Sygn. akt: KIO 3576/23

WYROK
z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**
Członkowie: **Renata Tubisz**
Adriana Urbanik
Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez **wykonawcę MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna z siedzibą w Niedzicy** przy udziale **wykonawcy Enerko Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Enerko Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.**
3. **Zarzuty ewentualne odwołania pozostawia bez rozpoznania.**
4. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna z siedzibą w Niedzicy w części 2/3 oraz wykonawcę MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu w części 1/3 i**
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu tytułem wpisu od odwołania,
   4.2. zasądza od zamawiającego Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna z siedzibą w Niedzicy na rzecz wykonawcy MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu kwotę 15 675 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. 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: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 3576/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna z siedzibą w Niedzicy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie" (znak sprawy: UU-271-36/23)".* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2023 r., za numerem 2023/S 132-420582.

W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) wyboru oferty Enerko Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (dalej zwany także: „Enerko Energy" lub „Wykonawcą" lub „Przystępujący") jako najkorzystniejszej, pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy pzp,

2) zaniechania odrzucenia oferty Enerko Energy podczas gdy zaistniała podstawa do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy pzp,

3) zaniechania odrzucenia oferty Enerko Energy podczas gdy zaistniała podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art.

226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp,

4) zaniechania wezwania Enerko Energy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (Wykazu dostaw i usług wraz z referencjami, ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ w brzmieniu z dnia 22 września 2023 r.

5) zaniechania wezwania Enerko Energy do złożenia oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby tj.: Instytutu OZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hydrotechnika Prace Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Voith Hydro GmbH & Co KG w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej;

6) prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Enerko Energy mimo iż oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Enerko Energy mimo iż oferta Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Enerko Energy mimo iż doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania podmiotu Instytut OZE sp. z o.o., który należy z Wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w przygotowanie postępowania, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu,

4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp (w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp) poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona,

5. art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Enerko Energy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (Wykazu dostaw i usług wraz z referencjami, ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ w brzmieniu z dnia 22 września 2023 r., mimo iż Wykonawca nie wykazał, że spełnia ten warunek,

6. art. 124 pkt 1 i art. 126 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 119 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Enerko Energy do złożenia oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby tj.: Instytutu OZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hydrotechnika Prace Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Voith Hydro GmbH & Co KG w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, mimo obowiązku zbadania, czy nie zachodzą wobec ww. podmiotów podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Enerko Energy jako najkorzystniejszej,

2) odrzucenie oferty Enerko Energy jako niezgodnej z dokumentami zamówienia i/lub jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny i/lub z powodu podlegania przez Enerko Energy wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp,

3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z pominięciem oferty Enerko Energy.

ewentualnie:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Enerko Energy jako najkorzystniejszej,

2) wezwania Enerko Energy do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp podmiotowych środków dowodowych (Wykazu dostaw i usług wraz z referencjami, ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ w brzmieniu z dnia 22 września 2023 r. w zakresie dokumentacji wykonawczej,

3) wezwania Enerko Energy do złożenia w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby tj.: Instytutu OZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hydrotechnika Prace Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Voith Hydro GmbH & Co KG w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej,

4) dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Zarzut 1 i 2 odwołania.

Odwołujący wskazał, że składając ofertę wykonawcy wypełniali formularz, w którym podawali cenę całości przedmiotu zamówienia, a następnie zobligowani byli do wyszczególnienia, jakie pozycje się na tę cenę składają. Pozycją rozpoczynającą wyszczególnienie był „Projekt wykonawczy we wszystkich branżach". Składając ofertę wykonawcy mieli obowiązek podać, jaka jest wartość netto projektu wykonawczego we wszystkich branżach, jaki będzie podatek VAT oraz jaka jest wartość brutto. Wykonawca Enerko Energy nie podał żadnej spośród wyżej wskazanych wartości. Innymi słowy - błąd, który popełnił wykonawca Enerko Energy polegał na tym, że pierwsza pozycja, która zgodnie z formularzem oferty miała się składać na cenę, w ogóle nie została przez tego Wykonawcę podana. Rodzaj błędu popełnionego przez wykonawcę Enerko Energy doprowadził do sytuacji, w której spełniły się dwie przesłanki odrzucenia oferty. Pominięcie wyceny istotnej części zamówienia świadczy bowiem o tym, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a jednocześnie podana cena obarczona jest błędem.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 4 kwietnia 2023 r., KIO 777/23 i wskazał, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający przygotował formularz oferty, który obejmował nie tylko łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia, ale także wyszczególnienie poszczególnych elementów składających się na cenę. Co więcej, w przygotowanych przez Zamawiającego wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 25 września 2023r. zamieszczono następującą informację: „Pytanie 1: Prosimy o jednoznaczne określenie jakie dokumenty są wymagane przez Zamawiającego jako załączniki do oferty opracowanej na podstawie pliku pn. „Załącznik Nr 1 Wzór oferty.docx "? Wyjaśnienie: 1. Zamawiający wymaga złożenia oferty sporządzonej na podstawie Załącznika Nr 1 do SWZ." Powyższe jednoznacznie prowadzi do wniosku, że Zamawiający wymagał oferty o ściśle określonej treści. Skoro Zamawiający skonkretyzował swoje oczekiwania co do merytorycznej zawartości oferty, to miał następnie obowiązek dokonywania oceny ofert w sposób odpowiadający uprzednio zakomunikowanym kryteriom. W analizowanej sprawie nie ulega wątpliwości, że Załącznik Nr 1 do SWZ obejmował obowiązek podania przez wykonawców ceny netto, podatku i ceny brutto za wykonanie projektu wykonawczego we wszystkich branżach. Wykonawca Enerko Energy obowiązku tego nie spełnił. Na skutek powyższego, ocena zgodności treści złożonej przez tego Wykonawcę oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia jest negatywna. Powyższe świadczy o tym, że oferta ww. Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność ta polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, przy czym podkreślił, że chodziło o takie wymagania SWZ, które dotyczyły sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy. Nadto, zaistniała niezgodność miała charakter zasadniczy i nieusuwalny. Opisywana sytuacja świadczy zatem o wystąpieniu takiej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, która stanowi przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy. O słuszności przedstawianego stanowiska świadczy liczne orzecznictwo KIO odnoszące się do tej materii. Odwołujący powołał się na: wyrok KIO z 6.09.2016 r., KIO 1565/16, LEX nr 2151636., wyrok KIO z 24.03.2021 r., KIO 475/21, LEX r 3171249., wyrok KIO z 10.08.2020 r., KIO 1505/20, LEX nr 3053639, wyrok KIO z 23.03.2023 r., KIO 673/23, LEX r 3529789.

Odwołujący wskazał, że po złożeniu ofert analizował m.in. ofertę złożoną przez Enerko Energy i w dniu 17 października 2023 r. skierował do Zamawiającego pismo informujące o występującej podstawie odrzucenia oferty wykonawcy Enerko

Energy. Pismem z dnia 20 listopada 2023 r. Zamawiający odpowiedział Odwołującemu, podając, że nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty Enerko Energy i wskazując, że: „W postępowaniu prowadzonym przez Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna zestawienie cenowe nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zestawienie cenowe nie stanowi podstawowego i jedynego źródła ustalenia czy treść oferty odpowiada warunkom zamówienia. Zestawienie cenowe przy wynagrodzeniu ryczałtowym może być przedmiotem zainteresowania Zamawiającego nie jako dokument stanowiący element oferty, ale w ramach analizy czy oferta nie zawiera rażąco niskiej cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia." Przedstawione przez Zamawiającego wyjaśnienia należy uznać za niezgodne z regulacjami pzp, w tym w szczególności z art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp. Nadto, wyjaśnienia te pozostają w oczywistej sprzeczności z zacytowaną powyżej odpowiedzią Zamawiającego na pytanie dotyczące sporządzania oferty, gdzie Zamawiający podkreślił, że wymagał złożenia oferty sporządzonej na podstawie Załącznika Nr 1 do SWZ. Ujmując powyższe inaczej – wewnętrznie sprzeczne jest jednoczesne twierdzenie, że: - oferta musi być sporządzona według załącznika i tym samym musi obejmować zestawienie cenowe, a jednocześnie: - „zestawienie cenowe przy wynagrodzeniu ryczałtowym może być przedmiotem zainteresowania Zamawiającego nie jako dokument stanowiący element oferty". Tego rodzaju postawę Zamawiającego należy ocenić jako pomijającą regulacje prawa zamówień publicznych oraz skrajnie niekonsekwentną. Nadto, niezasadna jest próba usprawiedliwienia błędów wykonawcy Enerko Energy faktem, iż postępowanie odnosiło się do prac wynagradzanych ryczałtowo. Zamawiający od samego początku wiedział, iż będzie oczekiwał wskazania ceny ryczałtowej, a mimo to wymagał, aby wyszczególnić wszystkie pozycje składające się na łączną cenę ryczałtową. Skoro Zamawiający wymagał takiego działania od wykonawców, to tym samym nie ma podstaw, aby następnie twierdzić, że nie miało to istotnego znaczenia dla składanych ofert. Co więcej, Zamawiający uczynił tabelę zawierającą poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (pozycje cenotwórcze) częścią oferty zamieszczając ją w treści formularza ofertowego. Odwołujący zwrócił uwagę, że zaakceptowanie obecnej postawy Zamawiającego byłoby niedopuszczalne także dlatego, że prowadziłoby do zupełnie nieprawidłowych wniosków. Gdyby przyjąć, że pominięcie jednej pozycji z formularza jest dopuszczalne, to jednocześnie prowadziłoby to do konkluzji, że wypełnienie zestawienia cenowego w ogóle nie było wymagane, mimo że stanowiło istotną część formularza ofertowego. Jeśli w toku postępowania Zamawiający otrzymałby do oceny ofertę, która nie zawierałaby ani jednej pozycji szczegółowej tj. żadnego elementu zestawienia cenowego, to Zamawiający prawdopodobnie nie miałby wątpliwości, że taką ofertę należy odrzucić, gdyż nie spełniałaby ona wymogów SWZ. W taki sam sposób należy postąpić z ofertą, która nie zawiera jednego elementu formularza. W powyższym zakresie nie jest bowiem dopuszczalna żadna stopniowalność. Tak samo jak niedopuszczalne byłoby zaakceptowanie oferty z pustymi wszystkimi pozycjami cenowymi, tak samo niedopuszczalne jest zaakceptowanie oferty z jedną pustą pozycją cenową. Uzupełniając powyższe Odwołujący podał, że dopuszczenie możliwości składania przez niektórych wykonawców nie w pełni wypełnionych formularzy oferty pozostawałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Zgodnie z orzecznictwem KIO nawet przy cenie ryczałtowej przedmiot zamówienia powinien zostać prawidłowo wyceniony, w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń SWZ jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z 12.03.2021 r., KIO 503/21, LEX nr 3171484., wyrok KIO z 7.06.2018 r., KIO 1049/18, LEX nr 2557112. Przedstawione powyżej argumenty świadczą o tym, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Enerko Energy z uwagi na ziszczenie się przesłanki odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp

Odwołujący podniósł, że rodzaj błędu popełnionego przez wykonawcę Enerko Energy doprowadził także do tego, że w ofercie występuje błąd w obliczeniu ceny. Powyższe oznacza, że zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 4.04.2023 r., KIO 777/23, LEX nr 3555138., wyrok KIO z 28.03.2018 r., KIO 485/18, LEX nr 2508429., wyrok KIO z 4.01.2021 r., KIO 3295/20, LEX r 3121419., wyrok KIO z 12.03.2021 r., KIO 503/21, LEX nr 3171484.

Przekładając powyższe na grunt analizowanego stanu faktycznego Odwołujący stwierdził, że podana przez Wykonawcę Enerko Energy cena jest ceną nieprawidłową, gdyż nie obejmuje ona wyceny wszystkich pozycji cenotwórczych wskazanych w zestawieniu oczekiwanym przez Zamawiającego. Wykonawca Enerko Energy nie podał w ofercie ceny za „Projekt wykonawczy we wszystkich branżach". Jednocześnie suma wszystkich pozostałych składników wskazanych w zestawieniu cenowym odpowiada kwocie podanej jako cena całego przedmiotu zamówienia. Powyższe świadczy o tym, że nie doszło do żadnej omyłki rachunkowej, którą można byłoby skorygować. Wykonawca Enerko Energy podał cenę, która nie obejmuje całego przedmiotu umowy. Nie ulega wątpliwości, że gdyby do ceny za wykonanie wszystkich elementów umowy oprócz „Projektu wykonawczego we wszystkich branżach" dodać wartość za wykonanie ww. projektu, to cena byłaby inna. Powyższe prowadzi do wniosku, że podana przez Wykonawcę Enerko Energy cena jest

ceną nieprawidłową. Odwołujący wyjaśnił, że brak jest jakichkolwiek podstaw, by przyjąć, że wykonanie „Projektu wykonawczego we wszystkich branżach" miało być bezpłatne lub stanowiło wartość tak niską, że zostało pominięte celowo. Podkreślił, że Wykonawca Enerko Energy w pierwszej pozycji zestawienia cenowego nie podał żadnej wartości, w tym także nie podał wartości 0 zł. Wykonawca Enerko Energy pozycję tę w całości pominął i tym samym doprowadził do przedstawienia ceny za przedmiot umowy, ale z wyłączeniem „Projektu wykonawczego we wszystkich branżach". W celach porównawczych oraz w celu wykazania wartości tej pozycji, Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie wycenił te prace na kwotę 2.101.903,65 zł brutto, co z pewnością stanowi wartość niebagatelną. Mając na względzie powyższe podniósł, że po otwarciu ofert Wykonawca Enerko Energy został zobowiązany do złożenia wyjaśnień co do tego, co obejmuje podana w jego ofercie cena. W piśmie z dnia 16 października 2023 r. Wykonawca Enerko Energy odpowiedział, wskazując, że: „cena zaoferowana w ofercie (29 692 200,00 zł) obejmuje wszystkie składniki kosztowe, w tym także koszty projektu wykonawczego we wszystkich branżach. Koszty projektowe korespondują z zakresem prac dla poszczególnych branż (tj. roboty budowlano montażowe, dostawa i montaż technologii, dostawa i montaż wyposażenia elektrycznego, rozruch i przyjęcie do eksploatacji) i uwzględniono je w wartości kwot podanych w poszczególnych pozycjach oraz łącznie wliczono je do ceny sumarycznej." Przyjmując powyższe wyjaśnienia, Zamawiający w piśmie do Odwołującego z dnia 20 listopada 2023 r. wskazał, że: „Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia, w sposobie obliczenia ceny, nie opisał zasad wypełnienia zestawienia cenowego ani nie wskazał na wymóg jego wypełnienia, nie podał znaczenia zestawienia cenowego, jak również nie zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innych pozycjach, w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie przewidział także, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami, skutkować będzie odrzuceniem oferty."

Przedstawione powyżej tłumaczenia Wykonawcy Enerko Energy oraz Zamawiającego pozostają w logicznej sprzeczności z pozostałą częścią oferty złożonej przez Wykonawcę Enerko Energy Odwołujący oczywiście ma świadomość, że w toku postępowania Zamawiający wymagał podania ceny ryczałtowej, a przy tego rodzaju ceny jej struktura wewnętrzna (tj. ceny jednostkowe za poszczególne pozycje) co do zasady nie są mają doniosłego znaczenia, niemniej w niniejszej sprawie zauważenia wymaga, że: - pomimo, iż Zamawiający prosił o podanie wynagrodzenia ryczałtowego, to jednocześnie wedle treści formularza ofertowego oczekiwał informacji o cenie jednostkowej za każdą pozycję; - skoro Wykonawca Enerko Energy twierdzi, że cenę za „Projekt wykonawczy we wszystkich branżach" ujął w innych pozycjach, to powinien był dać temu jasny wyraz w treści oferty, gdyż pozostawiona luka w formularzu w żadnym razie nie oznacza, że dana pozycja została ujęta w innych wartościach, lecz jednoznacznie pokazuje, że zwyczajnie ją pominięto i jej nie wyceniono; - tłumaczenie Wykonawcy Enerko Energy o tym, że „Koszty projektowe korespondują z zakresem prac dla poszczególnych branż" w żadnej mierze nie może zostać uznane za wystarczające, gdyż jest bardzo ogólnikowe i jednocześnie niespójne z pozostałą treścią oferty. Oczywistym jest, że w przypadku realizacji inwestycji budowlanych wszystkie koszty składające się na taką realizację w pewien sposób „korespondują" z innymi zasadnymi kosztami tej inwestycji. Innymi słowy – fakt, że określone rodzaje kosztów inwestycji da się ze sobą powiązać w sposób funkcjonalny wynika z istoty realizowania jednego projektu. Wszystkie podane przez Zamawiającego w formularzu ofertowym koszty są ze sobą powiązane (lub gdyby użyć słowa wskazanego przez Wykonawcę Enerko Energy „korespondują" ze sobą), co wynika z tego, że dotyczą jednej inwestycji, a nie z tego, że zawierają się w sobie. Odnosząc się jeszcze bardziej szczegółowo do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Enerko Energy Odwołujący wskazał, że niespójne byłoby przyjęcie, że tak znacząca dla realizacji inwestycji pozycja jak „Projekt wykonawczy we wszystkich branżach" nie byłaby osobno wyceniana, a pozycje relatywnie mniejsze, czy też mniej istotne takie jak: „roboty tymczasowe - zabezpieczenia istniejących urządzeń przed pyleniem", czy „dokumentacja powykonawcza", „szkolenie załogi", „uzyskanie wymaganych pozwoleń i przekazanie do eksploatacji" podlegałyby osobnej wycenie i nie zawierały się w pozostałych większych pozycjach. W celach porównawczych Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na dwie pozycje zestawienia cenowego tj. pozycję: „Projekt wykonawczy we wszystkich branżach" oraz pozycję „dokumentacja powykonawcza". Pierwsza z wyżej wskazanych pozycji nie została przez Wykonawcę Enerko Energy wyceniona rzekomo dlatego, że koresponduje z zakresem prac dla poszczególnych branż i w nich została ujęta. Wykonanie dokumentacji powykonawczej w sposób oczywisty także odnosi się do prac wykonanych w poszczególnych branżach, a mimo to zostało przez Wykonawcę Enerko Energy wycenione. Odwołujący poddał dodatkowej analizie także Załącznik nr 7 do SWZ w postaci Programu Funkcjonalno-Użytkowego w ramach zadania - Budowa MEW Niedzica II Treść ww. dokumentu jednoznacznie wskazuje, że zakres prac wymaganych w ramach realizacji prac obejmujących „Projekt wykonawczy dla wszystkich branż" (por. str. 18-21 Programu Funkcjonalno-Użytkowego) jest znacznie obszerniejszy niż zakres prac wykonywanych w ramach przygotowywania dokumentacji powykonawczej (por. str. 41 Programu Funkcjonalno-Użytkowego). Powyższe tym bardziej potwierdza, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Enerko Energy zostały sformułowane jedynie na potrzeby obrony oferty przed jej odrzuceniem. Przedstawione powyżej argumenty świadczą o tym, że podana przez Wykonawcę Enerko Energy w ofercie cena jest ceną nieprawidłową, gdyż nie obejmuje ona ceny za wykonanie jednego z istotnych elementów przedmiotu zamówienia. Gdyby Wykonawca Enerko

Energy objął podaną ceną wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego, to cena byłaby inna. Skoro podana cena zawierała błąd, to z zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy Enerko Energy.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp

Odwołujący wskazał, że oferta Enerko Energy nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ istnieje możliwość, że doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania podmiotu, który należy z Wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a to zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podmiotem, który należy z Wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej jest Instytut OZE sp. z o.o. będący autorem projektu budowalnego stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ w postępowaniu. Zgodnie z informacją odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, przez czas przygotowywania postępowania oraz prowadzenia postępowania, większościowym udziałowcem Enerko Energy sp. z o.o. i Instytutu OZE sp. z o.o. a także członkiem zarządu obu tych spółek był i jest Pan Michał Kubecki. W związku z powyższym spółki Enerko Energy sp. z o.o. i Instytutu OZE sp. z o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamawiający miał świadomość, że Enerko Energy i Instytut OZE sp. z o.o., należą do tej samej grupy kapitałowej, ponieważ oba podmioty zawarły informację o powyższym w oświadczeniach JEDZ. Mimo to Zamawiający nie zastosował art. 85 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem 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. Z udostępnionego Odwołującemu protokołu z postępowania wynika wprost, że Zamawiający nie zastosował żadnych środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji (por. pkt 4 protokołu z postępowania). Wprawdzie Enerko Energy i Instytut OZE wskazały w oświadczeniach JEDZ, że Zamawiający zastosował dłuższy termin składania ofert i udostępnił potencjalnym oferentom wszystkie dokumenty i informacje jakie Zamawiający otrzymał od Instytutu OZE. Jednak są to tylko twierdzenia Wykonawcy i podmiotu trzeciego, a nie Zamawiającego. Brak jest podstaw, aby przyjąć, że Wykonawca może wyręczyć Zamawiającego w realizacji jego ustawowych obowiązków. Przepis art. 85 ust. 1 ustawy pzp wyraźnie wskazuje, że to Zamawiający powinien zastosować odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że nie nastąpi zakłócenie konkurencji oraz opisać te środki w protokole z postępowania. Jeżeli Zamawiający dokonał wykreślenia z protokołu z postępowania punktu dotyczącego wskazania środków w celu zagwarantowania, że udział Instytutu OZE w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, oznacza to, że tych środków nie podjął. Nie można automatycznie przyjąć, że skoro termin składania ofert w postępowaniu był dłuższy niż ustawowy, to zabieg ten był środkiem, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy pzp. Termin ten mógł być wydłużony z innych przyczyn, w tym z powodu złożoności i rozmiaru opisu przedmiotu zamówienia. Podobnie jak sam fakt udostępnienia na platformie zakupowej projektu budowlanego nie stanowi wyjątkowego działania Zamawiającego w celu zapobieżenia zakłócenia uczciwej konkurencji. Projekt budowlany jako element opisu przedmiotu zamówienia musiał być udostępniony wszystkim potencjalnym oferentom. Zamawiający zobowiązany był do przekazania pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które Zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem Instytutu OZE w przygotowanie postępowania. Z przekazanej Odwołującemu kompletnej dokumentacji z postępowania wynika, że Zamawiający nie udostępnił żadnych informacji, o których mowa w art. 85 ust. 1 Pzp. Doświadczenie Odwołującego wskazuje, że nie jest możliwe, aby Zamawiający nie prowadził istotnej w kontekście przedmiotu zamówienia korespondencji z autorem dokumentacji projektowej z Instytutu OZE. W tym kontekście zamieszczenie na platformie zakupowej Zamawiającego samego projektu budowlanego nie można uznać za spełnienie wymagań wynikających z art. 85 ust. 1 ustawy pzp. Potwierdza to zresztą sam Zamawiający w protokole z postępowania nie wskazując, że udostępnił wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem Instytutu OZE w przygotowanie postępowania. Odwołujący dodatkowo podniósł, że pozyskał informację, iż projekt budowlany nie był jedynym opracowaniem dotyczącym budowy małej elektrowni wodnej Niedzica II jaki sporządził Instytut OZE powiązany z Wykonawcą. Instytut OZE sporządził również dokumentację techniczną odnoszącą się do ww. przedmiotu zamówienia, która ma istotne znaczenie w kontekście wyceny zamówienia i pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zawiera w szczególności informacje o materiałach i ilościach tych materiałów jakie są niezbędne do wykonania zamówienia. Wykonawca Enerko Energy miał dzięki tej dokumentacji większą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia w postępowaniu i mógł lepiej przygotować swoją ofertę, tak by zwiększyć prawdopodobieństwo wygrania postępowania. Powołał się na wyrok KIO z 12.08.2022 r., KIO 1680/22, LEX nr 3402459. W myśl art. 85 ust. 2 ustawy pzp 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. Wykonawcy oświadczył w JEDZ, że „Instytut OZE wykonał tylko projekt budowlany" (por. str. 10 JEDZ), co nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Wykonawca nie udowodnił, że zaangażowanie Instytutu OZE w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji. W niniejszej sprawie, Zamawiający w ogóle nie podjął środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji o czym świadczy treść protokołu z postępowania, w szczególności Zamawiający nie przekazał Odwołującemu dokumentów technicznych przygotowanych przez Instytut OZE, co postawiło Odwołującego w znaczenie gorszej pozycji w porównaniu do Enerko Energy. Spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Wyżej wskazane zaniechanie stanowi naruszenie art. 85 ust. 1 ustawy pzp i powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp i w konsekwencji odrzuceniem oferty Enerko Energy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ. Wybór oferty Enerko Energy, który należy do tej samej grupy kapitałowej z Instytutem OZE sp. z o.o., który przygotował opis przedmiotu zamówienia do postępowania spowodowało naruszenie uczciwej konkurencji i brak równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia o której mowa w art. 16 ustawy pzp. Zamawiający nie podjął żadnych środków zaradczych przeciwko tym naruszeniom, co ostatecznie doprowadziło do poważnego naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie dochował też zasady przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności nie zastosował działań mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji ani nie opisał ich w protokole z postępowania, a pomimo tego dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy, który nie mógł być wybrany zgodnie z przepisami ustawy pzp.

Zarzut naruszenia art. 124 pkt 1 i art. 126 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 119 ustawy pzp

W Postępowaniu względem wykonawców obowiązywała podstawa wykluczenia określona w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nakazująca wykluczenie wykonawcy z postępowania, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Przesłanka wykluczenia wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jest przesłanką obligatoryjną, od której badania względem wykonawcy zamawiający nie może odstąpić. Natomiast według art. 119 ustawy pzp zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. W związku z powyższym przesłanka wykluczenia z postępowaniu, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp ma zastosowanie również wobec podmiotów udostępniających zasoby, o których mowa w art. 118 ustawy pzp. Zakłócenie konkurencji w postępowaniu może mieć miejsce również, jeśli to podmiot udostępniający zasoby będzie należał do grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Według rozdziału IX ust. 2 pkt 4 SWZ wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zostanie wezwany do złożenia m.in. oświadczenia, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. W związku z treścią art. 119 ustawy pzp należy przyjąć, że wskazanie oświadczenie powinien złożyć również podmiot udostępniający zasoby wykonawcy. Wprawdzie przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) (dalej zwanego „Rozporządzeniem") wskazują, że tzw. oświadczenie o grupie kapitałowej może być wymagane jedynie od wykonawcy, to jednak mając na uwadze art. 119 ustawy pzp, takie samo oświadczenie powinien składać również podmiot udostępniający zasoby. Kwestia ta była przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w uchwale z 26 kwietnia 2022 r. w sprawie KIO/KU 15/22. Na obowiązek weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby na tożsamych warunkach jak weryfikacja wykonawcy wskazuje również przepis art. 79 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 243 z późn. zm.). Wykonawca Enerko Energy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby: tj.: Instytutu OZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hydrotechnika Prace Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Voith Hydro GmbH & Co KG. Jednocześnie Wykonawca nie złożył oświadczeń ww. podmiotów o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Wykonawca nie został nawet wezwany do złożenia powyższych oświadczeń przez Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp. W myśl art. 124 pkt 1 ustawy pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Natomiast według art. 126 ust. 1 ustawy pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Powołane przepisy ustawy pzp nie pozostawiają Zamawiającemu wyboru - jest on zobowiązany do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W przypadku gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 118 ustawy pzp, wówczas obowiązki wynikające z art. 124 pkt ustawy pzp i art. 126 ust. 1 ustawy pzp odnoszą się również do podmiotowych środków dowodowych dotyczących tego podmiotu trzeciego. Zamawiający zaniechiwał wezwania Enerko Energy do złożenia tzw. oświadczenia o grupie kapitałowej na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Poprzez brak wezwania Wykonawcy do złożenia powyższych oświadczeń, Zamawiający postąpił również wbrew postanowieniom SWZ, według której „Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy PZP, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy". (Rozdział VIII ust. 4 SWZ). W konsekwencji przyjąć należy, że Zamawiający zobowiązany był wezwać Enerko Energy do złożenia oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby tj.: Instytutu OZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hydrotechnika Prace Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Voith Hydro GmbH & Co KG w zakresie podstawy wykluczenia o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a tej czynności w postępowaniu zaniechał. Zamawiający nie zweryfikował zatem czy wobec podmiotów udostępniających zasoby nie zachodzą przesłanki wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 i art. 126 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 119 ustawy pzp. W konsekwencji wybór oferty Enerko Energy jako najkorzystniejszej należy uznać co najmniej za przedwczesny. W przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Wykonawcy, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna zostać unieważniona, a Wykonawca wezwany do uzupełnienia brakujących oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby.

IV. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w brzmieniu określonym w piśmie Zamawiającego pt. Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ z dnia 22 września 2023 r. opublikowanych na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 27 września 2023 r., wykonawca zobowiązany był wykazać, że:

„a) w okresie ostatnich piętnastu lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej: - jedno zadanie polegające na opracowaniu projektu budowlanego elektrowni wodnej o mocy co najmniej 1000 kW, - jedno zadanie polegające na opracowaniu projektu wykonawczego elektrowni wodnej o mocy co najmniej 1000 kW,". Enerko Energy na potwierdzenie spełnienia ww. warunku złożyła Wykaz dostaw i usług wraz z referencjami. Odnośnie warunku doświadczenia w opracowaniu projektu wykonawczego elektrowni wodnej o mocy co najmniej 1000 kW, Wykonawca wskazał „Opracowanie projektu wykonawczego elektrowni wodnej o mocy co najmniej 1000 kW w ramach realizacji zadania budowy elektrowni „Zawada" oraz „Groszowice" na rzece Odrze" wykonane w okresie od czerwca 2015 do maja 2023 na rzecz EDO Sp. z o.o., ul. Pretficza 21/18, 53-328 Wrocław. Powyższą usługę wykonał Instytut OZE na zasoby, którego Wykonawca powołuje się w postępowaniu. Według informacji zawartych w referencjach z dnia 18 maja 2023 r. wystawionych przez EDO sp. z o.o. dla Instytutu OZE elektrownia wodna "Groszowice" posiada moc łącznie 980 kW a zatem nie spełnia wymogu zawartego w warunku udziału w postępowaniu. Natomiast elektrownia wodna „Zawada" została wybudowana przed rokiem 2015, a zatem projekt wykonawczy jaki wymienia Enerko Energy w Wykazie dostaw i usług nie może dotyczyć budowy tej elektrowni. W artykule z 2006 roku opublikowanym na stronie https://nto.pl/prad-z-zawady/ar/4045599 podano, że elektrownia wodna „Zawada" została już wybudowana i jej budowa trwała 2 lata. Nie budzi zatem wątpliwości, że wybudowanie elektrowni wodnej „Zawada" musiało nastąpić przed publikacją artykułu tj. przed 2006 rokiem. Wówczas dokumentacja wykonawcza elektrowni wodnej Zawada musiała zostać sporządzona jeszcze

wcześniej, przed rozpoczęciem budowy. Podsumowując: projekty wykonawcze dla tej elektrowni nie mogły powstać w latach 2015 do 2023. Z referencji z dnia 18 maja 2023 r. wynika, że projekt wykonawczy dotyczący elektrowni wodnej „Zawada" dotyczył „wycinka", jakiegoś etapu dodatkowego, który był związany z tym, że należało wykonać nowy operat wodnoprawny, uzyskać koncesje i wykonać ocenę stanu technicznego i bezpieczeństwa. W ocenie Odwołującego Instytut OZE mógł sporządzić projekt wykonawczy w związku z robotami dotyczącymi zmniejszenia wydajności elektrowni, wyłączenia jednej turbiny (istniejącej), zatem na pewno nie był to projekt wykonawczy elektrowni wodnej, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu. Na powyższe wskazuje wystąpienie przez EDO sp. o.o. pismem z dnia 21 czerwca 2017 r. do Prezesa URE o zmianę zakresu koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej w instalacjach odnawialnego źródła energii, z uwagi na fakt zmniejszenia mocy zainstalowanej w instalacji Mała Elektrownia Wodna „Zawada" z 1,5 MW (2 x 0,750 MW) na 0,750 MW, polegającego na odłączeniu jednego generatora o mocy 0,750 MW. W takim przypadku również projekt wykonawczy wskazany przez Wykonawcę dotyczący elektrowni wodnej „Zawada" nie będzie dotyczył elektrowni wodnej o mocy co najmniej 1000 kW i nie będzie spełniał wymogów określnych w warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W związku z powyższym warunek powinien korespondować z przedmiotem zamówienia i pozwalać na stwierdzenie, iż wykonawca posiadający określone doświadczenie podoła realizacji zamówienia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 24 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 636/23). Przedmiot zamówienia w postępowaniu stanowią prace projektowe i wykonanie robót budowlanych polegających na budowie małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne. W ramach prac projektowych wykonawca zobowiązany będzie do wykonania kompletnej wielobranżowej dokumentacji wykonawczej budowy MEW Niedzica II. Zgodnie z Projektem Funkcjonalno-Użytkowym w zakres projektu wykonawczego wchodzą oddzielne projekty dla wszystkich branż, tj.: - architektoniczno – konstrukcyjna, inżynieryjna hydrotechniczna, - technologiczna, - elektryczna, - sanitarna. Przedmiotem zamówienia jest zatem m.in. kompleksowe opracowanie dokumentacji wykonawczej niezbędnej do wykonania nowego obiektu budowlanego – elektrowni wodnej. Skoro interpretacja warunku udziału w postępowaniu musi odbywać się przez pryzmat przedmiotu zamówienia, należy przyjąć, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył opracowania projektu wykonawczego budowy elektrowni wodnej a nie jakiegokolwiek projektu wykonawczego. Wykonawca, który opracował dowolną dokumentację wykonawczą nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że Enerko Energy nie wykazał, że spełnia wszystkie warunki udziału postawione w postępowaniu, ponieważ żadna z usług dotyczących projektu wykonawczego wskazanych w Wykazie dostaw i usług nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ w brzmieniu z dnia 22 września 2023 r. Jednocześnie na podstawie udostępnionego Odwołującemu protokołu z postępowania, Odwołujący ustalił, że Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie dokumentacji wykonawczej, czym naruszył art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Wskazany przepis ustanawia obowiązek jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone pierwotnie przez wykonawcę dokumenty są niekompletne lub zawierają błędy. Złożone przez Enerko Energy podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a zatem Zamawiający miał obowiązek zastosować art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Powyższe naruszenie doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, które nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym uzasadniony jest wniosek Odwołującego o nakazanie unieważnienia czynności wybory oferty Enerko Energy jako najkorzystniejszej i wezwania Wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunku udziały w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ w brzmieniu z dnia 22 września 2023 r.

W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto w dniu 8 grudnia 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Enerko Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: raport Prezesa URE za rok 2021 wydany w kwietniu 2022, decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki OWR.4111.15.2017.26550.HK z dnia 23.06.2017 r., wydruk strony https://nto.pl/prad-z-zawady/ar/4045599), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: Oferta Konsorcjum Energoprojekt-Warszawa SA i Mavel a.s., Część oferty nabycia aktywów małych elektrowni wodnych) zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego (w tym dowody: umowa z dnia 19 lipca 2019 r., wyciąg z umowy z Edo Sp. z o.o., oświadczenie Instytutu OZE Sp. z o.o., lista pracowników Instytut OZE Sp. z o.o., Enerko Energy Sp. z o.o.).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- *„III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA*

1. Przedmiotem postępowania i zamówienia jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie prac projektowych i wykonania robót budowlanych polegających na budowie małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie.

2. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje:

1) wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji wykonawczej budowy MEW Niedzica II;

2) wykonanie robót budowlano-montażowych „pod klucz" zgodnie z przygotowaną dokumentacją projektową (budowlaną i wykonawczą), oraz kierowanie tymi robotami;

3) dostawa i montaż kompletnego wyposażenia Elektrowni Wodnej wraz z bieżącą kontrolą jakościową i ilościową;

4) przeprowadzenie rozruchu i prób ruchowych Elektrowni Wodnej;

5) przygotowanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej w tym przygotowanie i dostarczenie Zamawiającemu instrukcji obsługi i eksploatacji wraz z kompletną dokumentacją techniczno – ruchową zamontowanych urządzeń w języku polskim;

6) szkolenie personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i eksploatacji Elektrowni Wodnej;

7) uzyskanie oraz utrzymanie w ważności wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii i decyzji administracyjnych niezbędnych do wybudowania, odbioru oraz użytkowania MEW Niedzica II m.in. pozwolenia wodnoprawne na energetyczne korzystanie z wód Dunajca, pozwolenia na użytkowanie, decyzji Urzędu Dozoru Technicznego zezwalającej na eksploatację zainstalowanych urządzeń (jeżeli będą wymagane);

8) przekazanie MEW Niedzica II do eksploatacji;

9) kontrola pracy MEW (na żądanie Zamawiającego) w pięcioletnim okresie gwarancyjnym wraz z usunięciem wszelkich wynikłych w trakcie eksploatacji usterek, oraz dokonywanie bieżącej konserwacji urządzeń, w zakresie niezbędnym do utrzymania bezawaryjnej pracy elektrowni."

Zarzut nr 1 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Enerko Energy mimo iż oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia

Zarzut nr 2 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Enerko Energy mimo iż oferta Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny

Zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów nr 1 i 2 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- *„XII. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERTY (…) 3. Oferta powinna być:*

1) sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim, według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ; (…)”

- *„XV. SPOSÓB OBLICZENIA CENY*

1. Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.

2. Wynagrodzenie Wykonawcy umowy o roboty budowlane ma charakter ryczałtowy.

3. W cenie oferty należy uwzględnić w szczególności: koszty bezpośrednie (koszty wyrobów/materiałów i ich zakupu, koszty robocizny oraz koszty pracy i najmu sprzętu budowlanego i środków transportowych), koszty pośrednie (koszty zarządu; koszty zatrudnienia personelu kierowniczej, technicznej i administracyjnej budowy, obejmujące wynagrodzenie tych osób niezaliczane do kosztów bezpośrednich; koszty tablicy informacyjnej, ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia; koszty zajęcia chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy oraz koszty tymczasowej organizacji ruchu; koszty budowy i rozbiórki tymczasowych przyłączy; koszty poboru energii elektrycznej, energii cieplnej, wody i odprowadzenia nieczystości płynnych; koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego; koszty zużycia, konserwacji i remontów sprzętu oraz środków transportu technologicznego; koszty bezpieczeństwa i higieny pracy, w tym koszty przeprowadzenia szkoleń stanowiskowych dla wszystkich swoich pracowników wykonawcy/podwykonawcy/dalszych podwykonawców, wykonania niezbędnych zabezpieczeń stanowisk roboczych i miejsc wykonania robót budowlanych, odzieży i obuwia ochronnego, środków higienicznych, sanitarnych i leczniczych; koszty geodezyjnego wytyczenia w terenie; koszty usuwania ewentualnych kolizji; koszty zabezpieczenia i oznakowania terenu ewentualnych awarii; koszty badań jakości wyrobów, rozruchów, prób i sprawdzeń instalacji urządzeń technicznych i przewodów; koszty ubezpieczeń od ryzyk budowlanych, od odpowiedzialności cywilnej wykonawcy/podwykonawcy/dalszego podwykonawcy z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej oraz ubezpieczenia personelu wykonawcy/podwykonawców/dalszych podwykonawców; koszty zapewnienia ochrony mienia stałego i ruchomego na terenie budowy; zagospodarowania odpadów budowlanych; koszty prowadzenia dokumentacji budowy; koszty sporządzenia świadectwa charakterystyki energetycznej budynku, instrukcji eksploatacji budynku oraz skatalogowanej dokumentacji powykonawczej, w tym geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej i naniesienia jej na zasadniczą mapę; koszty przywrócenia do stanu pierwotnego terenu budowy (np. naprawy ogrodzenia i rekultywacji zieleni) oraz użytkowanych odcinków dróg publicznych (jeżeli stan tych dróg ulegnie pogorszeniu na skutek użycia przez wykonawcę/podwykonawcę/dalszego podwykonawcę środków transportu nieodpowiadających warunkom dopuszczalnych obciążeń na osie); opłaty graniczne, cła, akcyzy i inne opłaty należne; koszty udziału w przeglądach gwarancyjnych w okresie rękojmi za wady i gwarancji; koszty usuwania awarii oraz wad robót budowlanych w okresie rękojmi za wady i gwarancji; wszelkie inne, niewymienione wyżej ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy), zysk, podatek od towarów i usług.

4. Cenę oferty należy podać jako cenę brutto, w której należy uwzględnić podatek VAT w obowiązującej wysokości na dzień składania oferty.

5. Wszystkie kwoty powinny być podane w złotych polskich. Cena oferty powinna być wyrażona cyfrowo i słownie oraz podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku rozbieżności pomiędzy ceną podaną cyframi i słownie Zamawiający dokona stosownej korekty ceny i przyjmie cenę podaną cyframi.”

W dniu 25 września 2023 r. na pytanie 1: *„Prosimy o jednoznaczne określenie jakie dokumenty są wymagane przez Zamawiającego jako załączniki do oferty opracowanej na podstawie pliku pn. „Załącznik Nr 1 Wzór oferty.docx ”?*

Zamawiający wyjaśnił: *„1. Zamawiający wymaga złożenia oferty sporządzonej na podstawie Załącznika Nr 1 do SWZ. (…)”*

Zgodnie z wzorem – załącznik nr 1 do SWZ:

„w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu na zadanie pn. „Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie" składamy ofertę zobowiązując się do wykonania całości przedmiotu zamówienia za cenę w tym stawka podatku VAT w wysokości:

…….. zł Słownie złotych: ……

na cenę brutto składają się:

Lp.	Wyszczególnienie	Wartość netto Zł	Stawka VAT	Wartość brutto Zł
1	**Projekt wykonawczy we wszystkich branżach**			
2	**Roboty budowlano montażowe:**			
	roboty tymczasowe - zabezpieczenia istniejących urządzeń przed pyleniem			
	roboty rozbiórkowe i rozkucia			
	roboty zbrojeniowe i betonowe			
	roboty instalacyjne - wentylacja, odwodnienia, inst. siły i światła			
3	**Dostawa i montaż technologii:**			
	Trójniki			
	rurociągi doprowadzające			
	urządzenia do pomiaru przepływu			
	zawory wlotowe turbiny z by-passem			
	hydrozespoły wraz z automatyką			
	rury ssące			
	zasuwy na wylotach turbin			
4	**Dostawa i montaż wyposażenia elektrycznego:**			
	linie kablowe przesyłowe, sygnalizacyjne i sterownicze			
	transformatory blokowe			
	transformatory potrzeb własnych			
	rozdzielnice zabezpieczeń i synchronizacji			
	rozdzielnice zera generatorów			
	rozdzielnie wyprowadzenia mocy z generatorów			
	rozdzielnie potrzeb własnych z układem SZR			
	rozdzielnie prądu stałego i zmiennego - zasilanie gwarantowane			
	szafy licznikowe			
5	**Rozruch i przekazanie do eksploatacji:**			
	prace pomontażowe, opracowanie raportów, protokołów, sprawozdań itp.			
	rozruchy technologiczne			
	dokumentacja powykonawcza			
	szkolenie załogi			
	uzyskanie wymaganych pozwoleń i przekazanie do eksploatacji			
6			**Razem:**	

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy:

- *„§ 2. Terminy 1. Wykonawca zrealizuje przedmiot umowy w następujących terminach: 1) uruchomienie hydrozespołu nr 1 do 1 października 2025 roku, zgodnie harmonogramem rzeczowo-finansowym, sporządzonym przez Wykonawcę w porozumieniu z Zamawiającym. Wykonawca przekaże uzgodniony z Zamawiającym harmonogram rzeczowo-finansowy oraz kosztorys ofertowy (kalkulacja) przed zawarciem niniejszej umowy. Harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi Załącznik Nr 5 do niniejszej umowy; (…)"*

- *„§ 4. Wynagrodzenie i warunki płatności 1. Za prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy wraz z dostarczeniem wszelkich materiałów, wyrobów i urządzeń i przekazanie przedmiotu umowy Zamawiającemu, jak też za usunięcie wszelkich wad przedmiotu umowy oraz spełnienie przez Wykonawcę wszelkich innych zobowiązań wynikających z niniejszej umowy oraz przeniesienia autorskich praw majątkowych i zależnych praw autorskich, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie ……..…..... zł (słownie: ..... złotych 00/100). Powyższa kwota wynagrodzenia obejmuje podatek VAT. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza, że Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, choćby w czasie zawarcia umowy nie*

można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. 2. Wynagrodzenie określone powyżej w ust. 1 obejmuje wszystkie świadczenia główne i towarzyszące, które zgodnie z umową są niezbędne w celu kompletnego i należytego wykonania przedmiotu umowy. Wynagrodzenie to jest wynagrodzeniem stałym i niezmiennym, co oznacza, że nie może być zmienione bez zmiany umowy, chyba że konieczność zmiany wyniknie z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Wynagrodzenie Wykonawcy zawiera wszelkie, wymienione i nie wymienione w umowie wydatki, koszty, opłaty i ciężary związane z kompleksowym wykonaniem przedmiotu umowy. 3. Zamawiający zaznacza, iż dopuszcza rozliczenia częściowe zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym uzgodnionym z Zamawiającym przed podpisaniem umowy a także zgodnie z zasadami określonymi w ust. 4 poniżej. 4. Wynagrodzenie Wykonawcy płatne będzie w następujący sposób: 1) prace projektowe (projekt wykonawczy we wszystkich branżach), wykonywane po podpisaniu umowy, będą płatne wg ustalonego harmonogramu rzeczowo-finansowego, stanowiącego Załącznik Nr 5 do umowy; (…)"

Przystępujący złożył załącznik nr 1 do SWZ, w którym wskazał:

„w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu na zadanie pn. „Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie" składamy ofertę zobowiązując się do wykonania całości przedmiotu zamówienia za cenę w tym stawka podatku VAT w wysokości:

29 692 200,00 zł

Słownie złotych: dwadzieścia dziewięć milionów sześćset dziewięćdziesiąt dwa tysiące dwieście złotych 00/100

na cenę brutto składają się:"

Przystępujący pozostawił puste pola w poz. 1. Wartość netto, Stawka VAT, Wartość brutto. W poz. 6 wskazał: Razem: 29 692 200,00 zł.

W dniu 16 października 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień wskazując:*„WEZWANIE do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający - Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 i 1720), zwanej dalej „ustawa PZP", zwraca się do Państwa o wyjaśnienie treści złożonej oferty w następującym zakresie: pominięcia, w pozycji 1 tabeli, podania wartości w zakresie wykonania projektu wykonawczego we wszystkich branżach. Zamawiający powziął wątpliwość czy cena zaoferowana w ofercie (29 692 200,00 zł) obejmuje cały zakres zobowiązania Wykonawcy w tym m.in. wykonanie projektu wykonawczego we wszystkich branżach. Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy PZP niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty z wyjątkiem poprawy omyłek, co zostało unormowane w art. 223 ust. 2 ustawy PZP."*

W dniu 16 października 2023 r. Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:*„W odpowiedzi na pismo z dnia 16 października 2023 r. firma Enerko Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (25-650) przy ul. Skrajnej 41a, wpisana w rejestrze przedsiębiorców prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Kielcach, X Wydział Gospodarczy pod nr KRS 0000408089, NIP: 9591947172, REGON: 260578795 (dalej: Wykonawca) wyjaśnia, iż nie ma najmniejszych wątpliwości, że cena zaoferowana w ofercie (29 692 200,00 zł) obejmuje wszystkie składniki kosztowe, w tym także koszty projektu wykonawczego we wszystkich branżach. Koszty projektowe korespondują z zakresem prac dla poszczególnych branż (tj. roboty budowlano montażowe, dostawa i montaż technologii, dostawa i montaż wyposażenia elektrycznego, rozruch i przekazanie do eksploatacji) i uwzględniono je w wartości kwot podanych w poszczególnych pozycjach oraz łącznie wliczono je do ceny sumarycznej."*

W dniu 17 października 2023 r. Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego wskazując, że:*„po analizie oferty złożonej przez Enerko Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwracam uwagę, że wykonawca Enerko Energy Sp. z o.o. nie wycenił części przedmiotu zamówienia dotyczącej projektu wykonawczego we wszystkich branżach. Zamawiający zgodnie z tabelą zamieszczoną w formularzu ofertowym wymagał podania m.in. ceny netto, wysokości podatku VAT oraz ceny brutto za projekt wykonawczy we wszystkich branżach w ofercie. (…)"* Odwołujący przedstawił uzasadnienie zbieżne z treścią uzasadnienia zarzutu odwołania.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe pismo z argumentacją zbieżną do odpowiedzi na odwołanie.

Przedmiot sporu w zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawierająca błąd w obliczeniu ceny z uwagi na bezsporną okoliczność niewypełnienia przez Przystępującego poz. 1 Tabeli formularza ofertowego: „Projekt wykonawczy we wszystkich branżach". Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do

przekonania, że zarzuty odwołania w tym zakresie potwierdziły się. Izba w całości podziela argumentację Odwołującego prezentowaną zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie przemawiającą za zasadnością odrzucenia oferty Przystępującego na dwóch ww. podstawach prawnych.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp wskazania wymaga, że zgodnie z dyspozycją powyższego przepisu: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."* Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: *„Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego."*

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności dokonać analizy wymagań Zamawiającego w zakresie wyceny poszczególnych elementów oferty zawartych w załączniku nr 1 do SWZ. Zauważenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego znaczenie powyższego załącznika zostało określone jednoznacznie w treści SWZ w Rozdziale XII. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERT: *„Oferta powinna być: 1) sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim, według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ; (…)'* Zamawiający postawił więc wymaganie względem wykonawców, aby oferta została sporządzona według wzoru – załącznika nr 1 do SWZ. Oznacza to, że wykonawcy byli zobowiązani nie tylko przygotować ofertę na wzorze formularza oferty, ale według tego wzoru co oznacza, że oferta powinna obejmować wszystkie elementy wyszczególnione w załączniku nr 1 do SWZ. Potwierdzeniem powyższej okoliczności jest odpowiedz Zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 25 września 2023 r., którą Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że oczekuje złożenia oferty sporządzonej na podstawie załącznika nr 1 do SWZ. Przechodząc zatem do treści formularza ofertowego podkreślić należy, że Zamawiający wymagał m.in. podania ceny brutto, a następnie wskazania, że na cenę brutto składają się poszczególne elementy wymienione w Tabeli w poz. od 1-6, poprzez podanie ich wartości netto, stawki VAT, wartości brutto oraz wskazanie Razem, czyli cen wszystkich pozycji. Jakkolwiek Zamawiający nie podał w SWZ w Rozdziale XV dotyczącym sposobu obliczenia ceny sposobu wypełnienia załącznika nr 1 to konstrukcja tego formularza nie pozostawiała wątpliwości podania jakich informacji wymagał Zamawiający. W ocenie Izby Zamawiający jednoznacznie sprecyzował swoje oczekiwania co do treści oferty, którą niewątpliwie stanowiły ceny za poszczególne pozycje (zakresy prac). Tabela zamieszczona w formularzu ofertowym, mając na względzie sformułowanie: *„na cenę brutto składają się"* miała również zdaniem Izby znaczenie dla potwierdzenia jakie elementy objęte zostały zobowiązaniem wykonawcy w ofercie za określoną cenę brutto. Wszystkie te okoliczności zaprzeczają twierdzeniom Zamawiającego, że Tabela zamieszczona w formularzu ofertowym miała jedynie charakter informacyjny, pomocniczy. Jeśli zamiarem Zamawiającego było nadanie Tabeli w formularzu ofertowym znaczenia wyłącznie pomocniczego, a tym samym nie stanowiącego istotnego elementu treści oferty, a wręcz pomijalnego to Zamawiający powinien dać temu wyraz w postanowieniach SWZ. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem poszczególnych wymagań stawianych w SWZ. Zamawiający nie może zatem po otwarciu ofert bagatelizować oczekiwań względem treści oferty. Takie działanie stanowi bowiem naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych, a przede wszystkim zasady równości i uczciwej konkurencji. Zamawiający ponosi odpowiedzialność za ostateczny kształt specyfikacji i załączników do niej, a także stawianych wykonawcom wymagań. Jak słusznie wskazano w orzeczeniu KIO 2956/23: *„(…) SWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Równocześnie stanowi dokument, którego*

postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, wykonawca zaś na jej podstawie uzyskuje widzę jakie warunki musi spełnić, jakie dokumenty przedstawić, w końcu też w jaki sposób zamawiający dokona oceny złożonych w postępowaniu ofert. (…) Jeśli, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, zamawiający już po otwarciu ofert, dokona oceny ofert w sposób odbiegający od jasno i precyzyjnie wyartykułowanych wymagań SWZ - to takie postępowanie godzi w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania, jawności i przejrzystości." Zdaniem Izby argumentacja Zamawiającego o pomocniczym charakterze TABELI formularza ofertowego jest również sprzeczna z zasadami logiki, a tym samym niewiarygodna. Skoro Zamawiający właściwie nie uznaje za niezbędne podania cen za poszczególne zakresy prac, a pominięcie tych treści w formularzu ofertowym traktuje jako nieskutkujące negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy, to traci sens żądanie w ogóle tego rodzaju informacji. Argumentacja taka jest również niezgodna z prezentowanym przez Zamawiającego na rozprawie stanowiskiem, że Zamawiający chciał uzyskać w ten sposób informacje pozwalające mu na porównanie cen za poszczególne zakresy prac w kontekście rażąco niskiej ceny. Pomijalność więc tej treści oferty powoduje, że Zamawiający nie może osiągnąć celu jaki postawił formułując żądanie podania cen w 6 określonych pozycjach TABELI. Bezspornym było bowiem, że Przystępujący nie wypełnił poz. 1 TABELI formularza ofertowego: „Projekt wykonawczy we wszystkich branżach". Zważywszy na tą okoliczność, Zamawiający nie miał możliwości porównania ceny za ten zakres prac z zaoferowaną przez Odwołującego, aby stwierdzić, czy budzi wątpliwości wykonanie prac projektowych za podaną cenę. Cel postawiony przez Zamawiającego nie został zatem osiągnięty. Izba podziela w tym zakresie twierdzenia Odwołującego, że *„wewnętrznie sprzeczne jest jednoczesne twierdzenie, że: - oferta musi być sporządzona według załącznika i tym samym musi obejmować zestawienie cenowe, a jednocześnie: - „zestawienie cenowe przy wynagrodzeniu ryczałtowym może być przedmiotem zainteresowania Zamawiającego nie jako dokument stanowiący element oferty".* W ocenie Izby okoliczność, że Zamawiający określił wynagrodzenie w postępowaniu jako ryczałtowane jest irrelewantna dla ustalenia jakie informacje wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu ofertowym, a które stanowiły treść oferty. Skoro Zamawiający żądał podania cen za dany zakres prac w TABELI formularza oferty pomimo określenia ceny ryczałtowej to znaczy, że celem Zamawiającego było poznanie tych cen, które składają się na ryczałtową cenę brutto. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 961/23:*„Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, że z uwagi na wynagrodzenie ryczałtowe Przystępujący nie miał obowiązku załączenia do oferty kompletnego kosztorysu uproszczonego, który potwierdza wycenę robót ogólnobudowlanych. Izba wskazuje, że okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział rozlicznie ryczałtowe jest bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu, bowiem wymóg złożenia kosztorysu był określony przez Zamawiającego w treści SWZ i jego spełnienie było obowiązkiem wszystkich wykonawców składających oferty. (…) Izba podkreśla, że jeżeli w ocenie Zamawiającego wymóg złożenia kosztorysu ofertowego był nadmiarowy, w stosunku do przedmiotu zamówienia, to Zamawiający winien temu dać wyraz w treści SWZ usuwając ww. wymóg. Skoro tego nie uczynił i utrzymał obowiązek złożenie przez wykonawców wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, zobowiązany był do jego respektowania."* Słusznie również podnosił na rozprawie Odwołujący, że informacje przedstawione w TABELI przez wykonawców powinny podlegać badaniu przez Zamawiającego przykładowo w kontekście wskazanego podatku od towarów i usług. W przypadku podania przez wykonawcę stawki podatku VAT w pozycjach TABELI formularza niezgodnych z przepisami Zamawiający nie mógłby zbagatelizować takiego rodzaju informacji, która niewątpliwie świadczyłaby o błędzie w obliczeniu ceny. Nie można zatem twierdzić, że informacje podawane w TABELI były irrelewantne dla badania i oceny ofert.

Idąc dalej podnieść należy, że stanowisko Zamawiającego jest również chybione w kontekście wezwania skierowanego do Przystępującego. Już sam nagłówek tego wezwania: *„WEZWANIE do wyjaśnienia treści złożonej oferty"* przeczy argumentacji Zamawiającego, że informacje, które wykonawcy byli zobowiązani podać w TABELI załącznika nr 1 nie stanowiły treści oferty. Co więcej, Zamawiający wzywając Przystępującego do wyjaśnień właściwie potwierdza tezy stawiane przez Odwołującego co do skutków pominięcia wypełnienia poz. nr 1 TABELI formularza ofertowego. Świadczy o tym następujący fragment wezwania: *„o wyjaśnienie treści złożonej oferty w następującym zakresie: pominięcia, w pozycji 1 tabeli, podania wartości w zakresie wykonania projektu wykonawczego we wszystkich branżach. Zamawiający powziął wątpliwość czy cena zaoferowana w ofercie (29 692 200,00 zł) obejmuje cały zakres zobowiązania Wykonawcy w tym m.in. wykonanie projektu wykonawczego we wszystkich branżach."* Z treści oferty wynika bowiem, że cena brutto podana przez Przystępującego nie obejmuje kosztu dotyczącego prac projektowych, a ponadto, że ten zakres zamówienia nie został objęty zobowiązaniem Wykonawcy. Wątpliwości Zamawiającego były uzasadnione, bowiem zarówno cena brutto podana przed TABELĄ formularza jak i cena RAZEM podsumowująca wszystkie wartości brutto pozycji TABELI była taka sama. Z oferty wynikało więc, że prace projektowe zostały pominięte przez Przystępującego. W

ocenie Izby zmiana treści oferty Przystępującego na etapie po terminie składania ofert jest niedopuszczalna, a brakujących informacji nie można uzupełnić, jako że dotyczą istotnego elementu tej oferty: ceny i zakresu zobowiązania. Przystępujący nie podał, że oferuje wykonanie prac projektowych za 0 zł, ale w ogóle tej pozycji nie wypełnił, co prowadzi do wniosków takich jakie zostały wyrażone w treści wezwania Zamawiającego, że zakres prac dotyczący wykonania projektów nie został uwzględniony w ofercie. Zdaniem Izby wyjaśnienia Przystępującego złożone w dniu 16 października 2023 r., że *„Koszty projektowe korespondują z zakresem prac dla poszczególnych branż (tj. roboty budowlano montażowe, dostawa i montaż technologii, dostawa i montaż wyposażenia elektrycznego, rozruch i przekazanie do eksploatacji) i uwzględniono je w wartości kwot podanych w poszczególnych pozycjach oraz łącznie wliczono je do ceny sumarycznej."* nie mogą konwalidować oferty, a nadto są w ocenie Izby niewiarygodne w świetle jej treści. Zamawiający podnosił, że nie zakazał postanowieniami SWZ przenoszenia kosztów między pozycjami, niemniej jednak z oferty nie wynika, aby jakiś procent ceny wskazanej w poz. od 2-5 TABELI stanowiły prace projektowe. Izba zauważa również, że argumentacja Przystępującego, iż nie jest możliwe wydzielenie cen za ten zakres prac, ponieważ około 70 procent ceny stanowią urządzenia, które są nabywane wraz z projektem nie została podparta żadnym dowodem. Co więcej, jeśli Przystępujący uważał, że żądanie podania ceny za prace projektowe jest obowiązkiem niemożliwym do spełnienia to mógł w tym zakresie zwrócić się o zmianę treści SWZ na etapie ogłoszonego postępowania, czego nie uczynił. Słusznie także podnosił Odwołujący, że wyceniona została pozycja dotycząca dokumentacji powykonawczej, która niewątpliwie również jest powiązana z poszczególnymi pozycjami zestawienia cenowego, a zgodnie z PFU zakres prac wymaganych w ramach realizacji prac obejmujących „Projekt wykonawczy dla wszystkich branż" (str. 18-21 Programu Funkcjonalno-Użytkowego) jest znacznie obszerniejszy niż zakres prac wykonywanych w ramach przygotowywania dokumentacji powykonawczej (str. 41 Programu Funkcjonalno-Użytkowego) i nie jest to bynajmniej zakres pomijalny. Izba zwraca ponadto uwagę, że Zamawiający nawet w wyniku wyjaśnień Przystępującego nie otrzymał oczekiwanej informacji, jaka jest wartość netto, stawka VAT i wartość brutto za poz. 1 TABELI oferty Przystępującego, przy czym jak już zostało podniesione, zdaniem Izby nie są to informacje, które mogłyby podlegać uzupełnieniu.

Niezgodność treści oferty Przystępującego z wymaganiami Zamawiającego ma w ocenie Izby charakter nieusuwalny, zasadniczy i wbrew twierdzeniom Zamawiającego jest to niezgodność niewątpliwa. Zawartość merytoryczna złożonej przez Przystępującego oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom, bowiem Przystępujący nie wycenił prac projektowych i nie objął tego zakresu zamówienia zobowiązaniem określonym ofertą. Nie można zgodzić się z Przystępującym i Zamawiającym, że wystarczające było ogólne oświadczenie w formularzu ofertowym o wykonaniu całości przedmiotu zamówienia za cenę brutto wskazaną w ofercie, skoro Zamawiający żądał doprecyzowania tego zobowiązania poprzez wypełnienie przygotowanej we wzorze TABELI. Przyjęcie takiego stanowiska za prawidłowe niweczyłoby sens wymagania w postępowaniach określenia przykładowo parametrów oferowanych urządzeń, gdzie podanie parametrów niezgodnych z oczekiwaniami zamawiającego bądź niepodanie ich w ogóle nie rodziłoby żadnych negatywnych konsekwencji. W ocenie Izby jest to argumentacja sprzeczna z zasadami udzielania zamówień publicznych. Jeśli Zamawiający żąda złożenia oświadczenia woli poprzez doprecyzowanie zobowiązania objętego ofertą to następnie jest zobligowany zbadać, czy tak złożone oświadczenie woli odpowiada jego wymaganiom ukształtowanym postanowieniami dokumentów zamówienia. Zdaniem Izby niezgodność występująca w ofercie Przystępującego wypełnia przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp co determinuje odrzucenie oferty Przystępującego na tej podstawie, co też Izba nakazała w sentencji orzeczenia.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp wskazania wymaga, że ustalone powyżej okoliczności faktyczne wypełniają również przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Zaznaczyć należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia bądź nieprawidłowego uwzględnienia w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów kosztotwórczych. Błąd w obliczeniu ceny jest wynikiem błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę i polega na przyjęciu niewłaściwych podstaw dokonywanej kalkulacji w świetle postanowień dokumentów zamówienia czy też przepisów prawa.

Zdaniem Izby pominięcie przez Przystępującego poz. 1 TABELI formularza ofertowego oznacza, że Wykonawca nie wycenił zakresu prac, dla których Zamawiający wymagał podania w ofercie wartości netto, stawki podatku VAT i wartości brutto. Cena brutto podana w załączniku nr 1 do SWZ, jak wynika z treści oferty, nie obejmuje składnika ceny za prace projektowe. Izba podtrzymuje wcześniejszą argumentację dotyczącą złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Z treści oferty nie wynika, aby cena za prace projektowe została przerzucona do pozostałych pozycji TABELI. Jednocześnie suma wszystkich pozostałych pozycji zestawienia cenowego odpowiada kwocie podanej przez Przystępującego jako cena całego przedmiotu zamówienia. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że:*„Nie ulega*

*wątpliwości, że gdyby do ceny za wykonanie wszystkich elementów umowy oprócz „Projektu wykonawczego we wszystkich branżach" dodać wartość za wykonanie ww. projektu, to cena byłaby inna. Powyższe prowadzi do wniosku, że podana przez Wykonawcę Enerko Energy cena jest ceną nieprawidłową."*Cena oferty Przystępującego nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, a więc zawiera błąd w obliczeniu ceny co determinuje odrzucenie oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Wbrew twierdzeniom Przystępującego możliwe jest bowiem wypełnienie się dwóch podstaw odrzucenia oferty przy tożsamych okolicznościach faktycznych.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że naruszenia Zamawiającego w zakresie zarzutu nr 1 i 2 odwołania skutkują również naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp). Niemniej jednak zarzut 4 odwołania miał charakter akcesoryjny względem zarzutów głównych odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy pzp, dlatego też Izba uwzględniła przy podziale kosztów (o czym dalej) wyłącznie zarzuty główne odwołania.

Zarzut nr 3 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Enerko Energy mimo iż doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania podmiotu Instytut OZE sp. z o.o., który należy z Wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w przygotowanie postępowania, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- *„VII. PODSTAWY WYKLUCZENIA, O KTÓRYCH MOWA W ART. 108 USTAWY PZP*

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę: (…)

6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 ustawy PZP, 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."

Pismem z dnia 8 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował: *„Zamawiający informuje, że termin wizji lokalnej został wyznaczony na dzień 11.08.2023 r. o godzinie 11:00 w Zespole Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna przy ulicy Widokowej 1, 34-441 Niedzica.*

Zamawiający jednocześnie wskazuje, że wizja lokalna nie jest obowiązkowa i jej odbycie nie jest warunkiem złożenia oferty. Osoby zainteresowane powinny oczekiwać na przedstawiciela Zamawiającego przy bramie wjazdowej. Jednocześnie informujemy, że w czasie wizji lokalnej Zamawiający nie będzie udzielał żadnych wyjaśnień dotyczących zamówienia, odsyłając Wykonawców do przewidzianego ustawą Prawo zamówień publicznych trybu udzielania wyjaśnień treści specyfikacji warunków zamówienia."

Izba ustaliła zgodnie z listą obecności, że Przystępujący był obecny w dniu 11 sierpnia 2023 r. na wizji lokalnej. Zgodnie z listą obecności z dnia 17 sierpnia 2023 r. Odwołujący wziął udział w wizji lokalnej.

Izba ustaliła również, że Zamawiający załączył do SWZ projekt budowlany: *„PROJEKT BUDOWLANY OPRACOWANIE WIELOBRANŻOWE, Kielce, styczeń 2020 r., Instytut OZE Sp. z o. o., GŁÓWNY PROJEKTA mgr inż. Karol Przepióra"*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu12 lipca 2023 r., za numerem 2023/S 132-420582, a termin składania ofert wyznaczono ostatecznie na dzień 6 października 2023 r.

Zgodnie z protokołem prowadzonego postępowania Zamawiający wykreślił punkt 4 protokołu w zakresie: *„Wskazać środki mające na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy…"*

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył JEDZ podmiotu trzeciego: Instytutu OZE sp. z o.o., w którym na pytanie: *„Czy wykonawca wie o jakimkolwiek konflikcie interesów*

spowodowanym jego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:" Podmiot ten odpowiedział: *„NIE",* a na pytanie: *„Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:"* Podmiot ten odpowiedział *„TAK"* i wskazał: *„Spółka Instytut OZE Sp. z o.o. (dalej: Podmiot udostępniający/ IOZE) informuje, iż dokumentację techniczna w postaci projektu budowlanego przygotowywała IOZE. Udział IOZE jako podmiotu udostepniającego nie wpływa na zakłócenie konkurencji. Termin składania ofert wynosił 86 dni i tym samym był dłuższy niż minimalny termin określony w art. 138 pzp. Umożliwiło to zatem wszystkim potencjalnym oferentom na dokładne zapoznanie się z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający udostępnił potencjalnym oferentom wszystkie dokumenty i informacje jakie Zamawiający otrzymał od IOZE. IOZE wykonała tylko projekt budowlany, nie wykonywała zaś PFU jak również nie sporządzała kosztorysu inwestorskiego. Pracownicy spółki IOZE którzy brali udział w przygotowaniu dokumentacji technicznej nie są zatrudnieniu w spółce Enerko Energy Sp. z o.o i nie uczestniczyli w przygotowaniu oferty. Dokumentacja techniczna wykonana przez IOZE dla przedmiotowego postepowania stanowiła załącznik do SWZ i była ona udostępniona wszystkich oferentom. Ponadto wszyscy oferenci mieli możliwość uczestniczenia w wizji lokalnej. Podmiot udostepniający nie dysponował żadnymi innymi informacjami niż te które Zamawiający przekazał wszystkim pozostałym potencjalnym oferentom. 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. 2 pkt 8 p.z.p. definiujący roboty budowlane także jako zaprojektowanie i wykonanie tych robót (por Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2018 r., KIO 233/18) Projekt budowlany został udostępniony wszystkim potencjalnym oferentom, każdy z oferentów miał również możliwość dokonania wizji lokalnej a ponadto termin składania ofert był ponad dwukrotnie dłuższy niż minimalny termin określony przepisami pzp. Podmiot Udostepniający nie dysponował innymi informacjami, niż te które zostały udostępnione przez Zamawiającego."*

Zgodnie z protokołem z dnia 29 czerwca 2020 r. załączonym przez Przystępującego na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych: *„PROTOKÓŁ PRZEKAZANIA I ODBIORU PRZEDMIOTU UMOWY*

Zadanie: „Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdującej się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie. "

Niniejszy protokół przekazania i odbioru przedmiotu umowy został sporządzony w dniu 29.06.2020 r. pomiędzy:

Zamawiającym — Przyjmującym dokumenty: Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica S.A. ul. Widokowa 1 34-441 Niedzica, a

Wykonawcą — Przekazujący dokumenty:

Instytut OZE Sp. z o.o., ul. Skrajna 41a 25-650 Kielce

Zgodnie z zapisami harmonogramu prac i płatności dla zamówienia pn.: „Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej Małej Elektrowni Wodnej Niedzica II" stanowiącego załącznik aneksu nr 2 z dnia 15 kwietnia do umowy nr ZEW/K/68/19 zawartej w dniu 19 lipca 2019 r. pragnę przekazać dokumentację stanowiącą zakres etapu II realizacji przedmiotowego zlecenia w skład której wchodzi:

• Decyzja o udzieleniu pozwolenia na budowę znak: WI.XI.7840.15.9.2019.EBu z dnia 29 maja 2020 r.

• Zatwierdzony i opieczętowany projekt budowlany — 2 egz.

Oświadcza się, że wskazany zakres dokumentacji dla etapu II harmonogramu został wykonany zgodnie z umową oraz jest przekazany w terminie realizacji, który w harmonogramie został określony na dzień 30 czerwca 2020 r."

Izba ustaliła, że Odwołujący wskazał w ofercie jako podwykonawcę: Mavel a.s., Jana Nohy 1237, CZ – 25601 Benešov

Dowody Zamawiający:

- Oferta Konsorcjum Energoprojekt-Warszawa SA i Mavel a.s. na wykonanie projektu budowlanego w postępowaniu: *„Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory*

Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie", znak sprawy: UZ-271-8/18.

Dowody Przystępujący:

- umowa z dnia 19 lipca 2019 r.: umowa o wykonanie prac projektowych i przeniesienia praw autorskich, nr ZEW/K/68/19. Dotyczy: *„Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie"* Zgodnie z par. 1 ust. 1 przedmiotem umowy było wykonanie prac projektowych i innych (zwanych w Umowie „Pracami") związanych z ww. Inwestycją w zakresie: przygotowania, zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego, projektu budowlanego dla inwestycji, przygotowania kompletnego wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę dotyczącego Inwestycji oraz uzyskania ostatecznej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i wydania pozwolenia na budowę, sprawowania nadzoru autorskiego nad realizacją Inwestycji w drodze kontroli. Zgodnie z par. 2 ust. 4 lit. a) i d) Umowy Wykonawca był zobowiązany do: *„a) uzgodnienia z Zamawiającym szczegółów założeń projektów wykonywanych w ramach Prac (…) d) wykonania wszystkich rysunków dotyczących Inwestycji, opisów, projektów wykonywanych w ramach Prac, w pięciu egzemplarzach papierowych oraz na nośniku CD i przekazywania ich Zamawiającemu w terminie określonym w Harmonogramie Realizacji Prac i Płatności."* Zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy – Harmonogram Prac określa wyłącznie opracowanie dokumentacji projektowej oraz sprawowanie nadzoru autorskiego. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Umowy, pkt 2 PFU: *„(…) Etap I zamówienia – wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej projektu budowlanego (…) Etap I – projekt budowlany z pozwoleniem na budowę 1) Prace przedprojektowe – koncepcja MEW Niedzica II. (…)"*

- oświadczenie Instytutu OZE Sp. z o.o.: *„Instytut OZE Sp. z o.o. oświadcza, iż nie sporządził dokumentacji technicznej odnoszącej się do zamówienia w formule zaprojektuj i wykonaj zadania pn. „Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie" Instytut OZE Sp. z o.o. opracował projekt budowlany pn. „Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie Działki o nr ewid. 4147/45 oraz 4147/27 obręb 0007 Niedzica, gm. Łapsze Niżne, pow. Nowotarski, woj. Małopolskie" opracowanie wielobranżowe."*

- lista pracowników Instytut OZE sp. z o.o., Enerko Energy sp. z o.o.: z list wynika, że główny projektant projektu budowlanego wykonanego w ramach zamówienia pn. *„Budowa małej elektrowni wodnej Niedzica II wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obrębie istniejącej elektrowni i zapory Zbiornika Czorsztyńskiego znajdujących się w miejscowości Niedzica, gmina Łapsze Niżne, powiat nowotarski, województwo małopolskie"* nie jest pracownikiem Enerko Energy sp. z o.o. ani Instytutu OZE sp. z o.o.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp: *„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: 6) 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."*

W myśl art. 85 ust. 1 i 2 ustawy 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 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), 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."*

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę:*

podlegającego wykluczeniu z postępowania."

Na wstępie wskazania wymaga, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie czy okoliczność bezsporna jaką było przygotowanie przez podmiot udostępniający Przystępującemu zasoby projektu budowlanego Inwestycji stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ oraz realizacja zamówienia, w wyniku którego Instytut OZE sp. z o.o. przygotował projekt budowlany doprowadziło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, w konsekwencji czego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzut odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący argumentował, że istnieje możliwość, że doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania podmiotu udostępniającego Przystępującemu zasoby w przygotowanie projektu budowlanego Inwestycji będącej przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie podjął środków w celu zagwarantowania, że udział tego Podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, ponieważ z protokołu postępowania wynika, że Zamawiający nie zastosował żadnych środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji, gdyż wykreślił pkt 4 protokołu. Dalej podnosił, że *„doświadczenie Odwołującego wskazuje, że nie jest możliwe, aby Zamawiający nie prowadził istotnej w kontekście przedmiotu zamówienia korespondencji z autorem dokumentacji projektowej z Instytutu OZE."* oraz że *„pozyskał informację, iż projekt budowlany nie był jedynym opracowaniem dotyczącym budowy małej elektrowni wodnej Niedzica II jaki sporządził Instytut OZE powiązany z Wykonawcą. Instytut OZE sporządził również dokumentację techniczną odnoszącą się do ww. przedmiotu zamówienia, która ma istotne znaczenie w kontekście wyceny zamówienia i pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zawiera w szczególności informacje o materiałach i ilościach tych materiałów jakie są niezbędne do wykonania zamówienia. Wykonawca Enerko Energy miał dzięki tej dokumentacji większą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia w postępowaniu i mógł lepiej przygotować swoją ofertę, tak by zwiększyć prawdopodobieństwo wygrania postępowania."*

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności wskazania wymaga, że bezsporna była okoliczność, iż Zamawiający przewidział w postępowaniu termin składania ofert dłuższy niż wymagany ustawą pzp, który następnie był przez Zamawiającego wydłużany, również na wniosek Odwołującego, do którego Zamawiający się przychylił. Ostateczny termin na przygotowanie ofert był ponad dwukrotnie dłuższy niż wymagany ustawą pzp. Bezsporne również było, że Zamawiający umożliwił Wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnej oraz udostępnił w ramach dokumentów zamówienia projekt budowlany przygotowany przez Instytut OZE sp. z o.o. W ocenie Izby Zamawiający faktycznie podjął odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że nie dojdzie w postępowaniu do zakłócenia konkurencji. Brak w protokole wskazania tych środków jest zdaniem Izby wyłącznie uchybieniem formalnym, które nie może skutkować automatycznie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. Zgodnie bowiem z art. 85 ust. 2 ustawy pzp: *„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."* Wykluczenie wykonawcy nie następuje więc z uwagi na brak podania w protokole postępowania środków, które podjął zamawiający, aby przeciwdziałać zakłóceniu konkurencji. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji spowodowanych zaniechaniem Zamawiającego. Przystępujący dołożył należytej staranności i podmiot udostępniający zasoby Przystępującemu: Instytutu OZE Sp. z o.o. złożył obszerne wyjaśnienia w tym zakresie w JEDZ. Odwołujący dążąc do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie powyższego zarzutu powinien wykazać, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, któremu to ciężarowi Odwołujący zdaniem Izby nie podołał.

W szczególności Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom wszystkich istotnych informacji, które uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania. W tym kontekście istotnym jest, że zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy pzp: *„jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego."* Mając na względzie okoliczność niekwestionowaną przez

Odwołującego, że to Zamawiający był autorem PFU w przedmiotowym postępowaniu to uznać należy, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia bez udziału innych podmiotów. Niewątpliwie, Zamawiający udostępnił również wykonawcom projekt budowlany przygotowany przez Instytut OZE z czego Odwołujący wywodził zaangażowanie w przygotowanie postępowania. Okoliczność ta jednak nie prowadzi zdaniem Izby do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Odwołujący oparł zarzut na przypuszczeniu, że Instytut OZE był autorem dodatkowych dokumentów technicznych poprzedzających wykonanie projektu budowlanego, które miałyby pozwolić Przystępującemu na złożenie korzystniejszej oferty w postępowaniu, ale tezy tej nie udowodnił. W szczególności Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący był w posiadaniu jakiś dodatkowych informacji, które spowodowałyby przewagę konkurencyjną w postępowaniu. Jak wynika ze złożonej jako dowód umowy z dnia 19 lipca 2019 r. celem jaki Zamawiający planował osiągnąć w wyniku wykonanych w ramach umowy prac było uzyskanie projektu budowlanego, decyzji o jego zatwierdzeniu oraz pozwolenia na budowę. Potwierdza to również protokół odbioru z dnia 29 czerwca 2020 r. załączony przez Przystępującego na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenie Instytutu OZE Sp. z o.o. Co prawda z treści PFU dla zamówienia objętego ww. Umową wynika, że zakres prac zawierał wykonanie opisów, rysunków czy też koncepcji (par. 2 ust. 4 lit. a) i d) Umowy, pkt 2 i 5.1. PFU), niemniej jednak Odwołujący nie wykazał, że dokumenty powstałe w procesie tworzenia projektu budowlanego zawierały zasób informacji niedostępnych innym wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu (nieobjętych projektem budowlanym), koniecznych dla przygotowania oferty i ostatecznie świadczących o przewadze konkurencyjnej Przystępującego. Odwołujący nie wskazał, jakich informacji brakowało w dokumentacji zamówienia ani nie wnioskował na etapie ogłoszonego postępowania o udostępnienie dodatkowych dokumentów. Odwołujący ograniczył się w odwołaniu do ogólnego stwierdzenia, że dokumenty techniczne zawierały informacje o materiałach i ilościach tych materiałów jakie są niezbędne do wykonania zamówienia, przy czym nie uściślił, jakich konkretnie danych w tym zakresie nie przedstawiał projekt budowlany. Koncepcja, której brak akcentował Odwołujący na rozprawie, jeśli powstała, gdyż okoliczność ta również nie wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, jak słusznie Odwołujący podnosił, poprzedza fazę tworzenia projektu budowlanego. Koncepcja zawiera więc założenia projektowe, a opracowane rozwiązania są następnie uszczegóławiane i wymiarowane w projekcie budowlanym. Odwołujący nie wskazał jakie elementy, informacje przekazywane w procesie tworzenia koncepcji nie są ujmowane w projekcie budowlanym co mogłoby potwierdzać tezę, że Odwołujący nie otrzymał informacji istotnych do przygotowania oferty a znanych Przystępującemu. Odwołujący zwracał uwagę wyłącznie na konieczność dokonywania obliczeń co miało znaczenie dla poza cenowych kryteriów oceny ofert: *„2) Średnia arytmetyczna osiąganej sprawności turbiny dla charakterystycznych punktów (B) – znaczenie 15%; 3) Średnia arytmetyczna osiąganej mocy prze,z generator dla charakterystycznych punktów spadu brutto (C) – znaczenie 15%”* (Rozdział XVI. pkt 1.2) i 3) SWZ). Niemniej jednak nie wskazał w posiadaniu jakich danych niedostępnych Odwołującemu koniecznych do wykonania obliczeń był Przystępujący, które pozwoliłyby mu na osiągnięcie w kryteriach korzystniejszych wyników. Izba zauważa przy tym, że w kryterium: *„3) Średnia arytmetyczna osiąganej mocy przez generator dla charakterystycznych punktów spadu brutto (C) – znaczenie 15%.”*zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 listopada 2023 r. to Odwołujący otrzymał wyższą liczbę punktów od Przystępującego – maksymalną możliwą, czyli 15 punktów, co przeczy twierdzeniom Odwołującego.

Konkludując powyższe rozważania, Odwołujący nie wykazał, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, co mogłoby skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania i odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Zważywszy, że Izba uwzględniła zarzuty nr 1 i 2 odwołania skutkujące odrzuceniem oferty Przystępującego Izba, zgodnie z żądaniami odwołania i oświadczeniem Odwołującego złożonym na posiedzeniu, zarzuty ewentualne nr 5 i 6 odwołania pozostawiła bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3.

Izba ustaliła, że Odwołujący podniósł trzy zarzuty główne odwołania. Na koszty postępowania odwoławczego (25.874,00 zł) składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty noclegu w wysokości 700,00 zł oraz koszty noclegu w wysokości 1.574,00 zł poniesione przez Zamawiającego. Izba dwa zarzuty uwzględniła i jeden oddaliła, a zatem koszty postępowania odwoławczego należało rozdzielić: Zamawiający w 2/3, a Odwołujący w 1/3, z uwzględnieniem, że koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych (par. 7 ust. 6 ww.

Rozporządzenia). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 24.300,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 8.624,67 zł (25.874,00 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15.675,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Izba nie znalazła podstawy do zasądzenia Przystępującemu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł. W myśl § 5 pkt 2 ww. Rozporządzenia: *„Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy (…)."* W niniejszym postępowaniu Przystępujący nie był uczestnikiem postępowania wnoszącym sprzeciw, dlatego też Izba rozdzieliła koszty pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……