

WYROK

Warszawa, dnia 25 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę MCS SERWIS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Praski p.w. Przemienienia Pańskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – EFOR GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 4062/24

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Praski p.w. Przemienienia Pańskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług serwisu i przeglądu instalacji oraz urządzeń w budynkach Szpitala Praskiego p.w. Przemienienia Pańskiego sp. z o.o. W Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 września 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00486522.

I. W dniu 4 listopada 2024 r. wykonawca MCS SERWIS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: czynności wyboru oferty wykonawcy EFOR GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca Efor”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, zaniechana odrzucenia oferty Wykonawcy Efor oraz zaniechania wykluczenia z Postępowania Wykonawcy Efor.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

– [Zarzut nr 1] art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę oferty wybranego Wykonawcy Efor, jej wybór i zaniechanie odrzucenia oferty, w sytuacji gdy złożony przez Wykonawcę Efor wykaz usług wskazuje wadliwe usługi niespełniające wymogu posiadania odpowiednich zdolności technicznych lub zawodowych tj. nie potwierdzają posiadania wymaganego doświadczenia w celu wykonania przedmiotu zamówienia, w związku z czym Zamawiający w sposób błędny, niezgodny z warunkami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia uznał, że Wykonawca Efor posiada wymagane doświadczenie do wykonania przedmiotu zamówienia, skutkiem czego oferta Wykonawcy Efor podlega odrzuceniu z postępowania, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

– [Zarzut nr 2] art. 118 ust. 3 w zw. z art. 123 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty Wykonawcy Efor i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Efor z postępowania, w sytuacji gdy Wykonawca Efor w celu wykazania posiadania Certyfikatu F-gaz dla przedsiębiorcy tj. zezwolenia koncesji, etc. wymaganych powszechnie

obowiązującymi przepisami do prowadzenia działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (o którym mowa w rozdziale IV pkt 10 oferty złożonej przez Wykonawcę Efor) w następstwie ponownego wezwania Zamawiającego do złożenia w tym przedmiocie wyjaśnień, powołał się na zdolności podmiotu udostępniającego w tym zakresie swoje zasoby tj. Hava Serwis BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tym samym naruszony został obowiązek wykonawcy powoływania się na zasoby innego podmiotu w terminie złożenia oferty oraz zakaz powoływania się po upływie terminu składania ofert na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert Wykonawca Efor nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, skutkiem czego Wykonawca Efor podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych w zakresie posiadania Certyfikatu F-gaz Przedsiębiorcy tj. dokumentu urzędowego niezbędnego do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;

–[Zarzut nr 3] art. 125 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 2 lit. b) oraz art. 226 ust 5 w zw. z art. 239 w zw. z art. 16 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę oferty Wykonawcy Efor, jej wybór i zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy Wykonawca Efor, polegając na zasobach podmiotu Hava Serwis BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie wymogu posiadania Certyfikatu F-gaz dla przedsiębiorstwa, nie przedstawił wraz z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia Hava Serwis BIS sp. z o.o. o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z wymogiem określonym w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp oraz w Rozdziale IX ust. 10 pkt 3 lit. a) oraz pkt 11 Specyfikacji Warunków Zamówienia, skutkiem czego oferta Wykonawcy Efor podlega odrzuceniu z postępowania, gdyż nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu oraz jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o :

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Efor jako najkorzystniejszej,
- uznanie, że oferta Wykonawcy Efor jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenie z postępowania oferty Wykonawcy Efor,
- odrzucenie oferty Wykonawcy Efor,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty Wykonawcy Efor oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym piśmie.

II. Pismem z dnia 19 listopada 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Efor.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1

Uzasadniając ten zarzut Odwołujący stwierdził:

W celu wykazania określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Wykonawca Efor przedstawił wykaz usług, z którego wynika, że świadczył usługi na rzecz Wspólnoty Mieszkaniowej Rembielińska 20 w Warszawie, Wspólnoty Mieszkaniowej Zielona Dolina II w Warszawie oraz Szpitala Czerniakowskiego sp. z o.o. w Warszawie. Odwołujący zauważył, że technologia stosowana w budynkach mieszkalnych dotyczy głównie systemów ogrzewania, wentylacji, czy instalacji elektrycznych na potrzeby mieszkalne, podczas gdy w szpitalach wymaga się dodatkowych standardów dla zaawansowanych technologii medycznych, filtracji powietrza (np. systemy HEPA w salach operacyjnych), systemy bezpieczeństwa sanitarno-epidemiologicznego, instalacje ppoż z podziałem na strefy (np. klapy ppoż wentylacji zintegrowane z systemem sygnalizacji ppoż.) itd. Instalacje mieszczące się w budynkach mieszkalnych są znacznie prostsze i mniej złożone technologicznie np. centralne ogrzewanie, kanalizacja, czy instalacje elektryczne. Placówki szpitalne wymagają zaawansowanych instalacji, takich jak systemy klimatyzacyjne kontrolujące temperaturę i wilgotność w poszczególnych pomieszczeniach (np. sale operacyjne), instalacje dostarczające gazy medyczne do różnych części budynku, instalacje tlenowe itp. Budynki mieszkalne podlegają standardowym przepisom bezpieczeństwa budowlanego i instalacyjnego, które mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa mieszkańcom. Placówki szpitalne podlegają zaś znacznie bardziej rygorystycznym przepisom dotyczącym bezpieczeństwa, higieny i ochrony zdrowia, co przekłada się na wyższe wymagania technologiczne i

jakościowe w zakresie usług konserwacji i utrzymania infrastruktury szpitalnej. Według słownika języka polskiego termin „tożsamy” rozumiany jest jako „niczym się nieróżniący, taki sam lub ten sam”. Mając na uwadze wskazane różnice pomiędzy usługami świadczonymi na rzecz budownictwa mieszkalnego a placówek szpitalnych nie sposób uznać ich za „niczym nie różniące się” czy „takie same”, tym samym instalacje te nie są tożsame jakościowo i technologicznie z uwagi na występowanie licznych różnic. Wskazany przez Zamawiającego zwrot „budynek tożsamy jakościowo i technologicznie do posiadanych przez Zamawiającego” odnosi się do budynków, które pod względem jakości oraz zastosowanych rozwiązań technologicznych są zbliżone do budynków, którymi dysponuje Zamawiający. Chodzi tu o wymaganie, aby Wykonawca wykazał doświadczenie w świadczeniu usług serwisowych i utrzymaniowych na obiektach, które mają podobny poziom zaawansowania technologicznego oraz standard wyposażenia technicznego, jaki występuje w budynkach Zamawiającego. Dokonując jeszcze bardziej szczegółowej próby interpretacji omawianego zapisu SWZ - zwrot „budynek tożsamy jakościowo” dotyczy budynków o podobnej funkcji, podobnym przeznaczeniu. Wykonawca musi mieć doświadczenie z budynkami o podobnej funkcji (np. inne placówki medyczne), w których używa się podobnych systemów technologicznych. Natomiast zwrot „budynek tożsamy technologicznie” dotyczy oczekiwań Zamawiającego, aby wykonawca wykazał się znajomością pracy w budynkach wyposażonych w podobnie złożone systemy technologiczne. W rozumieniu omawianego zwrotu istotne jest, aby wykonawca wykonał lub wykonywał pracę tożsamą technologicznie lub jakościowo do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może powołać się zatem w celu wykazania doświadczenia na rodzaj prac odmiennych przedmiotowo oraz podmiotowo do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w zakresie usługi wykonywanej na rzecz Wspólnoty Mieszkaniowej Rembielińska Wykonawca Efor wskazał jedynie, że przedmiotem zamówienia była obsługa nieruchomości. Z przedstawionej referencji wynika, że zakres usługi obejmował obsługę, konserwację i przegląd instalacji technicznych, elektrycznych, hydraulicznych i ogólnobudowlanych w budynkach mieszkalnych - zatem w żaden sposób nie można uznać, że wskazana przez Wykonawcę Efor usługa dotyczy instalacji budynków tożsamy do posiadanych przez Zamawiającego (np. w odniesieniu do gazów medycznych). Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług na rzecz podmiotu specjalistycznego jakim jest szpital. Charakter oraz specyfika funkcjonowania szpitala jest nieporównywalnie różna od specyfiki zwykłego budownictwa mieszkaniowego. W zakres usług, które zostały określone w OPZ Szpital Praski, a które nie znajdują zastosowania w budynkach mieszkaniowych, sprowadza się m.in. do prac polegających na utrzymaniu w należytej sprawności technicznej zewnętrznych i wewnętrznych instalacji tlenowych oraz gazów medycznych, instalacji i urządzeń alarmu pożaru, oddymiania, dźwiękowego systemu ostrzegania, instalacji włamania i napadu, instalacji urządzeń kontroli dostępu, instalacji wentylacji i klimatyzacji, systemy telewizji dozorowej. Zakres usług we wskazanym zakresie nie znajduje zastosowania w budynkach mieszkalnych, w związku z czym przedstawiona przez Wykonawcę Efor usługa nie jest tożsama jakościowo i technologicznie, nie jest „niczym nie różniąca się” do wskazanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w odniesieniu do placówek medycznych, tożsamość jakościowa i technologiczna oznacza konieczność dostosowania usług do rygorystycznych standardów medycznych, które gwarantują bezpieczeństwo i skuteczność działania zarówno sprzętu, jak i systemów infrastrukturalnych. Usługi te muszą być realizowane zgodnie z rygorystycznymi standardami, które mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa pacjentów, personelu oraz niezawodnego funkcjonowania infrastruktury szpitala. Doświadczenie oraz umiejętności nabyte przy świadczeniu usług na rzecz budownictwa mieszkaniowego nie są zatem tożsame z doświadczeniem i umiejętnościami nabytymi i wymaganymi przy świadczeniu usług na rzecz placówek szpitalnych.

Odwołujący wskazał, że sytuacja podobna do opisanej powyżej, zachodzi w przypadku kolejnej usługi wykonanej na rzecz Wspólnoty Mieszkaniowej Zielona Dolina II z siedzibą w Warszawie. Wskazana przez Wykonawcę Efor usługa dotyczy również obsługi nieruchomości mieszkalnych, co wynika wprost z referencji. Zatem w żaden sposób również tej usługi nie można uznać za dotyczącą budynków tożsamy jakościowo i technologicznie do posiadanych przez Zamawiającego, z uwagi na argumenty przedstawione powyżej.

W odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz Szpitala Czerniakowskiego sp. z o.o. w Warszawie Odwołujący zauważył, że jest to placówka medyczna, jednak zakres usług świadczonych na jej rzecz przez Wykonawcę Efor usług jest znacząco mniejszy aniżeli zakres usług określonych w obecnym postępowaniu. Z porównania obydwu OPZ wynika ewidentnie różny zakres świadczonych usług. Zakres prac wykonywanych przez Wykonawcę Efor w Szpitalu Czerniakowskim wskazany w OPZ podobny jest wyłącznie w zakresie działu I z OPZ Szpital Praski. Pozostała część prac wskazanych w OPZ obecnego postępowania nie występuje w OPZ Szpital Czerniakowski, w tym nie obejmuje następującego zakresu prac określonych:

- działe III - prace konserwacyjne i naprawcze dla branży sanitarnej (brak jest prac w zakresie gazów medycznych z wymaganym wg. OPZ Szpital Praski),

- dziale V - dotyczącym instalacji i urządzeń alarmu pożaru, oddymiania, dźwiękowego systemu ostrzegania oraz instalacji włamania i napadu,
- dziale VI - instalacja urządzeń kontroli dostępu oraz instalacji domofonowych (brak tego rodzaju prac w OPZ Szpital Czerniakowski),
- dziale VII - instalacja wentylacji i klimatyzacji oraz tzw. splitów,
- dziale VIII - konserwacja i naprawa dla systemu telewizji dozorowej.

W związku z tym, zdaniem Odwołującego, również tej usługi nie można uznać za usługę dotyczącą budynków tożsamyh jakościowo i technologicznie do posiadanych przez Zamawiającego z uwagi na tak odmienny zakres usług wskazanych w OPZ. Z referencji wystawionej przez Szpital Czerniakowski sp. z o.o., załączonej przez Wykonawcę Efor do oferty, wynika, że zakres świadczonych usług polegał na całodobowej, codziennej obsłudze konserwacji urządzeń, instalacji i sieci elektrycznej, naprawach wyposażenia budynkowego i biurowego. Zakres wykonywanych usług znacząco odbiega od zakresu prac wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia obecnego postępowania - brak jest m.in. prac w zakresie gazów medycznych, instalacji przeciwpożarowej, instalacji wentylacji i klimatyzacji, instalacji urządzeń kontroli dostępu oraz instalacji domofonowych. Przytoczone różnice wskazują na brak tożsamości jakościowej i technologicznej pomiędzy usługami wynikającymi z referencji, a usługami składającymi się na przedmiot zamówienia obecnego postępowania. Nie są to usługi „takie same” lub „niczym nie różniące się”.

Stanowisko Izby:

Zamawiający sformułował w Rozdziale VIII SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że wskazał, że uzna warunek za spełniony jeżeli „Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych należycie wykonuje minimum 2 usługi polegające na wykonaniu usług serwisowych i utrzymania instalacji budynków tożsamyh jakościowo i technologicznie do posiadanych przez Zamawiającego (dot. w szczególności systemów wentylacji i klimatyzacji, systemów p.poż, instalacji elektrycznej, instalacji niskich prądów, instalacji sanitarnej) o wartości minimum 200 000,00 zł (brutto) każda (wartość zawartych umów)”.

Należy zatem zauważyć, że w opisie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie sprecyzował ściśle w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „budynek tożsamyh jakościowo i technologicznie do posiadanych przez Zamawiającego”. Wskazano jedynie, że dotyczy to w szczególności systemów wentylacji i klimatyzacji, systemów p.poż, instalacji elektrycznej, instalacji niskich prądów, instalacji sanitarnej. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem sformułowane w swz opisy warunków zamówienia podlegają wykładni językowej. Nie jest dopuszczalne uznanie, że wykonawca nie spełnił określonego wymogu składającego się na warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wymóg ten nie został wprost i w sposób jednoznaczny zawarty w opisie warunku udziału w postępowaniu. Za niedopuszczalną należy uznać rozszerzającą interpretację opisu warunku udziału w postępowaniu. Wszelkie niejasności w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu interpretuje się na korzyść wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący przedstawił w odwołaniu rozszerzającą interpretację opisu warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, mamy tu do czynienia z więcej niż jedną próbą wykładni postanowienia SWZ, w którym został opisany warunek udziału w postępowaniu (np. zawarte w odwołaniu stwierdzenie: „Dokonując jeszcze bardziej szczegółowej próby interpretacji omawianego zapisu SWZ - zwrot „budynek tożsamyh jakościowo” dotyczy budynków o podobnej funkcji, podobnym przeznaczeniu.”). Aby podniesiony w tym zakresie zarzut mógł zostać uwzględniony Odwołujący musiałby udowodnić, że przedstawione przez Wykonawcę Efor usługi nie dotyczyły budynków (gdyż tego właśnie elementu dotyczy postawiony zarzut) tożsamyh jakościowo i technologicznie do posiadanych przez Zamawiającego w takim znaczeniu jaki można jedynie wyinterpretować z treści ww. postanowienia SWZ, tj. w zakresie systemów wentylacji i klimatyzacji, systemów p.poż, instalacji elektrycznej, instalacji niskich prądów, instalacji sanitarnej. Wymaga przy tym podkreślenia, że ww. okoliczność powinna być przez Odwołującego udowodniona, gdyż to na Odwołującym – jako stronie, która z tej okoliczności wywodziła skutki prawne, spoczywał ciężar dowodu. Takie dowody nie zostały przez Odwołującego przedstawione. Natomiast argumentację przedstawioną przez Odwołującego w odniesieniu do Szpitala Czerniakowskiego należy uznać za błędną, gdyż dotyczy ona „tożsamyh jakościowo i technologicznie usług”, podczas gdy taki wymóg nie został sformułowany w opisie warunku udziału w postępowaniu (jest tam mowa o budynkach - a nie usługach - tożsamyh jakościowo i technologicznie do posiadanych przez Zamawiającego).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 1 nie podlega uwzględnieniu. Wymaga przy tym wyjaśnienia, że

fakt oddalenia ww. zarzutu nie oznacza potwierdzenia, że wykonawca z pewnością spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, a jedynie oznacza, że zarzut ten nie został postawiony i uzasadniony w sposób umożliwiający jego uwzględnienie.

Zarzut nr 2 i 3

Uzasadniając te zarzuty Odwołujący stwierdził:

[Zarzut nr 2]

Zgodnie z działem VII OPZ zakres prac obejmuje konserwację i naprawę instalacji wentylacyjnych, klimatyzacji oraz tzw. splitów. Zgodnie z art. 29 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych każdy przedsiębiorca prowadzący działalność i wykonujący czynności dla osób trzecich polegające na instalacji, konserwacji lub serwisowaniu, naprawie lub likwidacji m.in. stacjonarnych urządzeń chłodniczych, klimatyzacyjnych i pomp ciepła, zawierających fluorowane gazy cieplarniane tj. czynności, które składają się na zakres przedmiotu postępowania powinien posiadać Certyfikat dla przedsiębiorcy (dalej: „Certyfikat F-gaz przedsiębiorcy”). Przedsiębiorcy, którzy zajmują się instalacją czy naprawą urządzeń chłodniczych, klimatyzacji, stacjonarnych systemów ochrony przeciwpożarowej (przedmiot postępowania) muszą posiadać Certyfikat F-gaz przedsiębiorcy. Brak tego dokumentu powoduje, iż nie można świadczyć usług instalacji, serwisu, przeglądów instalacji klimatyzatorów tj. nie można wykonać przedmiotu zamówienia określonego w postępowaniu. Certyfikat F-gaz jest dokumentem urzędowym wydawanym przez Urząd Dozoru Technicznego po spełnieniu przez przedsiębiorcę określonych wymagań. Reguluje on między Zamawiającym a Wykonawcą kwestię wykonania przedmiotu zamówienia. Nie jest dokumentem prywatnym, którego wymóg posiadania został nałożony przez podmiot prywatny. Certyfikat F-gaz potwierdza, że przedsiębiorca postępuje zgodnie z wymaganymi procedurami. Urząd Dozoru Technicznego prowadzi rejestr przedsiębiorców posiadających certyfikat F-gaz, w związku z czym istnieje możliwość sprawdzenia czy dany przedsiębiorca posiada Certyfikat F-gaz. Wykonawca Efor nie widnieje we wskazanym rejestrze, co oznacza, że nie posiada Certyfikatu F-gaz, a w konsekwencji nie posiada uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Efor w dziale IV pkt 10 Oferty złożył oświadczenie, że posiada wszelkie zezwolenia koncesje, etc. wymagane powszechnie obowiązującymi przepisami dla prowadzenia działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Wskazany powyżej art. 29 ustawy o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych nakłada na każdego przedsiębiorcę świadczącego usługi w zakresie przedmiotu zamówienia ustawowy obowiązek posiadania Certyfikatu F-gaz, tj. zezwolenia wymaganego powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W dniu złożenia oświadczenia zawartego w ofercie Wykonawca Efor faktycznie nie dysponował Certyfikatem F-gaz stanowiącym zgodnie z treścią oświadczenia - zezwolenie wymagane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca Efor zobowiązał się w treści oferty do samodzielnego wykonania całości zamówienia, nie wskazał, że będzie polegać w zakresie posiadania Certyfikatu F-gaz przedsiębiorcy (oraz w jakimkolwiek innym zakresie) na zasobach innego podmiotu. W następstwie odwołania złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego dnia 7 października 2024 r. Zamawiający, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, skierował do Wykonawcy Efor wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 9 października 2024 r. w zakresie posiadania Certyfikatu F-gaz. W wezwaniu tym Zamawiający przyznał, że w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia obowiązuje wymóg posiadania Certyfikatu F-gaz dla przedsiębiorcy. Zamawiający w wezwaniu potwierdził brak posiadania przez Wykonawcę Efor Certyfikatu F-gaz dla przedsiębiorców oraz fakt zobowiązania się Wykonawcy Efor w ofercie do samodzielnego wykonania całości zamówienia. Ponadto, Zamawiający wskazał, że brak jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie wezwania skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy Efor. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień Wykonawca Efor udzielił niejasnych oraz niezrozumiałych wyjaśnień, które w żadnym zakresie nie odnosiły się do pytań Zamawiającego. Zamawiający pismem z dnia 17 października 2024 r. ponownie wezwał Wykonawcę Efor do złożenia kolejnych wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że poprzednie wyjaśnienia Wykonawcy Efor były „lakoniczne” i „nie dające rękojmi realizacji przyszłego świadczenia w sposób wymagany przepisami prawa”. Tym samym, pomimo złożenia wcześniejszego zastrzeżenia przez Zamawiającego, że brak jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień skutkować będzie odrzuceniem oferty, Zamawiający nie postanowił o odrzuceniu oferty Wykonawcy Efor i dalej podejmował wszelkie starania mające na celu uzupełnienie przez Wykonawcę Efor wymaganego przepisami prawa braku. Zamawiający po raz kolejny podkreślił w piśmie, że Wykonawca Efor nie posiadając wymaganego Certyfikatu F-gaz nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia i gwarancji spełnienia wszelkich wymogów obowiązującego prawa. W odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego Wykonawca Efor w piśmie z dnia 18 października 2024 r. załączył Oświadczenie o Udostępnieniu Zasobów z dnia 17 października 2024 r. przez spółkę Hava Serwis BIS sp. z o.o. w zakresie obsługi i przeglądów urządzeń oraz systemów związanych z wymogiem posiadania uprawnienia F-gaz dla

przedsiębiorcy, w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na postanowienia zawarte w rozdziale IX ust. 10 pkt 3 lit. a) oraz pkt 7 SWZ, a także przepisy art. 118 ust. 3 oraz art. 123 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że z ww. przepisów wynika obowiązek wykonawców złożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz zakaz powoływania się przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Odwołujący zauważył, że takie rozwiązanie ustawowe stanowi konsekwencję stanowiska wyrażonego w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 2017 r., C: 387/14 Esaprojekt.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Efor zobowiązał się w treści oferty do samodzielnego wykonania całości zamówienia tj. nie wskazał, że będzie polegać w zakresie usług związanych z wymogiem posiadania Certyfikatu F-gaz (oraz w jakimkolwiek innym zakresie) na zasobach innego podmiotu. Termin złożenia ofert w postępowaniu został wyznaczony na 13 września 2024 r. godz. 10.00. Wykonawca Efor 18 października 2024 r. załączył Oświadczenie spółki Hava Serwis BIS sp. z o.o. w przedmiocie udostępnienia zasobów w zakresie obsługi i przeglądów urządzeń oraz systemów związanych z wymogiem posiadania uprawnienia F-gaz dla przedsiębiorcy. Zgodnie z treścią art. 123 ustawy Pzp oraz jednolitą linią orzecniczą Izby możliwość powołania się na zdolności lub sytuację techniczną podmiotów udostępniających zasoby upływa wraz z terminem składania ofert. W związku z powyższym Wykonawca Efor 18 października 2024 r. nie mógł w sposób skuteczny, zgodny z przepisami ustawy Pzp, powołać się na zasoby techniczne spółki Hava Serwis BIS sp. z o.o. w przedmiocie udostępnienia zasobów w zakresie Certyfikatu F-gaz, gdyż możliwość powołania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby upłynęła 13 września 2024 r. o godz. 10.00. tj. wraz z terminem składania ofert. Tym samym Wykonawca Efor nie spełnił obowiązku określonego w art. 29 ustawy o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych tj. obowiązku posiadania dokumentu urzędowego Certyfikatu F-gaz, nie złożył skutecznych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i złożonych oświadczeń, nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. W związku z powyższym oraz z uwagi na naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a) i b) oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i SWZ, zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Efor podlega odrzuceniu, zaś sam Wykonawca Efor podlega wykluczeniu z postępowania.

[Zarzut nr 3]

Odwołujący powołał się na postanowienie zawarte w Rozdziale IX ust. 10 pkt 11 SWZ oraz przepisy art. 125 ust. 1 oraz ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że z ww. przepisów oraz SWZ wynika, że każdy wykonawca w celu skutecznego polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zobowiązany jest obowiązkowo dołączyć do oferty (w terminie składania oferty) „oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby”. Wykonawca Efor w sposób wadliwy, po upływie terminu składania ofert, powołał się na zasoby techniczne spółki Hava Serwis BIS sp. z o.o. w zakresie obsługi i przeglądów urządzeń oraz systemów związanych z wymogiem posiadania uprawnień F-gaz. Niezależnie od wskazanej powyżej nieprawidłowości, Wykonawca Efor wraz z podjęciem wskazanej czynności zobowiązany był zgodnie z rozdziałem IX ust. 10 pkt 11 SWZ oraz art. 125 ust. 5 ustawy Pzp do złożenia oświadczenia spółki Hava Serwis BIS sp. z o.o. potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby. Jak wynika z dokumentacji postępowania Wykonawca Efor nie wykonał wskazanego obowiązku, w związku z czym nie wykazał czy podmiot, na którego zasoby się powołuje, tj. Hava Serwis BIS sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy Efor do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Do udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia dopuszczony został podwykonawca, którego wiarygodność oraz rzetelność nie została w żaden sposób zweryfikowana przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego tego rodzaju działania Zamawiającego są sprzeczne z zasadą równego traktowania stron i uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający w sposób dowolny, według własnego uznania, weryfikuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez podmioty w nim uczestniczące. Tym samym, zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Efor podlega odrzuceniu z postępowania, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp tj. art. 125 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 2 lit. b) oraz art. 226 ust 5 w zw. z art. 239 Pzp.

Stanowisko Izby:

W odniesieniu do zarzutu nr 2 i 3 skład orzekający Izby wskazuje, że zgodziłby się z większością twierdzeń Odwołującego przedstawionych w ramach uzasadnienia tych zarzutów, gdyby Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący Certyfikatu F-gaz. Taki warunek udziału w postępowaniu nie został jednak postawiony. Wymaga

podkreślenia, że warunek udziału w postępowaniu to konkretna instytucja w Prawie zamówień publicznych. Natomiast przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dotyczy powoływania się na zasoby tzw. podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym, że nie ma warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Certyfikatu F-gaz, to nie mamy również do czynienia z instytucją powoływania się na zasoby tzw. podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Zastosowania nie mają przepisy ustawy Pzp dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W tym przypadku występuje wyłącznie (zwykle) podwykonawstwo. Natomiast zgodnie z poglądami przedstawianymi w orzecznictwie oraz nauce prawa wskazywanie przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podanie nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter informacyjny. W związku z tym dokonywanie przez wykonawcę zmian w tym zakresie nie jest obarczone sankcją na gruncie przepisów ustawy Pzp – o ile nie dotyczy części zamówienia zastrzeżonych przez zamawiającego jako wymagających osobistego wykonania (co w niniejszej sprawie nie miało miejsca). Przykładowo, w Komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (komentarz do art. 462, Warszawa 2021, str. 1236) stwierdzono: „Wskazywane przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter informacyjny. Intencjonalny charakter informacji wskazanych w ofercie, dotyczący nazw podwykonawców, był przyjmowany powszechnie w orzecznictwie KIO już na gruncie Pzp2004. Pzp (jak wcześniej Pzp2004) dopuszcza bowiem zmianę podwykonawcy na etapie realizacyjnym. W odniesieniu natomiast do charakteru informacji dotyczącej nazwy części, którą wykonawca zamierza realizować za pomocą podwykonawcy, na gruncie Pzp2004 istniał spór w doktrynie, czy informacja ta składa się na ofertę wykonawcy (jako oświadczenie woli co do sposobu realizacji zamówienia), czy też nie. Brzmienie art. 462 ust. 2 Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze.”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Przewodnicząca: