

Sygn. akt: KIO 1252/18

WYROK
z dnia 5 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lipca 2018 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 czerwca 2018 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm:

- (1) K. Electric S.A. z siedzibą w Wolsztynie (Lider),**
- (2) W. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Elektrycznych H. W. z siedzibą w Zdieszowicach (Partner),**
- (3) T. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. F. Elektrin Instalatorstwo Elektryczne z siedzibą w Leśnicy (Partner)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Kędzierzyn – Koźle z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu**

przy udziale wykonawcy **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w części dotyczącej zarzutu procesu badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniej uwzględnionego przez Zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony Przystępującego;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm:

- (1) K. E. S.A. z siedzibą w Wolsztynie (Lider),**
- (2) W. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Elektrycznych H. W. z siedzibą w Zdieszowicach (Partner),**

(3) T. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. F. Elektrin Instalatorstwo Elektryczne z siedzibą w Leśnicy (Partner)

i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Opolu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 25 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1, 3 i 4 w zw. z art. 182 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 20 lipca 2017 r. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) (zwanej dalej „Ustawą Pzp”) odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: K. Electric S.A. z siedzibą w Wolsztynie (Lider), W. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Elektrycznych H. W. z siedzibą w Zdieszowicach (Partner), T. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. F. Elektrin Instalatorstwo Elektryczne z siedzibą w Leśnicy (Partner),** dalej jako „Odwołujący”.

Przedmiotem zamówienia jest *Wymiana i unifikacja oświetlenia obiektów miejskich oraz oświetlenia miejskiego realizowana w ramach zadania „Poprawa jakości powietrza w Subregionie Kędzierzyńsko-Strzeleckim”*. Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Województwa Opolskiego 2014-2020. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający: **Gmina Kędzierzyn – Koźle z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu.**

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, w postaci:

- 1/ niewykluczenia wykonawcy **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** z postępowania a w konsekwencji zaniechania uznania oferty Pollight za odrzuconą, mimo, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, lub zataił te informacje, ewentualnie wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 2/ wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pollight, mimo że Wykonawca podlegał wykluczeniu, a oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucał naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12) lub 16) lub 17) w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Pollight nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. warunku wykazania, że okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie prace związane z montażem (wymianą, modernizacją) oświetlenia ulicznego, w których w ramach jednej umowy zamontowano minimum 500 sztuk opraw oświetlenia ulicznego ze źródłami LED lub wykonano takie prace na kwotę nie mniejszą niż 500 000,00 zł (pkt 7.2 lp.1 ppkt I SIWZ), a także Pollight nie przedstawił dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (pkt 8.7.1. ppkt 2) SIWZ).

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1/ wykluczenie Pollight z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2/ odrzucenie oferty Pollight,
- 3/ unieważnienie wyboru oferty Pollight jako najkorzystniejszej,
- 4/ dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że złożył ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia. W dniu 15 czerwca 2018 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyniku postępowania. Oznacza to, że termin do wniesienia niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, został zachowany. Kopia odwołania została Zamawiającemu prawidłowo przekazana, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek bankowy UZP.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Mianowicie w przypadku uwzględnienia odwołania i wykluczenia Pollight i odrzucenia tej oferty oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika wprost z informacji o wyniku postępowania z dnia 15 czerwca 2018 r.

Następnie Odwołujący zaznaczył, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Pollight jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności. Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12) lub 16) lub 17) w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotowe

naruszenie polegało na zaniechaniu wykluczenia Pollight z postępowania, a w konsekwencji zaniechaniu uznania oferty Pollight za odrzuconą, a następnie dokonaniu wyboru oferty Pollight jako najkorzystniejszej, mimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ewentualnie w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, lub zataił te informacje, ewentualnie wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą spełnić warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, tj. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z ppkt I wykonawca winien wykazać, że okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie prace związane z montażem (wymianą, modernizacją) oświetlenia ulicznego, w których w ramach jednej umowy zamontowano minimum 500 sztuk opraw oświetlenia ulicznego ze źródłami LED lub wykonano takie prace na kwotę nie mniejszą niż 500 000,00 zł (pkt 7.2 lp. 1 ppkt I SIWZ).

Ponadto zgodnie z treścią SIWZ wykonawca winien, celem potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, (tj. m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw wykluczenia), złożyć wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt 8.7.1. ppkt 2 SIWZ).

Tymczasem Pollight nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a także nie przedstawił dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych.

Ze złożonych przez Pollight dokumentów wynika, że warunek w zakresie należytego wykonania usług i prac nie został spełniony. Na potwierdzenie wymienionych warunków Pollight złożyła Protokół nr 4 odbioru końcowego robót i przekazania do użytkowania sporządzony w związku z umową nr 935/2017 z dnia 10 listopada 2017 r. dotyczącą robót montażowych polegających na „*Poprawie efektywności energetycznej oświetlenia w Gminie Mikołów - wymiana istniejących opraw energochłonnych oświetlenia ulicznego na oprawy typu LED*”. Jednakże z protokołu tego nie wynika należyte wykonanie umowy na rzecz

Gminy Mikołów. Protokół potwierdza jedynie zadawalający stan robót i brak usterek. Brak w nim jednak odniesienia do należytego wykonania umowy. Takie stwierdzenie nie mogło faktycznie znaleźć się w treści złożonego protokołu, ponieważ Pollight wykonała tę umowę w sposób nienależyty. Mianowicie Pollight nie wykonała prac na rzecz Gminy Mikołów w terminie, za co Gmina Mikołów naliczyła z tego tytułu kary umowne z okres 16 dni. Termin wykonania prac był oznaczony na 25 października 2017 r. a prace zakończono dopiero 10 listopada 2017 r. Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w piśmie Urzędu Miasta Mikołowa z dnia 21 czerwca 2018 r. Jako dowód Odwołujący wskazał Protokół nr 4 odbioru końcowego robót i przekazania do użytkowania sporządzony w związku z umową nr 935/2017 z dnia 10 listopada 2017 r. oraz pismo Urzędu Miasta Mikołowa z dnia 21 czerwca 2018 r. Odwołujący wnosił także o zwrócenie się do Urzędu Miasta Mikołowa/Gminy Mikołów o przedłożenie dokumentacji dot. wykonania przez Pollight umowy nr 935/2017 z dnia 12 września 2017 r. dotyczącej robót montażowych, w tym zawierającej informację o nieterminowym jej wykonaniu i naliczonych z tego powodu karach umownych, a następnie wnoszono o przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów i informacji na te okoliczności, w tym na okoliczność nienależytego wykonania przez Pollight prac objętych umową, a tym samym niespełniania przez Pollight warunków udziału w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie i istnienia podstaw do wykluczenia Pollight oraz uznania oferty Pollight za odrzuconą.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego skoro Pollight nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, a oferta Pollight powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także, że fakt przedłożenia przez Pollight jedynie protokołu odbioru, bez informacji o fakcie wykonania prac na rzecz Gminy Mikołów po terminie może rodzić pytania o to, czy takie działanie było zamierzone, czy też było przejawem rażącego niedbalstwa, którego skutkiem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego działanie Pollight stanowiło zatajenie informacji, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp. Nawet gdyby tak nie było, to niepoinformowanie Zamawiającego o wykonaniu prac po terminie musiałoby nastąpić w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, którego skutkiem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co z kolei miało w ocenie Odwołującego istotny wpływ na wybór oferty (art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp).

Skutkiem nieujawnienia przez Pollight informacji o nieterminowym wykonaniu prac było zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Pollight z postępowania, nieodrzuconie oferty i w konsekwencji wybór jej oferty jako najkorzystniejszej (tak wyrok KIO z dnia 15 maja

2012 r. sygn. akt KIO 858/12, 861/12). Również w ocenie Sądu Najwyższego „przyjmujący zamówienie, który w wykonaniu zobowiązania usunięcia wad dzieła (art. 637 § 1 KC) przystąpił do naprawy, ale w wyznaczonym terminie skutecznie wad nie usunął, nienależyście wykonał zobowiązanie” (uchwała SN z dnia 15 lutego 2002 r. III CZP 86/01).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności i przedstawione dowody zdaniem Odwoływającego odwołanie powinno zostać uwzględnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie wykluczenia Przystępującego i uznanie jego oferty przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwoływającego, który złożył ofertę drugą w rankingu, możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba potwierdziła prawidłowość i skuteczność przystąpienia. Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał zasadność zarzutu związanego z konieczności ponownego badania i oceny ofert. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych.

Izba ustaliła, że Odwoływający prawidłowo w odwołaniu przytoczył brzmienie ustalonego w postępowaniu warunku udziału odnoszącego się do wymaganego poziomu zdolności

technicznych, który miał wykazać wykonawca. W sposób właściwy opisano również dokumenty, które na potwierdzenie spełniania warunku złożył Przystępujący.

Z nadesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 20 czerwca 2018 roku, Zamawiający, działając na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia o dokumentach wystąpił do Gminy Mikołów o potwierdzenie prawdziwości danych złożonych przez Pollight, czy prace zostały wykonane z należytą starannością. Czynność ta miała miejsce po wyborze oferty najkorzystniejszej, jednak przed wniesieniem odwołania, po złożeniu przez Odwołującego zawiadomienia o nieprawidłowościach w ofercie uznanej za najkorzystniejszą.

Gmina Mikołów odpowiedziała na powyższy wniosek, stwierdzając, że prace zostały wykonane w sposób zadowalający, zgodnie z przepisami i sztuką budowlaną, komisja nie stwierdziła wystąpienia usterek, prace zakończono 16 dni po terminie umownym, z tego tytułu naliczono kary umowne.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż obecnie Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przy zastosowaniu procedury odwróconej, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w pierwszej kolejności opiera się na oświadczeniach wiedzy zawartych w dokumencie JEDZ i na tej podstawie dokonuje w ramach postępowania czynności sprawdzenia poprawności treści oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i za istotną w tym zakresie należy uznać rzetelność zawartych tam informacji. W przypadku zastosowania przez Zamawiającego procedury odwróconej, informacje te są następnie, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzane przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Ocenie podlegają dostarczone dokumenty, które weryfikują zdolność danego wykonawcy do należytego wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Przystępujący po stronie Zamawiającego nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez przedstawienie dokumentów potwierdzających wymaganą wiedzę i doświadczenie oraz należyte wykonanie zadania referencyjnego. Nie zachodziła

konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zawierająca obowiązek uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ustalonych w postępowaniu warunków udziału.

Warunek udziału w postępowaniu związany z posiadaniem niezbędnej wiedzy technicznej był sformułowany w sposób precyzyjny, nie budził wątpliwości interpretacyjnych.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że dokumenty złożone przez Przystępującego nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia, to zauważyć należy, o fakcie tym nie może przesądzać jedynie nazwa samego dokumentu nadana przez określonego Zamawiającego, na rzecz którego wykonywane były prace na zadaniu referencyjnym. Z okoliczności, że Przystępujący złożył protokół odbioru robót zamiast dokumentu zatytułowanego „Poświadczenie”, nie można wywodzi, że przedstawiony dokument nie potwierdza należytego wykonania zadania. Najważniejsza jest bowiem merytoryczna zawartość takiego dokumentu i to treść takiego „poświadczenia” podlega szczegółowej wykładni. Nie jest też tak, że tylko użycie sformułowania „należycie wykonał” potwierdzało będzie okoliczność prawidłowej realizacji zamówienia. Różni zamawiający w różny sposób mogą sobie ten zakres prawidłowości realizacji zobowiązania umownego określić. Warto także nadmienić, że wykonawcy występując o dokumenty referencji, nie mają wpływu na treść, która w takim dokumencie zostanie zamieszczona.

Analiza złożonego protokołu odbioru potwierdza, że Przedstawiciele Inwestora – Gminy Mikołów – uznali poziom wykonania prac za zadowalający. Użycie takiego sformułowania nie świadczy że dane zamówienie było nieprawidłowo realizowane. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający Inwestor jasno stwierdził w wystawionym Protokole odbioru, że zamówienie było realizowane należycie. O ile strona przeciwna nie przedstawi dowodów potwierdzających nienależytość wykonania zamówienia, o tyle to oświadczenie Zamawiającego ma postać przesądzającą na korzyść Przystępującego.

Zgodzić należy się także z Zamawiającym i Przystępującym, że nie istnieje ustawowa definicja pojęcia „należyte wykonanie”, nie jest w sposób zamknięty ustalony krąg zachowań, które mieszają się w należyтым wykonaniu, albo jakie zachowania bądź zaniechania już nie wypełniają tego pojęcia. W ocenie Izby o należyтым wykonaniu usługi można mówić jeżeli interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania. Do momentu, kiedy istota świadczenia odpowiada potrzebom Zamawiającego oraz zgodna jest z zaciągniętym zobowiązaniem, nie może być mowy o nienależyтым wykonaniu usługi. Oceniając złożone dokumenty zdecydować należy, biorąc pod uwagę treść poświadczeń lub innych dokumentów, czy cel założony przez zaciągnięcie zobowiązania umownego został zrealizowany, jakim stopniu i czy udało się to przy

przestrzeganiu innych postanowień umownych. Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia prac będących jego przedmiotem nie sposób uznać, że miało miejsce takie naruszenie obowiązków zawodowych, przy którym można wywodzić nienależyte wykonanie umowy. Jakkolwiek uchybienia w realizacji umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za incydentalne, po drugie za nieznaczne.

W tym zakresie Odwołujący przedstawionymi w odwołaniu dowodami nie wykazał odmienność rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie Przystępującego, dlatego też trudno w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dopatrywać się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na informacje uzyskane od Gminy Mikołów, z których wynikało, że w związku z przekroczeniem terminu realizacji zadania, wykonawcy Pollight zostały naliczone kary umowne. Odwołujący zdaje się jednak całkowicie pomijać inną okoliczność, że w przypadku realizacji każdego kontraktu o jego nienależytym wykonaniu nie świadczą jednostkowe wydarzenia, ale pod uwagę brać należy całokształt sytuacji i wszystkie okoliczności mające miejsce w trakcie realizacji takiej umowy. Tymczasem z protokołu odbioru wynika bezusterkowe wykonywanie umowy i brak dodatkowych uwag merytorycznych do prac wykonanych przez Przystępującego. Gmina Mikołów jasno określa poziom prac jako zadowalający i bezusterkowy. Ponadto Odwołujący nie wnikał dlaczego nastąpiło przesunięcie terminu zakończenia prac i czy wyłączny wpływ na powyższe miały działania lub zaniechania Przystępującego. Taki związek przyczynowo-skutkowy nie został wykazany. Możliwe przecież jest, jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że przedłużenie prac nie miało charakteru zawinionego po stronie wykonawcy, że możliwe było wydłużenie prac nastąpiło z powodu działania siły wyższej a wykonawca opowiadał karami umownymi za działania mające charakter opóźnienia, nie zwłoki. Również dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie nie potwierdzają nienależytego wykonania i celowego działania Przystępującego. Sam Zamawiający - gmina Mikołów – w piśmie z dnia 26 czerwca 2018 roku pisze, że za nieterminową realizację przedmiotu umowy winę ponosi producent opraw, który realizował zamówienie na rzecz firmy Przystępującego. Sam więc Inwestor konieczności naliczenia kar nie wiąże z działaniami i zaniechaniami Przystępującego i ma świadomość, że przedłużenie terminu było wynikiem zachowania podmiotu trzeciego.

Naliczone obciążenia finansowe stanowią niewielką wartość całego kontraktu, co w żaden sposób nie może rzutować na ocenę prawidłowości jego wykonania jako całości zobowiązania. Zastrzeżona kara ma charakter gwarancyjny i nie jest odszkodowaniem dla Zamawiającego za powstałą szkodę. Ponadto sam fakt potrącenia kary z wynagrodzenia

należnego wykonawcy powoduje, że potencjalna szkoda (jeżeli uznać by, że miała miejsce) została naprawiona, a Zamawiający otrzymał całkowitą rekompensatę. Zatem oceniając całokształt zachowań i ewentualnych zaniechań dłużnika (w tym przypadku Przystępującego) uznać należało, że wykonał on obowiązki umowne i wywiązał się z zaciągniętego zobowiązania. Fakt naliczenia i potrącenia kary umownej nie poświadcza a priori nienależytego wykonania zadania. Jak wynika z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego przedłużenie terminu realizacji kontraktu związane było z działaniami podmiotu trzeciego, który po wyborze oferty Przystępującego wycofał się ze współpracy. Podmiot ten odpowiedzialny był za istotną część umowy, mianowicie dostawę opraw. W wyniku takiego zachowania Przystępujący musiał szybko znaleźć inną dostawcę. W takiej sytuacji przedłużenie wykonania zadania jedynie o 16 dni uznać należy za nieznaczające, nie może ono świadczyć o nienależytym wykonaniu zobowiązania umownego. Dodatkowo Przystępujący już po podpisaniu umowy starał się negocjować z Zamawiającym – gminą Mikołów – przesunięcie terminu, wskazując na przedłużenie się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i problemy z dostawcą.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że Przystępujący, działając co najmniej nieumyślnie, próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd i doprowadzić do uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nawet jeżeli ze złożonych dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału nie wynikała okoliczność naliczenia kar umownych, to przed ostatecznym wykluczeniem danego wykonawcy Zamawiający winien umożliwić mu wytłumaczenie się z zaistniałej sytuacji. Zamawiający może także samodzielnie dokonać weryfikacji złożonych dokumentów, zwracając się wystawcy referencji o potwierdzenie zawartych w dokumentach informacji. W postępowaniu będącym przedmiotem kontroli ze strony Izby Zamawiający skorzystał z takiej możliwości po wniesieniu odwołania. Choć czynność ta ma charakter następczy, po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie można pominąć uzyskanych informacji i poczynionych w toku tej czynności ustaleń. Z danych przedstawionych Zamawiającemu jasno i niezbicie wynika, że Gmina Mikołów uważa prace zrealizowane na jej rzecz za należycie wykonane, „zgodnie z przepisami i sztuką budowlaną, komisja nie stwierdziła wystąpienia usterek”.

Tym samym Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i że nie przedstawił prawidłowych dokumentów ten fakt potwierdzający.

Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego

i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie zaś z art. 6 Kodeksu cywilnego, w którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 Pzp. Przepis art. 6 Kc wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza). W ocenie Izby Odwoławczej w zakresie postawionych zarzutów nie podolał ciężącemu na nim obowiązкови, w konsekwencji czego zarzuty należało oddalić. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt: V Ca 571/08), kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach (sygn. XIX Ga 92/08z0, iż: *„w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwoływającego”*. W żadnym wypadku, Odwoływający nie udowodnił, że wykonawca wybrany nie spełnił warunku wiedzy i doświadczenia.

Z tych powodów orzeczono jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 (t.j. Dz. U z 2017r., poz. 972) obciążając nimi Odwoływającego.

Przewodniczący: