

Sygn. akt: KIO 2716/21

WYROK

z dnia 20 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie 15 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 września 2021 roku przez odwołującego **M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Akademię Marynarki Wojennej z siedzibą w Gdyni**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów wskazanych w pkt 3 lit. b) oraz lit. d), e), f) *petitum* odwołania, wobec ich wycofania.
2. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania i nakazuje wykreślenie warunku udziału w postępowaniu zawartego w Rozdziale 21 pkt 1 ppkt 2) SWZ, zgodnie z którym „o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ile wynika to z odrębnych przepisów. Opis spełnienia warunku:
 - a) świadectwo autoryzacji umożliwiające firmie serwis kotłów wodnych firmy FAKO S.A.
 - b) oświadczenie lub certyfikat producenta (firmy Danfoss) umożliwiające firmie obsługę i konserwację węzłów cieplnych produkcji firmy Danfoss.”, a w konsekwencji wykreślenie tego warunku w sekcji V pkt 5.4.) ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w $\frac{1}{4}$ i Odwołującego w $\frac{3}{4}$ i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą,
- 4.2. zasądza od zamawiającego Akademii Marynarki Wojennej z siedzibą w Gdyni na rzecz odwołującego M.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdyni kwotę **2 775 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą $\frac{1}{4}$ kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), 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

Akademia Marynarki Wojennej z siedzibą w Gdyni (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1) ustawy Pzp (tj. w wariantcie I), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Nadzór i obsługa serwisowo-eksploatacyjna kotłowni gazowo-olejowych, węzłów cieplnych, systemów solarnych i instalacji c.w.u. i c.o. w obiektach AMW w Gdyni oraz kotłowni olejowej w AOS w Czernicy” - nr postępowania 47/ZP/21.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 września 2021 r. nr 2021/BZP 00174619/01.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca M.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdyni (dalej: „Odwołujący”) 13 września 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1, 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności postępowania;
- 2) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 lit 2, w zw. z art. 114, w zw z § 7 pkt 2 ppk. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „Rozporządzenie”) przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej w sposób nieuprawniony oraz żądania na potwierdzenie spełnienia tego warunku dokumentów, które nie wynikają z przepisów Rozporządzenia przez żądanie:

„uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ile wynika to z odrębnych przepisów

Opis spełnienia warunku:

- a) świadectwo autoryzacji umożliwiające firmie serwis kotłów wodnych firmy FAKO S.A.
- b) oświadczenie lub certyfikat producenta (firmy Danfoss) umożliwiające firmie obsługę i

konserwację węzłów cieplnych produkcji firmy Danfoss.”,
podczas gdy do realizacji usług w zakresie nadzoru, obsługi serwisowo-eksploatacyjna kotłowni gazowo-olejowych, węzłów cieplnych, systemów solarnych i instalacji c.w.u. i c.o nie są wymaga żadne dodatkowe zezwolenia, licencje, koncesje ani wpis do rejestru działalności regulowanej a tym bardziej certyfikaty lub świadectwa autoryzacji.

3) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 lit 4 w zw. z art 16 ustawy Pzp przez dokonanie opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób ograniczający konkurencję, nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia natomiast w sposób ograniczający konkurencję, przez żądanie:

a) „Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: przeglądy i konserwacje instalacji c.o. i c.w.u w obiektach budowlanych podlegających konserwatorowi zabytków o łącznej powierzchni min. 20.000 m², w ramach jednej umowy dla Zamawiającego, nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy”,

podczas, gdy dla należytej realizacji zamówienia nie jest konieczne wykazanie się doświadczeniem w ww. zakresie. Za wystarczające, tj. wyrażające minimalny poziom zdolności do należytego wykonania zamówienia, należy uznać wykazanie się doświadczeniem, że:

„Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: przeglądy i konserwacje instalacji c.o. i c.w.u świadczone w ramach jednej umowy dla Zamawiającego, na kwotę nie mniejszą niż 50.000,00 zł brutto, nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy

b) „Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w zakresie obsługi serwisu i eksploatacji kotłowni olejowo-gazowej o mocy nie mniejszej niż 4500 kW dla każdego zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł brutto rocznie, świadczone nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy;

podczas, gdy dla należytej realizacji zamówienia nie jest konieczne wykazanie się doświadczeniem w ww. zakresie. Za wystarczające, tj. wyrażające minimalny poziom zdolności do należytego wykonania zamówienia, należy uznać wykazanie się doświadczeniem, że:

„Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w zakresie obsługi serwisu i eksploatacji kotłowni olejowo-gazowej o mocy nie mniejszej niż 4500 kW dla każdego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł brutto rocznie, świadczone nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy;

- c) „Za spełnienie tego warunku zamawiający uzna dysponowanie przez wykonawcę osobami: Kierownikiem posiadającym uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych i gazowych. Wskazana osoba musi posiadać aktualne zaświadczenie z Izby Inżynierów Budownictwa ważne w okresie trwania przedmiotu zamówienia” podczas, gdy dla należytej realizacji zamówienia nie jest konieczne wykazanie się dysponowaniem osobą posiadającą uprawnienia budowlane ponieważ zamówienie nie przewiduje prowadzenia prac budowlanych;
- d) „Za spełnienie tego warunku zamawiający uzna dysponowanie przez wykonawcę osobami: Minimum jedną osobą posiadającą dokument ukończenia kursu serwisowego w zakresie konserwacji i eksploatacji palników dwupaliwowych w zakresie mocy 2350 kW firmy OILON”
- e) „Za spełnienie tego warunku zamawiający uzna dysponowanie przez wykonawcę osobami Minimum jedną osobą posiadającą dokument ukończenia szkolenia z zakresu konserwacji urządzeń firmy GAZEX typu Dex – ASBiG”.
- f) „Za spełnienie tego warunku zamawiający uzna dysponowanie przez wykonawcę osobami Minimum dwiema osobami posiadającymi dokument ukończenia szkolenia technicznego w zakresie serwisu kolektorów słonecznych: Vitosol firmy Viessmann, podczas gdy dla należytej realizacji zamówienia nie jest konieczne wykazanie się dysponowaniem osobami dysponującymi powyższymi dokumentami ponieważ urządzenia i instalacje do których są wymagane powyższe szkolenia/ kursy nie są na gwarancji. Wystarczającym jest posiadanie uprawnień o których mowa w Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci dla gr. 1,2,3.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w ogłoszeniu w Sekcji V pkt 5.4 ppkt 2 lit. a, b, Sekcja V pkt 5.4 ppkt 4 pkt 1a, b, Sekcja V pkt 5.4 ppkt 4) pkt 2 ppkt 1) Sekcja V pkt 5.4 ppkt 4) pppkt 4), Sekcja V pkt 5.4 ppkt 4) pppkt 6), Sekcja V pkt 5.4 ppkt 4) pppkt 7), oraz w SWZ w Rozdziale 21 pkt 1 ppkt 2) a,b, Rozdziale 21 pkt 1 ppkt 4) lit. a,b), Rozdziale 21 pkt 1 4)2 1) Rozdziale 21 pkt 1 4)2 4), Rozdziale 21 pkt 1 4)2 6), Rozdziale 21 pkt 1 4)2 7), przez zmianę zakwestionowanych zapisów i zastąpienie dotychczasowych wymogów:

Rozdział 21 pkt 1 ppkt 2) a, b z: „uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ile wynika to z odrębnych przepisów. Opis spełnienia warunku:

a)świadcstwo autoryzacji umożliwiające firmie serwis kotłów wodnych firmy FAKO S.A.

b)oświadczenie lub certyfikat producenta (firmy Danfoss) umożliwiające firmie obsługę i konserwację węzłów cieplnych produkcji firmy Danfoss” na „Zamawiający odstępuje od opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w tym zakresie. Zamawiający nie dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu”

Rozdziale 21 pkt 1 ppkt 4) lit. a, b) z: „Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: przeglądy i konserwacje instalacji c.o. i c.w.u w obiektach budowlanych podlegających konserwatorowi zabytków o łącznej powierzchni min. 20.000 m², w ramach jednej umowy dla Zamawiającego, nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy” na: „Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: przeglądy i konserwacje instalacji c.o. i c.w.u świadczone w ramach jednej umowy dla Zamawiającego, na kwotę nie mniejszą niż 50.000,00 zł brutto, nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy” oraz z: „Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w zakresie obsługi serwisu i eksploatacji kotłowni olejowo-gazowej o mocy nie mniejszej niż 4500 kW dla każdego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł brutto rocznie, świadczone nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy” na: „Za spełnienie warunku Zamawiający uzna: jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w zakresie obsługi serwisu i eksploatacji kotłowni olejowo-gazowej o mocy nie mniejszej niż 4500 kW dla każdego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł brutto rocznie, świadczone nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy; Rozdziale 21 pkt 1ppkt 4) ppkt2 ppkt 1)Rozdziale 21 pkt 1 ppkt4)ppkt2ppkt 4), Rozdziale 21 pkt 1ppkt 4)ppkt2 ppkt 6), Rozdziale 21 pkt 1 ppkt4)ppkt2ppkt 7), usunięcie w całości wymagań jako nadmiernych, nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia oraz ograniczających konkurencję do wykonawców, którzy posiadają ściśle określone uprawnienia.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został bezwzględnie naruszony przez Zamawiającego. Odwołujący jest zainteresowany udziałem w postępowaniu a w konsekwencji hipotetycznie uzyskaniem przedmiotowego zamówienia ponieważ jest przedsiębiorstwem działającym w branży, której dotyczy postępowanie, posiada odpowiednie doświadczenie do świadczenia tego typu usługi. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu jednak sformułowane niezgodnie z przepisami przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej i zawodowej uniemożliwiają mu skuteczne ubieganie się o zamówienie.

Następnie Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi nadzoru oraz obsługi serwisowo eksploatacyjnej kotłowni wraz całą infrastrukturą na rzecz Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni. Szczegółowy zakres prac oraz opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 2 do SWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ustalając wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia dla zainteresowanych wykonawców, z drugiej zaś strony powinien ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie. W każdym z tych przypadków zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 16pkt 3) ustawy Pzp. W zakresie znaczenia zasady proporcjonalności Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 4 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 356/21.

Odwołujący wskazał, że w tym postępowaniu Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu skrajnie nadmierne, których możliwość spełnienia ma tylko jeden wykonawca, co można zaobserwować analizując wyniki poprzednich postępowań organizowanych przez Zamawiającego (postępowania: 81/ZP/18, 37/ZP/15). Ponadto Zamawiający z postępowania na postępowanie w przedmiocie zamówienia zwiększa wymagania w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej czym eliminuje potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji powyższego zamówienia na wymaganym poziomie czym narusza zasadę proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zdaniem Odwołującego Zamawiający niezgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych jakich może żądać zamawiający oraz niezgodnie z wykładnią przepisu art. 114 ustawy Pzp, zażądał posiadania certyfikatów producentów urządzeń firmy Danfoss oraz Fako S.A. mimo, że takie certyfikaty nie wypełniają dyspozycji § 7 pkt 2 ppkt 1) Rozporządzenia. Odwołujący powołał się na komentarz do Prawa zamówień publicznych opublikowany przez Urząd Zamówień Publicznych w zakresie wykładni art. 114 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że prowadzenie działalności gospodarczej podejmuje się po dokonaniu wpisu do określonej ewidencji (CEIDG, KRS) i o ile nie wynika to z odrębnych przepisów przedsiębiorca nie jest zobowiązany do posiadania dodatkowych licencji, koncesji czy też zezwoleń. W

szczegółności do realizacji usług w zakresie nadzoru oraz obsługi konserwacyjno-serwisowej kotłowni i instalacji ciepłowniczych nie wymaga się żadnych określonych odrębnymi przepisami uprawnień. Zatem Wymóg Zamawiającego jest, zdaniem Odwołującego, bezpodstawny i powinien zostać usunięty.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający postawił warunek „przeeglądy i konserwacje instalacji c.o. i c.w.u w obiektach budowlanych podlegających konserwatorowi zabytków o łącznej powierzchni min. 20.000 m², w ramach jednej umowy dla Zamawiającego, nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy”. Odwołujący wskazał, że przeglądy i konserwacje instalacji c.o i c.w.u w budynkach podlegających konserwatorowi zabytków jak i również w pozostałych „nowych” budynkach niczym się nie różnią. Zakres prac jest taki sam w obu przypadkach jak również wykonując prace serwisowe wykonawca nie ingeruje w strukturę budynku. Odwołujący wyjaśnił, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazał żadnych czynności, których zakres mógłby wskazywać na konieczność posiadania „szczególnego doświadczenia” nie wymaganego w innych podobnych zamówieniach. Odwołujący podniósł, że kompleks budynków objętych decyzją nr PWKZ.R.4190-62/8259-17/2008/2010 z dnia 22.02.2010 r. o wpisaniu do rejestru zabytków nieruchomości województwa pomorskiego obejmuje budynki, które są administrowane przez inne instytucje: np. Komenda Portu Wojennego. Odwołujący wskazał, że instytucja ta w postępowaniach analogicznych do przedmiotu zamówienia nigdy nie wprowadzała zapisów dotyczących posiadania doświadczenia w wykonywaniu podobnych usług na obiektach zabytkowych. Sam zamawiający w postępowaniu na „Wykonanie remontu instalacji elektrycznej w zakresie przystosowania do podłączenia maszyn i urządzeń w laboratorium w budynku nr 5 na terenie Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni im. Bohaterów Westerplatte przy ul. Śmidowicza 69, wpisanego do rejestru zabytków pod numerem 1859” nr zamówienia 32/ZP/21 czy też Wykonanie obsługi serwisowej urządzeń oraz systemów wentylacyjnych i klimatyzacyjnych w Obiektach Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni oraz w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym w Czernicy ogłoszenie z dn. 3.03.2021r. nie wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w realizacji usług na obiektach wpisanych do rejestru zabytków. Również ustawa Prawo budowlane z dn. 7.07.1994(Dz.U. z 2020 r. poz. 1333) oraz ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2021r.) nie nakłada na wykonawcę usług w zakresie konserwacji czy też opieki serwisowej posiadania szczególnych uprawnień lub doświadczenia. W przypadku obsługi instalacji, w ocenie Odwołującego, wymagania co do metrażu nie świadczą o doświadczeniu Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego większą wiedzę o doświadczeniu daje kwota wykonywanej usługi gdyż jest ona ściśle powiązana z wielkością instalacji ilością węzłów i

urządzeń. Dlatego Odwołujący wniósł o modyfikację zapisu i nadanie mu brzmienia adekwatnego do przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący odniósł się do tego, że w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymaga wykazania się realizacją 2 usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w zakresie obsługi serwisu i eksploatacji kotłowni olejowo-gazowej o mocy nie mniejszej niż 4500 kW dla każdego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł brutto rocznie, świadczone nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy. Odwołujący wskazał, że w poprzednich postępowaniach Zamawiający wymagał wykazania się jedną taką usługą. Odwołujący podkreślił, że wymagana moc kotła jest bardzo duża i niewielu wykonawców jest w stanie spełnić oczekiwane wymagania. Takie działanie Zamawiającego również ogranicza konkurencję i zawęża krąg wykonawców zdolnych do realizacji umowy. Dlatego Odwołujący wniósł o obniżenie wymagań do realizacji 1 usługi.

Dysponowanie osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej

w zakresie sieci i urządzeń cieplnych i gazowych jest również, w ocenie Odwołującego, wyrazem nadmierności wymagań sformułowanych przez Zamawiającego. W opisie przedmiotu zamówienia oraz we wzorze umowy brak jest informacji na temat prac, którymi miałaby kierować taka osoba. Obsługa serwisowa urządzeń nie wymaga obecności osoby z uprawnieniami budowlanymi. Stąd też, zdaniem Odwołującego, wymóg ten jest nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i wniósł o jego całkowite usunięcie.

Dysponowanie osobami posiadające szkolenie z obsługi konkretnych typów urządzeń bez podania równoważników takich uprawnień/ szkoleń/ kursów w okolicznościach gdy urządzenia w większości nie są już objęte gwarancją i nie wymagają obsługi profesjonalnego serwisu do podtrzymania gwarancji jest również w opinii Odwołującego jest zbyt wygórowanym wymogiem w sytuacji gdy do obsługi tych urządzeń wystarczającymi są świadectwa kwalifikacyjne do obsługi urządzeń, instalacji i sieci energetycznych o których mowa w Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci dla gr. 1,2,3. Tym bardziej, że Zamawiający takich uprawnień również wymaga. Odwołujący wniósł o usunięcie tych wymagań dotyczących posiadania szkoleń dla urządzeń GAZEX typu Dex – ASBiG, Vitosol firmy Viessmann, palników dwupaliwowych w zakresie mocy 2350 kW firmy OILON jako wymagań wygórowanych i ograniczających konkurencję do jednego konkretnego wykonawcy, który takie uprawnienia posiada w świetle faktu, że nie są one niezbędne do obsługi pogwarancyjnej.

Odwołujący wskazał, że czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Składając odpowiedź na odwołanie z 14 października 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutów wskazanych w pkt 3 lit. b) oraz lit. d), e), f) petitum odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto treść odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1) ustawy Pzp.

Stan faktyczny sprawy, w tym brzmienie spornych postanowień SWZ został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania zreferowanej powyżej.

Ponadto Izba ustaliła, że opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) został szczegółowo zawarty w treści załącznika nr 2 do SWZ, natomiast w załączniku nr 3 do SWZ zawarty został wzór umowy.

Zgodnie z §1 ust. 3 pkt I lit. g) załącznika nr 2 do SWZ jedną z usług bieżących wykonywanych nie rzadziej niż raz w miesiącu jest „usuwanie awarii, zabezpieczenie urządzeń przed skutkami powstałej awarii”, analogiczne postanowienie zawarte jest w pkt 1.7.1 ppkt 7) OPZ. Z treści §1 ust. 3 pkt V wynika natomiast obowiązek sprawowania nadzoru i usuwania awarii w obiektach Akademii Marynarki Wojennej w tym w obiektach podlegających Konserwatorowi Zabytków, analogiczne postanowienie znajduje się w treści OPZ w ostatnim akapicie w pkt 1.7. Obowiązek usuwania awarii wynika również z treści §5 ust. 6 załącznika nr 3 do SWZ, gdzie wskazano, że „Koszty usuwania awarii leżą po stronie Wykonawcy. Zamawiający ponosi wyłącznie koszty zakupu materiałów lub części zamiennych niezbędnych do jej usunięcia na podstawie przedstawionych faktur zakupowych. (...)”

Ponadto, na podstawie dokumentacji postępowania uzupełnionej przez Zamawiającego podczas rozprawy, Izba ustaliła, że udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający zmodyfikował treść warunku udziału w postępowaniu zawartego w Rozdziale 21 pkt 1 pkt 4) ppkt 1 lit b) SWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w ten sposób, że nadał mu następujące brzmienie: „przeeglądy i konserwacje instalacji c.o. i c.u.w. w obiektach budowlanych podlegających konserwatorowi zabytków bądź znajdujących się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków o łącznej powierzchni 20.000 m², w ramach maksymalnie trzech umów dla Zamawiającego, nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy”.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

art. 16 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.

art. 112 ustawy Pzp

1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:
 - 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
 - 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
 - 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
 - 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

art. 114 ustawy Pzp

W odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:

- 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub
- 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub
- 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

§7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „rozporządzenie”)

1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.

2. W przypadku zamówień na usługi, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać:

- 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- 2) dokumentu potwierdzającego status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie co do zarzutu naruszenia wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania, natomiast w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu, z następujących powodów.

Jak wynika z treści Rozdziału 21 pkt 1 ppkt 2) SWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Opis tego warunku wskazany przez Zamawiającego jest następujący:

- a) świadectwo autoryzacji umożliwiające firmie serwis kotłów wodnych firmy FAKO S.A.,
- b) oświadczenie lub certyfikat producenta (firmy Danfoss) umożliwiające firmie obsługę i konserwację węzłów ciepłych produkcji firmy Danfoss.

W celu wykazania spełniania ww. warunku wraz z ofertą należało złożyć oświadczenie zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, natomiast na wezwanie Zamawiającego w przypadku, gdy oferta została najwyżej oceniona, należało w tym zakresie Zamawiającemu przedstawić świadectwo autoryzacji firmy FAKO S.A. oraz oświadczenie lub certyfikat producenta (firmy Danfoss).

Powyższy warunek udziału w postępowaniu uznać należy za naruszający art. 112 ust. 1 i ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 114 ustawy Pzp w zw. z §7 rozporządzenia. Niezależnie od ewentualnej potrzeby Zamawiającego zapewnienia sobie konieczności świadczenia serwisu urządzeń firmy FAKO S.A. i firmy Danfoss przez podmioty, czy osoby posiadające odpowiednie certyfikaty, w związku z udzielonymi Zamawiającemu gwarancjami na ten sprzęt, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp nie jest uprawniony do opisywania warunków udziału w postępowaniu w tym celu.

Celem opisywania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dających rękojmię prawidłowego i należytego wykonania

zamówienia. Aby prawidłowo ten cel zrealizować zamawiający musi mieć na uwadze zasady postępowania, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, a ponadto może poruszać się tylko w ramach zakreślonych przepisem art. 112 ust. 2 ustawy Pzp. Wymienione tam obszary, jakich mogą dotyczyć warunki udziału w postępowaniu stanowią katalog zamknięty, tym samym warunki udziału w postępowaniu nie mogą dotyczyć innych zakresów, niż wskazane w omawianej regulacji. Innymi słowy, kwalifikacja podmiotowa wykonawców w ramach warunków udziału w postępowaniu wykraczająca poza powyższe wyliczenie, stanowi naruszenie ustawy Pzp. Celem przepisu art. 114 ustawy Pzp jest natomiast weryfikacja, czy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej bądź wykonywania zawodu objętych zamówieniem.

Kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu został opisany przez Zamawiającego w ramach obszaru dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Jest okolicznością bezsporną, że podstawą opisu kwestionowanego warunku i związanego z nim żądania dokumentów nie był przepis prawa lecz postanowienia zawarte w kartach gwarancyjnych na sprzęt firmy FAKO S.A. i firmy Danfoss. Tym samym przedstawione przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie dowody mające potwierdzać zasadność omawianego warunku nie mogą stanowić o prawidłowości tego warunku, bowiem przepisy art. 112 i 114 ustawy Pzp są w tym zakresie jednoznaczne.

W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2, w zw. z art. 114, w zw. z § 7 pkt 2 ppk. 1 rozporządzenia oraz w konsekwencji powyższego nakazała wykreślenie warunku zawartego w Rozdziale 21 pkt 1 ppkt 2) SWZ oraz odpowiednio w treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym „o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ile wynika to z odrębnych przepisów. Opis spełnienia warunku:

- a) świadectwo autoryzacji umożliwiające firmie serwis kotłów wodnych firmy FAKO S.A.
- b) oświadczenie lub certyfikat producenta (firmy Danfoss) umożliwiające firmie obsługę i konserwację węzłów cieplnych produkcji firmy Danfoss.”

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, z treści dokumentacji postępowania wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno nadzór eksploatacyjny jak i usuwanie awarii. Jest o tym mowa zarówno w treści OPZ (*vide*: załącznik nr 2 do SWZ) jak i w treści wzoru umowy (*vide*: załącznik nr 3 do

SWZ). Argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Zamawiającego, w tym odwołanie się do poszczególnych postanowień wzoru umowy, była dla Izby przekonująca. W szczególności odnosząc się do dowodu nr 3 przedstawionego przez Odwołującego, którego treści Zamawiający nie kwestionuje, Izba wskazuje, że z treści udzielonej przez biuro Miejskiego Konserwatora Zabytków odpowiedzi wynika jednoznacznie, że „nadzór eksploatacyjny i usuwanie awarii nie wymagają specjalnych zezwoleń ze strony konserwatora zabytków, o ile nie wymagają wykonania prac budowlanych lub montażowych z dokonaniem ingerencji w strukturę zabytku”. Nie ulega wątpliwości, że część budynków oraz terenu objętych świadczeniem usług podlega Konserwatorowi Zabytków. Niewątpliwie wobec tego, uwzględniając okoliczność, iż instalacja ta jest wiekowa, może dojść do różnych sytuacji awaryjnych, w tym również takich które wymagać mogą ingerencji w strukturę budynku, stąd zapewnienie sobie przez Zamawiającego osoby o odpowiednich uprawnieniach budowlanych uznać w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy za zasadne.

W ocenie Izby nie można również, wbrew twierdzeniom Odwołującego uznać za nadmierny warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zawarty w Rozdziale 21 pkt 1 pkt 4) ppkt 1 lit b) SWZ. Istota zarzutu sprowadzała się do próby podważenia przez Odwołującego wymogu w zakresie w jakim dotyczył on posiadania doświadczenia w budynkach objętych ochroną konserwatora zabytków oraz w zakresie metrażu wskazanego w treści warunku. Odwołujący argumentował, że przeglądy i konserwacje instalacji c.o i c.w.u w budynkach podlegających konserwatorowi zabytków jak i również w pozostałych „nowych” budynkach niczym się nie różnią. Zdaniem Odwołującego zakres prac jest taki sam w obu przypadkach jak również wykonując prace serwisowe wykonawca nie ingeruje w strukturę budynku. Odwołujący wyjaśnił, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazał żadnych czynności, których zakres mógłby wskazywać na konieczność posiadania „szczególnego doświadczenia” nie wymaganego w innych podobnych zamówieniach. W ocenie Izby ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Jak ustalono wyżej jest okolicznością bezsporną, że zakresem zamówienia objęte są budynki podlegające ochronie konserwatora zabytków i wobec tego Zamawiający jest uprawniony wymagać posiadania doświadczenia w świadczeniu usługi w takich obiektach. Jak wskazano wyżej, zakres zamówienia obejmuje również usługi nadzoru i usuwania awarii co może wiązać się w ingerencją w budynek, stąd wymóg posiadania doświadczenia na obiektach zabytkowych jest w ocenie Izby zasadny. Wymóg ten wydaje się być również zasadny w świetle postanowień ustawy z dnia 23 lipca 2003 r., tj. z dnia 19 marca 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 710) o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, przywołanej przez Strony w toku postępowania odwoławczego i wynikających z niej szczególnych obowiązków w przypadku obiektów zabytkowych. Samo określenie

powierzchni w treści warunku Izba również uznała za dopuszczalne. Jak wynika z załączników do odpowiedzi na odwołanie teren objęty usługą jest rozległy i odwołanie się do powierzchni jest w ocenie Izby jednym z mierników służącym weryfikacji doświadczenia z uwzględnieniem skali zamówienia. Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego dowodów od 4 do 9, Izba wskazuje, że nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, gdyż nie dotyczą tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby każde postępowanie o zamówienie ma swoją odrębną specyfikę i odrębne okoliczności, które determinują warunki danego postępowania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w związku ust. 3 pkt 1) i 2) w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 1) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Do rozpoznania na rozprawę zostały skierowane cztery zarzuty. Odwołujący podczas rozprawy wycofał zarzut z pkt 3 lit. b) *petitum* odwołania, wobec czego został z tego powodu obciążony kosztami postępowania stosownie do treści §9 ust. 1 pkt 4), uwzględniony został jeden zarzut, natomiast w zakresie pozostałych dwóch odwołanie zostało oddalone. W związku z powyższym Izba za zasadne uznała obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania w wysokości $\frac{1}{4}$ a Odwołującego w wysokości $\frac{3}{4}$, w konsekwencji powyższego nakazała Zamawiającemu zwrot na rzecz Odwołującego kwoty wskazanej w pkt 4.2 sentencji.

Przewodniczący: