Sygn. akt: KIO 2616/23

WYROK
z dnia 19 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez Odwołującego **Lubawa Spółka Akcyjna**, ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, 4 Regionalna Baza Logistyczna**, ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław

przy udziale

Wykonawcy – **Rekord Hale Namiotowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Mazowiecka 17, 50-412 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie.**
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Lubawa S.A. i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4.480 zł 90 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Zamawiającego;
2.2Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.480 zł 90 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) 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 2616/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – 4 RBLog we Wrocławiu, w trybie podstawowym na*„Dostawa – namioty kasynowe „stołówkowe”* (sygn. postępowania: MAT/176/PZ/2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.06.2023 r., S/122 388442, wobec czynności dotyczących części V i polegających na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej (Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 04.09.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Lubawa S.A. z/s w Ostrowie Wielkopolskim.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2.art. 57 pkt 2 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Pzp, tj. posiadania zdolności technicznych i zawodowych zgodnie z wymaganiami pkt III.1.3) Sekcji III Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.4 rozdział V swz;
3.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Rekord Hale do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie, z którego będzie wynikało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu;
4.ewentualnie, naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 57 pkt 2 Pzp i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp, z pkt III.1.3) sekcja III Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.4, rozdział V swz, przez jego niezastosowanie:

- w sytuacji, w której jedna z dostaw, która ma znaczenie dla wypełnienia przez wybranego Wykonawcę ustalonego w postępowaniu wymogu minimalnej wartości wykonanych dostaw, jako warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, nie obejmowało dostawy produktów tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia, ale produktu innego rodzaju,

- w sytuacji, w której Wykonawca wykazuje roboty budowlane oraz umowę wynajmu jako zdolność techniczną lub zawodową w zakresie dostaw, co nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt III.1.3) sekcja III Ogłoszenia o zamówieniu praz pkt 5.1.4, rozdział V swz, co w konsekwencji musi prowadzić do jednoznacznej oceny, że wybrany wykonawca nie posiada wymaganego w swz doświadczenia, przez co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem jego oferty z przedmiotowego postępowania;

5.art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty Wykonawcy Rekord Hale oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części V.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy Rekord Hale, względnie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie i dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował o czynnościach w dniu 23.08.2023 r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części V.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, opisany w rozdziale V pkt 5.1.4 swz, w którym wymagane wykazanie co najmniej jednej dostawy produktów tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia, o minimalnej wartości 1.000.000,00 zł.

Załączony do oferty Rekord Hale wykaz dostaw obejmuje trzy pozycje. Pierwsza z dostaw dotyczy w rzeczywistości wynajmu wskazanego sprzętu – z dokumentów nie wynika, aby przedmiot zamówienia został dostarczony i przekazany na własność zamawiającemu, a przedstawione dokumenty nie potwierdzają należytego i terminowego wykonania umowy – nie przedstawiono referencji lub dokumentu wystawionego przez zamawiającego. Ponadto, Odwołujący kwestionuje tożsamość produktów rodzajową i funkcjonalną z przedmiotem zamówienia. Dołączono mail, z którego wynika nakaz wstrzymania prac, co powinno skłonić Zamawiającego do wyjaśnienia tych okoliczności przez Wykonawcę.

W odniesieniu do poz. 2 Odwołujący również kwestionuje tożsamość produktów rodzajową i funkcjonalną z przedmiotem zamówienia. Odwołujący załączył opis techniczny – zestawu logistycznego do segregacji osób zakażonych COVID-19 oraz kartę katalogową namiotu NSR 33. Zasadnicze różnice dotyczą wielkości – namiot dostarczony jest szybkorozkładalnym o powierzchni minimalnej 32 m2, a namiot „kasynowy" ma powierzchnię od 126 m2 do 150 m2. Inne jest przeznaczenie produktów – namiot kasynowy ma zapewnić możliwość jednoczesnego spożywania posiłków przez 120 żywionych w warunkach polowych, podczas gdy przedmiot dostaw służył do segregacji osób zakażonych, a maksymalna ilość osób podlegających segregacji wynosi od 10 do 20 (namiot przeznaczony do celów medycznych, zakwaterowania, dowodzenia). Różnica dotyczy również wyposażenia dla namiotu „kasynowego" są nimi kontenery 20-stopniowe o znacznej wartości, co również było wyjaśnione przez Zamawiającego w celu ustalenia wartości dostawy namiotu.

W poz. 3 Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż nie dotyczy ona dostawy ale roboty budowlanej, a tym samym nie może potwierdzać dostawy produktu tożsamego rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu. Przystępujący złożył pismo procesowe z 18.09.2023 r., w którym odniósł się do kwestionowanych pozycji dostaw z wykazu i złożył dodatkowe dowody w postaci: załącznika nr 3 do umowy – harmonogram rzeczowo-finansowy, umowy nr 15/205/Civ/20/AP z dnia 05.02.2021 r., zawartej z Komendantem Głównym Policji, umowy dostawy 50 szt. namiotów stelażowych na przyczepach zawartej z Komendą Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie.

Zamawiający złożył w dniu 18.09.2023 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający odniósł się do poz. 1 z wykazu dostaw, która pozwalała potwierdzić, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ogłoszenie, swz, dokumenty złożone przez Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia kwestionowanego warunku oraz stanowiska i wyjaśnienia stron składane na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem zamówienia jest dostawa namiotów kasynowych – „stołówkowych" objętych częściami zamówienia od 1 do 6. W załączniku do swz – *Wymagania eksploatacyjno-techniczne*, opisane zostały przez Zamawiającego szczegółowe wymagania tak co do warunków eksploatacyjnych, czy też gotowości do realizacji zadań, elementów zestawu, jak i konstrukcji namiotu.

W rozdziale 5 swz dotyczącym warunków udziału w postępowaniu Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej uznawał za spełniony, *jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia popartą należytym wykonaniem co* ***najmniej jednej dostawy*** *produktów tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia. o minimalnej wartości* ***1 000 000,00 zł****.*

Zamawiający w rozdziale 6 swz przewidział procedurę odwróconą weryfikacji podmiotowej wykonawców i na podstawie wezwania od Zamawiającego wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zobowiązany był złożyć oświadczenie w JEDZ, a także w terminie nie krótszym niż 10 dni, aktualne na dzień złożenia podmiotowe środki dowodowe, w tym na potwierdzenie spełnienie warunku udziału w postępowaniu m.in. w*ykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych (potwierdzających warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 5.1 ppkt 4 SWZ), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane 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 wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Na część 5 zamówienia złożone zostały dwie oferty.

Zamawiający pismem z dnia 20.07.2023 r. wezwał na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy Wykonawcę Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych w rozdziale 6 swz, wskazując na postanowienia pkt 6.2.1, tj. dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia z postępowania. Wzory oświadczeń wskazanych w wezwaniu, które Wykonawca miała wypełnić załączone zostały do wezwania. W wezwaniu Zamawiający nie wskazał na konieczność złożenia wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą ich realizację, które to dokumenty składane miały być w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.1 ppkt 4 swz.

W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca załączył również wykaz dostaw wraz z dokumentami mającymi potwierdzać należytą realizację dostaw. W wykazie ujęte zostały trzy dostawy opisane w tabeli:

Lp.	Odbiorca dostawy	Zakres dostawy	Termin realizacji umowy	Wartość zamówienia
1	KBR Services, LLC. (Kellogg Brown & Root) 601 Jefferson Street Houston, TX	Dostawa namiotu kuchennego pod klucz, wyprodukowanego przez Rekord Hale Namiotowe sp. z o.o. w ramach umowy wynajmu nr 77002Kontrakt nr LCV-D-HUN-SC001 oraz wyposażenia kuchennego - CTA Varpalota, Węgry	28.02.2021-01.12.2021	1 140 000,00 PLN bez podatku VAT
2	Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie	Dostawa 50 szt. namiotów stelażowych na przyczepach	08.05.2020-31.07.2020	3 443 383,00 PLN brutto
3	Komenda Główna Policji Warszawa	Sprzedaż, dostawa, montaż mobilnego hangaru na terenie lotniska Warszawa Babice	05.02.2021-26.04.2021	8 240 569,50 PLN brutto

Wraz z wykazem złożone zostały dokumenty: sporządzony przez obie strony kontraktu protokół odbioru usługi wskazanej w poz. 1 wykazu wraz z korespondencją mailową z 3.11.2021 r. dotyczącą wstrzymania prac, a także referencje z 30.11.2021 r. dotyczące poz. 2 z wykazu dostaw i poświadczenie należytego wykonania dostawy z poz. 3 wykazu.

W odniesieniu do poz. 1 – w protokole stwierdza się dostawę wyposażenia obejmującego: namiot kuchenny (10x15), stołówkę (10x55); nagrzewnicę ze zbiornikiem paliwa; agregat i backup wraz ze zbiornikiem na paliwo; kontener myjka ze magazynem wody (zestaw).

Z kolejnych zapisów protokołu wynika, iż *przedstawiciel Klienta przyjmuje do wiadomości i zgadza się, że niżej podpisany bezwarunkowo przyjął wszystkie usługi oraz sprzęt opisane w Zakresie prac niniejszej umowy, a także potwierdza, że usługi zostały dostarczone, zainstalowane i sprawdzone, są w dobrym stanie technicznym i że Okres Wykonania rozpocznie się z datą przyjęcia. Niżej podpisany przedstawiciel Wykonawcy przyjmuje do wiadomości, że niżej podpisany Wykonawca zapewnił terminowo wszystkie wymagane usługi, a cały sprzęt jest w dobrym stanie.*

W odniesieniu do dostawy namiotu kuchennego pod klucz i wyposażenia kuchennego w dniu 3.11.2021 r. został skierowany do podwykonawcy mail z nakazem całkowitego wstrzymania prac ze skutkiem od 1 grudnia 2021 r.

Objęta pozycją 1 wykazu dostaw referencyjna dostawa namiotu kuchennego wraz z wyposażeniem była realizowana w ramach umowy wynajmu nr 77002Kontrakt nr LCV-D-HUN-SC001 oraz wyposażenia kuchennego - CTA Varpalota, Węgry" zrealizowanego na rzecz KBR Services, LLC. (Kellogg Brown & Root), 601 Jefferson Street, Houston, TX.

W wykazie dostaw termin realizacji umowy został określony przez Wykonawcę od 28.02.2021 r. do 01.12.2021 r.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty podniesione względem czynności polegającej na ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych zostały sformułowane zarówno w kierunku wykazania, iż złożone dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku przez wybranego Wykonawcę, jak również dotyczyły zaniechania wezwania do wyjaśnienia, jak również uzupełnienia dokumentów. Konsekwencją tych naruszeń miało być dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu złożonej przez Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. (dalej jako Rekord). Odwołujący zakwestionował wszystkie trzy pozycje wskazane w wykazie dostaw, jako nieodpowiadające wymaganiu, w którym Zamawiający wskazał na konieczność wykazania należytej realizacji co najmniej jednej dostawy produktów tożsamych rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia o wartości minimalnej 1.000.000,00 zł. Zastrzeżenia budziła ocena tożsamości referencyjnych dostaw z przedmiotem zamówienia, co miało mieć odniesienie do rodzaju jak i funkcjonalności produktu.

Punktem odniesienia dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego było ustalenie jakie znaczenie miało wskazanie w opisie warunku na dostawy tożsame rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w swz nie sprecyzował w jaki sposób należy interpretować ten opis, w szczególności nie ma w dokumentacji żadnego odniesienia do powierzchni namiotu, jak i ilości osób, jakie miałyby przebywać jednocześnie, czy też wyposażenia namiotu, czy też innych parametrów istotnych z punktu widzenia rozstawienia namiotu, jak i materiałów użytych na pokrycie. Tym samym, dokonując wykładni treści warunku należał ograniczyć się wyłącznie do znaczenia pojęć: „rodzajowy" i „funkcja". Według definicji ze słownika języka polskiego PWN rodzajowy to dotyczący rodzaju rzeczy, osób

lub zjawiska, a funkcja określa zadanie, które spełnia lub ma spełniać jakaś osoba lub rzecz. Mając zatem na uwadze ogólny sposób opisania tożsamości dostaw, tj. bez wskazania na szczególny rodzaj namiotu, jak i brak zdefiniowania konkretnych parametrów granicznych, wykładnia warunku nie mogła prowadzić do zawężającego określenia warunków wymaganych, do czego prowadziłoby na obecnym etapie postępowania wypełnienie tych znaczeń dodatkowymi parametrami identyfikującymi szczególne funkcje, jak i rodzaje namiotów. W ocenie składu orzekającego, tożsamość rodzajowa z przedmiotem zamówienia mogła być ogólnie odnoszona do produktu, jakim są namioty, czyli tak jak określił to Zamawiający na rozprawie przez wskazanie na przenośne pomieszczenie do wykorzystania w warunkach polowych i wykorzystywane na różne cele. Zamawiający odnosi warunek do przedmiotu, jakim jest dostawa namiotu kasynowego „stołówkowego", co wskazuje na przeznaczenie namiotu i jego rodzaj. Tylko w obrębie tych właściwości możliwe było ograniczenie zakresu warunku, co jednak z uwagi na szczególny charakter tego przedmiotu i możliwość dowolnej adaptacji powierzchni nie mogło w sposób kategoryczny wykluczyć, jako odpowiadających przedmiotowi dostawy, również innych namiotów, które pozwalałyby na ich wykorzystanie na cele żywieniowe. W szczególności za taką wykładnią przemawia brak wskazania w opisie warunku na konkretny rodzaj wyposażenia, co oznaczało, iż weryfikacja zdolności wykonawcy ograniczona została do samej dostawy namiotu, jako wyrobu wykorzystywanego w warunkach polowych z możliwością jego wykorzystania w celu żywieniowym. Jak wynika z samego opisu przedmiotu zamówienia, to oczekiwania konkretnych odbiorców definiują zakres dostawy, w tym sposób montażu, wykorzystywane materiały, jak i samo wyposażenie.

Przechodząc zatem do doświadczenia Rekord wynikającego ze wskazanych w wykazie dostaw namiotów, dla wykazania spełnienia warunku wystarczającym było uznanie, iż jedna z trzech wskazanych dostaw spełnia parametry graniczne dla potwierdzenia wymaganych kompetencji zawodowych. Chociaż można mieć wątpliwości, czy tożsamym z namiotem jest hangar posadowiony w sposób trwały (co było objęte pozycją nr 3 z wykazu dostaw), to dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, rozstrzygającym i wystarczającym była dostawa z poz. nr 1 wykazu.

Co do tej pozycji nie można mieć żadnych wątpliwości w zakresie tożsamości rodzajowej i funkcjonalnej, gdyż dotyczy ona dostawy namiotu przeznaczonego do żywienia, złożonego z kuchni i stołówki wraz z wyposażeniem (niezależnie od jego zakresu).

Mając na uwadze podniesione wobec tej dostawy okoliczności mające uzasadniać zarzuty, Odwołujący wskazywał na charakter zamówienia identyfikowany umową najmu dostarczonego sprzętu, co nie pozwalało w jego ocenie ustalić, że własność sprzętu została przeniesiona na rzecz zamawiającego, a tym samym nie była to dostawa. Ponadto, załączone dokumenty miały nie potwierdzać należytego i terminowego wykonania umowy, gdyż nie przedstawiono referencji lub dokumentu wystawionego przez zamawiającego. Dodatkowo, Odwołujący wnioskował z maila, w którym nakazano wstrzymanie prac, o potrzebie wyjaśnienia tych okoliczności przez Wykonawcę. Na rozprawie, Odwołujący w replice do argumentów prezentowanych w pismach procesowych odnośnie konieczności przeniesienia własności przedmiotu dostawy zmodyfikował zarzut w ten sposób, iż to nie sam charakter umowy miał dyskwalifikować pozycję pierwszą, ale brak zweryfikowania wykonania całości zobowiązań, jakie mogły spoczywać na stronie wynajmującej.

Przyjmując możliwość takiej zmiany akcentu w argumentacji, to nadal po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania, zasadności takiej oceny doświadczenia. Mając na uwadze kryterium weryfikacji podmiotowej, które miało wyłącznie na celu sprawdzenie przygotowania zawodowego pod kątem dostawy sprzętu, badanie możliwości realizacji innych zadań, czy to związanych z utrzymaniem, konserwacją w trakcie użytkowania produktu, wykraczałoby poza ocenę wyznaczoną treścią warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, wskazany w odwołaniu mail z nakazem wstrzymania prac nie miał w ocenie składu orzekającego żadnego znaczenia, gdyż nie prezentował żadnych okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na ocenę zgodności przedmiotu dostawy z wymaganiami zamawiającego.

Zgodnie z definicję dostaw, sformułowaną przez ustawodawcę w art. 7 pkt 4 Ustawy, "Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: (...) dostawach – należy przez to rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację". Bez znaczenia jest zatem, czy dostawa produktu nastąpiła w drodze przeniesienia własności, czy też jako ograniczone prawo rzeczowe, jakim bez wątpienia jest najem. W świetle dodatkowych oświadczeń Odwołującego złożonych na rozprawie, w których przyznawał możliwość traktowania wskazanej pozycji w kategorii dostawy, jak również wykazanego protokołem faktu odbioru produktu bez zastrzeżeń, skład orzekający uznał, iż Zamawiający prawidłowo przyjął jako tożsamą z przedmiotem zamówienia dostawę namiotu z poz. 1 wykazu.

Odnosząc się dalej do podniesionego w podstawie zarzutu braku złożenia dokumentu wystawionego przez zamawiającego, skład orzekający uznał, iż takim dokumentem był protokół, podpisany przez obie strony kontraktu, w którym każda złożyła oświadczenie o braku zastrzeżeń wobec przedmiotu dostawy. Znaczenie miało przede wszystkim oświadczenie strony zamawiającej, w którym potwierdza, iż *przedstawiciel Klienta przyjmuje do wiadomości i zgadza się, że niżej podpisany bezwarunkowo przyjął wszystkie usługi oraz sprzęt opisane w Zakresie prac niniejszej umowy, a także potwierdza, że usługi zostały dostarczone, zainstalowane i sprawdzone, są w dobrym stanie technicznym i że Okres Wykonania rozpocznie się z datą przyjęcia.*

Zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, dokumentem potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane (§ 9 ust. 1 pkt. 2). Nie może budzić wątpliwości, iż podpisany przez obie strony kontraktu protokół jest rodzajem dokumentu, wskazującym na zrealizowaną dostawę, który to fakt potwierdzony został przez *Klienta*. Złożone oświadczenie oznacza, iż dokument został sporządzony z udziałem zamawiającego i ma znaczenie w zakresie dotyczącym tego co potwierdził przedstawiciel zamawiającego składając podpis pod dokumentem. Przedłożony Zamawiającemu dokument (Delivery and Acceptance Protocol) zawiera informacje o przedmiocie dostawy i oświadczenia odbiorcy, potwierdzające terminowość dostawy, stan dostarczonych produktów, a także - iż odbiorca nie wnosi do nich zastrzeżeń.

Odnosząc się natomiast do załączonego maila, zawierającego nakaz natychmiastowego wstrzymania prac ze skutkiem na dzień 1 grudnia 2021 r., skład orzekający uznał, iż stanowi ono wyraz wyłącznie woli wstrzymania dalszej realizacji umowy najmu, co nie ma znaczenia dla oceny samej dostawy, która została zrealizowana na początku kontraktu i była warunkiem do rozpoczęcia świadczenia usługi w kolejnych miesiącach, do czasu w którym odbiorca nie zdecyduje o

zakończeniu umowy. Z treści maila nie wynika nic poza stwierdzeniem, iż z dniem 1.12.2021 r. nastąpiło zakończenie realizacji umowy, co zostało również w sposób prawidłowy określone w wykazie w kolumnie *Termin realizacji umowy.* W tych okolicznościach nie było podstawy do przyjęcia wniosków Odwołującego o potrzebie wyjaśnienia okoliczności, które miałyby znaczenie dla oceny należytego wykonania dostawy.

Podsumowując, Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż przedłożone dokumenty potwierdziły spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wystarczającym dla pozytywnej weryfikacji warunku było wykazanie jednej dostawy spełniającej kryteria oceny, a taką była dostawa objęta pozycją nr 1 w wykazie. W ocenie składu orzekającego nie można mieć wątpliwości co do zgodności rodzajowej, jak i funkcjonalnej przedmiotowej dostawy z przedmiotem zamówienia, gdyż obejmowała ona dostawę namiotu kuchennego. Powyższe, przy braku narzuconych w opisie warunku parametrów takich jak powierzchnia użytkowa, ilość osób możliwych do wyżywienia w tym samym czasie, prowadziło do jedynego możliwego wniosku o zgodności rodzajowej i funkcjonalnej z przedmiotem zamówienia, który obejmuje dostawę namiotu kasynowego „stołówkowego". W ocenie składu orzekającego, wykraczającym poza treść warunku były wnioski Odwołującego o konieczności zbadania, czy w ramach umowy nie doszło do jakiś uchybień po stronie dostawcy namiotu, związanych z innymi obowiązkami, jakie wynikać mogły z umowy najmu. Jak słusznie wskazał Zamawiający weryfikacja zdolności zawodowych wykonawcy była ograniczona do przedmiotu dostawy, a ten zgodnie z protokołem został przyjęty bezwarunkowo, a dostarczony sprzęt był w dobrym stanie. To po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania, iż dostawa nie mogła zostać odebrana jako należycie wykonywana w świetle umowy najmu, a takich dowodów nie przedstawił. Tym samym rozważania cywilistyczne co do sposobu realizacji umowy najmu, obowiązków, jakie spoczywały na dostarczającym przedmiot najmu i konieczności potwierdzenia należytego wykonania całej umowy po jej zakończeniu, nie miały faktycznie znaczenia, gdyż nie odnosiły się do jakichkolwiek wykazanych uchybień strony oddającej przedmiot najmu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: ……