

WYROK

z dnia 4 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2023 r. przez wykonawcę: **Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gdańska Infrastruktura Społeczna Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy **Unihouse S.A.** z siedzibą w Bielsku Podlaskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia z postępowania wykonawcy Unihouse S.A.;
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, 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 - Gdańska Infrastruktura Społeczna Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego - Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. k. kwotę 24 633 zł 29 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sześćset trzydzieści trzy złote dwadzieścia dziewięć groszy) tytułem zwrotu: kwoty wpisu, kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony, kwoty 744 zł 30 gr (słownie: siedemset czterdzieści cztery złote trzydzieści groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwoty 288 zł 99 gr (słownie: dwieście osiemdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem kosztów noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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:.....

Uzasadnienie

Gdańska Infrastruktura Społeczna Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Realizacja przedsięwzięcia inwestycyjnego w Gdańsku przy ul. Ogińskiego polegającego na budowie Budynku usługowego A1 z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na części działek 69/5 i 69/2, obręb 704 w Gdańsku, przy ulicy Ogińskiego, budynku mieszkalnego wielorodzinnego 16 - lokalowego - budynek A2 z infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem terenu na terenie działki 69/5, 69/2 obręb 704 w Gdańsku przy ul. Ogińskiego oraz trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych 9-lokalowych z infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem terenu działki 143/2 i 122/2 obręb 704.” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 171-536733

W dniu 1 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Unihouse S.A. Wykonawca Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) wniósł odwołanie wobec tej czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, w której nie podlegała ona odrzuceniu,

- 2)art. 137 ust.1 Pzp a contrario poprzez wymaganie po otwarciu ofert, aby prefabrykowane moduły drewniane wykorzystywane do wykonania referencyjnych robót potwierdzających spełnianie warunku udziału, o którym mowa w ust. VI lit. B pkt 2 SWZ musiały być identyczne co do stopnia ich prefabrykacji z modułami opisanymi w projekcie architektonicznobudowlanym wykonanym na potrzeby zamówienia, podczas gdy w SWZ Zamawiający nie postawił takiego wymogu ani definicji technologii prefabrykowanych modułów drewnianych,
- 3)art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b Pzp oraz art. 223 ust.1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 17 ust.1 pkt 1) i pkt 2) Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Wykonawcy z pominięciem złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień i dowodów za pismami z dnia 31.10.2023 r. i 07.11.2023 r. i oparcie się wyłącznie na stanowisku Unihouse S.A., co skutkowało nieuprawnionym odrzuceniem oferty Wykonawcy,
- 4)art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 17 ust.1 pkt 1) i pkt 2) Pzp w zw. z art. 17 ust.2 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez wybór oferty Unihouse S.A., choć oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą, gdyż najkorzystniejszą była oferta Wykonawcy i to jego oferta powinna być zostać wybrana,
- 5)art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit. a) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Unihouse S.A., wobec którego zachodzą przesłanki opisane w 108 ust. 1 pkt 6) Pzp,
- 6)art. 108 ust.1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 119 Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit. a) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Unihouse S.A., w sytuacji, w której wobec podmiotu udostępniającego zasoby Ubibep S.A. zachodzą przesłanki opisane w art. 108 ust.1 pkt 7) Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Wykonawcy,
- 2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny oferty Wykonawcy,
- 3)nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania Unihouse S.A.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Wykonawcy Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, ponieważ zdaniem Zamawiającego doświadczenie Wykonawcy przywołane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - wybudowanie budynku laboratorium przy u. Kampinowskiej w Gdańsku, nie spełnia wymogów Zamawiającego co do „technologii prefabrykowanych modułów drewnianych”. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wyjaśnił, jak rozumie tę technologię i jakie ma oczekiwania wobec referencyjnego zamówienia. Zamawiający wskazał w szczególności dokumentację projektową stanowiącą opis przedmiotu niniejszego zamówienia, wskazując na to, że poprzez „technologię prefabrykowanych modułów drewnianych” rozumie „technologię trójwymiarową 3D”, „samonośne elementy przestrzenne 3D”. Zamawiający powołał także definicje zastosowane przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju. Zamawiający nie zawarł jednak ani w SWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu, aby referencyjny budynek został wykonany dokładnie w takiej technologii jak budynek będący przedmiotem zamówienia. Brak jest w ust. VI lit. B pkt 2 SWZ wymogów, aby referencyjne zamówienie było wykonane w takiej technologii prefabrykowanej, w której cała konstrukcja (ściany nośne zewnętrzne, ściany nośne wewnętrzne, ściany działowe, elementy nośne dachu) były wykonane w wytwórni wraz z szachtami i instalacjami w konstrukcji modułu. Zamawiający nie postawił w SWZ wymogu co do takiego stopnia prefabrykacji dla obiektów, których wykonaniem mieli wykazać się wykonawcy w Postępowaniu. Obecnie Zamawiający wbrew treści warunków udziału wymaga, aby posiadane przez Wykonawcę doświadczenie obejmowało realizację obiektu z prefabrykowanych modułów drewnianych o identycznym stopniu ich prefabrykacji co moduły opisane w projekcie architektoniczno-budowlanym wykonanym na potrzeby niniejszego zamówienia. Wynika to z treści uzasadnienia zaskarżonej czynności, a także treści wezwań do Wykonawcy z 24 października 2023 r. oraz 3 listopada 2023 r. W szczególności wezwanie z dnia 3 listopada 2023 r. nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający oczekuje, aby doświadczenie wykonawcy obejmowało budynek wykonany w technologii takiej samej jak określona w dokumentacji projektowej i miał cechy modułu drewnianego opisanego na str. 14 projektu architektoniczno- budowlanego. Jednak w żaden sposób opis warunków udziału wskazany w SWZ, w rozdz. VI lit. B nie odsyłał do wskazanej części projektu, a po złożeniu ofert Zamawiający nie może zmieniać wymagań w zakresie warunków udziału a z takim oczekiwaniem mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Warunki udziału w postępowaniu, określone zostały w Postępowaniu w rozdziale VI SWZ i nie zawierają żadnego odesłania do szczegółowych wymagań technologicznych w dokumentacji projektowej.

Odwołujący podał, że Zamawiający pismem z 3 listopada 2023 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia, że wskazany w Wykazie robót obiekt referencyjny spełnia warunek udziału wskazany w ust. VI lit. B pkt 2 SWZ. Faktycznie jednak Zamawiający domagał się potwierdzenia innej okoliczności, tj. identyczności referencyjnej (wymaganej jako warunek udziału w postępowaniu określony w SWZ) technologii z opisem projektu architektonicznobudowlanego, którego wymogi nie pokrywają się jednak z treścią i wymogami warunku udziału. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na brak identyczności technologii wykonania referencyjnego zamówienia nie z wymogami warunków udziału w postępowaniu, a wyłącznie z wybranym fragmentem technologii prefabrykowanej opisanym w dokumentacji projektowej. Takie działanie

jest nieuprawnione. Takie podejście do oceny spełniania warunków udziału jest nieuprawnione co potwierdzone zostało wielokrotnie w orzecznictwie KIO i sądów powszechnych. Skoro Zamawiający w SWZ nie zdefiniował, jakiego poziomu prefabrykacji modułów drewnianych oczekiwał od referencyjnego doświadczenia, a sam opis w treści warunku jest jednoznaczny i nie wymaga innych, niż literalna metoda wykładni, to wystarczające jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania odpowiedniego budynku wykonanego w technologii prefabrykowanych modułów drewnianych, niezależnie od specyfiki i stopnia prefabrykacji modułów. Zamawiający w warunkach udziału nie zdefiniował bowiem dalszych wymagań co do „technologii prefabrykowanych modułów drewnianych” i nie może po otwarciu ofert pojęcia tego inaczej definiować ani doprecyzowywać. Stanowi to w istocie nieuprawnioną modyfikację SWZ dokonaną po dacie składania ofert. Gdyby SWZ definiował warunek udziału w taki sposób, jak obecnie Zamawiający stara się go zdefiniować, to Wykonawca na pewno składałby odwołanie od treści SWZ, gdyż tak określony warunek udziału w sposób rażąco ogranicza konkurencję i jest nieproporcjonalny. Warunek taki według wiedzy Wykonawcy spełniałby bowiem tylko Unihouse S.A. Wykonawca przedstawił w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego szereg dowodów potwierdzających, że referencyjne zamówienie zostało wykonane w technologii prefabrykowanych modułów drewnianych. Zostały one jednak zupełnie pominięte przez Zamawiającego. Wykonawca przedłożył między innymi opinię prezesa Stowarzyszenia Dom Drewniany inż. Wojciecha Nitki, potwierdzoną przez rzeczoznawcę budowlanego inż. Macieja Winiarskiego, z której wynika, że technologia, w jakiej Ekoinbud wykonał referencyjne zamówienie jest jednym z rodzajów (stopni) określanych jako technologia prefabrykowanych modułów drewnianych. Technologia, w jakiej wykonane zostało referencyjne zamówienie odpowiada średniemu stopniowi modułowości, opisanemu w złożonej opinii. Wykonawca złożył także inne dowody potwierdzające, że referencyjny budynek został wykonany w drewnianej technologii prefabrykowanej modułowej. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień Wykonawcy ani złożonych przez niego dowodów, a w uzasadnieniu odrzucenia oferty oparł się na stanowisku Unihouse S.A., przywołując stanowisko autora dokumentacji projektowej w Postępowaniu p. W. Wykowskiego, w której analizowana jest dokumentacja projektowa dla niniejszego zamówienia a nie warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że dokumentacja projektowa określała technologię wykonania zamówienia, ale nie określa treści warunku udziału w postępowaniu i wymogów dla zamówienia referencyjnego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia powołuje się także na definicje zastosowane przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, choć definicji tych nie przywołał ani w uzasadnieniu ani w SWZ czy ogłoszeniu. Nadto z pisma Unihouse S.A. z dnia 17 listopada 2023 r. wynika, że definicja NCBiR została określona przez ten podmiot na potrzeby ogłoszonego przez ten podmiot konkursu. Nie stanowi ona legalnej ani uniwersalnej definicji technologii modułowej.

Następnie Odwołujący podał, że przepisy prawa nie definiują „technologii prefabrykowanych modułów drewnianych”. Branża także nie wytworzyła definicji tego pojęcia, a na pewno Zamawiający nie wykazał, że powszechnym rozumieniem tego pojęcia jest to, które przedstawił w uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy. Zamawiający stawia obecnie szereg warunków, które jego zdaniem muszą być spełnione, aby były uznane przez Zamawiającego za technologię prefabrykowanych modułów drewnianych. Wykonawca podkreśla zaś, że pojęcie to funkcjonuje w różnych znaczeniach - od tak wąskiego, jak obecnie przyjmuje Zamawiający do pojęcia, które obejmuje każdy z rodzajów budownictwa prefabrykowanego opisanych w opinii Stowarzyszenia Dom Drewniany. Budownictwo drewniane prefabrykowane to stosunkowo nowy, rozwijający się stale trend. Branża nie wypracowała jeszcze aparatu definicyjnego. Zwrócił na to uwagę także Unihouse S.A. w piśmie z dnia 17.11.2023 r.: Używanie określenia „budownictwo modułowe”, „technologia modułowa” w odniesieniu do budynków wykonanych z prefabrykatów w różnych stopniach prefabrykacji jest powszechne. Odwołujący przedstawił fragmenty ze stron internetowych producentów drewnianych budynków prefabrykowanych realizowanych w oparciu o technologie podobne do stosowanej przez Wykonawcę na referencyjnym zamówieniu, wskazując, że są one nazywane budynkami modułowymi. W załączeniu Wykonawca przedłożył także zrzuty ze stron internetowych, które potwierdzają dużo szersze pojęcie technologii modułowej, niż przyjmowane obecnie przez Zamawiającego. Z materiałów tych wynika, że nie tylko budynki, które są wykonane z „samonośnych elementów przestrzennych 3D” są rozumiane jako wykonane w technologii modułowej. W świetle tych dowodów jednoznacznie widać, że oczekiwane obecnie przez Zamawiającego zespolenie przegród pionowych i poziomych wytwarzanych w kontrolowanych warunkach w wytwórni, wyposażenie modułów w wytwórni, to nie są elementy konieczne dla zakwalifikowania budynku jako wykonanego z modułów drewnianych. Załączony materiał potwierdza bowiem, że powszechne rozumienie prefabrykowanej technologii modułowej obejmuje także obiekt wskazany przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W zasadzie pojęcia prefabrykacja i modułowość są stosowane zamiennie. Wszystkie wątpliwości co do treści SWZ obciążają Zamawiającego i należy je wyklądać na korzyść Wykonawcy, w szczególności, gdy takie specyficzne i zawężające ich rozumienie prowadzi do naruszenia zasad konkurencyjności postępowania i zasady proporcjonalności. Odwołujący podał, że jest podmiotem, który wykonał kilkadziesiąt budynków prefabrykowanych modułowych. Referencyjne zamówienie spełnia warunek udziału w postępowaniu co do jego parametrów liczbowych oraz zastosowanej technologii.

Dalej Odwołujący zauważył, że Zamawiający, próbując nadać nową treść warunku udziału w postępowaniu, opiera się na str. 14 projektu architektoniczno-budowlanego. Poza tą definicją, żaden projekt techniczny nie zawiera detali czy opisów, które można by zakwalifikować jako wskazujące na specyfikę modułów 3D. Projekt techniczny i projekt wykonawczy dla branż nie stawia wymogów np. zamontowania instalacji w wytwórni. Przeciwnie, w dokumentacji projektowej nie ma wskazania technologii łączenia materiałów między modułami, a STWiORB przewiduje rozwiązania jak dla technologii tradycyjnej i mówi wprost o transportowaniu materiałów i armatury w opakowaniach na plac budowy, np.: Konstrukcja – wpisane jest, że trzeba „Stosować podpory stabilizujące elementy prefabrykowanej konstrukcji nośnej”; Instalacje – nie ma żadnych rozwiązań projektowych, które wskazywałyby, że instalacje są wykonane na zakładzie produkcyjnym. Opis zawarte w dokumentacji projektowej wskazują raczej, że instalacje mają być wykonywane na budowie. Zdaniem Odwołującego, jeśli projekt miałby opisywać detale wykonawcze, to powinny być wskazane (a nie są) rozwiązania: jak połączyć instalacje sanitarne, które miałyby być wykonane w danych „kontenerach”, nie ma detali, jak połączyć instalacje elektryczne (konieczność ciągłości od rozdzielni do punktu odbioru),

nie ma detali, jak łączyć dane „kontenery” po dostarczeniu na plac budowy. Dla przykładu wskazanie jest procesu wykonania instalacji, w którym mówi się, że przewody będą izolowane w szachtach po wykonaniu próby szczelności. Według takiego opisu nie można zatem zrobić i wykończyć instalacji w zakładzie produkcyjnym, ponieważ tam nie można zrobić wskazanej i wymaganej próby szczelności. W projekcie obrazującym „rozwiniecie” kanalizacji (to samo jest dla instalacji wodnych) też nie ma wskazania np. „połączeń modułowych”. W STWiORB nie ma opisów, które by wskazywały na właśnie „kontenerowy” / „modułowy 3D” sposób wykonania, wręcz przeciwnie, dla instalacji wręcz wskazuje się, jak materiały mają być dostarczane na budowę, czyli nie wykonane w fabryce. Ten dokument wręcz opisuje wykonanie uniemożliwiające wykonanie instalacji poza placem budowy, gdyż Zamawiający wskazuje na konieczność odbioru częściowego instalacji w przypadku elementów, które uległy zakryciu. Oczywiście jest, że instalacje, gdyby wykonane były w „kontenerach” / „modułach 3D” byłyby zakryte w ramach dostawy na plac budowy. Zamawiający nie dopuszcza możliwości odbioru instalacji poza placem budowy – to byłoby niemożliwe z uwagi na taki proces produkcyjny. Inspektor musiałby być praktycznie podczas całego kilkumiesięcznego procesu produkcji. To jednoznacznie określa zasady wykonania instalacji na budowie a nie na zakładzie.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykluczenia wykonawcy Unihouse S.A. z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6. Pzp, Odwołujący podał, że jak wynika z informacji zamieszczonych na platformie miniportal.uzp.gov.pl, postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej dla zespołu budynków mieszkalnych na podstawie przedstawionej koncepcji” – powtórzone (nr ogłoszenia: 2021/BZP 00252005/01) zostało zakończone w 2021 r., a wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza okazało się konsorcjum firm: W.W., ul. Włókiennicza 18/38, 15-464 Białystok oraz A.A., ul. Grochowa 11/10 15-423 Białystok. Jak wynika z informacji posiadanych przez Wykonawcę, wykonawca W.W. jest ściśle powiązany z UNIHOUSE S.A., bowiem korzysta z zespołu projektowego tej spółki na potrzeby realizowanych przez siebie zamówień. Powyższe jest również znane Zamawiającemu, bowiem wynika wprost z wyjaśnień W.W. złożonych w sprawie rażąco niskiej ceny udzielonych Zamawiającemu Gdańskiej Infrastrukturze Społecznej sp. z o.o. na potrzeby postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego pn. „Przygotowanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla potrzeb uzyskania pozwolenia na budowę dla nieruchomości stanowiącej działkę przy ul. Siennickiej 44/6 obr. 092 w Gdańsku z przeznaczeniem na budowę schroniska dla bezdomnych z usługami opiekuńczymi”, numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2023/BZT 00395327. Z wyjaśnień udzielonych przez W.W. z dnia 28 września 2023 r. wynika, że W.W. powołał się również na ofertę jaką uzyskał od UNIHOUSE S.A. w związku z planowaną współpracą, a także wskazał UNIHOUSE S.A. jako podwykonawcę w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Dodatkowo, część z architektów będących autorami dokumentacji projektowej zrealizowanej przez wykonawcę – konsorcjum firm W.W. oraz A.A. ma ściśle powiązania z UNIHOUSE S.A. lub z podmiotem, z którego zasobów ten wykonawca korzysta tj. UNIBEP S.A. Osoby te bądź współpracują bądź pozostawały w zatrudnieniu w tej spółce. W szczególności Pan W.B. – autor dokumentacji projektowej w zakresie konstrukcji budynków jakie mają powstać w ramach niniejszego zamówienia publicznego oraz projektów geotechnicznych jest byłym pracownikiem spółki UNIHOUSE S.A., który zajmował wysokie stanowisko kierownicze w tej spółce, tj. zajmował stanowisko Kierownika Działu Badań i Rozwoju w UNIHOUSE oddział UNIBEP. Nadto Pan A.S. – projektant sprawdzający dokumentację projektową w zakresie instalacji sanitarnych publicznego również jest byłym pracownikiem UNIHOUSE S.A. Pan M.N. – autor dokumentacji projektowej w zakresie architektury, zagospodarowania terenu oraz dokumentacji projektowej dot. rozbiórki, został wskazany w ogólnopolskim magazynie Izby Architektów RP (nr wrzesień – październik 2022) jako autor rzutu budynku modułowego, jaki powstał pod nadzorem architekta T.P. przez lata kierującego Działem Projektowym firmy UNIHOUSE S.A. (obecnie architekt/deweloper produktów w Unihouse S.A.) w artykule publikowanym przez Pana T.P. pt. „Modułowe budynki wielorodzinne” (s. 34). Powyższe wskazuje zatem, że Pan M.N. najprawdopodobniej pracuje lub pracował w ramach Działu Projektowego firmy UNIHOUSE S.A., co potwierdza ściśle powiązanie projektantów pracujących przy realizacji dokumentacji projektowej dla zadania z wykonawcą UNIHOUSE S.A. wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy Unihouse S.A. w realizację dokumentacji projektowej dla niniejszego zamówienia spowodowało naruszenie konkurencyjności. Przypomnieć także

należy, że to opinia projektanta była elementem uzasadniającym odrzucenie oferty Wykonawcy i to w istocie projektant dokonał oceny zgodności zamówienia referencyjnego z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej.

Zdaniem Odwołującego Unihouse S.A. podlega wykluczeniu także na podstawie art. 108 ust.1 pkt 7 Pzp. Wykonawca ten polega bowiem na zdolnościach Unibep S.A., a z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że Unibep S.A. zostały naliczone kary umowne przez Województwo Podlaskie- Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, a także na zamówieniu realizowanym przez ten podmiot w Norwegii. Odwołujący przedstawił dostępne publicznie informacje w tym zakresie.

Do pisma zostały załączone: zrzuty ze stron internetowych producentów; okładka katalogu Ekoinbud; informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16.11.2021 r. (L.dz. GIS/3931/11/2021); ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 13.12.2021 r. (nr ogłoszenia: 2021/BZP 00311825/01); Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny z dnia 28 września 2023 r. – W.W. wraz z załącznikami; Profil LinkedIn W.B.; Profil LinkedIn A.S.; Artykuł „Modułowe budynki wielorodzinne” T. Perkowski; Raport bieżący nr 52/2020, Informacje ze stron internetowych dot. kar umownych nałożonych na Unibep S.A.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający przedstawił swoje uzasadnienie zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz podał m.in., że Wykonawca co najmniej miał wątpliwości czy jego referencje są wystarczające i w związku z tym zwrócił się do Zamawiającego w dniu 26 września b.r. Z pytaniem: „(...) *Prosimy o potwierdzenie, iż wykonawca który zrealizował w/w obiekt (o powierzchni minimalnej 1000 metrów) w technologii prefabrykowanej, tj. modułów 2D również spełnia wymagany warunek. Ograniczenie możliwości składania oferty przez firmy dysponujące referencjami jedynie w technologii 3D w sposób jednoznaczny ograniczy konkurencyjność postępowania praktycznie do jednej ewentualnie dwóch firm*”. Zamawiający podał, że stanowiący integralną część SWZ załącznik w postaci projektu w sposób niebudzący wątpliwości przedstawiał projekt budynku w technologii modułowej. Na gruncie tego projektu brak jest możliwości zastosowania technologii panelowej na etapie wykonawstwa. Zdaniem Zamawiającego w istocie takie wątpliwości w ogóle nie istniały. Istnieje ustalona konwencja nazewnicza zdecydowanie odróżniająca technologię prefabrykacji „dwuwymiarowej” – panelowej oraz „trójwymiarowej” – modułowej. Pomimo, iż obie technologie są stosunkowo nowe, od lat konwencja ta jest ustalona – również w literaturze przedmiotu. Przykładowo Zamawiający wskazał na publikację pt. „Budownictwo modułowe – zastosowanie, zalety, rodzaje systemów” w Inżynierze Budownictwa – numer z maja 2020 roku.

Następnie Zamawiający stwierdził, iż nie dysponuje wiedzą, aby w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 Pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy Unihouse S.A. 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. Wskazywane przez Odwołującego zastrzeżenia dotyczące przebiegu procesu projektowania, nawet gdyby fakty wskazane przez Odwołującego znalazły potwierdzenie w rzeczywistości, nie wyczerpują zdaniem Zamawiającego, przesłanki obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Dalej Zamawiający podał, że uznawszy, że doszło do omyłki i w istocie chodzi o naruszenie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp (a nie – jak pisze Odwołujący – 108 ust. 1 pkt. 7, taka bowiem jednostka redakcyjna nie istnieje w Pzp), stwierdził, że nie dysponuje informacją, która pozwoliłaby na wykluczenie z postępowania Unihouse S.A. Wpłata kar umownych w Norwegii, zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego informacją nastąpiła w 2017 roku, zaś informacja dotycząca kar umownych naliczonych przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku wskazuje na to, iż informacja ta pojawiła się w kontekście sprawozdania finansowego Unibep a dotyczy postępowania przed Sądem Apelacyjnym w Białymstoku. Powyższe dwie sytuacje w kontekście normy art. 111 pkt 4 nie wskazują na istnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Zamawiający jako dowody wskazał na film pod podanym linkiem oraz załączył: wydruk pytania zadanego 26 września 2023 r. przez Wykonawcę Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. K., wydruk publikacji pt. „Budownictwo modułowe – zastosowanie, zalety, rodzaje systemów” w magazynie Inżynier Budownictwa – numer z maja 2020 roku.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Unihouse S.A. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody załączone do złożonych w postępowaniu ww. pism oraz dowody złożone przez:

- Odwołującego za pismem z 3 stycznia 2024 r., w tym oświadczenia projektanta dr inż. arch. Ewy Brach, opinii technicznej Politechniki Gdańskiej, Stanowiska Stowarzyszenia Energooszczędne Domy Gotowe, oferty i wyjaśnień W.W.;
- Zamawiającego w postaci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na roboty budowlane obejmujące: zaprojektowanie i wybudowanie budynku użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą i małą architekturą w Gdańsku przy ul. Ptasiej na działce 620/2, prowadzonego przez Gdańską Infrastrukturę Społeczną Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku;

-Przystępującego w postaci: pisma Stowarzyszenia Energooszczędne Domy Gotowe z 29 grudnia 2023 r., wystąpienia Unihouse S.A. do Stowarzyszenia Energooszczędne Domy Gotowe z 20 grudnia 2023 r., Wykazu robót złożonego przez Wykonawcę w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Różan, Budownictwo drewniane. Poradnika dla inwestora z maja 2022 r., wydruku zawierającego program spotkania – Konferencja Drewno – budowlanym materiałem przyszłości.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii językoznawcy, na okoliczność rozumienia terminu „technologii prefabrykowanych modułów drewnianych” we wskazanym przez Zamawiającego kontekście, o rozważenie którego wnosił na rozprawie Zamawiający. W postępowaniu odwoławczym zasadą jest udowodnienie swoich twierdzeń. W sytuacji, gdy Zamawiający widział potrzebę zasięgnięcia opinii językoznawcy, powinien to uczynić w stosownym czasie.

W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala na ocenę zarzutów postawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W informacji o wyniku postępowania Zamawiający jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie objętym zarzutami odwołania wskazał:

Zamawiający Gdańska Infrastruktura Społeczna działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023r. poz. 1605), odrzuca ofertę Wykonawcy Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. K., ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Realizacja przedsięwzięcia inwestycyjnego w Gdańsku przy ul. Ogińskiego polegającego na budowie Budynku usługowego A1 z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na części działek 69/5 i 69/2, obręb 704 w Gdańsku, przy ulicy Ogińskiego, budynku mieszkalnego wielorodzinnego 16-lokalowego - budynek A2 z infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem terenu na terenie działki 69/5, 69/2 obręb 704 w Gdańsku przy ul. Ogińskiego oraz trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych 9-lokalowych z infrastrukturą techniczną wraz zagospodarowaniem terenu działki 143/2 i 122/2 obręb 704. Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 171-536733

W ocenie Zamawiającego Wykonawca Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. i Sp. K., nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej, o której mowa w SWZ pkt. VI.B. ppkt 2 tiret pierwsze dotyczącego wykonania „... co najmniej jednego zamówienia polegającego na wybudowaniu jednego budynku w technologii prefabrykowanych modułów drewnianych o powierzchni minimalnej 1000 m kw ...”.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023r. poz. 1605), Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na wątpliwości dotyczące dokumentów złożonych przez Wykonawcę Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. K. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, określonego w pkt. VI.B. ppkt 2 tiret pierwsze SWZ dotyczącego wykonania „... co najmniej jednego zamówienia polegającego na wybudowaniu jednego budynku w technologii prefabrykowanych modułów drewnianych o powierzchni minimalnej 1000 m kw ...”, Zamawiający wezwał dwukrotnie Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie (24.10.2023 r. oraz 03.11.2023 r.).

Zamawiający szczegółowo przeanalizował referencje dot. wykonania Budynku Laboratorium w Gdańsku przy ul. Kampinoskiej przedstawione przez Wykonawcę Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. K. w przedmiotowym postępowaniu oraz otrzymane wyjaśnienia, przekazane Zamawiającemu w celu wykazania spełnienia warunku SWZ pkt. VI.B. ppkt 2 tiret pierwsze w przedmiocie doświadczenia w wybudowaniu budynku w technologii prefabrykowanych modułów drewnianych.

Dodatkowo w toku postępowania Wykonawca Unihouse S.A. przedłożył dwa pisma (z dnia 03.11.2023 r. oraz 17.11.2023r.), w których przedstawił argumenty wskazujące, w opinii Wykonawcy Unihouse S.A., możliwe podstawy wykluczenia z postępowania Wykonawcy Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. K. Zgodnie z powyższym stanowiskiem Wykonawcy Unihouse S.A. Wykonawca Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. i Sp. K. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, określonego w pkt. VI.B. ppkt 2 tiret pierwsze SWZ dotyczącego

wykonania „... co najmniej jednego zamówienia polegającego na wybudowaniu jednego budynku w technologii prefabrykowanych modułów drewnianych o powierzchni minimalnej 1000 m kw ...”.

Na potwierdzenie powyższego Wykonawca Unihouse S.A. przedłożył m.in. opinię Architekta W.W. oraz wskazał na wypowiedź Prezesa firmy Ekoinbud Pana Tomasza Balcerowskiego podczas Webinaru dot. Zastosowania energooszczędnych technologii budowlanych na przykładzie CBRIB (inwestycji z referencji) dostępnego na kanale youtube pod adresem:

1HexX6XSQxs3_3mLAXYKdrUCLwPLypNax3nmpk#bottom-sheet, w której Pan Tomasz Balcerowski wyraźnie zaznaczył, jaka technologia została wykorzystana podczas realizacji Budynku Laboratorium w Gdańsku. Podczas wyżej wskazanego wywiadu Pan Tomasz Balcerowski od minuty 8:50 mówi: „...Jest kilka rodzajów prefabrykacji, kilka poziomów, na których można fabrykować się budynki, to mogą być panele, mogą być moduły, to mogą być prefabrykaty z różnych materiałów. My akurat jesteśmy firmą, która fabrykuje w technologii szkieletu drewnianego i robimy panele, z których składamy później domy, biurowce w różnego rodzaju punkty usługowe i wszelkiego rodzaju obiekty...” Również w tym samym Webinarze są zdjęcia z realizacji Inwestycji: Wykonanie Budynku Laboratorium w Gdańsku przy ul. Kampinoskiej, które zdaniem Zamawiającego przedstawiają budowę w technologii panelowej (2D) a nie technologii modułowej (3D) wymaganej przez Zamawiającego.

Ponadto w Katalogu 2023 Ekoinbud Compressed.pdf Wykonawca Firma Budowlana Ekoinbud Sp. z o.o. i Sp. K. wskazał, że budynek Centrum Badawczo Rozwojowe w Gdańsku „...wykonaliśmy w technologii prefabrykowanej EcologiQ, przy wykorzystaniu ściany zewnętrznej 34 cm oraz dachu płaskiego 40cm” co wskazuje, że obiekt został zrealizowany w prefabrykowanej konstrukcji drewnianej panelowej (2D), a nie w wymaganej przez Zamawiającego technologii prefabrykowanych modułów drewnianych, która jest technologią „trójwymiarową” (3D). Zdaniem Zamawiającego określenie technologii prefabrykowanej modułowej dla specjalisty branży budowlanej, jakim powinien być wykonawca, nie wymaga rozwinięcia nazwy „samonośne elementy przestrzenne 3D”. Poza wskazaną powyżej technologią istnieją również technologia szkieletów drewnianych (1D), technologia prefabrykowana panelowa (2D) i najwyższy stopień prefabrykacji jakim jest wymagana przez Zamawiającego w ramach niniejszego zamówienia prefabrykowana technologia modułowa (3D). Zamawiający przedstawił jako stanowiący integralną część SWZ załącznik w postaci istniejącego projektu budowlanego wskazującego na tą właśnie technologię.

Technologia modułowa stanowi szczególną technologię prefabrykowaną, w której cała konstrukcja (ściany nośne zewnętrzne, ściany nośne wewnętrzne, ściany działowe, elementy nośne dachu) jest wykonana w wytwórni wraz z szachtami i instalacjami w konstrukcji modułu. Technologia modułowa w definicji Narodowego Centrum Badań i Rozwoju oznacza „elementy przestrzenne 3D w postaci zespolonych przegród pionowych i poziomych wytwarzanych w kontrolowanych warunkach w wytwórni (poza docelowym miejscem budowy). Zespolenie wykonanych w wytwórni modułów 3D odbywa się na docelowym terenie budowy.” Pojęcie to w identycznym znaczeniu używane jest w języku profesjonalnych wykonawców stosujących tę stosunkowo nową technologię. Dodatkowo wyposażenie modułów odbywa się w wytwórni (wykończenie podłóg, ścian, ułożenie instalacji, armatura, itp...). Wybudowanie zadania inwestycyjnego jak przedmiotowe wymaga w tej technologii znacznie mniejszej ilości dni prac na budowie niż w technologii panelowej. Zastosowanie technologii modułów drewnianych (3D) zgodnego z projektem umożliwia realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego w terminie założonym przez Zamawiającego. Żadna inna technologia nie daje takiej możliwości.

Referencyjny Budynek Laboratorium przy ul. Kampinowskiej w Gdańsku wykonano, zgodnie z dostarczonymi Referencjami i wcześniej powołaną wypowiedzią Prezesa Ekoinbud a także – zgodnie z Katalogiem Ekoinbud 2023 w technologii „prefabrykowanej drewnianej konstrukcji budynku.” W referencyjnym obiekcie zastosowano technologię prefabrykowaną 2D, co oznacza elementy płaskie przegród pionowych o konstrukcji tarczowej i poziomych o konstrukcji płytowej wytwarzanych w wytwórni, które następnie są transportowane i łączone na terenie budowy, a nie w kontrolowanych warunkach zakładu prefabrykacji, jak w przypadku technologii modułowej (3D).

To rozróżnienie jest podkreślane nie tylko przez specjalistów w dziedzinie konstrukcji, ale także przez badaczy w dziedzinie inżynierii i zarządzania projektami, jak wskazano wyżej w definicji technologii prefabrykowanej modułowej przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie podlega uwzględnieniu co do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego. W tym zakresie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania. Nie potwierdziły się natomiast zarzuty odwołania co do wykluczenia z postępowania wykonawcy Unihouse S.A.

Ad zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 17 ust.1 pkt 1) i pkt 2) Pzp stanowi: 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

W myśl art. 137 ust.1 Pzp 1. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Na wstępie wskazania wymaga, że w sprawie nie ma sporu co do tego, iż odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego wskazane przez tego wykonawcę zadanie referencyjne nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, bowiem referencyjny budynek laboratorium przy ul. Kampinowskiej w Gdańsku nie został wybudowany w technologii prefabrykowanych modułów drewnianych, przez którą Zamawiający rozumie technologię 3D, która jak wynika z przedstawionej w toku postępowania odwoławczego argumentacji, wiąże się ze sposobem rozumienia terminu „moduł”, lecz w technologii 2D, która oznacza „technologię panelową”.

Nie ma także sporu co do tego, że Zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie podał co rozumie pod pojęciem „technologia prefabrykowanych modułów drewnianych”, nie wskazał w nim na technologię 3D, jak też nie przedstawił w SWZ definicji „prefabrykowanych modułów drewnianych” na potrzeby Postępowania ze wskazaniem na prezentowany obecnie sposób rozumienia tego sformułowania.

Następie zaznaczenia wymaga, że w sprawie nie zostało wykazane, aby przepisy prawa zawierały definicję „prefabrykowanych modułów drewnianych”, że istnieje jeden, powszechnie przyjęty sposób rozumienia ww. sformułowania. Przeciwnie, zostało wykazane, że nie ma jednej, powszechnie obowiązującej definicji tego terminu. Ze stanowisk stron i Przystępującego wynika, że budownictwo drewniane prefabrykowane to stosunkowo nowy, rozwijający się stale trend. Branża nie wypracowała jeszcze aparatu definicyjnego, nie ma jednej, jednoznacznie uregulowanej definicji użytego w warunku udziału w postępowaniu ww. spornego sformułowania.

Jak wskazał Odwołujący, używanie określenia „budownictwo modułowe”, „technologia modułowa” w odniesieniu do budynków wykonanych z prefabrykatów w różnych stopniach prefabrykacji jest powszechne, co wynika m.in. z materiałów zamieszczanych na stronach internetowych m.in. producentów drewnianych budynków prefabrykowanych, realizowanych w oparciu o technologie podobne do stosowanej przez Wykonawcę na referencyjnym zamówieniu, które są nazywane budynkami modułowymi. Wynika z nich, że nie tylko budynki, które, jak obecnie twierdzi Zamawiający, które są wykonane z „samonośnych elementów przestrzennych 3D”, są rozumiane jako wykonane w technologii modułowej.

Zauważenia wymaga, że zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN (Sjp.pwn.pl) przez moduł należy rozumieć element pełniący określoną funkcję łatwy do wykorzystania jako część różnych większych całości. Tak rozumiany moduł wskazuje zatem nie tylko na technologię 3D, jak obecnie twierdzi Zamawiający, ale może także oznaczać technologię 2D, na co wskazuje stanowisko Odwołującego i przedłożone przez niego dowody.

Z pisma z 15 listopada 2023 r. dr inż. E.B., według oznaczenia w nagłówku, będącej członkiem POIA, posiadającej określone w nim uprawnienia, kwalifikacje urbanisty, uprawnienia konserwatorskie, która była autorem dokumentacji projektowej, wykonanej dla zadania „Budowa centrum badawczo-rozwojowego” w Gdańsku przy ul. Kampinowskiej na zlecenie konsorcjum Ekoinbud Sp. z o.o. i FB Ekoinbud Sp. z o.o. Sp. k., wynika, że opracowana przez nią dokumentacja została wykonana w oparciu o technologię prefabrykowanych modułów drewnianych. Z uwagi na wymóg zastosowania technologii, która umożliwi realizację inwestycji w krótkim czasie, ze względu na potrzeby Inwestora, została przez ww. projektanta wybrana do realizacji projektu technologia prefabrykowana modułowa, oparta o gotowe, produkowane w zakładzie produkcyjnym, elementy ściennie, stropowe i dachowe.

Z kolei w opinii technicznej na: „Temat Drewnianego Modułu Budownictwa Prefabrykowanego”, sporządzonej przez dr inż. W.M. - Wydział Inżynierii Lądowej i Środowisk Katedra Inżynierii Budowlanej Politechniki Gdańskiej, zostało m.in. wskazane: „Według słownika PWN panel jest płytowy element konstrukcyjny, który może być również modułem, czyli częścią składową większego systemu budowlanego, możliwym do połączenia z innymi modułami [5,6]. Mówiąc o modułach 3D, zawsze mamy na myśli konstrukcje posiadające trójwymiarowy charakter, czyli 3 wymiary – długość, szerokość i wysokość (X,Y,Z), co jest zgodne z logiką i zasadami projektowania przestrzennego. Natomiast panel lub moduł 2D, spotykany np. w oprogramowaniu CAD, jest uproszczony, płaski model konstrukcyjny, który w rzeczywistości nie występuje, ponieważ wszystkie elementy budowlane mają trzeci wymiar. Elementy takie jak ściany, stropy, czy nawet kompleksowe segmenty budynku, są produkowane z dala od placu budowy, co zapewnia wyższą jakość wykonania oraz skrócenie czasu realizacji inwestycji. Wszystkie one są elementami przestrzennymi 3D.” (...)” Dalej w tej opinii zostało

m.in. wskazane: „Publikacja autorstwa Pana W.P. prezentowana podczas prestiżowej konferencji ForumHolzbau w 2018 roku opisuje moduł jako jednostkę miary w budownictwie szkieletowym. (...) Mówi się o modułach jako właściwej jednostce miary w budownictwie szkieletowym, co implikuje gotowe moduły ścienne czy stropowe”

Z oświadczeń Prezesa Stowarzyszenia Energooszczędne Domy Gotowe wynika, że Stowarzyszenie traktuje budownictwo modułowe jako prefabrykaty przestrzenne, ma też wiedzę, że ten termin jest rozumiany w sposób prezentowany przez Odwołującego. W oświadczeniu z 2 stycznia 2024 r. zostało wskazane: „Jednakże, odnosząc się do Państwa pytania, zauważamy, że faktycznie na Polskim rynku budowlanym, pośród części grona jego uczestników (wykonawcy, architekci, klienci, redaktorzy) modułowością określany jest sposób projektowania i realizacji obiektów, na bazie standardowych wielkogabarytowych elementów (ścian, stropów, dachów) w różnych zakresach wykończenia, od najprostszych (konstrukcja, izolacja wewnętrzna wraz z opływowaniem) do najbardziej zaawansowanych (ze stolarką, elewacją, instalacjami elektrycznymi).

Nie jest więc tak, że jest oczywistym, iż wykonawcy powinni opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu zrozumieć wyłącznie jako konieczność wylegitymowania się doświadczeniem w wybudowaniu budynku w technologii 3D. Potwierdza to fakt wystąpienia przez Odwołującego do Zamawiającego, na które wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a na które nie udzielił odpowiedzi. W wystąpieniu tym nie ma sugestii zmiany wymogu postawionego w SWZ, lecz wola upewnienia się co do prezentowanego przez Wykonawcę sposobu jego rozumienia.

W ocenie Izby dowody złożone przez Zamawiającego w postaci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na roboty budowlane obejmujące: zaprojektowanie i wybudowanie budynku użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą i małą architekturą w Gdańsku przy ul. Ptasiej na działce 620/2, prowadzonego przez Gdańską Infrastrukturę Społeczną Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz oferta Wykonawcy złożona w tym postępowaniu, gdzie zostało wprowadzone w opisie warunku udziału w postępowaniu rozróżnienie na technologię prefabrykowanego drewnianego szkieletu w postaci modułów lub paneli, wskazują, że w tamtym postępowaniu Zamawiający dokonał ww. rozróżnienia, a jednocześnie uwzględnił doświadczenie w co do nich. Tymczasem w analizowanym postępowaniu Zamawiający nie wprowadził analogicznych zapisów. Zamawiający nie opowiedział się za konkretnym sposobem rozumienia użytego w opracowanej przez siebie SWZ sformułowania i, jak wyżej wskazano, nie przedstawił definicji modułu na potrzeby tego postępowania.

Zaznaczenia wymaga, że SWZ nie może być zmieniana po upływie terminu składania ofert. Niewyrażone w opisie warunku udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny intencje Zamawiającego, nie mogą stanowić podstawy do uznania, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na brak ich wykazania. To Zamawiający jest autorem SWZ. W związku tym wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych jej postanowień. Jeżeli Zamawiający chciał, aby w analizowanym postępowaniu wzięli udział jedynie wykonawcy, którzy legitymują się doświadczeniem w wykonaniu określonego zadania wyłącznie w technologii 3D, to powinien to wyraźnie zapisać w SWZ. Warunki udziału w postępowaniu winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na etapie postępowania. Negatywne skutki braku zapisania w SWZ w opisie warunku udziału w postępowaniu rzeczywistych intencji obciążają Zamawiającego. Jeżeli warunki udziału zostały sformułowane w taki sposób, że możliwe jest różne ich rozumienie (jak w okolicznościach analizowanego postępowania), to należy zastosować taki sposób interpretacji, który nie obciąża Wykonawcy negatywnymi skutkami braku precyzji Zamawiającego. Zgodzić się należy z Odwołującym, że z pkt VI lit. B pkt 2 SWZ nie wynika, aby referencyjne zadanie było wykonane w sposób identyczny co do stopnia ich prefabrykacji z modułami opisanymi w projekcie architektonicznobudowlanym wykonanym na potrzeby zamówienia. Zamawiający nie postawił bowiem takiego wymogu i jak wyżej wskazano, nie wprowadził do SWZ definicji technologii prefabrykowanych modułów drewnianych na potrzeby Postępowania. W sytuacji, gdy w świetle używanych w branży budowlanej terminów przez „prefabrykowane moduły drewniane” rozumie się także takie, które zostały zastosowane przez Odwołującego przy budowie referencyjnego zadania w Gdańsku, to nie sposób uznać, że wykazanie się przez Odwołującego doświadczeniem w jego wykonaniu nie potwierdza spełnienia postawionego w SWZ warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, z którego wynika, że na to, że sporny warunek udziału w postępowaniu, pomimo, iż nie jest to określone w opisie warunku, powinien być rozumiany w ten sposób, że odnosi się do technologii 3D, wskazuje opis przedmiotu zamówienia, który ma być wykonany właśnie w tej technologii, co wynika z projektu przekazanego przez Zamawiającego.

Należy bowiem odróżnić opis warunku udziału w postępowaniu, który jest elementem podmiotowym odnoszącym się do wykonawcy, od warunków zamówienia, będących elementem przedmiotowym badania oferty, pod względem spełniania wymogów merytorycznych związanych z przedmiotem zamówienia. Celem stawiania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiających jest zapewnienie sobie możliwości oceny zdolności wykonawców do wykonania zamówienia. Co do zasady, dla takiej oceny nie jest konieczne, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem w budowie identycznego budynku, jak ten, który ma być przedmiotem zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do opisu przedmiotu danego zamówienia, a nie być z tym opisem tożsame. Zdolnym do wykonania zamówienia jest bowiem nie zawsze tylko taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z

obecnie zamawianym.

W okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający nie określił w SWZ, że wymaga legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu budynku w technologii 3D, jak też nie wykazał, że tylko wykonawca, który ma takie doświadczenie, jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Skoro Zamawiający nie określił w opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, że referencyjne zadanie ma być wykonane w technologii modułowej identycznej z opisanym w projekcie architektoniczno-budowlanym, wykonanym na potrzeby przedmiotowego zamówienia, to oznacza, że nie postawił takiego wymogu, a w konsekwencji, przy braku oficjalnej definicji technologii prefabrykowanych modułów drewnianych oraz braku jej przedstawienia w SWZ, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że referencyjne zadanie w Gdańsku nie spełnia postawionego w SWZ warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że zarzuty odwołania dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziły się.

Ad zarzuty dotyczące wykluczenia Wykonawcy

Art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp: *Z postępowania wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w, 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 kolei w myśl Pzp: *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. , z 2022 r. i oraz z 2023 r.), 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.*

Powyższe wskazuje, że dla zastosowania wskazanej przez Odwołującego przesłanki wykluczenia z postępowania w pierwszej kolejności wykazania wymaga, że wykonawca Unihouse S.A. był bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie postępowania lub pośrednio poprzez członka grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji. Zgodnie z art. 4 pkt 14 tej ustawy 14), gdy jest mowa o grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę, zaś zgodnie z pkt 1) tego art., gdy mowa o przedsiębiorcy - rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2023 r. , i), a także: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w, d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji, natomiast przez przejęcie kontroli zgodnie z pkt 4 tego art. rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Jak wynika z powyżej przedstawionego odwołania, naruszenie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6) Pzp Odwołujący wiąże w szczególności z tym, że architekt W.W., który jest współautorem dokumentacji w analizowanym postępowaniu, jest powiązany z Unihouse S.A., na co wskazuje m.in. to, że korzystał z zespołu projektowego tej spółki na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego pn. „*Przygotowanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla potrzeb uzyskania pozwolenia na budowę dla nieruchomości stanowiącej działkę przy ul. Siennickiej 44/6 obr. 092 w Gdańsku z przeznaczeniem na budowę schroniska dla bezdomnych z usługami opiekuńczymi*”, a zatem innego postępowania. Z wyjaśnień udzielonych przez W.W. z dnia 28 września 2023 r. wynika, że powołał się on na ofertę jaką uzyskał od UNIHOUSE S.A. w związku z planowaną współpracą, a także wskazał UNIHOUSE S.A. jako podwykonawcę w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Dodatkowo, część z architektów będących autorami dokumentacji projektowej zrealizowanej przez wykonawcę – konsorcjum firm W.W. oraz A.A. ma ścisłe powiązania z UNIHOUSE S.A. lub z podmiotem, z którego zasobów ten wykonawca korzysta tj. Unibep S.A. Osoby te bądź współpracują bądź pozostawały w zatrudnieniu w tej spółce.

Zwraca uwagę, że Odwołujący nie wykazuje, aby Unihouse S.A. lub członek jego grupy kapitałowej był zaangażowany w przygotowanie postępowania. Nie wykazuje nawet, że wskazane przez niego osoby należą do grupy kapitałowej Unihouse S.A. w rozumieniu ww. przepisu, lecz zakłócenie konkurencji w postępowaniu wiąże z przypadkami współpracy wskazanych osób z Unihouse S.A. lub podmiotem udostępniającym mu zasoby, tj. Unibep S.A. Tymczasem w przypadku grupy kapitałowej nie chodzi jedynie o współpracę przedsiębiorców, lecz o kontrolę i wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Odwołujący podnosi, że wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy Unihouse S.A. w realizację dokumentacji projektowej dla niniejszego zamówienia, spowodowało naruszenie konkurencyjności, jednak tego nie wykazał. Odwołujący nie wykazał np., że w analizowanym postępowaniu wykonawcy nie mieli przekazanych na tych samych zasadach istotnych informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, nie wykazał, że Unihouse S.A. posiada większy zasób tych informacji, nie podniósł i nie wykazał, że wyznaczony przez Zamawiającego termin na złożenie ofert był zbyt krótki i nie pozwalał na należyte przygotowanie oferty.

O zakłóceniu konkurencji w postępowaniu, nie stanowi również to, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wykorzystał opinię projektanta, który dokonał oceny zgodności spornego zadania referencyjnego przy ul. Kampinoskiej w Gdańsku z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej. Po pierwsze, jak wyżej wskazano opis warunku udziału w postępowaniu nie może być utożsamiany z opisem przedmiotu zamówienia. Skoro, jak sam Odwołujący twierdzi w odwołaniu, opinia projektanta nie dotyczyła oceny czy zadanie referencyjne potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, lecz oceny jego zgodności z opracowanym projektem, to trudno to uznać, za zakłócenie konkurencji w rozumieniu wskazanego w odwołaniu przepisu Pzp.

Zdaniem Odwołującego Unihouse S.A. podlega wykluczeniu także na podstawie art. 108 ust.1 pkt 7 Pzp. Zdaniem Wykonawcy wskazuje na to okoliczność, iż polega on na zdolnościach Unibep S.A., a z informacji Odwołującego wynika, że Unibep S.A. zostały naliczone kary umowne przez Województwo Podlaskie - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, a także na zamówieniu realizowanym przez ten podmiot w Norwegii.

Tymczasem art. 108 ust.1 nie zawiera pkt 7 Pzp, natomiast art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp, na który wskazał Zamawiający, zawierający fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, wymaga wykazania, że wykonawca *z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.*

Tymczasem Odwołujący nie podniósł, aby w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia została przewidziana fakultatywna przesłanka określona w tym przepisie, tj. której zastosowanie zależy od decyzji Zamawiającego, oraz nie wykazał jej zaistnienia. Ogólnikowe stwierdzenia dotyczące podmiotu, na którego zasobach wykonawca Unihouse S.A. polega, nie może być uznane za uzasadnienie wypełnienia się przesłanki wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Stosownie do art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym precyzyjne sformułowanie zarzutów i ich należyte uzasadnienie ma istotne znaczenie dla ich rozpoznania. Brak dopełnienia tego obowiązku przez Odwołującego nie może skutkować dla niego pozytywnie, w tym przypadku, uznaniem zaistnienia podstaw do wykluczenia Unihouse S.A. z postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i § 7 ust. 5 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego, uznając, iż przemawia za tym rodzaj i waga dla rozstrzygnięcia odwołania postawionych w odwołaniu zarzutów, które wskazują, że to zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego stanowiły istotę odwołania, a naruszenie przepisów Pzp w tym zakresie ma istotny wpływ na wynik postępowania.

Przewodnicząca: