

Sygn. akt: KIO 2156/12

WYROK
z dnia 23 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2012 r. przez Konsorcjum: Warszawskie Zakłady Kaletnicze "NOMA" Spółdzielnia Inwalidów (lider), Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "CHEMAN" A..... R....., PASANIL Sp. z o.o., ul. Korkowa 167, 04-549 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,

przy udziale wykonawcy – P.P.H.U BOGMAR B..... J..... B....., ul. Sobieskiego 160, 43-300 Bielsko-Biała, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Warszawskie Zakłady Kaletnicze "NOMA" Spółdzielnia Inwalidów, Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "CHEMAN" A..... R....., PASANIL Sp. z o.o., ul. Korkowa 167, 04-549 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: Warszawskie Zakłady Kaletnicze "NOMA" Spółdzielnia Inwalidów, Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "CHEMAN" A..... R....., PASANIL Sp. z o.o., ul. Korkowa 167, 04-549 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum: Warszawskie Zakłady Kaletnicze "NOMA" Spółdzielnia Inwalidów, Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "CHEMAN" A..... R....., PASANIL Sp. z o.o., ul. Korkowa 167, 04-549 Warszawa, na rzecz Jednostki Wojskowej 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa, kwotę **3.600 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa nr 4226 prowadzi w trybie przetargu nieorganicznego postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa przedmiotów zaopatrzenia mundurowego (ubranie ochronne, ubranie maskujące). Zamówienie zostało podzielone na dwa zadania: zadanie nr 1 – dostawa ubrań ochronnych, zadanie nr 2 – dostawa ubrań maskujących. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 roku pod poz. 2012/S 137 - 228762.

W dniu 8 października 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Zakłady Kaletnicze „Noma” Spółdzielnia Inwalidów (lider) oraz A..... R....., prowadząca działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Cheman i Pasanil Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił niezgodne z przepisami ustawy:

1. wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji odrzucenie jego oferty, w sytuacji, gdy wykonawca ten wykazał posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.
2. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PPHU Bogmar B..... J..... B....., w sytuacji gdy inny wykonawca nie podlegający wykluczeniu złożył ofertę z niższą ceną, w jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie polegające na wyborze oferty wykonawcy, który zaproponował cenę wyższą niż odwołujący, w sytuacji gdy jedynym kryterium oceny ofert była cena.
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp polegające na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołującego, w następstwie odrzucenie oferty odwołującego mimo wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w

postępowaniu określonych w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, bowiem wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, że dostawy objęte wykazem, mające potwierdzać spełnienie warunku wymaganego doświadczenia nie muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia, ale muszą być z nim powiązane poprzez przeznaczenie i funkcję. Taka interpretacja jest zgodna z przyjętą linią orzecniczą, na dowód czego odwołującego przytoczył szereg orzeczeń KIO. Odwołujący stwierdził, że przyjęcie zawężającej interpretacji ustalonego wcześniej warunku udziału w postępowaniu, doprowadziło do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że doświadczenie to nie tylko fakt umiejętności wykonania danej usługi, ale także posiadanie wiedzy organizacyjnej umożliwiającej rozplanowanie zatrudnienia w czasie, przewidzenie sytuacji utraty pracowników w trakcie wykonywania zamówienia, możliwość zaistnienia zdarzeń ekonomicznych i finansowych utrudniających realizację zamówienia np. utraty płynności finansowej, zmian na danym rynku usług. Odwołujący przedłożył wraz z ofertą wykaz dostaw asortymentu odzieży, w tym ubrań roboczych oraz dostawy mundurów służbowych, które to przedmioty są związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a nadto nie tylko wskazują na posiadanie przez odwołującego minimalnej określonej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, ale nadto wiedzę i doświadczenie w zakresie procesów technologicznych znacznie bardziej zaawansowanych. Odwołujący podniósł, że jakość użytych materiałów oraz bardziej skomplikowana technologia wykonania przedmiotowych mundurów wymaga wyższej wiedzy i doświadczenia, co przesądza o spełnianiu przez odwołującego warunków postępowania. Wskazał, że przedmiot zamówienia – ubrania maskujące białe (bluza i spodnie) nie posiadają żadnej specyficznej, odmiennej technologii wykonania czy obszycia niż asortyment odzieżowy przedstawiony w wykazach dostaw przez odwołującego. Zaawansowanie technologiczne, organizacja procesu produkcyjnego dla asortymentu wskazanego przez odwołującego jest znacznie wyższa i bardziej skomplikowana niż ta niezbędna dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a odwołujący posiada niezbędną w tym zakresie WDTT. Zatem odwołujący wykazał, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w prawidłowej realizacji dostaw mundurów wojskowych czy kurtek służbowych i spodni służbowych, to tym bardziej jest on w stanie należycie zrealizować dostawy przedmiotów zamówienia objętych przedmiotowym zamówieniem.

Odnośnie referencji podniósł, że winna być ona czytana łącznie z wykazem dostaw, który został dołączony przez wykonawcę do oferty, bowiem służy ona potwierdzeniu prawidłowego wykonania tych dostaw, które zostały ujęte w wykazie. Wszelkie inne informacje objęte referencją, w tym dotyczące dostaw nie ujętych w wykazie, nie mogą stanowić podstawy oceny przez zamawiającego, w tym zwłaszcza oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na poparcie przytoczył fragment orzeczenia KIO z dnia 24 stycznia 2012 roku Sygn. akt KIO 93/12.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty P.P.H.U Bogmar B..... J..... B..... w zakresie zadania nr 2.
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty.
3. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2 i dokonania wyboru w zadaniu nr 2 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego, na wezwanie zamawiającego z dnia 9 października 2012 roku zgłosiła swoje przystąpienie po stronie zamawiającego B..... J..... B....., prowadząca działalność gospodarczą p.n. PPHU Bogmar (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 roku).

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, zad. nr 2 którego dotyczy odwołanie obejmuje dostawę ubrań maskujących białych (bluza i spodnie).

W dziale V 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający ustalił, że uzna spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca w okresie 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 wykonuje dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego wyprodukowanych zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych, odpowiadające co do funkcji i przeznaczenia przedmiotowi zamówienia oraz o wartościach dla zadania nr 2 – łączna

wartość dostaw nie mniejsza niż 992 00 zł, z których co najmniej jedna z dostaw o wartości nie mniejszej niż 660 000 zł.

Celem potwierdzenia spełniania tego warunku udziału w postępowaniu odwołujący załączył do oferty wykaz dostaw, w którym ujął dwa zamówienia zrealizowane na rzecz Jednostki Wojskowej 4226 polegające na dostawie mundurów wyjściowych oficerskich wojsk lądowych wz. 92 o wartości 555 740, 50 zł oraz dostawie mundurów letnich oficerskich wojsk lotniczych, munduru wyjściowego oficerskiego wojsk lotniczych o wartości 454 921 zł. Ponadto wykazał się realizacją zamówienia o wartości 1 951 592, 30 zł na rzecz Agencji Mienia Wojskowego w ramach której dostarczył mundur letni oficerski marynarki wojennej wz. 92, mundur letni oficerski wojsk lądowych wz. 92, mundur służbowy oficerski wojsk lądowych KRWP wz. 92, mundur wyjściowy oficerski Marynarki Wojennej wz. 92, mundur wyjściowy oficerski wojsk lądowych wz. 92. Celem potwierdzenia należytego wykonania, ujętych w wykazie zamówień odwołujący załączył do oferty dokumenty wystawione przez odbiorców dostaw. W odniesieniu do zamówienia zrealizowanego na rzecz Agencji Mienia Wojskowego załączono zaświadczenie z dnia 12 stycznia 2011 roku, w którym zaświadcza się, że Konsorcjum Nowa Ruda – 208, w skład którego wchodził wykonawca Pasanil Sp. z o.o. (członek konsorcjum odwołującego się) zrealizowało w roku 2010 dostawy wymienionych ilości i podanych wartości mundurów i spodni. W zaświadczeniu tym stwierdza się także, że „firma Pasanil Sp. z o.o. dostarczyła w sposób należyty stosownie do zapisów zawartej umowy, tj. terminowo, przedmioty zamówienia odpowiadające wymaganiom określonym przez zamawiającego (...)” potwierdzające realizację dostaw. Na stronie drugiej tego dokumentu znajduje się także informacja, że firma Pasanil Sp. z o.o. w ramach ww. umowy dostarczyła z opóźnieniem wskazane w zaświadczeniu ilości i wartości mundurów. W związku z powyższym naliczono kary umowne, które zostały zapłacone.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu wynika, że wymagał on od wykonawców wykazania się doświadczeniem w realizacji dostaw, które spełniały łącznie

dwie przesłanki: 1. były wyprodukowane zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych oraz 2. odpowiadają co do funkcji i przeznaczenia przedmiotowi zamówienia, czyli w zadaniu 2 odpowiadają co do funkcji i przeznaczenia ubraniom maskującym. Istotnym zatem z punktu widzenia oceny spełniania warunku wymaganego doświadczenia było dla zamawiającego potwierdzenie, nie tylko faktu produkcji odzieży zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych, ale także potwierdzenie spełniania funkcji i przeznaczenia odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.

Zdaniem Izby, przedstawione przez odwołującego doświadczenie, zarówno w wykazie dostaw załączonym do oferty jak i w dokumencie uzupełnionym w wyniku wezwania do złożenia brakujących oświadczeń i dokumentów, nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w warunku udziału w postępowaniu, w rozdziale V. 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykazane w ofercie realizacje polegające na dostawie mundurów wyjściowych oficerskich, mundurów letnich marynarki wojennej, wojsk lądowych czy wojsk lotniczych itp. mimo, że zostały wyprodukowane zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych, to jednak nie odpowiadają one funkcji i przeznaczeniu przedmiotowi zamówienia, jakim jest dostawa zaopatrzenia mundurowego ubrań maskujących. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że mundury wyjściowe, galowe posiadają odmienną funkcję i przeznaczenie niż odzież maskująca, która jest wykorzystywana w warunkach polowych i pełni funkcję kryjącą.

Złożona przez odwołującego jako dowód w sprawie opinia z dnia 19 października 2012 roku Rzecznawcy Jakości Wyrobów Odzieżowych, potwierdza jedynie tezę, że mundury wyjściowe są wyrobami dużo bardziej skomplikowanymi i złożonymi, wymagającymi wyższej wiedzy i doświadczenia w zakresie znacznie bardziej zaawansowanych procesów technologicznych. Tymczasem ubranie białe maskujące jest wyrobem prostym i nieskomplikowanym, nie wymagającym zaawansowanej technologii i parku maszynowego do jego produkcji. Przywołana opinia odnosi się zatem wyłącznie do procesu produkcji a nie odnosi się do oceny i porównania funkcji i przeznaczenia ubrania maskującego, będącego przedmiotem zamówienia oraz mundurów wyjściowych - galowych. Okoliczność, jaką dowiódł w toku rozprawy odwołujący, że proces technologiczny produkcji mundurów służbowych i wyjściowych jest bardziej skomplikowany niż odzieży maskującej, pozostaje bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, który został przez zamawiającego skonkretyzowany i opisany w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba podkreśla, że zamawiający ma obowiązek oceniać oferty w oparciu o ustalone uprzednio i opisane w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu w sposób nie naruszający

zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu przez fakt złożenia oferty zaakceptował ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny. Wszelkie ewentualne sformułowania warunków udziału w postępowaniu, które w ocenie odwołującego ograniczały lub uniemożliwiały mu dostęp do przedmiotowego zamówienia publicznego odwołujący winien kwestionować na wcześniejszym etapie postępowania, czego w tym postępowaniu nie uczynił.

Okolicznością przyznaną przez odwołującego, jest to, że ujęte w poz. 1-3 uzupełnionego wykazu dostaw realizacje polegające na dostawie odzieży roboczej białej i ubrań roboczych nie spełniają warunku udziału w postępowaniu z uwagi, że nie zostały one wyprodukowane zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych.

Złożone przez przystępującego jako dowód w sprawie Wojskowe Dokumentacje Techniczne – Technologiczne dla mundurów wyjściowych i odzieży maskującej, pozostają bez znaczenia dla oceny rozpatrywanego stanu faktycznego, gdyż zawierają one jedynie informacje o kroju, materiale i produkcji a nie odnoszą się do funkcji i przeznaczenia mundurów i odzieży maskującej.

Z uwagi na okoliczność, że odwołujący był już w dniu 17 września 2012 roku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwany do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających wymagane doświadczenie, mając na uwadze możliwość jednokrotnego zastosowania dyspozycji tego przepisu w odniesieniu do konkretnej okoliczności, nie jest możliwe ponowne wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Kwestionowana przez zamawiającego referencja z dnia 12 stycznia 2012 roku wystawiona przez Agencję Mienia Wojskowego potwierdza należyłą realizację przez wykonawcę Pasanil Sp. z o.o., działającego w ramach konsorcjum, części dostaw mundurów wyjściowych, których wartość byłaby wystarczająca dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jednak z uwagi na wyżej poczynione rozważania oraz fakt, że będące przedmiotem zamówienia mundury wyjściowe nie odpowiadają funkcją i przeznaczeniem ubraniom maskującym, zamówienie to nie spełnia opisanego warunku wymaganego doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 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).

Przewodniczący:

.....