

WYROK
z dnia 22 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2019 r. przez wykonawcę – **M. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni przy ul. Benisławskiego 22/3/3 (81-173 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **22. Bazę Lotnictwa Taktycznego** z siedzibą w Malborku przy ul. 17 Marca 20 (82-200 Malbork)

przy udziale wykonawcy – **K.S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-TECH K. S. z siedzibą w Gniewie przy ul. Konopnickiej 16 (83-140 Gniew), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **M. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

22 Baza Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Malborku zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” na *Obsługę systemów cieplnych w obiektach administrowanych przez 22. Bazę Lotnictwa Taktycznego w Malborku* (sygn.: 22.BLT.SZP.2612.110.2019), zwane dalej „postępowaniem”. Postępowanie zostało podzielone na dwie części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 sierpnia 2019 r., pod numerem 583043-N-2019.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni zwany dalej: „odwołującym” w dniu 8 października 2019 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp w postępowaniu w postaci:

- 1) wyboru w postępowaniu oferty K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-TECH z siedzibą w Gniewie (dalej zwanego jako: „EKO-TECH” lub „przystępujący”) jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta ta winna zostać odrzucona przez zamawiającego, jako że złożona przez EKO-TECH oferta nie spełnia warunków określonych w postępowaniu;
- 2) nieodrzczenia oferty EKO-TECH, pomimo, iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż złożona przez EKO-TECH oferta nie spełnia warunków określonych w postępowaniu;
- 3) braku wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo, iż to oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego, spośród ofert spełniających warunki wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Przetargu (dalej zwanej: „SIWZ”).

Wyżej wskazanym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez brak odrzczenia oferty EKO-TECH, pomimo, iż zaistniały ku temu przesłanki, z uwagi na fakt, że oferta EKO-TECH nie spełnia warunków określonych w SIWZ;

2. art. 91 ust. 1 Pzp przez uznanie, iż oferta EKO-TECH jest najkorzystniejsza, podczas gdy prawidłowa analiza oferta powinna doprowadzić do wniosku, iż to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza;

3. art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ, przy czym zamawiający wybrał ofertę, która winna podlegać odrzuceniu i która nie jest najkorzystniejsza.

Mając na uwadze postawione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności - odrzucenie oferty EKO-TECH, z uwagi na fakt, iż złożona przez EKO-TECH oferta nie spełnia warunków określonych w postępowaniu;

- nakazanie zamawiającemu powtórny ocenę ofert złożonych w postępowaniu;

- wybór, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego;

- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 7.500 zł uiszczonej przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 7.500 zł, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Dodatkowo odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, z ograniczeniem do odwołującego, to jest M. K. na okoliczność faktu, iż oferta złożona przez EKO-TECH nie spełnia warunków określonych w SIWZ oraz na okoliczność nieprawidłowej oceny oferty EKO-TECH.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż interes prawny w złożeniu odwołania wywiódł z art. 179 ust. 1 Pzp, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu.

W uzasadnieniu dla postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że w jego ocenie zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił ofertę wykonawcy EKO-TECH. Oferta nie spełniała określonych w SIWZ warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i jako taka winna ulec odrzuceniu, ewentualnie zmianie powinna ulec ilość punktów przyznanych tejże ofercie.

Następnie odwołujący wskazał, że w treści SIWZ w Rozdziale Va wskazano opis spełnienia warunku dla Części 1 i 2 postępowania, (*dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*): *Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi realizację zamówienia oraz posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia tj.:*

Eksploatacją i obsługą urządzeń, instalacji i sieci mogą zajmować się wyłącznie osoby, które spełniają wymagania kwalifikacyjne dla następujących rodzajów prac i stanowisk pracy

- Grupa 1 ppkt. 2, 10;

- Grupa 2 ppkt. 1, 2, 4, 10;

- Grupa 3 ppkt. 4, 5, 6, 10

w zakresie:

- eksploatacji – do których zalicza się stanowiska osób wykonujących prace w zakresie obsługi, konserwacji, montażu, remontu i kontrolno-pomiarowym,
- dozoru – do których zalicza się stanowiska osób kierujących czynnościami osób wykonujących prace w zakresie określonym jw.
- oraz pracowników technicznych sprawujących nadzór na eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci.

Odwołujący wyjaśnił, że EKO-TECH w swojej ofercie, wskazał osobę (pan M.M.), którą oddeleguje do realizacji zadań Części 1 i 2 postępowania, jak i będzie polegał na jej doświadczeniu zawodowym, zdobytym w okresie 10 lat, dzięki czemu uzyskał maksymalną ilość 30 punktów w pierwszym etapie oceny oferty przez komisję przetargową zamawiającego, zgodnie z rozdziałem 13 SIWZ. W drugim etapie oceny oferty, EKO-TECH przedłożył dokumenty, mające potwierdzić, posiadane przez tę osobę, wymagane przez zamawiającego kwalifikacje wskazane w punkcie 1.3 „Opis spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej” SIWZ dla postępowania części 1 i 2, tj. kwalifikacji niezbędnych do wykonania zadań na stanowisku eksploatacji i dozoru w zakresie:

- obsługi, konserwacji, montażu, remontu i kontrolno-pomiarowym
- dla grupy:

- Grupa 1 ppkt. 2, 10;

- Grupa 2 ppkt. 1, 2, 4, 10;

- Grupa 3 ppkt. 4, 5, 6, 10

Zdaniem odwołującego z dostarczonych przez EKO-TECH dokumentów wynikało jednak, że wskazana osoba nie posiada wymaganych uprawnień na stanowisku eksploatacji i dozoru w zakresie:

- kontrolno-pomiarowym

dla grupy:

- Grupa 1 ppkt. 2, 10.

Jak dalej wskazał odwołujący, zamawiający, nie zauważył przedmiotowej niezgodności, dokonał wyboru oferty EKO-TECH i dopiero po pisemnej interwencji odwołującego się unieważnił wybór i wezwał EKO-TECH do złożenia stosownych wyjaśnień. Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentacji przetargowej EKO-TECH przedłożył dokumenty, które nie dotyczyły osoby wskazanej w ofercie (tej którą miał oddelegować do realizacji zadań Części 1 i 2 postępowania i dzięki której doświadczeniu uzyskał maksymalną ilość 30 punktów – tj. pana M. M.), ale dwóch innych osób – pana J.P. i pana J.S.. Oznacza

to w ocenie odwołującego, iż EKO-TECH samo przyznało, iż pan M. M., który w pierwszym etapie oceny ofert przysłużył się EKO-TECH do uzyskania maksymalnej ilości punktów za doświadczenie, od początku nie spełniał warunków określonych w SIWZ.

Tym samym z uwagi na brak wymaganych uprawnień kwalifikacyjnych do wykonywania zadań postępowania dla Części 1 i 2 stwierdzić należy, że EKO-TECH nie spełnia postawionych przez zamawiającego wymogów, tym samym jego oferta winna ulec odrzuceniu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego, zamawiający niezgodnie z przepisami Pzp nie odrzucił oferty EKO-TECH, pomimo faktu, iż oferta nie spełniała określonych w SIWZ warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący wskazał, że zamawiający w treści SIWZ (rozdział 5A) w pkt 2 ppkt 1.3 w sposób jednoznaczny wskazał warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Opis spełnienia warunku (wiedza i doświadczenie) Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej:

CZĘŚĆ 1

a) co najmniej 1 usługę, polegającą na eksploatacji i obsłudze systemów ciepłowniczych w których paliwem jest gaz ziemny o mocy źródła ciepła powyżej 2 MW, na kwotę minimum 100 000,00 zł brutto. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy.

b) co najmniej 1 usługę polegającą na eksploatacji systemów wentylacyjno-grzewczych o mocy powyżej 100 kW. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy

CZĘŚĆ 2

Co najmniej 1 usługę, polegającą na eksploatacji i obsłudze systemów ciepłowniczych w których paliwem jest gaz ziemny mocy źródła ciepła powyżej 1 MW, na kwotę minimum 90 000,00 zł brutto. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Zamawiający nie uzna warunku, jako spełnionego jeżeli Wykonawca wykazywać będzie się doświadczeniem w realizacji wymaganej usługi na kwotę wymaganą lub wyższą ale zrealizowaną lub realizowaną w kontrakcie zawartym na okres krótszy niż 12 miesięcy.

Jak stwierdził odwołujący na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków EKO-TECH przedstawił potwierdzenie wykonania umowy o nr 144/FIN/2017 z dnia 27 lipca 2017 r. zawartej z 22. Bazą Lotnictwa Taktycznego w Malborku. W treści referencji wskazano czas realizacji umowy na 12 miesięcy oraz podano dwie kwoty: 92 980,00 zł brutto jako wartość podpisanej umowy oraz 74 392,58 zł brutto za usuwanie awarii, dające w sumie kwotę 167 372,58 zł brutto. Należy mieć na uwadze, że kwota w wysokości 74392,58 zł przedstawiona w dokumencie referencji w pozycji awarie określa, według postanowień przedmiotowej umowy (paragraf 2 ust. 2 lit. g), poniesione przez zamawiającego koszty zakupionych części

do usuwania awarii, a nie wartość robót zrealizowanych przez EKO-TECH. Umowa nr 144/FIN/2017 została zawarta na kwotę ryczałtową 92 980,00 zł brutto, co określa jej paragraf 4 ust. 1 i 2 (było to wynagrodzenie ryczałtowe, które nie mogło przekroczyć tej kwoty). Przedmiotowa umowa nie została aneksowana, Wykonawcy nie udzielono również zamówienia dodatkowego, ani uzupełniającego. Tym samym, wartość usługi wykonanej przez EKO-TECH wyniosła 92 980,00 zł brutto i tylko tą kwotą może posługiwać się EKO-TECH, na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, iż jest to kwota, która nie spełnia wymogu postawionego przez zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnej do wykonania Części 1 postępowania.

Pomimo powyższych niezgodności zamawiający nie tylko nie wezwał EKO-TECH do ich wyjaśnienia, ale także dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKO-TECH K. S. z siedzibą w Gniewie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 21 października 2019 r., działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Podobnie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego swoje pismo procesowe złożył przystępujący. Przystępujący tak jak zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W swoim piśmie procesowym przystępujący w pierwszej kolejności odniósł się do kwestii niezgodności treści swojej oferty z treścią SIWZ. Wskazał, że odwołujący na str. 2 odwołania, pkt 1 wskazał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty EKO-TECH, pomimo, iż zaistniały ku temu przesłanki, z uwagi na fakt, że oferta EKO-TECH nie spełnia warunków określonych w SIWZ. W związku z tym przystępujący podkreślił, że art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp dotyczy merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jednocześnie odwołanie nie wskazuje w żadnym punkcie uzasadnienia ani odniesienia do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym wniósł o uznanie wskazanego zarzutu za niezasadny.

Następnie przystępujący w swoim piśmie procesowym skupił się na zagadnieniu przyznania punktów jego ofercie w ramach kryterium: doświadczenie (oznaczonego w SIWZ literą C). Przystępujący wyjaśnił, że w zakresie przedmiotowego kryterium wskazał w ofercie

osobę – pana M. M., który legitymował się doświadczeniem o długości 12 lat, z zamawiający przyznał przystępującemu 30 pkt w powyższym kryterium. Ponadto przystępujący wyjaśnił, że w zakresie spełnienia warunków, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wskazał kolejne osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. Następnie przystępujący wskazał, iż do realizacji zamówienia, koniecznym jest skierowanie wielu osób oraz w ich zasobach uwzględnił do wykonania czynności osoby posiadające wskazane w SIWZ uprawnienia, co potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo wyjaśnił, że prócz wskazanych osób, do realizacji zamówienia skierowany zostanie pan M. M., który będzie wykonywał czynności, do których wykonania nie jest potrzebne posiadanie uprawnień 2.10. Tym samym zarzut jakoby punkty zostały przyznane przystępującemu niezasadnie, jest – jego zdaniem – zupełnie chybiony.

Ostatnią kwestią do jakiej odniósł się przystępujący w swoim piśmie procesowym było zagadnienie braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W tej kwestii wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów, przedstawił dokumenty: wykaz wykonanych usług oraz referencje, przy czym nie ustrzegł się omyłki natury technicznej w ich przekazaniu. Wyjaśnił, iż omyłkowo przedstawił referencje wskazujące nieprawidłową datę wykonania (co zostało przepisane do treści wykazu). W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego powyższą nieścisłość sprostował, załączając wykaz wykonanych usług oraz referencje.

Wskazał, że w uzupełnionym wykazie podał usługę: Eksploatacji systemu ciepłego na lotnisku Malbork, moc ciepła 4204 kW, umowa nr 228/FIN/2015, realizacja: 4 listopada 2015 – 31 maja 2017, realizowana na rzecz zamawiającego. Jego zdaniem powyższa usługa potwierdza spełnienie warunku udziału w części 1 i 2 zamówienia w zakresie:

„a) co najmniej 1 usługę, polegającą na eksploatacji i obsłudze systemów ciepłowniczych w których paliwem jest gaz ziemny o mocy źródła ciepła powyżej 2 MW, na kwotę minimum 100 000,00 zł brutto. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy:

gdyż

- wartość umowy przekracza wartość referencyjną;
- zakres jest zgodny ze wskazanym w wykazie;
- termin realizacji: realizacja została zakończona w terminie ostatnich 3 lat, co jest zgodne z przyjętym orzecznictwem na temat 3-letniego okresu referencyjnego, w jakim badane jest doświadczenie (w tym aspekcie przywołał fragment wyroku Izby z dnia 13 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 381/17).

Natomiast druga wskazana w uzupełnionym wykazie usługa to: „Eksploatacja systemu ciepłego na lotnisku Malbork”, umowa nr 144/FIN/2017. Jednocześnie przystępujący podkreślił, iż realizacja tej usługi obejmowała zakres: eksploatacja systemów wentylacyjno-

grzewczych o mocy ok. 1000 kW łącznie, wartość: 167.380,58 zł, termin wykonania: 27 lipiec 2017r – 26 lipiec .2018r., a zamówienie realizowane na rzecz zamawiającego.

Powyższe w ocenie przystępującego potwierdziło spełnienie warunku opisanego w rozdziale 5A pkt 1.3 część 1 lit. b):

„b) co najmniej 1 usługę polegającą na eksploatacji systemów wentylacyjno-grzewczych o mocy powyżej 100 kW. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy”
gdyż

- zakres obejmował eksploatację systemów wentylacyjno-grzewczych o wskazanych w SIWZ cechach;

- okres realizacji wynosił 12 miesięcy.

W tym miejscu przystępujący wyjaśnił, że odwołujący zarzucił, jakoby wartość wskazanej przez niego usługi 167 380,58 złotych, winna zostać podzielona na świadczenie usługi związanej z eksploatacją: 92.988,00 zł oraz usuwanie awarii systemu ciepłego: 74.392, 58 zł i tym samym usługa ta nie wypełniała wymogów dotyczących wartości usługi. W odpowiedzi na to przystępujący podkreślił, iż w zakresie tejże usługi (warunek podany powyżej w lit. b) dla części 1 zamówienia w rozdziale 5A, pkt 1.3 SIWZ), nie został wskazany wymóg dotyczący jej wartości. Tym samym przystępujący stanął na stanowisku, iż wskazana wymagana wartość 100 tys zł, odnosi się jedynie do usługi wskazanej w lit a) (co najmniej 1 usługę, polegającą na eksploatacji i obsłudze systemów ciepłowniczych w których paliwem jest gaz ziemny o mocy źródła ciepła powyżej 2 MW, na kwotę minimum 100 000,00 zł brutto. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy), a nie - do usługi wskazanej w lit. b). Niemniej jednak z uwagi na wskazany zarzut przystępujący podkreślił, że z treści referencji w sposób jednoznaczny wynika, iż w tym przypadku zamówienie rozumiane jako: eksploatacja oraz usuwanie awarii systemu ciepłego, było realizowane łącznie. Czytelnym jest, iż w przypadku gdy dane zamówienie rozumiane jako zakres usług jako całość, realizowane jest na podstawie kilku umów, to łącznie one stanowią zamówienie w rozumieniu warunku udziału. Kwestia ilości czy odrębności umów w ramach jednego zamówienia, jest jedynie kwestią organizacyjną, nie mającą wpływu na zdobywane w ramach realizacji doświadczenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, jak i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez

niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę – K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-TECH K.S. z siedzibą w Gniewie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji w postaci papierowej, nadesłanej w dniu 15 października 2019 r. przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- formularza ofertowego złożonego przez przystępującego;
- wezwania do złożenia dokumentów z dnia 23 sierpnia 2019 r. skierowanego do przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp;
- wykazu wykonanych usług oraz wykazu osób złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z pismem z dnia 26 sierpnia 2019 r.;
- wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia dalszych wyjaśnień z dnia 2 września 2019 r. skierowanego do przystępującego w trybie: art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp;
- uzupełnionego wykazu wykonanych usług złożonego przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie wskazane powyżej, wraz z pismem z dnia 5 września 2019 r.;
- zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – część 1 i 2 z dnia 12 września 2019 r.;
- pisma odwołującego z dnia 16 września 2019 r., będącego jego stanowiskiem wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego;
- zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 1 i 2 z dnia 18 września 2019 r.;
- wezwania do uzupełnienia/złożenia/poprawienia dokumentów z dnia 23 września 2019 r., skierowanego do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
- uzupełnionego wraz z pismem z dnia 25 września 2019 r. wykazu osób złożonego przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie wskazane powyżej;
- zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w wyniku powtórzonych czynności dla części 1 i 2, opublikowanego na stronie internetowej zamawiającego w dniu 3 października 2019 r.

Izba formalnie nie dopuściła dowodu z przesłuchania stron, z ograniczeniem do odwołującego, to jest M. K. na okoliczność faktu, iż oferta złożona przez EKO-TECH nie

spełnia warunków określonych w SIWZ oraz na okoliczność nieprawidłowej oceny oferty EKO-TECH. O dopuszczenie tego dowodu wnioskował odwołujący w odwołaniu. Należy wskazać, że pan M. K. był obecny na posiedzeniu i rozprawie przeprowadzonych w dniu 21 października 2019 r., przez co mógł wypowiedzieć się w zakresie okoliczności podniesionych w odwołaniu jak i zająć stanowisko wobec twierdzeń zamawiającego i przystępującego. Warto także dodać, że z tego uprawnienia skorzystał. W związku z tym Izba nie znalazła potrzeby jak i uzasadnienia do tego, aby wypowiedzi i stanowiska pana M. K. ubierać formalnie w dowód w postaci przesłuchania strony, a zabieranie przez niego głosu w ocenie Izby w zupełności wyszło naprzeciw uprawnieniu odwołującego do przedstawienia stanowiska jak i dążeniu Izby do rozpoznania sprawy.

Izba ustaliła co następuje.

W rozdziale 5A pkt 2 ppkt 1.3, dotyczącym opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zamawiający wskazał:

Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej:

CZĘŚĆ 1

a) co najmniej 1 usługę, polegającą na eksploatacji i obsłudze systemów ciepłowniczych w których paliwem jest gaz ziemny o mocy źródła ciepła powyżej 2 MW, na kwotę minimum 100 000,00 zł brutto. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy.

b) co najmniej 1 usługę polegającą na eksploatacji systemów wentylacyjno-grzewczych o mocy powyżej 100 kW. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy

CZĘŚĆ 2

Co najmniej 1 usługę, polegającą na eksploatacji i obsłudze systemów ciepłowniczych w których paliwem jest gaz ziemny mocy źródła ciepła powyżej 1 MW, na kwotę minimum 90 000,00 zł brutto. Usługa winna być świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Zamawiający nie uzna warunku, jako spełnionego jeżeli Wykonawca wykazywać będzie się doświadczeniem w realizacji wymaganej usługi na kwotę wymaganą lub wyższą ale zrealizowaną lub realizowaną w kontrakcie zawartym na okres krótszy niż 12 miesięcy.

Opis spełnienia warunku dla części 1 i 2 (dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia): Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi realizację zamówienia oraz posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia tj.:

Eksploatacją i obsługą urządzeń, instalacji i sieci mogą zajmować się wyłącznie osoby, które spełniają wymagania kwalifikacyjne dla następujących rodzajów prac i stanowisk pracy

- Grupa 1 ppkt. 2, 10;
- Grupa 2 ppkt. 1, 2, 4, 10;
- Grupa 3 ppkt. 4, 5, 6, 10

w zakresie:

- eksploatacji – do których zalicza się stanowiska osób wykonujących prace w zakresie obsługi, konserwacji, montażu, remontu i kontrolno-pomiarowym,
- dozoru – do których zalicza się stanowiska osób kierujących czynnościami osób wykonujących prace w zakresie określonym jw.
- oraz pracowników technicznych sprawujących nadzór na eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. (...)

W rozdziale 13 SIWZ zamawiający opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Kryteria i ich wagi przedstawiały się następująco:

- A- cena oferty o wadze 50%;
- B- czas reakcji na podjęcie czynności w celu usuwania stanów awaryjnych o wadze 20%;
- C- doświadczenie o wadze 30%.

Kryterium C dotyczące kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zostało opisane razem dla części 1 i 2 w następujący sposób:

Dla Części 1 i Części 2

– dotyczy pracownika obsługi codziennej zatrudnionego przez Wykonawcę - będzie rozpatrywane na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w Formularzu ofertowym dotyczące dysponowania co najmniej **1 osobą posiadającą doświadczenie w pracy przy systemach ciepłowniczych** o nw. charakterystyce:

- źródło ciepła było zasiane gazem ziemnym i posiadało moc kotłów min. 1000kW,
- instalacje i urządzenia gazowe,
- sieciach gazowych średniego i niskiego ciśnienia,
- centrale wentylacyjno-grzewcze o mocy powyżej 100 kW,
- znajomość AKPiA do ww. elementów systemu.

(...)

Zamawiający dopuszcza **tylko** takie doświadczenie jakie Wykonawca może zaoferować w Formularzu ofertowym:

- doświadczenie **maksymalne 10 lat**
- doświadczenie **minimalne 1 rok**

oraz terminy znajdujące się pośród tj. 1 a 10 rokiem doświadczenia.

Oferta z najdłuższym stażem pracy otrzyma maksymalną liczbę punktów – 30 (...)

Oferty w postępowaniu na obie części zamówienia złożyli odwołujący i przystępujący.

Przystępujący w złożonym formularzu ofertowym zarówno w 1 jak i 2 części zamówienia, w ramach kryterium dotyczącego doświadczenia podał osobę pana M.M. . Jak wynika z tego formularza ww. osoba legitymowała się doświadczeniem o długości 12 lat.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia wykazu wykonanych usług oraz wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Przystępujący wraz z pismem z dnia 26 sierpnia 2019 r. przesłał wymagane dokumenty wraz załącznikami. W wykazie usług zostały wskazane dwie usługi wraz z referencjami. Natomiast w wykazie osób zostały wskazane trzy osoby (w tym pan M.M.) wraz z podaniem funkcji jaką mieli sprawować przy realizacji zamówienia, kwalifikacji zawodowych oraz podstawy dysponowania tymi osobami.

Pismem z dnia 2 września 2019 r. zamawiający m. in. wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, które dotyczyło złożonego wykazu wykonanych usług. W piśmie tym zamawiający stwierdził, iż po dokonanej ocenie złożonych dokumentów przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący wraz z pismem z dnia 5 września 2019 r. złożył uzupełniony wykaz wykonanych usług. W wykazie tym zostały wskazane dwie usługi:

- pierwsza dotyczyła usługi pn. „Eksplatacja systemu ciepłego na lotnisku Malbork”, o mocy ciepła 4204 kW, zrealizowanej na rzecz zamawiającego na podstawie umowy nr 228/FIN/2015 na kwotę 206.371,35 zł, która została zrealizowana w terminie: 4 listopada 2015 – 31 maja 2017. Ponadto jak wynika z wykazu usługa ta dotyczyła części 1 i 2 zamówienia;

- druga dotyczyła usługi pn. „Eksplatacja systemu ciepłego na lotnisku Malbork”, zrealizowanej na rzecz zamawiającego na podstawie umowy nr 144/FIN/2017 na kwotę 167.380,58 zł i została zrealizowana w terminie: 27 lipiec 2017 r – 26 lipiec 2018 r. Przystępujący podkreślił, iż realizacja tej usługi obejmowała zakres: eksploatacji systemów wentylacyjno-grzewczych o mocy ok. 1000 kW łącznie. Ponadto jak wynika z tego wykazu usługa ta dotyczyła części 1.

Do wykazu usług zostały dołączone także dokumenty potwierdzające należyte wykonanie obu usług.

W dniu 12 września 2019 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla obu części zamówienia. W obu częściach jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Jak wynika z przedmiotowego zawiadomienia w ramach kryterium doświadczenia oferta przystępującego uzyskała maksymalną ilość punktów.

Pismem z dnia 16 września 2019 r. skierowanym do zamawiającego, odwołujący przekazał swoje stanowisko wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jak wynika z przedmiotowego pisma odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty przystępującego;
- odrzucenie oferty przystępującego, jako niespełniającej warunków postępowania.

W uzasadnieniu tego pisma odwołujący wskazał argumenty, które podał następnie w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2019 r.

W efekcie powyższego zamawiający w dniu 18 września 2019 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 1 i 2 zamówienia.

Następnie zamawiający pismem z dnia 23 września 2019 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia/złożenia/poprawienia dokumentów. Przedmiotowe wezwanie dotyczyło *de facto* wykazu osób.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący wraz z pismem z dnia 25 września 2019 r. złożył uzupełniony wykaz osób. W uzupełnionym wykazie oprócz trzech wcześniej wskazanych osób, przystępujący dodał dwie kolejne, przez co wykaz zawierał pięć osób wraz z podaniem ich funkcji w realizacji zamówienia, kwalifikacji zawodowych oraz podstawy dysponowania. Ponadto do wykazu zostały dołączone dokumenty mające potwierdzać uprawnienia tych dwóch „nowych” osób.

W dniu 3 października 2019 r. zamawiający dokonał powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty dla obu części zamówienia. Jako najkorzystniejsza ponownie została wybrana oferta przystępującego. Jak wynika z przedmiotowego zawiadomienia w ramach kryterium doświadczenia, oferta przystępującego uzyskała maksymalną ilość punktów.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że najistotniejszy – zdaniem Izby – zarzut podniesiony w *petitum* odwołania dotyczy wskazania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Konsekwencją tego zarzutu zdają się być kolejne dwa zarzuty podniesione w odwołaniu. Podobnie żądanie odnosi się do nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty przystępującego. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym należy przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej

złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ lub ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Natomiast uzasadnienie wskazane w odwołaniu skupia się wyłącznie na okolicznościach i twierdzeniach zmierzających do udowodnienia, że przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Do zagadnienia dotyczącego sankcji za niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który nakłada na zamawiających obowiązek wykluczenia wykonawcy w takiej sytuacji. Jednakże nawet przy tak poważnej nieścisłości w przedmiotowej sprawie należy w ocenie Izby mieć na uwadze treść art. 24 ust. 4 Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co oznacza, iż finalnie następuje ten sam skutek polegający na wyeliminowaniu wykonawcy z postępowania. Niemniej w przedmiotowej sprawie Izba, wbrew zarzutom odwołującego uznała, że czynności zamawiającego przeprowadzone zostały w sposób zgodny z przepisami Pzp.

Przechodząc do meritum sprawy Izba wskazała, że należy odróżnić warunki udziału w postępowaniu od kryteriów oceny ofert. Warunki udziału w postępowaniu mają – w największym skrócie – umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy mogliby je należycie wykonać, ponieważ to warunki stanowią barierę wyznaczającą możliwość złożenia przez wykonawcę oferty w ogóle. Natomiast inny charakter mają kryteria oceny ofert, a szczególnie kryteria pozacenowe. Służą one przede wszystkim wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie dopuszczeniu do udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie zamawiający w sposób odmienny uregulował wymogi dla warunku zdolności technicznej i zawodowej w stosunku do wymogów podanych dla kryterium doświadczenia i przez te wymogi dokonał badania i oceny oferty przystępującego. Jak wskazano powyżej przystępujący w ostatecznie złożonym wykazie osób wymienił pięć osób (w tym pana M. M.) opisując ich uprawnienia. Z opisu spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej dla części 1 i 2 wynika jednoznacznie, że wykonawca miał dysponować osobami zapewniającymi realizację zamówienia oraz posiadającymi wymagane w SIWZ kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia. Wykonawcy nie musieli wskazywać osób osobno dla części 1, a osobno dla części 2 zamówienia. Odwołujący natomiast nie podważał okoliczności posiadania przez wskazane przez przystępującego osoby wymaganych kwalifikacji lub uprawnień. W związku z tym przez pryzmat argumentacji odwołującego nie można uznać, że przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie w ocenie Izby zamawiający nie popełnił błędu przy przyznawaniu punktów ofercie przystępującego w ramach kryterium doświadczenia. Jak wynika jednoznacznie z

treści opisu tego kryterium wykonawca miał podać w formularzu ofertowym, iż dysponuje co najmniej 1 osobą posiadającą doświadczenie w pracy przy systemach ciepłowniczych o charakterystyce podanej w SIWZ dla obu części zamówienia. Ponadto zamawiający dopuścił tylko takie doświadczenie jakie wykonawca może zaoferować w formularzu ofertowym. Niniejsze oznacza, że wyłącznie informacje podane w formularzu ofertowym były podstawą do przyznawania punktów w ramach tego kryterium. Przystępujący w formularzu ofertowym dla obu części zamówienia wskazał tę samą osobę tj. pana M.M. oraz podał niezbędne informacje umożliwiające przyznanie mu maksymalnej punktacji w ramach tego kryterium. Warto przy tym zastrzec, że w treści SIWZ nie było obowiązku wskazywania innych osób dla każdej z części zamówienia, zatem podanie przez przystępującego tej samej osoby w formularzu cenowym dla obu części zamówienia w zakresie kryterium doświadczenia nie naruszało postanowień SIWZ. Tym samym Izba nie znalazła podstaw aby zakwestionować punktację przyznaną przystępującemu w ramach kryterium C – doświadczenie.

W zakresie argumentacji wskazanej w pkt III odwołania, dotyczącej kwestii niespełnienia wymogu postawionego przez zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odnośnie części 1 zamówienia, Izba w pełni przyjęła argumentację przystępującego zawartą w jego piśmie procesowym i uznała ją za własną. Uzupełniając należy wskazać, że na rozprawie odwołujący sam przyznał, iż stanowisko przystępującego zawarte w piśmie procesowym rozwiało jego wątpliwości. W związku z powyższym Izba tym bardziej utwierdziła się w przekonaniu o słuszności argumentacji przystępującego. Argumentacja ta została szczegółowo przedstawiona powyżej przy prezentacji pisemnego stanowiska przystępującego (str. 7-8 uzasadnienia), zatem Izba nie znalazła potrzeby jej powielania.

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszeń dotyczących badania i oceny przez zamawiającego oferty przystępującego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz przyznania punktów w ramach kryterium doświadczenia. W konsekwencji powyższego Izba uznała, że należy oddalić także zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, ponieważ w kontekście argumentacji zawartej w odwołaniu oraz mając na uwadze stan przedmiotowej sprawy należy uznać, że zamawiający prawidłowo wybrał najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu dla obu jego części.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: