania takiego wezwania stanowiło więc naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp.

Brak było przy tym podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 128 ust. 1 i 5 Pzp, art. 116 Pzp czy art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp.

Art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp jest przepisem określającym, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej, a art. 116 doprecyzowuje, czego mogą dotyczyć takie warunki, oraz określa, w jakiej sytuacji zamawiający może uznać, że wykonawca nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej. Przepisy te nie regulują zatem uprawnień bądź obowiązków zamawiającego w zakresie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów bądź wyjaśnień, wobec czego zaniechanie dokonania takiej czynności nie może stanowić ich naruszenia.

Art. 128 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, jeżeli wykonawca ich nie złożył, są one niekompletne lub zawierają błędy, a art. 128 ust. 5 Pzp jest przepisem określającym, w jakiej sytuacji zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W odwołaniu Odwołujący nie wskazywał, aby Przystępujący nie złożył któregoś z dokumentów wymienionych art. 128 ust. 1 Pzp, względnie złożył taki dokument niekompletny lub zawierający błędy; nie przedstawiono w nim zaś jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających stwierdzenie naruszenia art. 128 ust. 5 Pzp, nie zawiera ono nawet twierdzenia, że Zamawiający zobowiązany był zwrócić się do podmiotu, o którym mowa w tym przepisie. Brak było zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia któregoś z tych przepisów.

Konsekwencją uznania za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp było uznanie za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”.

W sytuacji, gdy Zamawiający zobowiązany był wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp, nie mogło znajdować podstaw przyjęcie, że oferta ta była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego stanowiło więc naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 oraz art. 239 ust. 1 Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Przystępującego została w nim wybrana jako najkorzystniejsza, co nie mogłoby nastąpić, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tych naruszeń.

Wobec powyższego należało uwzględnić odwołanie w części.

Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a i b) Pzp, stanowiącymi, że „uwzględniając odwołanie, Izba może: 1) jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać

unieważnienie czynności zamawiającego”, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia zakresu wykonanych prac potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V punkt 2 lit. a) SWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „zasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...)”. § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „ w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 10.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt postępowania odwoławczego faktury, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt postępowania odwoławczego faktury, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 5.166 złotych.

Z § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia wynika, iż do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego strony wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych łącznie, zatem wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego przewyższające tę kwotę nie mogło być zaliczone do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego. W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła dwa zarzuty przedstawione w odwołaniu, a dwóch nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu od odwołania rozdzielono stosunkowo – w proporcji 1/2 Odwołujący i 1/2 Zamawiający. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę 1/2 kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania, a także zniesiono wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego, o których mowa w § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:.....

.....
.....