

WYROK
z dnia 22 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez wykonawcę **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” S.A., ul. Żelazna 7; 26-600 Radom**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **OTS-IP sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112; 30-133 Kraków** na rzecz zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” S.A., ul. Żelazna 7; 26-600 Radom** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Wybór Doradcy Technicznego dla przedsięwzięcia pn. „Budowa bloku kogeneracyjnego o mocy ok. 75 MWt / 22 MWe” przy ul. Żelaznej 7 w Radomiu”*.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2018 r. pod numerem 2018/S 184-417408.

Dnia 5 października 2018 roku wykonawca OTS-IP sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego, polegającej na sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art 36a ust 2 pkt 1 w zw. z art. 36a ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez nałożenie obowiązku na wykonawcę osobistego wykonania kluczowych części zamówienia bez uzasadnienia, z określeniem jego zakresu nie będącymi częściami kluczowymi oraz niewspółmiernie do potrzeb, w sposób powodujący istotnie ograniczenie konkurencji i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców;
2. art 22 ust 1a w zw. z art 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie ograniczającym uczciwą konkurencję.
3. art 29 ust 1 ustawy Pzp, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w zakresie:
 - a) sporządzenia Projektu Podstawowego: w terminie do 60 dni od dnia przekazania wykonawcy wypisu z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (pkt IV lit. a s.i.w.z.),
 - b) przygotowania i złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na budowę dla Projektu, wraz z przygotowaniem projektu budowlanego i uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji i warunków: w terminie do 90 dni od daty odbioru przez zamawiającego Projektu Podstawowego (pkt IV lit. b s.i.w.z.),
 - c) przygotowania kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór Generalnego Wykonawcy: w terminie do 30 dni od uprawomocnienia decyzji o pozwoleniu na budowę (pkt IV lit. d s.i.w.z.),- w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji tego zakresu przedmiotu zamówienia - tj. jako termin zbyt krótki,

naruszający zasady uczciwej konkurencji, faktycznie uniemożliwiający realizację tego zakresu w wyznaczonym terminie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- 1) usunięcie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie wykonania Projektu Podstawowego, wskazanego w pkt III ppkt. 8 s.i.w.z. - tj. usunięcie pkt III ppkt. 8 s.i.w.z., lub nadanie mu brzmienia: „Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia.”
- 2) zmianę w zakresie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. pkt V ppkt 1.2. s.i.w.z. poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
„1.2. zdolności technicznej i zawodowej w zakresie:

1.2.1. doświadczenia - warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy -to w tym okresie:

- 1) wykonał co najmniej 2 projekty budowlane wraz z nadzorem autorskim w rozumieniu art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, w tym co najmniej:
 - a) jeden projekt budowlany dotyczące budowy instalacji energetycznego spalania paliw stałych w kogeneracji o mocy cieplnej nie mniejszej niż 30MW netto oraz
 - b) jeden projekt budowlany dotyczący budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów komunalnych z jednoczesną produkcją energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji o wydajności nie mniejszej niż 30 000 ton odpadów rocznie,- na podstawie których uzyskano ostateczne i prawomocne decyzje o pozwoleniu na budowę dla tych przedsięwzięć;
- 2) wykonał pełną dokumentację wymaganą w procesie uzyskiwania pozwolenia na budowę dla co najmniej 1 przedsięwzięcia polegającego na:
 - a) budowie instalacji energetycznego spalania paliw stałych lub
 - b) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów komunalnych;
- 3) zrealizował co najmniej jedno zadanie polegające na przygotowaniu dokumentacji wymaganej przepisami prawa dla wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane dla przedsięwzięcia obejmującego budowę instalacji energetycznego spalania paliw o wartości (przedsięwzięcia inwestycyjnego) co najmniej 50 000 000 PLN lub instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów

komunalnych o wartości (przedsięwzięcia inwestycyjnego) co najmniej 100 000 000 PLN.

Zamawiający dopuszcza, aby doświadczenie, o którym mowa w punktach 1), 2) oraz 3) powyżej zostało wykazane przez Wykonawcę w ramach jednego przedsięwzięcia inwestycyjno-budowlanego, dla którego świadczył on wyżej wymienione usługi.

W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, oceniane będzie ich łączne doświadczenie.

1.2.2. osób skierowanych do realizacji zamówienia - warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje :

- przedstawicielem Wykonawcy - niniejsza osoba ma posiadać doświadczenie w zarządzaniu projektami w tym co najmniej 3 lata doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Projektu;
- projektantem-technologiem posiadającym:
 - co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w tym doświadczenie w realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego wykonanie projektu budowlanego instalacji energetycznego spalania paliw stałych o mocy cieplnej nie mniejszej niż 30MW netto lub instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 30 000 ton rocznie.
 - wykształcenie wyższe techniczne lub odpowiadające mu studia wyższe zagraniczne uznawane w Rzeczypospolitej Polskiej za równoważne;
- projektantem specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającym:
 - co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w tym udział w charakterze projektanta w realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego wykonanie projektu budowlanego instalacji energetycznego spalania paliw stałych o mocy cieplnej nie mniejszej niż 30MW netto lub instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub powstałych z odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 30 000 ton rocznie,
 - uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej określone w art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów,
 - wykształcenie wyższe techniczne lub odpowiadające mu studia wyższe zagraniczne uznawane w Rzeczypospolitej Polskiej za równoważne.
- projektantem specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiadającym:

- *co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym udział w charakterze projektanta w realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego wykonanie projektu budowlanego dla przedsięwzięcia w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych lub elektroenergetycznych w inwestycjach energetycznych o wartości każdego przedsięwzięcia inwestycyjnego co najmniej 30 000 000 PLN,*
- *uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych określone w art. 14 ust 1 pkt 4 ppkt c) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów lub uprawnienia równoważne,*
- *wykształcenie wyższe techniczne lub odpowiadające mu studia wyższe zagraniczne uznawane w Rzeczypospolitej Polskiej za równoważne.*
- *projektantem specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającym:*
 - *co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w tym udział w charakterze projektanta w realizacji co najmniej 1 zadania obejmującego wykonanie projektu budowlanego dla przedsięwzięcia w zakresie sieci, instalacji, urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w inwestycjach energetycznych o wartości każdego przedsięwzięcia inwestycyjnego co najmniej 30 000 000 PLN,*
 - *uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych określone w art. 14 ust. 1 pkt 4 ppkt b) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów lub uprawnienia równoważne,*
 - *wykształcenie wyższe techniczne lub odpowiadające mu studia wyższe zagraniczne uznawane w Rzeczypospolitej Polskiej za równoważne.*
- *specjalistą z zakresu prawa zamówień publicznych, posiadającym:*
 - *co najmniej 3 lata doświadczenia (od dnia uzyskania dyplomu potwierdzającego wykształcenie wyższe prawnicze lub odpowiadające mu studia wyższe zagraniczne uznawane w Rzeczypospolitej Polskiej za równoważne) w zakresie usług doradztwa prawnego z zakresu prawa zamówień publicznych,*

- doświadczenie (zdobyte w ostatnich 3 latach) w realizacji co najmniej 3 zadań obejmujących usługi doradztwa prawnego w zakresie prawa zamówień publicznych

Zastrzeżenia dot. pkt 1.2.2.:

- W przypadku dysponowania osobami będącymi obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, kwestie uprawnień należy rozpatrywać z uwzględnieniem art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.
- Zamawiający dopuszcza pełnienie kilku spośród funkcji wymienionych powyżej przez tą samą osobę.
- W przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał w zakresie dysponowania osobami.”

3) zmianę w zakresie terminu realizacji zamówienia - terminu sporządzenia Projektu Podstawowego tj. pkt IV lit. a s.i.w.z., poprzez nadanie mu brzmienia:

„sporządzenia Projektu Podstawowego: w terminie do 90 Dni od dnia przekazania Wykonawcy wypisu z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego”,

4) zmianę w zakresie terminu realizacji zamówienia - terminu przygotowania i złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na budowę dla Projektu, wraz z przygotowaniem projektu budowlanego i uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji i warunków tj. pkt IV lit. b s.i.w.z., poprzez nadanie mu brzmienia:

„przygotowanie i złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na budowę dla Projektu, wraz z przygotowaniem projektu budowlanego i uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji i warunków: w terminie do 180 Dni od daty odbioru przez Zamawiającego Projektu Podstawowego”,

5) zmianę w zakresie terminu realizacji zamówienia - terminu przygotowania kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór Generalnego Wykonawcy tj. pkt IV lit, d s.i.w.z., poprzez nadanie mu brzmienia:

„przygotowania kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór Generalnego Wykonawcy: w terminie do 60 Dni od uprawomocnienia decyzji o pozwoleniu na budowę”.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą Pzp ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu. Wskazane w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Efektem naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, może być uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest złożone przedsięwzięcie w skład którego wchodzi usługi o różnym charakterze, standardowo realizowane przy znacznym udziale podwykonawców. Wykonanie „Projektu Podstawowego” w ramach tego zadania nie stanowi „kluczowej części zamówienia” w rozumieniu przepisów Pzp. Wskazane przez zamawiającego prace, które wykonawca winien wykonać osobiście, nie są bowiem usługami wyjątkowymi, niestandardowymi, których osobiste wykonanie przez danego wykonawcę było by uzasadnione i podyktowane praktycznymi względami. Wręcz przeciwnie, zasadą jest, że projekty budowlane dla inwestycji o złożonym charakterze realizowane są przy udziale podwykonawców - specjalistów poszczególnych branż. Wyłączenie podwykonawstwa w całym zakresie projektowym spowoduje istotne ograniczenie uczciwej konkurencji, gdyż wymuszenie roli konsorcjanta implikuje brak możliwości zaangażowania takiego podmiotu do współpracy przez więcej niż jednego wykonawcę. Zatem, warunek osobistego wykonania całej dokumentacji projektowej w żadnym stopniu na podniesienie jakości realizacji zamówienia, a jedynie w radykalny sposób ogranicza konkurencję w niniejszym postępowaniu, sprowadzając go w istocie nie do konieczności przygotowania najkorzystniejszej oferty, a zbudowania wielopodmiotowego konsorcjum spełniającego wymagania z pkt V s.i.w.z. Odwołujący podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał spełnienia przesłanek koniecznych do prawidłowego zastosowania art. 36a ust 2 pkt 1 Pzp, ograniczając się jedynie do wprowadzenia wskazanego zastrzeżenia, bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia swojej decyzji zarówno w ogłoszeniu o zamówienia jak i postanowieniach s.i.w.z.

Odwołujący wskazał również, iż zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie ograniczającym uczciwą konkurencję. Zdaniem odwołującego, ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolnością. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

W ocenie odwołującego, zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Naruszeniem przepisów Pzp oraz Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

W ocenie odwołującego, tak skonstruowane warunki udziału w postępowaniu nie pozwalają na udział w postępowaniu każdego wykonawcy, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienia i nie mogą sprostać wymogom niezbędności warunku dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Nie sposób bowiem przyjąć, iż posiadanie doświadczenia w zakresie wnioskowanym przez odwołującego w petitum odwołania, tj. wykazaniem się jednokrotnym należyтым wykonaniem:

- a) dokumentacji budowlanej,
- b) dokumentacji wymaganej w procesie uzyskiwania pozwolenia na budowę,
- c) dokumentacji wymaganej przepisami prawa dla wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego,

w zakresie bardzo zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia, nie pozwala na stwierdzenie, że wykonawca taki jest zdolny do realizacji niniejszego zamówienia.

Podobnie jak w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, także w zakresie wymogów, co do osób skierowanych do realizacji zamówienia, przedmiotowe warunki są nadmierne i nieproporcjonalne. Nie pozwalają one na udział w postępowaniu każdego wykonawcy, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienia. Zdaniem odwołującego, dysponowanie przez wykonawcę personelem w zakresie wnioskowanym przez odwołującego w petitum odwołania, tj. wykazaniem doświadczenia zawodowego w należytej realizacji co najmniej 1 zadania przez:

- a) projektanta-technologa,
- b) projektanta specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- c) projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- d) projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

w zakresie bardzo zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia, pozwala na stwierdzenie, że wykonawca taki jest zdolny do realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący ponosi, iż na skalę nieuzasadnionego ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu wpływa także i to, że zamawiający zastosował kombinację środków odgraniczających konkurencyjność, z jednej strony zastrzegając osobiste wykonanie części przedmiotu zamówienia z drugiej zaś stosując nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej obwarowując to wszystko krótkimi terminami realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt, że do spełnienia wymagań zamawiającego konieczne jest *de facto* stworzenie konsorcjum składającego się z wielu podmiotów, najbardziej prawdopodobnym jest, że w niniejszym postępowaniu złożona zostanie jedna oferta, co w sposób drastyczny prowadzi do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji przez zamawiającego. Taka sytuacja prowadzi również do nieuzasadnionego wzrostu ceny w niniejszym postępowaniu, gdyż jeśli uda się zawiązać odpowiednie konsorcjum, może ono podyktować niemal dowolną cenę, mając całkowitą pewność pozyskania zamówienia wobec braku konkurencji - co jest także niekorzystne dla zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż mając na uwadze szeroki i złożony zakres prac projektowych, w skład w których wchodzi elementy całkowicie niezależne od wykonawcy (jak uzyskanie mapy do celów projektowych, dokonanie szeregu uzgodnień z innymi podmiotami, w tym jednostkami administracji publicznej) - gdzie racjonalnie działający zamawiający musi uwzględniać maksymalne, wynikające z przepisów prawa, terminy przysługujące tym organom na wykonanie czynności. Zgodnie z przeprowadzonymi przez odwołującego

wstępnyymi analizami koniecznych terminów dla przedmiotowych prac, terminy wskazane przez zamawiającego są niewystarczające. Odwołujący ze względu na krótki termin do wniesienia odwołania nie był w stanie wykonać bardziej szczegółowych analiz, a takie wstępne harmonogramy przedłożył na rozprawie. Powyższe nie wpływa jednak zasadniczo na przyczynę złożenia odwołania w tym zakresie, albowiem wiedzą powszechną jest, że w tak krótkich okresach czasu, jak wymaga tego w niniejszym postępowaniu zamawiający, nie ma możliwości przeprowadzenia całego procesu projektowania skomplikowanego obiektu wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych uzgodnień i opinii oraz przygotowania kompletnej dokumentacji przetargowej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zdaniem Izby, odwołujący zdaje się nie uwzględnić wszystkich okoliczności mających wpływ i znaczenie dla realizacji kontraktu, który ze względu na swoją specyfikę, jest projektem unikalnym w skali kraju. Jak słusznie zwrócił uwagę zamawiający, zamawiający wymaga „doszczegółowienia rozwiązań technicznych, przyjętych w koncepcji”, które stanowią kluczowy element wyjściowy do rozpoczęcia prac nad projektem budowlanym. Zamawiający, zlecając wykonanie prac w przedmiotowym zamówieniu i celowo powierzając

osobiste wykonanie tego elementu zakresu rzeczowego (Projektu Podstawowego) wykonawcy słusznie, zdaniem Izby, zmierza do ograniczenia ryzyk, jakie mogą wystąpić w związku z realizacją zamówienia przez wykonawcę, który nie będzie dysponował wystarczającym doświadczeniem przy wykonywaniu tego typu projektów. Planowana przez zamawiającego inwestycja jest projektem nietypowym (pierwsza instalacja hybrydowa tego typu w Polsce), wymagającym znacznego doświadczenia w zakresie projektowania źródeł kogeneracyjnych wykorzystujących jako paliwo węgiel, biomasę jak też paliwa alternatywne (FDF). Cechą szczególną projektu jest połączenie technologii spalania paliw stałych (węgiel, biomasa) oraz paliw alternatywnych w odrębnych kotłach i wytwarzania pary niezbędnej do pracy jednego turbozespołu. Zlecenie ww. części zakresu rzeczowego osobiście wykonawcy gwarantuje wystarczające doświadczenie i to, iż wykonawca będzie w stanie poprowadzić dalsze prace nad zamówieniem zgodnie ze sztuką budowlaną. Usunięcie obowiązku osobistego wykonania części zamówienia w zakresie opracowania „Projektu Podstawowego” przez wykonawcę, w ocenie Izby, mogłoby skutkować nieprawidłowościami w określeniu szczegółowych rozwiązań technologicznych dla tego projektu, co mogłoby przełożyć się na niewłaściwy dobór urządzeń i wady w wykonaniu pozostałego zakresu zamówienia, co z kolei spowodowałoby zwiększenie kosztów zamawiającego na etapie realizacji inwestycji. Powyższe mogłoby nawet doprowadzić do tego, że inwestycja nie spełniłaby warunków technicznych do jej uruchomienia, bądź nie osiągnęłaby zakładanych parametrów. Podkreślić należy, iż istnieje duże prawdopodobieństwo, że wybrany wykonawca, bez odpowiedniego doświadczenia w realizacji tego typu projektów nie będzie w stanie prawidłowo ocenić wykonanych przez swojego podwykonawcę założeń, udoskonaleń, rozwiązań technicznych, co może przełożyć się na wady w technologii kluczowego elementu, jakim jest odpowiedni dobór parametrów technologii i urządzeń dla całego procesu produkcji energii cieplnej i elektrycznej pochodzącej ze spalania paliw stałych i paliwa alternatywnego. Należy przy tym podkreślić, że kluczowym elementem jest takie określenie technologii, aby wszystkie kotły (pracujące wspólnie lub każdy z osobna) mogły zasilić w parę turbinę przeciwprężną, która odpowiedzialna jest pośrednio za jakość ciepła i energii elektrycznej. Praca nowego źródła musi odpowiadać charakterowi odbioru ciepła przez miejską sieć ciepłowniczą.

Jak słusznie wskazał zamawiający „Przepisy nie określają, co należy rozumieć pod pojęciem „kluczowe części zamówienia”. Zdaniem W. Dzierżanowskiego (Prawo zamówień): *„zawsze jednak będzie to część przesądzająca o możliwości osiągnięcia efektu zakładanego przez zamawiającego. O tym, co stanowi ten najważniejszy oczekiwany efekt, przesądza zamawiający. To, która część jest kluczowa, zależy więc nie od obiektywnych czynników, lecz założeń poczynionych przez zamawiającego w stosunku do zamówienia. Ustawodawca nie odwołał się bowiem do zobiektywizowanych prawnych pojęć, takich jak świadczenie*

podstawowe i uboczne, a raczej do podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy oraz o mniejszym znaczeniu, pozostające w mniejszym stopniu w związku z podmiotem wykonującym zamówienie. Istotność ocenia zaś zamawiający, oczywiście biorąc pod uwagę swoje obowiązki związane z należyтым gospodarowaniem środkami publicznymi (działania na korzyść spółki, w przypadku podmiotów spoza sektora finansów publicznych)” (Komentarz do PZP, red. Pieróg 2017, wyd. 14/Pieróg, Legalis).

Tym samym, zdaniem Izby, wykonanie „Projektu Podstawowego” ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego wykonania zamówienia, a ograniczenie w tym zakresie podwykonawstwa jest w pełni uzasadnione.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zdaniem Izby, specjalistyczny charakter zamówienia wymusza konieczność określenia wymagań odnośnie wiedzy i doświadczenia w danym przedmiocie na wysokim poziomie, który to poziom gwarantuje, że zamówienie zostanie wykonane należyście. Zaś, działanie zamawiającego w tym zakresie nie jest wyrazem dążenia do ograniczenia konkurencji, ale dbałości o interes własny i publiczny. Określenie warunków służy ograniczeniu udziału w postępowaniu do jedynie takich wykonawców, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Wskazać bowiem należy, iż w przedmiotowej sprawie, przedmiotem zamówienia jest złożone przedsięwzięcie, w skład którego wchodzi usługi o różnym charakterze. Warunki realizacji tego zamówienia - mając na uwadze ograniczony czas na zrealizowanie całości inwestycji, co związane jest z czasokresami określonymi dla tego zamówienia - wymagają dużego doświadczenia wykonawcy dla całości zakresu. Określone warunki udziału są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia i nie są to warunki z góry eliminujące udział w postępowaniu. Są one odpowiednie do osiągnięcia celu zamówienia - wykonanie rzetelnych i prawidłowych dokumentacji technicznych i przetargowych w określonym czasie.

Jak słusznie wskazał zamawiający, głównym celem weryfikacji podmiotowej wykonawców jest wyeliminowanie wykonawców nierzetelnych oraz wykonawców nie posiadających wystarczającego doświadczenia, zaplecza kadrowego czy finansowego, tak, aby uniknąć sytuacji, w której zamawiający będzie musiał zmagać się z niewiarygodnym wykonawcą na etapie realizacji zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 marca 2013 r. Sygn. akt: KIO 426/13 *„Ważne jest, aby wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dlatego nieuprawnione jest wymaganie od zamawiającego, aby zrezygnował z własnych*

interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia obniżając postawione wykonawcom wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom nie posiadającym odpowiedniego doświadczenia. (...) Nie wystarczy bowiem przekonanie wykonawcy, że jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie wykazując się bogatym doświadczeniem, jednakże w obszarze innym niż objęty tym zamówieniem.”.

Za zamawiającym należy podnieść, że zamawiający określając ilość rekomendacji dotyczącą wykonanych prac o określonym zakresie, determinujących prawidłowe wykonanie zlecenia, pozwoli zamawiającemu na obiektywne wybranie oferty spełniającej nie tylko oczekiwania zamawiającego, ale minimalizującą także ewentualne nieprawidłowości w produktach uzyskanych od wykonawcy przez zamawiającego. Dopuszczenie do udziału wykonawców, którzy realizowali zamówienia w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia oznacza, że o zamówienie mogliby się starać wykonawcy nie mający żadnego doświadczenia związanego ze specyfiką zamówienia, co mogłoby narazić zamawiającego na niewspółmierne straty związane z niezrealizowaniem inwestycji zgodnie z założonym harmonogramem (opóźnienia związane mogłyby być z procedurami administracyjnymi, wadami prawnymi, odwołaniem wykonawców w związku z nieprawidłowym przygotowaniem dokumentacji, koniecznością poprawy dokumentacji technicznej podczas realizacji inwestycji, brakiem postępowania zgodnie z przepisami np. dotyczącymi ochrony środowiska, emisji itp.).

Odwołujący w swoim odwołaniu chce narzucić zamawiającemu nie tylko złagodzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie związanym z kwalifikacjami osób skierowanych do realizacji zamówienia, ale także dopuszczenie osób, którzy realizowali zamówienia w zakresie jedynie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia. Podkreślić należy, że zamówienie musi zostać wykonane w określonym czasie. Zdaniem Izby, dysponowanie osobami o odpowiednich kwalifikacjach, potwierdzonych zrealizowanymi pracami pozwoli zamawiającemu na obiektywne wybranie oferty spełniającej nie tylko oczekiwania zamawiającego, ale gwarantującą także wykonanie zamówienia w określonym czasie, bez zbędnej zwłoki ze strony wykonawcy.

W powyższym zakresie należy podzielić stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 83/18, gdzie Izba wskazała, iż *„Problemem, jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich proporcjonalności, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego*

wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym potencjał dający rękojmię jego prawidłowej realizacji.”.

Jak słusznie zauważył zamawiający, dywagacje odwołującego, że „*najbardziej prawdopodobnym jest, że w niniejszym postępowaniu złożona zostanie jedna oferta*” są nieuprawnione i nie mają pokrycia w rzeczywistości. Warunki udziału w przetargu nie odbiegają w żadnym zakresie od podobnych postępowań, jakie prowadzone były lub są na rynku europejskim. Zamawiający podniósł, że dokonał przeglądu dostępnych informacji o ilości inwestycji, które były prowadzone w podobnym zakresie i określając warunki udziału, postawił je na takim poziomie, że w ocenie zamawiającego do przetargu powinno przystąpić co najmniej kilku wykonawców funkcjonujących na rynku polskim.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób rzekomo nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji tego zakresu przedmiotu zamówienia - tj. jako termin zbyt krótki, naruszający zasady uczciwej konkurencji, faktycznie uniemożliwiający realizację tego zakresu w wyznaczonym terminie, wskazać należy w pierwszej kolejności, iż odwołujący nie wskazał żadnych konkretnych okoliczności, które miałyby wskazywać, a tym bardziej przesądzać o ustaleniu przez zamawiającego terminów realizacji w sposób zbyt krótki, naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz uniemożliwiający realizację wyznaczonych zakresów we wskazanych przez zamawiającego terminach.

Odwołujący, co prawda na rozprawie przedłożył zapowiadany w odwołaniu harmonogram wykonania czynności, który prezentuje czas jaki jest niezbędny (w ocenie odwołującego) na realizację przedmiotowego zamówienia, jednakże harmonogram ten nie wnosi żadnego nowego spojrzenia, jak też nie dowodzi okoliczności podnoszonej przez odwołującego, poza *stricte li* wyliczeniem terminów. Odwołujący nie przedstawił też żadnej dodatkowej argumentacji potwierdzającej stawiane przez siebie tezy, a stanowisko odwołującego sformułowane zostało na wysokim poziomie ogólności, nie pozwalające nawet na precyzyjne ustosunkowanie się do nich.

Zamawiający wskazał natomiast, iż określając terminy realizacji zamówienia, co do poszczególnych zakresów, w tym w szczególności wskazanych przez odwołującego, tj. dotyczących: a) sporządzenia „Projektu Podstawowego”, b) przygotowania i złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na budowę dla Projektu, wraz z przygotowaniem projektu budowlanego i uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji i warunków, c) przygotowania kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór

Generalnego Wykonawcy, uwzględnił wszelkie czynniki, wymagania oraz okoliczności mające wpływ na te terminy, a ustalone terminy są możliwe do realizacji i nie odbiegają od rzeczywistości. Powyższe potwierdza fakt, iż żaden z wykonawców zwracających się do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z., a także z propozycjami zmian do projektu umowy dotyczącej przedmiotowego zamówienia, nie podnosił niemożliwości wykonania zamówienia w terminach wskazanych przez zamawiającego.

Jak słusznie wskazał zamawiający, w odniesieniu do wskazanej przez odwołującego konieczności uzyskania decyzji administracyjnych niezbędnych do otrzymania pozwolenia na budowę w terminie wskazanym w s.i.w.z., iż w załączniku nr 1 do Projektu Umowy (zakres rzeczowy) wprost wskazano, iż uzyskanie takich decyzji będzie wymagane tylko w sytuacji, gdy okażą się one konieczne. Wszystkie decyzje będą ostatecznie identyfikowane na etapie Projektu Podstawowego - dla wykonawcy z wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem nie powinno stanowić to jakiegokolwiek problemu. Przykładowo według wiedzy zamawiającego mogą nie być potrzebne decyzje o wyłączeniu gruntu z produkcji rolnej (zgodnie z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego teren, na którym będzie realizowana inwestycja jest już wyłączony i stanowi teren infrastruktury technicznej ciepłownictwa) oraz pozwolenie wodnoprawne.

Zdaniem Izby, profesjonalnie przygotowany wykonawca, posiadający odpowiednie zaplecze osobowe, może rozpocząć prace nad projektem budowlanym na etapie opracowywania „Projektu Podstawowego” - przynajmniej w tych częściach, które nie są krytyczne z punktu widzenia technologicznego. Określony przez zamawiającego termin 90 dni dla doświadczonego wykonawcy nie stanowi przeszkody, gdy wykorzysta on też czas związany z opracowywaniem „Projektu Podstawowego”. Organizacja czasu pracy przez wykonawcę nie leży w gestii zamawiającego, gdyż to wykonawca jako podmiot profesjonalny oraz posiadający stosowne doświadczenie powinien podejmować kroki mające na celu optymalizację czasową wykonywanych zadań, tak by zmieścić się w granicach czasowych wskazanych przez zamawiającego. Podobnie, odnosząc się z kolei do 30 dniowego terminu na przygotowanie kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór Generalnego Wykonawcy, od uprawomocnienia decyzji o pozwoleniu na budowę, zauważyć należy, iż również prace nad przygotowaniem tej dokumentacji wykonawca może i powinien prowadzić już na etapie przygotowywania „Projektu Podstawowego”. Już na tym etapie formułowane są dokumenty związane m.in. z Programem Funkcjonalno-Użytkowym, wymaganiami dla Generalnego Wykonawcy w zakresie technicznym, itp. Następnie w trakcie opracowywania projektu budowlanego zagadnienia techniczne są uzupełniane. Jest też to czas na opracowywanie projektów umowy, warunków udziału, itp.

W ocenie Izby, zasadnym jest przyjęcie, że na etapie uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę, wykonawca powinien dysponować już pierwszą wersją kompletnej dokumentacji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór Generalnego Wykonawcy. Zatem określony przez zamawiającego termin 30 dni dla doświadczonego wykonawcy jest czasem, w którym dopracuje on finalną wersję dokumentów, uwzględniającą ewentualne zmiany wynikające z prawomocnego pozwolenia na budowę.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są w całości niezasadne. Wskazać bowiem należy, biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności faktycznych i prawnych, iż zamawiający realizując projekt o tak dużym stopniu złożoności, miał prawo wyłączyć do osobistego świadczenia przez wykonawcę, część zamówienia związaną z wykonaniem „Projektu Podstawowego”, albowiem w celu wykonywania prawidłowego nadzoru nad realizacją tego elementu zamówienia, zamawiający będzie mógł bezpośrednio interweniować u wykonawcy, w celu dokonywania stosownych poprawek, doprecyzowania rozwiązań przyjętych w koncepcji, itp. Jest to, z punktu widzenia przepisów, jak i opisu przedmiotu zamówienia, element najistotniejszy – kluczowy dla powodzenia realizacji całego projektu. Jeżeli zaś chodzi o opisane warunki udziału w postępowaniu oraz terminy na wykonanie poszczególnych etapów, zdaniem Izby, zostały one opisane i postawione przez zamawiającego w sposób prawidłowy. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, tylko wykonawca z bogatym doświadczeniem, posiadający wysoko wykwalifikowaną kadrę, jest w stanie sprostać temu zamówieniu w terminach określonych przez zamawiającego. Okoliczność, iż odwołujący być może samodzielnie nie jest w stanie temu podołać, nie może stanowić o zasadności stawianych zarzutów, w szczególności nie było możliwe stwierdzenie naruszenia zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: