

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca
Paweł Trojan
Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Mechaniczne "TARNÓW" S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. BUMAR Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kochanowskiego 30, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Celną we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Mechaniczne "TARNÓW" S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. BUMAR Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kochanowskiego 30, 33-100 Tarnów** 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: 1. Zakłady Mechaniczne "TARNÓW" S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. BUMAR Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kochanowskiego 30, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Mechaniczne "TARNÓW" S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. BUMAR Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kochanowskiego 30, 33-100**

Tarnów na rzecz **Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław** kwotę **165 zł 00 gr** (słownie: sto sześćdziesiąt pięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na posiedzenie.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Celna we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i rozstawienie/posadowienie strzelnicy kontenerowej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 13 lipca 2011 r. zamawiający, w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Mechaniczne "TARNÓW" S.A., 2. BUMAR Sp. z o.o., (dalej: „odwołujący” lub „ZM TARNÓW”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy Przemysław Sztukierta, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting - Przemysław Sztukiert, ul. Świętokrzyska 8, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski (dalej: „R&D Consulting”).

W dniu 19 maja 2011 r. ZM TARNÓW wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty R&D Cosulting, podczas gdy podlegała ona odrzuceniu jako niespełniająca wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”),
2. zaniechania domagania się dowodów i wyjaśnień pozwalających na ocenę wiarygodności oświadczenia o wiedzy, doświadczeniu, potencjałach produkcyjnym i ludzkim,
3. wyboru oferty R&D Cosulting, podczas gdy wybór ten narusza dyscyplinę finansów publicznych i jest niezgodny z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 17 ust. 1 pkt. 3 i 4, oraz ust. 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a także
2. art. 7 ust. 1-3, 22 ust. 1, 26 ust. 1, 29 ust 1 i 2, 89 ust. 1 pkt. 2-4 ustawy.

Odwołujący wnosił o:

1. odrzucenie oferty R&D Consulting,
2. wybór oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że R&D Consulting nie przedłożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca złożył oświadczenie o wykonaniu jednego kontenera strzelniczego, co nie jest omyłką pisarską ale zupełnie innym przedmiotem, podczas gdy przetarg, a nawet nazewnictwo na wzorze dokumentu zał. nr 3 do siwz wyraźnie wskazywało na strzelnicę kontenerową. Odwołujący podnosił, że zgodnie z rodz. VI pkt. 3 siwz wykaz miał obejmować strzelnice kontenerowe, a nie kontenery strzelnicze. Kontener strzelniczy stanowi jedynie obudowę zestawu strzelnicy kontenerowej, bez kluczowych komponentów jak zestaw treningowy, czy wszelkie jej wyposażenie (np. kulochwyty, systemy tłumienia). Ponadto porównanie wartości wykazywanych przez oferentów wskazuje iż czym innym jest kontener strzelniczy a czym innym strzelnica kontenerowa. Wskazywał, że najczęściej zestaw strzelnicy kontenerowej składa się z dwóch kontenerów. Zatem kontener strzelniczy to jedynie część zestawu. Wykonanie jednego kontenera nie jest zgodne z siwz. Zatem, w ocenie odwołującego wykaz stanowiący zał. nr 3 siwz jest niezgodny z wymogami specyfikacji, a oferta winna być odrzucona. Dodatkowo podkreślał, że wykonawca R&D Consulting nie złożył oświadczenia, zgodnie z ww. załącznikiem, o produkcji w toku. Takie oświadczenie znajduje się jedynie w treści listu referencyjnego, co jest niezgodne z treścią siwz.

ZM Tarnów twierdził, że oferent załączył dokument który nie jest listem referencyjnym, ani oświadczeniem o produkcji w toku, gdyż Pan Barłomiej Torbiczuk autor tego dokumentu nie działał w imieniu odbiorcy tj. INDRO sp. z o. o. Podkreślał, że większościowym udziałowcem spółki INDRO sp. z o.o. jest najprawdopodobniej osoba o najbliższym stopniu pokrewieństwa z oferentem, co w związku z brakiem jakiegokolwiek dokumentacji wykonawstwa, dostawy etc. sprzętu, każe poddać w wątpliwość spełnienie wymogów specyfikacji.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotem zamówienia jest strzelnica kontenerowa, a taki wyrób musi się cechować wysokim poziomem bezpieczeństwa balistycznego (możliwe jest jego dowolne usytuowanie np. w pobliżu osiedli mieszkaniowych). W ocenie odwołującego oczywistym jest, iż wiedza i doświadczenie ma dotyczyć zdolności wytworzenia przedmiotu zamówienia, a zatem wykonawców którzy wykonali strzelnice kontenerowe rozumiane jako: Kontenery 40 ft HC przeznaczone do treningów strzeleckich indywidualnych oraz w parach, które mają zapewnić trening z pistoletów centralnego i bocznego zapłonu o kalibrze do 11,43 mm oraz pistoletów maszynowych o kalibrze do 9 mm ogniem pojedynczym, pociskami płaszczywymi i półpłaszczywymi zwykłymi o rdzeniu miękkim, amunicją wystrzeliwaną z

prędkością początkową nie większą niż 1000 m/s i energią pocisku do 1000J, Strzelnica ma posiadać możliwość strzelania prowadzonego ze stałej i zmiennej linii otwarcia ognia od 15 do 10 m. Z uwagi na specjalny charakter wyrobu i związane z tym szeroko pojęte kwestie bezpieczeństwa w pkt. 2 Roz.5 siwz zasadnym jest uznanie tylko tych wykonawców którzy wykonali przedmiot zamówienia, a nie są w trakcie jego wykonywania. Bowiern tylko w takim przypadku można stwierdzić, że przedmiot jest właściwie wykonany i nie zagraża bezpieczeństwu użytkownika a firma posiada doświadczenie w tym zakresie.

Odwołujący wskazywał na wątpliwość, tj. w jaki sposób i jakimi kryteriami zamawiający oceni wiedzę i doświadczenie przy dostawie przedmiotu zamówienia w przypadku wykonawcy, który nie dokonał uprzednio dostawy, lecz jest dopiero w trakcie realizacji dostawy jak w rodz. V pkt. 2 siwz. W szczególności, w jaki sposób i jakimi kryteriami zamawiający przyjmie, iż należyte wykonanie jedynie etapu dostawy jest tożsame z należywym wykonaniem zakończonej dostawy, w szczególności mając na uwadze na specjalny charakter wyrobu i związane z tym szeroko pojęte kwestie bezpieczeństwa. W jaki sposób zamawiający oceni doświadczenie i wiedzę wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia jak rodz. V pkt. 2 siwz. Zdaniem odwołującego takie opisanie ww. wymogu doświadczenia i wiedzy, a także potencjału produkcyjnego i ludzkiego w tak mało precyzyjny sposób narusza przepisy Pzp, a poprzez wybór oferenta który nie wykazał ww doświadczenia wiedzy i potencjałów ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co stanowi naruszenie art. 17 ust.1 pkt. 3 i pkt.4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego posiadania polisy w zakresie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności odwołujący stwierdził, że R&D Consulting nie przedłożył w złożonej ofercie dowodu posiadania ubezpieczenia ww. zakresie. Załączony aneks do umowy ubezpieczenia (polisa nr 903000962755) nie dotyczył przedłożonej umowy (Polisa 901005415255), której ważność upłynęła 24 maja 2011 r. Zatem umowa ubezpieczenia załączona do oferty nie spełnia wymogów siwz, gdyż nie obejmuje okresu przetargu.

Kolejno odwołujący podnosił, że oferta R&D Consulting zawiera rażąco niską cenę. W jego ocenie - jeśli przyjąć, iż spełnione mają być wszystkie parametry zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, wzięwszy pod uwagę oferowane odwołującemu ceny komponentów, oraz zakładając, iż oferty te nie są wynikiem zawyżającej zмовы cenowej - wskazana cena jest rażąco niska i nierealna.

Ponadto odwołujący wskazywał, że opis przedmiotu zamówienia dotyczący systemu treningowego jest tak szczegółowy, że preferuje w przekonaniu odwołującego konkretnego

producenta (LaserShoot) w szczególności dotyczy to pkt.4 ppkt. 7 OPZ. Wskazane rozwiązanie techniczne i jego parametry ograniczają konkurencję gdyż inne rozwiązania techniczne i nieco odmienne parametry oferowane są przez szerszy krąg producentów, a dają gwarancję pełnej funkcjonalności zestawu i czynią zadość oczekiwaniom zamawiającego.

W dniu 22 lipca 2011 r. odwołujący za pomocą faksu przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 25 lipca 2011 r. zamawiający przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 2 sierpnia 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył R&D Consulting. Izba ustaliła na posiedzeniu Izby, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W specyfikacji w rozdziale III w pkt. 1 zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest sprzedaż wraz z dostawą i rozstawieniem/posadowieniem strzelnicy kontenerowej.

W rozdziale V siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków” zamawiający sprecyzował, że:

1. - w pkt. 2 - w zakresie wiedzy i doświadczenia za spełniających ten warunek uzna wykonawców, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują co najmniej dostawę 1 zestawu strzelnicy kontenerowej o wartości nie mniejszej niż 600.000, 00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz załączą dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie;
2. – w pkt. 4 – sytuacji ekonomicznej i finansowej – w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej – za spełniony ten warunek zamawiający uzna wykonawców, którzy przedstawią opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 000 000,00 zł.

W rozdziale VI siwz „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w części A) zamawiający wymagał przedłożenia m. in.:

1. – w pkt. 3 – wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw strzelnic kontenerowych w zakresie niezbędnym do wykazania wiedzy i doświadczenia o łącznej wartości 600.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie – zgodnie z załącznikiem nr 3 do siwz;
2. – w pkt. 4 – opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 000.000,00 zł.

W załączniku nr 3 do siwz pn. „Doświadczenie w zakresie wykonawstwa” zamawiający zawarł m. in. zapis „Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania wiedzy i doświadczenia o wartości 600.000, - złotych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Izba po zbadaniu całości dokumentacji przetargowej stwierdziła, że brak jest w niej odniesienia do dokumentu pod nazwą „Oświadczenie o produkcji w toku”.

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w ofercie R&D Consulting znajdował się:

1. – str. 6 – wykaz pn. „Wykaz w zakresie wykonawstwa” sporządzony na druku (zał. 3 do siwz) w którym wykazano 1 pozycję. W rubryce „Przedmiot zamówienia” wskazano „Kontener strz.” Jako zlecającego zamówienia wykonawca wykazał „INDO Sp. z o.o.”, natomiast wartość dostawy została określona na kwotę 730.000,00 zł.
2. – str. 7 – List referencyjny datowany na 8 lipca 2011 r. w którym wskazano, że firma R&D Consulting zrealizowała dla firmy INDO jeden kontener strzelniczy o wartości 730.000,00 zł oraz obecnie realizuje drugi kontener strzelniczy o wartości 690.000,00 zł. Dodatkowo podano, że firma w trakcie realizacji dostawa i innych dostaw wykazała się sumiennością i profesjonalizmem. Realizowane dostawy były wykonywane należycie, z

dużą starannością i w terminach zgodnie z zamówieniami. List referencyjny został opatrzone podpisem i pieczęcią imienną Pana Bartłomieja Tobiczuka jako Prezesa Zarządu oraz pieczęcią nagłówkową INDO Sp. z o.o.

3. – str. 10 – polisa nr 901005415255 wystawiona przez ERGO HESTIA, w której jako przedmiot i zakres ubezpieczenia wskazano – OC działalności gospodarczej. Polisa zawierała okres ubezpieczenia od 25 maja 2010 r. do 24 maja 2011 r.
4. – str. 11 - aneks nr 803000072260 do umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą 903000962755 z dnia 23 maja 2011 r. wystawiony przez ERGO HESTIA . W aneksie wskazano: „Okres ubezpieczenia od 25 maja 2011 r. do 24 maja 2012 r. Jako okres obowiązywania zmiany wskazano: od 6 lipca 2011 r. do 24 maja 2012 r. W aneksie podano: „Opis zmian (...) strony uzgadniają wprowadzenie następujących zmian w ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia. Podniesienie sumy gwarancyjnej do 1.000.000,00 zł. Suma gwarancyjna przed zmianą – 500.000 zł. Suma gwarancyjna po zmianie – 1.000.000 zł.

W rozdziale III „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny” zamawiający wskazał, że jedynym kryterium oceny ofert będzie - Cena brutto (100%).

Zgodnie z treścią protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (ZP-PN) zamawiający, na podstawie rozeznania rynku, ustalił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę 1.016.260,16 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 1.250.000,00 zł. brutto.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa wyrażona jako kwota netto i powiększona o należy podatek VAT jest równa kwocie jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1.250.000,00 zł.

W przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert złożono dwie oferty, tj. opiewający na kwotę brutto:

1. R&D Consulting – 1.199.250,00 zł.
2. Odwołujący – 1.705.112,00 zł.

Podczas rozprawy odwołujący wycofał zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Kolejno Izba odniosła się do skuteczności przystąpienia do postępowania po odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy R&D Consulting wskazując, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wypełnił prawidłowo przesłanek zawartych w art. 185 ust. 2 Pzp, wobec tego należy stwierdzić, że nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W powyższym przepisie ustawy ustawodawca jasno wskazał, że dla skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego wymagane jest doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia w ściśle określonej formie, tj. bądź to pisemnej bądź elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Z ustaleń Izby wynika, że kopię odwołania R&D Consulting otrzymał w dacie 25 lipca 2011 r. natomiast zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony wykonawcy wpłynęło do Izby z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 Pzp., bowiem dopiero w dacie 2 sierpnia 2011 r. (nadane w placówce operatora publicznego w dniu 27 lipca 2011 r. – koperta opatrzona datą stempla pocztowego), a więc 5 dni po terminie, który upłynął w dniu 28 lipca 2011 r. W związku z tym, Izba uznała, że wykonawca R&D Consulting nie przystąpił skutecznie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ponadto Izba wyjaśnia, że dla zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego koniecznym jest faktyczne doręczenie zgłoszenia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie bądź to pisemnej bądź elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W przepisach Pzp brak jest bowiem domniemania, że złożenie zgłoszenia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny poszczególnych, podniesionych w odwołaniu, zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty w zakresie zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy R&D Consulting z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie potwierdziły się.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania uznała za zasadne podkreślenie, iż siwz jest dokumentem szczególnej rangi w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdyż to właśnie w specyfikacji zamawiający szczegółowo i z należytą starannością opisuje przedmiot zamówienia, zawierając przy tym przedmiotowe wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, a także opisuje sposób oceny warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp. Postanowienia siwz precyzują także granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert oraz weryfikując, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych i przedmiotowych. Przechodząc do analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów należy wskazać co następuje.

Izba wskazuje, że zamawiający w rozdziale V w pkt. 2 wprost wskazał, że w zakresie wiedzy i doświadczenia za spełniających ten warunek uzna wykonawców, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują co najmniej dostawę 1 zestawu strzelnicy kontenerowej o wartości nie mniejszej niż 600.000, 00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz załączą dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie. W celu wykazania spełnienia ww. warunku zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych

również wykonywanych dostaw strzelnic kontenerowych w zakresie niezbędnym do wykazania wiedzy i doświadczenia o łącznej wartości 600.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie – zgodnie z załącznikiem nr 3 do siwz.

Z ustaleń Izby wynika, że R&D Consulting przedłożył w złożonej ofercie żądane przez zamawiającego dokumenty, zarówno wykaz zgodny z załącznikiem nr 3 do siwz jak również list referencyjny potwierdzający należyte wykonanie wskazanej w wykazie dostawy (str. 6-7 oferty wykonawcy). Spór w przedmiotowej sprawie sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy określenie „kontener strzelniczy” jest tożsame z określeniem „strzelnica kontenerowa”?

W niniejszej kwestii Izba uznała za trafne i przekonujące stanowisko zamawiającego, który wyjaśniał, że odwołujący błędnie przyjął istnienie rozbieżności pod względem merytorycznym pomiędzy „strzelnicą kontenerową” a „kontenerem strzelniczym”. Wskazywana przez odwołującego rozbieżność sprowadza się wyłącznie do warstwy leksykalno-nazewniczej. Równie dobrze pod względem użytkowym przedmiot zamówienia można nazwać „kontenerem strzeleckim”, „strzelnicą w kontenerze”, „kontenerowym urządzeniem strzelniczym”, „zestawem do strzelania zabudowanym w kontenerze”, czy podobnie inaczej. Nie istnieje obecnie obowiązująca Polska Norma dotycząca takich urządzeń ani ich nazewnictwa.

W ocenie Izby na podkreślenie zasługuje również fakt, że sam odwołujący przedłożył wraz ze złożoną ofertą listy referencyjne, w których zostały użyte różne określenia w zakresie przedmiotu zamówienia tj.: „Mobilna strzelnica kontenerowa” czy też „Kryta mobilna strzelnica ćwiczebna”.

W przedmiotowej kwestii twierdzenia odwołującego Izba uznała za gołosłowne, ponieważ nie zostały one poparte żadnymi dowodami. Odwołujący nie wykazał, że towar zaoferowany przez R&D Consulting nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, tj. w znaczeniu kontenera, w którym można przeprowadzić strzelanie z broni palnej, a to właśnie na odwołującym zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego spoczywa ciężar dowodzenia w tej sprawie.

Odnosząc się do kwestii nie złożenia przez R&D Consulting tzw. „oświadczenia zgodnie z zał. nr 3 do siwz o produkcji w toku” Izba po zbadaniu całości dokumentacji w sprawie stwierdziła, że zamawiający postanowieniami siwz nie wymagał złożenia ww. oświadczenia.

Jedynie w treści załącznika nr 3 do siwz - „Doświadczenie w zakresie wykonawstwa” - zamawiający zawarł zapis „Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania wiedzy i doświadczenia o wartości 600.000, - złotych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

W opinii Izby w treści ww. załącznika do siwz nie sposób wywieść aby wykonawcy byli zobligowani do złożenia oświadczenia o produkcji w toku, a jedynie w przypadku dostaw, które są w trakcie realizacji wykonawcy mieli przedłożyć dokumenty potwierdzające, że są one wykonywane należycie. Ponadto, wskazana powyżej interpretacja zapisów siwz dokonana przez Izbę została potwierdzona przez zamawiającego podczas rozprawy. Tym samym Izba uznała zarzut odwołującego w niniejszym zakresie za niczym nie uzasadniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego treści listu referencyjnego wystawionego INDO Sp. z o.o., potwierdzającego należyte wykonanie dostawy, wskazanej w wykazie sporządzonym w oparciu o zał. nr 3 do siwz Izba wskazuje, że ww. dokument został opatrzony podpisem oraz pieczęcią Prezesa Zarządu Pana Bartłomieja Torbiczuka. Tym samym należy uznać twierdzenia odwołującego, że ww. osoba nie działała w imieniu spółki za bezzasadne.

Izba wskazuje, że treści a przede wszystkim z charakteru listu referencyjnego z dnia 8 lipca 2011 r. wystawionego przez INDO Sp. z o.o. wynika jasno, że stanowi on oświadczenie wiedzy a nie woli podmiotu wystawiającego ww. dokument. Wobec powyższego nie budzącym wątpliwości jest, że nie musiał być on podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji spółki w zakresie składania oświadczeń woli. Ponadto brak odzwierciedlenia w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego jako Prezesa Zarządu Spółki Pana Bartłomieja Torbiczuka nie przesądza o tym, że ww. osoby nie powołano na wskazaną funkcję.

Wobec powyższego nie budzącym wątpliwości jest, że Izba podziela w pełni pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 30 kwietnia 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 486/10, w którym Izba stwierdziła: *„Odnosnie referencji rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie określa jakiego typu mają to być dokumenty, ani tym bardziej kto ma je wystawiać czy podpisywać. Ze względu na cel ich składania przyjęć można, że mogą to być osoby i podmioty dysponujące wiedzą w przedmiocie przebiegu i zakończenia robót. Nie muszą to być osoby uprawnione do reprezentowania danego podmiotu, ale posiadające określoną wiedzę w danym przedmiocie czy organizacyjnie przydzielone do prowadzenia danej sprawy”.*

W związku z powyższym w przedmiotowej kwestii Izba uznała twierdzenia odwołującego za niezasadne, ponieważ nie zostały one poparte żadnymi dowodami. Odwołujący nie wykazał, że list referencyjny wystawiony przez INDO Sp. z o.o. jest niewiarygodny i został podpisany przez osobę nieuprawnioną, a to właśnie na odwołującym zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego spoczywa ciężar dowodzenia w tej sprawie.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że wykonawca R&D Cosulting w sposób prawidłowy wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określony przez zamawiającego w siwz.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy R&D Consulting z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba stwierdziła, że ww. zarzuty nie potwierdziły się.

Izba wskazuje, że § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), uprawniał zamawiającego - w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - do żądania od wykonawców opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Bezspornym jest, że zamawiający w rozdziale V siwz w pkt. 4 w oparciu o ww. przepis określił, że w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej za spełniony ten warunek zamawiający uzna wykonawców, którzy przedstawią opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 000 000,00 zł. W celu wykazania potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu zamawiający żądał przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 000.000,00 zł.

Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego, który dokument pn. aneks do umowy ubezpieczenia - polisa nr 903000962755 znajdujący się w ofercie złożonej przez R&D Consulting uznał za prawidłowy i wystarczający dla potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Niewątpliwym jest, że z treści powyższego dokumentu jednoznacznie wynika, że posiada on wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, tj. wykonawca posiadał ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 1.000.000,00 zł. i na wyznaczony przez Zamawiającego dzień składania ofert, tj. 11 lipca 2011 r. posiadał okres obowiązywania od 06 lipca 2011 r. do 24 maja 2012 r.

Izba potwierdziła, że wykonawca R&D Consulting w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, określony przez zamawiającego w siwz.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R&D Consulting, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i stwierdziła, że należy uznać go za niezasadny.

Izba wskazuje, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Jednak korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt. KIO 1039/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2011 r. o sygn. akt. KIO 1517/11)

Wskazać należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną, która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia sygn. akt.: KIO 1515/10).

Zgodnie z poglądem doktryny jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. W przedmiotowym stanie faktycznym wartość ta wynosiła 1.250.000,00 zł., natomiast zaoferowana przez R&D Consulting cena ofertowa była od niej niższa jedynie o 50.750,00 zł. Wartość ceny zawartej w ofercie R&D Consulting stanowiła ok. 96% wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek VAT. Z powyższej analizy wynika wprost, że cena zawarta w ofercie R&D Consulting stanowiła niemal identyczną wartość jak wartość przedmiotu zamówienia oszacowana przez

zamawiającego z uwzględnieniem podatku VAT, co prowadzi do oczywistego wniosku, że nie sposób uznać jej za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba odniosła także cenę zawartą w ofercie R&D Consulting w stosunku do jedynej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu tj. do ceny zawartej w ofercie odwołującego, która opiewała na kwotę 1.705.112 zł. Z porównania cen obu ofert wynika, że cena ofertowa wykonawcy R&D Consulting była niższa od ceny zaoferowanej przez odwołującego o 505.862 zł i stanowiła ok. 70 % ceny tej oferty. W związku z tym Izba uznała, że cena oferty R&D nie odbiega w znacznym stopniu od cen rynkowych i ceny zaproponowanej przez odwołującego, a zatem nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że w przedmiotowej kwestii to właśnie na odwołującym bezspornie spoczywa ciężar dowodzenia. Jednak odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że cena zawarta w ofercie R&D Consulting nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Reasumując należy stwierdzić, że cena zawarta w ofercie R&D Consulting nie jest ceną rażąco niską. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty ww. wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Zarzuty w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję Izba uznała za chybione.

Izba wyjaśnia, że zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt. 1 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, skoro wykonawca nie skorzystał z przysługującego mu środka ochrony prawnej we wskazanym terminie to podnoszenie tego rodzaju zarzutów po dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za spóźnione i niedopuszczalne. Tym samym oznacza to, że nie mogą być one podnoszone na obecnym etapie postępowania.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 1, art. 7 ust. 3 Pzp Izba wskazuje, że samo odwołanie się w treści odwołania do artykułu Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego protest oraz odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 545/08). Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez Zamawiającego naruszony (podobnie wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1092/09).

Tożsamą argumentację Izby w zakresie definiowania zarzutu należy odnieść do stwierdzenia odwołującego znajdującego się w treści odwołania, tj. „zaniechanie domagania się dowodów i wyjaśnień pozwalających na ocenę wiarygodności oświadczenia o wiedzy, doświadczeniu, potencjałach produkcyjnym i ludzkim. Dodatkowo jedynie należy wskazać, że treść żądań odwołania, polegających jedynie na domaganiu się odrzucenia oferty R&D Consulting oraz wyborze oferty odwołującego jest wprost sprzeczna z przytoczoną treścią odwołania, ponieważ zakres żądań nie obejmuje procedury wyjaśniającej czy też uzupełniającej braki w zakresie dokumentów w ofercie R&D Consulting.

Konkludując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty w zakresie zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy R&D Consulting z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy, ponieważ jego oferta zawierała cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się również naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Tym samym w rozpoznawanym zakresie potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 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). Izba na podstawie przedłożonego rachunku uwzględniła koszty zamawiającego w kwocie 165 zł poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Przewodniczący:

.....

.....

.....