

WYROK

Warszawa, dnia 1 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2024 r. przez wykonawcę M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.K. VEGATECH w postępowaniu prowadzonym przez Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Montażowego Montel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 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 1994/24

Uzasadnienie

Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła w Krakowie, dalej: *Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Całodobowa obsługa kotłowni, rezerwowej wymiennikowni, sieci i instalacji ciepłych, ciepła technologicznego”, dalej: „*Postępowanie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2024 r. pod numerem 1571136-24.

W dniu 6 czerwca 2024 r. wykonawca M.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.K. VEGATECH, dalej: „*Odwołujący*” wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

- 1) bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego ze względu na błędne uznanie, że Odwołujący nie złożył w terminie wykazu usług ani referencji i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz traktowanie Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Montażowego Montel sp. z o.o. (dalej „Montel”) w sposób uprzywilejowany ze względu na to, że wcześniej i obecnie świadczy podobne usługi na rzecz Zamawiającego co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;
ewentualnie
- 2) brak wezwania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe Montel sp. z .o.o. (dalej „Montel”) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj. dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w punkcie 18.II.B SWZ, mimo, że dokumenty przedłożone przez Montel nie potwierdzają spełnienia ww. warunku tj.
 - wystawione przez Zamawiającego w październiku 2022 r. dotyczyły świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych w związku z tym referencje potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy nadto
 - wykonawca Montel posłużył się oświadczeniem własnym z dnia 20 maja 2024 r. na potwierdzenie prawidłowości usług wykonywanych na rzecz Zamawiającego bez, wykazania, że nie mógł uzyskać referencji lub przedłożyć innych dokumentów potwierdzających prawidłową realizację usługi z przyczyn od niego niezależnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt

2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (dalej „Rozporządzenie”) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na błędne uznanie, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków, o których mowa w punkcie 18.II.B SWZ, mimo, że złożony przez niego 17 maja 2024 r. wykaz usług - załącznik nr 10 do SWZ, wraz z referencjami i oświadczeniami własnymi potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;

w przypadku nie uwzględnienia tego zarzutu, zarzut ewentualny:

2) zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw.

z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, poprzez brak wezwania Montel do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału

w postępowaniu o którym mowa w punkcie 18.II.B SWZ tj. wykazu usług – Załącznika nr 10 wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług mimo, że Montel nie wykazał, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowne badania i ocenę ofert oraz wybór oferty Odwołującego lub ewentualnie wezwanie Montel do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 18.II.B SWZ tj. wykazu usług oraz ponownego badania i oceny ofert i unieważnienia postępowania

w przypadku braku wykazania przez Montel spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

1) wniosku Odwołującego do Radomskiego Szpitala Specjalistycznego z dnia 10 kwietnia 2024 r.

2) wniosku Odwołującego do Akademii Marynarki Wojennej z dnia 10 kwietnia 2024 r.

na fakt podjęcia przez Odwołującego starań mających na celu uzyskanie referencji i braku ich otrzymania z przyczyn niezależnych od niego.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że już na pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 23.04.2024 r. przedłożył prawidłowy wykaz usług oraz referencje oraz zwrócił uwagę na sposób, w jaki Zamawiający sformułował warunek udziału w Postępowaniu:

„18. Warunki udziału w postępowaniu

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

(...)

II. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ LUB ZAWODOWEJ:

B. Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

Maksymalnie trzy usługi obejmujące swoim zakresem przynajmniej: całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła - o sumarycznej wartości zamówień nie mniejszej niż 950 000,00 zł brutto.

- Jeżeli umowa obejmuje również inne czynności, poza opisanymi powyżej, Wykonawca obowiązany jest podać wartość usług przedmiotowych (opisanych powyżej),

- Przez pojęcie trzech usług należy rozumieć trzy umowy z wykonawcą. Wartość usługi to wartość umowy”.

Odwołujący wskazał, że dokonując wykładni literalnej warunku oznacza on, że Wykonawca powinien był przedstawić wykaz z maksymalnie trzema usługami, które rozpatrywane razem, a nie każda z osobna obejmowały swoim zakresem całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła oraz ich sumaryczna wartość wynosiła nie mniej niż 950 000,00 zł brutto.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, wskazał, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego

udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z obowiązkiem precyzyjnego określenia dokumentów przetargowych.

W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez Zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji.

Natomiast Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt: VIII Ga 102/18, z szerokim powołaniem na orzecznictwo TSUE wskazał, że obowiązywanie reguły interpretacyjnej „na korzyść wykonawcy” uzasadnia także jej związek z zasadą przejrzystości, która oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów w lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk.

W wyroku z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 968/23 Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza, że: „Wszelkie niejasności w SWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawcy

(np. w niejasnym sformułowaniu warunku doświadczenia)”. W wyroku z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt KIO 3045/23 stwierdza: „Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, które mają na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia oraz mają zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia.

To Zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie budziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta”.

Nie może być mowy o subiektywizmie oraz uznaniowości przy ocenie ofert. Wybór oferty najkorzystniejszej powinien być przeprowadzony w oparciu o kryteria skonkretyzowane

i wymierne tak, aby każdy znający treść ofert mógł ocenić je we właściwy i taki sam sposób.

W takim tonie wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 137/22: „Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie następować. Chodzi o to, by wykonawcy, mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności,

w jaki sposób oferty będą oceniane”. Podobnie wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 137/22: „Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie następować. Chodzi o to, by wykonawcy, mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane”.

Wobec tego wykaz przedstawiony przez Odwołującego oraz referencje potwierdzają, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Już sama usługa wskazana w wykazie jako

3, czyli:

3. „Świadczenie usług eksploatacyjno-konserwacyjnych urządzeń instalacji i sieci wod.- kan., ciepłych (c.o., para, c.w.u., c.t.) generatorów dwutlenku chloru, kolektorów słonecznych

i gazu w kompleksie Radomskiego Szpitala Specjalistycznego” (Całodobowa obsługa kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej powyżej 2 MW, obsługa sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługa eksploatacyjna wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym obsługa eksploatacyjna alternatywnego źródła ciepła), wartość usługi 235.600,01 zł brutto (kwota podana za okres 04.12.2023 r. do 30.04.2024 r.), data wykonywania usługi od 04.12.2023 r. do 03.12.2026 r. usługa wykonana na rzecz Radomskiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Tytusa Chałubińskiego ul. Lekarska 4 26-600 Radom” spełnia wszystkie zapisy wskazane w punkcie 18. II. B SWZ.

Jeśli chodzi zaś o referencje tej usługi Odwołujący jak wskazał w piśmie z dnia 6.05.2024 r. wystosował do Zamawiającego informację, że zwrócił się z prośbą o wystawienie referencji do Akademii Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte w Gdyni oraz Radomskiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu w sprawie świadczeń ciągłych nadal wykonywanych, lecz z przyczyn od siebie niezależnych nie był w stanie ich uzyskać w wskazanym przez

Zamawiającego terminie. Jednocześnie Odwołujący złożył oświadczenie, że w trakcie wykonywania prac wskazanych w załączniku nr 10 do SWZ jako świadczenia ciągle nadal wykonywane nie otrzymał kary umownej bądź dyscyplinarnego upomnienia, a w miesięcznych protokołach potwierdzających wykonanie prac nie stwierdzono uchybień lub nieprawidłowości ze strony Wykonawcy. Zamawiający w dokumentacji wskazał, że jeśli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji wystarczy oświadczenie wykonawcy. Odwołujący wskazał przy tym, że próbował pozyskać niezbędne referencje

o czym świadczą poniższe dowody:

1) wniosek Odwołującego do Radomskiego Szpitala Specjalistycznego z dnia 10 kwietnia 2024 r.,

2) wniosek Odwołującego do Akademii Marynarki Wojennej z dnia 10 kwietnia 2024 r.

Przepisy Rozporządzenia pozwalają aby zamiast referencji lub innych dokumentów sporządzonych przed odbiorce referencyjnych dostaw lub usług przedstawić oświadczenie własne wykonawcy, co Odwołujący uczynił.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 2 pkt 2 c ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odrzucenie oferty Odwołującego nie powinno mieć miejsca - od początku złożył on prawidłowe dokumenty. Zgodnie z art. 16 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Zdaniem Odwołującego Zamawiający prowadząc Postępowanie będące przedmiotem niniejszego odwołania niewątpliwie nie zastosował się do tych zasad.

W odniesieniu do zarzutu 2 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający podważając referencje czy oświadczenie przedłożone przez Odwołującego dokonał wyboru oferty Montel, który to Wykonawca celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w wykazie usług przedłożonym Zamawiającemu przedstawił dwie usługi świadczone na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II. Obie dotyczyły całodobowej obsługi eksploatacyjnej kotłowni gazowo-olejowej, awaryjnej wymiennikowni c.w.u. wraz z siecią

i instalacjami c.w.u. do punktów czerpalnych w obiektach oraz zewnętrznej sieci przesyłu pary i kondensatów, węzłów cieplnych z instalacjami pary i kondensatów u odbiorców oraz sieci zewnętrznych i instalacji c.o., stacji uzdatniania wody, sieci ciepła technologicznego

w obiektach na terenie Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II. Jedna była wykonywana w okresie od 3.11.2020 r. do 2.11.2022 r., druga w okresie od 18.05.2023 r. jest wykonywana nadal do 7.06.2024 r. Dla usługi świadczonej w okresie od 3.11.2020 r. do 2.11.2022 r. Montel przedłożył wątpliwe zaświadczenie (referencje). W zaświadczeniu (referencjach) wskazane jest, że usługa jest świadczona na rzecz Szpitala na podstawie umowy z dnia 3.11.2020 r. - od tej daty nieprzerwanie przez okres trzech lat. Jednakże zaświadczenie-referencje zawiera błędy i niejasności:

1) zaświadczenie jest wystawione w dniu 28.10.2022 r. co by wskazywało, że na czas jego wystawienia usługa była świadczona przez okres niecałych dwóch, a nie trzech lat,

2) zaświadczenie wskazuje, że usługa jest świadczona nieprzerwanie od trzech lat od dnia 3.11.2020 r., co oznacza, że usługa nie została zakończona,

3) zgodnie z zapisem pkt. 15.8 SWZ w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Ze względu na to, że w wykazie Montel przedstawił dwie usługi świadczone na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II, w tym jedną z datą wykonania od 3.11.2020 r. do 2.11.2022 r., a drugą od 18.05.2023 r., która trwa nadal do 7.06.2024 r. należy uznać, że są to świadczenia powtarzające się, więc zaświadczenie dla obu usług powinno być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zaświadczenie nasuwa szereg wątpliwości, dlatego Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 w zw. z art. 239 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez brak wezwania Montel do uzupełnienia wadliwych referencji wystawionych przez Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II i wybór oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 1043/23, KIO stwierdza: „Jeżeli wykonawca nie wykazał spełniania wymaganego warunku udziału

w postępowaniu, to konieczne jest jego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału na podstawie art. 128 ust. 1 PZP". Podobnie w wyroku z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 950/23: „To na wykonawcy, jako profesjonalistach, spoczywa obowiązek wykazania w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien dochować należytej staranności przy przekazywaniu Zamawiającemu oświadczeń istotnych dla oceny sytuacji wykonawcy”.

Odwołujący wskazał, że mimo, że Montel świadczy od lat usługi na rzecz Zamawiającego nie był w stanie uzyskać od niego referencji za usługę, którą świadczy od 18.05.2023 r. i będzie świadczył do 7.06.2024 r. Wobec tego złożył oświadczenie własne, które Zamawiający zaakceptował i nie negował go tak jak oświadczenia Odwołującego.

Montel, nie wykazał, że podjął w ogóle starania o uzyskanie referencji. Posłużenie się oświadczeniem własnym jest możliwe tylko wtedy gdy wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać ani referencji, ani innych dokumentów wystawionych przez podmioty, na rzecz których wykonał dostaw lub usługi. Montel, inaczej niż Odwołujący nie wskazał, że w ogóle podjął starania o uzyskanie stosownych dokumentów poświadczających wykonanie usługi.

Odwołujący wskazał na orzeczenie KIO 721/24, w świetle którego „Ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień oraz dokumentów nie wynika, aby na dzień złożenia oświadczenia własnego (29 stycznia 2024 r.) Wykonawca podjął jakiegokolwiek starania celem uzyskania referencji. Wskazać należy, iż Dussmann Polska Sp. z o.o. przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, zapoznał się z dokumentami zamówienia i miał świadomość wymogu Zamawiającego dotyczącego złożenia referencji bądź innych dokumentów celem potwierdzenia należytej realizacji usługi. Wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia zapoznaje się z warunkami zamówienia i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich jego etapach oraz adekwatnie reagować na okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie w uzyskaniu zamówienia.” Świadczy to o uprzywilejowanym traktowaniu Montel.

Odwołujący wskazał również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1760/23: „Jedną z gwarancji zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców jest istniejący po stronie zamawiającego obowiązek jasnego określenia wszelkich warunków zamówienia, którymi następnie zarówno sam zamawiający, jak i wykonawcy pozostają związani. Zamawiający w procesie weryfikacji ofert zobowiązany jest stosować się do ostatecznie ustalonych postanowień SWZ, a wykonawców traktować w sposób równy”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający utrudniał Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający dopiero 5 czerwca 2024 r. przesłał załączniki do protokołu

z postępowania mimo wniosku przesłanego przez Odwołującego Zamawiającemu w dniu 27.05.2024 r.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w piśmie z dnia 20 czerwca 2024 r. wniósł

o oddalenie odwołania, które jest bezzasadne.

Zamawiający podkreślił, że decyzja o wyborze Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego – M.K. Vegatech, jest prawidłowa wynika wprost

z dokumentacji postępowania.

Zamawiający wskazał, że w SWZ postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: Maksymalnie trzy usługi obejmujące swoim zakresem przynajmniej: całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła - o sumarycznej wartości zamówień nie mniejszej niż 950 000,00 zł brutto.

- Jeżeli umowa obejmuje również inne czynności, poza opisanymi powyżej, Wykonawca obowiązany jest podać wartość usług przedmiotowych (opisanych powyżej),

- Przez pojęcie trzech usług należy rozumieć trzy umowy z wykonawcą. Wartość usługi to wartość umowy.”

Na potwierdzenie spełnienia wymogów postawionych w tym warunku Wykonawca zgodnie

z punktem 15.1.8 SWZ zobligowany był do przedłożenia:

„wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania

i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich

3 miesięcy - wg załącznika nr 10 do SWZ.”

W treści wskazanego załącznika została zawarta wyraźna adnotacja, że Wykonawca jest zobligowany do wskazania wszystkich informacji niezbędne do oceny spełniania warunków,

o których mowa w 18.II.B. Ponieważ oferta Odwołującego była najkorzystniejsza Zamawiający wezwał go o przedłożenie dokumentów, w tym również wymienionego wyżej wykazu.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył wykaz, w którym jedynie jedna usługa na kwotę 235 600,01 zł odpowiadała opisowi zawartemu w warunku – usługa nr 3 z wykazu. Usługi wskazane w punkcie 1 i 2 wykazu zostały opisane z użyciem bardzo dużej ilości słów, które jednak nie były sformułowaniami synonimicznymi do użytych w opisie warunku wyrażen. Usługi te nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunku lecz opisują jakąś inną usługę, która nie odpowiada treści SWZ w tym zakresie. Ponieważ Zamawiający dostrzegł powyższą niezgodność wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust.

1 o uzupełnienie/poprawienie wykazu wskazując jednoznacznie na treść warunku i instruując dodatkowo, że wykaz musi literalnie zawierać potwierdzenie wykonania zamówień opisanych w warunku. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył dokładnie ten sam wykaz.

Z uwagi na powyższe Zamawiający wezwał drugiego w kolejności Wykonawcę o przedłożenie dokumentów podmiotowych a po ich dostarczeniu odrzucił ofertę Odwołującego, z uwagi na fakt braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz wybrał ofertę Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o., który to Wykonawca potwierdził spełnienie warunku w sposób opisany w SWZ. Na powyższą czynność Odwołujący złożył odwołanie, w którym w kuriozalny w przekonaniu Zamawiającego sposób próbował argumentować, że spełnił on warunek podany w specyfikacji. Odwołujący przedstawił przedziwną argumentację, w której jednocześnie stwierdził na stronie 10, że usługi powinny być rozpatrywane razem a nie każda z osobna, na stronie 12 wskazując, że już sama wartość usługi numer 3 na kwotę 235 600,01 zł spełnia wszystkie zapisy wskazane w punkcie 18 II B SWZ, jednocześnie wnosząc wniosek dowodowy dotyczący zadań dla Akademii Marynarki Wojennej z siedzibą w Gdyni (zadanie nr 1 i 2 z wykazu), które jak Zamawiający rozumiał, Odwołujący również chciał, aby zostały uznane w kontekście spełnienia przez niego warunku.

Zamawiający wskazał, że jeśli w prawidłowy sposób odczytał on karkołomne wywody Odwołującego, to wydawał się on argumentować, że ponieważ sama usługa nr 3 z wykazu na kwotę 235 600,01 zł spełnia wszystkie elementy opisu, z wyjątkiem, jak Zamawiający rozumiał, samej wartości wykonania usług, która zgodnie z SWZ musiała wynosić 950 000,00 zł. Odwołujący uważa, że łączne spełnienie warunku powinno polegać na tym, że do tej jednej usługi na kwotę 235 600,01 zł, może dokooptować jakiegokolwiek inne usługi, które nie odpowiadają specyfikacji w celu uzyskania kwoty 950 000,00 zł, i tym samym spełnieniu warunku wedle postulowanego przez niego rozumienia. Podkreślił, że jeśli faktycznie tak należy odczytywać wywody Odwołującego, to mielibyśmy do czynienia z całkowitym absurdem lingwistycznym, logicznym oraz próbą interpretacji warunku całkowicie sprzeczną z samą treścią ustawy Prawo zamówień publicznych. Już z samego punktu widzenia językowego tego rodzaju interpretacja jest całkowicie niemożliwa. Warunek został opisany za pomocą jednego ciągłego zdania, w którym po wyrażeniu „przynajmniej”, znajdują się oddzielone przecinkami elementy opisu. W warunku jest mowa o sumarycznej WARTOŚCI zamówień, nie mniejszej niż 950 000,00 zł a nie sumowaniu elementów z opisu zamówienia w ramach różnych zamówień. Zamawiający podkreślił, że z punktu widzenia językowego sprawa ta wydaje się całkowicie jednoznaczna. Dla przykładu: jeśli chcemy kupić 3 sztuki zielonych samochodów typu van, to dla każdego jest zrozumiałe, że potrzebujemy 3 zielone samochody typu van, a nie na przykład jeden samochód zielony ale typu kombi, drugi typu van ale czerwony a trzeci, w ogóle nie samochód, tylko motocykl, i w ten sposób uzyskamy łączne spełnienie opisu:

3 zielone samochody typu van. Co więcej w zdaniu umieszczonym bezpośrednio pod warunkiem znajduje się adnotacja: „Jeżeli umowa obejmuje również inne czynności, poza opisanymi powyżej, Wykonawca obowiązany jest podać wartość usług przedmiotowych (opisanych powyżej). Przez pojęcie trzech usług należy rozumieć trzy umowy z Wykonawcą. Wartość usługi to wartość umowy.”

Ze zdania tego również w jednoznaczny sposób wynika, że Zamawiającego interesuje tylko i wyłącznie wartość usług spełniających opis przedmiotu zamówienia i usług tych w ramach wartości nie można łączyć sumując z jakimiś innymi usługami celem uzyskania łącznej kwoty 950 000,00 zł. Na dodatek w samej treści warunku Zamawiający uczynił wyjątek pisząc:

„w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła”, z czego a contrario jednoznacznie wynika, że tylko w tym zakresie, a nie w zakresie pozostałych elementów opisu, w których tego zastrzeżenia nie ma, Wykonawca który wykazuje więcej niż jedną usługę może ten element warunku spełnić tylko dla jednej usługi. Powyższe ujęcie warunku jest zupełnie jednoznaczne i nie pozostawia ono żadnego pola na jakiegokolwiek wątpliwości lingwistyczne.

Zamawiającego wskazał, że w jego przekonaniu, Wykonawca po prostu został, mówiąc kolokwialnie, „przyłapany” na próbie „przemycenia do wykazu” dwóch usług, które warunku nie spełniają a do których opisu użył bardzo dużej ilości wyrazów, które dla laika mogą brzmieć bardzo podobnie do treści warunku, i ponieważ warunku tego nie jest w stanie wykazać, bo go nie spełnia, próbuje przedstawić przedziwną argumentację dotyczącą jego rozumienia zapisu SWZ. Niezależnie bowiem od argumentów stricte językowych argumentacja Wykonawcy przeczy jakimkolwiek zasadom logiki oraz sposobowi stawiania oraz odczytywania przez Wykonawców warunków zawartych w SWZ. Zgodnie z ustawą PZP warunek powinien być stricte związany z przedmiotem zamówienia oraz w zakresie wiedzy i doświadczenia powinien być tożsamy rodzajowo z przedmiotem zamówienia opisanym w SWZ. Zamawiający bada przecież, czy Wykonawca jest w stanie wykonać konkretne zamówienie a nie czy Wykonawca ogóle wykonuje jakiegokolwiek zamówienia, co zdaje się sugerować Odwołujący w swojej argumentacji. Tymczasem z logiki argumentacji zawartej zwłaszcza w zakresie jego stwierdzenia, że już sama usługa nr 3 spełnia wszystkie wymogi SWZ i wystarczy do niej dokooptować inne usługi aby uzyskać kwotę 950 000,00 zł można dojść do wniosku, że w jego ocenie ten warunek byłby również spełniony, gdyby usługa wymieniona w punkcie nr

3 wartościowo wynosiłaby np. 1 000,00 zł a pozostałą wartość Wykonawca mógłby sobie uzupełnić na przykład czynnością mycia basenów lub pielęgnacji terenów zielonych. Zamawiający wskazał, że z informacji uzyskanych przez niego, zadania zawarte w wykazie wcale nie odbiegają od wskazanej w zdaniu poprzednim fikcyjnej sytuacji, podanej jako metoda zobrazowania całkowitej błędności rozumowania Wykonawcy, w sposób rażący.

Z uzyskanych przez Zamawiającego informacji wynika, że wskazana w punkcie 1 i 2 wykazu, usługa serwisowo eksploatacyjna kotłowni olejowo gazowych nie ma nic wspólnego z parą technologiczną, bowiem wskazane w wykazie usługi nie dotyczą w ogóle kotłowni parowych lecz kotłowni wodnych, opartych o całkowicie inną technologię wymagającą całkowicie innej wiedzy i doświadczenia. Jest to całkowicie inna usługa, wymagająca całkowicie innego doświadczenia, oparta o całkowicie inny proces technologiczny. Zamawiający wskazał, że nie kwestionuje jakości wykonanej usługi lecz jedynie wskazał na jej niezgodność z opisem warunku wskazanego w SWZ.

Zamawiający podkreślił, że z kolei wywody Odwołującego w zakresie braku wykazania warunku przez wybranego Wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o., całkowicie pomijając brzmienie art. 127 ust. 2 Pzp oraz utrwalonego już orzecznictwa w tym zakresie, w tym zwłaszcza wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

- KIO 439/20 z dnia 13 marca 2020 r. – (powołany w nim art. 26 obowiązujący na gruncie ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. ma swój odpowiednik w aktualnie obowiązującej ustawie Pzp, w art. 127 ustawy),

- KIO 777/22 z dnia 8 kwietnia 2022 r. - uzasadnienie wyroku: „Za niezasadne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający nie dochował należytej staranności przy weryfikacji dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

W tym kontekście należy wskazać, że zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Przepis ten obejmuje także sytuacje, w których wykonawca powołuje się na usługi zrealizowane na rzecz zamawiającego, prowadzącego dane postępowanie. W takim przypadku zamawiający posiada wiedzę, jak zamówienie zostało wykonane, jak i dysponuje dokumentami, pozwalającymi na ocenę jakości jego wykonania. Jak wskazano w wyroku

z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 439/20 (wydanym na gruncie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującym aktualność), „skoro wybrany wykonawca wskazał usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie, to nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi, gdyż zamawiający jest w posiadaniu takich dokumentów i nie kwestionował prawidłowości wykonania tej usługi. W tym stanie rzeczy nie ma także podstaw do tego, aby zamawiający wzywał na obecnym etapie wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi”.

Zamawiający podkreślił, że niezależnie od powyższych okoliczności stricte prawnych, twierdzenia Odwołującego w tym zakresie również stoją w sprzeczności z elementarnymi zasadami logiki. Żądanie Odwołującego sprowadza się bowiem do tego, aby Zamawiający wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o. do tego, aby ten Wykonawca wystąpił do Zamawiającego o sporządzenie dla niego referencji, następnie przekazał te referencje Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o., który z kolei te same referencje przekaże Zamawiającemu, tak aby ten Zamawiający skontrolował treść napisanych przez siebie referencji z punktu widzenia postawionego przez samego siebie warunku. Działania te nie mają absolutnie żadnego sensu. Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o. wskazał w wykazie usługi świadczone dla Zamawiającego a dysponentem wiedzy o jakości wykonania tych usług, tak jak i w wypadku innych usług, jest ich odbiorca, czyli w tym wypadku Zamawiający. Podejmując decyzję o wyborze firmy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o. w sposób oczywisty i jednoznaczny potwierdza on jako odbiorca usługi prawidłowość wykonania podanych w wykazie usług, podobnie jak w wypadku gdyby uznał, że ta usługa jest źle wykonana, nie dokonywałby wyboru Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o. Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe MONTEL Sp. z o.o. świadczy rzeczywiście zgodnie z wykazem, usługi na rzecz Zamawiającego. Usługi te są odbierane, opłacane i Zamawiający do dnia dzisiejszego nie kwestionował jakości ich wykonania. Usługi te wykonywane są więc w sposób należyty a warunek w ten sposób potwierdzony.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk Stron zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia.

Wybór oferty innego wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Montażowego Montel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej: „Przystępujący”.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz dołączone do odwołania.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 15 Podmiotowe środki dowodowe, Zamawiający wskazał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

Pkt 8: „Na potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w punkcie 18.II.B SWZ, Wykonawca złoży wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich

3 miesięcy - wg załącznika nr 10 do SWZ”.

W pkt 18. Warunki udziału w postępowaniu, pkt II. Zamawiający wskazał:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

II. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ LUB ZAWODOWEJ:

B. Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w

okresie ostatnich 3 lat, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

Maksymalnie trzy usługi obejmujące swoim zakresem przynajmniej: całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła

- o sumarycznej wartości zamówień nie mniejszej niż 950 000,00 zł brutto.

- Jeżeli umowa obejmuje również inne czynności, poza opisanymi powyżej, Wykonawca obowiązany jest podać wartość usług przedmiotowych (opisanych powyżej),

- Przez pojęcie trzech usług należy rozumieć trzy umowy z wykonawcą. Wartość usługi to wartość umowy”.

Odwołujący złożył ofertę w dniu 19 kwietnia 2024 r. W dniu 23 kwietnia 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego o przestanie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 15.1. SWZ, w tym wykazu usług oraz referencji wg. załącznika nr 10 do SWZ.

Odwołujący złożył wykaz z 3 usługami 17 maja 2024 r.:

1. Stały nadzór i obsługa serwisowo-eksploatacyjna kotłowni olejowo-gazowych

w budynkach 256 i 265 węzłów ciepłych i instalacji ciepłej wody użytkowej oraz centralnego ogrzewania zlokalizowanych w obiektach eksploatacyjnej kotłowni olejowej zlokalizowanej

w budynku nr 19 w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym w Czernicy k/Chojnic (Obsługa sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługa eksploatacyjna wymiennikowni wytwarzającej c.w.u).

Wartość zamówienia brutto w zł: 1.020.045,98 zł.

Data wykonania: od 04.10.2018 r. do 25.12.2021 r.

Podmiot, na rzecz którego wykonano zamówienia (umowę) oraz miejsce wykonania: Akademia Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte ul. Śmidowicza 69 81-127 Gdynia;

2. Stały nadzór i obsługa serwisowo-eksploatacyjnej kotłowni gazowo-olejowych w budynkach 256, 265, węzłów ciepłych, systemów solarnych i instalacji ciepłej wody użytkowej

i centralnego ogrzewania, zlokalizowanych w obiektach Akademii Marynarki Wojennej

w Gdyni, Nadzór i obsługa serwisowo-eksploatacyjna kotłowni olejowej zlokalizowanej

w budynku 19 w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym w Czernicy k/Chojnic oraz przeglądy serwisowo-konserwacyjne pomp ciepła zlokalizowanych i pracujących w układzie hydraulicznym kotłowni budynku nr 19 w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym w Czernicy (Obsługa sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługa eksploatacyjna wymiennikowni wytwarzającej c.w.u, w tym obsługa eksploatacyjna alternatywnych źródeł ciepła tj. pompa ciepła).

Wartość zamówienia brutto w zł: 771.401,42 zł (kwota podana za okres 01.01.2022 r. do 30.04.2024 r.).

Data wykonania: od 01.01.2022 r. do 31.12.2024 r.

Podmiot, na rzecz którego wykonano zamówienia (umowę) oraz miejsce wykonania: Akademia Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte ul. Śmidowicza 69 81-127 Gdynia;

3. Świadczenie usług eksploatacyjno-konserwacyjnych urządzeń instalacji i sieci wod.- kan., ciepłych (c.o., para, c.w.u., c.t.) generatorów dwutlenku chloru, kolektorów słonecznych

i gazu w kompleksie Radomskiego Szpitala Specjalistycznego (Całodobowa obsługa kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej powyżej 2 MW, obsługa sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługa eksploatacyjna wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym obsługa eksploatacyjna alternatywnego źródła ciepła.

Wartość zamówienia brutto w zł: 235.600,01 zł (kwota podana za okres 04.12.2023 r. do 30.04.2024 r.).

Data wykonania: 04.12.2023 r. do 03.12.2026 r.

Podmiot, na rzecz którego wykonano zamówienia (umowę) oraz miejsce wykonania: Radomski Szpital Specjalistyczny im. dr. Tytusa Chałubińskiego ul. Lekarska 4 26-600 Radom.

Odwołujący złożył referencje na potwierdzenie należytego wykonania usługi „Stały nadzór

i obsługa serwisowo-eksploatacyjna kotłowni olejowo-gazowych w budynkach 256

i 265 węzłów ciepłych i instalacji ciepłej wody użytkowej oraz centralnego ogrzewania zlokalizowanych w obiektach eksploatacyjnej kotłowni olejowej zlokalizowanej w budynku nr 19 w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym w Czernicy k/Chojnic” na rzecz Akademii Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte ul. Śmidowicza 69 81-127 Gdynia.

6 maja 2024 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że zwrócił się z prośbą

o wystawienie referencji do Akademii Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte w Gdyni oraz Radomskiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu w sprawie świadczeń ciągłych nadal wykonywanych, lecz z przyczyn od siebie niezależnych nie był w stanie ich uzyskać

w wskazanym przez Zamawiającego terminie.

W dniu 15 maja 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie treści złożonych podmiotowych środków dowodowych: Wykazu wykonanych lub wykonywanych usług (załącznik nr 10 do SWZ), zgodnie z punktem 18.II.B SWZ, wskazując, że w kolumnie: „Przedmiot zamówienia tj. rodzaj, nazwa zadania, zakres, typ” tabeli załącznika nr 10 – „Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług”, należy podać wszystkie informacje niezbędne do oceny spełniania warunków udziału

w postępowaniu, literalnie odpowiadające treści punktu 18.II.B SWZ, w szczególności zdaniu:

„Całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła”. Zamawiający wskazał, że przesłany przez Odwołującego wykaz usług nie wyczerpywał treści wskazanego punktu 18.II.B SWZ a co za tym idzie, nie spełnia wymagań określonych w warunkach udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na pismo Wykonawcy przesłał wykaz usług o treści tożsamej z uprzednio złożonym wykazem.

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy V.M., ponieważ złożony przez niego: wykaz usług oraz referencje nie potwierdzały spełnienia warunków udziału

w postępowaniu.

Zamawiający 17 maja 2024 r. zwrócił się do Przystępującego o przesłanie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 15.I. SWZ, w tym wykazu usług oraz referencji wg. załącznika nr 10 do SWZ

W dniu 20 czerwca 2024 r. Przystępujący złożył wykaz usług wykonanych lub wykonywanych, obejmujących 2 usługi wykonane na rzecz: Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II w Krakowie, których przedmiotem były 2 usługi na całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła: „Całodobowa obsługa eksploatacyjna kotłowni gazowo-olejowej, awaryjnej wymiennikowni c.w.u. wraz z siecią

i instalacjami c.w.u. do punktów czerpalnych w obiektach oraz zewnętrznej sieci przesyłu pary i kondensatorów u odbiorców oraz sieci zewnętrznych i instalacji c.o., stacji uzdatniania wody, sieci ciepła technologicznego w obiektach na terenie Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II w Krakowie przy ul. Prądnickiej 80”, realizowane od 03.11.2020 r. do 02.11.2022 r. oraz od 18.05.2023 r. do 07.06.2024 r.

Zamawiający 15 maja 2024 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych wskazując, że w kolumnie: „Przedmiot zamówienia,

tj. rodzaj, nazwa zadania, zakres, typ” tabeli nr 10 – „Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług” należy podać wszystkie informacje niezbędne do oceny spełniania warunków udziału

w postępowaniu, literalnie odpowiadające treści punktu 18.II.B SWZ, w szczególności zadaniu: „Całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy technologicznej o mocy 2 MW, obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła, tj. pomp ciepła”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw.

z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Przez podmiotowe środki dowodowe, zgodnie z ich definicją, zawartą w przepisie art. 7 pkt

17 ustawy Pzp, należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia, spełniania warunków

udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

Zgodnie z brzmieniem § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r., w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane,

a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Odwolujący, w celu potwierdzenia, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, który brzmiał:

„Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: Maksymalnie trzy usługi obejmujące swoim zakresem przynajmniej: całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła - o sumarycznej wartości zamówień nie mniejszej niż 950 000,00 zł brutto.

- Jeżeli umowa obejmuje również inne czynności, poza opisanymi powyżej, Wykonawca obowiązany jest podać wartość usług przedmiotowych (opisanych powyżej),

- Przez pojęcie trzech usług należy rozumieć trzy umowy z wykonawcą. Wartość usługi to wartość umowy.”, przedstawił wykaz 3 usług, z których tylko jedna – trzecia zgodnie

z kolejnością usług wskazaną przez Odwołującego w Załączniku nr 10 Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług odpowiadała warunkowi, określonymu przez Zamawiającego w pkt 18.II.B SWZ, ale jednakże wartość tej usługi była niższa od wartości usługi wymaganej przez Zamawiającego.

Natomiast dwie pozostałe usługi, polegające na: stałym nadzorze i obsłudze serwisowo-eksploatacyjnej kotłowni olejowo-gazowych w budynkach 256 i 265 węzłów cieplnych

i instalacji ciepłej wody użytkowej oraz centralnego ogrzewania zlokalizowanych w obiektach eksploatacyjnej kotłowni olejowej zlokalizowanej w budynku nr 19 w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym w Czernicy k/Chojnic (Obsługa sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługa eksploatacyjna wymiennikowni wytwarzającej c.w.u.) nie odpowiadały treści ww. warunku zamówienia.

Odwolujący w uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania przedstawił własną interpretację warunku określonego w pkt 18.II.B SWZ, zgodnie z którą wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu zobowiązany był przedstawić wykaz maksymalnie trzech usług, które rozpatrywane razem, a nie każda z osobna obejmowałyby swoim zakresem całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowni wytwarzającej c.w.u., w tym co najmniej jedną usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła, tj. pomp ciepła oraz ich sumaryczna wartość wynosiła nie mniej niż 950 000,00 zł brutto.

Izba w pełni zgadza się z Odwołującym, który przywołał liczne orzeczenia zarówno Sądu Najwyższego, sądów okręgowych, a także Krajowej Izby Odwoławczej, w których podkreślony został obowiązek Zamawiającego pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, tak aby nie powstały wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SWZ, a jeżeli powstaną, powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Jednakże, Izba nie dostrzegła podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości co do treści warunku określonego w pkt 18.II.B SWZ.

Jak wynika z ww. postanowienia, sumaryczna wartość zamówień nie mogła być mniejsza niż 950 000 zł brutto, a przez pojęcie trzech usług należało rozumieć trzy umowy z wykonawcą, wartość usługi to wartość umowy.

Izba nie miała wątpliwości, że każda z przedstawionych w wykazie usług powinna potwierdzać określone przez Zamawiającego wymagania wynikające z warunku udziału (pkt 18.II.B SWZ) w Postępowaniu, natomiast sumowaniu podlegać miała tylko wartość zamówień. Zamawiający nie określił warunku w ten sposób, aby usługi łącznie obejmowały swoim zakresem przynajmniej: całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowi wytwarzającej c.w.u., tak jak zrobił to wskazując na sumaryczną wartość zamówień

Odwołujący błędnie zinterpretował warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 18.II.B SWZ.

Przy rozpoznaniu zarzutu nr 1 odwołania, Izba miała na uwadze również podniesioną przez Zamawiającego wobec przedstawionych przez Odwołującego usług z pkt 1 i 2 Wykazu usług, okoliczność, iż z uzyskanych przez niego informacji wynikało, że wskazana w punkcie 1 i 2 wykazu, usługa serwisowo eksploatacyjna kotłowni olejowo gazowych nie ma nic wspólnego z parą technologiczną, bowiem wskazane w wykazie usługi nie dotyczą w ogóle kotłowni parowych lecz kotłowni wodnych, opartych o całkowicie inną technologię wymagającą całkowicie innej wiedzy i doświadczenia, jest to całkowicie inna usługa, wymagająca całkowicie innego doświadczenia, oparta o całkowicie inny proces technologiczny.

Odwołujący powyższej okoliczności nie zaprzeczył.

Jeśli chodzi o złożony przez Odwołującego wniosek o przeprowadzenie dowodu

z dokumentów: wniosku Odwołującego do Radomskiego Szpitala Specjalistycznego z dnia

10 kwietnia 2024 r. oraz wniosku Odwołującego do Akademii Marynarki Wojennej z dnia

10 kwietnia 2024 r., Izba miała na uwadze fakt, iż wskazane przez Odwołującego dowody potwierdzały jedynie fakt, że Odwołujący podjął starania o uzyskanie referencji dotyczących usług świadczonych na rzecz ww. podmiotów, natomiast nie okazały się one przydatne do rozpoznania odwołania w zakresie zarzuty nr 1.

Zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r., wykonawca może złożyć oświadczenie, jeżeli z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji.

Odwołujący złożył oświadczenie, a Zamawiając oceniając spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu oparł się na tym oświadczeniu.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, Izba stwierdziła, złożony przez Odwołującego wykaz usług nie potwierdził spełnienia przez niego warunku z pkt 18.II.B SWZ, a zatem decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa.

Izba stwierdziła, że także zarzut nr 2 odwołania naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 239

w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia podlegał oddaleniu.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem

Izba ustaliła, że Przystępujący w wykazie usług powołał się na realizację na rzecz Zamawiającego 2 usług, obejmujące swoim zakresem: całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowi wytwarzającej c.w.u., w tym usługę obsługi eksploatacyjną alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła: Usługa obejmująca swoim zakresem: całodobową obsługę kotłowni pary technologicznej o mocy całkowitej minimum 2 MW, obsługę sieci i instalacji c.o. i c.w.u., obsługę eksploatacyjną wymiennikowi wytwarzającej c.w.u., w tym usługę obsługi eksploatacyjnej alternatywnych źródeł ciepła tj. pomp ciepła: „Całodobowa obsługa eksploatacyjna kotłowni gazowo-olejowej, awaryjnej wymiennikowni c.w.u. wraz z siecią i instalacjami c.w.u. do punktów czepalnych w obiektach oraz zewnętrznej sieci przesyłu pary i kondensatorów u odbiorców oraz sieci zewnętrznych i instalacji c.o., stacji uzdatniania wody, sieci ciepła technologicznego w obiektach na

terenie Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II w Krakowie przy ul. Prądnickiej 80”.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, który podniósł, iż w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na usługi zrealizowane na rzecz zamawiającego, prowadzącego dane postępowanie, zamawiający posiada wiedzę, jak zamówienie zostało wykonane, jak i dysponuje dokumentami, które pozwalają na ocenę jakości jego wykonania.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający dysponował pełną wiedzą o jakości usług realizowanych na jego rzecz, ich wartości, okresie, w jakim były realizowane, a zatem wobec powyższego był uprawniony oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego na tej wiedzy się oprzeć. Nie ma podstaw, aby poddać w wątpliwość okoliczności dotyczące wykonania czy też wykonywania w dalszym ciągu przez Przystępującego usług na rzecz Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił w powyższym zakresie jakiegokolwiek argumentacji, ani dowodów.

Nie ma zatem podstaw do tego, aby do wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte w wykonanie usług, wskazanych w jego wykazie.

W konsekwencji nie sposób uznać za zasadne twierdzenia, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust.

2 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.).

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....