Sygn. akt: KIO 1246/17

WYROK
z dnia 4 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 4 lipca 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 roku przez wykonawcę B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. „E." w z miejscem wykonywania działalności w K.
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy S. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.(2) w Części 1 – Oddział ZUS w B. z uwagi na brak posiadania przez ww. wykonawcę certyfikatu f-gazowego dla przedsiębiorcy.

2. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 14 czerwca 2017 roku tj. wyboru oferty najkorzystniejszej w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Konserwacja systemu klimatyzacji, wentylacji oraz kurtyn powietrznych dla Oddziałów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w B., C., C.(2), R., S. i Z." w zakresie Części 3 – Oddział ZUS w C.(2) oraz w zakresie Części 4 – Oddział ZUS w R.

Nakazuje Zamawiającemu wszczęcie w stosunku do wykonawcy S. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.(2) procedury samooczyszczenia w trybie art. 24 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. i:
3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. „E." w z miejscem wykonywania działalności w K. tytułem wpisu od odwołania,
3.2 zasądza od Zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. na rzecz wykonawcy B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. „E." w z miejscem wykonywania działalności w K. kwotę 11 546 zł 06 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset czterdzieści sześć złotych i sześć groszy) tytułem poniesionych kosztów wpisu od odwołania, kosztów pełnomocnika, opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 B..

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1246/17

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Konserwacja systemu klimatyzacji, wentylacji oraz kurtyn powietrznych dla Oddziałów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w B., C., C.(2), R., S. i Z.*

19 czerwca 2017 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego: wyboru najkorzystniejszej oferty zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. art. 22 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 7 ust.1 ustawy. Odwołujący wskazał, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta firmy S. S., a Odwołujący nie zgadza się z tym wyborem.

Odwołujący następująco uzasadniał

Odwołujący wskazał, że Firma S. S. sp. z o.o. (...) w dniu składania ofert, 26.04.2017 nie posiadała certyfikatu f-gazowego dla przedsiębiorców, (lista firm posiadających certyfikat jest umieszczona na stronie jednostki kontrolującej Urzędu Dozoru Technicznego), który miała obowiązek posiadać, zarówno zgodnie z ustawą z dnia 15 maja 2015 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych (Dz. U. z 25 czerwca 2015 r. poz. 881), zgodnie z art. 29, który brzmi: „Przedsiębiorca prowadzący działalność polegającą na instalacji, konserwacji lub serwisowaniu urządzeń chłodniczych, klimatyzacyjnych lub pomp ciepła, jak również systemów ochrony przeciwpożarowej zawierających fluorowane gazy cieplarniane, obowiązany jest posiadać certyfikat dla przedsiębiorców wskazany odpowiednio w rozporządzeniu (WE) nr 303/2008 albo w rozporządzeniu (WE) nr 304/2008." J

Jak również zgodnie z wymaganiem Zamawiającego pkt 2.3: „Zamawiający uzna za spełnione warunki, o których mowa w ust. 1 pkt 1.1.2., jeżeli Wykonawca wykaże, że: Część nr 1- Oddział ZUS w B. posiada certyfikat F-gazowy dla przedsiębiorców zgodnie z ustawą o substancjach zubożających warstwą ozonową (Dz. U. z 25 czerwca 2015 r. poz. 881);"

Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy, który brzmi: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania." Firma S. S. sp. z o.o. (...)powinna zostać wykluczona z postępowania, gdyż nie spełniała warunków udziału w postępowaniu.

Pomimo oczywistego niespełniania warunków, Prezes Zarządu złożył w dniu 25.04.2017 nieprawdziwe oświadczenie, że firma S. S. spełnia warunki określone w specyfikacji. Na podstawie: Ustawy Prawo Zamówień Publicznych Art. 24 ust. 1 pkt 16, który brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji" lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;" Firma S. S. sp. z o.o. (...) powinna zostać wykluczona z postępowania.

Warunkiem udziału w przetargu było wykonanie lub wykonywanie min. 2-ów usług konserwacji i przeglądów urządzeń klimatyzacyjnych na kwotę nie mniejszą niż 25 000,00 brutto każda Spółka S. S. przestawiła dwa listy referencyjne potwierdzające wykonanie usług konserwacji i przeglądów urządzeń klimatyzacyjnych.
Pierwszy list wystawiła firma S.-l. na kwotę 26000,00 brutto. Okres wykonywania 01.02.-31.03.2017.

Drugi list wystawiła K. S. s.c. na kwotę 32000,00 brutto. Okres wykonywania 01.02-28.04.2017.
Listy te budzą poważne wątpliwości i podejrzenia. Prezesem zarządu firmy S.-I. jest p. B. S. - w wykazie osób przeznaczonych do realizacji zadania, jest wpisany jako osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, a więc jest pracownikiem firmy S. S.. Współudziałowcami firmy K. S. s.c. jest p. A. R. - Prezes Zarządu firmy S. S. i p. A. S. - w wykazie osób przeznaczonych do realizacji zadania, jest wpisany jako osoba zatrudniona na podstawie zlecenia, a więc pracuje dla firmy S. S.. Odwołujący wskazał, że jednym słowem, pracownicy wystawili Szefowi listy referencyjne.
Centrum Zamówień Publicznych ZUS w B., mimo oczywistych wątpliwości, nie zażądało dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów i bez należytej staranności w sprawdzaniu dokumentów przyjęła te wątpliwe listy referencyjne jako dowód wykonania usług. Wskutek opieszałości w rozstrzyganiu przetargu - 49 dni, firma S. S. dnia 08.06.2017 zdążyła uzyskać wymagany certyfikat. Mam prawo podejrzewać, że tak długie rozstrzyganie przetargu (4

---

ofert) było działaniem celowym, aby umożliwić firmie S. S. uzyskanie wymaganego certyfikatu. Odwołujący podkreślił, że wszystkie usługi, jeżeli rzeczywiście zostały wykonane przez firmę S. S. przed dniem 08.06.2017, a więc przed dniem uzyskania certyfikatu, były działaniami naruszającymi prawo oraz podlegającymi karze na podstawie ustawy z dnia 15 maja 2015 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych (Dz. U. z 25 czerwca 2015 r. poz. 881); zgodnie z art. 48, który brzmi: „Administracyjną karę pieniężną w wysokości od 4000 do 10 000 zł wymierza się za: 30) prowadzenie działalności bez posiadania certyfikatu dla przedsiębiorców, o którym mowa w art. 29, z wyłączeniem systemów ochrony przeciwpożarowej" i powinny być bezsprzecznie odrzucone. Centrum Zamówień Publicznych ZUS w B., przyjmując te listy referencyjne bez zastrzeżeń, jako dowód wykonania usługi, usankcjonowało łamanie prawa.

Centrum Zamówień Publicznych ZUS w B., bez zachowania należytej staranności w sprawdzaniu dokumentów nie zażądało również potwierdzonych kserokopii wymaganych świadectw kwalifikacyjnych, a jedynie ich numerów. W wykazie przesłanym przez firmę S. S. numery D/116/1419/2012 oraz D/l16/1420/2012 świadczą o tym, że ich ważność kończy się lub skończyła w 2017, co należało zweryfikować, gdyż nie wiadomo czy są ważne. Należało zweryfikować również, czy w świadectwa kwalifikacyjne posiadają wymagane w specyfikacji pozycje np. dla B. 2,5,9,10. Tego również nie wykonano. Nie można więc jednoznacznie stwierdzić, czy ftrma S. S. spełnia warunki udziału w przetargu również w tym zakresie czy też nie.
Zadziwiające jest to że najpierw Zamawiający stawia konkretne warunki udziału w przetargu, a potem bezrefleksyjnie przyjmuje wszystko co firma przedstawi. Wobec powyższych działań i rażących zaniechań celowych lub nie, Zamawiający wybierając ofertę firmy S. S., naruszył istotne interesy Firmy E.- B. C. jak art. 7 ust. 1 ustawy- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Firmy S. S. sp. z o.o. (…).

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

I.

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 czerwca 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2017 roku, oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie do protokołu. Zamawiający złożył pismo z dnia 27 czerwca 2017 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie"

Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w złożonym piśmie z dnia 27 czerwca 2017 roku „Informacja o częściowym uwzględnieniu zarzutów oraz unieważnieniu wyniku Postępowania w Części 1 – Oddział ZUS B.".
W przedstawionym pisemnym stanowisku Zamawiający wskazał, że uwzględnił zarzuty odwołania w zakresie Części 1 w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu dotyczących nieposiadania na dzień składania ofert, żądanego w SWIZ certyfikatu F-gazowego dla przedsiębiorców.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

II.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy S. S. Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.(2) (dalej: wykonawca S. S. sp. z o.o.) w zakresie Części 1 – Oddział ZUS B.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec zarzutów w w całości albo uwzględnienia przedstawionych odwołaniu w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.*
Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego i braku wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego - jest bezcelowe. Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy, w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i stwierdzić należy, że katalog ten nie zawiera informacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. W tym miejscu Izba odwołuje się do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, w której Sąd Najwyższy wskazał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały podniósł również, że Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu.
Nie można stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy pominąć w przypadku, gdy postępowanie zostaje umorzone w części z uwagi na uwzględnienie poszczególnych zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że takie stanowisko prezentowane jest w orzeczeniach

Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sentencji wyroku zamieszczane jest rozstrzygnięcie w zakresie częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Tym samym, zgodnie

z argumentacją Sądu Najwyższego, w sentencji wyroku zawarte zostają wszystkie rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania.

Podkreślenie wymaga również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko to również nie jest odosobnione, czemu wraz dano np.: w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2357/16, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 172/17 wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 888/17.

III.

Izba poddała pozostałe zarzuty odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 22 ust. 1 ustawy - *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*
1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*

Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy- *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*

Art. 24 ust. 8 ustawy - *Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie*

pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania *oraz podjęcie konkretnych* środków *technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.*

Art. 24 ust. 9 ustawy - *Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.*

V.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do*

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *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,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego 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 *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).* Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.*
Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu*

Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego

z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

VI.
W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania podlegających rozpoznaniu:

Izba nie uwzględniła argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w trakcie posiedzenia z udziałem stron, że zarzut dotyczący braku certyfikatu F-gazowego, podniesiony w odwołaniu, dotyczy zarówno części 1 jak i 3 i 4 odwołania. W ocenie Izby była to nieuprawniona próba rozszerzenia zarzutu odwołania w stosunku do części zamówienia, które nie były wcześniej wskazywane. Izba wyjaśnia, ze zarzutów odwołania nie da się skutecznie uzupełnić po upływie terminu na wniesienie odwołania. Jednocześnie potwierdza również brak postawienia tego zarzutu w odwołaniu fakt, że zgodnie z SWIZ certyfikat F-gazowy wymagany był przez Zamawiającego tylko w części 1 – Oddział ZUS B. zamówienia. Zamawiający uznała argumentację Odwołującego co do tej części zamówienia i tak ukształtowanego zarzutu odwołania.

Izba wskazuje, że odwołanie po uwzględnieniu przez Zamawiającego zarzutów odwołania w zakresie części 1 – Oddział ZUS B." zostało podtrzymane przez Odwołującego w zakresie Części 3 – Oddział ZUS w C.(2) oraz w zakresie Części 4 – Oddział ZUS w R.

Izba wskazuje, że zgodnie z SWIZ Zamawiający wymagał od wykonawców składających oferty w postępowaniu, bez względu na ile części, na które złożona została oferta w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazania się, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonaniem lub wykonywaniem co najmniej 2 zamówień wraz z podaniem wartości zrealizowanych zamówień, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane; każde zamówienie było bądź jest związane ze świadczeniem usług konserwacji i przeglądów urządzeń klimatyzacyjnych o wartości minimalnej cześć 3 – 17 000, 00 zł, część 4 – 25 000,00 zł.
Wykonawca potwierdzał spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez złożenie oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWIZ a następnie na wezwanie

Zamawiającego, w przypadku oferty która zostanie oceniona jako najkorzystniejsza wykonawca obowiązany był złożyć uzupełniony wykaz dostaw.
Wykonawca S. S. sp. z o.o. złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz na wezwanie Zamawiającego przedstawił wykaz usług wraz z referencjami. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący braku certyfikatu F-gazowego przez wykonawcę S. S. sp. z o.o., który to wykonawca przedstawił taki certyfikat z dnia 8 czerwca 2017 roku (nr FGAZ-P/09/0174/17), co zostało wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 czerwca 2017 roku o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Podkreślenia wymaga również, że wykonawca S. S. sp. z o.o. złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które składał na dzień składani ofert.
Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego był wyznaczony na dzień 26 kwietnia 2017 roku.
Usługi świadczone w ramach usług jakie wykazać musiał wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowią rodzaj usług – jak wskazywał Odwołujący, a czego nie kwestionował Zamawiający – do realizacji których niezbędny jest certyfikat F-gazowy.
Skoro wykonawca S. S. sp. z o.o. przedstawiał Zamawiającemu certyfikat z dnia 8 czerwca 2017 roku, a wcześniej nie widniał w wykazie przedsiębiorców posiadających taki certyfikat, a prowadzonym przez Urząd Dozoru Technicznego to usługi, które wykazał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu nie mogły być świadczone w sposób należyty. Pierwsza ze wskazanych usług realizowana była w okresie 01.02.-31.03.2017, natomiast druga w okres 01.02-28.04.2017. Izba zaznacza, że druga z usług była realizowana jeszcze dwa dni po terminie składania ofert, a Zamawiający sam uznał w części 1 zamówienia, że na dzień składania ofert wykonawca S. S. sp. z o.o. nie posiadał certyfikatu F-gazowego. Referencje złożone przez wykonawca S. S. sp. z o.o.

pochodzą od podmiotów trzecich, na rzecz których usługi były świadczone i nie sposób zakładać, że podmioty te wiedziały o tym, że wykonawca S. S. sp. z o.o. świadczył usługę bez posiadania wymaganego certyfikatu, ale wykonawca S. S. sp. z o.o. taką wiedzę posiadał. Wiedział, że świadczył usługi konserwacji i przeglądów urządzeń klimatyzacyjnych – zakres usług wynika z samych referencji – bez wymaganego prawem certyfikatu. Tym samym oświadczenie jakie zostało złożone przez wykonawca S. S. sp. z o.o. mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd w czasie pierwotnej oceny oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę S. S. sp. z o.o.. Jednakże niezrozumiale jest, że w wyniku wniesienia odwołania Zamawiający podejmuje działania i uwzględniając zarzut odwołania stwierdza, że wykonawca S. S. sp. z o.o. nie posiadał certyfikatu F-gazowego na dzień składania ofert i jednocześnie pomija, że wskazana realizacja usług odbyła się w

czasie, gdy wykonawca S. S. sp. z o.o. certyfikatu nie posiadał. Zamawiający w obliczu takich informacji nawet nie podjął działania mającego na celu ewentualne wyjaśnienie tych okoliczności,
a przecież postępowanie nie dzieje się w próżni i Zamawiający posiadając dane informacje, co więcej podejmując działania w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do wykonawcy S. S. sp. z o.o. zupełnie bezrefleksyjnie pominął fakt braku posiadania certyfikatu niezbędnego do realizacji usług.
W ocenie Izby wykonawca S. S. sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego błąd co do posiadanych uprawnień w sposób zamierzony, a co za tym idzie również w zakresie zrealizowanych usług w sposób zamierzony wykonawca ten wskazał, oświadczył, że wykonał je w sposób należyty czym potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, choć realizował usługi bez wymaganego certyfikatu, czym również wprowadził zamawiającego w błąd.
Obowiązujące przepisy wymagają przeprowadzenia tzw. procedury samooczyszczenia się wykonawcy. Procedurę samooczyszczenia regulują przepisy art. 24 ust. 8 i 9 ustawy. Przepis art. 24 ust. 8 ustawy stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Natomiast art. 24 ust. 9 ustawy stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, Zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś Zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.
Dlatego też Izba w przedmiotowym postępowaniu, w powyższym zakresie nakazała wszczęcie w stosunku do wykonawcy S. S. sp. z o.o. procedury samooczyszczenia w trybie art. 24 ust 8 ustawy.

W zakresie podnoszonego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego wskazanych przez wykonawcę S. S. sp. z o.o. numerów świadectw kwalifikacji, jakie zostały wskazane w dokumencie wykaz osób sporządzonym według załącznika nr 2 do pisma skierowanego do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku *w sprawie rodzaju dokumentów jakich może* żądać *zmawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia,* na podstawie paragrafu 2 ust. 4 pkt 10 Zamawiający może żądać

od wykonawcy wykazu 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. Tym samym Zamawiający nie ma podstawy do żądania dokumentów, do których odnosił się Odwołujący, na etapie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu żadnego argumentu, który prowadziłby do wniosku, ze wykonawca S. S. sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Argumentacja Odwołującego oparta jedynie na przypuszczeniach co do daty ważności kwestionowanych dokumentów, jak również brak jakiejkolwiek argumentacji, uzasadnienia co do braku w świadectwach kwalifikacji wymaganych przez Zamawiającego zakresów nie pozwala na uznanie, że w tym zakresie Odwołujący sprecyzował zarzut odwołania. Odwołujący po prostu wskazał własne wątpliwości oraz wskazał co też należałoby sprawdzić w świadectwach kwalifikacji. Izba wskazuje, że nie jest jej zadaniem sprawdzanie wskazanych przez wykonawcę zakresów dokumentów, oświadczeń itd. Zadaniem Izby jest ocena czy twierdzenia co do treści dokumentów danej ze stron zasługują na uwzględnienie w obliczu obowiązującego prawa – tym samym wykonawcy musza takie twierdzenia co do treści przedstawić, brak tych twierdzeń powoduje, że ocena nie jest możliwa. Samo wskazanie dokumentów, wątpliwości jest niewystarczające i nie daje poddać się ocenie zasadność bądź braku zasadności. W tym wypadku Odwołujący winien był wykazać, że osoby wskazane przez wykonawcę S. S. sp. z o.o. nie posiadają świadectw kwalifikacji, które spełniają określone wymagania – nie uczynił tego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu

o przepisy § 3 i § 5 ust. 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* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: ……