

Sygn. akt: KIO 2396/11

WYROK
z dnia 22 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Liskiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **07 listopada 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm:** **1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów; 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR-BIS”, Tomasz Dewódzki, ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 3) „WOJAS” S.A., ul. ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 4) LZPS „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin; 5) SPWS im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia; 6) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. J., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn; z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Wincentego B., ul. Jaworskiego 7, 20-384 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową NR 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa****

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm:** **1) GREGOR S.A., ul. Tczewska 1A, 83-032 Pszczółki; 2) PPO Przedsiębiorstwo Państwowe, ul. Dworcowa 25, 47-100 Strzelce Opolskie z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Grzegorza S., ul. Tczewska 1B, 83-032 Pszczółki** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2396/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm:** **1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów; 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR-BIS”, Tomasz Dewódzki, ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 3) „WOJAS” S.A., ul. ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 4) LZPS „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417**

Lublin; 5) SPWS im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia; 6) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. J., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn; z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Wincentego B., ul. Jaworskiego 7, 20-384 Lublin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów; 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR-BIS”, Tomasz Dewódzki, ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 3) „WOJAS” S.A., ul. ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 4) LZPS „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin; 5) SPWS im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia; 6) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. J., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn; z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Wincentego B., ul. Jaworskiego 7, 20-384 Lublin** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów; 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR-BIS”, Tomasz Dewódzki, ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 3) „WOJAS” S.A., ul. ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 4) LZPS „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin; 5) SPWS im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia; 6) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. J., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn; z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Wincentego B., ul. Jaworskiego 7, 20-384 Lublin** na rzecz **Jednostki Wojskowej NR 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2396/11

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na dostawę trzewików letnich i roboczych (zadanie nr 1) nr postępowania D/137/08/2011, zostało wszczęte przez Jednostkę Wojskową NR 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 161-265869 z 24.08.2011 r.

W dniu 28.10.2011 r. (faxem) Jednostka Wojskowa NR 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa zwana dalej: „Zamawiającym” poinformowała o wyniku postępowania w zadaniu 1, tj. wyborze: Konsorcjum firm: 1) GREGOR S.A., ul. Tczewska 1A, 83-032 Pszczółki; 2) PPO Przedsiębiorstwo Państwowe, ul. Dworcowa 25, 47-100 Strzelce Opolskie z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Grzegorza S., ul. Tczewska 1B, 83-032 Pszczółki zwane dalej: „Konsorcjum GREGOR” albo „Przystępującym”. Drugą propozycje w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR”, Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów; 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR-BIS”, Tomasz Dewódzki, ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 3) „WOJAS” S.A., ul. ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ; 4) LZPS „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin; 5) SPWS im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia; 6) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. J., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn; z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Wincentego B., ul. Jaworskiego 7, 20-384 Lublin zwane dalej: „Konsorcjum DEMAR” albo „Odwołującym”.

W dniu 07.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Konsorcjum DEMAR na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 i w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.11.2011 r. (faxem). Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegających na: a) błędnej ocenie oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum GREGOR, w sytuacji zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia konsorcjum GREGOR z powodu braku spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust.4 Pzp; b) przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust.1 Pzp. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) wykluczenie z postępowania wykonawcy konsorcjum GREGOR i tym samym odrzucenie jego oferty; 3) powtórzenie czynności badania ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej .

Odwołujący przywołał postanowienia pkt 1.2. Rozdz. V SIWZ, pkt 2 Rozdz. VI SIWZ. Ponadto, powołał się na doprecyzowanie na końcu pkt 2 - „Uwaga” oraz w pkt 1 uwag do zał. 4. Uznał, iż dla Zamawiającego spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a w szczególności dotyczącego wykonania dostaw, było na tyle istotne, że nie poprzestał on tylko na określeniu, iż mają to być dostawy odpowiadające rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, ale dodatkowo, co podkreślił, zdefiniował on, co przez to sformułowanie rozumie. Dla oceny więc spełniania wymogów w tym zakresie, istotne przede wszystkim było stwierdzenie i identyfikacja przedmiotu zamówienia pod kątem jego przeznaczenia i funkcji, a następnie ocena, czy przedmiot i funkcja przedmiotów, co do których wykonawca przedstawia wykaz jest z tym przedmiotem tożsama, czyli mu odpowiada.

W świetle SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa trzewików letnich i roboczych. Biorąc pod uwagę, której części zamówienia dotyczy odwołanie, dalsze rozważania dotyczyć będą trzewików letnich. Zał. 1 do SIWZ precyzuje warunki techniczne przedmiotu zamówienia. Tu wskazuje się, że przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania określone w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej nr 926/MON. Dokumentacja ta stanowi zał. 6 do SIWZ i jest jednocześnie wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. W pkt 2 tego dokumentu w sposób jednoznaczny opisano funkcję i przeznaczenie przedmiotu zamówienia (*pkt. 2 cyt: „Trzewiki Letnie - wzór 926/MON przeznaczone są do użytkowania w okresie wiosenno-letnim, wykonane są ze skóry bydlęcej wodoodpornej w kolorze czarnym w połączeniu z tkaniną poliamidową typu „Cordura”..... W obuwiu zastosowano dwuwarstwowy laminat membrany paroprzepuszczalnej wykonanej na bazie PU z dzianiną poliestrową, wprasowany termicznie bezpośrednio na wewnętrznej powierzchni cholewki Obuwie montowane jest systemem bezpośredniego wtrysku podsuwki poliuretanowej z zastosowaniem podeszwy gumowej o wysokim urzeźbieniu.... ”*).

W tym kontekście za dostawę tego samego rodzaju, a więc dostawę o przeznaczeniu tożsamym z przedmiotem zamówienia, uznać należało dostawę trzewików letnich, spełniających funkcje ochrony stopy przed działaniem zewnętrznym wody, błota (wodoodpornych) , zapewniających wymagany mikroklimat wnętrza obuwia i wyposażonych w membranę paroprzepuszczalną. Takie rozumienie pojęcia dostaw tego samego rodzaju jak przedstawione potwierdza opinia Instytutu Przemysłu Skórzanego w Łodzi Oddział w Krakowie z dnia 03.11.2011 r., którą załączam do odwołania.

Przedmiotem załączonego do oferty konsorcjum GREGOR wykazu dostaw i referencji są trzewiki montowane systemem bezpośredniego wtrysku poliuretanu. W przedmiotowym dokumencie, ale także w żadnym innym złożonym do postępowania, Wykonawca konsorcjum GREGOR nie przedstawia informacji o przeznaczeniu i funkcji tych trzewików. Czy w tej sytuacji, uznać można bezkrytycznie, że mamy do czynienia z dostawami tego samego rodzaju, czyli o tożsamym przeznaczeniu i funkcji. W mojej ocenie, do takiego wniosku nie sposób dojść. Nie ma, w ocenie Odwołującego się, żadnych wątpliwości, że załączony przez konsorcjum GREGOR wykaz dostaw i referencje nie spełniają wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia. Ponadto trzewiki objęte wykazem dostaw i referencje załączone do oferty konsorcjum GREGOR dotyczą zupełnie innego obuwia, o zupełnie innej funkcji i przeznaczeniu. A mianowicie są to trzewiki robocze, których funkcją jest ochrona pracownika w miejscu pracy. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że powołany wykaz dostaw został złożony przez członka konsorcjum GREGOR firmę PPO Przedsiębiorstwo Państwowe, producenta obuwia roboczego. Podmiot ten nie produkuje obuwia o funkcji i przeznaczeniu tożsamym z przedmiotem zamówienia, lecz działa na rynku BHP. Powyższe potwierdzają załączone do wykazu dostaw referencje od „ROBOD” S.A.- podmiotu specjalizującego się w produkcji i sprzedaży artykułów BHP.

Zamawiający zwrócił się do konsorcjum GREGOR z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Konsorcjum GREGOR w piśmie z dnia 21.10.2011 r. nie udzieliło odpowiedzi dotyczącej tożsamości funkcji i przeznaczenia przedstawionych w wykazie dostaw trzewików. Całe pismo sprowadza się do „*luźnej polemiki*” całkowicie niezwiązanej z tematem wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego się, konsorcjum GREGOR nie udzieliło odpowiedzi, ponieważ przedmiot wykazu dostaw nie spełnia warunków Zamawiającego. Odwołujący nie ma żadnych wątpliwości, że załączony przez konsorcjum GREGOR wykaz dostaw i referencje nie spełniają postawionych wymogów. W tej sytuacji wykonawca konsorcjum GREGOR winien zostać wykluczony z postępowania w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp), a jego ofertę należy traktować jako odrzuconą, zgodnie z art. 24 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 07.11.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum GREGOR zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący wskazał, że spełnia warunek w zakresie niezbędnej wiedzy

i doświadczenia ponieważ według przedstawionych referencji członkowie konsorcjum realizowali dostawy przedmiotów o takim samym przeznaczeniu i funkcji jak określony przez Zamawiającego przedmiot niniejszego zamówienia i były to trzewiki. Trzewiki będące przedmiotem postępowania są to trzewiki o przeznaczeniu do użytkowania w okresie wiosenno-letnim, których funkcją jest ochrona stóp użytkownika i zapewnienie im optymalnych parametrów mających wpływ na komfort użytkowania w różnych środowiskach i warunkach w tym również mokrych i wilgotnych. Takie właśnie trzewiki są przedstawione w referencji firmy ROBOD S.A. Odwołujący przywołuje w swoim piśmie tożsamość parametrów technicznych, których „WDTT - trzewik letni wzór 926/MON” przywołuje bardzo wiele, a nie tożsamość funkcji i przeznaczenia. Gdyby zamawiający chciał sprawdzić doświadczenie dostawcy w produkcji butów z membraną czy spełniających jakiegokolwiek inny parametr z wyżej wymienioną WDTT prosiłby o referencje w takim szczegółowym zakresie.

Podkreślił, że pismem z dnia 04.10.2011 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum GREGOR o wskazanie potwierdzenia, że oferowane przez tego Wykonawcę trzewiki będą wytwarzane zgodnie z wymaganą technologią. W odpowiedzi Konsorcjum GREGOR podało, że trzewiki letnie wzór 926/MON będą wykonane zgodnie z obowiązującą Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną i że Konsorcjum posiada technologię do wytwarzania trzewików z membraną paroprzepuszczalną na podeszwach z gumy olejoodpornej typu „Wibram”, Potwierdzeniem powyższego jest uzyskanie certyfikacji dla wzoru w Wojskowym Ośrodku Badawczo-Wdrożeniowym w Łodzi, a wzór otrzymał numer 926/MON, co zostało przedstawione Zamawiającemu. Natomiast wiadomością powszechną, dostępna w internecie na stronie PPO pp w Strzelcach Opolskich, jest informacja o materiałach stosowanych przez przedsiębiorstwo. Są to materiały najwyższej jakości, m.in. taki jak przywołany przez Wnoszącego odwołanie materiał poliamidowy *Cordura*, czy wodoodprna paroprzepuszczalna membrana stosowana na podszewki. Ponadto zasadna jest analiza zapisów oferty oraz SIWZ w kontekście postawionych zarzutów. Z formularza oferty wynika, że Zamawiający wymaga od wykonawcy dostawy trzewików letnich i roboczych według wymagań określonych w SIWZ. W SIWZ podano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w zał. 1 do SIWZ. W tym załączniku w zadaniu nr 1 pkt 7 podano, że dostarczony przedmiot musi spełniać wymagania określone w WDTT nr 926/MON. W przywołanej Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej nr 926/MON w pkt 3.5 są określone wymagania dla membrany paroprzepuszczalnej - PU. Z treści formularza oferty, złożonej przez Konsorcjum GREGOR wynika, że Konsorcjum to oferuje dostawy które pozostają w zgodności z opisem przedmiotu zamówienia (str. 2 oferty) Potwierdzeniem prawdziwości powyższego oświadczenia jest powyżej przywołana i przedłożona Zamawiającemu przez Konsorcjum GREGOR w toku całego postępowania dokumentacja w postaci wyjaśnień oraz certyfikatów.

Buty opisane w referencji złożonej przez Konsorcjum GREGOR były wszystkie wykonane metodą wtrysku. Każda z maszyn posiadanych przez Konsorcjum GREGOR jest w stanie wykonać obuwie zgodne z zamówieniem gdyż jest to mniej zaawansowana technologia niż technologie bezpośredniego wtrysku gumy i poliuretanu PU/Guma, czy bezpośredniego dwustopniowego wtrysku gumy Guma/Guma, które PPO pp również posiada. PPO jest największym producentem obuwia wykonanego metodą wtrysku w Polsce i 100% jego produkcji jest wykonywanej w tej technologii. Ponadto, w odniesieniu do zarzutu, że referencje dotyczą obuwia roboczego należy zaznaczyć, że PPO pp w Strzelcach Opolskich nie produkuje obuwia roboczego, a obuwiu specjalistyczne (specjalne) bezpieczne i zawodowe. Funkcja obuwia roboczego ogranicza się wyłącznie do ochrony pracownika przed zabrudzeniami - PPO Przedsiębiorstwo Państwowe takiego obuwia nie produkuje.

Obuwiiu bezpiecznemu i zawodowemu stawia się szereg wymagań określonych w normach europejskich. Metody badań dla tego obuwia precyzuje norma PN-EN 20344, czyli ta sama norma na którą powołuje się Zamawiający w Wojskowej Dokumentacji Techniczno Technologicznej, określając wymagania dla kluczowych elementów Trzewików letnich, mających wpływ na długość ich użytkowania i funkcjonalność: a) wytrzymałość połączenia spodu z wierzchem, b) wytrzymałość połączenia między warstwami spodu, c) odporność na działanie oleju napędowego, d) przepuszczalność pary wodnej i współczynnik pary wodnej (w WDTT- dla membrany i tkaniny poliamdowej).

PPO pp wykonuje także trzewiki z membraną paroprzepuszczalną i z materiałami poliamidowymi (Cordura). Odwołujący twierdzi, że funkcją obuwia produkowanego przez PPO pp jest ochrona pracownika, istotnie tak jest, ale obuwiu to poza cechami ochronnymi musi spełniać wymagania dotyczące zapewniania optymalnych parametrów mających wpływ na komfort użytkowania obuwia (higiena, wygoda) w różnych środowiskach pracy w tym również mokrych i wilgotnych. Eksponowana przez odwołującego funkcja ochrony stopy przed działaniem wody, błotem nie jest wymaganiem wyjątkowym, jest jednym z wymagań które producent obuwia bezpiecznego i zawodowego musi spełnić. Stopień ochrony w tym zakresie może być różny w zależności od zastosowanych materiałów i technologii.

W odniesieniu do opinii Oddziału Instytutu Przemysłu Skórzanego w Łodzi z 03.11.2011 r. Konsorcjum GREGOR oświadcza, że jest ona zbędna w niniejszym postępowaniu. Niezadane jest bowiem definiowanie przez Instytut zapisów SIWZ, skoro uczynił to Zamawiający. Kuriozalnym byłoby przeprowadzenie dowodu na opinii Instytutu okoliczność definiowania pojęć z SIWZ, skoro autorem i interpretatorem SIWZ jest Zamawiający. Produkt oferowany przez Konsorcjum GREGOR jest zgodny z wymaganiami SIWZ, jak i z opisaną w powyżej przywołanej opinii Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną wzór 926/MON. Potwierdzeniem powyższego jest certyfikat z dnia 19.07.2011 r., złożony Zamawiającemu przez Konsorcjum GREGOR w wyniku wyjaśnień.

Nieprawdą jest, iż referencje dotyczą zupełnie innego obuwia niż wymaga tego Zamawiający. Referencje miały według treści SIWZ dotyczyć dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia (str. 3 SIWZ). Za dostawę tego samego rodzaju Zamawiający miał uznać dostawę przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia (str. 5 SIWZ).

W tym kontekście podkreślił, iż podobnych sformułowań używa się w orzecznictwie i w doktrynie. Wyrok KIO z dnia 19.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 428/08 oraz Komentarz, Prawo zamówień publicznych, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, LEX, 2007, wyd. III.

Konsorcjum GREGOR jest zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia, co zostało należycie wykazane w toku postępowania. W konsekwencji należy uznać, że powyżej omówione jak i pozostałe zarzuty podniesione przez Wnoszącego odwołanie są niezasadne. W tej sytuacji nie powinno bowiem dojść do odrzucenia oferty Konsorcjum firm GREGOR, ani też nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Wobec tego działanie Zamawiającego było prawidłowe i słuszne.

W odwołaniu podano, że interes prawny Wnoszącego odwołanie polega na tym, że w przypadku gdyby odrzucono ofertę Konsorcjum GREGOR, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe nie jest zgodne z prawdą, gdyż zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu z dnia 24.08.2011 r. Zamawiający w zadaniu nr 1 zamierzał przeznaczyć kwotę w wysokości 2.337.541,36 zł netto. Zgodnie z treścią informacji o wynikach postępowania z dnia 28.10.2011 r. Konsorcjum GREGOR przedstawiło ofertę w zadaniu nr 1 za cenę 2.286.746,00 zł netto, natomiast Wnoszący odwołanie zaoferował cenę 2.654.344,00 zł netto.

W tym stanie faktycznym należy stwierdzić, że cena oferty Wnoszącego odwołanie jest wyższa niż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia wobec czego oferta Wnoszącego odwołanie nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, nawet w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum GREGOR. W tym stanie faktycznym argumentacja przedstawiona na str. 3 odwołania w punkcie opisanym jako „wskazanie interesu prawnego” jest bezpodstawna.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ofertą Przystępującego, w tym załączonym wykazem dostaw i referencją z dnia 19.09.2011 r., pismem Odwołującego skierowanym do Zamawiającego z dnia

04.10.2011 r., wezwaniem do wyjaśnień skierowanym przez Zamawiającego do Przystępującego z dnia 04.10.2011 r., stosownymi wyjaśnieniami z dnia 07.10.2011 r. wraz z załącznikiem – dodatkowym potwierdzeniem w zakresie wykazanej dostawy i załączonej referencji /pismo z dnia 06.10.2011 r./, pismem Zamawiającego skierowanym do Odwołującego z dnia 06.10.2011 r., pismem Odwołującego skierowanym do Zamawiającego z dnia 13.10.2011 r., wezwaniem do wyjaśnień Przystępującego z dnia 19.10.2011 r. skierowanym przez Zamawiającego w zakresie zarzutów zawartych w piśmie z dnia 13.10.2011 r., stosownymi wyjaśnieniami z dnia 21.10.2011 r. wraz z załącznikiem – certyfikatem nr 926/MON z dnia 19.07.2011 r., odwołaniem wraz z załącznikiem – pismem Instytutu Przemysłu Skórzanego w Łodzi, przystąpieniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta była cenowo na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert w zadaniu 1, zaraz po ofercie najkorzystniejszej cenowo, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W tym zakresie, Izba nie odnosiła się do kwestii braku środków na wybór oferty Odwołującego i zaistnienia w takim wypadku konieczności unieważnienia postępowania w zakresie zadania 1, uznając że dotyczy to ewentualnych czynności przyszłych, które mogą być przedmiotem zaskarżenia za pomocą środków ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji konkursowej nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2396/11, ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, oferty Przystępującego, w tym załączonego wykazu dostaw i referencji z dnia 19.09.2011 r., pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego z dnia 04.10.2011 r., wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego z dnia 04.10.2011 r., stosownych wyjaśnień z dnia 07.10.2011 r. wraz z załącznikiem – dodatkowym potwierdzeniem w zakresie wykazanej dostawy i załączonej referencji /pismo z dnia 06.10.2011 r./, pisma Zamawiającego skierowanym do Odwołującego z dnia 06.10.2011 r., pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego z dnia 13.10.2011 r., wezwania do wyjaśnień Przystępującego z dnia 19.10.2011 r. skierowanego przez Zamawiającego w zakresie zarzutów zawartych w piśmie z dnia 13.10.2011 r., stosownymi wyjaśnieniami z dnia 21.10.2011 r. wraz z załącznikiem –

certyfikatem nr 926/MON z dnia 19.07.2011 r., odwołania, przystąpienia. Izba nie dopuściła jako dowodu załącznika do odwołania – pisma Instytutu Przemysłu Skórzanego w Łodzi, które stanowi opinie prywatna sporządzona jak wprost wynika z jej pierwszego zdania na zlecenie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w Sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że: *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa trzewików letnich i roboczych z podziałem na dwa zadania: -- zadanie nr1: dostawa trzewików letnich w ilości 9 548 par, -- zadanie nr 2: dostawa trzewików roboczych w ilości 323 pary”*. Zaś, w Rozdz. III pkt 2 /Opis przedmiotu zamówienia/ określił, że wymogi oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wyszczególniono w zał. nr 1 do SIWZ. Oferowany przedmiot zamówienia winien spełniać co najmniej funkcje i parametry przedstawione w zał. nr 1 do SIWZ - określone jako parametry graniczne. W jego ramach z kolei odwołano się Wojskowej Dokumentacji Techniczno Technologicznej (WDTT) nr 926/MON – zał. nr 6 do SIWZ.

W ramach ogłoszenia o zamówieniu – Sekcja II pkt 2.3 Zdolność techniczna Zamawiający stwierdził, że: *„Informacje i formalności konieczne do dokonywania oceny spełniania wymogów: Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączy dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. referencje. Uwaga ! Za dostawy tego samego rodzaju Zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów. Wartość każdej (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż: zadanie nr 1: 2 300 000,00 PLN, zadanie nr 2: 20 000,00 PLN”*. W Rozdz. V pkt 1.2. SIWZ, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W odniesieniu do warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, Zamawiający wskazał, że uzna wykazywane doświadczenie, jeżeli 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) dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączy dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. referencje. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia Zamawiający określił w Rozdz. VI pkt 2 SIWZ konieczność przedstawienia przez wykonawcę wykazu potwierdzającego, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonała w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - wykonywanych), należycie minimum jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem o wartości (wskazaną przez Zamawiającego w Rozdz. V, pkt. 1.2. SIWZ) dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączając dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie - np. referencje. Precyzując na końcu, że: *„Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.”* Uwaga ta została powtórzona jeszcze w pkt 1 uwag do załącznika nr 4 stanowiącego Wzór wykazu dostaw.

Przystępujący w ramach wykazu (str. 8-9 oferty) przedstawił doświadczenie, w dostawie której przedmiotem były trzewiki specjalne wykonane metodą bezpośredniego wtrysku, o wartości 5.538.804,82, data wykonania od 01.01.2011 r. do 18.08.2011 r. na rzecz odbiorcy ROBOD SA. Załączył referencje z dnia 19.09.2011 r. (str. 10 oferty) wystawione przez ROBOD SA na rzecz członka konsorcjum Przystępującego. Wskazuje się w jej ramach, iż członek konsorcjum Przystępującego jest największym dostawcą obuwia specjalistycznego produkowanego metodą bezpośredniego wtrysku, jak i stwierdza, że dokonano zakupów na łączną kwotę 13.541.648, 96 zł PLN (Trzewiki produkowane metodą bezpośredniego wtrysku poliuretanu, 01.01.2011 r. – 18.08.2011 r., - 5.538.804,82; 01.01.2011 r. do 31.12.2010 r. – 8.002.844,14 PLN).

W ramach pisma Odwołującego z dnia 04.10.2011 r. skierowanego do Zamawiającego z dnia 04.10.2011 r. wnosił niniejszy Wykonawca, że wymaga wyjaśnienia, czy dostarczone do ROBOD buty są na spodach dwuwarstwowych PU-guma montowanych systemem bezpośredniego wtrysku i czy posiadają w cholewce membranę para przepuszczalną. Wymagał tego w jego ocenie zapis z wykazu dostaw zał. nr 4 pkt 1 (Uwaga!). Domagał się oświadczenia, że niniejsze obuwie wykonano w wykazywanym okresie na spodach dwuwarstwowych PU-guma z membraną para przepuszczalną. Wnosił o opis technologiczny i wykaz materiałów.

Zamawiający w ramach pisma z dnia 04.10.2011 r. wnosiło o podanie wartości poszczególnych umów w odniesieniu do wykazywanej dostawy, albowiem z treści załączonej referencji nie wynika, czy dostawa zamieszczona w wykazie była realizowana w ramach jednej, czy też kilku umów. Wnosił także o potwierdzenie w zakresie technologii w jakiej będzie realizowane jego zamówienie, czy będzie niniejsze zgodne z Wojskową Dokumentacją Techniczno Technologiczną (WDTT) nr 926/MON.

Przystępujący potwierdził ostatnią kwestię. Ponadto, udzielił szczegółowej odpowiedzi w postaci załącznika – dodatkowego potwierdzenia w zakresie wykazanej dostawy i załączonej referencji /pismo z dnia 06.10.2011 r./.

W ramach pisma Zamawiającego skierowanego do Odwołującego - z dnia 06.10.2011 r. wyjaśnił, że nie może żądać od Wykonawców złożenia innych dokumentów niż wymienione w SIWZ.

W zakresie pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego - z dnia 13.10.2011 r. zarzucił Odwołującemu poświadczenie nieprawdy odnośnie posiadania wymaganego sprzętu, nadto stwierdził, że złożonego wykazu dostaw i referencji wynika, że dotyczy przedmiotowe zamówienie obuwia, które nie jest tożsame z przedmiotem zamówienia, a więc jest produkowane metodą bezpośredniego wtrysku PU-guma z membraną para przepuszczalną. Zamawiający wezwał do wyjaśnień Przystępującego pismem z dnia 19.10.2011 r. w zakresie zarzutów zawartych w piśmie z dnia 13.10.2011 r.

Przystępujący udzielił stosownych wyjaśnień pismem z dnia 21.10.2011 r. wraz z załącznikiem – certyfikatem nr 926/MON z dnia 19.07.2011 r. W ich ramach jednoznacznie w pkt 3 przedmiotowego pisma potwierdził, że: *„spełnia warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia ponieważ według przedstawionych referencji członkowie konsorcjum realizowali dostawy przedmiotu o takim samym przeznaczeniu i funkcji jak określony przez Zamawiającego przedmiot niniejszego zamówienia”*. W ramach pkt 6 stwierdził z kolei, że: *„Buty opisane w referencji były wszystkie wykonane metodą wtrysku”, „(..) nie produkuje obuwia roboczego, a obuwie bezpieczne i zawodowe (specjalistyczne-specjalne) zgodne z wszystkimi wymaganymi normami”*. Załączono także wskazany certyfikat podpisany przez Zastępcę Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo-Wdrożeniowego Służby Mundurowej z dnia 19.07.2011 r.

W ramach odwołania załączono opinie Instytutu Przemysłu Skórzanego w Łodzi z dnia 03.11.2011 r. przedstawiające stanowisko tego Instytutu w zakresie rozumienia sformułowania: *„Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.”*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust.4 Pzp poprzez zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia konsorcjum GREGOR z powodu braku spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postanowienia ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja II pkt 2.3), jak i SIWZ (Rozdz. V pkt 1.2, czy też Rozdz. VI pkt 2) precyzują tylko i wyłącznie, co należy rozumieć przez dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Inaczej mówiąc doprecyzował tylko kwestie rozumienia rodzaju i wartości. W zakresie będącym przedmiotem spory Zamawiający określił, że: „ (...) za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawę przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”. Nie odnosił się natomiast, czy też nie łączył sformułowania: „tożsamej z przedmiotem zamówienia” z Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną, jak uczynił to w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący. W konsekwencji należy rozpatrywać postawiony warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia szeroko, tak jak potwierdził na rozprawie Zamawiający, tym bardziej, że nigdzie nie określono ściśle przeznaczenia i funkcji przedmiotów wykazywanej dostawy, co może świadczyć, że owe – przedmioty (nie wskazano wprost, że „buty/trzewiki”) – o przeznaczeniu i funkcji – tożsamej z przedmiotem zamówienia, to nie jakiegokolwiek przedmioty, lecz z uwagi na wskazywaną tożsamość – ni mniej ni więcej – buty (trzewiki) /funkcja przedmiotu/ letnie /przeznaczenie przedmiotu/.

Brak bowiem takiego, jak wskazywane na rozprawie przez Odwołującego powiązania wyrażonego – wprost (Izba nie dopuszcza „automatyzmu” w tym zakresie, który stanowi częsty błąd Wykonawców i Zamawiających) powoduje niemożność interpretacji postawionego warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia takiego, jak przedstawił na rozprawie Odwołujący. Działanie niniejsze byłoby interpretacją na niekorzyść Przystępującego, wskazanych wyżej postanowień SIWZ. Takie działanie jest w ocenie Izby niedopuszczalne. Wykonawcy nie mieli obowiązku w ramach złożonego wykazu i załączonych referencji przedstawiać informacji takich, jakich wymaga od nich Odwołujący, a które w żaden sposób nie zostały – wprost – wyspecyfikowane.

W następnej kolejności, Izba zauważa, że właściwości z których wywodzi Odwołujący określone przeznaczenie, a w szczególności funkcję są *de facto* oparte na opinii podmiotu trzeciego (Instytut Przemysłu Skórzanego w Łodzi). W tym zakresie, jedynym miarodajnym podmiotem był Zamawiający, jeżeli jak potwierdziła rozprawa, Odwołujący rozumiał sformułowany warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. w sposób bardziej restrykcyjny niż Zamawiający winien na etapie przed terminem składania ofert, niniejszą kwestie jednoznacznie ustalić. Tym bardziej, że fakt zwrócenia się o opinie do

podmiotu trzeciego (Instytutu Przemysłu Skórzanego w Łodzi) świadczy o tym, że sam Odwołujący miał wątpliwości w tym zakresie.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że jeżeli przyjąć argumentację Odwołującego: „w całości” doprowadziłoby to do sytuacji, że w szczególności funkcje należałoby utożsamić, że wszystkimi właściwościami z Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (nie tylko z wybranymi uznaniowo przez Odwołującego), co doprowadziłoby w prosty sposób do konieczności wykazania się na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Takie działanie byłoby niedopuszczalne, gdyż zasadniczo nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień, a z art. 22 ust. 4 Pzp wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego, czyli adekwatny, a nie tożsamy. Wobec powyższego, przy takim, jak wskazany, opisie sposobu oceny spełniania warunków, wystarczające jest wykazanie się przez uczestnika postępowania zamówieniem podobnym, porównywalnym, czy też o zbliżonym charakterze. Wykazane zadanie bezsprzecznie miało taki charakter, w żadnym postanowieniu SIWZ, nie ma jakiegokolwiek wzmianki o konieczności wykazania się dostawą butów/trzewików wykonanych w tej samej technologii, w jakiej zrealizowane będzie przedmiotowe zamówienia, ani o zakresie takiej informacji. Wykonawca potwierdził spełnianie wymaganego warunku stosownym oświadczeniem zawartym w ramach wykazu dostaw, jak i załączoną referencją, czy też udzielając wyjaśnień pismem z dnia 21.10.2011 r.: *„spełnia warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia ponieważ według przedstawionych referencji członkowie konsorcjum realizowali dostawy przedmiotu o takim samym przeznaczeniu i funkcji jak określony przez Zamawiającego przedmiot niniejszego zamówienia”*. Odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu w zakresie braku wykazania spełniania warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, Izba nie uznała za dowód opinii prywatnej Instytutu Przemysłu Skórzanego w Łodzi sporządzonej na jego zlecenie.

Nadto, Izba podziela argumentację Zamawiającego, że nie został sformułowany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, lecz pkt 4 Pzp, w konsekwencji brak było podstaw do negocjowania załączonego wykazu, referencji i udzielonych wyjaśnień z dnia 21.10.2011 r., jako zawierających informacje nieprawdziwe. Próba formułowania przez Odwołującego na rozprawie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznaje za spóźniony i nie podlegający rozpoznaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust.4 Pzp, Izba w konsekwencji nie uznała zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, tym bardziej, że nie wskazano w odwołaniu, jak i na rozprawie, w jaki sposób miało miejsce przedmiotowe naruszenie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....