

WYROK
z 4 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 30 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Baligród z siedzibą w Baligrodzie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego do uzupełnienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę lub przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność, tj. dokumentu wskazanego w Rozdziale 14 lit. F pkt 3 Specyfikacji warunków zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Baligród z siedzibą w Baligrodzie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego - Gminy Baligród z siedzibą w Baligrodzie na rzecz Odwołującego - Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno - Handlowego OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze 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.

.....

U z a s a d n i e n i e

Gmina Baligród z siedzibą w Baligrodzie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą: „Budowa kotłowni opalanej zrębka w budynku Przedszkola wraz z budową ciepłociągu”, numer: IV.271.1.2021, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00055052/01.

17 sierpnia 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 ust. 1, art. 107 ust. 2 i 4, art. 223 ust. 1 oraz art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia/uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego wskazanego w Rozdziale 14 lit. F pkt C Specyfikacji warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

12 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania oraz o unieważnieniu postępowania.

W uzasadnieniu dokonanych czynności Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego zawierała wadę zasadniczą i nieusuwalną i podlegała odrzuceniu, wobec dołączenia do oferty niespełniającego wymogów Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) przedmiotowego środka dowodowego tj. deklaracji sporządzonej na podstawie raportu z badań oferowanego kotła. Zamawiający uznał, że wada ta wykluczała zastosowanie art. 223 ust. 2 Pzp, który mówi o poprawieniu omyłek w ofercie. W konsekwencji Zamawiający podstawie art. 226 ust. 1 art. 2 lit c. Pzp odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia.

Na potwierdzenie zgodności oferowanych kotłów z wymogami dotyczącymi minimalnego poziomu efektywności energetycznej oraz norm emisji zanieczyszczeń, które zostały określone w środkach wykonawczych do dyrektywy 2009/125/WE z 21 października 2009 r. ustanawiającej ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią oraz wymogami klasy 5 zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe (Dz. U. z 2017 r., poz. 1690), Odwołujący złożył wraz z ofertą dokument, sporządzony na podstawie raportu z badań zgodnie z normą EN 303-5 akredytowanych instytutów badawczych potwierdzający, że zaoferowany kocioł spełnia normę EN 303-5 – Klasa 5. Z załączonego dokumentu wynikało jasno, że zaoferowany kocioł posiada klasę 5.

Dokument ten, stanowiący przedmiotowy środek dowodowy załączony do oferty Odwołującego potwierdzał spełnienie wymagania zawartego w rozdz. 14 pkt. F pkt 3 SWZ. Z jego treści wynikało, że został wystawiony na podstawie raportu (sprawozdania) z badań zgodnie z normą EN 303-5. Potwierdzał on oznaczenie oferowanego kotła Turbomat TM250 Firmy Fröling do klasy 5 według normy EN 303-5 jak żądał Zamawiający w SWZ oraz informował, że raport stanowi osobny dokument i został przeprowadzony przez akredytowany instytut badawczy.

W przypadku wątpliwości, co do formy i treści dokumentu, Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia oferty. Wezwanie to mógł wystosować na mocy art. 107 ust. 2 lub 4 Pzp w przypadku przedmiotowych środków dowodowych, a także art. 223 ust. 1 Pzp w przypadku innych, składanych dokumentów lub oświadczeń, jeśli były one niejasne dla Zamawiającego lub niekompletne.

Odwołujący załączył do odwołania w charakterze dowodu pełny raport wykonany przez akredytowany instytut badawczy – TÜV Austria Services GmbH.

Przez zaniechanie Zamawiającego, Odwołujący nie miał możliwości potwierdzenia klasy oferowanego kotła i stracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Środek dowodowy, który Zamawiający uznał za wadliwy, nie miał wpływu na punktację oraz ranking ofert zgodnie z SWZ, a miał jedynie potwierdzić wymagania dla oferowanego urządzenia.

Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu 6 sierpnia 2021 r. W toku badania oferty Odwołujący nie był informowany o brakach i nieprawidłowościach w jego ofercie w odniesieniu do podmiotowych oraz przedmiotowych środków dowodowych. Następnie, 11 sierpnia 2021 r., z nieznanymi Odwołującemu powodów Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Na żadnym etapie badania oferty Odwołującego, Zamawiający nie wezwał go do wyjaśnienia i uzupełnienia treści przedmiotowego środka dowodowego, który finalnie uznał za wadliwy.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z 5 września 2017 r. (Dz.U. 2017 poz. 1690 z późn. zm.) w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe (o którym mowa w SWZ rozdz. 14 pkt. F 3) od 1 lipca 2018 r. nie można sprzedawać kotłów poniżej 5 klasy, zaś od 2020 r. na rynku pozostaną tylko kotły spełniające wymagania ekoprojektu. Zatem odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie wadliwego dokumentu potwierdzającego oczywisty obecny stan prawny w Polsce było bezpodstawne. Każdy obecnie dostarczany i montowany na terenie Polski kocioł musi być klasy 5 i takie urządzenie Odwołujący zaoferował.

Przez brak wezwania do wyjaśnień, Zamawiający naruszył również art. 16 ust. 1 Pzp.

6 i 21 września 2021 r. Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 16 ust. 1, art. 107 ust. 2 i 4, art. 223 ust. 1 oraz 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Odwołujący nie zaskarżył zatem czynności unieważnienia postępowania (art. 255 Pzp). Oznaczało to zatem, że Odwołujący zgodził się z decyzją Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a zatem Izba na obecnym etapie nie będzie mogła orzekać, co do decyzji Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania. Nie będzie również możliwości unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, co powoduje brak spełnienia

przesłanki interesu po stronie Odwołującego. Nawet bowiem w przypadku stwierdzenia, że odrzucenie oferty było sprzeczne z Pzp, czynność unieważnienia postępowania nie będzie mogła zostać przez Izbę unieważniona, na skutek czego nie będzie możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Po uprzednim unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z wyrokiem KIO 1865/21 z 26 lipca 2021 r., Zamawiający przystąpił do ponownej oceny ofert w postępowaniu. 3 sierpnia 2021 r. wezwano Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymaganych w SWZ. Wykonawca złożył je 4 sierpnia 2021 r. i na tej podstawie Zamawiający 6 sierpnia 2021 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający dopatrył się uchybienia w toku czynności wyboru oferty, tj. że oferta złożona przez Odwołującego, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, była niekompletna. Odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego, tj. certyfikatu lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność. Zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający wymagał: „W celu potwierdzenia zgodności oferowanych kotłów z wymogami dotyczącymi minimalnego poziomu efektywności energetycznej oraz norm emisji zanieczyszczeń, które zostały określone w środkach wykonawczych do dyrektywy 2009/125/WE z 21 października 2009 r. ustanawiającej ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią oraz wymogami klasy 5 zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe (Dz. U. z 2017 r., poz. 1690) należy złożyć wraz z ofertą certyfikat/-y wydany/-e przez jednostkę oceniającą zgodność

lub sprawozdanie/-a z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę lub przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30)”.

W oparciu o powyższe, niemożliwa była ocena oferty Odwołującego, ponieważ przedmiotowe środki dowodowe służyć miały potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Taka była też intencja Zamawiającego, aby złożony certyfikat potwierdził, że oferowany kocioł spełnia określone wymagania. Odwołujący w odwołaniu wskazał, że złożył wraz z ofertą dokument

sporządzony na podstawie raportu z badań zgodnie z normą EN 303-5 akredytowanych instytutów badawczych potwierdzający, że zaoferowany kocioł spełnia normę EN 303-5 — Klasa 5. Wraz z uzupełnieniem swojej oferty złożył ponadto deklarację zgodności. Dokumenty te w żaden sposób nie potwierdzały parametrów kotłów. W przedstawionym dokumencie nie ma nawet odniesienia do numeru badań. W deklaracji zgodności wyszczególnionych jest kilkanaście modeli kotłów, a sprawozdanie z badań powinno odnosić się do konkretnego modelu kotła. Ponadto w dokumencie tym wskazane jest jako paliwo podstawowe pellet, a nie - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – zrębkę drzewną, co dodatkowo wykluczało ten dokument jako potwierdzający zgodność z SWZ. Dlatego też nie można było uznać, że dokumenty złożone przez Odwołującego to certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę lub przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

Konsekwencją odrzucenia jedynej ważnej oferty, jaka pozostała w postępowaniu po wyroku KIO 1865/21 Zamawiający unieważnił postępowanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

W zakresie twierdzenia Zamawiającego, który stwierdził, że brak zarzutu naruszenia art. 255 Pzp przez wadliwe unieważnienia postępowania Izba wskazuje, że Odwołujący wyraźnie i w sposób nie budzący wątpliwości postawił zarzuty odwołania przeciwko czynności odrzucenia jego oferty z postępowania. Odrzucenie oferty skutkowało brakiem ważnych ofert

mieszczących się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia, co z kolei doprowadziło do unieważnienia postępowania. Tym samym, unieważnienie postępowania było skutkiem wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego i nie nastąpiłoby, gdyby Zamawiający nie dokonał tego odrzucenia. W konsekwencji Izba wskazuje, że twierdzenie Zamawiającego jest błędne. Brak zarzutu wymierzonego wprost w czynność unieważnienia postępowania nie oznacza, że Odwołujący z tą czynnością się pogodził, zaakceptował ją czy uznał za prawidłową. Zamawiający myli się zatem twierdząc, że Odwołujący nie miał interesu do wniesienia odwołania, a unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na gruncie przedmiotowej sprawy nie może zostać orzeczone przez Izbę, ze względu na dyspozycję art. 555 Pzp.

W Rozdziale 14 lit. F pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał:

„W celu potwierdzenia zgodności oferowanych kotłów z wymogami dotyczącymi minimalnego poziomu efektywności energetycznej oraz norm emisji zanieczyszczeń, które zostały określone w środkach wykonawczych do dyrektywy 2009/125/WE z dnia 21 października 2009 r. ustanawiającej ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią oraz wymogami klasy 5 zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe (Dz. U. z 2017 r., poz. 1690) należy złożyć wraz z ofertą certyfikat/-y wydany/-e przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie/a z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę lub przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30)”.

Dokument powyższy został określony przez Zamawiającego jako inny dokument składany z ofertą, co wynika z tytułu Rozdziału 14 lit. F SWZ („Inne dokumenty składane przez Wykonawcę w postępowaniu (razem z ofertą)”).

Poza przytoczoną wyżej, w SWZ brak jakiegokolwiek regulacji dotyczącej certyfikatu kotłów, w szczególności brak przypisania temu dokumentowi znaczenia innego, niż potwierdzenia, że oferowany kocioł jest zgodny z klasą 5 kotłów.

We wzorze formularza oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający wskazał m. in.:

„Oświadczam, że:

1. W cenie naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia.
2. Wykonam całość zamówienia publicznego w terminie do r.
3. Termin płatności faktury: 14 dni.
4. Sprawność przy pełnym obciążeniu kotła: %.
5. Sprawność przy częściowym obciążeniu kotła %.
6. Kocioł wyposażony w recyrkulację: tak / nie*
7. Okres gwarancji na roboty budowlane: lat/a”.

Podkreślenia wymaga, że w żadnym miejscu formularza oferty, ani w żadnym dokumencie składanym wraz z ofertą, zgodnie z treścią SWZ, wykonawcy nie mieli obowiązku wskazania producenta, typu i modelu oferowanego kotła. Przytoczony wyżej fragment wzoru formularza oferty to jedyna jego część, w której wykonawcy mieli zawrzeć informacje dotyczące parametrów oferowanego urządzenia.

Odwołujący w formularzu oferty oświadczył m. in., że oferuje kocioł o następujących parametrach:

1. Sprawność przy pełnym obciążeniu kotła: 94 %.
2. Sprawność przy częściowym obciążeniu kotła 91,6 %.

Wraz z formularzem oferty Odwołujący złożył dwa dokumenty dotyczące oferowanego kotła:

1. Sporządzony w języku niemieckim i polskim dokument „Deklaracja w sprawie przyjaznej dla środowiska konstrukcji kotłów na paliwo stałe”. Dokument ten pochodził od producenta kotła i dotyczył kotłów na zrębki (w trybie pelletu) o oznaczeniach: T4e - 20, T4e - 25, T4e - 30, T4e - 35 , T4e - 40, T4e -45, T4e - 50, T4e - 60, T4e - 80, T4e - 90, T4e - 100, T4e - 110, T4e - 120, T4e - 130, T4e - 140, T4e - 150, T4e - 160 , T4e - 170, T4e - 175, T4e - 180, T4e - 200, T4e - 230, T4e - 250, T4e - 300, T4e - 350; TM 150, TM 200, TM 250, TM 300, TM 400, TM 500. W treści dokumentu znajdowało się jednoznaczne stwierdzenie, że ww. kotły spełniają wymogi klasy 5 według normy EN 303-5.
2. Dokument (karta techniczna) „Dane techniczne kotła Turbomat” dotyczący urządzeń o oznaczeniach TM 150, TM 200 i TM 250. Z tego dokumentu wynikało, że sprawność kotła TM 250 przy pełnym obciążeniu to 94 %, a przy minimalnym obciążeniu to 91,6 %. Kotły TM 150 i TM 200 miały inne parametry sprawności.

Porównanie parametrów sprawności określonych w formularzu oferty oraz w dokumencie wskazanym wyżej, w punkcie 2, było jedynym sposobem pozwalającym na stwierdzenie, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu kocioł Turbomat TM 250. Ustalenie to jest istotne ze względu na wyrażone przez Zamawiającego twierdzenie, że rolą certyfikatu kotła było m. in. potwierdzenie jego zgodności z SWZ pod względem wymaganych parametrów.

3 sierpnia 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie:

„Działając na podstawie art. 128 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej ustawą, wzywam do złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w rozdziale 14 pkt B SWZ”.

Wspomniany w ww. wezwaniu Rozdział 14 lit. B SWZ stanowił:

B. „Podmiotowe środki dowodowe jakie będzie musiał złożyć wykonawca którego oferta została najwyżej oceniona, przed udzieleniem zamówienia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dot. oferty najwyżej ocenionej):

1. w zakresie braku podstaw do wykluczenia: nie dotyczy, 2. w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ust. 1, wykonawca składa inne podmiotowe środki dowodowe, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

2) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane

zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest

w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty, którego wzór stanowi załącznik nr 5 do SWZ.

- 3) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, którego wzór stanowi załącznik nr 6 do SWZ”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie 4 sierpnia 2021 r. Odwołujący złożył szereg dokumentów adekwatnych do zakresu wezwania. Zamawiający nie kwestionował sposobu realizacji wezwania przez Odwołującego i 6 sierpnia 2021 r. wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

11 sierpnia 2021 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wskazując:

„Pismem z dnia 06.08.2021r., Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe OTECH, ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice. Po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający dopatrył się uchybienia w toku czynności wyboru ofert tj. niezbadania pełnych informacji zawartych w dokumentacji złożonej przez w/w Wykonawcę.

W związku z powyższym Zamawiający unieważnił czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty”.

12 sierpnia 2021 r. Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. Decyzja została uzasadniona w następujący sposób:

„Zgodnie z zapisami SWZ do oferty oświadczeń oraz dowodu wpłaty wadium należało również dołączyć przedmiotowe środki dowodowe opisane w rozdziale 14 pkt F podpunkt 3 tj. - certyfikat/-y wydany/-e przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie/-a z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę lub przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Badając ofertę firmy Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe „OTECH”, ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice, Zamawiający stwierdził, że dołączona

do oferty deklaracja nie spełnia wymogów SWZ, a zatem w związku z brakiem spełnienia warunków określonych przez zamawiającego oraz stwierdzeniem że wada oferty jest zasadnicza i nieusuwalna, a jej charakter wyklucza zastosowanie art. 223 ust. 2 p.z.p., oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona”.

W tym samym dniu Zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania była nieprawidłowa.

Biorąc pod uwagę treść przytoczonego wyżej Rozdziału 14 lit. F pkt 3 SWZ jedynym celem, dla którego wykonawcy mieli złożyć wraz z ofertą certyfikat lub sprawozdanie z badań kotła było potwierdzenie, że oferowane urządzenie spełnia wymogi klasy 5 kotła. SWZ nie nadała tym dokumentom jakiegokolwiek innego znaczenia w postępowaniu. Zamawiający wskazał przy tym w sposób nie budzący wątpliwości, że certyfikat lub sprawozdanie z badań mają pochodzić od jednostki wykonującej działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. Dokument złożony przez Odwołującego nie spełniał tego wymogu, ponieważ został wystawiony przez producenta kotła. Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie da się stwierdzić, czy to tą niezgodność z SWZ Zamawiający uznał za nieusuwalną wadę, ponieważ uzasadnienie jest lakoniczne i nie pozwala na stwierdzenie motywów, którymi kierował się Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty.

Izba wskazuje, że nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący został wezwany do uzupełnienia certyfikatu 3 sierpnia 2021 r. W odpowiedzi na odwołanie z 6 września 2021 r. Zamawiający wskazał: „Zamawiający dopatrył się uchybienia w toku czynności wyboru oferty, tj. że oferta złożona przez Odwołującego, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, była niekompletna. Odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego, tj. certyfikatu lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność”. Przytoczona wyżej treść przedmiotowego wezwania oraz Rozdziału 14 lit. B jasno wskazuje, że Zamawiający wezwał Odwołującego wyłącznie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. W wezwaniu nie było natomiast mowy o uzupełnianiu dokumentów dotyczących oferowanego kotła.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób ustalić przyczyn, dla których Zamawiający uznał, że wezwanie do uzupełnienia certyfikatu odpowiadającego wymogom określonym w

Rozdziale 14 lit. F pkt 3 SWZ jest niedopuszczalne. Jak zostało ustalone wyżej jedyną rolą tego dokumentu było potwierdzenie, że oferowany kocioł spełnia wymogi piątej klasy. Co za tym idzie uzupełnienie tego dokumentu nie ma wpływu na treść oferty i nie będzie prowadziło ani do negocjacji treści oferty, ani tym bardziej do jej zmiany.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się o czym orzekła w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ z załącznikami,
2. Oferty Odwołującego wraz z załącznikami,
3. Wezwania z 3 sierpnia 2021 r. wraz z odpowiedzią Odwołującego,
4. Korespondencji Zamawiającego z wykonawcami, w tym zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 6 sierpnia 2021 r., zawiadomienia o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z 11 sierpnia 2021 r., zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania oraz zawiadomienia o unieważnieniu postępowania.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z załączonego do odwołania raportu z badań kotła Turbomat TM 250 uznając, że to rolą Zamawiającego jest ocena tego dokumentu. Dokument ten nie miał jednak znaczenia dla oceny zasadności zarzutów odwołania, ponieważ nie odegrał żadnej roli w ciągu zdarzeń, które doprowadziły do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania oraz bezzasadnego unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....