

Sygn. akt: KIO 1212/13

WYROK

z dnia 5 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez **MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o., 99 – 300 Kutno, ul. Skłodowskiej – Curie 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4228, 30 – 901 Kraków, ul. Montelupich 3**

przy udziale wykonawcy **P..... i Synowie Sp. z o.o., 87 – 100 Toruń, Wielki Rów 40B** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Jednostce Wojskowej 4228 30 – 901 Kraków, ul. Montelupich 3** odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **Pagacz i Synowie Sp. z o.o., 87 – 100 Toruń, Wielki Rów 40B**;

2. kosztami postępowania obciąża **Jednostkę Wojskową 4228, 30 – 901 Kraków, ul. Montelupich 3** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o., 99 – 300 Kutno, ul. Skłodowskiej – Curie 10** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jednostkę Wojskową 4228, 30 – 901 Kraków, ul. Montelupich 3** na rzecz **MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o., 99 – 300 Kutno, ul. Skłodowskiej – Curie 10** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

I. Jednostka Wojskowa 4228 w Krakowie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę zestawów do rozbudowy fortyfikacyjnej typu MIL - 1 w latach 2013 – 2014.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 27 lutego 2013 r., poz. 2012/S 041-065586 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 22 maja 2013 r. MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o. w Kutnie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia P..... i synowie sp. z o. o. w Toruniu, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (w ślad za złożeniem, w ramach uzupełnienia dokumentów, nowego wykazu wykonanych dostaw, nie złożono stosownego zobowiązania podmiotu trzeciego, przy czym co najmniej dyskusyjne jest, czy złożone uprzednio zobowiązanie obejmuje również dostawy z nowego wykazu);
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Pagacz i synowie sp. z o. o., pomimo iż wykonawca ten w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia złożył nieprawdziwe informacje (w wykazie dostaw oraz referencjach) mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, m.in. zdaniem Odwołującego brak tożsamości pomiędzy podmiotem udzielającym zobowiązania z art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, a podmiotem, na rzecz którego zostały wystawione referencje, a ewentualne powiązania między nimi nie zostały należycie wyjaśnione, ponadto wystawcy referencji nie prowadzą działalności o charakterze nawet częściowo zbliżonym do przedmiotu zamówienia, Odwołujący również wskazywał na wątpliwości co

do istnienia wykonawcy, na rzecz którego miała zostać wykonana dostawa opisana w uzupełnionym wykazie;

- 3) art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych i § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego wykazu dostaw i dokumentów złożonych przez Pagacz i synowie sp. z o. o. na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
- 4) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wezwanie Pagacz i synowie sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P....., pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pagacz i synowie sp. z o. o., pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wytrzymałości na rozciąganie oraz nie posiada numeru NSN;
- 7) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy P..... i synowie sp. z o. o. oraz odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca P..... i synowie sp. z o. o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Zamawiający nie uwzględnił odwołania i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałyby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego oferta znajdowała się na kolejnym miejscu w rankingu ofert.

Na ustalenia w zakresie istnienia legitymacji do wniesienia odwołania w ocenie składu orzekającego nie może mieć wpływu, iż Zamawiający unieważnił postępowanie – unieważnienie postępowania nastąpiło po wyborze oferty najkorzystniejszej i już po wniesieniu rozpatrywanego odwołania; na dzień rozpatrywania odwołania przez Izbę nie minął jeszcze termin do zaskarżenia unieważnienia postępowania, zatem niewątpliwie na dzień wniesienia odwołania (a także na dzień jego rozpatrywania) Odwołujący posiadał interes w jego rozstrzygnięciu.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Analizując zarzuty odwołania, w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że słuszne jest stanowisko Odwołującego co do obu podstaw odrzucenia oferty Przystępującego, opisywanych w odwołaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego wytrzymałości na rozciąganie Izba ustaliła, co następuje: nie było sporne, że Zamawiający w SIWZ wymagał „wytrzymałości na rozciąganie minimum 600/750 N/mm²” (postanowienie to było dla Zamawiającego podstawą do unieważnienia postępowania w dniu 3 czerwca 2013 r., jednak Izba w niniejszym odwołaniu nie odnosiła się do tej kwestii, rozpatrując odwołanie w zakresie wniesionych zarzutów, zgodnie z 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Nie było również sporne, że Przystępujący zaoferował „wytrzymałość na rozciąganie powyżej 450 N/mm².” (w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, w piśmie z dnia 12 kwietnia br.).

Ponieważ Przystępujący określił minimalną wytrzymałość na poziomie 450 N/mm² (skoro Przystępujący wskazał „wytrzymałość na rozciąganie powyżej 450 N/mm².”, to uprawnione jest przyjęcie, że granica określona wskazaniem konkretnej wartości - 450 N/mm² - jest minimalna), jest ona niewątpliwie niższa od wymaganego przez Zamawiającego minimum – jakkolwiek by rozumieć jego określenie (600 N/mm², 750 N/mm²,

czy też przedział pomiędzy tymi wartościami). Bez względu zatem na to, którą wartość przyjąć za wymaganą przez Zamawiającego jako minimalną, wartość minimalna wskazana przez Przystępującego w wyjaśnieniach do oferty jest niższa od wymaganej – dlatego oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadającą treści SIWZ.

W ocenie Izby oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, w związku z wskazaną wyżej podstawą prawną, również z innego powodu – zaoferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia nie posiada numerów NSN. Nie było sporne, że przedmiot zamówienia oferowany przez Przystępującego takich numerów nie posiada (wynika to wprost z pkt 3 pisma Przystępującego z dnia 12 kwietnia 2013 r.) – sporne było, czy Zamawiający wymagał w SIWZ posiadania takiego numeru dla oferowanego przedmiotu zamówienia na dzień składania oferty. Analizując postanowienia SIWZ – w szczególności pkt 4 Wymagań technicznych, stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ („Przedmiot umowy został skodyfikowany i posiada numery NSN”) oraz par. 5 ust. 2 projektu umowy („wyrób będący przedmiotem dostawy ma być skodyfikowany i posiadać nadane numery NSN”) - Izba uznała, że względu na umiejscowienie powyższych postanowień w SIWZ, że Zamawiający wymagał posiadania numeru NSN na dzień składania ofert, dlatego należy badać zgodność oferty z treścią SIWZ w tym aspekcie. Nawet gdyby odmiennie interpretować przytoczone wyżej postanowienia SIWZ i uznać, że nr NSN może nie być nadany oferowanym wyrobom na dzień składania ofert, ale dopiero na dzień podpisania umowy – to Przystępujący nie deklarował takiej możliwości, przeciwnie - w piśmie z dnia 12 kwietnia 2013 r. negował możliwość wymagania przez Zamawiającego nr NSN, ponieważ w ocenie Przystępującego taki wymóg nie pozwala na składanie ofert równoważnych (jeżeli Przystępujący zamierzał wymóg ten kwestionować, powinien wnosić środki ochrony prawnej w związku z postanowieniami SIWZ).

Zdaniem składu orzekającego wymóg posiadania numeru NSN nie stoi na przeszkodzie składaniu ofert równoważnych, bowiem można zaoferować produkty równoważne z grupy produktów posiadających nr NSN – Izba uznała za wiarygodne zawarte w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie wyjaśnienia Odwołującego (Zamawiający z nimi w ogóle nie polemizował) co do zasad nadawania numerów NSN (NATO STOCK NUMBER): „NSN jest kodem nadawanym wyrobom, który zawiera opis identyfikacyjny tych wyrobów wykonany zgodnie z międzynarodowymi zasadami i jednolitymi procedurami Systemu kodyfikacyjnego NATO (NCS-NATO Codification System) - z zastosowaniem ujednoliconej klasyfikacji, opisu cech technicznych i logistycznych, a także danych o producencie i dostawcach. NSN zapewnia logistyce wystarczającą ilość informacji pozwalającej dostarczyć właściwy wyrób niezbędny do wykonania zadania w określonym miejscu i czasie.” W ocenie Izby ograniczenie dostaw do określonej grupy wyrobów, posiadających

nadany nr NSN nie jest ograniczeniem uczciwej konkurencji, ponieważ wynika z zobiektywizowanej potrzeby Zamawiającego.

Odnosnie wskazywanych przez Odwołującego podstaw wykluczenia Przystępującego, Izba uznała, że faktycznie wywody Odwołującego wskazują na daleko idące wątpliwości co do wykazania spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i potwierdzenia tego odpowiednimi dokumentami. Jednak wykluczenie w związku z kwestiami podnoszonymi w odwołaniu byłoby zdaniem Izby przedwcześnie; okoliczności te najpierw należałoby wyjaśnić (ewentualnie: wezwać do uzupełnienia dokumentów). Co prawda Przystępujący był już wzywany do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów, jednak wobec pojawienia się nowych okoliczności (których część ujawniono dopiero na rozprawie), co do których Zamawiający jeszcze nie dokonywał wezwań, można byłoby rozważyć wezwanie do wyjaśnienia tychże okoliczności, łącznie z wezwaniem do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego – jednakże wobec ustalenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu – zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. pierwsze in fine, takiego wezwania należy zaniechać.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego. Powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ na dzień orzekania decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania może być jeszcze zaskarżona.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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:

.....

.....