

Sygn. akt: KIO 2024/20

WYROK
z dnia 14 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **20 sierpnia 2020 r.** wykonawcę **Modular System Sp. z o.o., z siedzibą w Ogorzelicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną, Kraków,**

przy udziale wykonawcy **GENPOWER spółka z o.o., z siedzibą w Pniewach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Modular System Sp. z o.o., z siedzibą w Ogorzelicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Modular System Sp. z o.o., z siedzibą w Ogorzelicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Modular System Sp. z o.o., z siedzibą w Ogorzelicach** na rzecz zamawiającego **3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie** kwotę **1 026 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwadzieścia sześć złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 20 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Modular System Sp. z o.o., z siedzibą Ogorzelicach (dalej „**Odwołujący**”) zarzucają zamawiającemu 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu pn. „Dostawa kontenerów mieszkalnych i sanitarnych”:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP w związku z postanowieniami rozdziału V pkt 1 ppkt 2c SIWZ przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy Genpower sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania należycie dostawy będącej przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 1 500 000, 00 zł łącznie brutto;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy PZP przez jego wadliwe zastosowanie polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu polegającym na dopuszczeniu do udziału wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu oraz nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, co polegało na uprzywilejowaniu wykonawcy Genpower sp. z o.o. przejawiającym się tym, iż w stosunku do tego wykonawcy Zamawiający odstąpił od wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z postanowieniami SIWZ dopuszczając oświadczenia i samodzielnie stworzone przez Genpower sp. z o.o. tabele i wyliczenia jako dowód wykazania spełnienia warunków SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Genpower sp. z o.o.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kontenerów mieszkalnych i sanitarnych wyprodukowanych w 2020 r. Zamówienie podzielono na dwa zadania: „Kontenery mieszkalne” - sztuk: 199 oraz „Kontenery sanitarne” — sztuk: 17. Przedmiot zamówienia musiał spełniać wymagania określone w załączniku nr 6A-6b do SIWZ m.in.: kontener mieszkalny składany, kontener musi być przystosowany do funkcjonowania w następujących

warunkach klimatycznych: 1.3.1. w zakresie temperatur od - 20 °C do + 40 °C; 1.3.2. w czasie intensywnych opadów do 180 mm/m² (deszczu, śniegu lub gradu); 1.3.3. przy prędkości wiatru do 20 m/sek; kontener mieszkalny składany; kontener fabrycznie nowy, wyprodukowany w roku dostawy; przystosowany do ustawienia na wyrównanym terenie utwardzonym, umożliwiać mocowanie schodów lub podestów.

Odwołujący wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej lub zawodowej było posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w wykonywaniu dostawy o charakterze tożsamym będącej przedmiotem zamówienia. Warunek ten zostawał spełniony, jeżeli wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Za dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia uznawane miały być dostawy kontenerów mieszkalnych, sanitarnych, biurowych, transportowych, magazynowych i inne podobnego typu o wartości nie mniejszej niż dla zadania 1 - 1 000 000,00 zł brutto, dla zadania nr 2 - 500 000,00 zł brutto. W przypadku, gdy wykonawca ubiegał się o udzielenie zamówienia na więcej niż jedno zadanie wartość dostaw nie mogła być mniejsza niż suma kwot opowiadających poszczególnym zadaniom, w zakresie których realizację zamówienia wykonawca oferował.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: Genpower sp. z o.o., Modular System sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HEMPAMOS sp. z o.o. Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2020 r. oraz pismem z dnia 4 sierpnia 2020 r. dwukrotnie zwracał się do Genpower sp. z o.o. o potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - w trybie art. 26 ust 1 pzp. dowód: pismo Zamawiającego z dnia 14 lipca 2020 r. nr 16911/20 dowód: pismo Zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2020 r. nr 18632/20. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 4 sierpnia 2020 r. Zamawiający po raz kolejny powołał się na zapisy SIWZ (rozdział V pkt 1 ppkt 2c) wskazując, iż Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał dostawy o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia [...]. W tym celu wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz dostaw potwierdzający, iż w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał dostawy o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia o! wskazanych wartościach wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych w wykazie dostaw. W odpowiedzi Wykonawca Genpower sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu wykaz dostaw a także złożył oświadczenie, co do wypełnienia kryteriów SIWZ, nieścisłości w poprzednich referencjach i wycieniach - przedkładając samodzielnie:

stworzoną tabelę na poparcie powyższych tez. dowód: referencje oraz wykaz dostawa ADEX AP sp. z o.o. dowód: pismo Wykonawcy Genpower sp. z o.o. z dnia 7 sierpnia 2020 r. Zamawiający uznał przedmiotowe dokumenty, jak i wyjaśnienia spółki Genpower sp. z o.o. W rezultacie za najkorzystniejszą ofertę w zakresie zadania 1, jak i 2 uznana została oferta złożona przez Genpower sp. z o.o. (liczba punktów 100/100). Spółka Modular System sp. z o.o. uzyskała 99,94 punkty dla zadania 1 oraz 98,85 punktów dla zadania 2, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HEPAMOS sp. z o. o. - 74,45 punktów dla zadania 1 oraz 97,09 dla zadania 2. Tym samym Genpower sp. z o.o. uzyskała największą liczbę punktów i wygrała postępowanie.

W ocenie Odwołującego w świetle powyższych ustaleń brak było przesłanek do uznania, że Genpower sp. z o.o. spełnia warunki określone SIWZ. Zamawiający wbrew dowodom, zapisom SIWZ oraz zasadom przeprowadzania postępowań uznał, że przedstawione przez Genpower sp. z o.o. dokumenty i twierdzenia są wiarygodne i wystarczające dla stwierdzenia wypełnienia stawianych wykonawcom wymogów, w sytuacji gdy na ich podstawie nie powinien ustaleń takich poczynić. W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał dokonania ustaleń, czy kontenery, na które powoływał się Genpower Sp. z o.o. cechowały się właściwościami niezbędnymi dla przedmiotu zamówienia, tj. czy Genpower Sp. z o.o. wykonał dostawy o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia o określonej wartości łącznej. W ocenie Odwołującego warunek ten został określony jako dostawa kontenerów mieszkalnych, sanitarnych, biurowych, transportowych, magazynowych i inne podobnego typu odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zamawiający nie sprawdził więc, czy kontenery techniczne (ISO) przedstawione przez Genpower sp. z o.o. spełniały właściwości i cechowały się tożsamością przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że według jego najlepszej wiedzy kontenerów technicznych (ISO) nie można zaliczyć do kategorii kontenerów mieszkalnych, sanitarnych, biurowych, transportowych, magazynowych i innych tego podobnego typu, odpowiadających swym rodzajem przedmiotowi zamówienia, ze względu na oczywiste różnice. Cechy tych produktów mogą być zupełnie różne. W ocenie Odwołującego żądaniem Zamawiającego było w takiej sytuacji sprawdzenie i ustalenie czy kontenery techniczne dostarczane dotychczas przez Genpower Sp. z o.o. spełniają takie cechy, jak: I. zawieranie się w kodzie CPV 44211100 - (budynki modułowe i przenośne); II. posiadanie cech flatpak (składanie i rozkładanie kontenera); III. przeprowadzony proces deszczowania (czyli sprawdzenia wytrzymałości na warunki atmosferyczne); IV. przystosowanie do warunków z Wymagań Eksploatacyjno-Technicznych - kontener musi być przystosowany do funkcjonowania w następujących warunkach klimatycznych i umożliwia-przebywanie osób przy skrajnych warunkach

atmosferycznych: w zakresie temperatur od - 20 °C do + 40 °C; w czasie intensywnych opadów do 180 mm/m² (deszczu, śniegu lub gradu); przy prędkości wiatru do 20 m/sek. (kontener techniczny do warunków takich przystosowany najczęściej nie jest); V. umożliwienie konfiguracji w wersji dwukondygnacyjnej; VI. możliwość pełnej wymiany paneli. Kluczowym było więc ustalenie czy kontenery, na które powoływał się Genpower sp. z o.o. spełniały w/w warunki, albowiem to one determinowały udział w tym postępowaniu i przesądzały o spełnieniu wymogów z SIWZ. Co istotne, wskazane przez Odwołującego cechy w większości bezpośrednio wskazane są w SIWZ jako wymagane właśnie dla przedmiotu zamówienia, którego dostawę wykonawcy chcieli pozyskać.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie sprawdził czy Genpower sp. z o.o. dostarczał kontenery, na które się powoływał w referencjach czy też dokonywał jedynie ich modyfikacji (jak bywa to w przypadku kontenerów technicznych). Zamawiający nie ustalił powyższych okoliczności, co świadczy wprost o nieprawidłowościach prowadzonego postępowania. Zamawiający wezwał Genpower sp. z o.o. dwukrotnie do złożenia wyjaśnień, jednak wyjaśnienia złożone przez Genpower sp. z o.o., zdaniem Odwołującego, nie dostarczyły wyczerpujących odpowiedzi w zakresie przejrzystości i prawidłowości postępowania oraz w zakresie wnioskowanym przez Zamawiającego i z całą pewnością nie powinny zostać przez niego uznane. Co więcej, pośrednio dowodzą także, że sam Zamawiający miał wątpliwości co do zasadności twierdzeń i dokumentów przedstawianych przez Genpower sp. z o.o. Zamawiający bowiem wezwał Genpower sp. z o.o. w pierwszym piśmie do wskazania spełnienia warunków określonych w SIWZ jako „zdolność techniczna lub zawodowa (rozdział V pkt 1 podpunkt 2c). W odpowiedzi Genpower sp. z o.o. przedstawiła wykaz dostaw w którym oświadcza, iż w okresie od 1.02.2020 r. do 15.04.2020 r. dostarczył dla Adex Agregaty Prądotwórcze kontenery biurowe o łącznej wartości 371 000,00 zł brutto - nie wskazując w ten sposób spełnienia kryteriów z SIWZ oraz wykaz dostaw, w którym oświadcza że w okresie od 24.09.2019 r. do 19.12.2019 r. zrealizowała na rzecz firmy CPD System sp. z o.o. dostawy i montaż kontenerów ISO specjalnego przeznaczenia konstrukcyjnego przygotowanych do wentylowania, ogrzewania, przechowywania i transportu agregatu prądotwórczego na łączną kwotę 12 882 791, 00 zł - ponownie nie wskazując w ten sposób spełnienia kryteriów z SIWZ. Odwołujący wskazał, że z załączonego listu referencyjnego wystawionego przez CPD System sp. z o.o. wynikało, iż zamówienie dotyczyło dostawy i uruchomienia zespołów spalinowo elektrycznych zainstalowanych w kontenerach wykonanych zgodnie z PN-ISO 668.2018-05. Z uwagi na wystąpienie tak daleko idących rozbieżności, Zamawiający ponownie zwrócił się do Genpower sp. z o. o. celem wskazania co było głównym przedmiotem dostawy. Genpower sp. z o.o. odpowiedzi takiej udzielił wskazując, że dostawa kontenerów była „istotną częścią zamówienia opisanego w referencjach” i wykonawca „omyłkowo użył skrótu myślowego -

przedmiotem zamówienia była dostawa i montaż kontenerów ISO specjalnego przeznaczenia z wyposażeniem (w postaci elementów zespołów spalinowo-elektrycznych) opisana w referencjach”.

Odwołujący wskazał, w kontekście oświadczeń i samodzielnie wykonanych tabel przez spółkę Genpower sp. z o.o. w zakresie realizacji dla CPD System sp. z o.o. W ocenie Odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Odwołujący wskazał, że składając zamawiającemu oświadczenie wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nieuzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter. Zdaniem Odwołującego Genpower sp. z o. o. miało możliwość i powinno zwrócić się do poszczególnych podmiotów o wydanie dokumentów potwierdzających należyłą realizację usług oraz dokumenty takie przedstawić Zamawiającemu. Genpower sp. z o. o. jako profesjonalista ubiegający się o zamówienie publiczne, zobowiązany był zwrócić się do owych odbiorców o wydanie dokumentów, a następnie wykazać Zamawiającemu, że starania takie podjął a nie jedynie opierać się na własnych sporządzonych tabelach czy szcątkowych referencjach wskazujących na wykonanie niedookreślonych kontenerów ISO, w niedookreślonej ilości, jakości i specyfice. W przypadku zaś braku uzyskania takich dokumentów - Genpower sp. z o.o. zgodnie z przepisami PZP powinien uzasadnić przyczynę ich nieuzyskania, która cechować się powinna charakterem obiektywnym. Nietrudno bowiem wskazać, iż w przypadku istnienia wątpliwości co do wysokości realizacji w zakresie poszczególnych części składowych w tym kontenerów - Genpower sp. z o.o. mogło przedstawić inne dokumenty rozliczeniowe, faktury czy umowy z podmiotami - a nie jedynie bazować na „własnoręcznie” stworzonej tabeli. Z niewiadomych jednak przyczyn Zamawiający pominął także i powyższe wątpliwości (do których sprostowania i wyjaśnienia wzywał przecież dwukrotnie) i uznał, że lakoniczne wyjaśnienia Genpower sp. z o.o. o takiej treści, jak i sporządzona przez Genpower sp. z o.o. tabela z wartościami spełniają jego wymagania i wyjaśniają wszelkie wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego, Genpower sp. z o.o. nie dochował należytej staranności w próbie pozyskania wymaganych dokumentów, zaś Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji twierdzeń i dokumentów przedstawionych przez Genpower sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego zamówienie obejmowało wykonanie kontenerów odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, nie zaś kontenerów technicznych (ISO) - podobnych jedynie do kontenerów określonych w SIWZ o nieokreślonych właściwościach. Genpower sp. z o.o. nie wskazał jakimi właściwościami cechuje się kontener nazwany przez Genpower sp. z o.o. kontenerem ISO ani że jest on zgodny z przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien stwierdzić, że złożone przez Genpower sp. z o.o. dokumenty oraz wyjaśnienia potwierdzają spełnienie przez Genpower sp. z o.o. wszystkich warunków określonych w SIWZ. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że jeżeli Genpower sp. z o.o. miało wątpliwości co do wskazań SIWZ, zgodnie z art. 38 ustawy PZP miało prawo zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O wyjaśnienie w tym zakresie nie zwrócił się, być może przypuszczając, iż w przypadku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi jasno i klarownie z zapisów wynikać będzie, iż kontenery ISO nie spełniają wymogów SIWZ. Staranne działanie Zamawiającego w tym przedmiocie pozwoliłoby na wyjaśnienie powyższych wątpliwości. Okoliczności te, podawane przez odwołującego jedynie na marginesie są o tyle istotne, że zdają się potwierdzać jego tezę o istotnych wątpliwościach w zakresie braku doświadczenia w produkcji kontenerów zgodnych z przedmiotem zamówienia oraz brak weryfikacji przez Zamawiającego firmy Genpower sp. z o.o. co do spełnienia warunków SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający miał możliwość okoliczności takie sprawdzić, gdyż w postępowaniu występują jedynie 3 podmioty, a Genpower sp. z o.o. jest podmiotem do którego dokumentacji i twierdzeń Zamawiający miał już zastrzeżenia, co ukazują treści wysyłanych wezwań. Odwołujący wskazał, że w ww. okolicznościach dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Genpower sp. z o.o. narusza przepisy ustawy PZP, jako że wynika z zaniechania Zamawiającego w zakresie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, tj. Genpower sp. z o.o., jak też z naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, co jest skutkiem uprzywilejowania wykonawcy Genpower sp. z o.o. Uznanie przez Zamawiającego, że kontenery inne niż wskazane w SIWZ (którymi z całą pewnością są kontenery ISO) stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. W przypadku bowiem określenia przez Zamawiającego, że kryteria określone w SIWZ spełniają także kontenery podobne do kontenerów tam wskazanych, bez konkretnych właściwości oraz podmioty, które nie osiągnęły wymaganej przez SIWZ zrealizowanej wartości wykonanych zamówień - do postępowania mogłoby zgłosić się więcej podmiotów, które takie ograniczone i zmienione warunki SIWZ by spełniały. Dodatkowo uznać należy, że Zamawiający dopuszczając do udziału w postępowaniu

Genpower sp. z o.o. doprowadził do sytuacji utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym zarobku w przypadku pozostałych wykonawców, którzy przedstawili prawdziwą i rzetelną dokumentację.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (1) wydruk strony internetowej 12 Terenowego Oddziału Lotniskowego w Warszawie pod adresem: <https://12tol.wp.mil.pl/pl/bip/zamowienia/eon8-przetarg-nieograniczony-z-dopuszczeniem-skadania-ofert-czesciowych-na-dostawa-i-montaz-zespoow-spalinowo-elektrycznych-w-kompleksie-wolskowym-nr/> informującej o rozstrzygnięciu przetargu nieograniczonego z dopuszczeniem składania ofert częściowych na dostawę i montaż zespołów spalinowo elektrycznych w kompleksie wojskowym nr 8602 w Legionowie oraz o wyborze oferty złożonej przez firmę CPD System sp. z o.o.; SIWZ przetargu nieograniczonego z dopuszczeniem składania ofert częściowych na dostawę i montaż zespołów spalinowo elektrycznych w kompleksie wojskowym nr 8602 w Legionowie przeprowadzonego przez 12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie — zatwierdzonej w dniu 7 maja 2019 r.; wymagania eksploatacyjno-techniczne na dostawę zespołu spalinowo elektrycznego dużej mocy opracowane na podstawie pisma nr 2052/18 Szefa 12 TOL dotyczące zakupu wysokowydajnego zespołu spalinowo-elektrycznego o mocy 0,64 MW zainstalowanego w kontenerze 20 stopowym 1 CC wg PN-ISO 668:2018-05; wymagania eksploatacyjno-techniczne na dostawę zespołu spalinowo elektrycznego dużej mocy opracowane na podstawie pisma nr 2052/18 Szefa 12 TOL dotyczące zakupu wysokowydajnego zespołu spalinowo-elektrycznego o mocy 1,6 MW zainstalowanego w kontenerze 40 stopowym 1 CC wg PN-ISO 668:2018-05 - dokumenty w celu wykazania rzeczywistego przedmiotu zamówienia zrealizowanego przez Genpower sp. z o.o. na rzecz CPD System sp. z o.o. w okresie od 24 września 2019 r (data rozpoczęcia) do dnia 19 grudnia 2019 r. (data zakończenia), jakim było wykonanie dostawy i montażu zespołów spalinowo elektrycznych w kompleksie wojskowym nr 8602 w Legionowie; (2) pismo CPD System z dnia 24 sierpnia 2020 r. oraz protokoły badań kontenerów dostarczonych przez Genpower na okoliczność wykazania przedmiotu i wartości dostawy wykonanej przez wykonawcę Genpower na rzecz spółki CPD System.

Izba oddaliła wnioszek o przeprowadzenie dowodu z nagrania z rozmowy dwójki pracowników Modular System sp. z o.o. z Panem R. P. Dyrektorem ds. sprzedaży w spółce Genpower sp. z o.o. przeprowadzonej w dniu 6 sierpnia 2020 r. wraz z transkrypcją wykonaną dla fragmentów nagrania w celu wykazania faktu, iż w dniu 6 sierpnia 2020 r. Pan R. P., przyznał, iż spółka Genpower sp. z o.o. nie posiada doświadczenia w realizacji zamówień na kontenery mieszkalno-biurowe i sanitarne, gdyż nie realizowała do dnia 6 sierpnia 2020 r. zamówień na tego typu kontenery oraz wnioszek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu wyceny ruchomości: (a) w celu oszacowania rzeczywistej wartości rynkowej sześciu kontenerów ISO (PN-ISO 668:201805) specjalnego przeznaczenia konstrukcyjnie przygotowanych do wentylowania, ogrzewania, przechowywania i transportu agregatów prądotwórczych/zespołów spalinowo elektrycznych — pięciu 40-stopowych oraz jednego 20-stopowego — dostarczonych przez Genpower sp. z o.o. na rzecz CPD System sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce w dniu 19 grudnia 2019 r., (b) ewentualnie - na wypadek braku możliwości wykonania oszacowania kontenerów dostarczonych przez Genpower sp. z o.o. na rzecz CPD System sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce w dniu 19 grudnia 2019 r. - w celu oszacowania rzeczywistej wartości rynkowej sześciu kontenerów ISO (PN-ISO 668:2018-05) specjalnego przeznaczenia konstrukcyjnie przygotowanych do wentylowania ogrzewania, przechowywania i transportu agregatów prądotwórczych/zespołów spalinowo elektrycznych — pięciu 40-stopowych oraz jednego 20-stopowego — spełniających następując wymagania: (1) Wymiary umożliwiające zabudowanie całego zestawu ZSE (zespół spaliowo - elektryczny) wraz z urządzeniami pomocniczymi - o parametrach określonych w „Wymaganiach Eksploatacyjno-Technicznych na dostawę zespołu spalinowo - elektrycznego o dużej mocy opracowanych na podstawie pisma nr 2052/18 Szefa12 TOL”, jak również w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia — Przetargu nieograniczonego z dopuszczeniem składania ofert częściowych na dostawę i montaż zespołów spalinowo elektrycznych w kompleksie wojskowym nr 8602 w Legionowie przeprowadzonego przez 12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie w 2019 roku; (2) Kontener przeznaczony do ustawienia na wcześniej przygotowanych fundamentach, (3) Obudowa kontenera powinna być wytłumiona do poziomu hałasu 70dB mieszanej w odległości 5m od pracującego agregatu bez obciążenia, (4) Kontener powinien posiadać: izolację termiczną oraz akustyczną ścian zewnętrznych i przegród wewnętrznych, podstawową instalację oświetlenia wewnętrznego, bezpośredni dostęp do akumulatorów, łatwy dostęp do wlewu paliwa oraz chłodnicy, własny system ogrzewania i wentylacji (załączany podczas czuwania agregatu podłączonego do sieci) sterowany automatycznie, zapewniający utrzymanie stałej temperatury wewnątrz kontenera na poziomie od +5 st. C do +35 st. C, izolację akustyczną przegród wewnętrznych oraz zewnętrznych zapewniających tłumienie głośności na poziomie 70dB mierzoną w odległości 5m od pracującego ZSE; Ściany zewnętrzne kontenera stanowiącego bazę dla ZSE powinny

być pomalowane w kolorze RAL 6006 ciemny mat. Uzasadnienie oddalenia ww. wniosków dowodowych Odwołującego zostało zawarte w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kontenerów mieszkalnych i sanitarnych wyprodukowanych w 2020 r. Zamówienie podzielono na dwa zadania: „Kontenery mieszkalne” - sztuk: 199 oraz „Kontenery sanitarne” — sztuk: 17.

Zamawiający w załączniku nr 6A-6b do SIWZ określił szczegółowe wymagania co do przedmiotu zamówienia.

W Rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia” Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy są zdolni do należytego wykonania zamówienia i spełniają minimalne poziomy zdolności określone przez Zamawiającego tj. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – wykonawca musi wykazać, że posiada doświadczenie w wykonywaniu dostawy o charakterze tożsamym będącej przedmiotem zamówienia. Warunek ten zostawał spełniony, jeżeli wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Za dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia uznawane miały być dostawy kontenerów mieszkalnych, sanitarnych, biurowych, transportowych, magazynowych i inne podobnego typu o wartości nie mniejszej niż dla zadania 1 - 1 000 000,00 zł brutto, dla zadania nr 2 - 500 000,00 zł brutto. W przypadku, gdy wykonawca ubiegał się o udzielenie zamówienia na więcej niż jedno zadanie wartość dostaw nie mogła być mniejsza niż suma kwot opowiadających poszczególnym zadaniom, w zakresie których realizację zamówienia wykonawca oferował.

W Rozdziale VI ust. 3 SIWZ „Dokumenty i oświadczenia wymagane przed udzieleniem zamówienia (na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) Zamawiający wskazał, iż przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia dokumentów, w tym m.in. wykazu dostaw (załącznik nr 8 do SIWZ) wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych, również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączenie dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane

należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego dostawy były wykonywane.

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: Genpower sp. z o.o., Modular System sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HEMPAMOS sp. z o.o. Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2020 r. w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp zwrócił się do Genpower sp. z o.o. o potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przesłała m.in. wykaz dostaw oraz referencje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W złożonym wykazie dostaw Przystępujący Genpower powołał się na realizację dwóch zamówień na rzecz CPD System sp. z o.o. pn. „Dostawa i montaż kontenerów ISO Specjalnego przeznaczenia konstrukcyjnie przygotowanego do wentylowania, przechowywania i transportu agregatu prądotwórczego”, wykonanych w okresie od 24 września 2019 r. do 19 grudnia 2019 r. Wykonawca złożył również referencję wystawioną przez CPD System. W treści dokumenty CPD System złożył oświadczenie należyte wykonanie przez Genpower sp. z o.o. zamówienia na dostawę i uruchomienie zespołów spalinowo elektrycznych o mocy 0,64 i 1,6 MW zainstalowanych w kontenerach wykonanych zgodnie z normą PN – ISO 668:2018-05.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 4 sierpnia 2020 r. zwrócił się do wykonawcy Genpower sp. z o.o., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień. W treści pisma Zamawiający wskazał m.in., iż należy wyjaśnić co było przedmiotem dostaw zrealizowanych na rzecz spółki CPD System sp. z o.o., które to dostawy zostały wskazane w pkt 1 i 2 złożonego przez wykonawcę wykazu. Ponadto, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie jaki udział kwotowy w wartości przedstawionej referencji stanowią same kontenery.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 7 sierpnia 2020 r., wykonawca Genpower sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu skorygowany wykaz dostaw oraz wyjaśnił, iż dostawy kontenerów stanowiły istotną część zamówienia wskazanego w referencjach tj. umowy na dostawę i uruchomienie zespołów spalinowo – elektrycznych zainstalowanych w kontenerach wykonanych zgodnie z PN – ISO 668:2018-05. Wykonawca oświadczył, że wartość kontenerów dostarczonych w ramach ww. umowy wyniosła 1 521 000,00 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający za najkorzystniejszą w zakresie zadania 1, jak i 2 uznał ofertę złożoną przez Genpower sp. z o.o. (liczba punktów 100/100). Spółka Modular System sp. z o.o. uzyskała 99,94 punkty dla zadania 1 oraz 98,85 punktów dla zadania 2, Przedsiębiorstwo

Wielobranżowe HEPAMOS sp. z o. o. - 74,45 punktów dla zadania 1 oraz 97,09 dla zadania 2. Tym samym Genpower sp. z o.o. uzyskała największą liczbę punktów i wygrała postępowanie.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp 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. Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co

powodowałyby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp.

Zaznaczyć jednocześnie należy, że to zamawiający odpowiada za kształt SIWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym, zgodnie z pkt VI ust. 3 SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona złożenia w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie takich dostaw tj. referencji. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej: „rozporządzenie” – w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej zamawiający może żądać: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zatem wymóg złożenia przez wykonawców wykazu dostaw oraz dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonania w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odpowiadały przepisom zawartym w rozporządzeniu. Tym samym uznać należy, że wykaz dostaw – Załącznik nr 8 złożony przez Przystępującego Genpower w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 lipca 2020 r., a następnie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 4 sierpnia 2020 r. stanowił prawidłowy sposób potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2c SIWZ, zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale VI ust. 3 SIWZ. W treści złożonego wykazu Przystępujący Genpower zawarł informacje dotyczące wartości dostaw, podmiotu na rzecz którego były one wykonane, przedmiotu dostawy. Treść referencji potwierdzała należyte wykonanie dostaw na rzecz spółki CPD System.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż treść referencji powinna zawierać szczegółowe informacji co do wartości kontenerów dostarczonych w ramach realizacji umowy na rzecz CPD System sp. z o.o. Referencje nie służą potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale wyłącznie potwierdzeniu czy określone dostawy zostały wykonane należyście. Podkreślić należy, że treść ww. rozporządzenia nie zezwala na wzywaniu wykonawców o przesłanie dowodów na inną okoliczność niż ustalenie czy wskazane w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Skoro zatem przedłożona przez Przystępującego Genpower referencja odnosiła się do wykonania całej umowy tj. dostarczenia i uruchomienie zespołów spalinowo elektrycznych zainstalowanych w kontenerach wykonanych zgodnie z PN – ISO 668: 2018 – 05, to nie ulega wątpliwości, iż zawarte w treści referencji oświadczenie o prawidłowej realizacji umowy odnosi się również do dostarczenia kontenerów o wymaganiach określonych w obecnym postępowaniu. Kontenery stanowiły bowiem część świadczenia jakie Przystępujący Genpower zobowiązał się spełnić na rzecz spółki CPD System. Podkreślić raz jeszcze należy, że referencja nie służyła do potwierdzenia wartości dostarczonych kontenerów w ramach ww. zadania. Dokumentem jaki Zamawiający wymagał na wykazanie wartości wykonanych dostaw był wykaz dostaw.

Zdaniem Izby nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego jakoby wykonawca Genpower zobowiązany był do przedłożenia dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci lub winien wykazać i uprawdopodobnić dlaczego takiego dokumenty nie może przedstawić i dlaczego w zamian przedstawia oświadczenie własne. Odwołujący w sposób nieprawidłowy interpretuje przepisy ustawy Pzp, rozporządzenia oraz postanowienia SIWZ. Wykonawca Genpower w sposób prawidłowy i zgodny z wymogami SIWZ złożył wykaz dostaw, który doprecyzował w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r., do czego był uprawniony bowiem wykaz ten stanowił oświadczenie własne wykonawcy i w związku z tym wykonawca miał prawo wyjaśnić jego treść czy też nieprecyzyjne zapisy. Wykonawca Genpower doprecyzował przedmiot umowy zrealizowanej na rzecz CPD System sp. z o.o., w tym wartość dostawy kontenerów.

Ponadto złożył wymagane referencje. Nie było więc żadnych podstaw do żądania przez Zamawiającego od wykonawcy oświadczenia podmiotu trzeciego. Wykonawca złożył własne oświadczenie, bo taki właśnie wymóg był zawarty w SIWZ. Oświadczenie własne wykonawcy nie może być zastąpione treścią referencji.

Ponadto, zdaniem Izby Odwołujący dokonał błędnej interpretacji spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Należy wskazać, że Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu sam zdefiniował pojęcie „*dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia*”. Za taką dostawę Zamawiający uznawał dostawę kontenerów mieszkalnych, sanitarnych, biurowych, transportowych, magazynowych i innych podobnego typu. W ocenie Izby Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ zamkniętego katalogu akceptowalnych kontenerów. Posłużył się określeniem nieostrym „*inne podobnego typu*”, dopuszczając tym samym możliwość powoływania się na doświadczenia w dostawie jakichkolwiek kontenerów podobnych do kontenerów mieszkalnych, sanitarnych, biurowych, transportowych czy magazynowych, przy czym sam Zamawiający nie określił w żaden sposób wymaganego poziomu podobieństwa. W SIWZ Zamawiający nie zawarł żadnego postanowienia, z którego wynikałoby, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej uznać należy za spełniony wyłącznie w sytuacji, w której wykonawca wykaże, iż posiada doświadczenie w realizacji dostawy o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia w obecnie prowadzonego przez Zamawiającego postępowaniu. Przyjęcie takiego stanowiska Odwołującego za prawidłowe prowadziłoby do nieuprawnionego zrównania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, co nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a tym bardziej w postanowieniach zawartych w SIWZ.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby kontenery dostarczone przez Genpower na rzecz spółki CPD System nie mogły być zakwalifikowane jako kontenery „*innego podobnego typu*”. Nie ulega wątpliwości, iż jednym z elementów zamówienia jakie spółka CPD System realizowała na rzecz 12 TOL była dostawa kontenerów. Genpower wykonał tą część zamówienia jako podwykonawca. Ze złożonych przez Odwołującego dowodów w sprawie tj. Wymagań eksploatacyjno – technicznych na dostawę zespołu spalinowo – elektrycznego, w pkt 3.2 zostały określone wymagania dla kontenerów dostarczanych w ramach ww. zamówienia. Kontenery miały spełniać wymagania normy PN – ISO 668: 2018 – 05, do której to normy odwołuje się również w SIWZ Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Kontenery dostarczone przez Genpower były kontenerami specjalnego przeznaczenia, konstrukcyjnie przygotowane do wentylowania, ogrzewania i przechowywania i transportu. Zdaniem Izby Zamawiający zasadnie zakwalifikował ww. dostawy jako dostawy kontenerów

innego podobnego typu. Takie działanie Zamawiającego znajduje oparcie w zapisach SIWZ. Zamawiający bowiem w żaden sposób nie dookreślił swoich wymagań w SIWZ co do wymaganego doświadczenia, ani poprzez odesłanie do konkretnych parametrów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu ani w jakikolwiek inny sposób. Przyjęcie zaś, jak chciałby Odwołujący, iż w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca winien wykazać się doświadczeniem w realizacji tożsamego przedmiotu zamówienia, wbrew zapisom zawartym w SIWZ, jest, w ocenie Izby, nieuprawnione i stoi w sprzeczności z art. 7 ustawy Pzp. To Zamawiający, jako gospodarz postępowania decyduje o kształcie warunków udziału w postępowaniu i to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za ich ostateczne brzmienie. Co więcej Zamawiający może w ogóle nie określać żadnych warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy zaś zainteresowani udziałem w postępowaniu na odpowiednim etapie postępowania mają możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej i zaskarżenia treść SIWZ, w tym treść warunków udziału w postępowaniu, jeśli w ich ocenie sposób sformułowania takich warunków narusza przepisy ustawy Pzp. Tego zaś w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie uczynił. Za nieuprawnione, w ocenie Izby, uznać należy obecne dążenie Odwołującego do rozszerzającej interpretacji warunków udziału w postępowaniu poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku wykazania, iż posiadają doświadczenie w realizacji dostaw tożsamych w przedmiotem zamówienia w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu.

Odnoszą się do argumentacji Odwołującego o tym, iż wykonawca Genpower w sposób nieprawidłowy określił w wykazie dostaw wartość dostawy kontenerów wykonanej na rzecz spółki CPD System, to również Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia w tym zakresie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Raz jeszcze należy wskazać, że zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych dostaw, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu na rzecz dostawy zostały wykonane. Zamawiający wymagał więc złożenia oświadczenia własnego wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że oświadczenie to zostało złożone przez wykonawcę Genpower. Jego treść została doprecyzowana w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. Na potwierdzenie należytego wykonania całej umowy, a więc również dostawy kontenerów, wykonawca złożył referencję. Odwołujący zaś kwestionując prawidłowość i rzetelność oświadczenia wykonawcy powołuje się na ceny kontenerów zaproponowane przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu przetargowym oraz na twierdzenia o nieuprawnionej i nieprawidłowej wycenie dostawy kontenerów. Zaznaczyć jednakże należy, że wycena zaproponowana za kontenery w obecnym postępowaniu nie jest żadnym wiarygodnym dowodem na wykazanie nieprawdziwości czy nierzetelności oświadczenia

wykonawcy Genpower. Odwołujący winien w pierwszej kolejności wykazać Izbie, iż kontenery dostarczone przez wykonawcę Genpower na rzecz spółki CPD System są tożsamymi produktami, a przynajmniej zasadniczo podobnymi do tych wymaganych w przedmiotowym postępowaniu, czego Odwołujący nie wykazał, a wręcz twierdzi, że są to zupełnie odmienne produkty. Nie ma zatem żadnych racjonalnych przesłanek, aby wycenę zaproponowaną w obecnym postępowaniu stosować jako wartość referencyjną do wyceny dostaw zrealizowanej przez Genpower. Po drugie, wartość dostaw kontenerów została określona pomiędzy stronami umowy czyli spółką CPD System oraz wykonawcą Genpower. Oświadczenie wykonawcy Genpower zawarte w wykazie dostaw zostało potwierdzone złożonym do akt sprawy oświadczeniem spółki CPD System z dnia 24 sierpnia 2020 r., które w sposób jednoznaczny potwierdza wskazaną przez w wykazie wartość wykonanej dostawy kontenerów. Nie ma żadnych dowodów w sprawie, które w jakikolwiek sposób uprawdopodobniłyby chociażby twierdzenia Odwołującego o rzekomej nieprawidłowej wycenie dostawy. Skoro strony umowy zgodnie oświadczają jaka była wartość dostawy, to nie sposób odmówić wiarygodności takim twierdzeniom w oparciu o niczym nie poparte twierdzenia Odwołującego, który dąży do uzyskania zamówienia i wyeliminowanie wykonawcy Genpower z postępowania. W ocenie Izby wniosek dowodowy złożony przez Odwołującego o powołanie biegłego z zakresu wyceny ruchomości w celu oszacowania rzeczywistej wartości rynkowej sześciu kontenerów nie jest adekwatnym środkiem dowodowym i zmierzał jedynie do przewlekłości postępowania. Należy bowiem podkreślić, że obowiązkiem wykonawcy nie było wskazanie w treści wykazu rzeczywistej wartości rynkowej dostarczonych przez wykonawcę Genpower kontenerów. Wartość dostaw kontenerów została określona przez strony umowy, była uwarunkowana konkretnymi okolicznościami, w których realizowane było ówczesne postępowanie, indywidualną sytuacją stron umowy, ich uwarunkowaniami i umiejętnościami realizacji zamówienia. Strony umowy zgodnie oświadczyły jaka była wartość dostawy na jaką powołał się wykonawca Genpower. Opinia zaś biegłego co do rzeczywistej wartości rynkowej nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy i zmierza jedynie do przewlekłości postępowania.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z rozmowy nagrań dwójki pracowników Odwołującego z p. R. P. - dyrektorem sprzedaży w spółce Genpower w celu wykazania, iż p. R. P. przyznał, iż spółka Genpower nie posiada doświadczenia w realizacji zamówień na kontenery mieszkalno – biurowe i sanitarne, to Izba oddaliła ten wniosek dowodowy. W ocenie Izby, wykonawca Genpower nie złożył w żadnym dokumencie oświadczenia o tym, iż posiada doświadczenie w realizacji zamówienia na kontenery mieszkalno – biurowe i sanitarne. Wykonawca konsekwentnie twierdził, co było przedmiotem dostawy na rzecz spółki CPD System i co zostało potwierdzone przez złożone przez Odwołującego do akt sprawy dowody. Wnioskowany przez Odwołującego dowód zmierza do

ustalenia okoliczności, która, w ocenie Izby, nie była sporna w sprawie. Strony i uczestnicy postępowania prezentowały zbieżne stanowisko co do przedmiotu dostawy wykonanej przez Przystępującego Genpower na rzecz spółki CPD System. Ponadto, w ocenie Izby, z treści SIWZ w sposób jednoznaczny wynika, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy nie byli ograniczani wyłącznie do doświadczenia w realizacji dostawy obejmującej kontenery mieszkalno – biurowe i sanitarne. W ocenie Izby Zamawiający nie wprowadził takiego ograniczenia w SIWZ. Tym samym przeprowadzenie dowodu w tym zakresie uznać należy za bezprzedmiotowe. Dodać również należy, że zakres doświadczenia zdobytego przez wykonawcę Genpower w ramach realizacji dostawy na rzeczy CPD System wynika ze złożonych przez Odwołującego do akt sprawy dokumentów, w tym m.in. z SIWZ oraz Wymagań Eksploatacyjno – Technicznych. W ocenie Izby, nie była do okoliczność sporna pomiędzy stronami. Strony prezentowały wyłącznie odmienną interpretację warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej i możliwości uznania doświadczenia zdobytego przez Genpower jako spełniającego wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ.

W ocenie Izby, zarzuty podniesione przez Odwołującego zostały oparte na błędnej interpretacji postanowień SIWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca ubiegający się o zamówienie nie był zobowiązany do wykazania, że posiada doświadczenie w wykonaniu dostawy o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia w obecnie prowadzonym postępowaniu. Zamawiający sam zdefiniował pojęcie dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i tymi postanowieniami zwartymi w SIWZ związani byli wykonawcy jak i sam Zamawiający. Za niedopuszczalne, w ocenie Izby, byłoby na etapie badania i oceny ofert przyjmować rozumienie SIWZ zaproponowane przez Odwołującego, gdyż taka wykładania nie znajduje żadnego oparcia w treści SIWZ. Tym samym argument Odwołującego jakoby Zamawiający zaniechał dokonania ustaleń czy kontenery dostarczone przez Genpower cechowałyby się właściwościami niezbędnymi dla przedmiotu zamówienia nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach analizowanego stanu faktycznego. Gdyby Zamawiający chciał określić szczegółowe wymagania co do parametrów technicznych jakie muszą spełniać kontenery objęte dostawą na jaką powołuje się dany wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to takie parametry winny być szczegółów określone w treści warunku. Próba samodzielnego określenia przez Odwołującego wymaganego zakresu doświadczenia na etapie badania i ceny ofert jest, w ocenie Izby, niedopuszczalna.

Jak wskazał Przystępujący w treści złożonego pisma procesowego, kontenery dostarczone na rzecz spółki CPD System to kontenery, które są trwale związane z gruntem i można je przestawić/przewieźć, przeprowadzono na nich próbę deszczową potwierdzoną protokołem, złożonym do akt sprawy, były przystosowane do warunków z Wymagań Eksploatacyjno – Technicznych, w tym w zakresie odporności na deszcz, temperaturę i wiatr. W kontenerach zastosowano izolację termiczną ścian, systemu wentylacyjnego i zabezpieczenia przed deszczem. Kontenery są przygotowane do piętrowania i łączenia w moduły. Zostały wykonane zgodnie z PN-ISO 668: 2018-05. Wskazane przez Przystępującego Genpower parametry techniczne wynikały ze złożonych przez Odwołującego dokumentów tj. Wymagań Eksploatacyjno – Technicznych oraz SIWZ dotyczącej zamówienia realizowanego na rzecz 12 TOL. Tym samym Zamawiający zasadnie przyjął, że wykonawca Genpower dostarczył na rzecz spółki CPD System kontenery innego podobnego typu do kontenerów wymienionych w SIWZ. Odwołujący zaś nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Do akt sprawy po zamknięciu rozprawy wpłynął wniosek Odwołującego o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy na podstawie art. 191 §3 ustawy Pzp. W ocenie Izby wniosek uznać należy za niezasadny. Przepis art. 191 §3 ustawy Pzp uprawnia skład orzekający do otwarcia zamkniętej rozprawy wyłącznie w sytuacji, gdy konieczne stało się zbadanie dodatkowych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, które nie były rozpatrywane uprzednio, w tym także, gdyby zachodziła konieczność przeprowadzenia nowych dowodów. Takich okoliczności w złożonym wniosku Odwołujący nie wykazał. Złożone do Prokuratury zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa opiera się na dowodach jakie zostały złożone lub wnioskowane podczas rozprawy i co do których Izba wypowiedziała się na rozprawie i w treści wyroku. Samo złożenie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa nie stanowi, w ocenie Izby, okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący: