

Sygn. akt: KIO 1794/22

WYROK
z dnia 28 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” Sp. z o.o. z siedzibą w Dobrzewinie** w postępowaniu prowadzonym przez **18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1 oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1, w tym wezwanie wykonawcy Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” Sp. z o.o. z siedzibą w Dobrzewinie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 *tiret* pierwsze specyfikacji warunków zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 617 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *eksploatację zleconą systemu ciepłego* (znak postępowania: 18WOG-SZP.2712.14.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 065-170540.

W dniu 6 lipca 2022 r. wykonawca Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” Sp. z o.o. z siedzibą w Dobrzewinie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 1 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 57 pkt 2, art. 16 pkt. 1-3 i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp oraz rozdz. 17 ust. 2 pkt 4 tir. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia, poprzez błędne przyjęcie, że oferta Wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych, gdyż wartość świadczenia, wykonywanego przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wskazanego w pkt. 1 Wykazu wykonanych usług, nie osiągnęła wartości rocznej minimum 4.500.000,00 zł brutto, co wynikało z nieuzasadnionego uznania, że wartość ta powinna być ustalana proporcjonalnie na dzień terminu składania, przy jednoczesnym oderwaniu od rzeczywistej wartości świadczenia, podczas gdy z treści rozdz. 17 ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ nic takiego nie wynika;

2. art. 255 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania 1, w następstwie błędnego przyjęcia, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Wykonawcy spełniała warunki udziału w postępowaniu, a co za tym idzie nie kwalifikowała się do jej odrzucenia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty Wykonawcy,
- nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej,

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy wszystkich kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

z uwzględnieniem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00zł;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- SWZ (w aktach postępowania) na okoliczność treści warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych dla zadania 1 oraz ich spełnienia przez Wykonawcę,
- oferta Wykonawcy wraz z załącznikami (w aktach postępowania) na okoliczność wykazania przez wykonawcę faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych dla zadania 1,
- zapytania do specyfikacji warunków zamówienia i wyjaśnienia Zamawiającego oraz modyfikacja SWZ (w aktach postępowania) na okoliczność treści zapytania Wykonawcy, braku wyjaśnień ze strony Zamawiającego w zakresie zapisu rozdz. 17 ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ, braku podstaw do interpretowania go w sposób zaprezentowany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 czerwca 2022 r.,
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 czerwca 2022 r. (w aktach postępowania) na okoliczność wyboru oferty Wykonawcy przed unieważnieniem postępowania, braku po stronie Zamawiającego podstaw do uznania oferty Wykonawcy za niespełniającą warunków udziału w postępowaniu,
- pismo Lireco Tech Sp. z o. o. z dnia 21 czerwca 2021 r. (w aktach postępowania) na okoliczność treści podnoszonych przez uczestnika zarzutów wobec oferty Wykonawcy,
- pismo Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2022 r. (w aktach postępowania) na fakt unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy,
- pismo Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2022 r. (w aktach sprawy) na fakt odrzucenia oferty Wykonawcy i unieważnienia postępowania w zakresie zadania 1 ,
- umowa z dnia 27 czerwca 2017 r. nr 132/F/2018 zawarta pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym wraz z aneksem z dnia 31 maja 2022 r. oraz propozycją przedłużenia (w załączeniu) na fakt wykonywania przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usługi o przedmiocie tożsamym z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, braku podstaw do uznania przez Zamawiającego nieposiadania przez Wykonawcę zdolności technicznych do realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Wykonawca przedstawił stan faktyczny sprawy. Uzasadniał, że rozumiał warunek udziału (rozdział XVII ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ) dotyczący rocznej wartości świadczenia tak samo jak warunki dotyczące mocy systemu ciepłego i mocy kotłowni oraz używanego paliwa. Roczna wartość umowy jest bowiem tylko jednym z parametrów opisujących system. Wraz z ofertą, celem wykazania spełnienia ww. warunków, Wykonawca przedłożył Wykaz wykonanych usług, w którego pkt 1 powołał się na wykonywanie na rzecz 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Ustce zamówienia w postaci: Eksploatacja systemu ciepłego z kotłownią o mocy 5,8 MW na olej opałowy lekki w okresie

od dnia 10 grudnia 2021 r. do dnia 09 grudnia 2022 r. o wartości łącznej zamówienia podstawowego 4.531.584,51 zł brutto. Wartość ta jednocześnie stanowi wartość roczną, z uwagi na takowy okres wykonywania zamówienia. Jednakże Zmawiający uznał (choć nie wynika to bezpośrednio z treści uzasadnienia pisma z dnia 28 czerwca 2022 r.), że minimalna wartość zamówienia, na które powołuje się wykonawca, powinna odpowiadać kwocie z SWZ na dzień upływu terminu składania ofert, jednak przy uwzględnieniu jedynie takiego zakresu zamówienia (i jego odpowiedniej wartości), jaka została wykonana na ten właśnie moment. Oznacza to, że Zamawiający stanął na stanowisku, wedle którego wartość zamówienia wykazanego, należy ustalać proporcjonalnie i narastająco wraz z upływem czasu jej wykonywania.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że nic takiego nie daje się wyinterpretować z treści zapisu rozdz. 17 ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ. W jego treści jest mowa jedynie o tym, że Wykonawca miał wykonać bądź wykonywać (nadal) w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert zadanie o wskazanej rocznej wartości minimalnej. Nie wskazano zaś, że w okresie tym chodzi o wartość już wykonanego świadczenia stosunkowo do jego wartości całkowitej/rocznej. Takie rozumienie zapisu SWZ wymagałoby bowiem nie tyle jego doprecyzowania, co wręcz zupełnie innego sformułowania. Interpretacja Zamawiającego jest zaś na tyle odległa od literalnego brzmienia zapisu, że nie może być uznana za prawidłową. Odwołujący zwracał uwagę na treść samego zapisu, który wyraźnie wskazuje, że wykonawca „wykonywał lub wykonuje”. „Wykonuje” oznacza, że jest w trakcie realizacji świadczenia w momencie upływu terminu składania ofert. Interpretacja Zamawiającego powoduje, że określenie „wykonuje” staje się zbędne, gdyż chodziłoby o świadczenie już faktycznie wykonane do określonej wartości i powinno przybrać formę „wykonał zamówienie w części o wartości co najmniej 4,5 mln zł”. Zapis SWZ nie ma jednak takiego brzmienia. Wymóg opisany w SWZ z roczną wartością realizowanego zamówienia jest logiczny i uzasadniony. Wykonawca wykazujący się wiedzą i doświadczeniem w eksploatacji systemu o wymaganej mocy (czyli wielkości), z wykorzystaniem wymaganego paliwa i o wartości rocznej podanej w SWZ zapewnia prawidłową realizację zamówienia, co ma miejsce w okolicznościach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pozostaje zatem zadać pytanie, jak Zamawiający postąpiłby w sytuacji, w której dany Wykonawca (uczestnik postępowania) zakończył realizację zamówienia o wartości rocznej minimum 4,5 mln zł, ale ostatni dzień jego wykonywania miał miejsce pierwszego dnia wymaganego 3-letniego okresu przed upływem terminu składania ofert. Wedle takiego rozumowania, Zamawiający uznałby, że Wykonawca wykonywał zamówienie tylko przez 1 dzień, zaś jego wartość nie spełnia ww. wymogu. Takie działanie byłoby rażąco krzywdzące dla tego hipotetycznego wykonawcy i tym samym jest również dla Wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowo Zamawiający wskazał w treści pisma z dnia 28 czerwca 2022 r. (zgodnie z SWZ), że przez 1 zamówienie (zapewne chodziło o „świadczenie”) Zamawiający rozumie 1 umowę, pojedyncze, odrębne zobowiązanie. Właśnie w takim rozumieniu Wykonawca powołał się na zamówienie nr 1 z Wykazu wykonanych usług, wskazując jednocześnie całkowitą (a zarazem roczną) wartość tego zamówienia, co do którego jest w trakcie wykonywania. Chodzi zatem o jedno, konkretne zamówienie/umowę, a przez to i o jego wartość całkowitą, a nie proporcjonalną. Sam Zamawiający sugeruje, aby wartość zamówienia rozumieć w sposób kompleksowy, całkowity, określony w umowie. Próby jej wyliczenia w oparciu o nieistniejące zapisy SWZ uznać należy za zbyt daleko idącą nadinterpretację.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy fragment SWZ był przedmiotem zapytania do Zamawiającego, na które Zamawiający nic udzielił żadnych wyjaśnień, dokonując jednocześnie modyfikacji SWZ, ale w zakresie mocy minimalnej w kotłowniach zasilanych olejem opałowym. Stąd Wykonawca wskazuje, że Zamawiający nie brał pod uwagę innej interpretacji przedmiotowego zapisu. Stwierdzić zatem należy, że wartość roczna umowy jest tak samo obiektywnym parametrem jak moc systemu czy kotłowni, stanowiąc dodatkowy parametr określający wielkość przedmiotu zamówienia, na które Wykonawca się powołał.

Ponadto Odwołujący podkreślał, że w pierwszej kolejności oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, a dopiero wskutek pisma jednego z uczestników Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy. Świadczy to o tym, że w momencie wyboru oferty Wykonawcy, sam Zamawiający rozumiał zapisy SWZ i treść wymogów co do zdolności technicznych w taki sam sposób jak Wykonawca, składając ofertę z wykazem. Zmiana interpretacji SWZ w sposób tak radykalnie odbiegający od jego literalnego brzmienia uznać zaś należy za niedopuszczalne i krzywdzące dla Wykonawcy.

Za chybione należy również uznać twierdzenie uczestnika, zawarte w jego piśmie z dnia 21 czerwca 2022 r., wedle którego wykonawca powinien wykonywać usługę na którą się powołuje co najmniej przez 12 miesięcy. Takie rozumienie zapisów SWZ odbiega jeszcze dalej od równie błędnego stanowiska Zamawiającego i nie daje się pogodzić z jego faktyczną treścią. Skoro zatem Wykonawca jest w trakcie wykonywania zamówienia (i był w momencie upływu terminu składania ofert), którego wartość roczna przekracza limit minimalny z SWZ, to nie sposób uznać, aby nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych. Jednocześnie nie jest dla Wykonawcy zrozumiałym argument Zamawiającego, zawarty w treści pisma z dnia 28 czerwca 2022 r., wedle którego Wykonawca miał rozumieć przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w sposób, w który został następnie zinterpretowany przez Zamawiającego, z uwagi na treść skierowanego do niego zapytania. Jest to o tyle mylące, że nic takiego nie wynika z treści zapytania Wykonawcy, które dotyczyło aspektów dot. mocy (co i tak nie doczekało się

wyjaśnień ze strony Zamawiającego), a nie wartości usług. Jeśli Zamawiający przewidywałby, że interpretacja „wartości usługi” ma odpowiadać tej zaprezentowanej w piśmie z 28 czerwca 2022 r., to mógł i powinien w swojej odpowiedzi wyjaśnić brzmienie warunku udziału w SWZ, czego jednak nie uczynił. Ponadto dokonał wyboru oferty Wykonawcy, co świadczy o tym, że nawet na tym etapie Zamawiający rozumiał przedmiotowe zapisy w zakresie wartości usługi dokładnie w ten sam sposób jak interpretuje je Wykonawca obecnie.

Odwołujący podniósł, że przez dokonaną w ww. sposób interpretację warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych, Zamawiający dopuszcza się naruszenia ww. przepisów oraz samych zapisów SWZ. Odwołujący przedstawił argumentację prawną dotyczącą art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie sposobu opisu warunków udziału w postępowaniu i ich interpretacji.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że jako drugie z wykonywanych zadań, na które się powołał, wskazał zamówienie wykonywane na rzecz samego Zamawiającego i to w tym samym zakresie przedmiotowym. Dodatkowo usługa wykonywana na rzecz Zamawiającego w oparciu o umowę z dnia 27 czerwca 2017 r. nr 132/F/2018 była przedłużona do dnia 24 czerwca 2022 r., zaś obecnie Zamawiający domaga się jej kolejnego przedłużenia — do dnia 31 lipca 2022 r. bądź do wyczerpania środków. Świadczy to braku po stronie Zamawiającego wątpliwości co do posiadania przez Wykonawcę wiedzy fachowej i umiejętności eksploatacyjnych w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia, bo należa na dalszą eksploatację systemu. Wynika z tego, że Wykonawca posiada zdolności do realizacji zamówienia i daje rękojmię jego prawidłowego wykonania, zaś zamówienie nr 1 z wykazu powinno mieć znaczenie jedynie w kontekście formalnym, który Wykonawca i tak spełnił.

Odwołujący wskazał, że fakt ten był Zamawiającemu znany, zaś odrzucenie oferty Wykonawcy nie ma żadnego związku z ww. zasadami i stanowi jedynie przejaw nadmiernego formalizmu, nieopartego dodatkowo rzeczywistą treścią wymogów formalnych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 lipca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3600,00 PLN.

Zamawiający wskazał, że pierwotny wybór oferty Odwołującego dokonany został z naruszeniem ustawy Pzp i wynikało to ze zwykłego błędu ludzkiego, wbrew praktyce działania Zamawiającego oraz powszechnej interpretacji spornego warunku zarówno przez Zamawiającego i innych wykonawców.

Zamawiający uzasadniał, że postawiony zarzut jest chybiony. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób wadliwy dokonał interpretacji postanowień rozdz. 17 ust. 2 pkt 4 tir 1. Zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu brał pod uwagę brzmienie przepisu §9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiających od wykonawcy. Z doświadczenia Zamawiającego jednoznacznie wynika, że postawiony warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób określony w rozdziale 17 SWZ jest powszechnie stosowany przez zamawiających i rozumiany przez wykonawców. Potwierdzenie tego faktu wynika z dokumentów złożonych na wezwanie przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu w pozostałych zadaniach obejmujących przedmiotowe postępowanie. Jak również w postępowaniach prowadzonych w latach poprzednich np.: w postępowaniu którego przedmiotem zamówienia była eksploatacja zlecona systemu ciepłego w kompleksach wojskowych Rzucewo i Gdynia Babie Doły administrowanych przez 18 WOG, gdzie warunek udziału w postępowaniu był sformułowany w sposób identyczny. W postępowaniu tym wykonawcy prawidłowo zrozumieli postawione warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający dołącza złożone przez Wykonawców podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazów wykonanych usług i referencji. Jednocześnie Zamawiający wnioskował o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze wskazanego wcześniej postępowania.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący podważa działanie Zamawiającego argumentując, że w treści rozdziału 17 jest mowa jedynie o tym, że wykonawca miał wykonać bądź wykonywać (nadal) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zadanie o wskazanej rocznej wartości minimalnej. Nie wskazano zaś, że w okresie tym chodzi o wartość już wykonanego świadczenia stosunkowo do jego wartości całkowitej/rocznej. Jak odwołujący wskazał Zamawiający opisując warunek określił jednoznacznie, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą spełnić warunki na dzień składania ofert. Odwołujący również argumentuje, że przedmiotowy fragment SWZ był przedmiotem zapytania do Zamawiającego na które Zamawiający nie udzielił żadnych wyjaśnień, dokonując jednocześnie modyfikacji SWZ, ale w zakresie mocy minimalnej w kotłowniach zasilanych olejem opałowym. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie brał pod uwagę innej interpretacji przedmiotowego zapisu - a skąd to domniemanie.

W ocenie Zamawiającego udzielenie odpowiedzi i dokonanie modyfikacji jest jednoznaczne z faktem, że Zamawiający nie dopuścił do zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie innym niż ta, którą opublikował na stronie prowadzonego postępowania. Zamawiający dokonał analizy zapytania przekazanego przez Odwołującego w dniu 4 kwietnia 2022 r. i uznał, że pierwsze pytanie zasługuje na uwzględnienie i dokonał

zmiany warunku udziału w postępowaniu. Tym samym podtrzymał brzmienie warunku udziału w postępowaniu jednocześnie poprawiając omyłkę pisarską jaka pojawiła się w treści warunku. Z kolei w zakresie drugiego pytania Zamawiający po dokonanej analizie nie mógł niczego wyjaśnić. W ocenie Zamawiającego pytanie nie miało charakteru wyjaśniającego o jakim mowa w art. 135 ust. 1, a jedynie doprowadzenie do sytuacji, w której Odwołujący byłby jedynym podmiotem mogącym zrealizować zamówienie publiczne w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący w zadanym pytaniu nie formułował wątpliwości dotyczących treści warunku udziału w postępowaniu, a dążył do jego zmiany. Warto podkreślić, że łączna moc systemów ciepłych zainstalowanych w Kompleksie Wojskowym Siemirowice wynosi dokładnie 8956 KW, a łączne wynagrodzenie zapłacone Odwołującemu w 2021 roku wynosiło dokładnie 5 204 948,27 zł. W ocenie Zamawiającego forma zadanych pytań oraz ich treść jasno sugeruje, że Odwołujący zrozumiał wymaganie postawione przez Zamawiającego w zakresie zdolności zawodowych wymaganych od wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący zdawał sobie sprawę, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i chciał dokonać ich zmiany w sposób nieuprawniony. Gdyby Zamawiający przychylił się do prośby Odwołującego doprowadziłby do sytuacji, w której tylko Odwołujący spełniałby warunki udziału w postępowaniu. Trudno sobie wyobrazić, aby w postępowaniu złożył ofertę inny podmiot, który spełniłby opisany przez Odwołującego warunek zarówno dotyczący łącznej mocy systemów grzewczych i kwocie brutto podanej dokładnie co do groszy. Działanie takie należałoby uznać jako niezgodne z prawem prowadzące do zakłócenia konkurencji i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. Jeżeli Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy Pzp w zakresie dotyczącym art. 135 to dlaczego nie skorzystał z przysługującego mu prawa do skorzystania z środków ochrony prawnej i nie złożył odwołania do KIO na działanie lub zaniechanie Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania odpowiedzi i modyfikację SWZ z takim wyliczeniem, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli podjąć działania w celu wyjaśnienia swoich wątpliwości.

Zamawiający wskazał, że pozostaje zatem zadać pytania: - dlaczego Odwołujący nie podjął żadnych działań w momencie kiedy w jego ocenie Zamawiający nie udzielił w jego mniemaniu wyjaśnień jakich Odwołujący oczekiwał? - dlaczego pomimo wystarczającego czasu nie zadał pytania w nurtującym go zakresie a dotyczącego rozumienia terminu wykonywane? Podsumowując powyższe wskazał, że Odwołujący rozumiał znaczenie oraz treść postawionego warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Dokonując analizy zadanego pytania należy zauważyć, że Odwołujący nie rozróżnia zamówień wykonanych (zakończonych) przed upływem terminu na składanie ofert, a zamówień (świadczeń) powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych.

Z przedstawionej sytuacji hipotetycznej wynika jednoznacznie, że wykonawca zakończył wykonywanie zamówienia czyli posiada doświadczenie w realizacji zamówień w zakresie określonym w niniejszym dotyczącym wartości zamówienia. Zakładając, że pozostałe wymagania określone w warunku zostałyby spełnione tzn. dotyczące mocy systemu ciepłego oraz długości trwania umowy to Zamawiający oczywiście uznałby takie oświadczenie wykonawcy za spełniające wymagania SWZ o ile byłyby potwierdzone stosownym dokumentem z którego wynikałoby, że świadczenie było wykonane należycie. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji podniesionej przez Zamawiającego w odrzuceniu oferty Odwołującego dotyczącej zasad płynących z art. 16 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że o zasadach płynących z art. 16 powinien myśleć zawsze i podejmować każdą decyzję przez ich pryzmat. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Prawie zamówień publicznych zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Dalej Zamawiający przedstawił argumentację prawną dotyczącą zasady uczciwej konkurencji zawartą w piśmie z dnia 28 czerwca 2022 r.

Uzasadniał, że Zamawiający nie jest jasnowidzem i nie może przed upływem terminu na składanie ofert przewidzieć, który z wykonawców biorących udział w postępowaniu złoży ofertę i na które z opisanych przez Zamawiającego w SWZ zadań. Pełnomocnik odwołującego większość swojej argumentacji podparł wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu. W stanie faktycznym ta argumentacja nie może się ostać jako prawidłowa ponieważ Zamawiający nie ma możliwości dokonania zmian w tym zakresie po upływie terminu na składanie ofert. W przeciwieństwie do Odwołującego Zamawiający stoi na stanowisku, że postawione w niniejszym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu są związane z przedmiotem zamówienia oraz są proporcjonalne do wartości zamówienia. Warto zauważyć, że Odwołujący nie neguje faktu nadmierności warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego w zakresie ilości wymaganych SWZ świadczeń. Nie wskazuje, który to parametr jest nadmierny czy ten dotyczący wartości świadczenia, mocy systemu zainstalowanego czy też długości trwania świadczenia (umowy). W ocenie Zamawiającego opis warunków udziału w postępowaniu wskazuje jednoznacznie, że zostały one sporządzone przez pryzmat jakiemu powinny służyć czyli zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wykraczający poza realizację tego celu. Nie jest winą Zamawiającego, że Odwołujący nie

spełnia warunków udziału w postępowaniu ani to, że nie skorzystał z przysługujących mu środków odwoławczych na odpowiednim etapie postępowania.

Zamawiający wskazał, że zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 255 ust. 1 pkt 2 Pzp ustawy Pzp również nie zasługuje na uwzględnienie. Z perspektywy przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji dotyczącej podstaw odrzucenia oferty Odwołującego nie można przedstawić Zamawiającemu zarzutu nieuzasadnionego unieważnienia postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 z dnia 15 czerwca 2022 r., pismo Lireco Tech Sp. z o. o. z dnia 21 czerwca 2021 r., zawiadomienie z dnia 21 czerwca 2022 r. o unieważnieniu wyboru oferty w zakresie zadania nr 1 oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1 z dnia 28 czerwca 2022 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 lipca 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 5 maja 2022 r. upłynął termin składania ofert.

W zakresie zadania nr 1 złożona została jedna oferta – Odwołującego.

Pismem z dnia 26 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udział w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu wyszczególnionych w rozdziale 18 SWZ, tj. m.in. wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący złożył m.in. wykaz usług (załącznik nr 4 do SWZ), w którym wskazał dwie usługi referencyjne, w tym usługę wykonaną na rzecz 6 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Ustce w postaci: Eksploatacja systemu ciepłego z kotłownią o mocy 5,8 MW na olej opałowy lekki w okresie od dnia 10 grudnia 2021 r. do dnia 09 grudnia 2022 r. o wartości łącznej zamówienia podstawowego 4.531.584,51 zł brutto.

Jednocześnie Odwołujący złożył pismo 6 WOG w Ustce z dnia 11 kwietnia 2022 r., z którego wynikało, że na dzień 31 marca 2022 r. ww. umowa została zrealizowana na wartość 1 655 548,67 zł brutto.

Pismem z dnia 15 czerwca 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą w zadaniu nr 1 uznał ofertę Odwołującego.

Pismem z dnia 21 czerwca 2022 r. Lireco Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni poinformowała Zamawiającego o nieprawidłowościach dotyczących wyboru oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1.

Pismem z dnia 21 czerwca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego w zadaniu nr 1 oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 23 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, żądając uzupełnienia wykazu wykonanych usług z podaniem wartości całkowitej umowy oraz wartości rocznej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 24 czerwca 2022 r. złożył wyjaśnienia wskazując, że wartość umowy dot. usługi nr 1 z wykazu usług, wykonywanej na rzecz 6 WOG to: wartość całkowita: 4 531 584,51 zł brutto, wartość roczna: 4 531 584,51 zł brutto. Odwołujący dodał, że wykonywanie przedmiotowej usługi obejmuje okres od 10 grudnia 2021 r. do dnia 9 grudnia 2022 r., a zatem dokładnie 1 rok. Stąd ww. wartości usług są tożsame i identyczne. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, iż stanowisko Zamawiającego zawarte w ww. piśmie jest wewnątrznie sprzeczne, zaś uzasadnienie wezwania nielogiczne. Odwołujący kwestionował rozumienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej prezentowane przez Zamawiającego.

Do ww. pisma Odwołujący załączył: 1. wykaz usług (załącznik nr 4 do SWZ) zawierający tożsame usługi, uzupełniając dane w kolumnie nr 6 tabeli dotyczące wartości całkowitej i rocznej umów wskazanych w lp. 1 i 2 wykazu, 2. Pismo 6 WOG w Ustce z dnia 11 kwietnia 2022 r., 3. Referencje 18 WOG w Wejherowie z dnia 26 kwietnia 2022 r.

Pismem z dnia 28 czerwca 2022 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z zadania nr 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz unieważnieniu w tym zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 255 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem 17 SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

Zadanie 1: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywał lub wykonuje należycie co najmniej 2 (dwa) świadczenia polegające na usłudze eksploatacji systemu ciepłego w kotłowniach zasilanych olejem opałowym, o łącznej mocy min. 4 750 kW i przynajmniej jedną kotłownią o mocy powyżej 4 000kW oraz o wartości rocznej minimum 4 500 000,00 zł brutto każde świadczenie.

Uwaga:

Przez 1 zamówienie Zamawiający rozumie 1 umowę, pojedyncze, odrębne zobowiązanie. Wykonawca nie może sumować kilku świadczeń o mniejszym zakresie dla uzyskania wymaganych wartości.

W dniu 23 czerwca 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych PROMAT Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu wykonanych usług z podaniem całkowitej wartości umowy oraz wartości rocznej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca w dniu 24 czerwca 2022 r. przesłał odpowiedź z której jednoznacznie wynika, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów i stwierdził, że PROMAT Sp. z o.o. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w realizacji przedmiotu zamówienia tymi samymi co wcześniej usługami. W treści pisma Wykonawca dokonał interpretacji postawionych warunków udziału w postępowaniu, która prowadziłaby do naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych w zakresie art. 16. Zamawiający o zasadach płynących z art. 16 powinien myśleć zawsze i podejmować każdą decyzję przez ich pryzmat. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Prawie zamówień publicznych zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych

elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania — wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję.

Przy formułowaniu treści warunków najistotniejsze jest określenie zakresu rzeczowego, w wykonaniu którego mają wykonawcy wykazać posiadane doświadczenie, ewentualnie okres trwania takiego zamówienia, rzadziej znaczenie ma wartość zrealizowanego kontraktu. W pierwszej kolejności wskazać należy, że pod pojęciami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozumieć takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału ekonomicznego itp., aby szansę udziału w postępowaniu miało jak najwięcej podmiotów oferujących jak najszerszy wachlarz usług i produktów przy jednoczesnym zagwarantowaniu, że uzyskany w ten sposób przedmiot zamówienia spełni oczekiwania i uzasadnione potrzeby zamawiającego.

W zakresie zdolności zawodowej w postaci wiedzy i doświadczenia zamawiający sprawdza, czy wykonawca ma wystarczającą, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali, złożoności lub wartości, niekoniecznie w wyniku zawarcia umowy w trybie przepisów Prawa zamówień publicznych czy też na rzecz konkretnej grupy zamawiających (np. jednostek samorządu terytorialnego, administracji publicznej) czy też przy projektach współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami i argumentacją Wykonawcy dotyczącą interpretacji postanowień SWZ w zakresie postawionych warunków udziału w postępowaniu. Warto podkreślić jest fakt, że Wykonawca wnioskował o zmianę warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie Wykonawcy jednoznacznie wskazuje, że bardzo dobrze rozumie postawiony warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia. Już na etapie przygotowywania się do złożenia oferty PROMAT sp. z o.o. wiedział, że prawdopodobnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu zostały

postawione jednoznacznie adekwatnie i proporcjonalnie do wartości przedmiotu zamówienia. Określenie warunku zdolności zawodowej - wiedzy i doświadczenia ma dawać zamawiającemu rękojmię, że realizacja zamówienia będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni jego wymagania (np. jakościowe, terminowe).

Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonawcy muszą spełnić warunki wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Natomiast określony w SWZ termin „wykonuje” jednoznacznie wskazuje, że dotyczy to usług, które trwają i nie zostały ukończone przed upływem terminu na składanie ofert ale ich wartość roczna musi wynosić min. 4 500 000,00 zł. Gdyby przyjąć interpretację Wykonawcy dotyczącą posiadania doświadczenia w realizacji zamówień to zamawiający mógłby udzielić zamówienia niedoświadczonemu wykonawcy, który zawarł umowy w wymaganej kwocie, a których rzeczywista realizacja wynosiłaby np. 500 000,00 zł. Tutaj nasuwa się pytanie w jaki sposób można porównać doświadczenie wykonawcy, który wykonał dwa zamówienia na żadaną warunkiem udziału w postępowaniu kwotę do dnia upływu terminu składania ofert i wykonawcę mającego zawarte umowy na kwotę określoną w warunku udziału w postępowaniu, którego realizacja faktyczna wynosi 500 000zł?

W ocenie Zamawiającego nie można porównać doświadczenia tych wykonawców. Jednocześnie należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowane i wymaga od Zamawiającego udzielenia zamówienia tylko wykonawcy spełniającemu warunki udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający jest zobligowany do stosowania zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp, a w szczególności zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 57 pkt 2, art. 16 pkt. 1-3 i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne odrzucenie oferty Odwołującego z zadania nr 1 z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 57 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny

do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

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 i proporcjonalny.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu Izba wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ było prawidłowe, z tym jednak zastrzeżeniem, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego winna zostać poprzedzona obligatoryjnym wezwaniem Wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaniechał.

Izba wskazuje, że rozstrzygnięcie niniejszej sprawy wymagało nie tyle interpretacji postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej dotyczącej zadania nr 1, lecz właściwego rozumienia przepisów prawa i fundamentalnych zasad Prawa zamówień publicznych dotyczących sposobu wykazywania warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza w przypadku gdy usługa, którą legitymuje się wykonawca celem potwierdzenia wymaganego doświadczenia jest nadal wykonywana (nie została zakończona przed upływem terminu składania ofert).

Przedstawione przez Strony rozważania prawne dotyczące sposobu opisanego warunków udziału w postępowaniu oraz ich celu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zasadniczej mierze Izba uznała za prawidłowe, przez co nie wymagają one komentarza. Poza rozważaniami Izby znalazła się kwestia oceny sposobu opisanego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 tiret 1 SWZ oraz ewentualnego zaniechania Zamawiającego w przedmiocie braku udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji w zakresie spornego warunku z uwagi na upływ terminu, w jakim powyższe może być kwestionowane za pomocą środków ochrony prawnej.

Nie budzi wątpliwości Izby czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu pierwszego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1, bowiem Zamawiający jako gospodarz postępowania uprawniony jest do samokontroli uprzednio podjętych decyzji, a wywiedzione z powyższej okoliczności stanowisko Odwołującego, jakoby Zamawiający zmieniał w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozumienie warunku, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ oparte zostało na przypuszczeniach.

Izba wskazuje, że okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego było to, że Odwołujący w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 tir. 1 SWZ legitymował się usługą wykonywaną na rzecz 6 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Ustce w postaci: „Eksploracja systemu

ciepłego z kotłownią o mocy 5,8 MW na olej opałowy lekki” realizowaną w okresie od dnia 10 grudnia 2021 r. do dnia 09 grudnia 2022 r. o wartości łącznej zamówienia podstawowego 4.531.584,51 zł brutto. Jednocześnie Odwołujący wraz z wykazem usług złożył pismo 6 WOG w Ustce z dnia 11 kwietnia 2022 r., z którego wynika, że na dzień 31 marca 2022 r. ww. umowa została zrealizowana na wartość 1 655 548,67 zł brutto. Z powyższego wynika bezsprzecznie, że na moment składania ofert w niniejszym postępowaniu (5 maja 2022 r.) ww. usługa referencyjna była przez Odwołującego wykonywana, a koniec jej realizacji nastąpi 9 grudnia 2022 r. Jednocześnie kwota 4.531.584,51 zł brutto stanowiła wartość roczną umowy z uwagi na okres wykonywania zamówienia. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie twierdził, że na moment składania ofert wartość realizowanej usługi referencyjnej wynosiła min. 4 500 000 zł. Bezsportna była również okoliczność, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług wraz z referencjami do przedstawienia nowej usługi.

Wobec niespornych między Stronami postępowania ustaleń faktycznych nie sposób stwierdzić, że Odwołujący zawierając z 6 WOG w Ustce umowę na eksploatację systemu ciepłego z kotłownią z okresem realizacji od dnia 10 grudnia 2021 r. do dnia 9 grudnia 2022 r. - na moment składania ofert w niniejszym postępowaniu - nabył pełne doświadczenie z tytułu realizacji tej umowy. Wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Jednocześnie zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.), 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 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. Jednocześnie, zgodnie § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia, okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 9, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe przepisy znalazły odzwierciedlenie w treści sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 tiret 1. SWZ, w którym Zamawiający podał, że wykonawca ma legitymować się stosownym doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Wyjaśnić należy, iż wskazany przepis jakkolwiek umożliwia wykonawcom powoływanie się na doświadczenie wynikające z realizacji świadczeń powtarzających się lub ciągłych, których wykonywanie nie zostało zakończone do terminu składania ofert, to nie ulega wątpliwości, że musi być to doświadczenie faktycznie nabyte, nie zaś „doświadczenie potencjalne”, w zakresie niezrealizowanej jeszcze umowy. Inaczej rzecz ujmując, wykonawca może powołać się na doświadczenie wynikające z umów będących w trakcie realizacji, ale tylko co do zakresu, w jakim umowę już wykonał, tylko w takim zakresie nabył bowiem realne doświadczenie. Przyjęcie odmiennej interpretacji – forsowanej przez Odwołującego, prowadziłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w dacie składania ofert i który realizując referencyjną usługę po terminie składania ofert dopiero uzyskałby dalsze doświadczenie. Powyższa koncepcja godziłaby także w naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażone w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Trudno uznać, że z naruszeniem powyższych zasad nie mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdyby Zamawiający równo potraktował wykonawców, którzy przed upływem terminu składania ofert wykonali określone zamówienia na żądaną w SWZ kwotę oraz wykonawców, którzy zawarliby umowy na określoną warunkiem kwotę, których jednak faktyczna realizacja była na niższym poziomie niż wymagany. Dostrzec należy, iż sam fakt zawarcia umowy na określoną kwotę i z określonym zakresem przedmiotowym nie oznacza, że wykonawca z chwilą jej zawarcia nabywa pełne doświadczenie objęte umową.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż nieprawidłowe jest stanowisko Odwołującego, który z faktu świadczenia na rzecz Zamawiającego tożsamej przedmiotowo usługi oraz oczekiwania Zamawiającego co do jej przedłużenia, wywodził brak wątpliwości Zamawiającego co do posiadania przez Wykonawcę wiedzy fachowej i umiejętności eksploatacyjnych w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, iż w świetle wiążącej Zamawiającego oraz Wykonawców treści specyfikacji warunków zamówienia, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych w zakresie zadania nr 1 należało legitymować się dwoma świadczeniami polegającymi na

usłudze eksploatacji systemu ciepłego o określonej wartości. Innymi słowy, za dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający uznał wykonawcę, który będzie posiadał doświadczenie w realizacji dwóch skonkretyzowanych usług, niezależnie od tego, czy wykonawca świadczy obecnie usługi o tożsamym przedmiocie na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego w postaci umowy z dnia 27 czerwca 2017 r. nr 132/F/2018 zawartej pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym wraz z aneksem z dnia 31 maja 2022 r. oraz propozycją przedłużenia, jako nie mające znaczenia dla niniejszej sprawy.

Podsumowując powyższe nie można uznać, że złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia z dnia 24 czerwca 2022 r. potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 *tiret* pierwsze SWZ, wobec czego po stronie Zamawiającego zaktualizował się obowiązek wszczęcia procedury określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do treści ww. przepisu, 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 wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz usług itp. nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Jednocześnie wskazać należy, iż wezwanie skierowane do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp musi być jasne i zrozumiałe, tak aby wykonawca był w stanie ustalić, jakich oświadczeń lub dokumentów zamawiający żądania lub w jakim zakresie winny one zostać uzupełnione czy poprawione.

Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy wobec wezwania wystosowanego do Odwołującego pismem z dnia 23 czerwca 2022 r.

Analiza treści ww. wezwania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego dokonana została z naruszeniem zasady przejrzystości. Z przedmiotowego pisma nie sposób wywieść akcentowanej w toku rozprawy intencji Zamawiającego co do złożenia przez Odwołującego wykazu usług zawierającego nową usługę referencyjną. Zauważyć należy, iż w ww. piśmie Zamawiający wskazał, że wzywa wykonawcę do „uzupełnienia wykazu wykonanych usług z podaniem wartości całkowitej umowy oraz wartości rocznej”, co Odwołujący odczytał w ten sposób, że złożony wykaz usług należało uzupełnić o dane dotyczące wartości całkowitej umowy oraz wartości rocznej, czemu dał wyraz wpisując odpowiednie dane w kolumnie 6. Wykazu usług przy niezmienionych usługach referencyjnych. Powyższe potwierdza także treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego pismem z dnia 24 czerwca 2022 r. Jednocześnie dostrzec należy, iż rzeczony wezwanie skierowane zostało w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, a sam Zamawiający w toku rozprawy nie potrafił wyjaśnić, dlaczego nie wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 4 *tiret* pierwsze SWZ, co winno poprzedzać czynność ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 225 ust. 2 ustawy Pzp przez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 1, w następstwie błędnego przyjęcia, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu, podczas gdy czynność odrzucenia oferty Odwołującego z zadania nr 1 była przedwczesna i winna zostać poprzedzona wezwaniem Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz d w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: