Sygn. akt: KIO 221/22

WYROK

z 11 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 10 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 stycznia 2022 roku przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurotab Sp. z o.o.

z siedzibą w Skarbimierzycach i Bendra Lietuvos ir Vokietijos jmone uždaroji akcine bendrove "Baltic Sign" (Litewsko-niemieckie przedsiębiorstwo zamknięta spółka akcyjna „Baltic Sign") z siedzibą w Kownie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INWEN P. Ć., M. K., M. S. sp. j. z siedzibą w Piastowie, P.P.U.H. NAT-POL spółka jawna S. J. i Wspólnicy z siedzibą w Legionowie, Wytwórnia Tablic Znak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe EM spółka jawna E. R., D. R., M. W., K. W. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurotab Sp. z o.o. z siedzibą w Skarbimierzycach i Bendra Lietuvos ir Vokietijos jmone uždaroji akcine bendrove "Baltic Sign" (Litewsko-niemieckie przedsiębiorstwo zamknięta spółka akcyjna „Baltic Sign") z siedzibą w Kownie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 221/22

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa tablic rejestracyjnych dla Urzędu m.st. Warszawy", numer referencyjny: ZP/AC/271/III 95/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 174-453279.

27 stycznia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eurotab Sp. z o.o. z siedzibą w Skarbimierzycach i Bendra Lietuvos ir Vokietijos jmone uždaroji akcine bendrove "Baltic Sign" (Litewsko-niemieckie przedsiębiorstwo zamknięta spółka akcyjna „Baltic Sign") (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp przez niezgodne z Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że doświadczenie Odwołującego wykazane i przedstawione w ramach umowy nr (1.4)-2-425 nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 12.2.2. SWZ podczas, gdy Zamawiający dokonał rozszerzającej wykładni tego warunku, w szczególności przez zdefiniowanie zwrotu „w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem" w sposób odmienny niż wynikało to z brzmienia ww. warunku udziału oraz z treści wyroku KIO z 17 grudnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 3474/21,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp przez niezgodne z Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że doświadczenie Odwołującego wykazane i przedstawione w ramach umowy nr (1.4)-2-425 nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 12.2.2. SWZ podczas, gdy zgodnie z literalnym brzmieniem ww. warunku oraz wyrokiem KIO 3474/21 Odwołujący na podstawie dokumentów przedstawionych 17 stycznia 2022 r. potwierdził, wykazał i udowodnił spełnienie tego warunku,

3. art. 16 ust. 1 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 ust. 1 i 5 w zw. z motywem (1) preambuły Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę

2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L 2014 Nr 94, str. 65), dalej również: „Dyrektywy", przez dokonanie przez Zamawiającego rozszerzającej wykładni warunku udziału określonego w pkt. 12.2.2. SWZ, w sposób uniemożliwiający ubieganie się o uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy zdobyli doświadczenie w innych krajach członkowskich UE, polegającej na braku uznania doświadczenia nabytego przy realizacji dostaw tablic rejestracyjnych wykonanych zgodnie z ustawami i aktami wykonawczymi innych państw członkowskich UE (innymi niż Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z 11 grudnia 2017 r. w sprawie rejestracji i oznaczania pojazdów oraz wymagań dla tablic rejestracyjnych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2355 ze zm.)), co skutkowało bezpodstawnym, bezzasadnym i niezgodnym z Pzp odrzuceniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji naruszenie przepisów Pzp oraz Dyrektywy w zakresie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasada wzajemnego uznawania doświadczenia przy dostawach realizowanych w innych krajach członkowskich UE.

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp przez niezgodne z Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że doświadczenie Odwołującego wykazane i przedstawione w ramach umowy nr (1.4)-2-425 z 19 kwietnia 2017 r. nie potwierdzało spełniania warunku z pkt. 12.2.2. SWZ podczas, gdy Zamawiający w treści ww. warunku udziału nie określił materiału z jakiego mają być wykonane tablice, ani nie wymagał aby zamówienie powołane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczyło kontraktu na jednoczesne wykonanie dostawy tablic rejestracyjnych zwyczajnych, indywidualnych, zabytkowych i tymczasowych,

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 3 w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp przez niezgodne z Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że Odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, by przedmiot zamówienia w zakresie, w jakim obejmował

usługi, wykonał wykonawca posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a co za tym idzie oferta jest była z Pzp, a w szczególności zakładała podział zadań pomiędzy konsorcjantami sprzeczny z art. 117 ust. 3 Pzp podczas, gdy przedmiot zamówienia w okolicznościach sprawy stanowiła dostawa tablic rejestracyjnych, a dyspozycja art. 117 ust. 3 Pzp odnosi się do zamówień, których główny przedmiot stanowią roboty budowlane lub usługi, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu, w związku z czym w ofercie Odwołującego doszło do zgodnego z przepisami Pzp podziału zdań,

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 3 w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp przez niezgodne z Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu, by przedmiot zamówienia w zakresie, w jakim obejmował usługi, wykonał wykonawca posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie,

a co za tym idzie oferta była niezgodna z Pzp, a w szczególności zakładała podział zadań pomiędzy konsorcjantami sprzeczny z art. 117 ust. 3 Pzp podczas, gdy Zamawiający nie wymagał w SWZ aby usługi odbioru tablic i ich utylizacji, mające charakter jedynie akcesoryjny i poboczny względem głównego przedmiotu zamówienia na dostawę tablic, miały być realizowane przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia, na którego doświadczenie powołało się konsorcjum, przez co w ofercie Odwołującego doszło do zgodnego z przepisami Pzp podziału zdań,

7. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 3 w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp przez niezgodne z Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego była niezgodna z Pzp, a w szczególności zakładała podział zadań pomiędzy konsorcjantami sprzeczny z art. 117 ust. 3 Pzp podczas, gdy podniesione przez Zamawiającego okoliczności nie wskazywały na niezgodność oferty z Pzp,

8. art. 117 ust. 3 Pzp przez jego błędną wykładnię polegająca na uznaniu, że dyspozycja powyższego przepisu odnosi się do usług pobocznych, akcesoryjnych świadczonych w ramach zamówień, których główny przedmiot stanowią dostawy, podczas gdy art. 117 ust. 3 Pzp dotyczy zamówień których główny przedmiot stanowią roboty budowlane lub usługi, co nie miało miejsca w postępowaniu; ponadto Zamawiający w dokumentacji postępowania nie rozszerzył dyspozycji powyższego przepisu również na usługi akcesoryjne, poboczne względem głównego przedmiotu zamówienia w postaci dostawy tablic rejestracyjnych,

9. art. 239 ust. 1 Pzp przez poprzedzony wadliwą czynnością badania i oceny ofert oraz

wadliwą czynnością odrzucenia oferty Odwołującego, wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INWEN P. Ć., M. K., M. S. Sp. j.

z siedzibą w Piastowie, P.P.U.H. NAT-POL spółka jawna S. J. i Wspólnicy z siedzibą w Legionowie, Wytwórnia Tablic Znak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe EM spółka jawna E. R., D. R., M. W., K. W. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,

3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego dokumentów podmiotowych,

4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Przedmiotem zamówienia była dostawa tablic rejestracyjnych dla Urzędu m.st. Warszawy. Zamawiający w rozdziale 12 pkt 12.2.2. SWZ ustalił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia:

„Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy

wykażą, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie zrealizowali lub realizują w ramach jednego kontraktu co najmniej jedną dostawę tablic rejestracyjnych, w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem, obejmującą minimum 300 000 sztuk tablic, a także odbiór tablic wycofanych z użycia i ich utylizację. W przypadku dostawy, która jest w trakcie realizacji, Wykonawca musi wykazać, że do dnia składania ofert zrealizował dostawę minimum 300 000 sztuk tablic".

Zamawiający nie doprecyzował treści warunku udziału w pozostałych postanowieniach SWZ, dokumentacji postępowania, jak również przy interpretacji warunku nie odnosił się do postanowień innych ustaw czy aktów wykonawczych. Warunek udziału nie podlegał również zmianie na podstawie wyjaśnień SWZ.

Zamawiający w treści SWZ, w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający nie przytoczył regulacji art. 117 ust. 3 Pzp, jak również nie rozszerzył powyższej regulacji na dostawy stanowiące główny przedmiot zamówienia, ani na usługi akcesoryjne, dodatkowe.

19 listopada 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W toku badania i oceny oferty Zamawiający nie kwestionował doświadczenia Odwołującego w zakresie zakresu dostaw zrealizowanych w ramach umowy nr (1.4)-2-1067 z 18 grudnia 2017 r., w szczególności rodzajów tablic dostarczanych na podstawie ww. umowy. 29 listopada 2021 r. Przystępujący wniósł odwołanie od czynności wyboru jak najkorzystniejszej oferty Odwołującego z 19 listopada 2021 r.

Wyrokiem z 17 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3474/21 Izba nakazała m.in. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Odwołującemu na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 12.2.2 specyfikacji warunków zamówienia.

Wezwaniem z 10 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 19 listopada 2021 r. oraz zwrócił się z następującym

wezwaniem: „Powtarzając czynność badania i oceny ofert Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy wzywa Konsorcjum EUROTAB Sp. z o.o., Skarbimierzyce 16, 72-002 Dołuje, Bendra Lietuvos ir Vokietijos imone uździaroji akcine bendrove "BALTIC SIGN" (Litewsko-niemieckie przedsiębiorstwo zamknięta spółka akcyjna „BALTIC SIGN"), Taikos pr. 145B, Kowno, 51141 Kowno, Litwa do uzupełnienia oświadczeń JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 12.2.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia".

W odpowiedzi na wezwanie z 17 stycznia 2022 r. Odwołujący potwierdził, że: „w okresie trwania umowy „BALTIC SIGN" dostarczała tablice rejestracyjne oraz odbierała zużyte tablice i przeprowadzała ich utylizację. Na potwierdzenie tego Konsorcjum dołącza do odpowiedzi Protokoły zdawczoodbiorcze z przekazania przez Przedsiębiorstwa Państwowego „Regitra" Oddział w Kownie wobec Członka Konsorcjum - UAB „Baltic Sign" złomu aluminiowego pociętych tablic rejestracyjnych pojazdów.

Ponadto, z ostrożności Konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w postanowieniu 12.2.2. SWZ wskazuje, że w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu, członek Konsorcjum - „Baltic Sign" zrealizował również umowę nr. (1.4)-2-425 z 19 kwietnia 2017 r., na podstawie której, w okresie od 2 maja 2017 r. do 26 marca 2020 r. dostarczył na rzecz Przedsiębiorstwa Państwowego „REGITRA" 324 999 tymczasowych tablic rejestracyjnych. W ramach ww. umowy dokonywała na rzecz ww. zamawiającego także odbioru zużytych tablic i ich utylizacji".

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący dołączył do odpowiedzi list referencyjny, kopię umowy (1.4)-2-425 z 19 kwietnia 2017 r., Protokół uzgodnień z 30 marca 2020 r., potwierdzający wykonanie umowy nr (1.4)-2-425 z 19 kwietnia 2017 r. oraz uzupełniony JEDZ Baltic Sign.

Mimo powyższego uzupełnienia 21 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty był art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 3 Pzp, w związku z art. 117 ust. 3 Pzp, a również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Zamawiający wskazał również, że ze złożonych przez Odwołującego w toku postępowania oświadczeń wymaganych art. 117 ust. 4 ustawy wynikało, że usługi odbioru tablic wycofanych z użycia i ich utylizacji wykonywać miał konsorcjant Eurotab Sp. z o.o., a doświadczenie w tym zakresie zostało wykazane dla konsorcjanta Baltic Sign. Było to sprzeczne z ustawowym wymogiem by wykonywał je ten uczestnik konsorcjum, który wykazuje wymagane doświadczenie w tym zakresie. Dlatego Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 3 Pzp, uznając, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, by przedmiot zamówienia w zakresie, w jakim obejmuje usługi, wykonał wykonawca posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Ponadto oferta Odwołującego zakładała podział zadań pomiędzy konsorcjantami sprzeczny z art. 117 ust. 3 Pzp.

Zamawiający podniósł również, że Wykonawcy powinni wykazać się doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu lub realizowaniu - w ramach jednego kontraktu - dostaw tablic rejestracyjnych w asortymencie nie mniejszym niż objętym postępowaniem, tj. obejmującym minimum dostawy tablic rejestracyjnych: zwyczajnych, indywidualnych, zabytkowych i tymczasowych. Tymczasem z art. 1.1 umowy nr (1.4)-2-425 przekazanej przez Odwołującego wynikało, że przedmiotem dostaw były jedynie tablice rejestracyjne tymczasowe wykonane z kartonu. w konsekwencji Zamawiający nie mógł uznać, że umowa potwierdzała, że Baltic Sign zrealizował dostawy tablic rejestracyjnych w asortymencie nie mniejszym niż objętym postępowaniem, co prowadziło do stwierdzenia, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 12.2.2. SWZ.

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty było bezzasadne. Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami Pzp dokonał rozszerzającej wykładni warunku udziału określonego w pkt. 12.2.2. SWZ.

W treści warunku z pkt. 12.2.2. SWZ Zamawiający wymagał, aby ubiegający się o zamówienie wykonawcy: „należycie zrealizowali lub realizują w ramach jednego kontraktu co najmniej jedną dostawę tablic rejestracyjnych, w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem, obejmującą minimum 300 000 sztuk tablic". Treść tego warunku wskazywała, że Zamawiający nie określił rodzaju tablic jakie mają zostać dostarczone w ramach przedmiotowego zamówienia (wskazując ogólnie na „dostawę tablic rejestracyjnych") w związku z czym przez asortyment nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem należało rozumieć dostawę tablic rejestracyjnych w liczbie nie mniejszej niż 300 000 sztuk. Powyższą interpretację treści warunku udziału z pkt. 12.2.2. SWZ potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 17 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3474/21: „Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący, ze z treści rzeczonego warunku udziału w postępowaniu wynikało, że dla jego spełnienia konieczne jest, aby w ramach jednego kontraktu (umowy) wykonawca zrealizował lub nadal realizował co najmniej jedną dostawę tablic rejestracyjnych obejmującą min. 300 000 sztuk tablic, a także odbiór tablic wycofanych z użycia i ich utylizację". Zamawiający niezasadnie utożsamił zwrot „w asortymencie nie mniejszym niż objętym postępowaniem" z dostawą minimum: tablic zwyczajnych, indywidualnych, zabytkowych i tymczasowych.

Nie było podstaw do uznania, aby pierwotna treść warunku udziału odsyłała do innych postanowień SWZ, a tym bardziej innych aktów prawnych nieobjętych dokumentacją postępowania, jeżeli nie wynika to wprost z treści warunku. Poza postanowieniem pkt 12.2.2. SWZ stanowiącym treść samego warunku udziału, asortyment nie został opisany ani zdefiniowany w żadnym innym postanowieniu SWZ, w związku z czym należało go interpretować na podstawie literalnego brzmienia samego warunku udziału. Zamawiający nie mógł zatem oczekiwać, że treść warunku udziału i znaczenie asortymentu należałoby intepretować na podstawie postanowienia 6.1 SWZ, które swoją drogą również nie rozróżnia rodzajów tablic rejestracyjnych, wskazując jedynie że przedmiotem zamówienia jest dostawa tablic rejestracyjnych. Jeżeli Zamawiający chciał, aby w ramach warunku udziału wykazać się doświadczeniem przy dostawie tablic zwyczajnych, indywidualnych, zabytkowych i tymczasowych o parametrach technicznych określonych w Rozporządzeniu w ramach jednego kontraktu, to powinien to jednoznacznie i precyzyjnie opisać w treści warunku.

Treść warunku z pkt 12.2.2. SWZ nie nakazywała, aby tablice dostarczane w ramach zamówienia objętego wykazywanym doświadczeniem były wykonane z konkretnego materiału, ani nie odsyłała w tym zakresie pośrednio, czy bezpośrednio do przepisów Rozporządzenia.

Zamawiający naruszył również art. 16 ust. 1 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 ust. 1 i 5 w zw. z motywem (1) preambuły Dyrektywy przez niezasadnie rozszerzającą interpretację warunku udziału określonego w pkt 12.2.2. SWZ, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający naruszył zatem podstawową

zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności dopuścił się dyskryminacji wobec wykonawców mających siedzibę w innym państwie członkowskim UE oraz legitymujących się doświadczeniem uzyskanym w innym państwie członkowskim UE. Zamawiający w Zawiadomieniu o odrzuceniu z 21 stycznia 2021 r. wskazał, że warunek udziału z pkt. 12.2.2 SWZ mógł być spełniony wyłącznie przez podmioty posiadające doświadczenie przy dostawie tablic rejestracyjnych o parametrach objętych Rozporządzeniem, a więc aktem prawnym obowiązującym wyłącznie na terenie Polski. W konsekwencji doświadczenie nabyte w ramach zamówienia polegającego na dostawach o parametrach wynikających z aktów prawnych obowiązujących na terenie innych niż Polska krajów członkowskich UE nie mogło potwierdzić spełnienia warunku udziału z pkt. 12.2.2 SWZ. W związku z powyższym Zamawiający dokonał takiej interpretacji warunku udziału z pkt. 12.2.2. SWZ, która pozwala na spełnienie ww. warunku i uzyskanie przedmiotowego zamówienia podmiotom posiadającym doświadczenie wyłącznie przy dostawach realizowanych na terenie Polski i wyłącznie na zasadach wynikających z polskich przepisów prawnych, wyłączając przy tym doświadczenie przy dostawach zrealizowanych w innych krajach członkowskich UE i na podstawie aktów prawnych obowiązujących w tych krajach.

W konsekwencji doszło do naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art.

112 ust. 1 Pzp, art. 16 ust. 1 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 ust. 1 i 5 w zw. z motywem (1) preambuły Dyrektywa, jak również powszechnie obowiązujących zasad i swobód prawa UE.

Zamawiający dokonał również niezgodnej z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 3 Pzp, w związku z art. 117 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w treści SWZ ani dalszej dokumentacji postępowania nie sprecyzował wymogu aby w przypadku wspólnego ubiegania się o realizację zamówienia, dostawa tablic rejestracyjnych mogła być zrealizowana wyłącznie przez tego z członków konsorcjum, który dysponuje doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w pkt 12.2.2. SWZ. Takiego wymogu Zamawiający nie sprecyzował również w zakresie usługi dodatkowej, akcesoryjnej względem głównego przedmiotu zamówienia na dostawy. Zamawiający w SWZ wyraźnie określił, że główny przedmiotem zamówienia będzie dostawa tablic rejestracyjnych, a nie dostawa tablic rejestracyjnych i usługi związane z odbiorem zużytych tablic i ich utylizacją. Przedmiot zamówienia, zgodnie z nazwą postępowania, stanowiła dostawa tablic rejestracyjnych dla Urzędu m.st. Warszawy. W związku z powyższym w okolicznościach tego, konkretnego postępowania nie należało uznawać, że usługi odbioru i utylizacji stały na równi z dostawą tablic rejestracyjnych. Wręcz przeciwnie - stanowiły one czynności akcesoryjne względem głównego przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z treści wyroku KIO 3474/21, powyższe potwierdził sam Zamawiający (w ramach odpowiedzi na odwołanie z 9 grudnia 2022 r. dotyczącej ww. postępowania odwoławczego), wskazując, że: „Niezależnie od powyższego, w kontekście twierdzeń zarzutu 2., Zamawiający podkreślał, że w postępowaniu zamówienie zostało w sposób wyraźny opisane jako dostawa - świadczy o tym już sama tylko nazwa nadana postępowaniu. Dostrzec należy, że w przypadku dostaw, zgodnie z normami wpisanymi w przepisy art. 60 oraz 121 Pzp, Zamawiający nie może żądać osobistego wykonania zamówienia, czy choćby kluczowych jego zadań. Jednocześnie zauważyć należy, że przepis art. 117 ust. 3 Pzp, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, odnosi się jedynie do usług i robót budowalnych. Dlatego też, Zamawiający przyjmując, że zamówienie objęte postępowaniem jest dostawą, a przez to regulacja art. 117 ust. 3 Pzp nie znajduje wobec niego zastosowania, uznał, że wymagane zgodnie z art. 117 ust. 4 Pzp oświadczenie oceniane być może przez niego jedynie w kontekście okoliczności, o których mowa w art. 117 ust. 2 Pzp (uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej)”.

W związku z powyższym w okolicznościach sprawy nie było podstaw do uznania, aby Zamawiający wymagał, aby usługi akcesoryjne i dodatkowe względem głównego przedmiotu zamówienia na dostawy tablic rejestracyjnych miały być wykonywane przez tego członka konsorcjum, na którego doświadczenie powołuje się konsorcjum Odwołującego.

Tymczasem, Zamawiający niezgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp oraz swoim stanowiskiem wyrażonym w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3474/21, stwierdził, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, że usługi akcesoryjne, dodatkowe względem głównego przedmiotu zamówienia na dostawy miałyby być wykonywane przez członka konsorcjum - Eurotab, który nie był tym członkiem konsorcjum, który wykazał doświadczenie na spełnienie warunku udziału określonego w pkt. 12.2.2. SWZ. Zamawiający, sprzecznie ze swoim uprzednim stanowiskiem wskazał, że „Pozostaje to w sprzeczności z ustawowym wymogiem by wykonywał je ten uczestnik konsorcjum, który wykazuje wymagane doświadczenie w tym zakresie” podczas, gdy

powołany przez Zamawiającego przepis stanowiący podstawę odrzucenia nie miał zastosowania w okolicznościach sprawy.

Zamawiający w sprzeczności z obowiązującym przepisami Pzp, postanowieniami SWZ oraz swoim pierwotnym stanowiskiem uznał, że usługi akcesoryjne do przedmiotu zamówienia mogły być świadczone wyłącznie przez członka konsorcjum Baltic Sign, a w konsekwencji niezasadnie uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z przepisami Pzp i ją odrzucił.

Do naruszenia art. 117 ust. 3 Pzp doszło również przez jego błędną wykładnie polegającą na uznaniu, że dyspozycja tego przepisu odnosiła się do usług pobocznych świadczonych w ramach zamówień, których główny przedmiot stanowiły dostawy. Art. 117 ust. 3 Pzp odnosi się do zamówień których główny przedmiot stanowią roboty budowlane lub usługi, co nie miało miejsca w tym postępowaniu, a Zamawiający w dokumentacji postępowania nie rozszerzył dyspozycji powyższego przepisu również na usługi akcesoryjne względem głównego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający naruszył również art. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp uznając, że podniesione okoliczności odrzucenia świadczyły o niezgodności oferty z przepisami Pzp, gdy powyższa podstawa odrzucenia odnosiła się do wystąpienia formalnych okoliczności niezgodności oferty z Pzp tj. złożenia dwóch ofert przez tego samego wykonawcę, czy złożenia oferty w niezgodnej z przepisami formie.

8 lutego 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

W celu wykazania warunku udziału w postępowaniu z pkt 12.2.2 SWZ, Odwołujący w złożonych pierwotnie Zamawiającemu dokumentach powołał się na realizację umowy z 18 grudnia 2017 r.

W wydanym 17 grudnia 2021 r. wyroku Izba przesądziła, że Odwołujący „w ramach umowy nr (1.4)-21067 z 18 grudnia 2017 r. nie wykonał odbioru zużytych tablic i przeprowadzenia ich przekazania do utylizacji", a tym samym „nie wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2.2 SWZ" (KIO 3474/21, s. 29). Mając na celu wykonanie orzeczenia Izby, pismem z 10 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych.

Wobec wątpliwości, co do rzeczywistego zakresu wezwania zgłoszonych przez Odwołującego w piśmie z 12 stycznia 2022 r., Zamawiający pismem z 13 stycznia 2022 r. wyjaśnił, że zgodnie z rozstrzygnięciem Izby, oczekiwał wskazania przez Odwołującego innego (niż pierwotnie wskazany i oceniony negatywnie przez Izbę) kontraktu spełniającego warunek opisany w pkt 12.2.2 SWZ.

W uzupełnionych dokumentach Odwołujący wskazał na umowę nr (1.4)-2-425 z 19 kwietnia 2017 r. zrealizowaną przez Baltic Sign. W celu wykazania spełniania warunku złożył kopię tej umowy wraz z kopią uzgodnień z 30 marca 2020 r., referencje z 14 stycznia 2022 r. oraz odpowiednio JEDZ Baltic Sign uzupełniony o wpis odnoszący się do tejże umowy.

Zamawiający zbadał przedstawione mu nowe dokumenty w kontekście postanowień SWZ i uznał, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona z uwagi na dwie okoliczności, tj.:

1. przyjęcie przez Odwołującego podziału zadań między konsorcjantami sprzecznego z przepisami Pzp.

2. brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu - nie przedstawienie dostawy, która swoim zakresem obejmowałaby „asortyment nie mniejszy niż objęty" postępowaniem.

Adresatami warunku z pkt 12.2.2 SWZ byli wykonawcy, którzy zamierzali podjąć się wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w postępowaniu. Wykonawcy tacy znają specyfikę realizacji tego szczególnego rodzaju zamówienia i wszelkie wymagania prawne, które wiążą się z jego realizacją. W odniesieniu do takich profesjonalistów Zamawiający mógł oczekiwać, że już na etapie analizy SWZ postępować będą z dochowaniem należytej staranności, adekwatnej do zawodowego charakteru prowadzonej przez nich działalności. Staranność taka, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przejawiać powinna się m.in. w szczegółowej analizie udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów zamówienia. W tym kontekście niezrozumiałym dla Zamawiającego było twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający nie mógł oczekiwać od wykonawcy, że ten będzie analizował całość treść dokumentacji (tak w pkt I.10 uzasadnienia odwołania, str. 11). Odwołujący, formułując twierdzenia dotyczące zarzutów 1-4, zdawał się nie zauważać pełnego kontekstu postępowania, w jakim sformułowany został

warunek z pkt 12.2.2.

W ocenie Zamawiającego było oczywistym, że dostawa tablic, aby mogła zostać wskazana w celu wykazania spełniania warunku z pkt 12.2.2 SWZ powinna charakteryzować się dwoma elementami występującymi równolegle

1. winna obejmować asortyment (tablice o odpowiednich cechach) objęty postępowaniem,

2. polegać na dostawie co najmniej 300 tys. sztuk takich tablic.

Z twierdzeń formułowanych przez Odwołującego wysnuć można było wniosek, że utożsamił on te dwa elementy opisu warunku i z przekonania tego wywodził, że wystarczającym było jedynie wykazanie się dostawą 300 tys. sztuk tablic. Idąc za tym tokiem rozumowania, należałoby uznać, że użyta w opisie warunku fraza „w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem" była de facto postanowieniem pustym, pozbawionym znaczenia materialnego. Zamawiający nie zgodził się z taką wykładnią ww. postanowień SWZ.

Uwzględniając znaczenie słowa „asortyment", Zamawiający przyjął, że przez wyrażenie „asortyment objęty Postępowaniem" rozumieć należało zestaw produktów objętych przedmiotem zamówienia, tj. rodzaje, odmiany i wzory tablic rejestracyjnych, do dostarczania których zobowiązują się wykonawcy w składanych Zamawiającemu ofertach. Potencjalny wykonawca winien znać warunki produkcji tablic rejestracyjnych w Polsce i wiedzieć, jaki wachlarz rodzajów, odmian i wzorów takich tablic potencjalnie zamawiać może Zamawiający, a już po choćby pobieżnej lekturze SWZ powinien mieć pewność w tym zakresie. Dodatkowo z treści pkt 6.1 SWZ winien on powziąć informację, że przedmiotem zamówienia nie są objęte tablice dyplomatyczne. Zamawiający badając dokumenty i oświadczenia uzupełnione przez Odwołującego zweryfikował je m.in. pod kątem tego, czy wykazywana dostawa obejmowała dostawę tablic różnych rodzajów, odmian i wzorów tablic, a nadto, czy tablice dostarczone na podstawie wykazywanej umowy wykonane były z aluminium. Tymczasem wykazana przez Odwołującego dostawa obejmowała dostawę tablic tymczasowych wykonanych z tektury.

W zakresie zarzutów od 5 do 8 Zamawiający wskazał:

Izba w uzasadnieniu wyroku KIO 3474/21 nie rozstrzygnęła o materii zarzutów ogniskujących wokół oceny doniosłości oświadczenia składanego w postępowaniu zgodnie z art. 117 ust. 4 Pzp. Zgodnie z wnioskiem Zamawiającego sformułowanym w odpowiedzi na odwołanie, Izba uznała, że w ustalonym w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3474/21 stanie rzeczy zarzuty te zostały postawione przedwcześnie. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie zaktualizowała się podstawa do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Oczywistym było, że postawione przedwcześnie zarzuty, nie mogły zostać przez Izbę merytorycznie rozstrzygnięte i uznane za uwzględnione.

Mimo uznania powołanych zarzutów za przedwczesne, w uzasadnieniu orzeczenia Izba udzieliła jednocześnie wytycznych co do dalszego możliwego toku postępowania w związku z oceną oświadczeń składanych przez Odwołującego zgodnie z art. 117 ust. 4 Pzp. Izba wskazała, że jedynie wykazanie się odpowiednim doświadczeniem odpowiadającym warunkowi z pkt 12.2.2 SWZ przez Eurotab, w kontekście już złożonych Zamawiającemu oświadczeń z art. 117 ust. 4 Pzp, pozwoliłoby Zamawiającemu uznać powołany warunek za należycie wykazany przez Odwołującego.

Zamawiający w wezwaniu z 10 stycznia 2022 r. zalecił Odwołującemu analizę wytycznych z wyroku KIO 3474/21 i ich uwzględnienie przy składaniu dokumentów w odpowiedzi na wezwanie.

Dodatkowo, w przypadku uzupełnienia oświadczeń JEDZ w sposób opisany w uzasadnieniu orzeczenia Izby, zamawiający wezwał Odwołującego również do złożenia stosownego oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp. Odwołujący takiego oświadczenia nie złożył, a powołał się na doświadczenie nabyte przez Baltic Sign.

Twierdzenia Odwołującego świadczyły o tym, że nie dostrzegł on, że brzmienie warunku z pkt 12.2.2 SWZ odwoływało się nie tylko do dostawy tablic, ale również do usługi odbioru tablic wycofanych z użycia i ich utylizacji. Zamawiający w postępowaniu KIO 3474/21 w złożonej wówczas odpowiedzi na odwołanie zwrócił uwagę Izby na mogące się pojawić w wykładni postanowień SWZ wątpliwości interpretacyjne, co do brzmienia warunku opisanego w pkt 12.2.2 SWZ w tym właśnie elemencie opisu wymaganego od wykonawców doświadczenia (wskazanie na usługę odbioru tablic wycofanych z użycia i ich utylizacji). Dążąc do rozwiania ewentualnych wątpliwości, które mogłyby pojawić się na etapie oceny doniosłości oświadczeń z art. 117 ust. 4 Pzp Zamawiający wniósł o ich rozstrzygnięcie przez skład orzekający. Izba w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie jednoznacznie przesądziła, że kontrakt, którego wykonaniem miał wykazać się wykonawca winienem obejmować trzy elementy: dostawę tablic nowych (z ostrożności należy tu wskazać przywołane powyżej spostrzeżenie, że przedmiotem wykładni Izby nie była interpretacja warunku w zakresie frazy: „w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem"), odbiór tablic wycofanych oraz ich utylizację. Co ważne, Izba poczyniła przy tym spostrzeżenie, że sam Odwołujący w złożonym wraz z ofertą JEDZ potwierdził takie właśnie rozumienie warunku udziału w postępowaniu (KIO 3474/21, s. 27).

W toku ponownego badania ofert, w tym uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów i oświadczeń, Zamawiający uwzględnił wytyczne Izby przyjmując, że warunek doświadczenia wyraźnie wskazał na konieczność wykazania się realizacją usługi odbioru tablic wycofanych oraz ich utylizacją.

Wpisując w warunek z pkt 12.2.2 SWZ wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji usługi odbioru tablic wycofanych oraz ich utylizacją Zamawiający przesądził, że ten element zdolności zawodowej był jedną ze zdolności wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym, Zamawiający oceniając zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia, powinien weryfikować zdolność do wykonania powołanej usługi, a tym samym egzekwować od konsorcjantów złożenie w tym kontekście oświadczenia z art. 117 ust. 4 (zgodnie z art. 117 ust. 3 Pzp, tj. w zakresie odnoszącym się do usług wpisanych w opis warunku) w celu przesądzenia, że wykonawca wykazujący daną zdolność będzie realizować usługę, do której zdolność ta jest wymagana w opisie warunku.

W kontekście regulacji art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 i art. 117 ust. 3 i 4 Pzp nieważny był procentowy udział określonych części zamówienia w całym jego przedmiocie - decydującym było, czy Zamawiający wymagał w opisie warunku wykazania określonych zdolności potrzebnych do wykonania określonych części. W przypadku postępowania w sprawie zamówienia na dostawę (a takim niewątpliwie w dominującym zakresie było zamówienie objęte postępowaniem) przedmiot zamówienia obejmował również wykonanie usługi, choćby mającej charakter służebny dla realizacji dostawy, a Zamawiający wpisał do warunku wymóg wykazania się zdolnościami niezbędnymi do wykonania takiej usługi, wówczas wykonawcy zobowiązani byli przedstawić oświadczenie z art. 117 ust. 4 potwierdzające, że usługę wykona ten z konsorcjantów, który wykazał zdolności niezbędne do jej wykonania.

Zamawiający wskazał, że zarzut nr 9 jako prosta konsekwencja pozostałych zarzutów również podlegał oddaleniu.

10 lutego 2022 r Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym ustosunkował się do zarzutów odwołania. W swoim stanowisku Przystępujący zawarł argumentację zgodną z przedstawionym wyżej stanowiskiem Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Odwołującego,
3. korespondencji między Zamawiającym, a Odwołującym prowadzonej po zapadnięciu wyroku KIO 3474/21,
4. uzupełnionych przez Odwołującego podmiotowym środków dowodowych,
5. zawiadomienia z 21 stycznia 2022 r. o odrzuceniu z postępowania oferty

Odwołującego.

Zgodnie z punktem 12.2.2 SWZ:

„Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie zrealizowali lub realizują w ramach jednego kontraktu co najmniej jedną dostawę tablic rejestracyjnych, w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem, obejmującą minimum 300 000 sztuk tablic, a także odbiór tablic wycofanych z użycia i ich utylizację.

W przypadku dostawy, która jest w trakcie realizacji, Wykonawca musi wykazać, że do dnia składania ofert zrealizował dostawę minimum 300 000 sztuk tablic".

Przedmiot zamówienia w postępowaniu określony został w punkcie 6.1 SWZ:

„Przedmiotem zamówienia są dostawy tablic rejestracyjnych (wszystkich rodzajów, odmian i wzorów z wyłączeniem tablic dyplomatycznych, w kompletach i do stosowania w jednym egzemplarzu) do Biura Administracji i Spraw Obywatelskich Urzędu m. st. Warszawy oraz jego Delegatur w Dzielnicach.

W zakres czynności objętych niniejszym zamówieniem wchodzi również odbiór z Biura Administracji i Spraw Obywatelskich Urzędu m. st. Warszawy oraz jego Delegatur w Dzielnicach tablic wycofanych z użycia i likwidacja tych tablic, oraz usuwanie nalepek z tablic tymczasowych i czyszczenie tych tablic.

Wymagania techniczne (konstrukcyjne, materiałowe, technologiczne, jakościowe), wzornictwo, kolorystyka, algorytm tworzenia numerów rejestracyjnych oraz inne warunki jakie muszą spełniać tablice rejestracyjne, określone są w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 11 grudnia 2017 r.. w sprawie rejestracji i oznaczania pojazdów oraz wymagań dla tablic rejestracyjnych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2355 ze zm.).

W wyroku KIO 3474/21 z 17 grudnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu:

„unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eurotab Sp. z o.o. z siedzibą w Skarbimierzycach oraz Bendra Lietuvos ir Vokietijos jmone uždaroji akcine bendrove „Baltic Sign" (Litewsko-niemieckie przedsiębiorstwo zamknięta spółka akcyjna „Baltic Sign") z siedzibą w Kownie (Litwa) na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) oraz podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 12.2.2 specyfikacji warunków zamówienia".

W konsekwencji, Zamawiający 10 stycznia 2022 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a także skierował do Odwołującego następujące wezwanie:

„Powtarzając czynność badania i oceny ofert Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy wzywa Konsorcjum EUROTAB Sp. z o.o., Skarbimierzyce 16, 72-002 Dołuje, Bendra Lietuvos ir Vokietijos imone uždaroji akcine bendrove „BALTIC SIGN" (Litewsko-niemieckie przedsiębiorstwo zamknięta spółka akcyjna „BALTIC SIGN"), Taikos pr. 145B, Kowno, 51141 Kowno, Litwa do uzupełnienia oświadczeń JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 12.2.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający, rekomendując uważną analizę całości orzeczenia KIO, w szczególności rekomenduje analizę jednego z ostatnich jego akapitów, dotyczących zarzutu podniesionego w odwołaniu, a uznanego za przedwczesny.

Zamawiający wzywa, w przypadku uzupełnienia oświadczeń JEDZ w sposób tam opisany, o złożenie stosownego oświadczenia ww. Wykonawcy w trybie art. 117 ust. 4 ustawy".

18 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył wymagane dokumenty, za wyjątkiem oświadczenia na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp. Kluczowym dokumentem była złożona wraz z tłumaczeniem na język polski „Umowa w sprawie zamówienia publicznego na zakup tablic rejestracyjnych nr (1.4)-2-425" z 19 kwietnia 2017 r. Artykuł 1 pkt 1.1 tej umowy stanowił: „Sprzedający zobowiązuje się dostarczyć i przekazać Kupującemu, na warunkach i zgodnie z procedurą przewidzianą w niniejszej Umowie, tymczasowe tablice rejestracyjne typu V (1-3 formaty) z tektury bez naklejek hologramowych (część IV przedmiotu zakupu) zamówione przez Kupującego zgodnie z faktyczną potrzebą. Maksymalna oczekiwana ilość do zakupu to około 250 000 sztuk (± 30%). Numery rejestracyjne z tektury zwane są dalej numerami lub towarami".

Powyższa umowa dotyczyła jedynego zadania na realizację którego powołał się Odwołujący na okoliczność wykazania spełniania warunku z punktu 12.2.2 SWZ.

21 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.
W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał:
„Ze złożonych przez ww. Wykonawcę w toku postępowania oświadczeń wymaganych art. 117 ust. 4 ustawy wynika, że usługi w postaci odbioru tablic wycofanych z użycia i ich utylizacji wykonywał będzie konsorcjant EUROTAB sp. z o.o., a doświadczenie w tym zakresie zostało wykazane dla konsorcjanta BALTIC SIGN.

Pozostaje to w sprzeczności z ustawowym wymogiem by wykonywał je ten uczestnik konsorcjum, który wykazuje wymagane doświadczenie w tym zakresie (...).

Celem wykazania spełnienia warunku z pkt. 12.2.2. SWZ Wykonawcy powinni wykazać się doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu lub realizowaniu - w ramach jednego kontraktu - dostaw tablic rejestracyjnych w asortymencie nie mniejszym niż objętym postępowaniem, tj. obejmującym minimum dostawy tablic rejestracyjnych: zwyczajnych, indywidualnych, zabytkowych i tymczasowych. Asortyment został opisany w pkt. 6.1. SWZ który wskazuje, że przedmiotem zamówienia są dostawy tablic rejestracyjnych (wszystkich rodzajów, odmian i wzorów z wyłączeniem tablic dyplomatycznych) (.).

Należy zatem uznać, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę tablic rejestracyjnych: zwyczajnych, indywidualnych, zabytkowych i tymczasowych.

Tymczasem z art. 1.1 umowy nr (1.4)-2-425 przekazanej przez Wykonawcę wynika jednoznacznie, że przedmiotem dostaw były jedynie tablice rejestracyjne tymczasowe wykonane z kartonu.

W konsekwencji Zamawiający nie może uznać, że ww. umowa potwierdza, iż BALTIC SIGN zrealizował dostawy tablic rejestracyjnych w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem, co prowadzi do stwierdzenia, iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 12.2.2. SWZ".

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Izba uznała, że ujęta w uzasadnieniu odrzuceniu oferty Odwołującego wykładnia warunku udziału w postępowaniu z punktu 12.2.2 SWZ była prawidłowa. Co za tym idzie Zamawiający zasadnie uznał, że obowiązkiem wykonawcy było wykazanie się realizacją dostawy tablic rejestracyjnych: zwyczajnych, indywidualnych, zabytkowych i tymczasowych w łącznej liczbie 300 000 sztuk. Tymczasem Odwołujący wykazał, że zrealizował jednie dostawę tablic tymczasowych. Fakt, że tablice powyższe były wykonane z kartonu nie miał w ocenie Izby znaczenia w sprawie - w zakresie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nigdzie w SWZ nie postawił jednoznacznego wymogu, co do materiału z którego miały być wykonane tablice. Zamawiający nie wykluczył również możliwości powołania się na realizację tablic poza Polską. Z tego względu Odwołujący miał prawo powołać się na realizację kartonowych tablic tymczasowych, gdyż takie są zgodne z odpowiednimi przepisami obowiązującymi na Litwie. Odwołujący nie wykazał jednak, by zrealizował dostawę pozostałych rodzajów tablic rejestracyjnych, skutkiem czego nie wykazał spełnienia warunku z punktu 12.2.2 SWZ.

W konsekwencji oddaleniu podlegały wszystkie zarzuty odwołania. Zarzuty o numerach od 1 do 4 dotyczyły odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niespełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Zarzuty o numerach od 5 do 8 oparte były na twierdzeniu, o niezasadnym zastosowaniu przez Zamawiającego art. 117 ust. 3 Pzp, zgodnie

z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący w ogóle nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, to kwestia czy miał prawo powołać się na doświadczenie konsorcjanta, który nie zadeklarował osobistego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia straciła znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu. Izba wskazuje przy tym, że częścią przedmiotu zamówienia jest usługa - odbiór i utylizacja tablic rejestracyjnych.

W ocenie Izby Odwołujący nie miał racji twierdząc, że ta usługa miała charakter subsydiarny wobec podstawowego elementu zadania, tj. dostawy tablic rejestracyjnych. Dostawa w żaden sposób nie została przez Zamawiającego uzależniona od realizacji usługi, zatem część dotycząca usługi stanowi element przedmiotu zamówienia, do którego Zamawiający miał prawo zastosować dyspozycję art. 117 ust. 3 Pzp.

Konsekwencją powyższych ustaleń było również oddalenia zarzutu nr 9, jako zarzutu wynikowego wobec zarzutów o numerach od 1 do 8.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....