

Sygn. akt: KIO 872/23

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2023 roku przez wykonawcę: **K. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą DEVELOPMENT K. G. Makowiec, ul. Radomska 160, 26-640 Skaryszeww** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Kazanów, ul. Plac Partyzantów 28, 26-713 Kazanów**

przy udziale wykonawcy: **A. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. L. Zakład Remontowo - Budowlany „TERMO-BUD” ul. Królowej Jadwigi 41, 28-100 Busko - Zdrój** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 872/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę K. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: DEVELOPMENT K. G. Makowiec, ul. Radomska 160, 26-640 Skaryszew i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2022 poz. 1710 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kazanów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na zadanie pn.: „Poprawa efektywności energetycznej 2 budynków użyteczności publicznej Gminie Kazanów” – numer referencyjny: RGK.271.3.2023, dalej jako „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00099334/01 z dnia 17 lutego 2023 roku. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”.

W dniu 28 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę K. G. prowadzącą działalność gospodarczą jako DEVELOPMENT K. G. Makowiec, ul. Radomska 160, 26-640 Skaryszew, zwanego dalej „Odwołującym” od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, mającej miejsce w ramach prowadzonego postępowania, tj. wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo – Budowlany „TERMO – BUD” A. L., ul. Królowej Jadwigi 41, 28-100 Busko – Zdrój (dalej: „TERMO – BUD”), jak również zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy z postępowania jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu. Alternatywnym przedmiotem zaskarżenia, w przypadku uznania przez Izbę, iż odrzucenie oferty wykonawcy TERMO – BUD jest przedwczesne, jest zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie ogólnego doświadczenia (Rozdział XII ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ) na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaskarżonym czynnością Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – przez wybór oferty wykonawcy TERMO - BUD, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż jest on wykonawcą nie spełniającym warunki udziału

w postępowaniu w zakresie ogólnego warunku doświadczenia (tj. realizacji przynajmniej 1 zadania obejmującego roboty budowlane polegające na wykonaniu termomodernizacji

budynku o wartości minimum 500 000 zł brutto, oraz jednej roboty budowanej polegającej na budowie lub przebudowie kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto.), ponieważ inwestycja w postaci „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Rzecznów” (poz. 2 wykazu) nie obejmowała budowy lub przebudowy kotłowni olejowej, lecz wykonanie kotłowni gazowej po uprzednim demontażu (likwidacji) całej istniejącej kotłowni olejowej.

Alternatywnie:

2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku uznania przez skład orzekający Izby rozpoznający niniejsze odwołanie, że odrzucenie oferty wykonawcy TERMO – BUD jest na tym etapie postępowania przedwczesne, przez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie ogólnego doświadczenia, gdyż ze złożonych pierwotnie dokumentów nie wynika spełnienie drugiej części warunku.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy TERMO – BUD, odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, gdyż nie wykazał on realizacji jednej roboty budowanej polegającej na budowie lub przebudowie kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto;
3. przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie; 4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.
5. alternatywnie w zakresie zarzutu nr 2 wezwania wykonawcy TERMO – BUD do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie ogólnego doświadczenia, gdyż ze złożonych pierwotnie dokumentów nie wynika spełnienie drugiej części tego warunku.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Tym samym na skutek bezprawnych działań Zamawiającego, które zmaterializowały się przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TERMO - BUD Odwołujący może ponieść wymierną majątkową szkodę. Odwołujący został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego

zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w toku toczącego się postępowania. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO”) zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołująca ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu, istotne ze względu na przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Ogłoszenie o zamówieniu - SEKCJA V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW

5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu.

Specyfikacja Warunków Zamówienia - Rozdział XXI Informacja o warunkach udziału w postępowaniu.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli wykonawca złoży:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Zamawiający żąda potwierdzenia wykonania, co najmniej: jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu termomodernizacji budynku o wartości minimum 500 000 zł brutto, oraz jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto.

W dniu 07.03.2023 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę TERMO - BUD do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 13.03.2023 r. wykonawca TERMO BUD złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci odpisu CEIDG, wykazu robót i osób oraz referencji.

W poz. 1 wykazu wskazał roboty termomodernizacyjne w ramach inwestycji w Jędrzejowie, zaś w poz. 2 wykazu zadanie zrealizowane dla Urzędu Gminy w Rzecznowie obejmujące

termomodernizację wraz z remontem kotłowni. Przedłożył także list referencyjny z dnia 01.02.2023 r., w którym zostało m.in. wskazane, że przedmiot obejmował: modernizację systemu ogrzewania CO, remont kotłowni, wymianę pieca CO oraz wymianę grzejników i montaż zaworów termostatycznych.

W dniu 16.03.2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TERMO BUD do złożenia na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie poz. 2 wykazu robót. W treści ww. pisma Zamawiający wskazał, że: *Zamawiający - Gmina Kazanów, ul. Plac Partyzantów 28, 26-713 Kazanów działając zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 z późn. zm.) w terminie do 23.03.2023 roku godz. 12:00 żąda przedstawienia wyjaśnień dotyczących złożonych przez Państwa podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu wykonanych robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonaliście Państwo jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto z załączeniem dowodów określających czy roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów inne dokumenty. W wykazie robót budowlanych w poz. 2 przedstawiliście Państwo, że dla Urzędu Gminy w Rzecznowie wykonaliście termomodernizację wraz z remontem kotłowni. W przesłanej dokumentacji nie ma informacji czy wykonaliście budowę lub przebudowę kotłowni olejowej o wartości co najmniej 150 000 zł brutto. Proszę o wyjaśnienie czy remont kotłowni i wymiana pieca dotyczył kotłowni olejowej i jaka była wartość wykonanych robót przy kotłowni w budynku Szkoły nr 2 Szkoły Podstawowej im. Jana Pawła II w Grabowcu. Istnieje możliwość uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w przypadku innych robót wykonywanych przez Waszą Firmę.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca TERMO – BUD w dniu 20.03.2023 r. uzupełnił przedmiotowe środki dowodowe składając dodatkowy list referencyjny z dnia 16.03.2023 r., w którym została wskazana przebudowa kotłowni olejowej o wartości 253.442,48 złotych.

Dnia 23.03.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Zakład Remontowo - Budowlany „TERMO-BUD” A. L., ul. Królowej Jadwigi 41, 28-100 Busko –

Zdrój, NIP 6551066914, REGON 290177720 uzyskując łącznie 100 punktów w rankingu ofert. Oferta Odwołującej DEVELOPMENT K. G., Makowiec, ul. Radomska 160, 26-640 Skaryszew, NIP 9482607158, REGON 364809580 uzyskała łącznie 96,36 pkt i uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

I. Zarzut odnoszący się do ogólnego doświadczenia

Wykonawca TERMO - BUD w złożonej ofercie w zakresie drugiej części warunku doświadczenia wskazał w wykazie robót (poz. nr 2 załącznik nr 5 do SWZ) następujące zadanie w postaci „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Rzecznów” (poz. 2 wykazu), która to inwestycja nie obejmowała budowy lub przebudowy kotłowni olejowej, lecz wykonanie kotłowni gazowej po uprzednim demontażu (likwidacji) całej istniejącej dotychczas kotłowni olejowej.

Jak wynika z analizy dokumentacji postępowania dla zadania pn.: „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Rzecznów” obejmującej opis przedmiotu zamówienia, w tym specyfikacji technicznej, dokumentacji projektowej oraz przedmiarów robót doszło do likwidacji (demontażu) kompletnej kotłowni olejowej o mocy 300kW i zastąpienia jej kotłownią gazową o mocy 140kW. Nie są to więc roboty budowlane obejmujące przebudowę lub budowę kotłowni olejowej, lecz jej likwidacja i zastąpienie kotłownią zasilaną zupełnie innym paliwem.

Jak wskazuje dokument zatytułowany „SPECYFIKACJA TECHNICZNA na Przebudowę kotłowni wraz z regulacją instalacji c.o. w Szkole Publicznej w Grabowcu gm. Rzecznów”

1.3. Zakres robót objętych specyfikacją techniczną

A) *Określenie zakresu rzeczowego do realizacji według projektu budowlanego wykonawczego opracowanego przez firmę Zakład Instalacji Sanitarnych, C.O. i Gazu „ZIS TB” T. B. w Radomiu ul. Szeroka 7/3*

1. *Wykonanie robót demontażowych urządzeń technologicznych istniejącej kotłowni oraz wykonanie modernizacji kotłowni zgodnie z dokumentacją projektową.*
2. *Wykonanie regulacji instalacji i częściowa wymiana grzejników w budynku Szkoły Publicznej w Grabowcu*
3. *Wykonanie płukania instalacji i grzejników w budynku Szkoły j.w.*
4. *Wyk. instalacji wewnętrznej gazowej*
5. *Wyk. modernizacji instalacji elektrycznej w Kotlewni*
6. *Wykonanie robót ogólnobudowlanych: rozbiórkowych, wykładzinowych i malarskich*

Ad1: Modernizacja Kotlewni polegać będzie na wymianie kotła olejowego o mocy 300 kW wraz z demontażem zespołu zbiorników olejowych szt. 5. I instalacją zasilającą olejowa na kocioł gazowy o mocy 140 kW wraz z wymianą instalacji spalinowej.

Na str. 3 i następnych ww. Specyfikacji technicznej zostało jednoznacznie wskazane, że przedmiotem montażu były następujące elementy kotłowni gazowej: 2.3. Materiały i urządzenia Materiały i urządzenia zastosowane do realizacji robót powinny być zgodne z dokumentacją wymienioną poniżej, w której to zawarto opisy co do jakości i ilości materiałów: Kocioł gazowy o mocy 140 kW.

Jak wynika z poszczególnych pozycji przedmiaru robót dla urządzeń olejowych przewidziane zostały tylko prace demontażowe: Poz. nr 8 demontaż zbiornika olejowego Poz. 19 demontaż kotła stalowego. Dopiero poz. 45 przedmiaru wskazuje na montaż kotła na paliwo gazowe.

Przedmiotem wykonania była zatem kotłownia gazowa po uprzedniej likwidacji kotłowni olejowej. Jej demontaż nie wymaga żadnych specyficznych uprawnień oraz doświadczenia i często tego rodzaju czynności są wykonywane przez przedsiębiorstwa zajmującej się obrotem i pozyskiwaniem złomu. Czym innym jest bowiem wymagane przez Zamawiającego wykonanie kotłowni olejowej (obejmujące przebudowę, rozbudowę lub montaż, pierwsze uruchomienie, regulację, sprawdzenia rozruchowe itp.), a czym innym wycięcie palnikami przeznaczonej do utylizacji instalacji wraz z kotłami. Zakres prac obejmował tylko i wyłącznie demontaż kotłów olejowych (przedmiar poz. 8, 19,) oraz utylizację materiałów z rozbiórki, w tym kotłów (poz. 27 przedmiaru robót). Kotłownia olejowa została tylko i wyłącznie zdemontowana i powinna być, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla referencyjnego zadania, zutylizowana co wynika z wyżej wymienionego przedmiaru robót.

Jak wskazuje część opisowa projektu budowlanego wykonawczego:

Projekt przewiduje zainstalowanie w budynku następujących przyborów gazowych:

- *1 kocioł gazowy dla potrzeb c.o. i c.w.u., kondensacyjny o nominalnej mocy cieplnej 150 kW.*

Maksymalne znamionowe obciążenie cieplne kotła:

- *przy kombinacji temperatur 50/30oC - 150 kW*
- *przy kombinacji temperatur 80/60oC – 139,8 kW*

Sprawność kotła, moc maksymalna, przy parametrach 50 / 30 °C – 105%

Sprawność kotła, moc maksymalna, przy parametrach przy 80 / 60 °C – 97,8 %

Temperatura spalin: - przy 80/60oC przy Qmax – 67 oC

Temperatura spalin: - przy 50/30oC przy Qmax – 45 oC

Maksymalny dopuszczalny strumień przepływu przez kocioł – 16,12 m³/h

Masowy przepływ spalin 80/60oC (obciążenie pełne) – 63,6 g/s

Ilość kondensatu dla gazu ziemnego G20, 40/30°C – 13,6 l/h.

Pojemność wodna kotła – 23,4 l

Dopuszczalne nadciśnienie robocze: 6 bar

Maks. temperatura zasilania wody grzewczej: 95 o C

Pobór mocy elektrycznej – 40-250 W

Ciśnienie przyłączeniowe GZ50 – 1,6-2,5 kPa

Zużycie gazu : gaz ziemny E /GZ50 – 15,1 m³/h

Przyłącza:

zasilanie, powrót kotła, kołnierz - DN 50

gaz - 1 1/4"

Średnica króćca spalin - DN 160

Przyłącze dopływu powietrza – DN110

- *Kuchnia gazowa 4-palnikowa z piekarnikiem gazowym o mocy 10,0 kW – 1 szt.*
- *Kuchnia gazowa 5-palnikowa z piekarnikiem elektrycznym o mocy 16,0 kW – 1 szt.*
- *Taboret gazowy o mocy 9,0 kW – 1 szt.*

Będą to docelowe odbiorniki gazu.

Powyższe dane są zgodne z załączonymi danymi producentów urządzeń.

Z ww. opisu jednoznacznie wynika, że mamy do czynienia z kotłownią gazową a nie olejową. Jedynymi „pracami” odnoszącymi się do kotła olejowego jest jego demontaż i usunięcie z pomieszczenia. Jak wynika z powyższej dokumentacji zrealizowana kotłownia na rzecz Gminy Rzecznów w ramach zadania: „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w gminie Rzecznów” dotycząca przebudowy kotłowni w szkole w Grabowcu jest realizacją polegającą na demontażu kotłowni olejowej i wykonaniu kotłowni gazowej, co wynika z załączonej w przedmiotowym postępowaniu dokumentacji projektowej (Specyfikacja wykonania robót, przedmiar robót, rysunki techniczne) znajdujące się na stronie Gminy Rzecznów. Zatem wymóg stawiany przez Zamawiającego nie jest spełniony, bowiem Wykonawca podczas prac wykonał tylko kotłownię gazową.

Dodatkowo wartość robót demontażowych kotła olejowego miała marginalny rozmiar w stosunku do wykonania kompletnej kotłowni gazowej wraz z montażem kotła gazowego o mocy 140kW, wykonania nowego komina oraz nowej instalacji gazowej. Powyższe dodatkowo wskazuje, że inwestycja nr 2 wskazana w wykazie robót przez wykonawcę TERMO – BUD nie spełnia warunku udziału w postępowaniu pod względem zarówno rzeczowym, jak też wartościowym.

W ramach alternatywnego zarzutu Odwołująca wskazuje, że gdyby Izba rozpoznająca przedmiotowe odwołanie uznała, że wykonawca TERMO – BUD powinien zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych podtrzymujemy zarzut z art. 128 ust. 1

ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie wskazać należy, iż choć Zamawiający w piśmie z dnia 16.03.2023 r. wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp to w ostatnim zdaniu rozważył możliwość uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Wykonawca TERMO – BUD w ramach powyższego wezwania uzupełnił w dniu 20.03.2023 r. list referencyjny o nową jego wersję datowaną na dzień 16.03.2023 r. Stąd też należy rozważyć, czy nie doszło do wyczerpania możliwości uzupełnienia dokumentów.

Uzasadnienie prawne:

Ze względu na charakter robót obejmujących wykonanie termomodernizacji budynku wraz z wykonaniem kotłowni olejowej Zamawiający w ramach warunku doświadczenia żądał, w ramach jego drugiej części, wykazania się realizacją przynajmniej jednej roboty budowanej polegającej na budowie lub przebudowie kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto.

Jak wyżej zostało wskazane wszelkie prace dotyczące budowy dotyczyły kotłowni gazowej np. montaż kotła gazowego (przedmiar od poz. 45 do poz. 87) pozycje stwierdzają, że była to budowa kotłowni gazowej w tym montaż nowego kotła, naczyń zbiorczych, rozdzielaczy, rurociągów wraz z zaworami oraz montaż komina. Poza samą nazwą użytą w opisie przedmiotu nie znajdujemy żadnych prac budowlanych obejmujących przebudowę lub budowę kotłowni olejowej. Tym samym treść listu referencyjnego nie odzwierciedla stanu faktycznego jaki został wykonany.

Z potwierdzonych informacji w Gminie Rzecznów oraz w szkole stan istniejący to kotłownia gazowa, która została wykonana od podstaw bez żadnej modernizacji i wykorzystania elementów z poprzedniej instalacji (olejowej), czy też elementów grzewczych oraz instalacji i rurociągów. Wszelkie urządzenia, które zasilają kotłownię olejową zostały zdemontowane i powinny zostać zutylizowane, co wynika z poz. 27 przedmiaru. Zamawiający Gmina Rzecznów powinien wymagać od wykonawcy dokumentu potwierdzającego utylizację kotłowni olejowej. Wszystkie te okoliczności wskazują, że w ramach inwestycji dla Gminy Rzecznów mieliśmy do czynienia z budową kotłowni gazowej w miejsce zdemontowanej kotłowni olejowej. Montaż i rozruch kotłowni olejowej i gazowej wymagają zupełnie innych czynności i procedur – a zatem zdobyte przy ich realizacji doświadczenie jest zupełnie odmienne. Kotłownia olejowa musi spełniać wymagania związane ze specyfiką stosowanego oleju opałowego, jego magazynowania, wymaga specyficznego odwodnienia podłóg w pomieszczeniach kotłowni, jak również magazynowania oleju (przy uwzględnieniu faktu, iż mamy do czynienia z budynkami użyteczności publicznej).

Co za tym idzie realizacja ta nie spełnia wymogu SWZ „polegającym na budowie bądź przebudowie kotłowni olejowej o wartości 150 000,00 zł brutto). Ten fakt miałyby miejsce,

gdyby kocioł olejowy w dalszym ciągu zasilał instalację ogrzewania szkoły, ewentualnie zostałyby w stanie spoczynku z możliwością wykorzystania urządzeń już wbudowanych, które mogłyby zostać wykorzystane przez wbudowanie do nowej instalacji grzewczej. Z przedmiaru robót wynika zaś, iż wszelkie pierwotne instalacje zostały zdemontowane.

Na możliwość podważenia zakresu referencyjnej inwestycji przez sięgnięcie do dowodów z dokumentacji technicznej (w szczególności u zamawiającego publicznego) zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1763/21 (LEX nr 3271837). Dowód taki został zawnioskowany w przedmiotowym odwołaniu, zaś jego analiza wskazuje, że wykonawca TERMO – BUD nie posiada wymaganego doświadczenia w realizacji kotłowni olejowej.

Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Warunek ustanowiony w postępowaniu w zakresie konieczności wykazania się realizacją kotłowni olejowej jest w pełni proporcjonalny i związany z przedmiotem niniejszego zamówienia – jest zatem gwarantem wyłonienia wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia.

Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 882/22 (LEX nr 3399607) „Nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to wprowadzenie ograniczenia w dostępie do przetargu, które jest nieuzasadnioną barierą - nie zaś wymogiem koniecznym do osiągnięcia zakładanego celu zamówienia - pomijając konieczność zapewnienia symetrii pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu.” Odnosząc się do powyższego warunek proporcjonalny jest zatem niezbędny do osiągnięcia celu postępowania, którym jest zawarcie umowy z wykonawcą gwarantującym spełnienie świadczenia. Brak jego spełnienia powoduje, że wykonawca nie posiadający stosownego (wymaganego) doświadczenia nie może być stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł jak w petitum.

W dniu 3 kwietnia 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca A. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo - Budowlany L. A. w Busku Zdroju, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę: A. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo - Budowlany L. A., w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – przez wybór oferty wykonawcy TERMO - BUD, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż jest on wykonawcą nie spełniającym warunków udziału w postępowaniu w zakresie ogólnego warunku doświadczenia (tj. realizacji przynajmniej 1 zadania obejmującego roboty budowlane polegające na wykonaniu termomodernizacji budynku o wartości minimum 500 000 zł brutto, oraz jednej roboty budowanej polegającej na budowie lub przebudowie kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto.), zarzut należy uznać za niezasadny.

Stosownie do treści art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział XXI, pkt 1 ppkt 4) Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

4) zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli wykonawca złoży:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Zamawiający żąda potwierdzenia wykonania, co najmniej: jednej roboty budowanej polegającej na wykonaniu termomodernizacji budynku o wartości minimum 500 000 zł brutto, oraz jednej roboty budowanej polegającej na budowie lub przebudowie kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto. Zamawiający dokona oceny spełnienia warunku w oparciu o uzupełniony przez wykonawcę – wykaz robót budowlanych, stanowiący załącznik nr 5 do SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia powyższego warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazał posiadania doświadczenia w zakresie przebudowy lub budowy kotłowni olejowej o wartości nie mniejszej niż 150 000, 00 zł. brutto, ponieważ inwestycja w postaci „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Rzecznów” (poz. 2 wykazu) nie obejmowała budowy lub przebudowy kotłowni olejowej, lecz wykonanie kotłowni gazowej po uprzednim demontażu (likwidacji) całej istniejącej kotłowni olejowej.

Odwołujący opiera zarzut na treści dokumentacji postępowania dla zadania „*Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Rzecznów*” (referencyjnej roboty budowlanej), podnosząc iż w ww. zamówieniu doszło do likwidacji (demontażu) kompletnej kotłowni olejowej o mocy 300kW i zastąpienia jej kotłownią gazową o mocy 140kW. Zamówienie to nie było więc ani budową ani przebudową kotłowni olejowej, lecz jej likwidacją i zastąpieniem kotłownią zasilaną zupełnie innym paliwem. Wykonawca, podczas realizacji powyższego zamówienia wykonał tylko kotłownię gazową, a zatem wymóg Zamawiającego co do warunku udziału w postępowaniu nie został spełniony.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego.

Analiza dokumentacji postępowania potwierdziła, że Przystępujący wykazał się doświadczeniem w zakresie przebudowy kotłowni olejowej, dopuszczonej warunkiem udziału w postępowaniu, a nie jej budową. Taki zakres realizacji, został potwierdzony w złożonym przez Przystępującego (na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2023 roku na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp) dokumencie: Referencje (wystawionym 16 marca 2023 roku) przez Gminę Rzecznów (inwestora). Zgodnie z treścią ww. Referencji, Przystępujący wykonał zadanie w ramach projektu: „*Poprawa efektywności energetycznej budynku użyteczności publicznej w gminie Rzecznów*”, które obejmowało termomodernizację oraz przebudowę kotłowni olejowej w budynku Szkoły Podstawowej im. Jana Pawła II w Grabowcu. Wartość przebudowy kotłowni olejowej wynosiła 253.442,48 zł.

Izba wskazuje, że Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu nie określał konkretnych czynności, prac, czy też zakresu jaki ma zostać wykonany w ramach budowy lub przebudowy kotłowni olejowej, której wykonaniem będzie się wykazywał wykonawca składający ofertę w postępowaniu. Nie ograniczył dopuszczalności przebudowy kotłowni olejowej wyłącznie na inną kotłownię olejową. Nie zdefiniował również, jak należy rozumieć określenie „przebudowa” kotłowni olejowej. Jedyne warunki wymagane przez

Zamawiającego odnosił się do wartości realizacji, określonej jako co najmniej 150.000,00 zł brutto,

W powyższych okolicznościach należy zatem odnieść określenie „przebudowa” do definicji legalnej zawartej w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 682), zgodnie z którym przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. (art. 3 pkt 7a).

Wykonane przez Przystępującego prace w ramach referencyjnej roboty budowlanej, wpisują się w definicję przebudowy określonej w prawie budowlanym. Zatem, skoro Zamawiający nie stawiał wymagań co do zakresu prac objętych przebudową kotłowni olejowej, nie miał podstaw aby uznać, że referencyjna robota budowlana wykazana przez Przystępującego, dla której Inwestor potwierdził wykonanie przebudowy kotłowni olejowej o wartości zgodnej z warunkami określonymi w SWZ, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w SWZ.

Dodatkowo, dokumentacja budowlana złożona przez Przystępującego podczas rozprawy potwierdziła, że w ramach przebudowy kotłowni olejowej nastąpiło wykorzystanie istniejących elementów przebudowywanej kotłowni np. instalacje elektryczne, co potwierdziło iż robota ta jest przebudową w rozumieniu prawa budowlanego.

W ocenie Izby Zamawiający był uprawniony aby uznać, że Przystępujący wykazał się wymaganym doświadczeniem, polegającym na przebudowie kotłowni olejowej o wartości wymaganej przez Zamawiającego i przedłożył stosowne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych.

Za niezasadny Izba uznała argument Odwołującego, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu istotny jest zakres zadania, a nie nazwa zadania przywołanego na potwierdzenie posiadanego doświadczenia .

Izba wskazuje, że dowody złożone przez Przystępującego potwierdziły że zakres prac objętych robotą referencyjną, wpisuje się w zakres czynności właściwych dla przebudowy, zgodnie z prawem budowlanym. Ponadto, za niezasadny Izba uznała argument, że nazwa zadania nadana przez inwestora może nie potwierdzać zakresu nim objętego. Okoliczność, że referencyjna robota budowlana stanowiła przebudowę kotłowni olejowej wynikała nie tylko z zakresu wskazanego w dokumentacji dla tego zadania, ale również z innych dokumentów,

np. nazwa zadania w dokumentacji budowlanej, czy umowy zlecenia z projektantem na wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej przebudowy kotłowni Szkoły Podstawowej w Grabowcu, opalanej olejem opałowym na kotłownię opalaną gazem ziemnym. Trudno zatem uznać, że inwestor w tych dokumentach wskazał nazwę zadania nieadekwatną do jego zakresu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że robota budowlana wskazana przez Przystępującego, nie stanowi potwierdzenia dla posiadanego doświadczenia w przebudowie kotłowni olejowej. Taka okoliczność nie wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów, które miały potwierdzić, że treść listu referencyjnego nie odzwierciedla stanu faktycznego jaki został wykonany. Okoliczność, że w dokumentacji dla zadania referencyjnego, w przedmiarze robót zawarte są prace demontażowe, nie stanowi jeszcze potwierdzenia, że zadanie nie jest przebudową. Powyższy zakres nie powinien dziwić Odwołującego, skoro zadanie polegało na przebudowie kotłowni olejowej na gazową (co nie było sporne dla Stron) i dla osiągnięcia celu przebudowy, konieczne były prace demontażowe. Ponadto, zdaniem Izby, pismo z dnia 5 kwietnia 2023 roku potwierdzające, że Szkoła Podstawowa w Grabowcu ogrzewana jest przez zastosowanie pieca gazowego jako jedyne źródła ciepła, stanowi wręcz potwierdzenie, że przebudowa kotłowni olejowej została wykonana przez Przystępującego w sposób należyty.

W powyższych okolicznościach nie potwierdził się również zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto Odwołujący nie wykazał w jaki sposób Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszył art. 239 ust. 1 Pzp, tj. kryteria oceny ofert określone w SWZ. Wobec powyższego, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut alternatywny, dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie doświadczenia wykonawcy.

W toku postępowania Zamawiający wystąpi do Przystępującego pismem z dnia 16 marca 2023 roku na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp o wyjaśnienie podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył Referencję z dnia 16 marca 2023 roku wystawioną przez Gminę Rzecznów, potwierdzającą należyte wykonanie przebudowy kotłowni olejowej w Szkole Podstawowej w Grabowcu.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował zasadności powyższej czynności Zamawiającego, ani treści dokumentów złożonych przez Przystępującego w wyniku ww. wezwania.

W okolicznościach, w których na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zostało wyjaśnione że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w treści SWZ, nie zaistniała potrzeba wzywania Przystępującego do złożenia podmiotowego środka dowodowego. Nie potwierdził się zatem zarzut zaniechania zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: