

WYROK
z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2021 r. przez odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „OTECH” Sp. z o.o. w Gorlicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Baligród przy udziale wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa Wood Heating Solution M. J. w Trzemeśni przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wood Heating Solution M. J. w Trzemeśni, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
 - 1.3. powtórzenie badania i oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża zamawiającego Gminę Baligród oraz w części 1/2 odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „OTECH” Sp. z o. o. w Gorlicach i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „OTECH” Sp. z o. o. w Gorlicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1. zasądza od zamawiającego Gminy Baligród na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjno-Handlowego „OTECH” Sp. z o. o. w Gorlicach kwotę 5 000,00 zł (pięć tysięcy złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) 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

wyroku z dnia 26 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1865/21

Zamawiający – Gmina Baligród, Plac Wolności 13, 38-606 Baligród, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa kotłowni opalanej zrębką w budynku Przedszkola wraz z budową ciepłociągu”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00055052/01, dalej zwane jako „postępowanie”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 23 czerwca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „OTECH” Sp. z o.o. ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna): art. 16 ust. 1, art. 17 ust. 1 i 2, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 p.z.p. i wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wood Heating Solution M. J. w Trzemeśni, powtórzenie czynności badania oferty wybranego wykonawcy i jej odrzucenie ze względu, że jej treść jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia z SWZ i wybór oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Analiza informacji zawartych w dokumentach dotyczących oferty wybranego wykonawcy w postępowaniu prowadzi do wniosku, że widnieje w niej szereg nieprawidłowości i informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, co powinno powodować wykluczenie tego wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty.

Przedstawiony w ofercie kocioł firmy Hargassner typu ECO HK250 kW, według dostępnych u producenta informacji nie spełnia parametrów i konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ (str. 3 - 5) w tym przede wszystkim:

- a) biomasa typu zrębka drzewna ma mieć dopuszczalną wilgotność względną W_{max} 40% (str. 3 SWZ). Z instrukcji obsługi kotła (załącznik nr 1 do odwołania) pkt 4 jakość paliwa 4.1. zrębek (A1-B1) wynika, iż maksymalna zawartość wody w zrębkę to 35%, a do tego w pkt 4.4 jest informacja, iż zabronione dla tego typu kotła są paliwa o zawartości wody $>35\%$;
- b) kocioł ma posiadać ruchomy ruszt schodkowy lub równoważny z automatycznym sterowaniem i regulacją procesu spalania (str. 5 SWZ). Ruszt wykonany ze stali

odpornej na paliwa o maksymalnej wilgotności względnej do 40%. Z dostępnej broszury informacyjnej o kotle ECO 250HK kW (załącznik nr 2 do odwołania) ze str. 15 wynika, że oferowany kocioł posiada ruszt obrotowy. Zasada działania tego rusztu jest opisana na str. 9 tego załącznika. Ruszty obrotowe stosowane są do spalania paliw suchych do 35% wilgotności, a nie jak żądał zamawiający paliw mokrych w wilgotności do 40%, do czego właśnie ruszt schodkowy jest przystosowany. Potwierdzeniem tego jest też informacja z tego załącznika ze str. 6 (water content – z tłumaczenia ang. „zawartość wody” W20-W35, czyli od 20-35%);

- c) sprawność kotła - wg. danych dostępnych w broszurach informacyjnych producenta kotła (załącznik nr 3 do odwołania) to 93,3% przy obciążeniu pełnym (Wirkungsgrad Volllast) oraz 94,7% przy obciążeniu częściowym (Wirkungsgrad Teillast).

Dalej odwołujący wskazał, że w SWZ szczegółowo opisano przedmiot zamówienia, w tym parametry kotłów na biomasę typu zrębka drzewna. W trakcie trwania procedury przetargowej, przed terminem złożenia ofert, zadawane były pytania do SWZ, w których zamawiający uszczegółowił te zapisy (m.in. pytanie i odpowiedź nr 3 dotyczące mocy kotłów i jej tolerancji - sumaryczna, symetryczna moc łączna kaskady kotłów 500 kW +0,5%). Wobec powyższego odwołujący stwierdził, iż kocioł ECO HK250 kW zaoferowany przez wybranego wykonawcę nie spełnia tej tolerancji, co potwierdza certyfikat badania kotła - moc cieplna nominalna (kW) wg. informacji producenta 249 kW x2, co daje moc łączną 498 kW, czyli mniej niż +0,5 % tolerancji 500 kW.

Ponadto, w ocenie odwołującego, w dokumentach przedstawionych 18 czerwca 2021 r., w wykazie robót budowlanych (załącznik nr 5 do SWZ) mającym potwierdzać zdolność techniczną zgodnie z wymogami SWZ, informację tam zawarte nie są w zgodzie ze stanem faktycznym, tj.: robota wskazana pod poz. 1 miała być wykonana dla P.P.H.U. BRADEX B. U. z Myślenic we wrześniu 2017 r., zaś z ogólnodostępnej informacji z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej wybranego wykonawcy (załącznik nr 4 do odwołania) wynika, że wykonawca rozpoczął swoją działalność 12 stycznia 2018 r., czyli kilka miesięcy po dacie wykonania roboty wykazanej w wykazie robót. Wskazane daty oznaczają również, iż zadanie musiałyby zostać wykonane w zaledwie osiem dni, co nie jest prawdopodobne. Natomiast robota z poz. 2 wykazu, zgodnie z informacjami uzyskanymi przez odwołującego od inwestora Tatra Invest Sp. z o.o. z Zubrzyca Górnej pozostała do tej pory nieuruchomiona, a realizacja prac trwała też w 2021 r., a nie jak wynika z poświadczenia, że została zrealizowana i zakończona w terminach od 12 sierpnia 2020 r. do 31 października 2020 r. Zatem zdaniem odwołującego przedstawiona referencja i poświadczenie są niewiarygodne, niezgodne ze stanem faktycznym, co wskazuje, że wykonawca nie spełnia warunków uczestnictwa w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (str. 12 pkt 13 ppkt 4 SWZ) i podlega

wykluczeniu z postępowania. Odwołujący dodał również, że kolejnym dowodem na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest brak dokumentu składanego na wezwanie zamawiającego (str. 14 pkt 2 ppkt 1 SWZ), tj. polisy OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 300 000,00 zł.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wood Heating Solution M. J. z siedzibą Trzemeśnia 135, 32-425 Trzemeśnia (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że postawione czynnościom zamawiającego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało częściowo uwzględnione, co w konsekwencji spowodowało nakazanie zamawiającemu ponowienia badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty przystępującego.

W przedmiocie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia Izba wskazuje jak niżej.

Odwołujący zarzucił ofercie przystępującego, że zaoferowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia kotły produkcji Hargassner typ ECO-HK 250 nie spełniają wymagań SWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia (pkt 5 SWZ). W ocenie odwołującego urządzenie nie spełnia parametru dotyczącego spalania biomasy - zrębka drzewna o wilgotności względnej W_{max} 40% (tiret pierwszy pkt 5 SWZ). Na dowód powyższego przedłożono instrukcję obsługi kotła, gdzie w pkt 4.1. zrębek (A1-B1) wskazano maksymalna zawartość wody M35, w pkt 4.4. zabronione paliwa wskazano „paliwa z zawartością wody >35%”, co w ocenie składu orzekającego potwierdza stanowisko odwołującego.

Natomiast przystępujący twierdził, że „producent już niejednokrotnie wydawał pozytywne opinie użyteczności paliw do 40% wilgotności zrębki drzewnej jak i powyżej 40% wilgotności zrębki drzewnej. Taka opinia została również wydana dla inwestycji w Gminie Baligród, która zezwala na zastosowanie paliw do 40% zrębki drzewnej” (vide str. 2 przystąpienia). Tym niemniej, przystępujący nie przedłożył Izbie rzeczony opinii, czyniąc swoje stanowisko gołosłownym i niepotwierdzonym. Ubocznie dostrzec należy, że stanowisko przystępującego jest także niekonsekwentne, ponieważ na rozprawie podnoszono, że kocioł dopiero po dostosowaniu do wymagań zamawiającego uzyska stosowne dokumenty potwierdzające możliwości stosowania paliwa o wilgotności powyżej 40%, kiedy zostanie stworzona dokumentacja techniczna powiązana z numerem seryjnym urządzenia, co podważa wiarygodność argumentacji z przystąpienia, że opinia taka została już wydana dla inwestycji w Gminie Baligród.

Skład orzekający zaznacza, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone przez stronę lub przystępującego okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne.

Mając zatem na uwadze przedstawiony materiał procesowy Izba stwierdziła, że z powodu niezłożenia dowodu potwierdzającego możliwość korzystania z paliwa o wymaganej przez zamawiającego wilgotności (40%) lub dowodu potwierdzającego, że wskazana przez producenta w instrukcji obsługi kotła maksymalna wartość 35% może

zostać przekroczone, Izba podzieliła stanowisko odwołującego o braku zgodności urządzenia oferowanego przez przystępującego z warunkami zamówienia dotyczącymi parametru spalania biomasy - zrębka drzewna o wymaganej wilgotności względnej 40%, zaś ani zamawiający, ani przystępujący nie udowodnili okoliczności przeciwnych, niż stwierdzona na podstawie materiałów złożonych przez odwołującego pochodzących od producenta kotła. W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego, oferta przystępującego powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Ofercie przystępującego zarzucono również wadę z powodu zaoferowania rusztu schodkowego, który zdaniem odwołującego jest stosowany do spalania paliw suchych o wilgotności do 35%, a nie 40% jak wymagał zamawiający w SWZ. Na potwierdzenie tej okoliczności przedłożono broszurę informacyjną kotła Hargassner ECO-HK250 (załącznik nr 2 do odwołania), gdzie wskazano na str. 6 dokumentu. Jednakże odwołujący nie zdecydował się na złożenie tłumaczenia rzeczowego dowodu na język polski, pozostał przy powołaniu się na jego treść w języku angielskim, bez przetłumaczenia broszury.

Izba wskazuje, że art. 506 ust. 1 p.z.p. wprowadza zasadę prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim. Natomiast zgodnie z art. 506 ust. 2 p.z.p. wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Omawiana broszura bez tłumaczenia jest wadliwa formalnie, więc nie ma możliwości oparcia na takim materiale procesowym ustaleń dotyczących okoliczności istotnych dla sprawy, a tym samym podzielenia stanowiska odwołującego o wadzie oferty także z powodu typu zaoferowanego rusztu, co miałyby dodatkowo prowadzić do niezgodności z SWZ. Wada formalna dowodu powoduje, że dokument złożony bez stosownego tłumaczenia został przez skład orzekający pominięty, a stanowisko odwołującego w tym zakresie pozostało nieudowodnione.

Podobnie, na podstawie danych technicznych kotła (załącznik nr 3 do odwołania), dla których nie złożono tłumaczenia na język polski, odwołujący twierdził, że sprawność kotła przystępującego wynosi 93,3% przy obciążeniu pełnym i 94,7% przy obciążeniu częściowym. Jednakże strona również w tym wypadku nie zdecydowała się na złożenie tłumaczenia dowodu przedłożonego w języku niemieckim. Dokonano tłumaczenia jedynie fragmentu dokumentu (obciążenie pełne - Wirkungsgrad Volllast i obciążenie częściowe - Wirkungsgrad Teillast), co nie spełnia wymagania art. 506 ust. 2 p.z.p., gdzie jest mowa o przedstawieniu tłumaczenia dokumentu na język polski, a nie przetłumaczeniu kilku słów z dokumentu. Przy takim tłumaczeniu nie można uznać dowodu za faktycznie przetłumaczony, nie ma podstaw do dokonywania jakichkolwiek ustaleń na podstawie fragmentarycznego tłumaczenia, a dodatkowo budzi to wątpliwości co do jego wiarygodności. Izba uznała więc, że stanowisko odwołującego dotyczące nieprawidłowo

wskazanej przez przystępującego wartości procentowej sprawności kotła przy obciążeniu pełnym i częściowym urządzenia nie zostało prawidłowo wykazane.

Z powodu niewypełnienia wymogów art. 506 p.z.p. Izba pominęła także dokument w języku niemieckim złożony przez przystępującego wraz ze zgłoszeniem przystąpienia – broszurę kotła Hargassner oraz złożony na rozprawie protokół odbioru kotła, także przedstawiony w języku niemieckim, bez stosownego tłumaczenia dokumentu. Ponadto wykonawca złożył nieczytelny dokument w języku niemieckim z tłumaczeniem – przystępujący twierdził, że są to badania dotyczące oferowanego kotła. Niekompletny, a przede wszystkim nieczytelny dowód został przez Izbę pominięty, ponieważ z powodu wady wydruku jego niepełna treść nie może stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie. Pomijając już, że wydaje się oczywistym, że Izba nie może orzekać na podstawie nieczytelnych dokumentów przedłożonych do akt jako materiał dowodowy.

W dalszej kolejności odwołujący zarzucił przystępującemu zaoferowanie nieprawidłowej mocy kotłów, ponieważ przystępujący zaoferował – zgodnie z informacjami producenta Hargassner – urządzenia o mocy 2 x 249 kW, co daje 498 kW, a nie wymagane przez zamawiającego sumarycznie 500 kW mocy z tolerancją +0,5%.

Okoliczność, że zaoferowany kocioł posiada moc 249 kW nie była sporna, spornym było, czy spełnia to wymagania zamawiającego, gdyż zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 do SWZ zamawiający „wymaga kaskady kotłów z symetrycznym podziałem mocy, tj. 2 x 250 kW, czyli sumarycznie 500 kW z tolerancją +0,5%”.

Zamawiający podnosił, że doszło do omyłki pisarskiej i wymagana tolerancja powinna zostać określona jako „+/- 0,5%”, więc zaoferowana technologia mieści się w granicach tolerancji. Skład orzekający nie podzielił tego stanowiska, ponieważ nie wskazano dokumentacji postępowania, z której wynikałoby, że faktycznie jest to omyłka. Po terminie na składanie ofert – kiedy nie ma już możliwości modyfikacji dokumentacji postępowania, a jej treść wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą – aby odstąpić od brzmienia SWZ nie wystarczy podnieść, że doszło do błędu. Niezbędne jest co najmniej podniesienie przekonującej argumentacji, że faktycznie określenie parametru powinno być inne, zaś pożądanym byłoby wskazanie treści SWZ, z której wynika, że mogło dojść do omyłki. Zamawiający zaś stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że doszło do oczywistej omyłki pisarskiej i na tym poprzestał, uniemożliwiając Izbie zweryfikowanie, a tym samym podzielenie jego stanowiska, które jest merytorycznie puste.

Treść dokumentacji postępowania powinna być interpretowana literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i ograniczenie uznaniowości zamawiającego oraz poszanowanie zasad naczelných p.z.p., wyrażonych w art. 16 ustawy. Skoro zatem nie wykazano, że treść SWZ powinna być inna, niż w odpowiedzi na pytanie nr 3 Izba przyjęła, że wymogiem zamawiającego było – tak jak wskazano w dokumentacji postępowania –

zaoferowanie kotła o mocy 2 x 250 kW, z tolerancją +0,5%, czyli ewentualnie o mocy większej, niż 500 kW, a tego wymogu kocioł przystępującego nie spełnia.

Konkludując, skład orzekający częściowo uwzględnił zarzut, gdyż udowodniono naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego zapewnienia możliwości korzystania ze spalania biomasy typu zrębka drzewna o wilgotności względnej $W_{max}40\%$, a także mocy 2 x 250 kW z tolerancją +0,5%, co powoduje zaoferowanie przez przystępującego przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia. Wada oferty jest zasadnicza i nieusuwalna, a jej charakter wyklucza zastosowanie art. 223 ust. 2 p.z.p., więc oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona. Natomiast pozostałe zarzucane przez odwołującego wadliwe parametry i cechy zaoferowanego kotła nie zostały przez stronę właściwie udowodnione.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 2 lit. b p.z.p., poprzez wybór oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający stwierdził co następuje. Zamawiający określił warunki podmiotowe dotyczące legitymowania się stosownym doświadczeniem – zdolność techniczna z ppkt 4 pkt 13 SWZ. Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku przedłożył wykaz robót zawierający dwie pozycje: 1 – wykonanie instalacji CO w oparciu o kocioł na zrębkę moc 250 kW oraz budowa sieci ciepłowniczej o mocy 360 mb, o wartości 295 000,00 zł, data 10.2017 r., na rzecz PPHU „Bradex” w Myślenicach wraz z referencją z dnia 8 września 2017 r.; 2 – wykonanie kotłowni opalanej zrębką o mocy 300 kW wraz z siecią ciepłowniczą o długości 420 mb, o wartości 392 000,00 zł, data 08-10.2020 r., na rzecz Tatra Invest Sp. z o.o. w Zubrzycy Górnej wraz z poświadczeniem z dnia 29 stycznia 2021 r.

W zakresie pozycji nr 1 z wykazu robót odwołujący podnosił, iż ze złożonych zamawiającemu dokumentów wynika, że robota została wykonana przez przystępującego we wrześniu 2017 r., kiedy zgodnie z informacją z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej wykonawca rozpoczął prowadzenie działalności 12 stycznia 2018 r. Okoliczności te znalazły potwierdzenie w materiale dowodowym, zamawiający nie weryfikował tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie wzywano przystępującego do wyjaśnień, ani do uzupełnienia doświadczenia. Z powodu wadliwego badania i oceny ofert, kiedy daty uzyskania doświadczenia i rozpoczęcia działalności gospodarczej są sprzeczne, a zamawiający nie sprawdził tego w postępowaniu, dopiero przed Izbą w toku rozprawy doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego, gdy przystępujący tłumaczył zaistniałe rozbieżności. Takie działanie jest nieuprawnione, Izba weryfikuje czynności jednostki zamawiającej w przetargu, a nie zastępuje stronę w badaniu i ocenie ofert. Stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że

referencje wykonawcy potwierdzają wykonane prace, całkowicie pomija niespójność, którą udowodnił odwołujący. Nowo złożone referencje są na obecnym etapie spóźnione, powinny zostać złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., czego zamawiający zaniechał w postępowaniu. Zgodnie z tą normą, kiedy złożone środki podmiotowe (wykaz robót i referencje) są niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający winien wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia albo uzupełnienia braków, co powinno zostać zrobione w postępowaniu. Jednakże Izba nie nakazała jednostce zamawiającej wezwania przystępującego do uzupełnienia, ponieważ potwierdziły się zarzuty skutkujące koniecznością odrzucenia tej oferty, więc wobec eliminacji oferty przystępującego z postępowania jej uzupełnianie byłoby bezcelowe.

Natomiast w przedmiocie roboty z pozycji nr 2 wykazu robót podnoszono, iż zdaniem odwołującego do dnia dzisiejszego roboty nie zostały wykonane, prace trwały także w bieżącym roku, więc poświadczenie nie jest wiarygodne. Odwołujący podnosił, że okoliczności te powziął z rozmowy telefonicznej z inwestorem. Nie przedłożono Izbie żadnego dowodu potwierdzającego postawione zarzuty, co czyni stanowisko strony jedynie niepotwierdzonymi hipotezami, które przystępujący próbował negocjować, poprzez podnoszenie, że inwestorowi chodziło o całość inwestycji, a nie o część, którą on prawidłowo wykonał. Ta polemika okazała się ostatecznie dla sprawy nieistotna, ponieważ odwołujący, którego obciążał ciężar wykazania swoich twierdzeń, niczego poza twierdzeniami w tym zakresie ostatecznie nie przedstawił.

Z powodu braku sprostania ciężarowi dowodowemu skład orzekający stwierdził, że nie ma podstaw, aby uwzględnić stanowisko o wadliwym doświadczeniu z pozycji nr 2 wykazu robót przystępującego. Jak zaznaczono we wcześniejszej części uzasadnienia, przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przedstawionych twierdzeń o faktach. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2011 r., sygn. akt: II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt: IV CSK 71/09). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne musi liczyć się z negatywnym skutkiem braku podołania powinności dowodowej, co w konsekwencji powoduje oddalenie zarzutu.

Odwołujący twierdził również, że kolejnym powodem braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego jest brak dokumentu składanego

na wezwanie zamawiającego – polisy OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 300 000,00 zł.

Z materiału procesowego wynika, że przystępujący złożył w postępowaniu polisę OC na właściwą sumę gwarancyjną, której brak zarzucił odwołujący, więc argumentacja o braku rzeczonyj polisy nie potwierdziła się i Izba nie miała podstaw, by uznać, że nie wykazano spełnienia warunku posiadania odpowiedniej zdolności finansowej (ppkt 3 pkt 13 SWZ). Natomiast stanowisko dotyczące wad tego dokumentu zostało sformułowane przez odwołującego dopiero na rozprawie.

Aby skład orzekający mógł rozpoznać zarzut, konieczne jest postawienie go na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej już we wniesionym środku ochrony prawnej, ponieważ Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 555 p.z.p., por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18). Jeżeli więc odwołujący wskaże okoliczności faktyczne dopiero na rozprawie Izba nie ma możliwości, by je uwzględnić. Obowiązkiem strony jest w pierwszej kolejności wskazanie w środku zaskarżenia okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które mogłyby zostać naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Przy czym ciężar twierdzenia, czyli wskazania okoliczności faktycznych, wyprzedza ciężar dowodzenia, więc skład rozpoznający spór nie ma podstaw, aby rozpatrzyć nowe zarzuty postawione w stosunku do dokumentu polisy, ponieważ nie było ich w odwołaniu. W konsekwencji powyższego zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu wadliwej polisy OC został przez Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis w wysokości 10 000,00 zł, zaś zgodnie z proporcją uwzględnionych zarzutów do zarzutów oddalonych strony odpowiadają za koszty każda po

połowie. Izba zasądziła więc na rzecz odwołującego 5 000,00 zł różnicy w stosunku do kosztów, które dotychczas poniesiono (10 000,00 zł).

Przewodniczący:

.....