

Sygn. akt: KIO 3000/20

WYROK
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VAMED Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz VAMED Standortenwicklung Und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Dräger Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż kolumn anestezyjnych i kolumn chirurgicznych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Szpitala Południowego”. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 145-356552.

I. W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: VAMED Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz VAMED Standortenwicklung Und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

- zaniechanie przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. i uznanie, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w toku postępowania przetargowego są wystarczające, aby stwierdzić, że wykonawca faktycznie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu, na którego zasobach polegał w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym;
- zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania do wyjaśnień wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. w zakresie przedstawionych dokumentów mających potwierdzić posiadanie zdolności technicznych przez podmiot je użyczający, określonych szczegółowo w rozdziale V ust. 3 pkt 3.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- wybór oferty wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2, 3 oraz 4 ustawy Pzp (Zarzut nr 1) - poprzez niewykluczenie z

postępowania wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o., pomimo że ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie udowodnił, że przy realizacji zamówienia publicznego będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu, na którego zdolnościach polegał w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co powoduje, że oferta wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. winna zostać uznana za odrzuconą;

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp (Zarzut nr 2) - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. do wyjaśnień w związku z przedstawionymi przez niego dokumentami, które miały potwierdzać zdolności techniczne podmiotu, na których zasobach wykonawca polegał, a które zostały określone przez zamawiającego w SIWZ, pomimo że z ich treści nie wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. faktycznie spełnia ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji - wybór oferty wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą i wyboru oferty wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o.;
2. powtórzenia czynności badania oferty wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o., a w następstwie tego odrzucenia oferty tego wykonawcy wobec faktu podlegania wykluczeniu z postępowania;
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

II. Pismem wniesionym w dniu 24 listopada 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 19 listopada 2020 r. wykonawca Dräger Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 26 listopada 2020 r. Wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, że w treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt V. 3 SIWZ) zamawiający ustalił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia:

posiadanie doświadczenia - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, w wykonaniu* co najmniej dwóch dostaw wraz z montażem kolumn anestezjologicznych/kolumn chirurgicznych o wartości zamówienia co najmniej 2.000.000,00 zł brutto** (słownie złotych: dwa miliony 00/100) każda. W dalszej części opisu warunku zamawiający wskazał:

* Za wykonaną dostawę Zamawiający rozumie taką dostawę (tj. dostawę lub dostawę wraz z rozmieszczeniem lub dostawę wraz z instalacją/montażem dostarczonej rzeczy), która została zrealizowana w ramach danej umowy i odebrana przez Zamawiającego/Odbiorcę jako należycie wykonana. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie.

** W przypadku, gdy rozliczenie pomiędzy Wykonawcą/podmiotem a Zamawiającym/odbiorcą za wykonane zamówienie zostało dokonane w innej walucie niż w złotych polskich, Zamawiający dokona przeliczenia wartości wykonanych zamówień w innej walucie na złote polskie - na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do walut obcych określonego w Tabeli Kursów Narodowego Banku Polskiego na dzień przekazania ogłoszenia do Dz. U. U. E.

Zgodnie z wykazem oświadczeń i dokumentów zamieszczonym w pkt VII SIWZ na potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał złożenia: wykazu dostaw, wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (wzór stanowi Załącznik Nr 4 do SIWZ), wraz z załączonymi dowodami określającymi czy te dostawy zostały wykonane należycie. Dowodami, o których mowa wyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy.

Na potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. złożył wykaz dostaw wraz z załączonymi do niego dowodami w postaci zaświadczeń. W wykazie zostały wskazane następujące dostawy:

1. na rzecz AZ Sint Maarten – całkowita wartość dostawy: 1 245 400,01 Euro netto, tj. 5 545 517,17 PLN netto, w tym dostawa kolumn anestezjologicznych/kolumn chirurgicznych za kwotę 929 728,00 Euro netto, tj. 4 139 892,84 PLN netto.
2. na rzecz AZ ZENO Knokke – całkowita wartość dostawy: 979.666,27 Euro netto, tj. 4 362 257,97 PLN netto, w tym dostawa kolumn anestezjologicznych/kolumn chirurgicznych za kwotę 735 000,00 Euro netto, tj. 3 272 808, 00 PLN netto.

Załączone do wykazu zaświadczenia zostały wystawione odpowiednio przez: A.Z. Sint – Maarten oraz AZ Knokke. Zgodnie z wykazem i treścią zaświadczeń podmiotem, który wykonał ww. dostawy był: Dräger Medical Belgium N.V. Wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. złożył zobowiązanie Dräger Medical Belgium N.V. do oddania do dyspozycji wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Jako sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia wskazano: wykorzystanie doświadczenia i wiedzy w zakresie doradztwa dot. należytego wykonania przedmiotu zamówienia; jako zakres i okres udziału ww. podmiotu przy wykonywaniu zamówienia wskazano: wykorzystanie doświadczenia i wiedzy w zakresie doradztwa dot. należytego wykonania przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 15 października 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ww. zobowiązania w zakresie wskazanego sposobu wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia (w jaki sposób wykonawca będzie wykorzystywał doświadczenie i wiedzę w zakresie doradztwa dotyczącego należytego wykonania przedmiotu zamówienia). Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. udzielił pismem z dnia 19 października 2020 r., wyjaśniając, że będzie wykorzystywał wiedzę i doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby korzystając z jego doradztwa na etapie realizacji zamówienia, polegającego w szczególności na wsparciu i doradztwie technicznym na całym etapie wykonania zamówienia w celu jego należytej realizacji, w tym: w przygotowaniu dokumentacji produkcyjnej przedmiotu zamówienia, pomocy w przygotowaniu harmonogramu dostaw i planowaniu prac instalacyjnych przedmiotu zamówienia, doradztwie podczas wykonywania testów i pomiarów akceptacyjnych przy uruchomieniu przedmiotu zamówienia, rozwiązywaniu problemów technicznych podczas montażu kolumn, w szczególności tych które mogą wystąpić w miejscach kolizyjnych z istniejącą infrastrukturą budynku — we współpracy z Generalnym Wykonawcą robót budowlanych. Ponadto wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. zaznaczył, że

Dräger Medical Belgia jak i Dräger Polska sp. z o.o. przynależy do struktur korporacyjnych Dräger dzięki czemu wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. może uzyskać realne wsparcie podmiotu udostępniającego potencjał przez cały proces realizacji zamówienia.

Zarzut nr 1 - zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 22a ust. 1, 2, 3 oraz 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o., pomimo iż ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie udowodnił, że przy realizacji zamówienia publicznego będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu, na którego zdolnościach polegał w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co powoduje, że oferta wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. winna zostać uznana za odrzuconą.

W ramach ww. zarzutu odwołujący podniósł, że zakres udziału podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołał się wykonawca Dräger Polska, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia, został określony jako wykorzystanie doświadczenia i wiedzy w zakresie doradztwa dotyczącego należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego oznacza to, że podmiot, który oddaje do dyspozycji swoje zasoby, nie będzie faktycznie brał udziału w realizacji zamówienia. Odwołujący stwierdził, że jest to niezgodne z przepisem art. 22a ustawy Pzp, w treści którego ustawodawca przesądził o konieczności faktycznego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. W dalszej części uzasadnienia ww. zarzutu odwołujący zauważył, że wprawdzie dyspozycją przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie zostały objęte dostawy, jednakże wskazał na treść opisu warunku udziału w postępowaniu w ramach którego zamawiający wymagał doświadczenia polegającego na wykonaniu co najmniej dwóch dostaw wraz z montażem kolumn anestezyjologicznych/kolumn chirurgicznych. Odwołujący stwierdził, że wyrażenie „wraz z montażem”, którym posłużył się zamawiający w opisie warunku oznacza, że zamówienie wychodzi poza ramy typowej dostawy – przedmiotem zamówienia będzie również montaż przedmiotu dostawy i w tym zakresie niewątpliwie istnieje konieczność osobistej realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, co zdaniem odwołującego wprost wynika z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący dodał, że montaż przedmiotu dostawy jest bardzo skomplikowany, jest to zaawansowany technologicznie proces wymagający profesjonalnej oraz szczegółowej wiedzy, o czym świadczy chociażby opis przedmiotu zamówienia oraz liczne pytania wykonawców zadane zamawiającemu w tym zakresie.

Zarzut nr 1 Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby odwołujący błędnie utożsamia pojęcie dysponowania zasobami tzw. podmiotu trzeciego z pojęciem realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wynikającym z treści

warunku udziału w postępowaniu, co stanowi jedną z form dysponowania ww. zasobami. Jak wynika z przepisów art. 22a ust. 1 – 4 ustawy Pzp ww. forma dysponowania zasobami podmiotu trzeciego została wskazana przez ustawodawcę jako obowiązkowa w normie zawartej w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy wyłącznie warunków w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, przy czym warunki te mają umożliwić ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia stanowiącego roboty budowlane lub usługi (art. 22a ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp). Istotnie w regulacji tej ustawodawca wprost nie wskazał na postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane bądź usługi. Analogicznie brzmienie ma regulacja zawarta w art. 63 ust. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r. ze zm.). Należy jednak podkreślić, że zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z powyższego wynika, że w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, warunek udziału w postępowaniu np. w zakresie doświadczenia będzie dotyczyć doświadczenia w zrealizowaniu robót budowlanych, jeżeli przedmiotem zamówienia są usługi, warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia będzie dotyczyć doświadczenia w zrealizowaniu usług. W związku z tym, skoro w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp mowa jest o zdolnościach (wyrażonych poprzez warunki) wymaganych do realizacji robót budowlanych lub usług, to oznacza to, że norma zawarta w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp co do zasady dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane bądź usługi. Niemniej jednak prowadzone są również postępowania o udzielenie zamówienia o mieszanym przedmiocie. W przypadku określonym w art. 5c ust. 1 ustawy Pzp zastosowanie znajdzie zasada, zgodnie z którą do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczącego tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, a w przypadku określonym w art. 5c ust. 2 ustawy Pzp zastosowanie znajdzie zasada, zgodnie z którą do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczącego tego rodzaju zamówienia, którego szacowana wartość jest większa. Niemniej jednak w takim przypadku, skoro przedmiotem zamówienia np. obok dostaw stanowiących głównych przedmiot zamówienia lub przedmiot zamówienia o większej szacowanej wartości będą również odpowiednio roboty budowlane lub usługi, to zamawiający będzie uprawniony do postawienia także warunków dotyczących robót budowlanych lub usług, o ile uzna to za potrzebne w celu dokonania oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W takim przypadku, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących robót budowlanych lub usług zastosowanie

znajdzie zasada ustanowiona w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Natomiast z odmienną sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż zgodnie z przepisem art. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o dostawach należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Oznacza to, że zamówienie na dostawy wraz z instalacją, czyli montażem, nie jest zamówieniem o mieszanym przedmiocie, lecz zamówieniem na dostawy. W konsekwencji tego, w taki sam sposób należy zakwalifikować ustanowiony warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w zrealizowaniu określonych dostaw wraz z montażem – jako warunek dotyczący doświadczenia w zrealizowaniu dostaw. W związku z tym do tego rodzaju warunku nie znajdzie zastosowania norma zawarta w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, tj. okoliczność, że tzw. podmiot trzeci nie będzie realizował przedmiotu zamówienia, nie będzie automatycznie świadczyła o braku realności dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu. Nie wyklucza to możliwości wprowadzenia przez zamawiającego do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu odpowiadającego treści art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, jednakże w obecnym postępowaniu, inaczej niż w postępowaniu, którego dotyczył przywołany przez odwołującego wyrok w sprawie KIO 2557/13, taki wymóg nie został przez zamawiającego ustanowiony. Natomiast treść postanowień zawartych w SIWZ dotyczących przedmiotowego warunku przeczy tezie odwołującego o istotnym dla zamawiającego znaczeniu doświadczenia w zakresie montażu przedmiotu dostawy. Wprawdzie w pierw zostało wskazane, że warunek dotyczy posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch dostaw wraz z montażem, jednakże w dalszym fragmencie opisu warunku jako równorzędną dostawie wraz z instalacją/montażem wskazano także dostawę z rozmieszczeniem oraz samą dostawę.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że sama okoliczność, że podmiot trzeci Dräger Medical Belgium N.V. nie będzie realizował przedmiotu zamówienia w zakresie odpowiadającym postawionemu przez zamawiającego warunkowi udziału w postępowaniu – a do tego sprowadzał się zarzut nr 1 - nie może automatycznie potwierdzać braku realności udostępnienia przez ten podmiot swoich zasobów wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o., co czyni postawiony w tym zakresie zarzut niezasadnym.

W związku z tym złożone przez wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o. jako dowód porozumienie zawarte w dniu 10 września 2020 r. pomiędzy tym wykonawcą a Dräger Medical Belgium N.V. nie miało istotnego znaczenia dla rozpoznania ww. zarzutu.

Izba pominęła przedstawione na rozprawie przez odwołującego zarzuty dotyczące treści wyjaśnień przystępującego z dnia 19 października 2020 r. w odniesieniu do poszczególnych form udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego Dräger Medical Belgium N.V. w związku

z tym, że nie zostały zawarte w odwołaniu (lecz zostały podniesione dopiero na rozprawie). Wymaga w tym zakresie przypomnienia, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast pod pojęciem zarzutu odwołania rozumie się nie tylko wskazaną podstawę prawną, lecz przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne, które w ocenie odwołującego wskazują na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*”

Zarzut nr 2 – zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o. do wyjaśnień w związku z przedstawionymi przez niego dokumentami, które miały potwierdzać zdolności techniczne podmiotu, na których zasobach wykonawca polegał, a które zostały określone przez zamawiającego w SIWZ, pomimo że z ich treści nie wynika w sposób niebudzący wątpliwości, iż wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. faktycznie spełnia ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie tego zarzutu odwołujący stwierdził, że:

Po pierwsze, posiada uzasadnione podejrzenia, że przedstawione przez wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o., na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wykaz oraz zaświadczenia są niewystarczające, aby stwierdzić, że wartość robót związanych z dostawą oraz montażem kolumn anestezjologicznych/kolumn chirurgicznych istotnie wynosiła co najmniej 2.000.000,00 złotych brutto. Zaświadczenia przedstawione przez wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o. oraz wartości, które z nich wynikają, jednoznacznie wskazują, iż dotyczą one całości wykonanych różnych zamówień - nie tylko związanych z dostawą i montażem kolumn anestezjologicznych/kolumn chirurgicznych.

Po drugie, odwołujący zarzucił, że z zaświadczeń nie wynika, aby dostawy z montażem zostały wykonane w ramach jednego zamówienia, a wręcz wydaje się, że przedstawione zaświadczenia dotyczą wykonania kilku niezależnych od siebie zamówień, na co wskazuje użycie w nich lakonicznych sformułowań co do zakresu ich wykonania (de facto nie wynika z nich wykonanie dostawy oraz montażu kolumn anestezjologicznych/kolumn chirurgicznych), oraz brak określenia jednego postępowania, w ramach którego te

zamówienia miałyby zostać wykonane, a wręcz z treści tych zaświadczeń wynika, że dostawy wraz z montażem były realizowane w ramach kilku projektów, na co wskazuje kilka numerów podanych w zaświadczeniach jako numery projektów. W ocenie odwołującego powyższe wątpliwości potęguje również fakt, iż czas realizacji zamówień, które wynikają z przedstawionych referencji, był bardzo długi.

Zarzut nr 2 Izba uznała za niezasadny.

W odniesieniu do tego zarzutu należy w pierwszej kolejności wskazać, że w świetle przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia („rozporządzenie w sprawie dokumentów”), oraz ugruntowanego orzecznictwa Izby, dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest wykaz odpowiednio dostaw, usług lub robót budowlanych, stanowiący oświadczenie własne wykonawcy. Natomiast składane w załączeniu do wykazu dokumenty mają potwierdzać należyte wykonanie wskazanych w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku tych ostatnich w szczególności chodzi o informację o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Dowody te nie muszą zawierać wszystkich informacji wymaganych przez zamawiającego, albowiem nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie, w odniesieniu do twierdzeń odwołującego przedstawionych w odwołaniu w ramach zarzutu nr 2 należy stwierdzić, że w przeważającej mierze zostały one oparte wyłącznie na przypuszczeniach i wątpliwościach odwołującego, a nie na konkretnych twierdzeniach, popartych dowodami. Wymaga zatem przypomnienia, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym, jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Dotyczy to przede wszystkim twierdzeń o okolicznościach faktycznych „spoza” dokumentacji postępowania.

Ponadto,

W odniesieniu do niewystarczającej wartości zrealizowanej dostawy kolumn anestezyjologicznych/kolumn chirurgicznych należy odwołać się do treści wykazu dostaw, w którym w sposób wyraźny, w odniesieniu do każdej pozycji wykazu, wskazana została zarówno całkowita wartość dostawy, jak i wartość dostawy kolumn anestezyjologicznych/kolumn chirurgicznych potwierdzająca spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Istotnie, w treści załączonych do wykazu zaświadczeń wskazane zostały

całkowite wartości dostaw, jednakże nie stanowi to uchybienia przepisom ustawy Pzp ani rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdyż powtórnie należy przypomnieć, że tego rodzaju dokumenty składane są jedynie na potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, a nie na potwierdzenie spełniania poszczególnych wymogów zawartych w opisie warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie swoich wątpliwości odnośnie niewystarczającej wartości dostaw kolumn anesteziologicznych/kolumn chirurgicznych odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów i związku z tym, w ocenie Izby, wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. nie był obowiązany do składania dowodów na poparcie swoich twierdzeń przedstawianych w tym zakresie. Niemniej jednak dowody takie zostały przez wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o. złożone i wobec tego Izba dokonała ich oceny. W odniesieniu do dostawy na rzecz AZ Sint Maarten wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. przedstawił umowę na tę dostawę wraz z załącznikiem w postaci kosztorysu. Pomijając nawet sporną pierwszą pozycję kosztorysu, która została zakwestionowana przez odwołującego, to i tak pozostała wartość dostawy w zakresie wskazanym przez wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o. potwierdza spełnianie wymogu dotyczącego wartości dostawy zawartego w treści warunku udziału w postępowaniu. Natomiast w odniesieniu do dostawy na rzecz AZ ZENO Knokke wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. przedstawił formularz zamówienia oraz raporty serwisowe z uruchomienia sprzętu dotyczące oddziału neonatologii. W treści formularza zamówienia zostały zaznaczone pozycje wchodzące w skład referencyjnej dostawy, a ich łączna wartość potwierdza spełnianie wymogu co do wartości dostawy zawartego w opisie warunku. Izba uznała, że odwołującemu nie udało się skutecznie zakwestionować ww. dowodów złożonych przez wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o. Na potwierdzenie swoich twierdzeń dotyczących rozróżnienia kolumn, paneli i konsoli odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. To samo należy odnieść do twierdzeń odwołującego dotyczących sposobu rozumienia pojęcia „pendels”, jednakże nawet gdyby przyznać w tym zakresie rację odwołującemu, to i tak nie zaprzecza to twierdzeniom przedstawionym w tym zakresie przez wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o., skoro kolumny chirurgiczne i kolumny anesteziologiczne zaliczane są do jednostek zasilania medycznego. Izba pominęła dowody przesłane przez odwołującego w toku rozprawy drogą elektroniczną, w związku z tym, że nie zostały one doręczone pełnomocnikowi zamawiającego (zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika, że nie posiada bezpośrednio dostępu do adresu email, ma który dowody te zostały przesłane – należy wskazać, że nie ma również obowiązku, aby pełnomocnicy stron stawający na rozprawę dysponowali urządzeniami elektronicznymi umożliwiającymi przesłanie im korespondencji w toku rozprawy). Za niemający istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy Izba uznała złożony przez odwołującego wydruk ze strony internetowej organizatora targów – może on bowiem potwierdzać co najwyżej pogląd organizatora targów w zakresie podziału kolumn sufitowych. W tym zakresie należy również

wskazać, że zarzut braku objęcia przedmiotem dostaw referencyjnych kolumn chirurgicznych i kolumn anestezyjologicznych nie został w żaden konkretny sposób postawiony w odwołaniu. Ponadto Izba nie zaliczyła do materiału dowodowego złożonego przez odwołującego wydruku ze strony internetowej TED, wobec faktu, że dokument został złożony wyłącznie w angielskiej wersji językowej bez tłumaczenia na język polski (§19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w dnia 22 marca 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Izba pominęła również jako materiał dowodowy zdjęcia złożone przez odwołującego i wykonawcę Dräger Polska sp. z o.o. wobec tego, że nie ma pewności, gdzie zostały one zrobione i w jakim czasie, nie wynikają z nich żadne konkretne okoliczności, a nadto w odniesieniu do zdjęć złożonych przez odwołującego – z uwagi na fakt złożenia ich jako materiału poglądowego a nie dowodowego (w odniesieniu do zdjęcia przesłanego przez odwołującego drogą elektroniczną w toku rozprawy – stanowisko zostało wskazane powyżej).

Ponadto w odniesieniu do wątpliwości odwołującego co do realizacji referencyjnych dostaw w ramach jednej umowy w związku ze wskazaniem kilku numerów projektów w treści złożonych zaświadczeń należy stwierdzić, iż tego rodzaju numery mogą nieść ze sobą bardzo różną treść i wcale nie muszą oznaczać, że wskazany w treści zaświadczeń przedmiot został zrealizowany w ramach kilku umów, co akurat w przypadku dostawy na rzecz AZ Sint Maarten zostało całkowicie wykluczone dodatkową adnotacją zawartą w zaświadczeniu. W związku z tym za wiarygodne Izba uznała wyjaśnienia wykonawcy Dräger Polska sp. z o.o., że numery projektu stanowią wewnętrzne, porządkowe określenie identyfikujące etapy realizacji zadania inwestycyjnego, co mając na uwadze analogiczny sposób zapisu numeracji w obydwu zaświadczeniach, należało odnieść również do zaświadczenia dotyczącego dostawy na rzecz AZ ZENO Knokke.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: