

WYROK
z dnia 12 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2017 r. przez wykonawcę „**MEGA**” M. W. spółka jawna, ul. Tanowska 2, 72-010 Police

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Areszt Śledczy, ul. Kaszubska 28, 70-226 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. Ż.-Ciastkarnia - piekarnia i hurt artykułami spożywczymi, ul. Wolińska 21, 72-400 Kamień Pomorski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Areszt Śledczy z siedzibą w Szczecinie unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy „MEGA” M. W. spółka jawna z siedzibą w Policach z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę W. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. Ż. - Ciastkarnia - piekarnia i hurt artykułami spożywczymi, ul. Wolińska 21, 72-400 Kamień Pomorski, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „MEGA” M. W. spółka jawna, ul. Tanowska 2, 72-010 Police tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od wykonawcy W. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. Ż. - Ciastkarnia - piekarnia i hurt artykułami spożywczymi, ul. Wolińska 21, 72-400 Kamień Pomorski na rzecz wykonawcy „MEGA” M. W. spółka jawna, ul. Tanowska 2, 72-010 Police kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Areszt Śledczy z siedzibą w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa pieczywa do Aresztu Śledczego w Szczecinie”, nr sprawy: D/Kw.2230.08.2017, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr ogłoszenia 506957-N-2017 z dnia 12.05.2017 r.

Odwołujący – „MEGA” M. W. spółka jawna z siedzibą w Policach – wniósł na podstawie art. 179 w związku z art 180 ustawy Pzp odwołanie od dokonanej przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy W. Ż.- Ciastkarnia - Piekarnia z siedzibą w Kamieniu Pomorskim.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego następujące naruszenia ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 przez uznanie, że wykonawca Spółka „Mega” nie przedstawiła wykazu trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, w sytuacji w której wykonawca przedstawił wykaz trzech dostaw za kolejne 3 lata,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 przez uznanie, że realizacja dostaw przez okres trzech lat powinna być rozumiana jako jedna dostawa a nie trzy odrębne, w sytuacji gdy wykonawca wykazał realizację w okresie trzech ostatnich lat trzech dostaw na rzecz PHU ”Domena” M. W., co było warunkiem koniecznym rozpatrzenia oferty wykonawcy.

Jednocześnie na podstawie art. 190 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o przesłuchanie w charakterze świadka Z. S. (adres do korespondencji tożsamy z adresem wykonawcy), na okoliczność:

- 1) spełnienia wszystkich prawem przewidzianych wymagań zawartych w ustawie a także SIWZ, dotyczących wykazania realizacji w okresie trzech ostatnich lat minimum trzech dostaw,
- 2) realizacji trzech odrębnych dostaw na rzecz PHU ”Domena” M. W. zamiast jednej, ciągłej jak odczytuje to Zamawiający,

3) wykazania faktu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz faktu poniesienia szkody w wyniku błędnego rozstrzygnięcia oferty.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy W. Ż.- Ciastkarnia- Piekarnia jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownie oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp, uznając że wykonawca spełnił wszystkie przewidziane w SIWZ wymagania oferując jednocześnie najniższą cenę, czym winien zostać uznany jako oferujący najkorzystniejsze warunki.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty wykonawcy W. Ż.- Ciastkarnia-Piekarnia;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert uwzględniając odwołanie wykonawcy;
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (punkt XIII), kryterium decydującym o ocenie ofert była cena - przy założeniu spełnienia wszystkich innych zawartych w SIWZ warunków zamówienia.

Wykonawca w dniu 22 maja 2017 r. złożył ofertę, która miała najniższą cenę, jedynym kryterium oceny jakiej wymagał Zamawiający.

Dowód: SIWZ, formularz ofertowy z wyliczeniem ceny w kwocie 134 974,35 PLN (brutto).

Pismem z dnia 22 maja 2017 r. zgodnie z SIWZ, Zamawiający wezwał Wykonawców do złożenia oświadczenia o przynależności lub nie do grupy kapitałowej oraz wykazu dostaw wraz z referencjami.

Dowód:pismo Zamawiającego z dnia 22 maja 2017 r.wzywające do złożenia dokumentów.

W dniu 23 maja 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wymagane prawem dokumenty zostały złożone. Ponieważ w ocenie Zamawiającego wykaz dostaw Wykonawcy był niewłaściwy, w dniu 24 maja 2017 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu. W dniu 25 maja 2017 r. Wykonawca uzupełnił wykaz wykazując trzy dostawy w ciągu trzech lat dla PHU "Domena" M. W..

Dowód:pismo Wykonawcy z dnia 23 maja 2017 r. wraz z załącznikiem 5 i 6 do SIWZ,pismo Zamawiającego z dnia 24 maja 2017 r., wezwanie do uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów,pismo Wykonawcy z dnia 25 maja 2017 r. wraz z wykazem dostaw (załącznik 6 do SIWZ) i referencjami.

W dniu 26 maja 2017 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy W. Ż.- Ciastkarnia - Piekarnia, który zaoferował cenę 140 432,25 PLN brutto wykluczając skarżącego Wykonawcę, uznając, że trzy dostawy wykazane w wykazie to wg Zamawiającego jedna dostawa podzielona na trzy lata. Zgodnie z przepisami ustawy Ordynacja podatkowa – przedsiębiorstwo ustala okres rozliczeniowy. Według ogólnie przyjętej zasady rok rozliczeniowy odpowiada czasem rokowi kalendarzowemu, co należy rozumieć jako dostawy oddzielne.

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 maja 2017 r., zeznania w charakterze świadka Z. S.

Wykonawca nie podzielił stanowiska Zamawiającego, zaoferował najniższą cenę, wykazując przy tym zdolności techniczne i zawodowe przez wykazanie realizacji trzech odrębnych dostaw w zbliżonym do opisanego przez Zamawiającego zakresie. Jak zostało wskazane w SIWZ: *„Zamawiający rozumie realizację w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, minimum trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia”*. W ocenie Wykonawcy, Zamawiający błędnie i z naruszeniem przepisów prawa zinterpretował przedłożone przez Wykonawcę dokumenty jako jedną dostawę, co stoi w rażącej sprzeczności ze stanem rzeczywistym. Gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego, to kilkusetkrotna dostawa produktów winna być liczona jako jedna dostawa co kłóci się w sposób rażący z zasadami logiki. Ponadto, zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, rokiem podatkowym jest rok kalendarzowy, zatem należy przyjąć, że w każdym roku wykonywana była jedna dostawa co zostało bezsprzecznie wykazane.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 września 2010 r. sygn. akt XIX Ga 371/10, *w postępowaniu wywołanym odwołaniem obowiązuje zasada swobodnej oceny dowodów, a zespół arbitrów dokonując oceny dowodów związany jest jedynie podstawowymi zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego i zawodowego*.

W ocenie Wykonawcy, z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie uzyskał on zamówienia, które uzyskałby gdyby Zamawiający działał prawidłowo. W wyniku tego działania Odwołujący może ponieść szkodę wyrażającą się w kwocie zaoferowanej ceny 134 974,35 PLN, jako *lucrum cessans*, gdyż zaoferowana cena i warunki pozwoliłyby na zwycięstwo w organizowanym przez Zamawiającego przetargu.

Dowód: zeznania Z. S. w charakterze świadka.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego odwołanie jest zasadne, zatem wnioś jak na wstępie.

Załączniki: m.in. pisma wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2017 r. odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, w której zamieścił oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wykonawca – W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. Ż. - Ciastkarnia - piekarnia i hurt artykułami spożywczymi z siedzibą w Kamieniu Pomorskim – zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego doręczając Prezesowi Izby zgłoszenie w postaci papierowej w dniu 5 czerwca 2017 r. (kopia odwołania została przekazana odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 31.05.2017 r., termin przystąpienia został zachowany zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp: *Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy*).

Przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego wobec spełnienia pozostałych ustawowych wymagań skutecznego przystąpienia.

Wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, W. Ż. uczestnik postępowania odwoławczego, wniósł sprzeciw w formie pisemnej.

Wobec nie wystąpienia przesłanek odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 186 ust. 4 ustawy Pzp).

I. Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp korzystając z uprawnienia do wniesienia odwołania: *Środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcy, (...), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.*

Ze względu na wartość zamówienia mniejszą niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia ze skutkiem uznania jego oferty za odrzuconą.

II. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia (pkt III SIWZ) następująco.

III. Opis przedmiotu zamówienia.

1. Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy pieczywa do magazynu Aresztu Śledczego w Szczecinie (tabela z wyszczególnionym w pierwszym wierszu opisem: Lp.; Przedmiot zamówienia; j.m.; Ilość; Kod PCV; Polska norma):

1. Chleb pszenno-żytni(krojony, pakowany w folię) o gramaturze 400g, z datą przydatności do spożycia – min. 4 dni od dnia dostawy – zaznaczoną na każdym bochenku; kg 70 000 (...);
2. Chleb pszenny świeży (krojony, pakowany w folię), o gramaturze 400g, z datą przydatności do spożycia – min. 4 dni od dnia dostawy – zaznaczoną na każdym bochenku kg 17 000 (...);
3. Chleb razowy świeży (krojony, pakowany w folię), o gramaturze 400g, z datą przydatności do spożycia – min. 4 dni od dnia dostawy – zaznaczoną na każdym bochenku kg 5 000 (...);
4. Bułka tarta (luz) kg 550 (...); 5. Bułka pszenna (50g)kg 600 (...).

Powyższe zestawienie oznacza kolejno: przedmiot zamówienia, zapotrzebowanie ilościowe, kod CPV wg Wspólnego Słownika Zamówień, Polską Normę.

1. Podane w opisach nazwy własne nie mają na celu naruszenia art. 7 i 29 ustawy PZP, a mają jedynie za zadanie sprecyzowanie oczekiwań jakościowych zamawiającego. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, tzn. posiadające cechy, właściwości, jakość, nie gorsze niż opisane w przedmiocie zamówienia. Wykazanie równoważności zaoferowanego przedmiotu spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

2. Podane ilości poszczególnych produktów żywnościowych są ilościami szacunkowymi. Ilość dostarczanego Towaru może ulec pomniejszeniu o 30%. Wykonawcy przysługuje prawo do wynagrodzenia wyłącznie za faktycznie dostarczone ilości towaru. Ostateczny rozmiar zamówienia nie może stanowić podstaw do zgłaszania roszczeń z tytułu niezrealizowanych dostaw albo podstawy do odmowy realizacji dostaw.

2. Przedmiot zamówienia musi być zgodny z Polskimi Normami i posiadać aktualny Handlowy Dokument Identyfikacyjny (HDI). Musi być wolny od wad i zanieczyszczeń, posiadać swoistą barwę, smak i zapach. Wszystkie artykuły muszą posiadać termin przydatności do spożycia min do kolejnej dostawy.

3. Wykonawca przedmiot zamówienia musi dostarczać w zamkniętych, oryginalnych i nieuszkodzonych opakowaniach. Treść etykiet na opakowaniach winna zawierać informacje w języku polskim o nazwie i adresie producenta, o parametrach fizyko-chemicznych produktu oraz o dacie przydatności do spożycia – zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

4. Zobowiązuje się wykonawcę do tego, aby jakość dostarczanych artykułów spożywczych, sposób ich pakowania, a także rodzaj używanych opakowań zbiorczych – z zastrzeżeniem

określonym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz w stosowanych normach i powszechnie obowiązujących przepisach prawa – powodowały obniżenie ponoszonych przez zamawiającego kosztów przechowywania, przygotowania i dystrybucji dostarczanych produktów i wytwarzanych z nich potraw oraz kosztów wywozu i utylizacji powstałych odpadów.

5. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych we wzorze stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ.

W pkt IV SIWZ zamawiający określił termin wykonania zamówienia –Zamawiający wymaga realizacji zamówienia w terminie: 12 miesięcy od daty udzielenia zamówienia licząc od daty podpisania umowy.

Warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający określił następująco:

V. Warunki udziału w postępowaniu.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...)

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)

c) zdolności technicznej lub zawodowej – za spełniających ten warunek Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują dostawy w zakresie niezbędnym do potwierdzenia spełnienia ww. warunku, przez co Zamawiający rozumie realizację w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, minimum trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, spełnienie niniejszego warunku powinno nastąpić w tym okresie. Wykonawcy muszą podać Zamawiającemu dane dotyczące zrealizowanych w tym okresie dostaw odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia ze wskazaniem przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (w tym celu posłużyć może Załącznik nr 6 oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W pkt VI dotyczącym wykazu oświadczeń lub dokumentów zamawiający wskazał:

VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

1. Do oferty każdy wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenia w zakresie wskazanym w Załączniku, nr 2 i nr 3 do SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. (...).

5. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie następujących oświadczeń lub dokumentów:

a/ wykaz wykonanych dostaw – Załącznik nr 6 wraz z referencjami lub innymi dokumentami potwierdzającymi, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. (...).

8. Jeżeli wykonawca nie złoży oświadczenia, o którym mowa w rozdz. VI. 1. niniejszej SIWZ, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wezwie do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 maja 2017 r., odwołujący złożył wykaz wykonanych dostaw – Załącznik nr 6 wraz z referencjami:

Wykaz wykonanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia:

Lp.; Podmiot na rzecz, którego dostawy były wykonywane; Data wykonania; Przedmiot wykonanej dostawy; Wartość dostawy:

1. PHU "Domena" M. W., ul. Tanowska 2A, 72-010 Police; 1.01.2016 r. – 31.12.2016 r.; pieczywo; 4.500.000,00.

Referencje z 15 maja 2017 r.

"Mega"- M.W. Spółka Jawna z siedzibą w Policach realizowała w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2016 r. dostawy pieczywa i wyrobów cukierniczych do sieci naszych sklepów na

podstawie umowy o współpracy z dnia 4 stycznia 2010 roku, na ogólną wartość 4 500 000,00 zł. słownie: cztery miliony pięćset tysięcy zł. 00/100.

Dostawy zostały zrealizowane z należytą starannością, terminowo z zachowaniem wszystkich postanowień zawartych w umowie między stronami.

W bieżącym roku nadal współpracujemy z Firmą „Mega”– M.W. Spółka Jawna, która pozostaje naszym strategicznym partnerem handlowym.

Zamawiający pismem z dnia 24 maja 2017 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26ust. 3 ustawy Pzp do (...) uzupełnienia oświadczeń / dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

Oświadczenia / dokumenty do uzupełnienia:

1/ Wykaz wykonanych dostaw (załącznik nr 6) wraz z referencjami lub innymi dokumentami potwierdzającymi, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Uzasadnienie:

Wykonawca złożył wykaz wykonanych dostaw, w którym wskazał jedną dostawę.

Informuję, że Zamawiający określił w SIWZ, że Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, jeśli wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje dostawy w zakresie niezbędnym do potwierdzenia spełniania w/w warunku, przez co Zamawiający rozumie realizację w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, minimum trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, spełnienie niniejszego warunku powinno nastąpić w tym okresie. Wykonawcy muszą podać Zamawiającemu dane dotyczące zrealizowanych w tym okresie dostaw odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia ze wskazaniem przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (w tym celu posłużyć może Załącznik nr 6) oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające

ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 25 maja 2017 r. odwołujący złożył wykaz wykonanych dostaw – Załącznik nr 6 wraz z referencjami:

Wykaz wykonanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia:

Lp.;Podmiot na rzecz, którego dostawy były wykonywane; Data wykonania; Przedmiot wykonanej dostawy; Wartość dostawy:

1. PHU "Domena" M. W., ul. Tanowska 2A, 72-010 Police (trzy dostawy zrealizowane na rzecz tego samego wykonawcy)

1.1.01.2015 r. - 31.12.2015 r., pieczywo, 5.200.000,00

2.1.01.2016 r.- 31.12.2016 r., pieczywo, 4.500.000,00

3.1.01.2017 r.- 30.04.2017 r., pieczywo, 1.500.000,00.

Referencje z 24 maja 2017 r.

„Mega” – M.W. Spółka Jawna z siedzibą w Policach realizowała dostawy pieczywa i wyrobów cukierniczych do sieci naszych sklepów na podstawie umowy o współpracy z dnia 4 stycznia 2010 roku w następujących okresach:

1. od 01.01.2015 r. do 31.12.2015 r. na ogólną wartość 5 200 000,00 zł. słownie: pięć milionów dwieście tysięcy zł. 00/100.

2. od 01.01.2016 r. do 31.12.2016 r. na ogólną wartość 4 500 000,00 zł. słownie: cztery miliony pięćset tysięcy zł. 00/100.

3. od 01.01.2017 r. do 30.04.2017 r. na ogólną wartość 1 500 000,00 zł. słownie: milion pięćset tysięcy zł. 00/100.

Dostawy z lat 2015, 2016 jak i bieżące zostały zrealizowane z należytą starannością, terminowo z zachowaniem wszystkich postanowień zawartych w umowie między stronami.

W bieżącym roku nadal współpracujemy z Firmą „Mega”– M.W. Spółka Jawna, która pozostaje naszym strategicznym partnerem handlowym.

Pismem z dnia 26 maja 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy W. Ż. - Ciastkarnia - Piekarnia, Kamień Pomorski, z ceną 140 432,25 zł brutto oraz o wykluczeniu z postępowania odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą, z następującym uzasadnieniem faktycznym i prawnym:

Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, przez co podlega wykluczeniu na podstawie art. 24.1.12) ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zamawiający żądał złożenia wykazu minimum trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego na mocy art. 26 ust. 2 ustawy PZP, złożył wykaz, w którym wskazał jedną dostawę wraz z załączonym dowodem określającym jej należyte wykonanie. W związku z powyższym Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia złożonych dokumentów. W odpowiedzi Wykonawca złożył wykaz i referencje wystawione przez jeden podmiot, z których wynika, że firma „Mega” M. W. Sp. J. realizuje dostawy do sieci sklepów firmy PHU „Domena” na podstawie jednej umowy o współpracy z dnia 4 stycznia 2010 r. Wykonawca wskazał w wykazie dostawę, wynikającą z jednej umowy dzieląc ją na okresy roczne, tj. 1.01.2015-31.12.2015, 1.01.2016-31.12.2016, 1.01.2017-30.04.2017.

W związku z faktem, że Zamawiający wskazał w SIWZ, że uzna Wykonawców za spełniających warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, takich, którzy wykażą realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, minimum trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, stwierdza się jak na wstępie.

III. Na rozprawie rozpoznającej odwołanie na skutek wniesienia sprzeciwu, jedyny obecny odwołujący, złożył następujące wyjaśnienia: uczestnik postępowania odwoławczego nie przedstawił żadnych argumentów mogących uzasadniać wskazane stanowisko. Wyjaśnił, że wykazane w załączniku nr 6 dostawy są dostawami, które polegają na dostarczaniu w dni robocze pieczywa, codziennie od poniedziałku do piątku, na podstawie zamówień składanych przez sklepy (12 sklepów na terenie Polic i Szczecina). Dostawa odbywa się bezpośrednio do sklepów piekarniczych, których właścicielem jest PHU "DOMENA" M.W. Odwołujący wskazał, że realizowane dostawy pieczywa odpowiadają przedmiotowi zamówienia, którym są 3 rodzaje chleba, bułka tarta luz i bułka pszenna.

Chleb pszenno-żytni (krojony, pakowany w folię) (...), jak opisany w pozycji 1 opisu przedmiotu zamówienia, odwołujący dostarcza w ciągu roku do wskazanych sklepów w ilości ok. 350 tysięcy kg. Asortyment wyszczególniony w pozostałych pozycjach opisu przedmiotu zamówienia: 2,3,4,5 –rodzaje pieczywa oraz bułki tartej, odwołujący dostarcza w ilościach kilkanaście razy większych niż przedstawiono w tabeli OPZ jako dostawy w całym okresie realizacji umowy. Przykładowo, odwołujący dostarcza dziennie tonę bułki pszennej (50g), a wymóg zamawiającego, to 600 kg w skali roku (okres realizacji dostawy 12 miesięcy). Powyższe ilości dostaw dotyczą każdego okresu wskazanego w wykazie jako okresy trzech dostaw. Dostawy rozliczane są w systemie miesięcznym. Codzienne dostawy rozliczne są na podstawie dowodów dostaw, w których wskazuje się: rodzaj, ilość, wartość pieczywa. Raz w miesiącu – na koniec miesiąca, firma „MEGA” M. W. spółka jawna wystawia

na podstawie dowodów dostaw fakturę zbiorczą określając w niej rodzaj, ilość i wartość dostawy oraz termin płatności (termin rozliczenia). Na podstawie faktur następuje zapłata należności. Miesięczny obrót pomiędzy firmami „MEGA” i ”DOMENA” z tytułu dostaw pieczywa wynosi ok. 450 tysięcy zł. Natomiast cena oferty przedstawionej zamawiającemu wynosi 134 974,35 zł. Odwołujący uznał, że dostawy przedstawione w wykazie dostaw potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena, stąd oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący podkreślił, że zamawiający zgodził się z jego argumentacją przedstawioną w odwołaniu wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego przyznał rację odwołującemu. Podkreślił również, że dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia jest zamawiający, a nie wykonawca zgłaszający przystąpienie. Wniósł o oddalenie sprzeciwu w całości.

IV. Oceniając powyższe ustalenia i materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasługuje na uwagę stanowisko odwołującego, że uczestnik postępowania odwoławczego wnosząc sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu nie przedstawił żadnego uzasadnienia, tym samym nie wskazał żadnych dowodów wymaganych w świetle art. 190 ust. 1 ustawy Pzp dla stwierdzenia faktów, z których zamierzał wywieść skutki prawne.

Zamawiający zobowiązany do określenia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a, ust. 1b pkt 3, art. 22d ust. 1 ustawy Pzp), opisał je w SIWZ jednoznacznie: *minimum trzy dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia.*

Jedynym dowodem zrealizowania wymaganych dostaw był wykaz dostaw (załącznik nr 6 do SIWZ) i potwierdzenie należytego wykonania dostaw – referencje.

Przepis art. 2 pkt 2 ustawy Pzp określa na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że ilekroć w ustawie jest mowa o dostawach - należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

Definicja dostaw odróżniająca tę kategorię czynności od objętych przepisami ustawy usług i robót budowlanych, jest ogólna – zakłada różnorodność podstaw nawiązywania stosunków prawnych przez podmioty objęte zakresem podmiotowym ustawy. Dostawa w tym rozumieniu ustawy nie jest utożsamiana z umową dostawy w rozumieniu Kodeksu cywilnego (art. 605 *Przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy*

oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo periodycznie, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny), jest pojęciem szerszym.

W § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126) określono: *W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:*

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Dostawa towarów i usług podlegająca obowiązkowi opodatkowania podatkiem VAT, w rozumieniu tej ustawy, oznacza z kolei (obok innych pojęć) faktyczne dysponowanie danym towarem.

Z wykazu wykonanych dostaw, potwierdzonych referencjami odbiorcy oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że odwołujący zrealizował dostawy w okresie wskazanym przez zamawiającego, odpowiadające rodzajem dostawom opisanym w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ. Początkowe kwestionowanie przez zamawiającego dostaw z okresów dwóch lat 2015-2016 i czterech miesięcy 2017 r. jako dostaw wynikających z jednej umowy o współpracy z 4 stycznia 2010 r. z podzieleniem na okresy roczne i nie potwierdzających wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie znajduje uzasadnienia w ustalonych faktach. Odwołujący nie został zobowiązany do dostarczenia umowy o współpracy, ani innej umowy na podstawie, której realizował dostawy. Miał obowiązek przedstawić faktycznie wykonane dostawy w odpowiednim

okresie odpowiadające rodzajem dostawom opisanym w SIWZ. W wykazie dostaw złożonym na pierwsze wezwanie zamawiającego odwołujący podał, że przedstawia wykaz minimum trzech dostaw, wskazał w tabeli przedmiot wykonanej dostawy i wartość 4 500 000,00 zł. W drugim wykazie wskazał dodatkowo dwie pozycje dostaw z podaniem przedmiotu wykonanych dostaw i wartości 5 200 000,00 zł oraz 1 500 000,00 zł. Przyjmując sposób dostawy odwołującego i system rozliczania wskazany w odwołaniu i potwierdzony na rozprawie – (niezakwestionowany i niepodważony w sporze), należało uznać, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż wykonanie wielości dostaw w ilościach nieporównywalnie przekraczających wymagania zamawiającego, nie wykazuje spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy – wykonania *minimum trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia*. Zwłaszcza, że jako podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania wskazano dostawę wynikającą z jednej umowy o współpracy w sytuacji, gdy w SIWZ nie zamieszczono wymagań co do umów, na podstawie których realizowano dostawy. Wymagano wyłącznie minimum trzech dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. W tych okolicznościach brak było podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (wykluczenie wykonawcy z postępowania, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu) ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Izba uznała, za słuszne stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie oraz stanowisko zamawiającego uwzględniające w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Nie znajduje uzasadnienia sprzeciw uczestnika postępowania odwoławczego.

Zgłoszony przez odwołującego Z. S. do złożenia zeznań w charakterze świadka, złożył wyjaśnienia w zakresie merytorycznych zarzutów odwołaniana podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez spółkę.

Reasumując powyższe, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7 500 zł oraz zasądziła od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu (7 500 zł) – §3 pkt 1, § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: