

Sygn. akt KIO/UZP 1241/09

**WYROK**

**z dnia 30 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przemysława Sztukierta prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting – Przemysław Sztukiert, ul. Świętokrzyska 8, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Minister Obrony Narodowej, w imieniu i na rzecz którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa** protestu z dnia **4 sierpnia 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **Bogdana Stasiołka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Polskór”, ul. Szczęśliwa 31, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przemysława Sztukierta, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting – Przemysław Sztukiert, ul. Świętokrzyska 8, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przemysława Sztukierta, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting – Przemysław Sztukiert, ul. Świętokrzyska 8, 27 - 400 Ostrowiec Świętokrzyski,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przemysława Sztukierta, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting – Przemysław Sztukiert, ul. Świętokrzyska 8, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski.**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający - Agencja Mienia Wojskowego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o zamówienie publiczne, którego przedmiotem są dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego w roku 2009.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 maja 2009 roku pod numerem 2009/S 89 -128415.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych ( *dalej ustawa Pzp*). Przedmiot zamówienia został podzielony na osiem zadań częściowych.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2009 roku odwołujący - Przemysław Sztukiert, prowadzący działalność gospodarczą p.n. R&D Consulting (*dalej R&D Consulting*) wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na wyborze dla zadania nr 4 i 5 zamówienia, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Bogdana Stasiołka prowadzącego działalność gospodarczą p.n. PPH Polskór (*dalej PPH Polskór*), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3.

Odwołujący wniósł o uznanie oferty firmy PPH Polskór jako nie spełniającej zapisów SIWZ i odrzucenie tej oferty, wskazując na:

1. brak potwierdzenia wymaganymi dokumentami wymogu dotyczącego doświadczenia zawodowego w zakresie dostaw, określonego w rozdziale V pkt I. 4 oraz rozdział VI pkt 2.6 d. Wykazane w referencji załączonej do oferty dostawy nie dotyczą ochraniaczy zabezpieczających kolana, łokcie, nadgarstki lub kostki, jakie zamawiający opisał w załączniku do SIWZ. Ochraniacze nóg i przedramienia, których dotyczą referencje to odzież ochronna, obie grupy produktów posiadają nie tylko odrębne kody CPV ale także mają zupełnie inne zastosowanie i są przeznaczone do innych działań.
2. zaniechanie odrzucenia oferty PPH Polskór z powodu rażąco niskiej ceny oferty i uznanie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę za potwierdzających jedynie wyżej wskazaną okoliczność. Przedstawione wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji o obiektywnych czynnikach na podstawie których można by stwierdzić, że cena zaoferowana przez wykonawcę PPH Polskór nie jest ceną rażąco niską. Z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę wynika, że będzie on samodzielnie produkował ochraniacze. Okoliczności wskazane w treści wyjaśnienia dotyczące wysokiego bezrobocia w Tomaszowie Mazowieckim i niskich kosztów robocizny nie dają jakiegokolwiek pewności zamawiającemu, że wykonawca zadanie wykona po zaoferowanej cenie. Wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, kosztów wytworzenia produktu, robocizny, materiałów. Odwołujący wskazał, że na rynku europy i świata cena nakolanników z pewnością przekracza 100 złotych w sprzedaży detalicznej. Dodatkowo podniósł, że cena zaproponowana przez wykonawcę Hoffman, którego oferta została odrzucona nieznacznie różni się od ceny zaproponowanej przez odwołującego. W jego ocenie świadczy to o nierealności ceny zaproponowanej przez PPH Polskór lub o zaoferowaniu produktu o niskiej jakości. Wyjaśnienia złożone przez PPH Polskór są niejasne, ogólnikowe i niewystarczające i nie dowodzą istnienia jakichkolwiek czynników obiektywnych czy sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych temu wykonawcy.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 5 sierpnia 2009 roku zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego PPH Polskór, wnosząc o odrzucenie protestu. Zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2009 roku postanowił protest odrzucić na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Wskazał, że odwołujący jako uczestnik postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu z dnia 14 lipca 2009 roku przez PPH Polskór, w którym PPH Polskór żądał unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, miał prawo zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp

wnieść odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w terminie 10 dni od dnia jego doręczenia tj. w terminie do 3 sierpnia 2009 roku. Z uwagi na to, że odwołujący nie skorzystał z tego uprawnienia, protest z dnia 14 lipca został ostatecznie rozstrzygnięty i odwołujący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności wykonane zgodnie z zapadłym rozstrzygnięciem.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący w dniu 21 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wnosząc o uwzględnienie protestu, dokonanie ponownej oceny zarzutów protestu i ustalenie czy oferta PPH Polskór spełnia wymogi siwz.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania w dniu 28 sierpnia 2009 roku zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego Bogdan Stasiołek, prowadzący działalność gospodarczą p.n. PPH Polskór, wnosząc o odrzucenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania, postanowień siwz, ofert złożonych w postępowaniu a także po wysłuchaniu stanowisk stron oraz przystępującego, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, określone w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek zgłoszony przez zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na okoliczności wskazane w art. 187 ust. 4 pkt 4 oraz pkt 5 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 lipca 2009 roku zamawiający powiadomił o wyborze w zadaniu nr 4 i 5 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego oraz o odrzuceniu w tych zadaniach oferty PPH Polskór w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji wskazał, że wykonawca PPH Polskór nie złożył w wymaganym terminie żądanych przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Czynność odrzucenia oferty PPH Polskór stała się przedmiotem protestu złożonego w dniu 14 lipca 2009 roku przez tego wykonawcę, w którym podniósł on, że brak jest podstawy prawnej do odrzucenia jego oferty z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym przez zamawiającego terminie i wskazał, że wezwanie do złożenia wyjaśnień wpłynęło w dniu 7 lipca 2009 roku a termin wyznaczony na złożenie wyjaśnień upływał w dniu 6 lipca 2009

roku. Wykonawca złożył zatem swoje wyjaśnienia niezwłocznie to jest w dniu otrzymania pisma.

W dniu 23 lipca 2009 roku zamawiający uwzględnił protest wniesiony przez PPH Polskór, dokonał ponownej oceny i badania ofert dla zadań 4 i 5 i w dniu 29 lipca powiadomił o wyborze w tych zadaniach jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PPH Polskór. Odwołujący był uczestnikiem przedmiotowego postępowania protestacyjnego.

W ocenie Izby, postępowanie protestacyjne wszczęte na skutek wniesienia protestu z dnia 14 lipca 2009 roku przez PPH Polskór, którego uczestnikiem był również odwołujący dotyczy innych okoliczności faktycznych niż objęte protestem i odwołaniem, będących przedmiotem rozpoznania przez Izbę w niniejszym postępowaniu. Zarzut odwołującego, podniesiony w przedmiotowym postępowaniu dotyczy zaniechania odrzucenia oferty PPH Polskór z uwagi na zaproponowanie rażąco niskiej ceny oferty i uznanie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę za wystarczające, podczas gdy przedmiotem protestu z dnia 14 lipca 2009 roku było odrzucenie oferty PPH Polskór z uwagi na złożenie wyjaśnień po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu. Rozstrzygnięciem protestu z dnia 14 lipca nie była zatem objęta ocena merytoryczna złożonych przez wykonawcę PPH Polskór wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny a jedynie możliwość ich przedłożenia po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu i wyłącznie w tym zakresie odwołujący przystąpił wówczas do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego. Zamawiający ocenił i uznał za zasadne wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny dopiero po rozstrzygnięciu protestu z dnia 14 lipca 2009 roku. Wobec powyższego zasadność złożonych przez PPH Polskór wyjaśnień, jako okoliczność nowa, nie będąca przedmiotem uprzednio wniesionych środków ochrony prawnej, podlega ocenie merytorycznej przez Izbę w niniejszym postępowaniu.

Izba nie podzieliła także argumentacji zamawiającego i przystępującego co do zgłoszenia zarzutu braku wymaganego doświadczenia po upływie ustawowego terminu. W ocenie Izby na etapie wyboru oferty z dnia 9 lipca 2009 roku, odwołujący nie miał interesu prawnego i faktycznego w kwestionowaniu doświadczenia zawodowego przedstawionego w ofercie PPH Polskór, tym bardziej że to oferta odwołującego została wówczas uznana za najkorzystniejszą a oferta PPH Polskór została odrzucona. Złożone środki ochrony prawnej dotyczą czynności wyboru oferty PPH Polskór jako najkorzystniejszej, a zatem termin na wniesienie zarzutów pod adresem tej oferty rozpoczyna swój bieg od dnia powzięcia informacji o wyborze oferty PPH Polskór.

Odnosząc się do podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu zarzutów, Izba zważyła, że odwołujący posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem uwzględnienie podniesionych przez niego zarzutów daje mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wniesione środki ochrony prawnej dotyczą zamówień ujętych w zadaniu 4 i 5, które obejmują dostawę nakolanników i nałokietników.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia dla zadań 4 i 5 została ustalona odpowiednio na kwotę 734 218,88 zł brutto, 489 460,24 zł brutto.

Na zadanie nr 4 złożono 2 oferty:

1. PPH Polskór z ceną 262 555,12 zł
2. R&D Consulting z ceną 379 030, 80 zł

Na zadanie nr 5 złożono 3 oferty:

1. PPH Polskór z ceną 154 293,20
2. PH Hubert Hoffman z ceną 313 149,60 zł,
3. R&D Consulting z ceną 274 191, 28 zł.

Zaoferowana przez PPH Polskór cena jednostkowa brutto za nakolanniki (zadanie nr 4) wynosi 46,03 zł, podczas gdy cena jednostkowa brutto za ten asortyment zaproponowana w ofercie odwołującego wynosi 66,45 zł.

Cena jednostkowa brutto za nałokietniki (zadanie nr 5) wynosi w ofercie PPH Polskór – 27,05 zł, zaś w ofercie odwołującego – 48,07 zł.

Zamawiający, działając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do PPH Polskór o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny zaproponowanej w zadaniu 4 i 5 przez tego wykonawcę. W piśmie z dnia 7 lipca 2009 roku wykonawca wyjaśnił m.in., że Tomaszów Mazowiecki jest niedużym miastem o wysokiej stopie bezrobocia, co ma bezpośredni wpływ na niskie koszty robocizny. PPH Polskór specjalizuje się w produkcji wyrobów ochronnych dla służb mundurowych, posiada wysoko wyspecjalizowany personel, nowoczesny park maszynowy, a sposób finansowania produkcji pozwala na zminimalizowanie kosztów produkowanych wyrobów. Wykonawca potwierdził, że cena za oferowane wyroby uwzględnia koszty materiałów, robocizny, pozostałe koszty i zysk.

W ocenie Izby, przedstawione przez PPH Polskór wyjaśnienia z dnia 7 lipca 2009 roku potwierdzają realność i możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za ceny przedstawione w ofercie, tym bardziej, że jak wyjaśnił przystępujący jest on producentem asortymentu, będącego przedmiotem zamówienia a nie jego bezpośrednim importerem, co powoduje, że cena jego oferty nie jest obciążona dodatkowymi kosztami importu towaru.

Zatem działanie zamawiającego, który uznał za wystarczające wyjaśnienia ceny oferty złożone przez PPH Polskór jest właściwe. Skoro zamawiający nie uznał, że ceny

zapropozowane przez tego wykonawcę są cenami nierealnymi to zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, przedstawienie dowodu na twierdzenie przeciwne spoczywa w całości na odwołującym, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. ( art. 6 k.c.).

Izba zważyła, że odwołujący, na którym jak wyżej ustalono spoczywa ciężar udowodnienia nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego okoliczność, że zaproponowane przez przystępującego ceny jednostkowe są cenami nierealnymi, za które nie jest możliwe wyprodukowanie tego rodzaju asortymentu. Zatem twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne. Przedstawiona przez odwołującego kalkulacja ceny (pismo z dnia 3 lipca 2009 roku) dotyczy cen towarów importowanych i obejmuje koszty m.in. cła, obsługi celnej, odprawy, prowizji, fracht lotniczy i dostawę towarów z zagranicy a zatem, z uwagi na okoliczność, że przystępujący jest producentem a nie importerem tego rodzaju asortymentu kalkulacja ta jest bezprzedmiotowa dla oceny niniejszego stanu faktycznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wobec braku przedstawienia dowodu na okoliczność potwierdzenia ceny rażąco niskiej, zarzut ten nie zasługuje na uznanie.

W odniesieniu do zarzutu braku wymaganego doświadczenia zawodowego do realizacji zamówienia, Izba ustaliła, co jest bezsporne między stronami, że:

W dziale V pkt 1.4 siwz, zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykonali w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawy których przedmiotem były dla zadania nr 4 i 5 ochraniacze zabezpieczające: kolana, łokcie, nadgarstki lub kostki o łącznej wartości 514 000 zł brutto (zadanie nr 4), 342 000 zł brutto ( zadanie nr 5).

PPH Polskór na potwierdzenie powyższego warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz 3 dostaw zrealizowanych na rzecz: Jednostki Wojskowej nr 1907, gdzie przedmiotem była dostawa nakolanników i nałokietników o wartości 94 916 zł oraz na rzecz Komendy Głównej Policji, gdzie przedmiotem była dostawa ochraniaczy nóg oraz ochraniaczy przedramienia o wartościach odpowiednio 1 023 848, 40 zł oraz 422 998, 40 zł. Referencja z dnia 3 czerwca 2009 roku dotycząca dostaw realizowanych na rzecz Komendy Głównej Policji potwierdza, że przedmiotem dostawy były ochraniacze nóg oraz ochraniacze przedramienia. Oceniając treść postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oraz biorąc pod uwagę złożone w ofercie PPH Polskór referencje, należy zauważyć, że niewątpliwie ochraniacze nóg i przedramienia zabezpieczają również wskazane przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu kolana, łokcie i nadgarstki. Zatem, skoro przedstawione w referencjach produkty służą ochronie większej części ciała, niż wskazane w siwz: kolana, łokcie, nadgarstki to nieuzasadnionym jest twierdzenie, że nie spełniają wymaganego doświadczenia zawodowego.

Podkreślić, należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem i doktryną celem sformułowania warunku wymaganego doświadczenia jest dokonanie wyboru wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania zamówienia i który posiada doświadczenie w realizacji zamówień o podobnym ale niekoniecznie identycznym, tożsamym z przedmiotem zamówienia charakterze. W tym zakresie należy uznać, że wykazane jako doświadczenie dostawy ochraniacze nóg i przedramienia są zamówieniami o charakterze podobnym z przedmiotem zamówienia, który obejmuje dostawę nakolanników i nałokietników, a zatem odpowiadają swoim zakresem i wartością dostawom, stanowiącym przedmiot zamówienia, co jest zgodne z treścią § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane ( Dz. U. nr 87, poz. 605).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła odwołanie w oparciu o art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.)



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....