

Sygn. akt: KIO 661/18

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę

Lubawa S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Staroprzygodzka 117, 64-300 Ostrów Wielkopolski w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-601 Wałcz**

przy udziale wykonawcy **REKORD HALE NAMIOTOWE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu ul. Mazowiecka 17, 50-412 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Lubawa S.A.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Lubawa S.A.** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego **Lubawa S.A.** na rzecz zamawiającego - **1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu** kwotę **792 złote 00 gr** (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego związane z udziałem strony w posiedzeniu i rozprawie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.- dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę namiotów technicznych, nr referencyjny 1/2018. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 stycznia 2018 r. nr 2018/S 008- 013148. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 27 marca 2018 r. za pismem nr 9512/2018 Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez REKORD HALE NAMIOTOWE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Rekord Hale”).

W dniu 6 kwietnia 2018 r. wykonawca Lubawa S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych tj. od:

- 1) czynności wyboru oferty, złożonej przez Rekord Hale, jako najkorzystniejszej;
- 2) czynności badania i oceny ofert;
- 3) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 82 ust. 3 PZP poprzez wybór oferty, która nie odpowiadała treści SIWZ jako, że w ofercie Rekord Hale nie wykazano spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w ww. przepisie PZP tj. posiadania zdolności technicznych i zawodowych zgodnie z wymaganiami pkt 1.1.3. Rozdziału VIII SIWZ;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP, art. 22d ust. 1 PZP, art. 25 ust 1 PZP i pkt 1.1.3. Rozdziału VIII SIWZ, przez jego niezastosowanie w sytuacji w której:
- jedna z kluczowych dostaw, która ma znaczenie dla wypełnienia przez wybranego Wykonawcę ustalonego dla postępowania kryterium wartości wykonanych dostaw jako kryterium posiadania odpowiedniego doświadczenia, nie obejmowało dostawy hali namiotowej, ale produktu innego rodzaju,
 - wyjaśnienia Wykonawcy, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 1.1.3. rozdziału VIII SIWZ nie można uznać za obiektywnie wystarczające i w sytuacji, w której wartość samych namiotów dostarczonych przez wybranego Wykonawcę stanowi tylko niewielką wartość całego przedmiotu dostaw z dwóch głównych umów, co w konsekwencji musi prowadzić do jednoznacznej, zdaniem Odwołującego, oceny, że wybrany wykonawca nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia, co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem go z przedmiotowego postępowania,
- 4) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp z związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) poprzez nieodrzućenie oferty Rekord Hale, podczas gdy Wykonawca ten podjął się realizacji zamówienia, którego nie jest w stanie wykonać należycie w sytuacji, w której Zamawiającemu wiadomo było iż Wykonawca Rekord Hale, ze względu na brak dokumentacji technicznej - określonej przez Gestora Sprzętu, wymaganej SIWZ (pismo Zamawiającego z dnia 05.02.2018 r. nr 3678/18) nie jest w stanie wykonać zamówienia;
- 5) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP w związku a art. 3 u.z.n.k. poprzez nieodrzućenie oferty Rekord Hale, podczas gdy Wykonawca ten podjął się realizacji zamówienia, którego nie jest w stanie wykonać należycie, ze względu na brak wdrożonego systemu zarządzania jakością dostawcy zawartego w AQAP 2130 - wymaganego zapisami § 6 ust. 2 ogólnych warunków umowy, stanowiącej integralną część SIWZ oraz zapisu pkt. 1 Klauzuli jakościowej, stanowiącej załącznik nr do 2 do umowy.
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie odrzućenia oferty Rekord Hale, mimo że nie spełniała ona wymagań określonych w PZP oraz SIWZ;
- 7) art. 91 ust. 1 PZP poprzez wadliwy wybór oferty Wykonawcy Rekord Hale oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Mając na względzie podniesione zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty Wykonawcy Rekord Hale jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonał ponownego badania i oceny ofert;
- 3) dokonał wykluczenia Wykonawcy Rekord Hale;
- 4) dokonał odrzucenia oferty Rekord Hale;
- 5) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:

- 1) SIWZ str. 4 - w zakresie postanowień pkt 1.1.3 rozdziału VIII SIWZ, na okoliczność, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest realizacja w okresie ostatnich 3 lat dostaw namiotów technicznych, i/lub hal namiotowych, i/lub namiotowych hal sportowych na kwotę co najmniej 1.944.000,00 zł,
- 2) załącznika z dnia 18 lutego 2018 r. do oferty Rekord Hale, zawierającego wykaz przygotowany przez tego wykonawcę celem wskazania umów spełniających warunki z pkt 1.1.3 rozdziału VIII SIWZ - na okoliczność, że kluczową wartość mają dwie umowy tj. z pkt 1 i pkt 2 wykazu,
- 3) poprawionego załącznika nr 5 z dnia 14 marca 2018 r. do oferty Rekord Hale, tj. wykazu zawierającego wskazanie umów spełniających warunki z pkt 1.1.3 rozdziału VIII SIWZ – na okoliczność, wskazanych tam wartości dostarczonych dotychczas namiotów oraz na okoliczność, że ten wykonawca zaczyna sam korygować wartość dostarczonych namiotów, co wskazuje na to, że wartość innych elementów składowych dwóch kluczowych umów powinna pomniejszać wartość braną pod uwagę przy ocenie kryterium wartości samych namiotów, jako przedmiotu dostawy,
- 4) ogłoszenia - zapytania ofertowego nr 2/2018 ze strony Best Eko spółka z o.o., w Żorach z dnia 27 grudnia 2016 r., postanowienia pkt III - przedmiot zamówienia - osłona z tworzyw sztucznych kod CPV 252 37000-1 oraz informacji tej Spółki z dnia 01 lutego 2017 r., iż w tym postępowaniu wybrano ofertę Rekord Hale - na okoliczność, że przedmiotem dostawy objętej wykazem Rekord Hale, ujętej w pkt 2 wykazu, nie był w tym wypadku namiot, dla którego zastosowanie ma kod CPV o numerze 39522530-1,
- 5) referencji dla Rekord Hale z dnia 22 kwietnia 2016 r., wystawionych przez Miejski Zakład Usług Komunalnych spółka z o.o. w Wałbrzychu na okoliczność złożonego charakteru umowy oraz tego, że sama dostawa namiotów jest tylko jednym z elementów składowych tej umowy, a przedmiotem dostawy była hala namiotowa o wymiarach 40 metrów na 100 metrów,

- 6) referencji dla Rekord Hale z dnia 10 lipca 2017 r., wystawionych przez Best Eko spółka z o.o. na okoliczność złożonego charakteru umowy oraz tego, że sama dostawa namiotów jest tylko jednym z elementów składowych tej umowy, a przedmiotem dostawy była jednonawowa hala o wymiarach 40 metrów na 65 metrów,
- 7) pisma Zamawiającego nr 3678/18 z dnia 05 lutego 2018 r (tj. wyjaśnień treści SIWZ, które stały się jej integralną częścią), z którego jednoznacznie wynika, że Odwołujący oraz firma L. są właścicielami dokumentacji technicznej na namioty, będące przedmiotem postępowania oraz dokumentacja ta znajduje się wyłącznie w ich posiadaniu;
- 8) ogólnych warunków umowy, stanowiących integralną część SIWZ oraz Klauzuli jakościowej, stanowiącej załącznik nr do 2 do umowy, z których wynika obowiązek posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością AQAP 2130.

Odwołujący podał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest Wykonawcą zdolnym do jego wykonania, jest właścicielem dokumentacji technicznej przedmiotu zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta, w sytuacji potwierdzenia się zarzutów postawionych w odwołaniu, przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, określonych w SIWZ. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę, bowiem jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, co nie pozwala mu na osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanych w odwołaniu czynności i zaniechań Zamawiającego jest, bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób, w ocenie Odwołującego, wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu niewykazania spełnienia określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, Odwołujący wskazał, iż PZP dopuszcza, aby Zamawiający wprowadził warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące zdolności technicznych i zawodowych. W przedmiotowym postępowaniu takie warunki wprowadzono, na co wskazuje jednoznacznie pkt 1.1.3 VIII rozdziału SIWZ. Zgodnie z jego treścią, warunkiem udziału w postępowaniu jest realizacja w okresie ostatnich 3 lat, dostaw namiotów technicznych, i/lub hal namiotowych, i/lub namiotowych hal sportowych na kwotę, co najmniej 1.944.000,00 zł. Wykonawca Rekord Hale załączył taki wykaz,

stanowiący załącznik nr 5 do oferty, w brzmieniu z dnia 18 lutego 2018 r. oraz z dnia 13 marca 2018 r., a nadto załączył dwie pisemne referencje od dwóch kluczowych, dla treści wykazu, kupujących.

Odwołujący zauważył, iż z treści referencji wystawionej przez Miejski Zakład Usług Komunalnych spółka z o.o. w Wałbrzychu wynika, że przedmiotem umowy, z której wybrany Wykonawca wywodzi spełnienie warunków udziału w postępowaniu było: wykonanie projektu hali, dostawa i montaż hali namiotowej o wymiarach 40 metrów na 65 metrów, montaż sześciu sztuk bram rolowanych o napędzie elektrycznym, opracowanie dokumentacji powykonawczej, obsługa geodezyjna inwestycji. Natomiast w przypadku drugiego kontraktu o wartości kluczowej dla wykazania spełnienia warunku posiadania doświadczenia w dostawie hal namiotowych, tj. co do wykonania umowy na rzecz Best Eko spółka z o.o. w Żorach, przedmiotem całości umowy było: opracowanie dokumentacji hali, dostawa hali wykonanej z profili aluminiowych i łączników stalowych o wymiarach 40 metrów na 10 metrów, wykonanie żelbetowych stop fundamentowych i dokonanie na nich montażu hali.

Odwołujący podniósł, iż dowody opisane w pkt 4 jego wniosków dowodowych wskazują, że przedmiotem dostaw ujętych w pkt 2 wykazu wykonanych dostaw, jaki złożył Rekord Hale, jest towar inny niż namiot. Treść ogłoszenia - zaproszenia do składania ofert, ze strony Best Eko spółka z o. o., wskazuje, bowiem, że przedmiotem dostawy nie był namiot, do którego zastosowanie ma kod CPV o numerze 39522530-1, ale produkt innego rodzaju

w postaci osłony z tworzyw sztucznych (kod CPV 252 37000-1). To zaś musi oznaczać, że przedmiot dostawy był inny niż wymagany przez treść pkt 1.1.3 VIII rozdziału SIWZ dla przedmiotowego postępowania, w którym jednoznacznie wpisano, iż muszą to być namioty lub hale namiotowe. Z tej też przyczyny, należy przyjąć, że w stosunku do Rekord Hale nie można w wykazie wykonanych dostaw, uwzględnić w ogóle dostaw z pkt 2. Wyłączenie w całości tej dostawy, powoduje, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.1.3 VIII rozdziału SIWZ, którym jest dostawa namiotów w okresie ostatnich trzech latach, o wartości, co najmniej 1.944.000,00 zł. Suma bowiem wartości wykonanych dostaw, z pozycji nr 1 oraz 3-4 wykazu Rekord Hale z 13 marca 2018 r., jest niższa od kwoty wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, treść kluczowych referencji wskazuje jednoznacznie, że każda z kluczowych dwóch umów miała złożony charakter, a przedmiotem dostawy są także inne usługi i same hale są tylko jednym z elementów dostaw. Poprawiony przez Rekord Hale wykaz umów, nie usunął tych wątpliwości, bowiem dla usunięcia tych wątpliwości, konieczne było uzyskanie wiarygodnych informacji o wartości poszczególnych elementów dostaw. Niemniej jednak, nawet gdyby Zamawiający wykazał się oczekiwaną

starannością i podjął właściwe działania w rozumieniu art. 25 ust. 2f ustawy Pzp, to i tak, zdaniem Odwołującego, załączone do odwołania dowody wskazują jednoznacznie, że w zakresie dwóch kluczowych umów ujętych w wykazie - załączniku nr 5 do oferty Rekord Hale, wartość dostarczonych namiotów odbiega od wartości ujętych w wykazie. W powiązaniu, więc z wartością pozostałych dostaw z tego wykazu, nie uzyskuje się kwoty odpowiadającej wartości dotychczasowych dostaw, jakie są warunkiem dopuszczenia do udziału w tym postępowaniu.

Uzasadniając zarzut czynu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Rekord Hale, ze względu na brak wymaganej dokumentacji technicznej przedmiotu zamówienia oraz wdrożonego systemu zarządzania jakością AQAP 2130, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający nie sprawdził, czy wykonawcy posiadają odpowiednie dokumentacje techniczne dla przedmiotu zamówienia i przez to dopuścił do złożenia oferty przez wykonawcę, który nie posiadając dokumentacji technicznej nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Jednocześnie dokonał wyboru wykonawcy, który nie spełnia tego warunku. Zamawiający nie sprawdził również, czy oferenci posiadają wdrożony systemu zarządzania jakością AQAP 2130 i przez to dopuścił do składania oferty przez wykonawcę, który nie posiadając takiego systemu nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób określony w umowie. Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który jako niespełniający tego warunku, składając ofertę oświadczył: *„3. akceptujemy dołączone do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ..Ogólne warunki umowy” i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach tam określonych, a także w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego”*. *„4. składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ. zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.”* Odwołujący zauważył, iż powyższe oświadczenia stanowią zobowiązanie wykonawcy Rekord Hale do przestrzegania warunków przewidzianych w SIWZ.

Odwołujący podał, iż według jego bogatego doświadczenia oraz treści SIWZ, odbioru przedmiotu zamówienia należy dokonać zgodnie z klauzulą jakościową oraz w oparciu o Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (WET), zgodnie z Normą Obronną NO-06-A101 *„Uzbrojenie i sprzęt wojskowy. Ogólne wymagania techniczne, metody kontroli i badań. Postanowienia ogólne”* i NO-06-A103 *„Uzbrojenie i sprzęt wojskowy. Ogólne wymagania techniczne, metody kontroli i badań. Wymagania środowiskowe.”*, które stawiają bardzo rygorystyczne wymagania dotyczące trwałości i niezawodności. Według Odwołującego nie sposób wyobrazić sobie wyprodukowania i dostarczenia wyrobu bez aktualnej dokumentacji

technicznej. Jedynymi właścicielami i posiadaczami tej dokumentacji, a także podmiotami, którym przysługują wyłączne autorskie prawa majątkowe są: Odwołujący oraz L. Odwołujący w tym zakresie nie udzielał żadnej licencji, tym bardziej na rzecz Wykonawcy Rekord Hale. Co więcej, Wykonawca Rekord Hale nawet nie zgłaszał się do Odwołującego o udzielenie licencji wraz z udostępnieniem dokumentacji technicznej.

Odwołujący wskazał również, iż jest jedynym dostawcą namiotów technicznych do jednostek organizacyjnych MON, posiada nienaganną opinię w odniesieniu do zakresu dostarczanego, serwisowanego oraz naprawianego sprzętu, natomiast Wykonawca Rekord Hale nie jest w stanie zapewnić należytego, tj. zgodnego z SIWZ, wykonania przedmiotu zamówienia, co w istotny sposób narusza interes Zamawiającego, a co Zamawiający mógł w łatwy sposób zweryfikować na etapie badania złożonych ofert. W związku z powyższym, Odwołujący stwierdził, iż uzasadniony jest zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający swoim działaniem nie może prowadzić do naruszenia fundamentalnej zasady równości wobec prawa, która w przypadku postępowań o zamówienie publiczne ściśle wiąże się z zasadą równego i uczciwego traktowania wykonawców biorących udział w tych postępowaniach. Odwołujący stwierdził, iż podobne stanowisko, co do nadrzędności zasady równości, zajął także ETS, który w jednym ze swoich orzeczeń stwierdził, iż zasada równości, jako jedna z podstawowych zasad prawa wspólnotowego, uznaje za niedopuszczalne czynienie różnic pomiędzy podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamych sytuacjach (por. Orzeczenie ETS w sprawie R. Hochstarss vs. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, C-147/79).

Pismem datowanym 6 kwietnia 2018 r, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu w dniu 6 kwietnia 2018 r. oraz ponownie w dniu 9 kwietnia 2018 r. również w formie faksu oraz w formie pisemnej, jak również w dniu 10 kwietnia 2018 r. wraz z potwierdzeniem z systemu śledzenia przesyłek Poczty Polskie nadania 6 kwietnia 2018 r. i doręczenia 9 kwietnia 2018 r., swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca REKORD HALE NAMIOTOWE Sp. z o.o.. Wykonawca wykazał w ww. piśmie interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania, jako nieuzasadnionego. Wykonawca wskazał również, iż informację o wpływie odwołania wraz z jego skanem, otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 5 kwietnia 2018 r.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, załączając swoje wystąpienie do BEST EKO Sp. z o.o. z dnia 17 kwietnia 2018 r. o wyjaśnienie charakteru dostaw wykonanych na jej rzecz przez Rekord Hale oraz odpowiedź tej Spółki z dnia 17 kwietnia 2018 r. Zamawiający wniósł oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację za jego bezzasadnością.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez REKORD HALE NAMIOTOWE Sp. z o.o., korespondencją stron, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Wybór oferty złożonej przez Rekord Hale skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Rekord Hale (dalej również: „Przystępujący”) do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystąpienie nastąpiło bowiem z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 36 namiotów technicznych, tym 18 w ilości podstawowej i 18 w opcji, zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego opisem i wymaganiami zawartymi w załącznikach nr 2 i 4 do SIWZ. W Rozdziale III pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wskazali nazwę producenta zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W Rozdziale

XVIII pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż kryteriami oceny ofert są: cena z wagą 60%, okres gwarancji z wagą 20% i termin wykonania zamówienia z wagą 20%. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 3 oferty, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. Jeśli chodzi o elementy oferty oceniane w kryteriach oceny ofert, różnice pomiędzy nimi dotyczyły wyłącznie ceny. Oferta Przystępującego była najtańsza, natomiast oferta Odwołującego zawierała cenę drugą w kolejności, co do wysokości.

Jak zostało wskazane w odwołaniu, stosownie do Rozdziału VIII pkt 1, ppkt 3 SIWZ, *warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, jest wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w wykonaniu w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawy namiotów technicznych, i/lub hal namiotowych, i/lub namiotowych hal sportowych, których suma odpowiada co najmniej wartości 1 944 000,00 zł.* Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1 ppkt 2 SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał złożenia, według załącznika nr 5 do SIWZ, wykazu dostaw odpowiadających określonemu warunkowi, w którym Wykonawca winien podać wartość dostaw, ich przedmiot, datę wykonania i podmiot, na rzecz, którego dostawy zostały wykonane wraz z dowodami określającymi, czy dostawy te zostały wykonane należycie.

Na pytanie jednego z wykonawców: *„Czy zamawiający jest w posiadaniu dokumentacji technicznej na namioty będące przedmiotem postępowania, jeżeli tak, to prosimy o jej udostępnienie”* Zamawiający pismem z dnia 5 lutego 2018 r. udzielił odpowiedzi: *„Gestor jest w posiadaniu dokumentacji technicznej na namioty pozyskiwane w poprzednich latach tj. namiotu technicznego N-78/2011 TECH firmy Lubawa SA oraz NT-72/2013 Loscelt firmy L.. Natomiast nie jest jej właścicielem oraz nie jest upoważniony do jej udostępniania. W przypadku konieczności należy wystąpić do ww. firm”.*

Pismem z dnia 13 lutego 2018 r., odpowiadając na, wystosowaną w związku z ww. odpowiedzią Zamawiającego, prośbą wykonawcy: *„Prosimy o informację, czy w przypadku pozyskania dokumentacji namiotów technicznych firm LUBAWA S.A. lub L. i wykonania namiotów zgodnie z tą dokumentacją, namioty będą spełniały kryteria postawione w tym postępowaniu”* Zamawiający podał, iż w SIWZ zamieścił wymagania eksploatacyjno-techniczne, jakim powinny odpowiadać zaoferowane namioty techniczne i zgodnie, z którymi powinny być wykonane, oraz, że Zamawiający na tym etapie postępowania nie dokonuje oceny czy zaoferowany przedmiot zamówienia będzie spełniał wymagania postawione w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22d ust. 1, art. 25 ust. 1 PZP oraz pkt 1.1.3 Rozdział VIII SIWZ, poprzez jego niezastosowanie, pomimo, iż zdaniem Odwołującego, Wykonawca Rekord Hale nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Rekord Hale w wykazie wykonanych dostaw z dnia 13 marca 2018 r., złożonym na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia tego dokumentu, z uwagi na to, iż złożony pierwotnie wykaz zawierał łączne wartości kontraktów, bez wyodrębnienia samych dostaw hal namiotowych, wykazał m.in. wykonanie odpowiednio 31 grudnia 2015 r. i 30 czerwca 2017 r. dostaw hal namiotowych o łącznej wartości 3 131 520,00 zł tj.:

- 1) na rzecz Miejskiego Zakładu Komunalnego w Wałbrzychu – dostawy hali namiotowej wraz z wyposażeniem i dokumentacją projektową oraz dokumentacją powykonawczą, odbiorową i instrukcją użytkowania, montażem o wartości 1 945 860,00 zł, w tym kwotą za część dotyczącą dostawy hali namiotowej nie mniejszą niż 1 311 180,00 zł,
- 2) na rzecz BEST-EKO Sp. z o.o. w Żorach - dostawy hali namiotowej i wyposażenia wraz z montażem i dokumentacją projektową o wartości 2 147 088,00 zł, w tym kwotą za część dotyczącą dostawy hali namiotowej nie mniejszą niż 1 820 400,00 zł.

Wykonawca Rekord Hale złożył także dokumenty potwierdzające, że ww. dostawy zostały wykonane należycie. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie ocenił, iż Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określonego w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 3 SIWZ. Wykonawca ten wykazał, iż wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert dostawy hal namiotowych, których łączna wartość jest wyższa niż określona w SIWZ, jak również wykazał, że wykonał te dostawy należycie.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż Okoliczność, że dostawa hali namiotowej była jednym z wielu elementów przedmiotu zamówienia, jest dla oceny spełnienia tego warunku bez znaczenia. Bez znaczenia są także wymiary hali, która była przedmiotem dostawy. W tym zakresie Zamawiający nie postawił bowiem żadnych wymagań. Z tego samego powodu bez znaczenia jest okoliczność, podnoszona przez Odwołującego na rozprawie, iż dostawa hali namiotowej na rzecz BEST-EKO Sp. z o.o. dotyczyła hali namiotowej o konstrukcji aluminiowej, natomiast przedmiot zamówienia obejmuje dostawę namiotów o konstrukcji metalowej. Jest bezsporne, że przedmiotem zamówienia objętego

niniejszym postępowaniem mają być namioty techniczne o konstrukcji metalowej, jednak warunek udziału w postępowaniu nie dotyczył takich dostaw, lecz dopuszczał także wykazanie się doświadczeniem w dostawach m.in. hal namiotowych o konstrukcji aluminiowej.

Za niepotwierdzony, w ocenie Izby, należy uznać także argument Odwołującego, według którego dostawa zrealizowana przez Przystępującego na rzecz BEST - EKO Sp. z o.o., nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, bowiem nie jest dostawą hal namiotowych, lecz dostawą innego produktu, tj. osłony z tworzyw sztucznych. Jak wynika z pisma BEST - EKO Sp. z o.o. z dnia 17 kwietnia 2018 r., załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, dostarczona przez Przystępującego hala namiotowa, została przez tego Zamawiającego nazwana Osłoną Technologiczną typu RFS z uwagi na nazewnictwo wpisane w technologię pracy jego zakładu. Jest to jednak typowa hala namiotowa typu RFS, na dowód, czego do pisma zostało załączone zdjęcie tej hali. BEST - EKO Sp. z o.o. wyjaśniła, iż jest spółką prywatną, nie sporządzała SIWZ, a zmianę nazewnictwa wymogła na dostawcach z uwagi na stosowane w jej przedsiębiorstwie nazewnictwo. Na uwagę zasługuje również to, iż na rozprawie Odwołujący przedstawiając argumentację dotyczącą konstrukcji namiotów, stwierdził, iż Przystępujący wykazał się doświadczeniem w dostawie namiotów na rzecz BEST - EKO Sp. z o.o., jednakże nie o konstrukcji metalowej, lecz aluminiowej.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust.3 ustawy Pzp, który zdaniem Odwołującego, miałby polegać na wyborze oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ z powodu niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, tj. nieposiadania zdolności technicznych i zawodowych do wykonania zamówienia.

Zauważenia w tym zakresie wymaga, iż stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego*, natomiast zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy *treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Oznacza to, iż pierwszy z ww. przepisów odnosi się do oceny podmiotowej wykonawców, natomiast drugi – do oceny samej oferty, tj. oferty w jej aspekcie merytorycznym. Zatem okoliczność faktyczną wskazaną przez Odwołującego jako uzasadnienie zarzutu, należy uznać za chybioną. Należy jednakże zauważyć, iż zostało wykazane, iż Przystępujący legitymuje się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ, natomiast Odwołujący nie wykazał, aby oferta tego wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ

Nie potwierdził się również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który według Odwołującego polega na zaniechaniu sprawdzenia przez Zamawiającego posiadania przez wykonawców odpowiedniej dokumentacji technicznej dla przedmiotu zamówienia oraz zaniechaniu sprawdzenia, czy wykonawcy posiadają wdrożony system zarządzania jakością AQAP 2130. Skutkiem tego zaniechania, zdaniem Odwołującego, był brak odrzucenia oferty złożonej przez Rekord Hale z uwagi na brak posiadania przez tego Wykonawcę wymaganej dokumentacji technicznej oraz brak wdrożonego systemu zarządzania jakością AOAP 2130 i związany z tym brak możliwości wykonania zamówienia.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. niesprawdzenie przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert czy oferenci posiadają dokumentację techniczną Odwołującego oraz wdrożony system AQAP 2130.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Dla zaistnienia tej czynności wymagane jest, zatem zaistnienie sytuacji, w której oferta wykonawcy wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz musi być wykazane na czym ten czyn polega w okolicznościach danej sprawy. Odwołujący nie wykazał jaki czyn nieuczciwej konkurencji został popełniony przez Przystępującego

Odwołujący przede wszystkim nie wskazał, jaki czyn nieuczciwej konkurencji stanowi złożenie oferty przez Przystępującego. Nadto Odwołujący nie wskazał dokumentu ani postanowienia SIWZ, z którego miałyby wynikać obowiązek posiadania przez wykonawców dostępu do dokumentacji będącej jego własnością, jako podmiotu, który w okresie wcześniejszym realizował dostawy namiotów technicznych na rzecz Zamawiającego, jak również nie wskazał postanowienia, z którego miałyby wynikać, iż Zamawiający będzie sprawdzał posiadanie tej dokumentacji na etapie badania i oceny ofert. Odwołujący nie wskazał również postanowienia SIWZ, z którego by wynikało, iż przedmiot zamówienia winien być wykonany zgodnie z tą dokumentacją. Ponadto Odwołujący nie wskazał postanowienia SIWZ, z którego by wynikało, iż wykonawcy, muszą mieć wdrożony systemu zarządzania jakością AOAP 2130 i że Zamawiający będzie to weryfikował przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zostało natomiast wykazane, iż wśród warunków udziału w postępowaniu, jakie winien spełnić Wykonawca, określonych przez Zamawiającego w SIWZ, nie ma wymogu posiadania dokumentacji technicznej należącej do Odwołującego, jak również nie ma wymogu posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością AQAP 2130.

Zamawiający wykazał, iż wymagania eksploatacyjno-techniczne, opisane w SIWZ wskazują, iż każdy podmiot, który występuje na rynku w tej branży i spełnia warunki udziału w postępowaniu, ma możliwość wzięcia udziału w postępowaniu. Nie musi to być, zatem podmiot posiadający dokumentację techniczną będącą własnością Odwołującego. Opis przedmiotu zamówienia jest przedstawiony w sposób, który nie ogranicza konkurencji wyłącznie do Odwołującego, lub innego podmiotu, któremu Odwołujący udostępniłby swoją dokumentację. Nadto, jak wynika z oświadczenia Zamawiającego, złożonego na rozprawie, dokumentacja, będąca w jego posiadaniu, dotycząca namiotów wcześniej dostarczonych przez Odwołującego, nie ma związku z przedmiotowym postępowaniem, w którym oczekuje dostarczenia jedynie dokumentacji eksploatacyjnej. Z postanowień § 5 ust. 9 pkt 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ wynika, iż wybrany wykonawca ma obowiązek przekazać Zamawiającemu dokumentację eksploatacyjną przedmiotu zamówienia po zrealizowaniu jego dostawy. Taka dokumentacja, została przewidziana w SIWZ, jako jeden z elementów będących podstawą dokonania odbioru dostawy i wystawienia „*protokołu przyjęcia – przekazania*”.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego, z którego, wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, wynika, iż o uczestnictwie w przedmiotowym postępowaniu miałyby zdecydować to, czy inny wykonawca uzyskał od niego prawo do korzystania z dokumentacji będącej jego własnością, która, jak wynika z oświadczenia złożonego na rozprawie przez Odwołującego, w niektórych elementach objęta jest patentem. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego w tym zakresie zmierza do wprowadzenia nieuprawnionego ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Okoliczność, iż Odwołujący wcześniej realizował dostawy namiotów na rzecz Zamawiającego i posiada dokumentację techniczną na dostarczone już namioty, nie oznacza, że w obecnym postępowaniu miałby być jedynym wykonawcą lub podmiotem, od woli, którego miałby być uzależniony udział innych wykonawców. SIWZ nie wymaga, bowiem legitymowania się przez wykonawców dostępem do dokumentacji będącej własnością Odwołującego, co jasno wynika także z ww. odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 5 i 13 lutego 2018 r. Zamawiający, dopuścił do udziału w przedmiotowym postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, wszystkie podmioty zdolne do wykonania zamówienia w zakresie dostawy namiotów

technicznych i wymagał jedynie (na etapie odbioru), dokumentacji eksploatacyjnej. Treść odpowiedzi Zamawiającego, zawarta w piśmie z dnia 5 lutego 2018 r. wskazująca, iż jedynie w przypadku konieczności wejścia w posiadanie przez danego wykonawcę m.in. dokumentacji Odwołującego winien on wystąpić do ww. firm, jest jasna i nie budzi wątpliwości. W ocenie Izby, nie można wywodzić z niej wymogu zwracania się przez wykonawców do Odwołującego o umożliwienie dostępu do jego dokumentacji. Również z drugiej z ww. odpowiedzi Zamawiającego, zawartej w piśmie z dnia 13 lutego 2018r. jasno wynika, iż wymagania eksploatacyjno-techniczne, jakim powinny odpowiadać zaoferowane namioty techniczne i zgodnie, z którymi powinny być wykonane, zawarte są w SIWZ, a nie w dokumentacji Odwołującego. Zamawiający, w opracowanych przez siebie dokumentach, co potwierdził na rozprawie, nie żądał od Wykonawców posiadania dokumentacji technicznej, której właścicielem jest Odwołujący. Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ, nr 1 do umowy wprowadził Wymagania Eksploatacyjno - Techniczne (dalej: „WET”), w których szczegółowo określił parametry i swoje wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Odbiór namiotów ma być dokonywany z uwzględnieniem wymagań określonych w WET.

Zostało także wykazane, iż Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy posiadali wdrożony system zarządzania jakością AQAP 2130. W § 6 ust.2 projektu umowy będącej załącznikiem do SIWZ, zostało określone jedynie, że system zarządzania jakością wykonawcy musi spełniać wymagania zawarte w AQAP 2130. Jak słusznie zauważył Zamawiający, nie jest to równoznaczne z posiadaniem certyfikatu potwierdzającego wdrożenie systemu AQAP 2130. Wykonawca może, bowiem posiadać inny system zarządzania jakością, który musi spełniać takie wymagania, jakie są zawarte w systemie wskazanym w SIWZ. Nadto, z postanowień SIWZ, nie wynika, aby weryfikacja posiadania przez wykonawcę odpowiedniego systemu zarządzania jakością, następowała na etapie badania i oceny ofert. W związku z tym, wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający nie był obowiązany dokonywać sprawdzenia w tym zakresie przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Nadto należy zauważyć, iż Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący nie posiada wdrożonego systemu zarządzania jakością, bądź, że system zarządzania jakością posiadany przez Przystępującego nie spełnia wymagań zawartych w AQAP 2130.

Odwołujący nie może oczekiwać, iż badanie i ocena ofert przez zamawiającego będzie dokonywana o wymogi nieokreślone w SIWZ. *Ocena spełniania wymagań zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się w sposób formalny na składanych przez wykonawców oświadczeniach i/lub dokumentach. Niezbędne jest wykazanie przez wykonawcę w ramach oferty, zgodnie z regulami ustalonymi przez Zamawiającego w SIWZ, że przedmiot oferty odpowiada w pełni*

wymaganiom określonym w specyfikacji. Postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach, a ustalone dla danego postępowania warunki i zasady obowiązują bezwzględnie zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem, to Zamawiający określa w SIWZ reguły badania i oceny spełnienia wymagań oraz zgodnie z tymi regułami musi dokonać badania i oceny ofert. Wykonawca nie może wykazywać spełnienia wymagań SIWZ w inny sposób niż ten, który dopuścił Zamawiający w danym postępowaniu, a z drugiej strony Zamawiający nie może przyjąć w odniesieniu do jednego wykonawcy odmiennego sposobu badania i oceny oferty niż określony w SIWZ. Działanie takie wprost prowadziłoby do naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta zobowiązuje w sposób bezwzględny Zamawiającego do zastosowania tych samych zasad badania i oceny ofert do wszystkich wykonawców w równym stopniu (por. wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r., sygn. akt KIO 1720/17).

Nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie, zdaniem Odwołującego, odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż nie spełnia ona wymagań określonych w PZP i SIWZ.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą*. Odwołujący nie podał przepisu, który w jego ocenie, wskazywałby, że wybrana oferta jest niezgodna z ustawą. Nie pozwala to zatem na ocenę tego zarzutu.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp*. Odwołujący nie wskazał, niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z istotnymi wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, tj. nie wykazał okoliczności, które miałyby stanowić o wypełnieniu się ww. przesłanki odrzucenia oferty. *O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 KC, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (...)* (por. wyrok KIO z dnia 08-12-2017 sygn. akt KIO 2475/17).

Należy podzielić stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, iż zaakceptowanie przez Wykonawcę w osobnym oświadczeniu, warunków, na jakich zawarta zostanie przyszła umowa oraz deklaracja Wykonawcy, że złożona oferta co do zakresu

odpowiada SIWZ i opisowi przedmiotu zamówienia nie są równoznaczne z deklaracją, że Wykonawca posiada dokumentację techniczną a także nie jest równoznaczne z deklaracją o posiadaniu wdrożonego systemu AQAP 2130, ponieważ takiego warunku w SIWZ nie było. Oświadczenia te nie zaprzeczają tezie, że Wykonawca zamierza wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego, a także podpisać umowę na zaproponowanych warunkach.

O naruszeniu ww. przepisów nie stanowi również to, iż, jak twierdzi w odwołaniu Odwołujący, Przystępujący nie jest w stanie zapewnić należytego, tj. zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia, z uwagi na brak dostępu do dokumentacji technicznej posiadanej przez Odwołującego. Odwołujący nie wykazał, aby jego dokumentacja techniczna pozostawała w jakimkolwiek związku z przedmiotowym postępowaniem.

Ubocznie należy stwierdzić, iż ma rację Zamawiający, który podniósł, iż w sytuacji, gdy Odwołujący miał zastrzeżenia do sformułowanych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, to powinien je zgłosić w terminie ustawowym od momentu udostępnienia treści SIWZ. Odwołujący nie skorzystał z prawa do żądania zmiany SIWZ poprzez wskazanie niezbędności żądania wskazywanej przez niego dokumentacji jak i konkretnego systemu zarządzania jakością. Obecnie formułowane zastrzeżenia do SIWZ są zatem spóźnione. W ocenie Izby nie można wywodzić z SIWZ treści w niej niezapisanych.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który według Odwołującego polega na wadliwym wyborze oferty Rekord Hale i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Stosownie do art. 91 ust. 1 ustawy PZP *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Odwołujący nie przedstawił okoliczności faktycznych, przemawiających za naruszeniem tego przepisu. *Jak jednolicie przyjmuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych, sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, za zarzut uznaje się wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych świadczących o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 515/18).*

Brak potwierdzenia się zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, jak również dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, wskazuje natomiast na brak zasadności twierdzenia Odwołującego o wadliwym wyborze oferty złożonej przez Rekord Hale. W konsekwencji brak jest potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, który według Odwołującego polega na wyborze oferty Wykonawcy Rekord Hale.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów Zamawiającego związanych z udziałem w posiedzeniu i rozprawie na podstawie rachunków, złożonych przed zamknięciem rozprawy, stosownie do § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: