

WYROK
z dnia 3 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **PROLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operę na Zamku w Szczecinie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – **PROLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 825 zł 05 gr (słownie: osiemset dwadzieścia pięć złotych pięć groszy) stanowiącą koszty dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty opłaty skarbowej poniesione przez zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od odwołującego – **PROLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz zamawiającego **Opery na Zamku w Szczecinie** kwotę 4 442 zł 05 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści dwa złote pięć groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Opera na Zamku w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup sprzętu przeznaczanego do projekcji video oraz urządzeń oświetleniowych”, znak sprawy PZ. 1.2021.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

W dniu 6 sierpnia 2021 roku wykonawca PROLIGHT sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: odwołujący lub PROLIGHT) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 3 i nr 4 z dnia 1 lipca 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, ramach zadania nr 3 i nr 4 postępowania, naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt b) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wskutek błędnego przyjęcia, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu
- 2) art. 255 pkt 2 w zw. z art. 259 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania wskutek odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wnosił również o zasądzenie kosztów postępowania przed KIO na swoją rzecz.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał:

W dniu 12 maja 2021 r. na stronie BIP - Opera na zamku w Szczecinie opublikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu publicznym na Zakup sprzętu przeznaczanego do projekcji video oraz urządzeń oświetleniowych (znak sprawy : PZ. 1.2021). Odwołujący w określonym przez Zamawiającego terminie złożył ofertę w zakresie zadania nr 2, 3, 4 i 5 określonych w SWZ. Pomimo spełnienia wszelkich warunków i wymogów wskazanych przez Zamawiającego w zakresie zadania nr 3 i 4, a także wskutek prawidłowego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp odwołujący został uznany za podmiot niespełniający warunków określonych w ust. 7.1.4 pkt. a) ppk III i ust. 7.1.4 pkt a) ppkt. IV SWZ. W konsekwencji w dniu 30 lipca 2021 r. Zamawiający przesłał drogą mailową informację o

odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 3 i 4. Z uwagi na tożsamość treści obu pism odwołujący przedstawił wspólna argumentację dot. obu czynności.

Odwołujący argumentował, iż jak wskazano w uzasadnieniu do nowego Pzp ustawodawca zrezygnował z wyodrębnienia wykluczenia z udziału w postępowaniu jako oddzielnej czynności od czynności odrzucenia oferty, a w konsekwencji zwolnił zamawiającego ze składania osobnego oświadczenia o wykluczeniu wykonawcy, łącząc je immanentnie z oświadczeniem woli o odrzuceniu oferty (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy Nr 3624. Sejm VIII kadencji, s. 38). W ocenie odwołującego, zmiana ta nie ma jedynie charakteru porządkowego, ale niesie daleko idące konsekwencje w postępowaniu. Ocena braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest na podstawie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, co do zasady składanego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że takie oświadczenie zostało złożone przez Wykonawcę na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ. Odwołujący stwierdził, że przedłożył także wszelkie dokumenty, w tym w szczególności referencje potwierdzające fakt, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu określone w ust. 7 SWZ.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią ust. 7.1.4 pkt. a) ppk III „Wykonawca w celu udziału w postępowaniu powinien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat od dnia w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 3 dostawy (przez dostawę rozumie się wykonywanie dostawy spełniającej poniżej wskazane kryteria na podstawie 1 umowy) polegające na dostarczeniu teatralnych/ scenicznych urządzeń oświetleniowych, każde na kwotę nie mniejszą niż 150 000 zł brutto ". Tożsamy zapis widnieje w treści ust. 7.1.4 pkt a) ppkt. IV SWZ przy czym zamawiający w zakresie zadania nr 4 wymagał jedynie wykazania dwóch dostaw o zakreślonych wyżej kryteriach. Pomimo, że powyższe zostało wykazane poprzez treść referencji załączonych do wniosku o udział w postępowaniu. Odwołujący poinformował, iż zamawiający w dniu 12 lipca 2021 r. wezwał odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wykazu dostaw. W treści wezwań wprost wskazano, że Wykonawca ma skorzystać z wzoru wykazu wykonanych dostaw, który stanowi Załącznik nr 7 do SWZ. Odwołujący wypełnił wykaz dostaw zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego metodyką narzuconą poprzez formę Załącznika nr 7 do SWZ. Załącznik zawierał jedynie zestawienie tabelaryczne o określonej treści.

Odwołujący stwierdził, że w świetle powyższego nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Zamawiającego, iż Wykonawca nie wskazał jakiego rodzaju oświetlenie było objęte tą dostawą bowiem sam Zamawiający nie narzucał takiego obowiązku. W odmiernej sytuacji wzór Załącznika nr 7 mógł zostać rozbudowany o stosowną rubrykę, gdzie

Wykonawca winien umieścić wykaz dostarczanego oświetlenia. Zamawiający nie zażądał również przedłożenia umów na poszczególne dostawy - nawet zanonimizowanych lub ograniczonych co do treści relewantnych dla Postępowania. W przypadku gdyby jednak taka konieczność nastąpiła. Wykonawca przyjął, że w rubryce nr 3 wskazywać będzie literalną treść zapisów dot. przedmiotu umowy zgodnie z posiadanymi i dokumentami.

Dalej odwołujący wskazał, że tożsame uzupełnienie informacji w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie Zadania nr 5 skutkowało wyborem oferty Wykonawcy w zakresie tego zadania. Powyższe wskazuje na niekonsekwencję w działaniu zamawiającego, który w tym wypadku nie dopatrył się uchybień po stronie Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że w treści SWZ zamawiający nie definiuje czym jest oświetlenie teatralne/sceniczne i czy wymaga urządzeń o konkretnych parametrach. Wskazuje jedynie w ogólny sposób zakres każdego z zadań w ramach Postępowania. Co więcej w Zadaniu nr 4 wskazuje również na konieczność dostarczenia okablowania, akcesoriów i skrzyń transportowych na co Wykonawca przedłożył stosowne referencje (spółka TVP S.A. oraz Teatr Narodowy w Warszawie). Przy tak dużym stopniu ogólności warunków określonych w SWZ oraz w świetle wymogu sporządzenia wykazu dostaw na formularzu stworzonym przez zamawiającego odwołujący uznał, że spełnił przesłankę podmiotową uczestnictwa w postępowaniu. Odwołujący ocenił, iż w sposób bezsprzeczny wykazał, że realizuje warunki w zakresie dostaw o czym poświadczały stosowne referencje oraz wypełniona treść Załącznika nr 7 do SWZ. Odwołujący wskazał, że analizując całość postępowania należy uznać, iż celem zamawiającego było pozyskać urządzenia oświetleniowe mogące być wykorzystane na scenie teatralnej. Zestawiając charakter działalności gospodarczej prowadzonej przez odwołującego oraz działalność gospodarczą prowadzoną przez podmioty składające referencje (TVP S.A., Teatr Muzyczny ROMA, Teatr Narodowy w Warszawie oraz Filharmonia Dolnośląska w Jeleniej Górze) z całą stanowczością można przyjąć, że przedmiot dostaw stanowiło oświetlenie o charakterze wymaganym przez zamawiającego. Wykonawca nie jest podmiotem świadczącym usługi w zakresie instalacji elektrycznych czy dostawy oświetlenia domowego/przemysłowego. Dalej odwołujący wskazał, że na rodzaj oświetlenia dostarczanego przez niego wskazują również elementy wyszczególnione w wykazie dostaw i referencjach, którym są „skrzynie transportowe”. Wiedzą powszechną jest, że oświetlenie sceniczne/teatralne z uwagi na sposób montażu i przeznaczenie transportowane jest w specjalistycznych skrzyniach. W efekcie odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie powinien mieć wątpliwości w zakresie sprzętu dostarczanego przez odwołującego w ramach dostaw stanowiących przesłankę podmiotową uczestnictwa w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził również, że nie można przyjąć za zasadny argument zamawiającego dotyczący braku możliwości weryfikacji zakresu dostaw pod kątem ustalenia czy dostawa oświetlenia opiewała na wartość mniejszą niż 150.000.00 złotych brutto.

Zamówienie realizowane dla TVP S.A. wobec którego zamawiający podnosi powyższy argument opiewało na kwotę 3.324.664.00 złotych. Średnia rynkowa cena skrzyni transportowej to ok. 800.00 złotych. Skrzynia taka pomieści do kilku elementów oświetlenia oraz kilkunastu lub kilkadziesiątu sztuk akcesoriów i/lub okablowania. Jeżeli dostawa nie spełniałaby warunków udziału w postępowaniu należałoby przyjąć, że spółka TVP S.A. poza oświetleniem o wartości poniżej 150.000.00 zł brutto (przyjmijmy 149.999.00 zł brutto) zamówiła blisko 4.000 skrzyń transportowych o wartości 3.174.665.00 zł brutto. Działanie takie stanowiłoby skrajną niegospodarność tego podmiotu. Podobne irracjonalne założenia można poczynić w przypadku drugiego z kwestionowanych zamówień dla Opery Dolnośląskiej w Jeleniej Górze.

Na marginesie odwołujący wskazał, że w przedmiocie oświadczeń złożonych do wykazu dostaw, a także przedłożenia dokumentów z referencjami działań pod rygorem odpowiedzialności karnej z art. 297 §1 k.k. Działanie w postaci przedłożenia referencji i/lub oświadczeń sprzecznych z wymaganiami Zamawiającego (np. dostaw nieobejmujących oświetlenia teatralnego/scenicznego) stanowiłoby praktykę skrajnie ryzykowną i nieodpowiedzialną ze strony Wykonawcy. Nie istnieją żadne dowody ani przesłanki by móc przypisać takie działanie po stronie odwołującego.

Zamawiający w dniu 1 września 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, oferty odwołującego oraz dokumentów składanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu przeznaczonego do projekcji video oraz urządzeń oświetleniowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 092-237746 w dniu 12 maja 2021 r.

Zamawiający w opublikowanym dla postępowania SWZ określił warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 7.1 ppkt 4) SWZ *„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.*

a) Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat od dnia w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):

(...)

III) dla Zadania nr 3

zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 3 dostawy (przez dostawę rozumie się wykonywanie dostawy spełniającej poniżej wskazane kryteria na podstawie 1 umowy) polegające na dostarczeniu teatralnych/ scenicznych urządzeń oświetleniowych, każde na kwotę nie mniejszą niż 150 000 zł brutto

VI) dla Zadania nr 4

zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 2 dostawy (przez dostawę rozumie się wykonywanie dostawy spełniającej poniżej wskazane kryteria na podstawie 1 umowy) polegające na dostarczeniu teatralnych/ scenicznych urządzeń oświetleniowych, każde na kwotę nie mniejszą niż 150 000 zł.”

Zgodnie z pkt 9.1. SWZ *„W celu wstępnego potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2., Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnego na dzień złożenia:*

- oświadczenia Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”), sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i

spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.”

Dalej w pkt 9.2. SWZ zawarto następujące postanowienia: *„W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, działając na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych*

a) wykazu dostaw porównywalnych z dostawami stanowiącymi przedmiot zamówienia, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji) i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (wzór wykazu wykonanych dostaw stanowi załącznik nr 7 do SWZ),

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji dostaw, wykonanych wspólnie z innymi wykonawcami informacje, o których mowa wyżej dotyczą dostaw faktycznie przez niego wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również faktycznie przez niego wykonywanych,

b) dowodów, że wskazane przez Wykonawcę dostawy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie; Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy,”

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2021 r. otworzył oferty złożone w postępowaniu. Dla części 1 nie wpłynęła żadna oferta, dla części od 2 do 5 wpłynęło po jednej ofercie – złożonej przez odwołującego.

W dniu 30 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał odwołującego m.in. do złożenia podmiotowych środków dowodowych dla wszystkich części a zamówienia o które się on ubiegał. Treść wezwań dla wszystkich części była analogiczna. Zamawiający w pismach tych wymagał złożenia *„W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. SWZ:*

- a) wykazu dostaw porównywalnych z dostawami stanowiącymi przedmiot zamówienia, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji) i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (wzór wykazu wykonanych dostaw stanowi załącznik nr 7 do SWZ),
Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji dostaw, wykonanych wspólnie z innymi wykonawcami informacje, o których mowa wyżej dotyczą dostaw faktycznie przez niego wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również faktycznie przez niego wykonywanych,
- b) dowodów, że wskazane przez Wykonawcę dostawy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie; Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”

Odwołujący w dniu 7 czerwca 2021 r. złożył dokumenty dla wszystkich części zamówienia, jednakże bez wykazu wykonanych dostaw.

Zamawiający w dniu 12 lipca 2021 r. analogicznie we wszystkich częściach zamówienia „Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 – „PZP”), wezwał PROLIGHT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu dostaw porównywalnych z dostawami stanowiącymi przedmiot zamówienia, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji) i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (wzór wykazu wykonanych dostaw stanowi załącznik nr 7 do SWZ). W ww. wykazie dostaw powinny zostać podane informacje, z których będzie wynikało, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 7.1.4) lit. a) SWZ. Ponadto Zamawiający w pismach tych wskazał, iż „pismem z dnia 29 czerwca 2021 r. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, został wezwany w trybie art. 126 ust.

1 PZP do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W wykonaniu ww. wezwania Wykonawca nie przedłożył wykazu dostaw. Mając powyższe na uwadze Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 PZP wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego wskazanego w pkt. 9.2. lit. a) SWZ'.

W odpowiedzi, Odwołujący złożył, dla każdej z części, wykaz wykonanych dostaw datowany na dzień 12 lipca 2021 r.

W dniu 30 lipca 201 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania w części 3 i 4 gdyż wszystkie złożone oferty podlegały unieważnieniu, wraz z podaniem uzasadnienie faktycznego i prawnego.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) ustawy Pzp);

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu (art. 255 pkt 2 ustawy Pzp);

Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy art. 255-258 (art. 259 ustawy Pzp).

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał posiadania doświadczenia w dostawie teatralnych/scenicznych urządzeń oświetleniowych w częściach 3 i 4 zamówienia. Z przedłożonych przez odwołującego dokumentów nie można w sposób jednoznaczny wywieść, iż przedmiotem zamówień przez niego zrealizowanych były urządzenia wymagane przez zamawiającego. Myli się odwołujący wskazując, iż ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest na podstawie oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu. Oświadczenie o niepodleganiu wykluczaniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu stanowi wstępne potwierdzenie spełniania tychże. Jak stanowi ustawa Pzp w art. 125 ust. 3, oświadczenie jest dokumentem tymczasowo zastępującym wymagane przez zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe. Powyższe znalazło wyraz również w sporządzonej przez zamawiającego SWZ. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału, zgodnie z postanowieniami SWZ, musi być w dalszym toku postępowania potwierdzone złożeniem stosownych podmiotowych środków dowodowych.

Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, zasadniczo przez złożenie oświadczenia i przedstawienie stosownych informacji w wykazie wykonanych dostaw, spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W określonych sytuacjach dopuszczalne jest pomocniczo, wykazanie posiadanego doświadczenia za pomocą innych dostępnych wykonawcy dokumentów np. poprzez przedłożenie zamawiającemu również referencji, umów, faktur czy też protokołów odbioru, które oprócz poświadczenia, iż wskazywane realizacje zostały wykonane należycie, mogą także potwierdzać lub uściślać określone okoliczności istotne z punktu widzenia postawionych warunków udziału w postępowaniu, jednakże aby tak było powinny one zawierać informacje niezbędne do stwierdzenia, iż określony przez zamawiającego warunek został spełniony. W takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest dokonać kompleksowej oceny w tym zakresie i w zależności od wyników podjąć odpowiednie kroki. Zamawiający nie może pomijać informacji znajdujących się w innych dokumentach. W okolicznościach niniejszej sprawy należy wskazać, iż również z referencji przedłożonych przez Odwołującego nie można wywieść, iż przedmiotem dostaw były teatralne/sceniczne urządzenia oświetleniowe, gdyż nie można wykluczyć, jak wskazywał zamawiający, iż zamawiane oświetlenie mogło być zamawiane na potrzeby oświetlenia innych pomieszczeń czy też części pomieszczeń np. sali koncertowej w części przeznaczonej dla publiczności, a nie sceny.

W ocenie Izby, sporządzony przez zamawiającego wzór wykazu wykonanych dostaw nie stoi na przeszkodzie aby wykonawca zawarł w nim informacje niezbędne do potwierdzenia spełnienia warunków. W szczególności w rubryce nr 3 „przedmiot (rodzaj) wykonanych/ wykonywanych dostaw” istniała możliwość opisanie jakiego rodzaju urządzenia oświetleniowe były przedmiotem dostawy w ramach zrealizowanego zamówienia, tak aby jednoznacznie zostało wykazane spełnianie warunku udziału postawionego w postępowaniu dla części 3 i 4 zamówienia. Odwołujący, jak sam przyznał w odwołaniu – „przyjął, że w rubryce nr 3 [wykazu wykonanych dostaw] wskazywać będzie literalną treść zapisów dot. przedmiotu umowy zgodnie z posiadanymi dokumentami”, bez powiązania ich z warunkami udziału i określeniem jakiego rodzaju urządzenia oświetleniowe były przedmiotem dostaw. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż informacja o treści „dostawa wysokiej klasy aparatów oświetleniowych wraz ze skrzyniami transportowymi i akcesoriami” czy też „dostawa wysokiej klasy aparatów oświetleniowych bazujących na wielokolorowych diodach Led” to za mało aby stwierdzić, iż przedmiotem dostawy było dostarczenie teatralnych/scenicznych urządzeń oświetleniowych. Sam odwołujący w toku rozprawy przyznał, iż faktycznie nieprecyzyjnie wskazał zakres dostaw. Jednakże, przy tym domagał się, aby spełnianie warunku udziału w postępowaniu wywieść z całokształtu okoliczności sprawy tj. tożsamości odbiorców na rzecz których zrealizował dostawy – Telewizja Polska S.A., Teatr Muzyczny Roma czy też Filharmonia Dolnośląska, obszaru w jakim one prowadzą działalność, opakowania dostarczanych urządzeń, przedstawionych referencji oraz

wartości zrealizowanych zamówień. W ocenie Izby, w oparciu o informacje przedstawione przez odwołującego w toku postępowania nie da się jednoznacznie stwierdzić, iż postawione przez zamawiającego warunki zostały spełnione. Oczywiście, przywoływane przez odwołującego okoliczności mogą wskazywać na potencjalną możliwość spełnienia warunków, jednakże ich nie potwierdzają. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż odwołujący, nie składając na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wykazu wykonanych dostaw, wziął na siebie ryzyko, iż informacje złożone w uzupełnionym wykazie mogą nie potwierdzać spełniania warunków, przez co również pozbawił zamawiającego możliwości wskazania odwołującemu braków złożonych wykazów i wezwania go do złożenia stosownego uzupełnienia. Wykonawca będąc podmiotem profesjonalnie działającym na rynku i, co potwierdza wykazywane doświadczenie nabyte w związku z wykonywaniem umów zawartych w wyniku postępowań publicznych, znającym procedury Pzp, winien dochować należytej staranności w przygotowaniu dokumentów niezbędnych dla pozyskania zamówienia, tym bardziej, iż jak podnosi w odwołaniu było ono niezwykle istotne dla jego kondycji finansowej.

Odnosząc się do przekazanych przez Odwołującego dowodów mających potwierdzać fakt posiadania wymaganego doświadczenia, Izba pominęła te dowody, jako niemogące mieć wpływu na rozstrzygnięcie. Ich złożenie oraz weryfikacja powinna mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie na rozprawie przed Izbą. Zamawiający dokonując oceny ofert nie dysponował ani wyciągami z umów ani załącznikami do nich. Dokumenty te zostały złożone dopiero na rozprawie, jako potwierdzające stanowisko procesowe odwołującego. Izba nie może zastępować zamawiającego w jego ustawowych obowiązkach, gdyż jej rolą jest ocena zgodności z ustawą Pzp zaniechań lub czynności dokonywanych przez zamawiającego.

Dostrzeżenia wymagało również, iż odwołujący na rozprawie uzasadniał niemożność przekazania tych umów zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia koniecznością zachowania bliżej nie określonej tajemnicy, w sytuacji gdy wszystkie przedstawione umowy zostały zawarte w wyniku przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie były jawne z mocy prawa. Podkreślić należy, iż oczywiście odwołujący nie miał takiego obowiązku, jednakże wobec lakoniczności informacji zawartych w wykazach wykonanych dostaw, przedłożenie chociażby wyciągu z umów (co uczynił na rozprawie) mogłoby skutkować odmienną oceną jego ofert złożonych dla części 3 i 4 zamówienia.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego w skarżonych częściach postępowania podlegała odrzuceniu, a postępowanie w części 3 i 4 podlegało unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie nie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

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

.....