

WYROK

z dnia 16 października 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2012 roku przez wykonawcę **J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe "IWO-HEST" J..... K..... z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową 4228 z siedzibą w Krakowie.**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego się wykonawcę **J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe "IWO-HEST" J..... K..... z siedzibą w Gliwicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **J..... K.....a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe "IWO-HEST" J..... K..... z siedzibą w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jacka Kurczycha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe "IWO-HEST" J..... K..... z siedzibą w Gliwicach** na rzecz **Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej 4228**

z siedzibą w Krakowie kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą 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 w **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu **3 października** 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. z 2010 r., Dz. U. nr 113, poz. 756 ze zmianami, zwana dalej „ustawą Pzp”), wpłynęło odwołanie złożone przez J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe „IWO-HEST” z siedzibą w Gliwicach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Jednostkę Wojskową nr 4228 w Krakowie.

Odwołanie wniesiono od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Dostawa futerałów i toreb na magazynki do broni strzeleckiej”, złożonej przez Konsorcjum firm P.P-H "POLSKÓR" B..... ST..... z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i HOLSTERS HPE POLSKA Grzegorz Szymański z siedzibą w Kielcach (zwane dalej „Konsorcjum”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w **dniu 27 września 2012 roku**.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim wyborem naruszył Istotne Warunki Zamówienia zawarte w załączniku nr 1 dotyczące wymagań eksploatacyjno-technicznych przedmiotu zamówienia (pkt 1 oraz pkt 2), a tym samym przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz zawarte w części V pkt 1 ust. 2 Warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wymagań eksploatacyjno-technicznych t.j.:

1. Części zamienne do uzbrojenia strzeleckiego i optyki - futerały i torby na magazynki, wykonane zgodnie z aktualną Dokumentacją Techniczną do produkcji seryjnej, bądź w oparciu o aktualną kartę katalogową wprowadzonego lub użytkowanego w SZ UiSW, zatwierdzoną przez właściwą komórkę organizacyjną MON;
2. Części zamienne do wyposażenia indywidualnego (futurały i torby) wykonane zgodnie z Dokumentacją Techniczną zatwierdzoną orzeczeniem właściwej instytucji wojskowej w sprawie zatwierdzenia do produkcji seryjnej Dokumentacji Technicznej na podstawie Decyzji Nr 58/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 09.03.2005 r. w sprawie określenia kompetencji organów wojskowych w zakresie zatwierdzania Dokumentacji Technicznej na uzbrojenie i sprzęt wojskowy lub Decyzji Nr 184/MON Ministra Obrony

Narodowej z dnia 16.11.1995 r. w sprawie określenia kompetencji organów wojskowych w zakresie opracowania i zatwierdzania Dokumentacji Technicznej wyrobów i urządzeń techniki wojskowej obowiązująca do 2005 roku (do chwili wejścia w życie Decyzji Nr 58/MON z 2005r).

W ocenie Odwołującego wybrane przez Zamawiającego do realizacji zamówienia Konsorcjum nie spełnia wyżej wymienionych wymagań, nie posiada niezbędnej Dokumentacji Technicznej będącej podstawą do wykonania i odbioru zadania.

Dowodem na to jest:

1. Wniosek dotyczący wyjaśnienia treści SIWZ złożony przez Konsorcjum, na który Jednostka Wojskowa Nr 4228 udzieliła informacji pismem z dnia 16 sierpnia 2012 roku;
2. Odwołanie P.P-H "POLSKÓR" złożone do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2012 r.
3. Pismo P.P-H "POLSKÓR" skierowane do firmy Odwołującego o udostępnienie posiadanej przeze niego Dokumentacji Technicznej będącej podstawą wykonania zamówienia.

W V części pkt 1 ust.2 SIWZ określono jako warunek udziału w postępowaniu odnośnie posiadania wiedzy i doświadczenia wskazując na obowiązek wykazania się w szczególności należyтым wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie dwóch dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 PLN brutto (suma dla dwóch dostaw). Natomiast w części VII A pkt 3 oraz pkt 4 SIWZ określono, iż w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty:

- wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców.
- dokumenty potwierdzające, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należyście.

Konsorcjum potwierdzając realizację dostaw przedstawiło dostawy futerałów do innego rodzaju broni niż w specyfikacji, których struktura materiału i wzór przedmiotowych futerałów w dużym stopniu odbiega od zamawianych przez wojsko. Dowodem na to, że firma nie spełnia wyżej wymienionych warunków jest pismo z dnia 12 września 2012 roku Szefa Wydziału Technicznego Jednostki Wojskowej nr 4228 oraz pismo z dnia 30 sierpnia

2012 roku Szefa Służby Uzbrojenia i Elektroniki. Zamawiający w toku prowadzonego postępowania otrzymał szereg niepokojących informacji z różnych źródeł podważających rzetelność i wiarygodność Konsorcjum. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 21 września 2012 roku wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń zawartych w ofercie.

W odpowiedzi Konsorcjum w dniu 25 września 2012 roku wystosowało pismo, które w ocenie Odwoływającego absolutnie nie wyjaśnia i nie dokumentuje warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Złożone wyjaśnienia nie są poparte żadną dokumentacją, zgodnie z którą oferent byłby w stanie wykonać zamówienie i na podstawie której można by dokonać jego odbioru. Tym samym oferent świadomie naruszył art. 44 ustawy Pzp nie spełniając warunków w postępowaniu. Pomimo tak lakonicznych wyjaśnień oraz mając wiedzę o naruszeniu w/w ustawy przez oferenta Komisja Przetargowa Jednostki Wojskowej 4228 uznała jego argumentację za wystarczającą i wybrała jego ofertę jako najkorzystniejszą, mając świadomość w świetle przedstawionych dokumentów, że Konsorcjum nie jest w stanie wykonać prawidłowo zamówionych futerałów, co nosi znamiona działania Zamawiającego na szkodę Sił Zbrojnych.

Reasumując Odwoływający zaznaczył, że oferta złożona przez Konsorcjum nie spełniała wymaganych kryteriów i winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ i ustawą w momencie badania ofert pod kątem wymogów tej ustawy i specyfikacji.

Odwoływający wnosił o unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w dniu 02 października 2012 roku przesłał Zamawiającemu kopię odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, na rozprawie wnosił o jego oddalenie w całości. Podniósł, że Odwoływający się w żaden sposób nie uprawdopodobnił, podniesionych w odwołaniu zarzutów, a jedynym uzasadnieniem wniesionego odwołania jest jego subiektywne przekonanie, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Odwoływający się, choć nie wyartykułował wprost powyższego zarzutu, to jednak w uzasadnieniu odwołania zarzucił, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie posiada niezbędnej dokumentacji technicznej do wykonania zamówienia. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w cz. V SIWZ i wśród nich nie było wymogu posiadania jakiegokolwiek dokumentacji technicznej. Z kolei w załączniku nr 1 do SIWZ tzw. wymaganiach eksploatacyjno- technicznych, Zamawiający wymagał jedynie żeby przedmiot zamówienia był „ wykonany zgodnie z aktualną dokumentacją techniczną do produkcji seryjnej, bądź w oparciu o aktualną kartę katalogową

wprowadzonego lub użytkowanego w SZ UiSW zatwierdzona przez właściwą komórkę organizacyjną MON". Z kolei punkt 2 owego załącznika precyzował o jaką dokumentację techniczną do produkcji seryjnej chodzi. Tak więc żaden z zapisów SIWZ ani stanowiących jej integralną część załączników, nie zawierał zapisu, że wykonawca jest obowiązany posiadać takową dokumentację, cokolwiek miałyby to oznaczać. Co więcej, żądanie przez Zamawiającego dołączenia do oferty takowej dokumentacji byłoby sprzeczne z zapisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Powyższe rozporządzenie zawiera bowiem zamknięty katalog dokumentów, których przedłożenia może żądać Zamawiający od Wykonawców. Wobec powyższego, skoro Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy przedłożenia jakiegokolwiek dokumentacji Technicznej to oczywistym jest, że jej nieprzedłożenie przez de facto żadnego z wykonawców, w tym także przez Odwołującego się nie może stanowić i nie stanowi podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że zdaniem Odwołującego się owo konsorcjum nic spełniło stawianego przez Zamawiającego wymogu doświadczenia. Powyższy zarzut jest całkowicie błędny i nieuzasadniony i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że zgodnie z wymogami SIWZ, Zamawiający w celu wykazania, że wykonawca jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia żądał dostarczenia „wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto wraz z dokumentami potwierdzającymi, że owe dostawy zostały wykonane należycie" (cz. VII A pkt 3 i 4 SIWZ). Z kolei zapis z cz. V pkt 2 SIWZ o treści „posiadania wiedzy i doświadczenia - w szczególności należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert **dwóch dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia** o wartości nie mniejszej aniżeli 500 000,00 zł brutto (suma 2 dostaw) precyzował jakie dokładnie wymagania mają spełniać owe dostawy. W niniejszej sprawie bezspornym jest, że wykonawca przedłożył wykaz dostaw na kwotę odpowiadającą wartości żądanej przez Zamawiającego, jednakże w ocenie Odwołującego się, owe dostawy nie odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Powyższe rozumowanie jest błędne.

Zamawiający podkreśla, że zamówienie zostało określone jako dostawa futerałów i toreb na magazynki do broni strzeleckiej. Taki też tytuł nosi SIWZ. W tym miejscu Zamawiający jedynie z najwyższej ostrożności wyjaśnia, że pojęcia futerał i kabura są

synonimami. Kabura to nic innego jak rodzaj futerału czy pokrowca przeznaczonego do noszenia broni. Następnie w cz. III SIWZ Zamawiający wyraźnie określił, że „przedmiotem zamówienia jest dostawa futerałów i toreb na magazynki do broni strzeleckiej”. Co więcej także w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w pkt III określił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa futerałów i toreb na magazynki. Wobec powyższego, przedłożenie przez wykonawcę wykazu dostaw na kabury do broni strzeleckiej wraz z referencjami potwierdzającymi ich prawidłowe wykonanie w ocenie Zamawiającego jest właśnie dowodem na to, że owe 2 zrealizowane dostawy, wymienione w owym wykazie, odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia a także, że zostały wykonane należyście. Kwestia tego, jakie dostawy odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, była już wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W tym miejscu Zamawiający odwołał się do orzecznictwa KIO, w tym do wyroku KIO z dnia 6 grudnia 2011 roku - sygn. akt KIO 2543/11; wyroku KIO z dnia 5 stycznia 2011 roku - sygn. akt KIO 2749/11. Podkreślić należy, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający ograniczył się jedynie do opisu, że dostawy mają „odpowiadać rodzajem przedmiotowi zamówienia”, nic precyzując jednakże jakie dostawy uzna za odpowiadające, a jakie w jego ocenie nie będą uznane za równoważne, poza jedną kwestią - określił wartość owych dostaw. Skoro zatem Zamawiający nie określił w SIWZ, że za równoważne uzna jedynie te dostawy, które będą dotyczyły identycznych futerałów jak asortyment wymieniony w tabelce z pkt III STWZ, to oczywistym jest, że intencją Zamawiającego nie było wykluczenie z udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, które takowych wymogów nie spełniają. Co więcej, gdyby Zamawiający zawarł w SIWZ informację, że za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia uzna tylko takie, które spełniają łącznie wszystkie wymogi opisane w tabelce, to w rzeczywistości doprowadziłby do tego, że żądałby de facto zrealizowaniu dostaw tożsamych, jeżeli nawet nie identycznych jak przedmiot zamówienia, czego zgodnie zaś z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, czynić mu nie wolno. Ponadto w ten sposób doprowadziłby do takiej sytuacji, że wyeliminowałby z rynku zdecydowaną większość dostawców, ograniczając tym samym w sposób nieuprawniony uczciwą konkurencję w zasadzie do jednej firmy a mianowicie Odwołującego się.

Z najwyższej ostrożności procesowej Zamawiający podniósł (za Izbą - wyrok z dnia 27 lutego 2012 roku - sygn. akt KIO 218/12), że *„Niejasne, niejednoznaczne czy pozwalające na różną wykładnię postanowienia SIWZ muszą być interpretowane na korzyść wykonawców. Gospodarzem postępowania jest zamawiający, wykonawcy działają w zaufaniu do niego i nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nie dość precyzyjnego ustalenia treści SIWZ.”*

W świetle powołanego powyżej orzecznictwa, w ocenie Zamawiającego o tym, czy dana dostawa jest dostawą odpowiadającą przedmiotowi zamówienia decyduje możliwość porównania tych dostaw. W ocenie Zamawiającego zaś, owe dostawy nadają się do porównania. Wszystkie bowiem dostawy dotyczą tego samego rodzaju broni a mianowicie broni strzeleckiej. Porównanie będzie zaś następować według kryterium wartości zrealizowanych zamówień.

Zamawiający jedynie z najwyższej ostrożności procesowej podnosi, że wbrew twierdzeniom Odwołującego się, jego firma nie jest jedyną, która posiada zatwierdzoną dokumentację do produkcji seryjnej. Taką dokumentację posiada przykładowo tylko wskazując firma NOMA. Kwestia, że wykonawca zwrócił się do Odwołującego się o udostępnienie mu dokumentacji nie ma w niniejszej sprawie żadnego znaczenia. Wykonawca w swoim piśmie wyjaśnił z jakich przyczyn zwracał się o jej udostępnienie. Ponadto wykonawca potwierdził także, że posiada wiedzę, o tym, że poza firmą Odwołującego się istnieją także inne podmioty, których dokumentacja została zatwierdzona do produkcji seryjnej.

Jedynie z najwyższej ostrożności procesowej, albowiem ów zarzut nie został wprost wyartykułowany w treści odwołania, Zamawiający podnosi, że choć Odwołujący zarzuca wykonawcy, że złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie tego, że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, to jednakże nie przytacza na tę okoliczność żadnych konkretnych dowodów. Zarzut, zaś winien być skonkretyzowany, powinno z niego jasno wynikać na czym polega. Zamawiający podnosi także, że skoro Odwołujący się w pewnym sensie w niniejszym postępowaniu zarzut złożenia przez innego wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia, to zgodnie z regułą z art. 6 kc, to Odwołującego się obciąża obowiązek udowodnienia prawdziwości zgłoszonego zarzutu. Powyższą zasadę można także wywieść z wyroku Izby z dnia 18 stycznia 2012 roku - sygn. akt KIO 40/12. Odwołujący się powyższego wymogu nie spełnił. Reasumując, skoro to Odwołujący się zarzuca, że oferta innego Wykonawcy zawiera nieprawdziwe dane, to winien to wykazać w odwołaniu. Tymczasem twierdzenia Odwołującego się w tym zakresie sprowadzają się w zasadzie jedynie do stwierdzenia, że skoro odmówił on wykonawcy udostępnienia swojej dokumentacji, to wykonawca nie będzie miał możliwości zrealizowania zamówienia. Skoro zatem odwołanie nie zawiera dowodów, z których jednoznacznie wynikałoby, że twierdzenia Odwołującego się w tym zakresie są uzasadnione, a Izba jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, więc winno być ono oddalone jako bezzasadne.

Strony na rozprawie podtrzymały stanowiska przedstawione pisemnie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone w postępowaniu wraz z ich uzupełnieniem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający w SIWZ postawił wymaganie, iż, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia – wykażą się należytych wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dwóch dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto (suma dla dwóch dostaw). W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców.

Przedmiotem zamówienia jest **dostawa futerałów i toreb na magazynki do broni strzeleckiej** w ilościach określonych w odpowiednich załącznikach do SIWZ. Parametry jakościowe, eksploatacyjne, wymiary, wymagany okres gwarancji, sposób odbioru gotowych wyrobów oraz inne warunki związane z przedmiotem zamówienia, zostały określone w załączniku nr 1 do SIWZ – WET. W zakresie przedmiotu zamówienia:

1) Części zamienne do uzbrojenia strzeleckiego i optyki – futerały i torby na magazynki, wykonane mają być zgodnie z aktualną dokumentacją techniczną do produkcji seryjnej, bądź

w oparciu o aktualną kartę katalogową wprowadzonego lub użytkowanego w SZ UiSW, zatwierdzoną przez właściwą komórkę organizacyjną MON.

2) Części zamienne do wyposażenia indywidualnego (futurały i torby) wykonane mają być zgodnie z dokumentacją techniczną:

– Zatwierdzoną orzeczeniem właściwej instytucji wojskowej w sprawie zatwierdzenia do produkcji seryjnej dokumentacji technicznej na podstawie *Decyzji nr 58/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 9.03.2005 r. w sprawie określenia kompetencji organów wojskowych w zakresie zatwierdzania dokumentacji technicznej na uzbrojenie i sprzęt wojskowy* lub *Decyzji nr 184/MON Ministra Obrony Narodowej z 16.11.1995 r. w sprawie określenia kompetencji organów wojskowych w zakresie opracowywania i zatwierdzania dokumentacji technicznej wyrobów i urządzeń techniki wojskowej obowiązująca do 2005 roku (do chwili wejścia w życie decyzji nr 58/MON z 2005 r.)*

– Dopuszczoną orzeczeniem z testów prowadzonych na podstawie *Decyzji nr 28/MON Ministra Obrony Narodowej z 07.02.2011 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania uzbrojenia i sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych RP.*

W ofercie Konsorcjum uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wymieniając następujące dostawy: dostawę kabur dla Fabryki Broni „Łucznicz” zrealizowaną w okresie 20.05.2010-10.11.2010 oraz dostawę kabur dla Fabryki Broni „Łucznicz” w okresie 05.11.2010-05.11.2010.

Zamawiający w dniu 21 września 2012 roku, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów - wykazu dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. Wskazano, że wykonawca wykazał dostawę kabur do innego rodzaju broni niż wykazany w specyfikacji. Z opisu kabur do określonego pistoletu wynika, że kabury zalecane są w szczególności dla funkcjonariuszy policji, agencji rządowych, służb cywilnych, żandarmerii oraz pracowników prywatnych agencji ochrony. Ponadto zauważono, że kabury te wykonane są z materiału „kydex”, struktura tego materiału zaś, jak i wzór kabur w dużym stopniu odbiega od wzoru i materiału, z którego wykonane są futerały udowe wykorzystywane przez jednostki wojskowe.

Ponadto, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W wezwaniu Zamawiający odwołał się do załącznika nr 1 do SIWZ (pkt 1 ppkt 2) oraz postanowień wzoru umowy (§ 6 ust. 1 i §

7 ust. 2). Zamawiający powołał się na otrzymywane do innych wykonawców informacje i stwierdził, że powziął on wątpliwości czy Konsorcjum spełnia warunki niezbędne do dokonania odbioru technicznego gotowych wyrobów. Dlatego wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących wymienionych oświadczeń.

Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, w których wskazało, że Zamawiający w SIWZ określił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa futerałów i toreb na magazynki do broni strzeleckiej, przywołano także brzmienie warunku i dokumenty wymagane na potwierdzenie jego spełniania. W dalszej części wyjaśnień podniesiono, że Zamawiający nigdzie w SIWZ nie sprecyzował żądania, że kabury (futurały) odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia to kabury do rodzajów broni wskazanych w SIWZ. Przedstawione przez wykonawcę w wykazie dostawy dotyczą dostaw futerałów, więc odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem wykonawcy wykaz nie zawiera błędów i nie musi być uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto wskazano, że nie jest istotne kto będzie używał kabury, nie jest również istotne z jakiego materiału są one wykonane. Dostawy mają potwierdzać wiedzę i doświadczenie w produkcji kabur (futurałów) do broni.

Odnosnie wezwania do wyjaśnień w zakresie niezbędnych oświadczeń, wykonawca zaznaczył, że zgodnie z zapisami SIWZ, części zamienne do uzbrojenia strzeleckiego i optyki powinny być wykonane zgodnie z aktualną dokumentacją techniczną do produkcji seryjnej bądź w oparciu o aktualną kartę katalogową (...). Wystąpienie o powyższe dokumenty do wykonawców, czy też odpowiednich organów nie jest jednoznaczne z faktem złożenia przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji. Zamówienie (...) ma być wykonane zgodnie z aktualną dokumentacją techniczną. Dokumentacja należąca do innego wykonawcy jest jawna, nie podlega ochronie praw patentowych więc zamówienie może być wykonane przez każdego kto posiada wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Konsorcjum zaznaczyło, iż Zamawiający nie żąda wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentacji określonej firmy ale zgodnie z dokumentacją zatwierdzoną do produkcji seryjnej na podstawie określonych przepisów. Konsorcjum zauważyło, że wiedza Zamawiającego nie jest pełna, ponieważ na rynku są inne podmioty posiadające zatwierdzoną dokumentację do produkcji seryjnej.

W dniu 27 września 2012 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, wybierając do realizacji zamówienia ofertę konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Polskór” z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i „HOLSTERS” HPE z siedzibą w Kielcach.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Wdrożeniowo-Produkcyjne „IWO-HEST” J..... K..... z siedzibą w Gliwicach.

Biorąc pod uwagę ustalony stan sprawy, dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający wyraźnie postawił wymaganie, by dostawy, jakimi wykazywać się będzie wykonawca, miały charakter odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Oznacza to tyle, że przedmiot tych dostaw musi – co do ich rodzaju – być zgodny z przedmiotem zamówienia. Jakkolwiek zauważyć należy, że co do zasady wskazane jest, aby Zamawiający dokonał konkretyzacji stawianego warunku udziału w postępowaniu, dokonując jego opisu, a nie odsyłając w sposób blankietowy do przedmiotu zamówienia, to jednak w razie ogólnego wskazania, że zakres doświadczenia wykonawcy należy odnosić do dostaw, których przedmiot odpowiada przedmiotowi zamówienia, właśnie opis i zakres przedmiotu zamówienia wyznacza wymagane od wykonawcy doświadczenie.

Jeśli przedmiotem zamówienia jest dostawa futerałów i toreb na magazynki do broni strzeleckiej, to za odpowiadające rodzajem do tak opisanego przedmiotu zamówienia można uznać także kabury do określonego rodzaju broni (nawet innego niż ten opisany w SIWZ). O ile można prowadzić rozważania, czy w przedmiotowej sytuacji chodzi o to, by dostawy miały za przedmiot konkretny rodzaj futerałów pasujący do wymienionej w opisie przedmiotu zamówienia broni strzeleckiej, następnie czy mogą to być w ogóle futerały, czy futerały do konkretnego typu czy modelu broni, to z całą pewnością przedmiot dostawy, w świetle treści postawionego warunku, musi obejmować dostawę szeroko rozumianych pokrowców na broń. To odniesienie, opisanie stanowi o rodzajowości danego zamówienia. Za Zamawiającym powtórzyć należy natomiast, że pojęcia futerał i kabura są synonimami.

Odwołujący wskazał w złożonym wraz z ofertą wykazie dostawę kabur dla Fabryki Broni „Łucznik” zrealizowaną w okresie 20.05.2010-10.11.2010 oraz dostawę kabur dla Fabryki Broni „Łucznik” w okresie 05.11.2010-05.11.2010.

Bezspornym jest, że kabury do broni strzeleckiej są futerałami na broń. Nie sposób uznać argumentacji Odwołującego, że wykazanie się doświadczeniem w dostawie takiego rodzaju pokrowców, nawet do innego rodzaju broni strzeleckiej nie jest wystarczające dla uznania, że wykonawca dostarczał przedmioty odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Dla wykazania warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza przy takim opisie dokonany przez Zamawiającego ograniczającym się jedynie do określenia wartości dostaw, bez szczegółowego określenia wymagań dotyczących rodzaju odpowiadającemu przedmiotowi zamówienia, nie jest konieczne wykazywanie się doświadczeniem tożsamym, identycznym z przedmiotem zamówienia. Za wystarczające należało uznać wykazanie się

doświadczeniem w zakresie dostaw porównywalnych rodzajowo do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zauważyć należy, że skoro Zamawiający nie opisał w sposób jednoznaczny, co należy rozumieć za tożsame rodzajowo do futerałów do broni strzeleckiej wymienionej w SIWZ, to na obecnym etapie postępowania nieuprawnionym działaniem będzie tworzenie zasad porównywalności ofert na etapie ich badania i oceny.

Skoro zatem wykonawca, w celu wykazania spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu podał w wykazie złożonym w ofercie dwa zadania dotyczące dostaw kabur do broni strzeleckiej, które w sposób nie budzący wątpliwości stanowią futerały na broń, to nie można uznać, by wykonawca nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu niespełniania warunku udziału w postępowaniu z powodu nie posiadania niezbędnej dokumentacji, za Zamawiającym powtórzyć trzeba, iż wśród warunków udziału w postępowaniu nie było wymogu posiadania, czy też złożenia wraz z ofertą jakiegokolwiek dokumentacji technicznej. Abstrahując od tego, iż warunek tak określony niezgodny byłby z przepisami ustawy Pzp i w sposób jawny naruszałby uczciwą konkurencję, dostrzeżenia wymaga, iż w załączniku nr 1 do SIWZ (wymagania eksploatacyjno- techniczne), Zamawiający wymagał jedynie żeby przedmiot zamówienia był „wykonany zgodnie z aktualną dokumentacją techniczną do produkcji seryjnej, bądź w oparciu o aktualną kartę katalogową wprowadzonego lub użytkowanego w SZ UiSW. zatwierdzoną przez właściwą komórkę organizacyjną MON”. Powyższe nie oznacza, iż w momencie złożenia oferty udowodnić lub nawet tylko uprawdopodobnić należało, że jest się w posiadaniu niezbędnej dokumentacji. Od wykonawcy składającego ofertę zależy tylko w jaki sposób poradzi On sobie na etapie odbioru technicznego przedmiotu zamówienia i spełni wymogi dotyczące gwarancji i rękojmi należytego wykonania. Wykonawca decydując się na udział w postępowaniu i składając określone oświadczenia woli pod postacią wymaganych oświadczeń czyni to w sposób świadomy i zamierzony. Skoro zatem Zamawiający nie wymagał od żadnego z wykonawców biorących udział w postępowaniu przedłożenia jakiegokolwiek dokumentacji technicznej, to oczywistym jest, że jej nieprzedłożenie nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Fakt zwrócenia się wybranego wykonawcy do Odwołującego o udostępnienie posiadanej dokumentacji jeszcze o niczym nie świadczy, a z pewnością nie świadczy o złożeniu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji (choć zarzut ten nie został wprost wymieniony w odwołaniu i Odwołujący nie zarzucił naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Z informacji przedstawionych zarówno przez Zamawiającego, jak też wybranego wykonawcę wynika, że istnieje co najmniej jeszcze jedna firma dysponująca niezbędną dokumentacją techniczną. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie był uprawniony do badania w

jaki sposób wykonawca zamierza sobie poradzić z wykonaniem zamówienia. Zaś na etapie realizacji zamówienia Zamawiający dysponuje instrumentami pozwalającymi wyegzekwować od wykonawcy przedmiot zamówienia zgodny z opisem zamieszczonym w SIWZ.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący