

**WYROK**  
**z dnia 3 grudnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.11.2018 r. przez wykonawcę **LUBAWA S.A., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **2 Regionalna Baza Logistyczna (JW. 4226), ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa namiotów technicznych” (Numer referencyjny: D/152/2018).

przy udziale wykonawcy **REKORD Hale Namiotowe Spółka z o.o., ul. Mazowiecka 17, 50-412 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **LUBAWA S.A.,**

**ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LUBAWA S.A.,**

**ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawcy **LUBAWA S.A., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski** na rzecz zamawiającego - **2 Regionalna Baza Logistyczna**

**(JW. 4226), ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

**3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Uzasadnienie**

**do wyroku z dnia 3 grudnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2381/18**

Zamawiający – **2 Regionalna Baza Logistyczna (JW. 4226), ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa namiotów technicznych” (Numer referencyjny: D/152/2018).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28.08.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 164-374036.

W dniu **08.11.2018 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19.11.2018 r.** przez wykonawcę **LUBAWA S.A.** wobec następujących czynności Zamawiającego:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę **REKORD HALE NAMIOTOWE Sp. z o.o.** (dal zwanego „**REKORD**”), pomimo faktu, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, zaś złożona przez Niego oferta podlega odrzuceniu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 oraz pkt 17 ustawy;

2) zaniechania wykluczenia wykonawcy **REKORD** z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy a także zaniechania czynności wykluczenia **REKORD** z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy;

3) zaniechania wykluczenia wykonawcy REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy o doświadczenia koniecznych do wykonania zamówienia, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy;

Z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2:

4) Zaniechanie wezwania wykonawcy REKORD do uzupełnienia wykazu dostaw, czym naruszono przepis art. 26 ust. 3 ustawy

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Wykluczenia REKORD z postępowania;

3. Odrzucenie oferty REKORD;

Odwołujący alternatywnie wniósł o:

4. Wezwanie REKORD do uzupełnienia wykazu dostaw ze wskazaniem nowej, innej niż dotychczas dostawy;

5. Powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

#### UZASADNIENIE

Jak zostało wskazane na wstępie uzasadnienia w dniu 08.11.2018 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu drugie zawiadomienie o wyniku postępowania. Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę REKORD. Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego. W zaistniałym stanie faktycznym Wykonawca REKORD powinien zostać wykluczony z postępowania zaś Jego oferta winna zostać odrzucona.

II. Interes w uzyskaniu zamówienia.

Jak wskazano w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 08 listopada 2018 roku, zawierającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył już dokumenty potwierdzające nie podleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie przez Zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Wskazano również, że w obecnym stanie sprawy, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego to jest w kwocie 2 797 635,00 złotych. Powyższe wyczerpuje, zdaniem Odwołującego, materialno-prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy.

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę REKORD. Czynności Zamawiającego naruszyły przepisy art. 7 ust 1 i ust 3. art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 oraz pkt 17 ustawy alternatywnie art. 26 ust. 3 ustawy. Uzasadnienie tego zarzutu zawarte zostało poniżej w treści uzasadnień zarzutów odnoszących się do zaniechania czynności odrzucenia oferty REKORD. Potwierdzenie się któregośkolwiek z poniżej uzasadnianych zarzutów stanowić będzie potwierdzenie słuszności zarzutu nr 1.

2. Zarzut zaniechania wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, a także zaniechania czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

W przedmiotowej sprawie doszło do powtórzenia czynności Zamawiającego na skutek wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2018 roku sygn. akt KIO 2149/18. Za pismem z dnia 7 listopada 2018 roku Zamawiający wezwał REKORD do wyjaśnienia treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków. Wskazał, że w toku postępowania, do momentu rozpoczęcia powtórnej oceny ofert, REKORD złożył następujące dokumenty mające potwierdzać fakt należytego wykonania zamówienia:

- wykaz dostaw;

- poświadczenie wystawione przez Best-Eko Sp. z o.o. będącą podmiotem zamawiającym (dalej w Odwołaniu zwaną Best-Eko);

- umowę nr 2/2017 z dnia 1 lutego 2017 roku na dostawę mobilnej osłony linii technologicznej;

- ostateczny protokół zdawczo — odbiorczy z dnia 28 lutego 2018 roku;

- poświadczenie z dnia 4 października 2018 roku wydane przez Best-Eko.

Dalej Zamawiający wskazał, że stwierdził, iż w dokumentach występują rozbieżności w zakresie daty wykonania zamówienia. Wylicza różnice pomiędzy podanymi informacjami:

1) W treści Wykazu dostaw podano datę ukończenia: 30 czerwca 2017 roku;

2) Podobne informacje wynikają z zaświadczenia Best-Eko nieopatrzonego datą: Best-Eko oświadczyło, że: „Zadanie to zostało zrealizowane w czerwcu 2017 roku”;

3) W § 2 umowy nr 2/2017 z dnia 1 lutego 2017 roku na dostawę mobilnej osłony linii technologicznej zapisano, że: „Wykonawca zobowiązuje się do realizacji zamówienia będącego przedmiotem umowy w terminie do dnia 30.06.2017 r i potwierdzić jego wykonanie w formie ostatecznego protokołu zdawczo odbiorczego”

4) W treści „Ostatecznego protokołu zdawczo - odbiorczego”, który zgodnie z warunkami umowy stanowi podstawę oceny realizacji wskazanej umowy wynika, że realizacja umowy nastąpiła w dniu 28 lutego 2018 roku.

Jak wskazał Odwołujący, w obliczu tak istotnych sprzeczności, jak data realizacji zamówienia, co rzutuje na ocenę czy zamówienie może zostać uznane za wykonane należyście, Zamawiający powinien był wykluczyć REKORD z postępowania w trybie art. 24 ust 1 pkt 16 bez wzywania do dalszych wyjaśnień. Nie powinno bowiem pozostawiać najmniejszych wątpliwości że REKORD, działając wspólnie z Best-Eko, usiłował wytworzyć (jak się okazuje, skutecznie) wrażenie, że zamówienie zostało wykonane terminowo. Odwołujący wskazuje, że całkowicie odmienne informacje wynikają z „Wykazu dostaw”, potwierdzonego przez „Poświadczenie” Best-Eko, które wskazują na terminowe wykonanie umowy w czerwcu 2017 roku, a odmienne z załączonego do wyjaśnień Protokołu odbioru. Protokół odbioru wskazuje datę zakończenia umowy 28 lutego 2018 roku. Zatem nieprawdziwe są oświadczenia zawarte w Wykazie dostaw podpisanym przez REKORD oraz „Poświadczeniu” podpisanym przez Best-Eko, gdzie jest mowa o wykonaniu

umowy w czerwcu 2017 roku. Jak już Odwołujący podniósł, podanie nieprawdziwych informacji powinno znaleźć skutek w postaci wykluczenia wykonawcy.

Dodatkowo, w wyjaśnieniach z dnia 5 października 2018 roku REKORD oświadczył:

*„Tytułem wyjaśnienia Wykonawca pragnie wskazać, iż poświadczenie załączone do złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty, dotyczy całości realizowanego przedmiotu umowy”.*

Jak wskazał Odwołujący, REKORD przechodząc do porządku dziennego nad istniejącymi rozbieżnościami najwyraźniej oczekuje, że strony postępowania nie zapoznają się z zawartymi w Jego dokumentach informacjami. Bezwstydnie łączy kolejne nieprawdziwe informacje w jedną całość licząc, jak się okazuje niebezpiecznie, że zostaną one pozytywnie przyjęte przez Zamawiającego.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że zamówienia wykonane bez zachowania terminu umownego nie mogą być uznawane za wykonane należycie.

Odwołujący podnosi ponownie, że Zamawiający winien był wykluczyć REKORD w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Jak bowiem orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 maja 2018 roku, Sygn. akt. KIO 901/18:

*„Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. W ocenie Izby odwołujący, nie informując o fakcie dopuścić się co najmniej zamierzonego działania. Zamierzone działanie ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia.”*

Wszelkie dotychczas wymienione zabiegi REKORD i Best-Eko, zmierzające do pokazania lepszego stanu spraw, niż to miało miejsce w rzeczywistości a prowadzące od uznania, że REKORD spełnia warunek udziału w postępowaniu, oprócz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy mogą być również oceniane, zdaniem Odwołującego, przez pryzmat przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Jeżeli bowiem przypisać REKORD lekkomyślność zamiast działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa, (choć te pierwsze są aż nadto widoczne), wówczas stwierdzić należy, że składanie przez REKORD kolejnych, zaprzeczających sobie nawzajem informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wypełnia przesłankę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, REKORD, za pismem z dnia 8 listopada 2018 roku, złożył kolejne wyjaśnienia, w treści których oświadczył:

1) Dostawa i montaż hali zostały wykonane w terminie wskazanym w umowie nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 roku — co potwierdziła również spółka Best-Eko w treści poświadczenia złożonego już uprzednio w niniejszym postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy;

2) Rozbieżność pomiędzy terminem wykonania wskazanym w treści umowy nr 2/2107 (30.06.2017 r) oraz datą widniejącą w protokole odbioru końcowego hali (28.02.2018 r) wynika z faktu, że z przyczyn leżących po stronie Best-Eko, odbiór dostarczonej hali bez podłączenia, uruchomienia i regulacji bram wjazdowych, był niemożliwy do przeprowadzenia z uwagi na brak możliwości sprawdzenia mechanizmów otwierających i zamykających ww. bramy. W tym celu należało wstrzymać czynności odbiorowe do czasu doprowadzenia przez Zamawiającego niezbędnego zasilania energią elektryczną;

3) Data wykonania dostawy wpisana w przedłożonym Zamawiającemu wykazie dostaw, jest datą wynikającą z umowy nr 2/2017, zaś sam wykaz stanowi oświadczenie Zamawiającego, o dacie faktycznego dostarczenia przedmiotu dostawy do Zamawiającego. Wykonawca pragnie podkreślić, iż fakt przedłożenia Zamawiającemu również protokołu odbioru końcowego z 28.02.2018 r wskazuje, iż nie jest i nie było zamiarem Wykonawcy zatajanie jakichkolwiek faktów (...)

4) Wykonawca tytułem potwierdzenia faktów przywołanych w niniejszym wystąpieniu, przedkłada oświadczenie Spółki Best-Eko, zawierające wyjaśnienie przyczyn, które spowodowały konieczność przesunięcia terminu odbioru końcowego przedmiotu dostawy określonego umową nr 2/2017 (...)

5) Załączone do wyjaśnień REKORD, Oświadczenie Best-Eko zawiera oświadczenie, że opóźniony odbiór przedmiotu dostawy wynikał z przyczyn niezależnych od REKORD. W dalszej treści Best-Eko stwierdza, że termin realizacji umowy został zgodną wolą stron przesunięty na 28 lutego 2018 roku. Wskazuje uprzednio wystawione Poświadczenia (referencje), które miały potwierdzić jakość terminowości i solidność wykonania.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że jedynym dostarczoną Zamawiającemu poświadczeniem mówiącym o terminowości wykonania przez REKORD zamówienia na rzecz Best-Eko, jest Poświadczenie dołączone do odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. W treści tego Poświadczenia wskazano, że wszystkie czynności wykonano „w czerwcu 2017 roku”. Nie rozstrzygając o tym, które z przedstawionych informacji są prawdziwe a które fałszywe, Odwołujący wskazuje po raz kolejny na ciągłą manipulację przez REKORD informacjami istotnymi zarówno z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu rozumianymi także ogólnie jako informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego bez znaczenia dla oceny realizacji zobowiązania umownego pozostaje powód (wina REKORD lub jej brak), dla którego doszło do niewykonania zamówienia w terminie umownym. Jak można się domyślać, jeżeli REKORD rzeczywiście nie zapłacił kar umownych, to znaczy, że Best-Eko uznało swoją winę na tyle, że odstąpiło od naliczania kar.

W tym miejscu Odwołujący podniósł, że załączone do wyjaśnień REKORD, kolejne oświadczenie Best-Eko, jako niewiarygodne, nieoparte dowodami oraz zawierające wewnętrzne sprzeczności — stanowi raczej kolejny dowód potwierdzający, że REKORD i Best-Eko przekazują Zamawiającemu nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje. Skoro bowiem, jak twierdzi Best-Eko, termin realizacji umowy został zgodną wolą stron przesunięty na 28 lutego 2018 roku, to dalsze wskazywanie na wiążący charakter Poświadczenia mówiącego o należytych wykonaniu zamówienia w czerwcu 2017 roku, które zostało złożone przez REKORD w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, wydaje się absolutnie niezrozumiałe.

Zarówno REKORD jak Best-Eko podtrzymują zatem swoje nieuczciwe działania, co wywołało skutek w postaci bezprawnego wyboru jako najkorzystniejszej, oferty REKORD.

Wskazując na powyższe Odwołujący stwierdził ponownie, że Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy.

3. Zarzut zaniechania czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonania zamówienia, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Jak wskazał Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, niewykazanie przez REKORD spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia przejawiało się w dwojaki sposób:

1) Poprzez wskazanie dostaw niewykonanych należycie;

2) Poprzez wskazanie dostaw przedmiotów odmiennych od żądania Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu.

Ad. 1) W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że kwestie nienależytego wykonania zamówienia zostały szeroko omówione w uzasadnieniu zarzutu nr 2. Przyjawszy za prawdę, że REKORD postawił do dyspozycji Best-Eko zamówioną halę namiotową do końca czerwca 2017 roku nie można pominąć, że zgodnie z oświadczeniami REKORD i Best-Eko, w zakres zobowiązania umownego wchodził szerszy zakres prac, które nie zostały zakończone. Skoro zakres zobowiązania umownego był szerszy, to dopiero realizacja wszystkich zobowiązań niepieniężnych REKORD w terminie umownym, mogła skutkować uznaniem należytego wykonania całego zobowiązania. Skoro, jak twierdzą zgodnie REKORD i Best-Eko, w terminie umownym dostarczono samą halę, lecz bez jej montażu i uruchomienia, zaś protokół odbioru podpisano dopiero 28 lutego 2018 roku, to zamówienie wykonane zostało z opóźnieniem kwalifikowalnym wynoszącym 243 dni!

Podnoszone w treści wyjaśnień z dnia 8 listopada 2018 roku, niezawinione opóźnienie, wynikające z rzekomego nie doprowadzenia przyłączy energetycznych, pozostaje bez wpływu dla oceny, że zamówienie nie zostało wykonane w terminie, co dalej należy wykładać jako jego wykonanie bez zachowania należytej staranności.

Ad. 2) W celu wykazania spełnienia warunków, REKORD wskazał dostawę „mobilnej osłony linii technologicznej”, która zgodnie z wyjaśnieniami REKORD, jest halą namiotową przeznaczoną do zabezpieczenia osłanianej linii technologicznej. Tymczasem, jak podniósł Odwołujący, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w punkcie III. 1.3) Ogłoszenia o zamówieniu Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe zapisano, że: Zamawiający wymaga na potwierdzenie spełnienia tego warunku, aby Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. 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.

Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. Identyczne zapisy znalazły się w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w Rozdziale V — pkt 1.2.3.

W dniu 3 września 2018r., REKORD uzyskał odpowiedź na zadane pytanie dotyczące dopuszczenia przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jeżeli Wykonawca wykaże się doświadczeniem w dostawie namiotów technicznych i/lub hal namiotowych, i/lub namiotowych hal sportowych.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający udzielając odpowiedzi, nie dokonał zmiany (rozszerzenia) zapisów SIWZ w zakresie dostaw podtrzymując jednocześnie, iż wykaz dostaw winien odnosić się do „dostaw tego samego rodzaju”. W swojej odpowiedzi na zadane pytanie przytoczył zapis treści SIWZ w brzmieniu: „za dostawy tego samego rodzaju Zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”. Zatem, już na etapie opracowania ofert REKORD posiadał wiedzę, iż Zamawiający dokona oceny dokumentów, oświadczeń w zakresie tożsamości dostaw z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego (PWN) „tożsamy - oznacza niczym się nieróżniący, taki sam lub ten sam”.

Na etapie składania ofert REKORD mógł wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia technicznego lub zawodowego poprzez złożenie oferty wspólnie z podmiotem posiadającym wymagane doświadczenie lub skorzystać z potencjału podmiotów trzecich.

Należy jednak podkreślić, zdaniem Odwołującego, iż czym innym jest posiadanie doświadczenia w robotach budowlanych polegających na postawieniu hali namiotowej na podłożu stałym, a czym innym jest dostarczenie gotowego produktu „namiotu technicznego”. W tym przypadku zasadnym staje się rozpatrzenie tożsamości co do przeznaczenia. Siły Zbrojne RP tak formułują swoje potrzeby, aby zapewnić ich zaspokojenie, co w przypadku namiotów technicznych ma znaczenie podstawowe. W sytuacji zmian dyslokacji Wojska, namioty te winny posiadać możliwość zwinięcia i rozłożenia w innym miejscu, co w przypadku hal namiotowych jest niemożliwe i nie zaspokaja potrzeb Zamawiającego. Odwołujący podnosi, że przeznaczeniem zamawianego namiotu technicznego jest zapewnienie możliwości wykonywania prac obsługowo — naprawczych uzbrojenia i sprzętu wojskowego w warunkach polowych.

Nie sposób porównać zapewnienia możliwości wykonywania działań podejmowanych przy sprzęcie wojskowym w warunkach polowych ze stacjonarnym użyciem hali namiotowej wskazanej przez REKORD.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdza, że wskazana w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dostawa ani w odniesieniu do obowiązku wykazania jej należytego wykonania, ani w odniesieniu do jej zakresu merytorycznego, nie potwierdziła spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przyjawszy słuszność zarzutu nr 2, respektując zakaz wynikający z art. 26 ust. 3 a odnoszący się do sytuacji, gdy pomimo wezwania, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, Odwołujący podnosi, że Zamawiający powinien był wykluczyć REKORD w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

4. Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy REKORD do uzupełnienia wykazu dostaw, czym naruszono przepis art. 26 ust. 3 ustawy.

W przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała słuszności zarzutu nr 2, jednocześnie uznając podniesione w treści zarzutu nr 3 stanowisko Odwołującego, że dostawy wymienione w „Wykazie” jako nienależycie wykonane oraz nie odpowiadające rodzajowi przedmiotowi zamówienia (dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia), Odwołujący podniósł, że wobec niewyczerpania dróg sanacji dokumentów złożonych przez REKORD, Zamawiający powinien był wezwać tego Wykonawcę do uzupełnienia wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wezwał REKORD do uzupełnienia wykazu dostaw pomimo faktu, że obowiązek taki mógł wywieść z treści uzasadnienia orzeczenia Izby z dnia 31 października 2018 roku sygn. akt KIO 2149/18.

Zaniechanie dokonania takiego wezwania naruszyło, w ocenie Odwołującego, przepis art. 26 ust. 3 ustawy.

Jak wskazano w podsumowaniu mając na uwadze, iż zarzuty odwołania zostały uzasadnione i udowodnione. Odwołujący uważa, że uzasadniony i udowodniony, zarzut nr 1 dokonania przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę REKORD podlegającego wykluczeniu z postępowania, czym naruszono przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów oraz uzasadnienia odwołania. Wskazując na powyższe. Odwołujący wnoszą jak na wstępie o uwzględnienie odwołania w całości.

Wykonawca REKORD Hale Namiotowe Spółka z o.o. pismem z dnia 20 listopada 2018 roku wniósł zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „DOSTAWA NAMIOTÓW TECHNICZNYCH” - Numer postępowania: 1)/152/2018 po stronie Zamawiającego.

2. Podzielając rozstrzygnięcie Zamawiającego, wniósł o:

1) Dopuszczenie dowodu z akt postępowania o sygn. akt KIO 2149/18,

2) Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5) Pzp, z uwagi na fakt, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, a w przypadku nie uwzględnienia tego żądania,

3) Oddalenie odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu przez Lubawa S.A. w Ostrowie Wielkopolskim, jako pozbawionego uzasadnienia zarówno faktycznego, jak również prawnego.

#### UZASADNIENIE

Niniejsze przystąpienie, jako pochodzące od wykonawcy należy uznać jako skuteczne w myśl postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z 30 maja 2014 roku w sprawie o sygn. akt KIO 984/14. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, zgłaszający przystąpienie może powoływać się na jakikolwiek interes, w tym również faktyczny, związany z rozstrzygnięciem postępowania na korzyść strony, do której przystępuje (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 grudnia 2015 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2575/15).

Tytułem uzasadnienia faktycznego, potwierdzającego spełnienie przez REKORD HALE NAMIOTOWE Sp. z o.o. przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego Przystępujący wskazał, jako interes w rozumieniu art. 185 ust. 2 p.z.p. (tj. interes konieczny do uznania zgłoszenia przystąpienia za skuteczne), iż oferta REKORD HALE NAMIOTOWE sp. z o.o. została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, co w konsekwencji skutkowało powinno udzieleniem zamówienia Przystępującemu.

Spełniając zatem formalną przesłankę przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 p.z.p. wskazał ww. interes REKORD HALE NAMIOTOWE sp. z o.o. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego - 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie,

REKORD HALE NAMIOTOWE sp. z o.o. jest postępowania o udzielenie zamówienia, któremu przysługuje przymiot wykonawcy. Przystępujący złożył bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „DOSTAWA NAMIOTÓW TECHNICZNYCH” - Numer postępowania: 1)/152/2018 ofertę, która zgodnie z zawiadomieniem z dnia 8 listopada 2018 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty, sklasyfikowana została w rankingu ofert na pierwszej pozycji. Wobec powyższego, Przystępujący wskazuje, że ewentualne uwzględnienie odwołania (tj. rozstrzygnięcie na korzyść Odwołującego), wpływa na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący wskazał, że aktywnie działając w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia (poprzez złożenie oferty), pragnie jednocześnie uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym prowadzonym w sprawie wniesionego przez Lubawa S. A. w Ostrowie Wielkopolskim odwołania. Aktywne uczestnictwo w postępowaniu odwoławczym pozwoli na przedstawienie stosownej argumentacji dotyczącej oczywiście zgodnej z ustawą czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W pierwszej kolejności Przystępujący podniósł, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było już przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze akt KIO 2149/18. Wyrokiem z dnia 31.10.2018 roku, po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.10.2018 r. przez wykonawcę REKORD Hale Namiotowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Przystępującego), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie (Zamawiającego), przy udziale LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim (Odwołującego), orzekła o uwzględnieniu odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powyższe czynności zostały przez Zamawiającego powtórzone w dniach 05-08.11.2018 r., poprzez ponowne zbadanie ofert, procedurę wyjaśnienia wątpliwości dotyczących dokumentów złożonych w postępowaniu przez Przystępującego (art. 26 ust. 4 Pzp), a w konsekwencji wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Dowód:

- Wyrok z dnia 31.10.2018 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 2149/18.

- Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty z dnia 05.11.2018 r. — w aktach postępowania D/ 152/2018

- Wezwanie do treści dokumentów z dnia 07.11.2018 r. w aktach postępowania D/ 152/2018

- Zawiadomienie o wynikach postępowania z dnia 08.11.2018 r. — w aktach postępowania

D/152/2018

Jak wskazał Przystępujący wprowadzić nie można zabronić fizycznego wniesienia odwołania w takim przypadku, ale odwołanie to nie może być nieskuteczne. Należy bowiem zauważyć, że, w ocenie Przystępującego, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli dotyczy ono czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO, lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja ma miejsce właśnie wówczas, jeżeli Zamawiający wykonał wszystkie czynności zgodnie z wyrokiem KIO (w tym przypadku unieważnił poprzednio podjęte czynności w postępowaniu, ponownie zbadał oferty i w konsekwencji wybrał ofertę Przystępującego). Zapobiega to ponownemu orzekaniu przez KIO w tej samej sprawie. Tylko i wyłącznie, jeżeli Zamawiający wykonałby nakazane czynności niezgodnie z treścią orzeczenia KIO, to powtórzone w ten sposób czynności podlegają powtórnej kontroli w drodze środków ochrony prawnej. Negatywna przesłanka procesowa, wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, oznacza, że czynność wykonana w zgodzie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu okręgowego rozpoznającego skargę nie może być już przedmiotem odwołania. Norma prawna w tym artykule stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym, mającej swoje źródło w procedurze cywilnej, zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Zapobiega ona, zdaniem Przystępującego, ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie (tak KIO w postanowieniach z dnia 01.02.2011 sygn. akt KIO 134/11 oraz z dnia 04.03.2013 f. sygn. akt KIO 429/13).

Jeżeli więc, odwołanie wnoszone jest w odniesieniu do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zaniechania wykluczenia zatem czynności mającej niewątpliwą wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, jak również zaniechanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czyli czynności dotyczącej badania ofert, poprzedzającej oferty najkorzystniejszej, to takie odwołanie w sposób oczywisty odnosi się do czynności stanowiących przedmiot rozstrzygnięcia Izby w przywołanym postępowaniu o sygnaturze akt KIO 2149/18.

Dowód: wyrok z dnia 31.10.2018 r. - akta postępowania KIO 2149/18.

Odnosząc się natomiast do zarzutów Odwołującego, podniesionych w treści wniesionego odwołania, Przystępujący w pierwszej kolejności wskazuje na ich iluzoryczność, nie popartą faktami oraz dowodami przeciwnymi twierdzeniom Przystępującego. Odwołujący z oczywistych powodów, subiektywnie kwestionując rozstrzygnięcie Zamawiającego, stawia jednak Przystępującemu bardzo poważne zarzuty, a to wprost świadomego i celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, najmniej zaś lekkomyślność i niedbalstwo. W tym miejscu zatem w ocenie Przystępującego należy przeanalizować kwestię dotyczącą podstaw twierdzeń stawianych przez Odwołującego, a także argumentów jakimi udowadnia swoje racje.

Otóż, w ocenie Przystępującego, jak wynika z treści odwołania, jedynym argumentem, jaki w swoim wywodzie dotyczącym powyższej kwestii podnosi Odwołujący, jest rozbieżność dat pomiędzy terminem realizacji zamówienia wskazanym w umowie zawartej pomiędzy Przystępującym i Best — Eko sp. z o.o. a datą podpisania ostatecznego protokołu odbioru końcowego przedmiotu zamówienia. Pomimo brzmienia szczegółowych wyjaśnień składanych wielokrotnie przez Przystępującego, poświadczeń podmiotu trzeciego składanych w postępowaniu D/152/2018 przez Przystępującego, Odwołujący nadal podnosi kwestię rozbieżności terminów wykonania zamówienia wynikających z treści umowy zawartej pomiędzy Przystępującym, a spółką BEST-EKO sp. z o.o. z/s w Żorach.

W tym miejscu Przystępujący oświadczył, iż wszelkie insynuacje Odwołującego nie mają żadnego oparcia w faktach wynikających zarówno z dokumentów przedłożonych uprzednio w postępowaniu D/152/2018, jak również w trakcie powtórzonej przez Zamawiającego czynności badania ofert.

Dowód: - odpowiedź Odwołującego z dnia 07.09.2018 r. na wezwanie z art. 26 ust. 1 PZP wraz z załącznikami (wykaz dostaw wraz z poświadczeniem BEST-EKO sp. z o.o.) - akta postępowania D/ 152/2018;

- umowa nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 r. - akta postępowania D/152/2018;

- ostateczny protokół zdawczo odbiorczy z dnia 28.02.2018 r. - akta postępowania D/152/2018;

- poświadczenie z dnia 04.10.2018 r. - akta postępowania D/ 152/2018;

- odpowiedź Odwołującego z dnia 08.11.2018 r. na wezwanie z art. 26 ust. 4 PZP wraz z załącznikami (oświadczenie BEST-EKO sp. z o.o.) - akta postępowania D/152/2018;

- protokół dostawy hali z dnia 16.06.2017 r.

Powyższe dokumenty, zdaniem Przystępującego, wykazują następujący stan faktyczny. Otóż na podstawie umowy nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 r., Przystępujący zobowiązał się do:

1. Dostawy hali zgodnie z oczekiwaniami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia umowy;

2. Świadczeń dodatkowych w tym instalacji przedmiotu dostawy i przedstawienia do odbioru w miejscu wskazanym przez BEST-EKO sp. o.o. (s. 4 umowy)

Abstrahując zatem od wartości poszczególnych świadczeń (dostawy i robót budowlanych), których dysproporcja została wykazana już uprzednio w postępowaniu KIO 2149/18 i przesądziła o wiodącym charakterze zamówienia, jako dotyczącym dostaw, należy zauważyć, iż już sama lektura umowy wskazuje na wyraźny rozdział obu ww. świadczeń.

W ocenie Przystępującego skoro zatem przedmiot zamówienia publicznego nr D/152/2018 dotyczy dostawy, zatem dla ustalenia należytego wykonania świadczenia istotny jest termin wykonania dostawy na rzecz udzielającej poświadczenia spółki BEST-EKO) i ten termin winien podlegać ocenie Zamawiającego, jako dotyczący przedmiotu udzielanego przezeń zamówienia. Ergo, należyta staranność dotyczy w omawianym przypadku właśnie m.in. terminowości dostaw świadczonych przez Przystępującego. Począwszy od pierwszego ze wskazanych wyżej poświadczeń, w każdym kolejno przedkładanym Zamawiającemu, udzielająca go spółka BEST-EKO potwierdzała terminowość dostaw, zgodnie z treścią oświadczenia złożonego przez Przystępującego w wykazie dostaw.

W dalszej części swojego stanowiska Przystępujący podniósł, że jak wskazano już poprzednio w piśmie z dnia 08.11.2018 r. rozbieżność pomiędzy terminem wykonania wskazanym w treści umowy nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 roku (30.06.2017 r.) oraz datą widniejącą na protokole odbioru końcowego hali (28.02.2018 r.) wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - BEST EKO sp. z o.o., gdyż odbiór końcowy dostarczonej hali bez podłączenia, uruchomienia i regulacji bram wjazdowych był niemożliwy do przeprowadzenia, z uwagi na brak możliwości sprawdzenia poprawności funkcjonowania mechanizmów otwierających i zamykających ww. bramy. W tym celu należało wstrzymać czynności odbiorowe do czasu doprowadzenia przez Zamawiającego niezbędnego w tym celu zasilania w energię elektryczną. Zatem przyczyna przesunięcia terminu odbioru końcowego była prozaiczna. Przystępujący pozostając w przeświadczeniu, iż literalne brzmienie poświadczeń nie pozostawia cienia wątpliwości co do należytego spełnienia świadczenia wynikającego z zawartej umowy, nie unikał przedłożenia Zamawiającemu również protokołu odbioru końcowego z 28.02.2018 r., co wprost wskazuje, iż nie jest i nie było zamiarem Wykonawcy zatajanie jakichkolwiek faktów, czy też kreowanie innego obrazu sytuacji.

Na marginesie, jak wynika z unormowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, aby można było przesądzać o nienależytym wykonaniu umowy, muszą łącznie zachodzić następujące okoliczności:

1. wykonawca zawarł umowę z podmiotem, który ma status zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, dlatego istotne jest, aby właściwie zidentyfikować drugą stronę umowy,

2. umowa ta była umową w sprawie zamówienia publicznego lub umową koncesji, nie każda bowiem umowa zawarta pomiędzy zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, a wykonawcą, jest taką umową;

3. zamówienie będące przedmiotem umowy lub koncesja nie zostały wykonane, albo zostały wykonane nienależycie w istotnym stopniu; nie każde nienależyte będzie istotne na tyle, żeby można skorzystać z przesłanki wykluczenia; zasądzenie odszkodowania np. za opóźnienie, które nie miało istotnego wpływu na wykonanie umowy, lub inne drobne uchybienia nie będą stanowiły okoliczności uzasadniających wykluczenie;

4. niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; przyczyny leżące po stronie wykonawcy to wszelkie sytuacje, których zaistnienie można przypisać wykonawcy oraz te, które zaistniały niezależnie od jego winy czy nawet woli, ale dotyczą takich okoliczności, za które wykonawca odpowiada;

5. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania, przy czym rozwiązanie umowy obejmuje zarówno jej wypowiedzenie, jak i odstąpienie, niezależnie od tego, czy nastąpiło na podstawie postanowień umownych, czy z przyczyn ustawowych; użyty przez ustawodawcę zwrot „zasądzenie odszkodowania” sugeruje, że nie chodzi o kar umownych przez zamawiającego, ale orzeczenie niezależnego organu

właściwego do orzekania w sprawie odszkodowawczej).

Dopiero więc, zdaniem Przystępującego, wykazanie wszystkich powyższych okoliczności stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Kwestią pozostającą wyłącznie tajemnicą Odwołującego jest zatem, jak podniósł Przystępujący, na jakiej podstawie, czy też w oparciu o jakie fakty lub dokumenty, kwestionuje oświadczenia wiedzy składane przez udzielającego poświadczeń Zamawiającego (BEST-EKO sp. z o.o.), wręcz stawiając wprost zarzut działania w znowie z Przystępującym. Faktem jest natomiast, iż poza subiektywnymi twierdzeniami, przeplatany stawianymi kolejno zarzutami, Odwołujący nie wykazał w odwołaniu ani jednego dowodu potwierdzającego prezentowane przezeń stanowisko, a przeczące twierdzeniom Przystępującego.

Oceniając ciężar gatunkowy stawianych zarzutów, w ocenie Przystępującego, na wskazanie zasługuje choćby twierdzenie Odwołującego, iż „Skoro, jak twierdzą zgodnie REKORD i Best-Eko, w terminie umownym dostarczono samą halę, lecz bez jej montażu i uruchomienia, zaś protokół odbioru podpisano dopiero 28 lutego 2018 roku, to zamówienie wykonane zostało z opóźnieniem kwalifikowanym wynoszącym 243 dni!” przy czym Odwołujący zdaje się zapominać, iż forma opóźnienia kwalifikowanego jest na gruncie Kodeksu Cywilnego zwłoką, która wymaga wykazania winy dłużnika (wykonawcy), czego Odwołujący nie raczył już uczynić, pozostawiając Izbie do oceny wyłącznie swoją tezę.

Jak słusznie, zdaniem Przystępującego, zauważa Krajowa Izba Odwoławcza, procedura wykazania okoliczności przemawiających za wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tj. z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę, w „Wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku jednak, gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy, a także w art. 6 KC (tak KIO w wyroku z dnia 20.02.2018 r. sygn. akt KIO 228/18), przy czym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP może nastąpić tylko w sytuacjach, gdy niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy jest jednoznaczna, a wymagania zamawiającego są jasne i nie podlegają rozbieżnym interpretacjom” (wyrok KIO z dnia 12.12.2017 r. sygn. akt KIO 2481/17).

Jeszcze szerzej w powyższej kwestii Izba wypowiada się w wyroku z dnia 18.04.2017 r. (sygn. akt KIO 576/17) stawiając tezę, iż aby mogło dojść do podważenia oświadczeń, ujętych i przedstawionych w jakimkolwiek dokumencie składanym na potwierdzenie warunków, winny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści wniosku lub oferty złożonej w postępowaniu, jak również spoza korespondencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a podmiotem zamawiającym). Wówczas na skutek swego rodzaju „wyjścia” poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny podmiotowi zamawiającemu w postępowaniu.

Nota bene, w uzasadnieniu przywołanego wcześniej wyroku z dnia 31.10.2018 r. w poprzednio toczącym się postępowaniu KIO 2149/18, Izba skonstatowała co następuje:

„Jeśli chodzi natomiast o kwestię należytego wykonania umowy przedstawionej w wykazie, to nie ma żadnych podstaw, aby negować możliwość takiego wykazania protokołem zdawczo-odbiorczym, a sformułowanie „odebrano bez zastrzeżeń” należy interpretować jako potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Nawet bowiem jeśli w protokołach odbioru czy referencjach nie zamieszczono sformułowania „należyte wykonanie”, to należy ocenić, czy przedstawione tam informacje zawierają taką ocenę wyrażoną przy użyciu innych sformułowań. Jeśli odbiorca dostawy oświadcza, że odebrał ją bez zastrzeżeń, to znaczy to tyle, że nie było zastrzeżeń co do jakości jej wykonania, czyli że wykonano ją należyście”

Pragnąc jednak ostatecznie rozwiązać wszelkie wątpliwości w powyższej kwestii, Przystępujący załączył protokół odbioru częściowego w zakresie dostawy hali w dniu 16.06.2017 r. na okoliczność wykazania terminu dostawy hali (należytego wykonania przedmiotu umowy w zakresie opisanym w jej § 1).

Dowód: protokół zdawczo — odbiorczy 7, dnia 16.06.2017 r.

Ustosunkowując się do drugiego z zarzutów Odwołującego, a dotyczącego niezgodności pomiędzy wskazywanym przez Przystępującego w postępowaniu nr D/152/2018 przedmiotem dostawy, a przedmiotem dostawy, którego dotyczy warunek udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział V pkt 12.3. SIWZ) Przystępujący wskazał na określenie tegoż warunku przez Zamawiającego, który wymagał wykazania zrealizowania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Przystępujący pragnie w tym miejscu wskazać na oczywistą sprzeczność w wywodzie Odwołującego, który odnosząc się do powyższego zapisu, przywołuje również odpowiedź Zamawiającego z dnia 03.09.2018 r. udzieloną w ramach wyjaśnienia treści SIWZ.

Na gruncie powyższych dokumentów Odwołujący powtarza za Zamawiającym, który w swojej odpowiedzi na zadane pytanie odpowiedział, iż „za dostawy tego samego rodzaju Zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamer z przedmiotem zamówienia”. Odwołujący na potwierdzenie swojego wyводу przywołuje definicję ze Słownika Języka Polskiego (PWN), z której wynika, iż „tożsamy - oznacza niczym się nieróżniący, taki sam lub ten sam”, przy czym trzy zdania wcześniej Odwołujący stwierdza, iż „Zamawiający udzielając odpowiedzi, nie dokonał zmiany (rozszerzenia) zapisów SIWZ”

Nie mniej jednak, na gruncie prawa cywilnego, którego przepisy stosownie do delegacji wynikającej z art. 14 ust. 1 Pzp, strony muszą, w ocenie Przystępującego, stosować w zakresie w jakim brak jest regulacji w przepisach dotyczących zamówień publicznych, jeżeli przyjąć słuszność stwierdzenia Odwołującego, iż faktycznie Zamawiający nie dokonał zmiany zapisów SIWZ, za czym z kolei przemawia brak zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu trzeba stwierdzić, iż wykazania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, *expressis verbis* odnosi się do dostaw rzeczy oznaczonych co do gatunku, którymi są przedmioty określone wg ich cech rodzajowych (in genere), właściwych dla większej liczby przedmiotów zamówienia (Skowrońska-Bocian w: Pietrzykowski Komentarz KC, 2004, aft. 45 nb. 8; Witczak Kawałko Skrypt, 2006 str. 7). Są to — w przeciwieństwie do rzeczy oznaczonych co do tożsamości — rzeczy zastępowalne.

Jak zostało wskazane w dalszej części przystąpienia natomiast rzecz oznaczona co do tożsamości (in species) to rzecz niezastępowalna, charakteryzująca się swoistymi (indywidualnymi) właściwościami (Skowrońska-Bocian w: Pietrzykowski Komentarz KC, 4., art. 45 nb. 8). Może to nastąpić na skutek indywidualnych cech danego przedmiotu albo poprzez wyodrębnienie z masy rzeczy oznaczonych co do gatunku. Ocena, czy dana rzecz jest oznaczona tylko co do gatunku, czy tylko co do tożsamości zależy od woli stron, oświadczonej lub w sposób dorozumiany (wyrok SN z dnia



18.12.1973 r., I CR 363/73, niepubl.).

Jak wskazał następnie Przystępujący w orzecznictwie SN rzeczy oznaczone co do tożsamości utożsamia się z rzeczami niezastępowalnymi, niezamiennymi), zob. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej SN z dnia 30.12.1988 r. sygn. III CZP 48/88 (OSN 1989, Nr 3, poz. 36).

Jeżeli więc, zdaniem Przystępującego, Zamawiający wymaga wykazania się dostawami rzeczy konkretnego rodzaju (gatunku), nie ulega wątpliwości, iż hala namiotowa, będąca w istocie namiotem (czemu Odwołujący jako profesjonalista z pewnością nie zaprzeczy), spełnia ten o szczególnym (specjalnym) zastosowaniu przesądza bowiem dopiero jej przeznaczenie, a zatem to do czego Zamawiający będzie jej używał, co zatem nada jej swoisty zindywidualizowany charakter.

Jak wskazał Przystępujący należy przy tym pamiętać, iż Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu nie jest zobligowany do ścisłego odzwierciedlenia w nich przedmiotu zamówienia, albowiem o tym czy dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie przesądza wiele różnych czynników, zaś przyjęcie tak ścisłego warunku spowodowałoby niczym nie uzasadnione ograniczenie uczciwej konkurencji. Za słuszością takiego wnioskowania przemawia orzecznictwo Izby, która wskazuje, iż Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię nie był pozbawiany prawa złożenia oferty (tak wyrok KIO z dnia 18.09.2017 r. sygn. akt KIO 1776/17).

Na marginesie Przystępujący wskazał, iż Odwołujący po raz kolejny dokonuje na swoje potrzeby własnej interpretacji wypowiedzi Zamawiającego. Otóż ogólny kontekst odpowiedzi Zamawiającego wskazuje, iż Zamawiający wcale nie konkretyzuje przedmiotów dostaw wskazując, iż „*Maściwym momentem rozstrzygnięcia tego problemu będzie etap badania złożonych w terminie i otwartych ofert*” co Odwołujący skwapliwie pomija. Nadto, Zamawiający wskazuje za SIWZ, iż „*za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia*” a nie przedmiotów tożsamy z przedmiotem zamówienia, co wynika z brzmienia stawianego zarzutu. Reasumując, przedmiotem dostaw mogą być namioty, które mogą spełniać funkcję namiotów technicznych. W tym miejscu ponownie Przystępujący podnosi, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby hala namiotowa, którą wykazał Przystępujący, nie mogła tej funkcji spełniać, przy czym podkreślenia wymaga fakt, iż jej montaż na stopach fundamentowych, wynika wyłącznie z tak sformułowanego żądania spółki BEST-EKO sp. z o.o. i w żaden sposób nie wyłącza jej posadowienia w inny sposób, w tym demontaż i transport do innej lokalizacji.

Przystępujący pragnie w tym miejscu podkreślić, iż legitymuje się również spełnieniem obowiązujących norm produkcji, w tym obligatoryjnych dla zamówień z dziedziny obronności, norm jakości AQAP w stopniu wyższym, niż wymagany przez Zamawiającego w przedmiotowym zamówieniu.

Dowód: aktualny certyfikat AQAP 2110:2016 aktualny certyfikat ISO 9001 :2015

W dalszej części stanowiska zostało wskazane, że jednocześnie, dziwi Przystępującego fakt, tak ostrego kwestionowania przez Odwołującego jego doświadczenia i zdolności technicznej w wykonywaniu wszelkiego rodzaju hal namiotowych, a to m.in. w kontekście dotychczasowej wieloletniej współpracy, kiedy to Przystępujący wykonywał tożsame zamówienia w różnych wariantach zarówno na rzecz Odwołującego, jak również pozostałych spółek wchodzących w skład jego grupy kapitałowej.

Dowód:

- Umowa 1/09/2015 z dnia 16.09.2015 r. (Litex Promo sp. z o.o.)
- Zamówienie MOOOOOO 15/2015/DHS z dnia 12.10.2015 r. (Lubawa S.A.)
- Umowa z dnia 30.10.2014 (Miranda sp. z o.o.) wraz z protokołem przekazania z dnia 11.02.2015 r.
- Zamówienie z dnia 01.07.2014 r. (Lubawa S.A.)
- Umowa z dnia 27.05.2016 r. (Lubawa S.A.)

Na zakończenie powyższego wystąpienia, Przystępujący wskazał, że pragnie po raz kolejny podnieść wykazaną w mniejszym piśmie iluzoryczność zarzutów Odwołującego, którego skutkiem jest paraliż toczącego się postępowania, a w konsekwencji uniemożliwienie Zamawiającemu udzielenia zamówienia, które zgodnie z postanowieniami SIWZ winne zostać zrealizowane przez wyłonionego Wykonawcę, nie później niż do dnia 30.11.2018 r. Biorąc pod uwagę osobę Zamawiającego, reprezentującego Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej, przedmiot zamówienia dotyczący dziedziny obronności, zastosowanie przedmiotu dostawy opisane w SIWZ i jej załącznikach. Przystępujący ma również świadomość, iż działania Odwołującego mogą spowodować powstanie realnej i wymiernej szkody w mieniu publicznym.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Przystępującego, zasadnym wydaje się złożenie przez Zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp. Mając więc powyższe na uwadze, jako pełnomocnik Przystępującego, wniósł o uwzględnienie zgłoszenia przystąpienia przez REKORD HALE NAMIOTOW Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego w sprawie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „DOSTAWA NAMIOTÓW TECHNICZNYCH” - Numer postępowania: D/152/2018.

Zamawiający pismem z dnia 30.11.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W ramach argumentacji Zamawiający wskazał, co następuje.

Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (DZ.U.2018.1986 — dalej „pzp”) w imieniu własnym i w związku z udzielonym pełnomocnictwem Radcy Prawnemu, które składam w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie Wykonawcy LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim z dnia 16 listopada 2018 r. - niniejszym:

- 1) wnoszę odpowiedź na odwołanie Wykonawcy LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim i jednocześnie wnoszę o jego oddalenie w całości.
- 2) wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania obejmujących koszty zastępstwa procesowego przed KIO na podstawie faktury VAT w kwocie 3600 zł brutto.
- 3) wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu na okoliczność braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy REKORD HALE NAMIOTOWE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dale REKORD)



Przedmiotem postępowania przetargowego była dostawa namiotów technicznych.

W dniu 08 listopada 2018 r. została wybrana najkorzystniejsza oferta wykonawcy REKORD

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 oraz 17 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REKORD pomimo faktu, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu w postępowaniu, zaś złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu,

II. art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, a także zaniechanie czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

III. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy o doświadczeniach koniecznych do wykonania zamówienia,

IV. naruszenie 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REKORD do uzupełnienia wykazu dostaw.

Odnosząc się do powyższych zarzutów należy stwierdzić co następuje:

Przedmiotowe zarzuty opierają się na założeniu jakoby na skutek rzekomych naruszeń doszło do wybrania Wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Na wstępie należy z całą stanowczością stwierdzić, że brak jest podstaw do wykluczenia REKORD, i odrzucenia jego oferty, która jako najbardziej korzystna słusznie została wybrana. Zakres zarzutu obejmuje spełnienie przez REKORD warunku określonego w SIWZ, gdzie Zamawiający na potwierdzenie warunków postępowania dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wymagał aby „wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem 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, 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; Wartość każdej (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż: 250 000, 00 zł.

Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 22.02.2018 r. KIO 226/18 Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Podkreślenia wymaga, że interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Celem zamawiającego była dostawa namiotów technicznych i w tym zakresie wymagała udowodnienia wcześniejszego należytego wykonania dostawy. Ewentualne wątpliwości dotyczące rodzaju zrealizowanych przez REKORD zamówień oraz spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu dotyczący jego zdolności technicznej i zawodowej. Jak słusznie stwierdziła KIO w wyroku z dnia KIO 2149/18 z 31 października 2018 r. (dot. przedmiotowego zamówienia) to po pierwsze stwierdzić należy, że okoliczność, że określona umowa obejmowała nie tylko dostawę, ale i roboty budowlane, nie stoi na przeszkodzie uznaniu warunku za spełniony. Jeśli wartość i rodzaj dostawy odpowiadały wymaganiom (w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, że było inaczej), to nie ma znaczenia, że w ramach umowy wykonano zarówno dostawę, jak i roboty budowlane.” Jeśli chodzi natomiast o kwestię należytego wykonania umowy przedstawionej w wykazie, to zdaniem Zamawiającego, nie ma żadnych podstaw, aby negocjować możliwość takiego wykazania wykonania protokołem zdawczo-odbiorczym, a sformułowanie „Odebrano bez zastrzeżeń” należy, w ocenie Zamawiającego, interpretować jako potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Nawet bowiem jeśli w protokołach odbioru czy referencjach nie zamieszczono sformułowania „należyte wykonanie” to należy ocenić, czy przedstawione tam informacje zawierają taką ocenę wyrażoną przy użyciu innych sformułowań. Jeśli odbiorca dostawy oświadcza, że odebrał ją bez zastrzeżeń, to znaczy to tyle, że nie było zastrzeżeń co do jakości jej wykonania, czyli „że wykonano ją należyte.”

Mimo tak sformułowanych wprost rozważań KIO Odwołujący twierdzi, że REKORD nie wykazał spełnienia warunku a co najistotniejsze stwierdza, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd lub też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Stwierdzić należy, że już na etapie wcześniej prowadzonego postępowania odwołujący podnosił przedmiotowe kwestie, które zdawałoby się na marginesie wyroku zostały przez KIO uprzednio ocenione.

Odnosząc się do kwintesencji wynikającego z uzasadnienia zarzutów Zamawiający stwierdził, że na podstawie umowy ze spółką Best-Eko REKORD zobowiązany był w terminie do 30 czerwca 2017 r. do dostarczenia i montażu hali. Usługę dostawy wykonał w terminie wynikającym z umowy czyli w dniu 30 czerwca 2017 r., zaś pozostała część przedmiotu zamówienia na którą składały się roboty budowlane wraz z montażem zostały odebrane przez Best-Eko w dniu 28.02.2018 r. Zarówno w ocenie REKORD jak i (co istotne) Best-Eko usługa została wykonana prawidłowo. Sam odwołujący wskazuje (dobrze odczytując treść, jednakże mylnie interpretując na swoją korzyść), że opóźniony był odbiór prac wykonanych przez REKORD nie zaś wykonanie prac (dowód: umowa z dnia 01.02.10 S7, protokół z dnia 28.02.2018// Przyjmując nawet (bezpodstawnie), że umowa nie została wykonana w całości w należyty sposób - z uwagi na opóźnienie części „budowlano-montażowej”) należy wskazać, że przedmiotem badania oferty ze strony Zamawiającego było należyte wykonanie umowy w zakresie dostawy. Tym samym zarzut Odwołującego się jest pozbawiony substratu z uwagi na bezsporny fakt, iż dostawa, do której zobowiązany był REKORD na mocy umowy z Best-Eko została zrealizowana w umownym terminie tj. do 30.06.2017 r.

Odnosząc się bezpośrednio do przedstawionych przez odwołującego zarzutów Zamawiający stwierdził, że:

Ad. 1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 oraz 17 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REKORD pomimo faktu, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu w postępowaniu, zaś złożona przez Niego oferta podlega odrzuceniu.

Przedmiotowy zarzut mógłby zostać oceniony i kontrargumentowany przez Zamawiającego jedynie w sytuacji

potwierdzenia się zarzutu określonego w pkt II i/lub III co nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie. Brak podstaw do wykluczenia REKORD oraz odrzucenia jego oferty czyni zarzut I bezprzedmiotowym — co zostało naświetlone szczególnie powyżej a także brak uzasadnienia tego zarzutu w odwołaniu.

*Ad. II. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym naruszono przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, a także zaniechanie czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zamawiający stwierdził, że nie został on wprowadzony przez REKORD w błąd, nie zostały mu przedstawione informacje mogące go w ten błąd wprowadzić, a tym samym nie doszło do lekkomyślności czy niedbalstwa REKORD. Przedstawione przez wykonawcę informacje są rzetelne i w ocenie Zamawiającego przedstawiają prawdziwy stan faktyczny. Jak słusznie wskazuje E. Nowicki w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Lex/el.2018” Złożenie nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19.11.2013 r., KIO 2575/13, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), wskazała, że „(...) stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia”. W wyroku z 11.04.2013 r., XIX Ga 179/13, LEX nr 1315894, SO w Katowicach zwrócił uwagę, że „(...) wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości”. Zamawiający w najmniejszym stopniu nie może nawet domniemać, że REKORD przedstawił informacje nieprawdziwe.

*Ad. III naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez zaniechanie czynności wykluczenia REKORD z postępowania, pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy o doświadczeniach koniecznych do wykonania zamówienia.*

Zamawiający odnosząc się do wyżej przywołanego orzeczenia KIO wskazał, że Izba stwierdziła już, że REKORD udokumentował właściwie posiadane doświadczenie konieczne do wykonania zamówienia. Wskazany Wykonawca wykazał zgodnie z wymaganiami SIWZ pkt. 1.2.3. rozdziału V. tj., realizował dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego dostawa miała być tożsama z przedmiotem zamówienia — rzecz oznaczona co do gatunku a nie tożsamości. W związku z powyższym w ocenie mojego mandanta biorąc pod uwagę charakter zamówienia (namioty) Zamawiający określił warunki przystąpienia żądając wykazania się dostawą tożsamą nie zaś taką samą.

*Ad. IV. W zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REKORD do uzupełnienia wykazu dostaw*

Zamawiający wskazał, że w związku z faktem, iż wykonawca REKORD złożył wszelkie niezbędne oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a oświadczenia te i dokumenty są kompletne, nie zawierają błędów oraz nie budzą wątpliwości, brak jest podstaw do wezwania REKORD do uzupełnienia wykazu dostaw, co czyni zarzut bezprzedmiotowym.

Na marginesie Zamawiający podkreślił, że odwołujący w żadnej mierze nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi udowodnienia. W związku z powyższym, wniosek o oddalenie odwołania jest, zdaniem Zamawiającego, konieczny i uzasadniony.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Odnosząc się do wniosku Przystępującego, popartego przez Zamawiającego, o odrzucenie odwołania jako odnoszącego się do zarzutów będących przedmiotem rozpoznania w sprawie o sygn. akt KIO 2149/18 Izba wskazuje, że czynnością objętą zaskarżeniem w powyższej sprawie była czynność wykluczenia wykonawcy Rekord Hale Namiotowe Spółka z o.o. Stąd też wniosek ten Izba uznała za niezasadny. W orzeczeniu z dnia 31.10.2018 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 2149/18 Izba nakazała unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Rekord Hale Namiotowe Spółka z o.o. z jednoczesnym powtórzeniem czynności badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak ustaliła Izba Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 07.11.2018 r.) i po analizie odpowiedzi i dodatkowych dokumentów (pismo z dnia 08.11.2018 r.) dokonał nowej czynności w postaci wyboru oferty wykonawcy Rekord Hale Namiotowe Spółka z o.o. Tym samym przedmiotem zaskarżenia są zupełnie inne (nowe) czynności podmiotu zamawiającego co powoduje, że nie mamy w tym wypadku do czynienia z powagą rzeczy osądzonej (*res iudicata*).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w rankingu ofert podnosząc jednocześnie zarzuty wobec wykonawcy, którego oferta została uznana za

najkorzystniejszą. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również i poddała ocenie dowody zawnioskowane przez Strony i Uczestnika postępowania w pismach procesowych i na rozprawie, w tym w szczególności:

Dowody zawnioskowane i złożone przez Przystępującego w piśmie zawierającym zgłoszenia przystąpienia w postaci następujących dowodów z dokumentów:

1. Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wykluczeni wykonawcy i odrzucenia oferty z dnia 05.11.2018 r. — w aktach postępowania D/ 152/2018.
2. Wezwanie do treści dokumentów z dnia 07.11.2018 r. w aktach postępowania D/ 152/2018.
3. Zawiadomienie o wynikach postępowania z dnia 08.11.2018 r. — w aktach postępowania D/152/2018.
4. Odpowiedź Odwołującego z dnia 07.09.2018 r. na wezwanie z art. 26 ust. 1 PZP wraz z załącznikami (wykaz dostaw wraz z poświadczeniem BEST-EKO sp. z o.o.) - akta postępowania D/ 152/2018.
5. Umowa nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 r. - akta postępowania D/152/2018.
6. Ostateczny protokół zdawczo odbiorczy z dnia 28.02.2018 r. - akta postępowania D/152/2018.
7. Poświadczenie z dnia 04.10.2018 r. - akta postępowania D/ 152/2018.
8. Odpowiedź Odwołującego z dnia 08.11.2018 r. na wezwanie z art. 26 ust. 4 PZP wraz z załącznikami (oświadczenie BEST-EKO sp. z o.o.) - akta postępowania D/152/2018.
9. Protokół dostawy hali z dnia 16.06.2017 r. (protokół zdawczo – odbiorczy).
10. Certyfikat AQAP 2110:2016 aktualny certyfikat ISO 9001 :2015.
11. Umowa 1/09/2015 z dnia 16.09.2015 r. (Litex Promo sp. z o.o.).
12. Zamówienie M/OOOOOI 15/2015/DHS z dnia 12.10.2015 r. (Lubawa S.A.).
13. Umowa z dnia 30.10.2014 (Miranda sp. z o.o.) wraz z protokołem przekazania z dnia 11.02.2015 r.
14. Zamówienie z dnia 01.07.2014 r. (Lubawa S.A.).
15. Umowa z dnia 27.05.2016 r. (Lubawa S.A.).

Dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci następujących dokumentów:

1. Poświadczenie Best-Eko Spółka z o.o. z dnia 10.07.2017 r.
2. Wykaz dostaw z dnia 18.02.2018 r. i z dnia 13.03.2018 r. (załącznik nr 5 do SIWZ) pochodzące, według oświadczenia Odwołującego z postępowania prowadzonego przez 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, *aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem 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, 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; Wartość każdej (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż: 250 000,00 zł.*

Odwołujący złożył wykaz dostaw, w którym wpisał przedmiot dostawy: *Hala namiotowa Osłona Technologiczna wraz z dostawą i montażem. Zakres umowy obejmuje również dokumentację projektową. W rubryce Wartość brutto dostawy Odwołujący podał: 2 147 088 PLN brutto w tym wynagrodzenie za część dotyczącą dostawy hali namiotowej wynosi nie mniej niż: 1 820 400,00 PLN brutto w rubryce Data wykonania – 30.06.2017 r., a w rubryce Podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane – BEST-EKO sp. z o.o., ul. Gwarków 1, 44-240 Żory. Odwołujący załączył do wykazu poświadczenie wystawione przez BEST-EKO Sp. z o.o., w którym ww. spółka oświadcza, że firma Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. (...) była Wykonawcą zamówienia na Zakup specjalistycznego środka trwałego będącego elementem linii technologicznej hala namiotowa typu RFS stanowiąca Osłonę Technologiczną. Zadanie to zostało zrealizowane w czerwcu 2017 r. Umowa została zawarta na kwotę 1 745 600,00 zł netto Realizacja obejmowała: - dostawą hali w cenie nie mniej niż: 1 480 000,00 zł netto, - pozostały zakres umowy tj.: dokumentację projektową hali namiotowej, wyposażenie w drzwi ewakuacyjne, wentylatory, bramy wjazdowe, montaż hali na przygotowanych przez Wykonawcę żelbetowych stopach fundamentowych. Wszystkie roboty wykonane zostały terminowo, należyte i zgodnie z postanowieniami zawartej umowy oraz przepisami prawa budowlanego a Wykonawca wykazał się profesjonalizmem i starannością.*

Pismem z 3 października 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia wykazu dostaw. Zamawiający wskazał, że przedstawione poświadczenie podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, jest referencją w zakresie robót budowlanych, a nie w zakresie dostawy o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia, co budzi wątpliwości. Zamawiający stwierdził, że złożone poświadczenie nie spełniło wymagań określonych w przedmiotowym postępowaniu, nie potwierdza ono należytego wykonania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że poświadczenie załączone do złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty, dotyczy całości realizowanego przedmiotu umowy, który niezależnie od świadczenia głównego, tj. wykonania i dostawy hali namiotowej typu RFS zawierał też świadczenia dodatkowe, w postaci jej montażu i przygotowania do użytkowania, czego żądała spółka BEST-EKO sp. z o.o., a co mogło wywołać wątpliwość Komisji Przetargowej oceniającej przedmiotowy dokument. Wykonawca pragnie wskazać jednak na wykazane w powyższym dokumencie wartości wykonanych świadczeń, które w sposób nie budzący wątpliwości wykazują, iż na ogólną wartość kontraktu – 1 745 600,00 zł netto, zamówienie wiodące, bo o wartości 1 480 000,00 zł netto stanowiła dostawa rzeczowej hali namiotowej typu RFS. Pozostałe świadczenia opiewają wyłącznie na kwotę 265 600,00 zł netto, co stanowi około 1/7 wartości całości zamówienia. Oceniając zatem rzeczzone zamówienie przez pryzmat art. 5c ustawy Pzp, należy stwierdzić, iż głównym przedmiotem zamówienia ze względu na kryterium wartości jest z całą pewnością dostawa. Przywołanie w poświadczeniu przepisów prawa budowlanego wynika natomiast z faktu, że dostarczona hala namiotowa po jej zamontowaniu, wypełnia definicję obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów tej ustawy (...). Odwołujący załączył do wyjaśnień:

- umowę z 1 lutego 2017 r. zawartą z BEST-EKO Sp. z o.o., na okoliczność wykazania przedmiotu umowy, tj. dostawy hali namiotowej z poszyciem PCV,
- protokół odbioru końcowego z 28 lutego 2018 r. zawierający informację o odebraniu przedmiotu dostawy bez zastrzeżeń,
- poświadczenie z 4 października 2018 r. na okoliczność dodatkowego potwierdzenia charakteru wykonywanego świadczenia, tj. dostawy hali namiotowej.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Uzasadniając tę czynność Zamawiający przytoczył brzmienie warunku udziału w postępowaniu i wezwania do uzupełniania wykazu dostaw oraz opisał uzupełnione poświadczenie wystawione przez spółkę BEST-EKO. Zamawiający stwierdził, że po pierwsze wykonawca nie uzupełnił wykazu dostaw, po drugie – z poświadczenia realizacji zamówienia nie wynika, że dostawa została należycie wykonana, jest natomiast informacja ostatecznym protokole zdawczo-odbiorczym, że „odebrano bez zastrzeżeń”.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 31.10.2018 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt **KIO 2149/18** uwzględniła odwołanie, którego przedmiotem była czynność wykluczenia wykonawcy Rekord Hale Namiotowe Spółka z o.o., i nakazała Zamawiającemu w sentencji tego orzeczenia: *unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.*

W ramach uzasadnienia Izba w powyższym wyroku wskazała dodatkowo, że: „Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie, co doprowadziło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, a konsekwencją tego naruszenia był wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Wobec powyższego odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeśli w wyniku ponownego badania ofert Zamawiający stwierdziłby konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów czy też podstawy wykluczenia z postępowania (inne niż będące przedmiotem zarzutów rozpoznanego odwołania i orzeczenia Izby), każdej z tych czynności powinien dokonać przedstawiając precyzyjne i wyczerpujące uzasadnienie swoich czynności.”

Zamawiający realizując powyższy wyrok pismem z dnia 07.11.2018 r.

Wezwanie o wyjaśnienie treści dokumentów, numer postępowania:

1)/152/2018.

Na podstawie art. 26 ust. 4, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający — 2 Regionalna Baza Logistyczna, zwraca się do Państwa o wyjaśnienie treści złożonych dokumentów, w szczególności rozbieżności w zakresie daty wykonania zamówienia.

W wyniku oceny spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej złożyli i uzupełnili Państwo następujące dokumenty mające potwierdzać fakt należytego wykonania zamówienia:

- wykaz dostaw; i) poświadczenie wystawione przez Firmę Best-Eko Sp. z o.o.;
- umowę nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 r. na dostawę mobilnej osłony linii technologicznej;
- ostateczny protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 28.02.2018 r. z informacją, iż przedmiot zamówienia „odebrano bez zastrzeżeń”;
- poświadczenie z dnia 04.10.2018r. wystawione przez Firmę Best-Eko sp. z o.o.

Zamawiający stwierdził, iż w przedstawionych powyżej dokumentach występują rozbieżności w zakresie daty wykonania zamówienia.

W wykazie dostaw wskazali Państwo, że przedmiot zamówienia tj. hala namiotowa osłona technologiczna wraz z dostawą i montażem została wykonana w dacie 30.06.2017r.

na kwotę 2 147 088 PLN brutto w tym wynagrodzenie za część dotyczącą dostawy hali namiotowej wyniosła nie mniej niż 1 820 400,00 PLN brutto

Z poświadczenia wystawionego przez Firmę Best — Eko sp. z o.o. — podmiotu na rzecz którego dostawy zostały

wykonane wynika m.in., iż „Zadanie to zostało zrealizowane w czerwcu 2017 r.” .

W umowie nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 r. na dostawę mobilnej osłony linii technologicznej w paragrafie 2 jest zapis w brzmieniu: „Wykonawca zobowiązuje się do realizacji zamówienia będącego przedmiotem umowy w terminie do dnia 30.06.2017r i potwierdzić jego wykonanie w formie protokołu zdawczo odbiorczego...” . Z dokumentu Ostatecznego protokołu zdawczo-odbiorczego wynika, iż realizacja umowy nr 2/2017 nastąpiła w terminie 28 lutego 2018 r. : „DATA ODBIORU: 28.02.2018r.”.

Zamawiający uznaje, iż powyższe daty wykonania są sprzeczne i mogą nie potwierdzać należytego wykonania zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający zwraca się do Państwa o wyjaśnienie:

- kiedy nastąpiło wykonanie przedmiotowej dostawy?
- czy dostawa została należyście wykonana, terminowo i bez naliczenia kar umownych?
- dlaczego w ostatecznym protokole zdawczo-odbiorczym datą wskazaną przy odbiorze jest data 28.02.2018 r.?
- dlaczego data wykonania zamówienia 30.06.2017r wskazana w wykazie dostaw jest inna niż data wynikająca z ostatecznego protokołu zdawczo-odbiorczego?
- czy posiadają Państwo inne dokumenty wyjaśniające powyższe kwestie (jeżeli tak to prosimy o ich załączenie) ?

Wykonawcy Rekord Hale Namiotowej Spółka z o.o. w piśmie z dnia 08.11.2018 r. wskazał, co następuje.

Odpowiadając na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, doręczone Wykonawcy w dniu 07.11.2018 roku w odniesieniu do stwierdzonych przez zamawiającego rozbieżności dat wskazanych w dokumentach przedstawionych w toczącym się postępowaniu, tytułem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca - REKORD HALE NAMIOTOWE. Sp. z o. o, wyjaśnia, co następuje:

1. Dostawa i montaż hali zostały wykonane w terminie wskazanym w umowie nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 roku - co potwierdziła również spółka BEST EKO sp. z. o.o. w treści poświadczenia złożonego już uprzednio w niniejszym postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp,

2. Rozbieżność pomiędzy terminem wykonania wskazanym w treści umowy nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 roku (30.06.2017 r.) oraz datą widniejącą na protokole odbioru końcowego hali (28.02.2018 r.) wynika z faktu, iż z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego BEST-EKO z o. o., odbiór dostarczonej hali bez podłączenia, uruchomienia i regulacji bram wjazdowych był niemożliwy do przeprowadzenia, z uwagi na brak możliwości sprawdzenia poprawności funkcjonowania mechanizmów otwierających i zamykających ww. bramy. W tym celu należało wstrzymać czynności odbiorowe do czasu doprowadzenia przez Zamawiającego niezbędnego w tym celu zasilania w energię elektryczną,

3. Data wykonania dostawy wpisana w przedłożonym Zamawiającemu wykazie dostaw, jest datą wynikającą z umowy nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 roku, zaś sam wykaz stanowi oświadczenie Zamawiającego, o dacie faktycznego dostarczenia przedmiotu dostawy do Zamawiającego. Wykonawca pragnie podkreślić w tym miejscu, iż fakt przedłożenia Zamawiającemu również protokołu odbioru końcowego z 28.02.2018 r. wskazuje, iż nie jest i nie było zamiarem Wykonawcy zatajanie jakichkolwiek faktów, które w przypadku powstania wątpliwości po stronie Zamawiającego mogą w oczywisty sposób zostać wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jak to niniejszym czyni Wykonawca,

4. Wykonawca tytułem potwierdzenia faktów przywołanych w niniejszym wystąpieniu, przedkłada oświadczenie spółki BEST EKO sp. z o. o., zawierające wyjaśnienie przyczyn, które spowodowały konieczność przesunięcia terminu odbioru końcowego przedmiotu dostawy określonego umową nr 2/2017 z dnia 01.02.2017 roku.

W kontekście powyższych wyjaśnień oraz załączonego oświadczenia Spółki BEST EKO z o.o., stwierdzona przez Zamawiającego sprzeczność w przedłożonych przez Wykonawcę dokumentach, jest sprzecznością wyłącznie pozorną, zaś Wykonawca pragnie raz jeszcze wskazać w tym miejscu, na jednoznaczność oświadczenia spółki BEST EKO sp. z o. o., którego treść wprost określa wykonanie przedmiotu udzielonego Wykonawcy zamówienia, jako należyte, rzetelne i terminowe.

Jako załącznik do niniejszego pisma zostało złożone oświadczenie Spółki Best-Eko z dnia 07.11.2018 r.

Zamawiający pismem z dnia 08.11.2018 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Rekord Hale Namiotowe Spółka z o.o. jako najkorzystniejszej.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzuty z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp**

W zakresie faktu potwierdzenia przez Przystępującego spełnienia warunku (zarzut z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) Izba odniosła powyższe do jego treści uznając za istotne, analogicznie jak dla faktu jego badania, że rolą warunku jest potwierdzenie zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. Takie funkcjonalne podejście do rozumienia warunku powoduje, że istotne jest odniesienie zakresu świadczenia przedstawionego przez wykonawcę w wykazie do przewidzianych umową czynności w ramach postępowania, w którym dochodzi do badania jego spełnienia. Stąd też uznać należy, że dostawa hali namiotowej jest zadaniem bardziej skomplikowanym od dostawy namiotów przenośnych (zarówno pod względem technicznym, jak i logistycznym). W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska

Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie w dniu 03.12.2018 r.

Kolejnym argumentem przemawiającym za oddaleniem zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest interpretacja dokonana w orzeczeniu Izby w sprawie KIO 2149/18. Izba w niniejszym składzie w całości uznaje za poprawne ustalenia i argumentację zawarte przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 31.10.2018 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 2149/18. W szczególności uznaje za własną tezę zawartą w uzasadnieniu prawnym ww. orzeczenia, w ramach której zostało wskazane, że: „Następnie podkreślenia wymagają, że prawidłowość wykluczenia wykonawcy z postępowania ocenia się z uwzględnieniem czynności poprzedzających tę decyzję, takich jak skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów (...) Odnosząc się natomiast do kwestii, które zdają się wynikać z pism Zamawiającego i które stały się podstawą zarzutów odwołania (choć sposób sporządzenia uzasadnienia i stanowisko Zamawiającego sprawiają, że nie ma pewności co do tego, że były one faktycznie przyczynami wykluczenia Odwołującego), to po pierwsze stwierdzić należy, że okoliczność, że określona umowa obejmowała nie tylko dostawy, ale i roboty budowlane, nie stoi na przeszkodzie uznaniu warunku za spełniony. Jeśli wartość i rodzaj dostawy odpowiadały wymaganiom (w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, że było inaczej), to nie ma znaczenia, że w ramach umowy wykonano zarówno dostawy, jak i roboty budowlane. Jeśli chodzi natomiast o kwestię należytego wykonania umowy przedstawionej w wykazie, to nie ma żadnych podstaw, aby negować możliwość takiego wykazania protokołem zdawczo-odbiorczym, a sformułowanie „odebrano bez zastrzeżeń” należy interpretować jako potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Nawet bowiem jeśli w protokołach odbioru czy referencjach nie zamieszczono sformułowania „należyte wykonanie”, to należy ocenić, czy przedstawione tam informacje zawierają taką ocenę wyrażoną przy użyciu innych sformułowań. Jeśli odbiorca dostawy oświadcza, że odebrał ją bez zastrzeżeń, to znaczy to tyle, że nie było zastrzeżeń co do jakości jej wykonania, czyli że wykonano ją należyście.”

Pod pojęciem „odpowiadania wymaganiom” należy w tym wypadku rozumieć zdolność wykonawcy do wytworzenia (lub w przypadku pośrednictwa nabycia od producenta), dostarczenia, jak również w ramach konieczności zainstalowania przedmiotu dostawy o właściwościach zbliżonych do zamawianego przedmiotu zamówienia, z tym, że jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie, pod pojęciem „przedmiot tożsamy” nie należy rozumieć przedmiot o właściwościach i przeznaczeniu identycznym z zamawianym. Jak wynika z informacji Zamawiającego przedstawionych na rozprawie zamawiane przez Niego namioty będą pełniły jedynie funkcję ochronną w trakcie garażowania czołgów Leopard – a zatem ich funkcją i przeznaczeniem jest, co do zasady, ochrona przed czynnikami atmosferycznymi. Oznacza to, że pełną ich analogiczną funkcję jak hala namiotowa stanowiąca mobilną ochronę osłonę linii technologicznej (vide: § 1 i § 3 ust. 1 umowy nr 2/2017 wskazanej na potwierdzenie warunku).

Izba w niniejszym składzie wskazuje, że argumentacja ta przesądziła, zarówno o kwestii funkcjonalnej tożsamości zadania zrealizowanego przez Przystępującego i wskazanego na potwierdzenie warunku, jak również o fakcie jego należytego wykonania, dla oceny którego dopuszczalne było złożenie protokołu zdawczo – odbiorczego z adnotacją „odebrano bez zastrzeżeń”.

Powyższe ustalenia, w ocenie Izby rozpoznającej niniejsze odwołanie, są wystarczające dla uznania tożsamości przedmiotowej sformułowanego przez Zamawiającego w treści SIWZ warunku i zadania wskazanego przez Przystępującego na jego potwierdzenie, jak również częściowo są wystarczające dla oddalenia zarzutów związanych z terminem realizacji wskazanego w ofercie Przystępującego zadania.

W tym ostatnim wypadku Izba w niniejszym składzie poddała ocenie wyjaśnienia i dowody złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w wyniku realizacji wyroku z dnia 31.10.2018 r. w sprawie KIO 2149/18 (wezwanie z dnia 07.11.2018 r. i wyjaśnienia z dnia 08.11.2018 r.).

Dokonując całościowej analizy dokumentów złożonych w ofercie Przystępującego i dokumentów złożonych w wyniku realizacji wezwań nie sposób stwierdzić, że pojawiły się tam rozbieżności odnoszące się do terminu zakończenia realizacji jednej z dostaw.

Otóż sama analiza treści umowy pomiędzy Przystępującym oraz Best-Eco Spółka z o.o. pozwala na przyjęcie, że zasadniczym elementem przedmiotu tej umowy była dostawa środka trwałego w postaci hali namiotowej (§ 1 umowy nr 2/2017 i poświadczenie Best-Eko Spółka z o.o.) z określonym terminem jej dostawy na dzień 30.06.2018 r. (vide § 2 i § 3 ust. 4 umowy nr 2/2017). Zgodnie z treścią § 2 ww. umowy potwierdzeniem wykonania tej dostawy miało być zrealizowane w drodze (w formie) protokołu zdawczo – odbiorczego. Realizacja ta została wskazana przez Przystępującego w wykazie dostaw z terminem realizacji tej dostawy na dzień 30.06.2017 r. Jak wynika z treści protokołu odbioru, uzupełnionego pismem z dnia 05.10.2018 r. przez Przystępującego, określa on nie termin realizacji całego zakresu przedmiotowego umowy, lecz na dzień 28.02.2018 r. wskazuje termin odbioru – który Izba uznaje, za termin odbioru dostawy samej hali namiotowej.

Dodatkowo do daty odbioru w czerwcu 2017 r., jak wskazywał na rozprawie Zamawiający, referuje treść dokumentu zatytułowanego „Poświadczenie” (bez daty jego wystawienia) wystawionego przez Best-Eko Spółka z o.o., w treści którego wskazano, że przedmiotem był zakup specjalistycznego środka trwałego – hali namiotowej typu RFS stanowiącej osłonę technologiczną z datą wykonania w czerwcu 2017 r. Analogiczna informacja wynika z poświadczenia Best-Eko Spółka z o.o. z dnia 04.10.2018 r., gdzie wskazano jej wymiary (40x100) oraz wartość (1.480.000 zł netto).

Odwołujący z powyższych rozbieżności wyciąga daleko idące skutki nie przedstawiając z tym zakresem żadnych dowodów podważających prawdziwość oświadczeń składanych przez Przystępującego i jego partnera handlowego (Best-Eko Spółka z o.o.). Okoliczność ta jest na tyle istotna ze względu na fakt, że w ramach postępowania odwoławczego to na Odwołującego ciąży obowiązek wykazania okoliczności faktycznych, z których wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne. Odwołujący całą argumentację związaną z terminem realizacji przez Przystępującego dostawy i montażu hali namiotowej oparł w zasadzie jedynie na hipotezach i przypuszczeniach wynikających z odmiennych dat realizacji ujętych w umowie nr 2/2017 oraz daty ujętej w protokole odbioru. Złożone przez niego dowody nie podważają jednak wniosków jakie można wywieść z oświadczeń złożonych przez Przystępującego. Nie sposób również doszukać się wewnętrznej sprzeczności w tych oświadczeniach. Złożony przez Odwołującego dowód w postaci analogicznego poświadczenia Best-Eko Spółka z o.o. oraz dwóch wykazów dostaw realizowanych dla 1 Regionalnej Bazy Logistycznej w Wałcu też referują do daty z czerwca 2017 r. – a więc są zbieżne z oświadczeniami składanymi w niniejszym postępowaniu (vide poświadczenie z dnia 10.07.2017 r. oraz dwa wykazy dostaw z dnia 18.02.2018 r. i z dnia 13.03.2018 r.). Jak słusznie wskazywali przeciwnicy procesowi Odwołującego wykazy te swoim zakresem odnoszą się do samej czynności dostawy – a zatem zdaniem Przystępującego nie sposób doszukać się tam informacji podważających oświadczenia składane w ramach niniejszego postępowania. Co do korespondencji mailowej ze Śląskim Centrum Przedsiębiorczości dowód ten Izba uznała za pozbawiony mocy dowodowej, gdyż jak wskazał sam Odwołujący miał on

stanowić jedynie potwierdzenie Jego przypuszczeń, co do intencjonalności oświadczeń składanych przez Best-Eko Spółka z o.o., odnośnie daty wykonania umowy przez Przystępującego, aby spółka Best-Eko nie utraciła dofinansowania na realizację projektu finansowanego przez ww. Centrum.

W ocenie Izby odnośnie terminu realizacji dostawy i montażu przez Przystępującego hali namiotowej wyjaśnienia tego ostatniego były od początku jednoznaczne i konsekwentne. Zostały one dodatkowo poparte dowodami w postaci oświadczenia samego podmiotu zlecającego to zadanie (Best-Eko Spółka z o.o.). Podważanie ich rzetelności przez Odwołującego nie zostało poparte żadnym dowodem, w tym brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący i Best-Eko Sp. z o.o. pozostają ze sobą w zмовie w zakresie sposobu realizacji kwestionowanej przez Odwołującego dostawy. Takie założenie byłoby o tyle nieracjonalne, że Spółka Best-Eko, jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, jest podmiotem prywatnym, a zatem trudno założyć aby kierując się dobrem Przystępującego odstąpiła od naliczenia temu wykonawcy kar umownych za tak znaczną zwłokę w realizacji dostawy i montażu hali namiotowej.

Poddając analizie udokumentowane wyjaśnienia Przystępującego należy wskazać, kierując się doświadczeniem życiowym, że przyjęcie jako daty realizacji zadania na dzień 30.06.2017 r. może mieć swoją podstawę w zgłoszeniu przez wykonawcę dostawy i montażu do odbioru końcowego w oparciu o postanowienia umowy odnoszącej się do tego zadania. Fakt dokonania odbioru tego przedmiotu w dniu 28.02.2018 r. był, jak konsekwentnie wskazywał Przystępujący i co potwierdził Best-Eko Sp. z o.o., podyktowany faktem nie doprowadzenia przez zlecającego (Best-Eko Sp. z o.o.) zasilania do bram wjazdowych (dosł. brak podłączenia, uruchomienia i regulacji bram wjazdowych wynikających z braku ich zasilania), co uniemożliwiło wcześniejszy odbiór całej infrastruktury związanej z dostarczoną halą namiotową. Powszechnie przyjętą praktyką przy konstruowaniu i wykonaniu umów, gdzie przedmiot zamówienia wymaga protokolarnego odbioru, jest przyjmowanie za dzień wykonania zobowiązania dnia zgłoszenia gotowości do odbioru – o ile czynności odbiorowe, niezależnie od okresu ich trwania, potwierdzą należyte spełnienie świadczenia na określony dzień (w tym wypadku będący albo datą spełnienia świadczenia lub datą uznania takiego świadczenia za spełnione przez drugą stronę umowy). W takich bowiem okolicznościach za dzień odbioru uznaje się dzień zgłoszenia gotowości i stąd termin ten mógł zostać wskazany w treści oferty. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku, co wynika również z praktyki sądów powszechnych rozstrzygających w szczególności spory cywilne z umów na roboty budowlane, że dzień zgłoszenia gotowości do odbioru zadania (dostawy, robót) uznaje się za dzień ich formalnego zakończenia jeżeli czynności odbiorowe uległy przedłużeniu bez winy wykonawcy, tj. np. z winy leżącej po stronie zamawiającego, osób trzecich lub siły wyższej. Nawet gdyby faktyczne zrealizowanie przedmiotu świadczenia nastąpiło później z przyczyn niezależnych od wykonawcy o należyтым spełnieniu świadczenia decyduje stanowisko drugiej strony umowy, tj. zlecającego (zamawiającego). Może on bowiem potwierdzić należyte wykonanie pomimo niedochowania terminu. Zobowiązanie może bowiem zostać wykonane nieterminowo, lecz należyście. W przypadku zwykłego opóźnienia niezależnego od wykonawcy zamówienia może dojść do należytego spełnienia świadczenia, choć spełnienie będzie nieterminowe.

Stąd też, w ocenie Izby, dokonane przez Zamawiającego ustalenia na etapie postępowania (w wyniku wykonania orzeczenia w postaci wyroku KIO w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 2149/18) pozwalały na przyjęcie, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zaś sama treść złożonych w ofercie oświadczeń nie stoi w sprzeczności z okolicznościami faktycznymi – po dokonaniu odpowiedniej interpretacji tych oświadczeń przy uwzględnieniu towarzyszących wynikających z nich faktom okoliczności. Jak słusznie wskazał na rozprawie Zamawiający posiadane przez Niego informacje nie dawały podstaw do ich kwestionowania, czy też weryfikacji. Zdaniem Izby informacje wynikające ze złożonych oświadczeń były konsekwentne i spójne. Dodatkowo, jak wyżej wskazano, wynikały nie tylko z oświadczeń własnych Przystępującego, lecz również z oświadczeń podmiotu trzeciego, który był stroną umowy z dnia 01.02.2017 r. (nr 2/2017) obejmującej dostarczenie specjalistycznego środka trwałego w postaci mobilnej osłony linii technologicznej (hali namiotowej).

Dodać w tym wypadku należy, że kwestia uznania zobowiązania za spełnione należyście jest kwestią woli – a więc uznania przez drugą stronę umowy, że świadczenie zostało zrealizowane zgodnie z jego treścią, co nie pozwala na ingerencję w treść tego oświadczenia osób trzecich. Tym samym Izba uznała za zasadne analogiczne stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

W zakresie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i jego podstawy faktycznej odnoszącej się do braku tożsamości przedmiotowej warunku i złożonych na jego potwierdzenie oświadczeń przez Przystępującego Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Brak jest wątpliwości, że przedmiotem zadania realizowanego na rzecz Best-Eko Sp. z o.o. była dostawa i montaż hali namiotowej (hala namiotowa typu RFS wykonanej z profili aluminiowych i łączników stalowych), co pozwala na przyjęcie, że zarówno ze względu na wartość dostawy (1.480.000 zł netto) i jej zakres przedmiotowy stanowiła ona zasadniczą część zobowiązania umownego. Dodatkowo, jak wskazał Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu, jej montaż na stopach fundamentowych był wynikiem potrzeb Best-Eko Sp. z o.o. – co nie zmienia faktu, że hala namiotowa, ze względu na swoje właściwości fizyczne, jest samodzielnym przedmiotem dostawy o konstrukcji i rozmiarach znacznie przewyższających zamawiane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu namioty techniczne. Jak wskazywał Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu Zamawiający w treści SIWZ wskazał, że: "za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia", co Izba odczytuje w sposób funkcjonalny jako lekkie zadaszone konstrukcje namiotowe (namioty techniczne) służące do wydzielenia pewnej przestrzeni w celu jej ochrony przed wiatrem, opadami atmosferycznymi, Słońcem itp. W tym wypadku nadużyciem byłoby interpretowanie tego postanowienia SIWZ w sposób odmienny, w tym nawet w kontekście jego przeznaczenia dla garażowania czołgów Leopard. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, zaprezentowanym na rozprawie, że kwestię „tożsamości” należy interpretować ściśle odnosząc ją do funkcji i przeznaczenia tych konstrukcji. Taka interpretacja, w ocenie Izby, stanowiłaby naruszenie wprost art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Norma ujęta w tym przepisie ma charakter funkcjonalny, tj. Ustawodawca reguły dla ustalania warunków udziału w postępowaniu określił w sposób referujący do celu jaki mają one spełniać – tak aby ich określenie gwarantowało wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Jak wskazywał na rozprawie Zamawiający namioty zamawiane w prowadzonym postępowaniu są przeznaczone do garażowania czołgów Leopard i mają stanowić jedynie osłonę na ten czas przed czynnikami atmosferycznymi.

Stąd też w ocenie Izby nie doszło do potwierdzenia zarzutów opartych o treść art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

#### **Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp**

Powyższe okoliczności przesądziły również za uznaniem, że brak było podstaw do uznania, że Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Przystępującego – a tym samym nie doszło do potwierdzenia zarzutów opartych o treść art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Aby mogło dojść do podważenia dowodów i oświadczeń składanych przez Przystępującego w toku postępowania



Odwołujący musiałby przedstawić dowody wskazujące na odmienny stan rzeczy niż wykazany dotychczas. Takie okoliczności nie zostały jednak wykazane – zaś tezy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd zostały wywiedzione przez Odwołującego na skutek jedynie formalnego podejścia do dokumentów złożonych na potwierdzenie warunku.

Poczynione przez Odwołującego założenia są oparte jedynie na hipotezach i przypuszczeniach i nie znalazły odzwierciedlenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Funkcjonalne podejście do samej treści warunku i analiza umowy zawartej pomiędzy Przystępującym a Best-Eko Spółka z o.o., mająca swoje źródło w treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, rzucają całkowicie odmienne światło na składane przez te podmioty oświadczenia woli. W tym miejscu ani interes tego ostatniego podmiotu w składaniu takich oświadczeń celem uniknięcia utraty dofinansowania, jak wskazywał na rozprawie Odwołujący, nie został nie tylko udowodniony, ale nawet uprawdopodobniony. Wprost przeciwnie dowody złożone przez Odwołującego w postaci poświadczenia Best-Eko Spółka z o.o. z dnia 10.07.2017 r. oraz dwóch wykazów z dnia 18.02.2018 r. i 13.03.2018 r. (załączników nr 5 do SIWZ złożonych, jak oświadczył Odwołujący w toku rozprawy, w ramach postępowania prowadzonego przez 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu) są co do swojej treści całkowicie zbieżne z oświadczeniami składanymi w ramach niniejszego postępowania.

Stąd też, w ocenie Izby, nie doszło do podważenia prawdziwości oświadczeń składanych przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku.

Mając na uwadze powyższe nie doszło również do potwierdzenia zarzutów opartych o treść art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz zarzutów wywiedzionych z treści art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutu alternatywnego w postaci art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uznając, że doszło w niniejszym postępowaniu do wykazania przez Przystępującego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią 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. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

**Członkowie:**