

WYROK

z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Budwar Inwestycje Sp. z o. o. w Warszawie i Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. G. - "SANI-TERM" w Grabowcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających działających wspólnie Fundusz Składowy Ubezpieczenia Społecznego Rolników w Warszawie i Centrum Rehabilitacji Rolników Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Horyńcu-Zdroju przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. K. i Z. C. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej "WOKWEN" Rzeszów S. C. M. K., Z. C. w Tyczynie przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża konsorcjum Budwar Inwestycje Sp. z o. o. w Warszawie i Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. G. - "SANI-TERM" w Grabowcu i zalicza na poczet kosztów kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r. poz. 1129 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 45/22

Zamawiający prowadzący postępowanie wspólnie - Fundusz Składowy Ubezpieczenia Społecznego Rolników ul. Stanisława Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa

1 Centrum Rehabilitacji Rolników Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Horyńcu-Zdroju ul. Sanatoryjna 2, 37-620 Horyniec-Zdrój (dalej zwani „zamawiającym”), prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie modernizacji instalacji wentylacji mechanicznej w nieruchomości FSUSR w Horyńcu-Zdroju, w podziale na 2 części”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00257345/01, dalej zwanej „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji.

W dniu 5 stycznia 2022 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Budwar Inwestycje Sp. z o. o. ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa i Z. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. G. - "SANI-TERM" Grabowiec 49, 09-533 Słubice (dalej zwani „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 226 ust. 1 pkt 5 z powodu rzekomej niezgodności treści oferty dla części 1 i 2 z warunkami zamówienia, podczas gdy treść oferty dla części 1 i 2 odpowiada w pełni wymogom postawionym w specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w częściach 1 i 2 postępowania oraz dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania. Wniesiono także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie ze złożonym na rozprawie spisem kosztów wraz z załącznikami.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W przygotowanym przez zamawiającego wzorze formularza oferty (załącznik do SWZ) znalazła się tabela dotycząca zaoferowanych central, która miała zostać wypełniona przez wykonawców. W tabeli wykonawcy mieli wypełnić kolumny z następującymi danymi: pozycje kosztorysu, ilość central, model i producent, wartość netto (zgodna z kosztorysem). Poza treścią tabeli nigdzie w dokumentach zamówienia nie znalazła się informacja, w jaki sposób należy wypełnić tabelę. W szczególności brak było informacji, co zamawiający rozumie pod pojęciem „modelu”. Odwołujący wypełnił przygotowaną przez zamawiającego tabelę, w kolumnie „model i producent” wskazał producenta oraz model zaoferowanej centrali wpisując „VTS Ventus”. Pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do m.in. złożenia wyjaśnień - pkt nr 2 pisma, i zadał pytanie, w których miejscach formularza oferty oraz kosztorysu wskazano modele oferowanych central wentylacyjnych. Zdaniem zamawiającego w formularzu oferty widniała jedynie nazwa producenta centrali, czyli VTS Ventus, natomiast w żadnym z dokumentów oferty zamawiający nie mógł znaleźć zaoferowanych modeli central. W dniu 9 grudnia 2021 r. odwołujący udzielił wymaganych wyjaśnień, gdzie wskazał, że w formularzu oferty podano zarówno nazwę producenta, jak i model. Wyjaśniono, że „VTS” jest oznaczeniem producenta. Producent oferuje centrale o następujących modelach: „Ventus Compact”, „Ventus” oraz „Ventus N-Type”. Odwołujący zaoferował model „Ventus”, co znajduje potwierdzenie w formularzu oferty. W dniu 31 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie obu części postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., z czym nie sposób się zgodzić.

W ocenie odwołującego we wzorze formularza wymagano podania modelu i producenta central. W żadnym miejscu jednak zamawiający nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem „modelu”. Nigdzie w dokumentach zamówienia zamawiający nie wymagał również - jak przedstawia to w uzasadnieniu odrzucenia oferty - przedstawienia konkretnego rozwiązania technologicznego. Odwołujący spełnił wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia, podał nazwę producenta „VTS” i nazwę modelu „Ventus”. Nie można zgodzić się z zamawiającym, który w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 8 grudnia 2021 r. wskazał, że określenie „VTS Ventus” oznacza producenta centrali. Producentem centrali jest „VTS”. Oznaczenie „Ventus” nie odnosi się w żaden sposób do producenta i nie pojawia się w jego oznaczeniu. Zresztą sam zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty zmienił już nieco swoje stanowisko wskazując jednak, że „Ventus” oznacza linię produkcyjną/typ urządzenia. Zamawiający nadal jednak nie ma w tym zakresie racji. Określenie „Ventus” oznacza model centrali. Nie istnieją żadne submodele tego modelu. Zatem obowiązek podania producenta oraz modelu został przez odwołującego spełniony.

Jeżeli wolą zamawiającego było, żeby wykonawcy poza producentem oraz modelem

zaoferowanej centrali, mieli przedstawić konkretne rozwiązania technologiczne, to powinien taki wymóg wprost określić w dokumentach zamówienia. Jeśli zamawiający chciał otrzymać wraz z modelem jego specyfikację techniczną, również miał możliwość przewidzenia takiego wymogu w SWZ. Zamawiający jednak z tego prawa nie skorzystał. Na obecnym etapie zamawiający jest związany treścią dokumentów zamówienia i nie może wprowadzać nowych wymogów po terminie składania ofert, jak również nie może dokonywać oceny ofert na podstawie wymagań, które nie zostały w jej treści zapisane, a jedynie mogły być hipotetycznie z niej wyinterpretowane, co zdaniem odwołującego znajduje potwierdzenie we wskazanych w odwołaniu orzeczeniach Izby.

Odwołujący dodał, że gdyby w dokumentach zamówienia pojawił się wymóg podania parametrów technicznych, to podałby takie parametry. Skoro jednak takiego wymogu nie było, to siłą rzeczy nie podawano tych parametrów. Odwołujący nie może ponosić w tym zakresie konsekwencji i z daleko idącej ostrożności procesowej podnosi, że gdyby zachodziły jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie tego, jak rozumieć pojęcie „modelu”, to w takim przypadku powinna znaleźć zastosowanie ugruntowane w orzecznictwie Izby zasada, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców dążąc do tego, żeby jak najwięcej ofert utrzymało się w postępowaniu. Skoro więc podano model oferowanych urządzeń, to odrzucenie oferty na tej podstawie w części 1 postępowania jest czynnością niezgodną z przepisami p.z.p.

Dalej odwołujący podniósł, że w jego ocenie nie znajduje potwierdzenia stanowisko zamawiającego, że zaoficerowana „centrala 1 basenowa” nie jest produkowana przez VTS. Produkt „Ventus” może zostać użyty obiektach takich basen. Faktem jest, że ten produkt musi zostać dodatkowo dostosowany przez współpracujące z producentem VTS przedsiębiorstwo Elbas Sp. z o. o. Sp. k. w Warszawie, jest to jednak cały czas ta sama centrala, tylko że dostosowana przez ten podmiot do pracy w warunkach zwiększonej wilgotności. Pomimo modyfikacji jest to centrala model Ventus, której producentem pozostaje VTS. Modyfikacja nie powoduje utraty gwarancji.

W związku z powyższym również w tym zakresie odrzucenie oferty odwołującego jest niezgodne z przepisami. Zupełnie niezrozumiałe jest także stanowisko zamawiającego, że odwołujący przed złożeniem oferty nie prowadził negocjacji z producentem. Okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia w kontekście odrzucenia oferty w części 2 postępowania.

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 piśmie procesowym, a także o zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. K. i Z. C. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej "WOKWEN" Rzeszów S. C. M. K., Z. C. ul. Orkana 3, 36-020 Tyczyn, którzy zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego, dalej zwanych „przystępującym”. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

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 zebranym 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 określonych 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.

Izba - po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego

zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym

rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w częściach 1 i 2 postępowania była prawidłowa, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwniej.

W zakresie odrzucenia oferty odwołującego w części 1 postępowania skład orzekający wskazuje co następuje. Odwołujący złożył wymagany przez zamawiającego wypełniony załącznik nr 1 do SWZ - formularz oferty (tak pkt XI ppkt 7 SWZ), gdzie w tabeli dotyczącej modernizacji wentylacji w budynkach A, B, D i basen zaoferowano dostawę następujących urządzeń i podano pozycje kosztorysu: 1) „Poz. 123.5 Kosztorysu Centrala C6”, 2) „Poz. 123.6 Kosztorysu Centrala C7”, 3) „Poz. 167.5 Kosztorysu Centrala C8”, 4) „Poz. 167.6 Kosztorysu Centrala C9”, 5) „Poz. 167.7 Kosztorysu Centrala C10”, 6) „Poz. 47.5 Kosztorysu Centrala C11”. W tabeli dla wszystkich urządzeń wpisano model i producent - „VTS Ventus”, do oferty załączono także kosztorysy szczegółowe.

Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ponieważ w ocenie zamawiającego wykonawca powinien wskazać konkretny model zaoferowanych central wentylacyjnych, bazując na zawartych w projekcie informacjach, kiedy podane w ofercie odwołującego oznaczenie VTS Ventus jest niewystarczające, podobnie symbole wskazane w wyjaśnieniach wykonawcy. Zdaniem jednostki zamawiającej zaoferowano w formularzu linię produkcyjną/typ urządzenia, w oparciu o które winny być skonfigurowane konkretne rozwiązania funkcjonalne - modele central.

W ramach uwag ogólnych Izba zauważa, że zgodnie z definicją oferty, zawartą w art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W orzecznictwie wskazuje się, że „treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie wykonane na rzecz zamawiającego na podanych przez niego warunkach umownych, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie przez niego zawarta. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać potrzebom zamawiającego; co oznacza, że sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał merytorycznym wymaganiom zamawiającego.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10.11.2011 r., sygn. akt XIX Ga 477/11). Treść oferty dotyczy przedmiotowej strony świadczenia oferowanego zamawiającemu przez wykonawcę - są to wymagania dotyczące przedmiotu umowy, zakres, ilość, jakość, technologia wykonania zobowiązania, parametry techniczne i inne elementy istotne dla realizacji przedmiotu przetargu.

Mając na uwadze powyższe nie budzi żadnych wątpliwości, że w ofercie wykonawca powinien dokładnie określić co zaoferowano zamawiającemu, czyli wskazać model i producenta zaoferowanych central wentylacyjnych, które pozwoliłyby zidentyfikować konkretne urządzenia. Zamawiający wymagał podania jakie urządzenia zostaną mu dostarczone w ramach wykonania robót budowlanych nakazując wypełnienie danych w tabeli formularza oferty dotyczących poszczególnych centrali - informacji dotyczących określonych urządzeń od C1 do C11. Należało podać, oddzielnie dla każdej centrali: pozycję kosztorysu, ilość, model, producenta i wartość netto (zgodną z kosztorysem).

Dokumentacja postępowania jest kierowana do profesjonalisty, który składając ofertę powinien w niej jednoznacznie sprecyzować co zaoferował i wycenił, inaczej nie jest możliwe faktyczne zweryfikowanie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami dokumentacji zamówienia. W szczególności podanie informacji w tabeli w pozycji model powinno określać konkretne urządzenie (a nie kilkanaście urządzeń), które zostało wycenione w ostatniej pozycji tabeli (wartość netto), co nie wymaga żadnych szczegółowych wyjaśnień kierowanych do wykonawcy działającego na rynku zamówień publicznych. Dane z oferty nie pozwalają na powiązanie konkretnej centrali z podanymi cenami za urządzenie. Natomiast jeżeli odwołujący miał wątpliwości jak wypełnić formularz ofertowy, to powinien wykorzystać możliwość zadania pytania zamawiającemu na etapie przed złożeniem oferty.

W złożonej ofercie w pozycjach model i producent odwołujący wpisał VTS Ventus, gdzie producentem jest VTS, a modelem urządzeń Ventus. Takie oznaczenie nie pozwala na ustalenie jakie urządzenie wyceniono, ponieważ nie konkretyzuje określonej, jednej centrali wentylacyjnej o konkretnych, możliwych do zweryfikowania parametrach. Odwołujący także nie wykazał, że na podstawie informacji z jego oferty można wywieść jakie konkretnie centrale (o jakich parametrach) wycenił i zaoferował, a tym samym zweryfikować czy jego oferta spełnia wymagania SWZ - parametry techniczne wskazane w dokumentacji zamówienia. Skoro więc podane dane nie określają w sposób jednoznaczny zaoferowanych przez odwołującego urządzeń wentylacyjnych, a zamawiający nie jest w stanie ustalić co zaoferował wykonawca, to oferta posiada istotną, nieusuwalną wadę.

Odwołujący podnosił, że wskazał model i producenta, tak jak określa to VTS, jednakże sposób wykładni pojęcia „model” dokonany przez producenta jego urządzeń, nie zwalnia wykonawcy ze skonkretyzowania przedmiotu swojej oferty. Innymi słowy, niezależnie jak dany producent definiuje „model” produkowanego urządzenia, profesjonalista w ofercie

powinien w taki sposób oznaczyć przedmiot zamówienia, aby wiadomym było co dokładnie wycenił. Należało zatem wskazać takie oznaczenie urządzenia, by zamawiający z oferty powziął wiedzę jakie centrale, o jakich parametrach wyceniono w pozycji wartość netto i w kosztorysie szczegółowym, aby zweryfikować, czy oferta odpowiada wymaganiom dokumentacji postępowania. Zgodnie zaś z danymi ze strony internetowej VTS, produkty jakie oferuje producent to m.in. centrale modułowe Ventus czy centrale kompaktowe Ventus Compact i jest to grupa produktów/typ urządzenia. Oznaczenie „Ventus” w żaden sposób nie precyzuje konkretnej centrali wentylacyjnej. Podobnie dane w kosztorysie szczegółowym odwołującego nie identyfikują w sposób jednoznaczny danej, jednej centrali o ustalonych cechach technicznych, ponadto odwołujący posłużył się sformułowaniem „np.” przed podaniem symboli urządzenia.

Wydruki ze strony internetowej producenta VTS (załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie) wskazują, że „Ventus” to kilkanaście różnych centrali wentylacyjnych różniących się wielkością, czyli informacja ta pozwala jedynie na określenie gabarytów obudowy (typu obudowy charakterystycznego dla linii produktów Ventus), a nie konkretnej centrali o ustalonych parametrach technicznych. Stąd informacje te nie precyzują zakresu świadczenia wycenionego w ofercie, tym samym uniemożliwiają ocenę jej zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie przedstawił też np. karty katalogowej, gdzie modelem byłby „Ventus” - zgodnie z dokumentacją postępowania (STWiOR) karty central będą wymagane na dalszym etapie zamówienia.

Ponadto przyjęcie optyki odwołującego, że oznaczeniem modelu jego central wentylacyjnych jest Ventus powoduje niezgodność formularza oferty z kosztorysem szczegółowym. W pozycjach z formularza ofertowego dotyczących central C6, C7 i C11 wskazano „model Ventus”, zaś w odpowiednich dla tych urządzeń pozycjach kosztorysów szczegółowych (tj. C6 - poz. 123.5, C7 - poz. 123.6 i C11 - poz. 47.5) mamy inny model, ponieważ oznaczenie w kosztorysie szczegółowym posiada literę c, przykładowo C6 - „WS040c (...)”, kiedy zgodnie z wydrukami ze strony internetowej producenta (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie), producent w taki sposób oznacza urządzenia „model” „Ventus Compact”, a nie „Ventus”. Warto dodać, że kosztorysy szczegółowe, zgodnie z dokumentacją postępowania stanowią przedmiotowy środek dowodowy (vide pkt XI ppkt 8.4 SWZ), który służy do potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 p.z.p.). Zatem aby oferta została uznana za zgodną z warunkami zamówienia wykonawca powinien złożyć prawidłowo wypełniony formularz ofertowy, w którym należało podać konkretne dane oferowanych urządzeń w tym model i producenta, zaś wskazane pozycje powinny znaleźć bezpośrednie odzwierciedlenie w kosztorysach szczegółowych. Oba oświadczenia powinny być spójne ze sobą i zgodne z dokumentacją postępowania. Natomiast rozbieżność formularza ofertowego i przedmiotowego środka dowodowego powoduje merytoryczną wadę oferty, ponieważ mamy niezgodność dla central C6, C7 i C11, gdzie w formularzu ofertowym jest „Ventus”, a w kosztorysie zawarto oznaczenie dla urządzeń linii „Ventus Compact”.

Konkludując powyższe, w ocenie Izby zamawiający prawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i wyeliminował wadliwą merytorycznie ofertę odwołującego z części

1 postępowania, zaś wykonawca nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Izba dalej wskazuje, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w części

2 postępowania, ponieważ - zgodnie z zawiadomieniem z dnia 31 grudnia 2021 r. - wykonawca zaoferował „centralę 1 basenową”, której producent VTS nie produkuje.

Na podstawie materiału procesowego skład orzekający ustalił, że w formularzu ofertowym dla rzeczowej centrali wskazano: pozycja kosztorysu - „Poz. 6.5. Kosztorysu Centrala C1”, model i producent - „VTS Ventus”. Zaś w kosztorysie szczegółowym złożonym wraz z ofertą odwołujący wskazał: „C1 - Centrala wentylacyjna Zasilanie: 400V/3ph/50Hz, Efektywne zapotrzebowanie na moc elektryczną: + wentylatory nawiewne 5,02 kW (moc znam. 2 x 5,50 kW) + wentylatory wywiewne 4,58 kW (moc znam. 2x5,50 kW) węzły pompowe, automatyka i okablowanie, 2,00 szt.”

Na poparcie swojego stanowiska zamawiający przedłożył korespondencję elektroniczną, którą prowadził w toku badania i oceny ofert z pracownikiem VTS Polska Sp. z o.o. w Warszawie, który oświadczył, że centrala o ww. parametrach nie jest ujęta w doborze firmy, która nie ma urządzeń w takim wykonaniu. Pracownik zidentyfikował jedynie centrale od C2 do C11 (e-mail z 21.12.2021 r. wraz z pytaniami zamawiającego). Izba uznała ten dowód za wiarygodny i przydatny dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozpoznawanego sporu. Natomiast odwołujący nie zdecydował się na złożenie żadnych dowodów na okoliczność, że taka centrala jest faktycznie oferowana przez VTS. Strona

skupiła się na możliwości użycia centrali VTS Ventus w basenie, po dostosowaniu przez podmiot trzeci (Elbas Sp. z o. o. Sp. k. w Warszawie), co nie było podstawą odrzucenia jej oferty.

Najpierw odwołujący powinien podważyć stanowisko zamawiającego i udowodnić, że VTS produkuje przedmiotowe centrale, albo że pomimo braku centrali o wskazanych parametrach w standardowo oferowanych rozwiązaniach producenta VTS, producent je oferuje, co potwierdziłoby, że oferta została odrzucona w sposób nieprawidłowy. Tutaj przedmiotem sporu nie była możliwość dostosowania urządzenia czy użycia w takim obiekcie jak basen, a fakt, że odwołujący zaoferował zdanem zamawiającego urządzenie nieistniejące (o parametrach z kosztorysu szczegółowego będącego przedmiotowym środkiem dowodowym), którego producent nie produkuje. Z dowodu odwołującego - oświadczenia VTS Polska Sp. z o. o. w Gdańsku (pismo z dnia 04.01.2022 r.) wynika potwierdzenie możliwości użycia centrali model Ventus, po jej dostosowaniu przez wskazany podmiot trzeci, co zdaniem prezesa zarządu utrzymuje tożsamość urządzenia i nie powoduje utraty gwarancji, tylko że nie to było powodem wyeliminowania oferty odwołującego, więc dowód ten jest nieprzydatny dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności relewantnych dla sporu - którego podstawą jest treść informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy z dnia 31 grudnia 2021 r.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem

kontrydiktoryjnym, 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 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. Skoro obciążony ciężarem dowodu odwołujący nie był w stanie przedstawić żadnego kontrdowodu do korespondencji e-mail złożonej przez zamawiającego, czyli odwołujący nie udowodnił, że producent VTS rzeczywiście oferuje centrale o cechach technicznych ze wskazanej w ofercie pozycji kosztorysu szczegółowego (centrala C1), to odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W konsekwencji oferta, w treści której zaoferowano urządzenie VTS, którego ten producent nie produkuje, została przez zamawiającego prawidłowo wyeliminowana z postępowania, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Ponadto jest to merytoryczna, nieusuwalna wada treści oferty, która nie może zostać konwalidowana w żadnym z sanacyjnych trybów p.z.p., zatem jednostka zamawiająca prawidłowo zastosowała art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i odrzuciła ofertę odwołującego w części nr 2 postępowania.

Skład orzekający włączył w poczet materiału dowodowego złożone przez

przystępującego atesty higieniczne, niemniej w ocenie Izby nie są one nawet luźno związane z czynnością zamawiającego, którą zaskarżono odwołaniem. Innymi słowy, oferta odwołującego została odrzucona z powodów okoliczności wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu, które w żaden sposób nie dotyczą certyfikatów higienicznych.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Skład orzekający nie zasądził na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego od odwołującego, ponieważ strona ograniczyła się do wniesienia w odpowiedzi na odwołanie wniosku o ich zasądzenie, bez wskazania podstawy i kwoty, którą miałby zostać obciążony odwołujący. W szczególności warto zauważyć, że koszty

wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego są ustalane na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy (§ 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia). W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie wniosku strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku bądź spisu kosztów - dowodu poniesienia tych wydatków. W przypadku więc braku (lub niemożności przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do ich zasądzenia.

Przewodniczący: