

WYROK
z dnia 27 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2014 r. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - WORKS 11 Michał Lubiński, Instytut Przemysłu Organicznego, MSM Martin s.r.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26 A, 00-911 Warszawa**.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - WORKS 11 Michał Lubiński, Instytut Przemysłu Organicznego, MSM Martin s.r.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - WORKS 11 Michał Lubiński, Instytut Przemysłu Organicznego, MSM Martin s.r.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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 - Agencja Mienia Wojskowego prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługę wydania orzeczeń bezpieczeństwa w przechowywaniu, w prowadzeniu prac załadowniczych i wyładowniczych oraz w transporcie dla wszystkich partii 100 mm amunicji czołgowej oraz certyfikatów klasyfikacyjnych i kart materiału wybuchowego pod względem bezpieczeństwa dla określonych rodzajów 100 mm amunicji czołgowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 stycznia 2014 roku pod poz. 2014/ S 015-023390.

W dniu 6 czerwca 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - WORKS 11 Michał Lubiński, Instytut Przemysłu Organicznego, MSM Martin s.r.o. (dalej zwani odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, związanych z badaniem i oceną warunków spełnienia udziału w postępowaniu oraz ofert, a także wyborem najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez rażące naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w procesie badania i oceny złożonych warunków spełnienia udziału w postępowaniu oraz ofert,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLIČSKE STROJIRNY a. s., w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy POLIČSKE STROJIRNY a. s., mimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
4. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami oceny określonymi przez Zamawiającego.

W zakresie wniosków dowodowych odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów:

1. ogłoszenia Zamawiającego o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa opublikowane w dniu 22 stycznia 2014 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej na okoliczność między innymi zakresu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów podmiotowych warunków udziału w postępowaniu,
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia na okoliczność między innymi wymogów ustalonych przez Zamawiającego w przedmiocie braku możliwości wykonania żadnej części zamówienia przez podwykonawców, wymogu określenia ceny brutto oferty oraz kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. pisma Zamawiającego z dnia 7 maja 2014 r., nr 3300/6483 na okoliczność udzielenia odpowiedzi na pytanie wykonawcom, w przedmiocie braku możliwości wykonania żadnej części zamówienia przez podwykonawców oraz, iż wszystkie części zamówienia zostały uznane przez Zamawiającego jako kluczowe,
4. wniosku POLIČSKE STROJIRNY a.s. o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wraz z załącznikami na okoliczność niespełnienia przez POLIČSKE STROJIRNY a.s. kryteriów podmiotowych udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności braku uprawnień POLIČSKE STROJIRNY a.s. odpowiadających wymogom ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2010 r. Nr 96 poz. 618 z późn. zm.) lub instytutu równoważnego oraz zaoferowania realizowania zamówienia przez podwykonawcę Czeski Urząd ds. Badania Broni i Amunicji oraz konieczności korzystania z usług podwykonawcy celem wykonania zamówienia,
5. zaświadczenia Czeskiego Urzędu ds. Badania Broni i Amunicji z dnia 13.2.2014 r. (tłumaczenie z języka czeskiego) na okoliczność wykonywania przez Czeski Urząd ds. Badania Broni i Amunicji klasyfikacji niebezpiecznych rzeczy klasy 1 – Materiałów wybuchowych które Urzędowi przedkłada POLIČSKE STROJIRNY a.s. oraz wymogu posiadania zezwolenia Ministerstwa Transportu Republiki Czeskiej na wykonywanie klasyfikacji materiałów wybuchowych,
6. decyzji Ministerstwa Transportu Republiki Czeskiej upoważniającej Czeski Urząd ds. Badania Broni i Amunicji do wykonywania klasyfikacji materiałów wybuchowych (tłumaczenie z języka czeskiego) na okoliczność wymogu posiadania zezwolenia Ministerstwa Transportu na wykonywanie klasyfikacji materiałów wybuchowych,
7. oferty POLIČSKE STROJIRNY a.s. na okoliczność niespełnienia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymogu przedstawienia w ofercie ceny

brutto,

8. pisma Zamawiającego z dnia 27 maja 2014 r. w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty na okoliczność odrzucenia oferty Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia z uwagi na zaoferowanie przez wykonawcę realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia przy udziale podwykonawcy oraz wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy POLIČSKE STROJIRNY a.s.,
9. upoważnienia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 24.02.2004 r., znak DPO-III/JZ/VIII/828/W/04 na okoliczność spełnienia przez Odwołującego kryteriów podmiotowych udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez posiadanie przez Odwołującego upoważnienia do dokonywania oceny pod względem bezpieczeństwa materiałów wybuchowych produkowanych lub stosowanych w produkcji bądź wprowadzanych do obrotu,
10. zarządzenia Ministra Gospodarki z dnia 15 marca 2012 r. na okoliczność spełnienia przez Odwołującego kryteriów podmiotowych udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez posiadanie przez Odwołującego upoważnienia do dokonywania czynności administracyjnych, w sprawach badań, klasyfikacji, oraz warunków dopuszczania do przewozu towarów niebezpiecznych.

Wskazując na legitymację do wniesienia odwołania i spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia POLIČSKE STROJIRNY a.s. z udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła z urzędu jako dowody w sprawie dokumentację postępowania przekazaną przez zamawiającego, zawierającą m.in. dowody wnioskowane przez odwołującego.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Poličské Strojirny, z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest zarzutem spóźnionym i jako taki nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, w który wyróżnia się dwa odrębne etapy postępowania: ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ocenę ofert. W pierwszym etapie zamawiający dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, zapraszając do składania ofert wyłącznie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w drugim etapie – zamawiający dokonuje jedynie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert. Wyodrębnienie tych dwóch etapów jest istotne także z punktu widzenia terminowości wnoszonych środków ochrony prawnej.

W rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne, zamawiający postawił w treści ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 stycznia 2014 roku 2014/S 015-023390 wymagania co do posiadania przez wykonawcę statusu instytutu badawczego, prowadzącego działalność na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 roku o instytutach badawczych (Dz. U. z 2010 nr 96, poz. 618 ze zm.) lub instytutu równoważnego. Zamawiający wskazał także, że w przypadku wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (zgodnie z art. 131d ust. 1 ustawy) posiadają oni uprawnienia w zakresie określonym w lit. a wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, właściwymi dla danego kraju, w którym wykonuje działalność gospodarczą. Celem potwierdzenia spełniania tego wymagania wykonawca Poličské Strojirny złożył w pkt 3 ppkt 2 wniosku o dopuszczenie do udziału z dnia 18 lutego 2014 roku oświadczenie, że posiada status instytutu badawczego,

prowadzącego działalność na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 roku o instytutach badawczych (Dz.U. z 2010 nr 96, poz. 618 ze zm.) lub instytutu równoważnego. W piśmie z dnia 17 lutego 2014 roku wykonawca Poličské Strojirny wskazał, że funkcję instytutu badawczego w przedmiotowym zakresie w Republice Czeskiej spełniają Czeski Urząd Badania Broni i Materiałów Wybuchowych, który wydaje karty bezpieczeństwa nr ADR. Poličské Strojirny mają w swojej działalności badania naukowe, prace rozwojowe związane z wdrożeniem materiałów wybuchowych.

W świetle powyższego, należy uznać, że okoliczność potwierdzenia spełniania wymagań określonych w ogłoszeniu a w szczególności potwierdzenie, że Poličské Strojirny posiadają status instytutu badawczego i rola jaką pełni Czeski Urząd Badania Broni i Materiałów Wybuchowych, zostały ujawnione na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału (termin na składanie wniosków upłynął dnia 19 lutego 2014 roku), a każdy z wykonawców mógł zapoznać się zarówno z treścią wniosku jak i treścią złożonego oświadczenia. Termin na kwestionowanie złożonego przez Poličské Strojirny oświadczenia o posiadaniu statusu instytutu badawczego zaczął swój bieg od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert, czyli czynności kończącej ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału. Wówczas tj. od dnia 14 kwietnia 2014 roku (przekazanie zaproszenia do składania ofert) odwołujący mógł skutecznie kwestionować niespełnienie przez Poličské Strojirny wymagań określonych w ogłoszeniu i potwierdzonych przez wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału. Niezależnie od powyższego Izba podziela także stanowisko zamawiającego co do tego, że czynności wykonywane przez Czeski Urząd Badania Broni i Materiałów Wybuchowych, są czynnościami administracyjnymi, realizowanymi na podstawie delegacji uprawnień organów, co powoduje, że nie można uznać Urzędu Badania Broni i Materiałów Wybuchowych za podwykonawcę tego zamówienia. Czeski Urząd Badania Broni i Materiałów Wybuchowych realizuje czynności administracyjne i dokonuje w tym postępowaniu klasyfikacji niebezpiecznych rzeczy klasy I i wystawiania certyfikatów.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uznanie. Po pierwsze wskazać należy, że obliczenie ceny oferty przez Poličské Strojirny nie narusza, wskazywanego przez odwołującego postanowienia rozdziału XI siwz, odnoszącego się do opisu sposobu obliczenia ceny. Z uwagi na to, że wykonawca Poličské Strojirny jest podmiotem mającym siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i wybór jego oferty spowoduje powstanie obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, to zamawiający był zobowiązany do zastosowania dyspozycji wynikającej z art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp i doliczenia do ceny zaproponowanej w ofercie podatku od towarów i usług. Powoduje to, że do oceny i porównania ofert zamawiający przyjął

zapropionowaną przez Poličské Strojirny cenę powiękzoną o obowiązującą stawkę podatku VAT. W efekcie cena oferty tego wykonawcy wyniosła 2 219 819,80 zł i nadal jest ona ofertą najkorzystniejszą w jedywym kryterium oceny ofert, jakim jest cena. Zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o ustalone wcześniej kryteria oceny ofert, co powoduje, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie zasługują także na uznanie zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Mając powyższe na uwadze, 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 § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: