

WYROK

z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2014 r.

przez wykonawcę: **Trawena Group sp. z o.o. z siedzibą w Trawnikach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (ubrania treningowe, bielizna, koszulki letnie, skarpety)* (nr postępowania D/23/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 4226 w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **M..... K..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „K.....”, Łowicz** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zadaniach nr 6, 7, 8 i 9 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wykluczenia M..... K..... Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „K.....” z Łowicza w zadaniu nr 6 z powodu niewykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień dotyczących wykazu dostaw dla zadań nr 7, 8 i 9, w celu ustalenia, czy dostawy referencyjne dotyczyły przedmiotów (ubrań) o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia w poszczególnych zadaniach.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Jednostkę Wojskową Nr 4226 w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Trawena Group sp. z o.o. z siedzibą w Trawnikach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego: Jednostki Wojskowej Nr 4226 w Warszawie** na rzecz **odwołującego: Trawena Group sp. z o.o. z siedzibą w Trawnikach** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4226 w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (ubrania treningowe, bielizna, koszulki letnie, skarpety)* (nr postępowania D/23/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_032-051178 z 14 lutego 2014 r., z tym że 11 lutego 2014 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na stronie internetowej {www.2rblog.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 5.904.990,92 zł, co stanowi równowartość 1.397.654,08 euro.

8 maja 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Trawena Group sp. z o.o. z siedzibą w Trawnikach {spółka zwanej dalej również w skrócie „Trawena”} – zawiadomienie o wynikach postępowania w poszczególnych częściach zamówienia {określanych również dalej mianem „zadań”}, w tym o wyborze w zadaniach nr 6, 7, 8 i 9 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M..... K..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „K.....” z Łowicza {przedsiębiorcy zwanego również dalej w skrócie „M..... K.....”}.

19 maja 2014 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu} od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania M..... K..... i odrzucenia złożonej przez niego oferty w wyżej wymienionych częściach zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownej oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że w rozdziale V pkt 1.2 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykazanie wykonania minimum 1 (jednej) głównej dostawy, odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, o określonej wartości zależnej od zadania. Przy czym Zamawiający określił, że za dostawy tego samego rodzaju uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. Informację ta została powtórzona w załączniku nr 4 do SIWZ – wzorze wykazu dostaw.

Odwołujący podał, że M..... K..... w ofercie nie przedstawił żadnych wykazów dostaw ani referencji. Dopiero na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp uzupełnił te dokumenty.

Odwołujący wywiódł z tego, że wyczerpana została w ten sposób możliwość ponownego uzupełniania wykazu i dokumentów.

Odwołujący podał, że w zadanie nr 6 przedmiotem zamówienia są kalesony zimowe specjalne (wg załącznika nr 1 do SIWZ: kod CPV 18312000-9 – Bielizna osobista/Kalesony), czyli kalesony (długie nogawki) wykonane ze specjalnego polaru (poliester), przeznaczone na zimę, pełniące funkcję ocieplającą, termalną.

Natomiast M..... K..... w wykazie oraz liście referencyjnym podał jako dostawę referencyjną wykonanie 17.200 kpl. bielizny letniej koloru khaki, na którą składają się: koszulka letnia koloru khaki (wzór 518/MON) z krótkim rękawem (wg załącznika nr 1 do SIWZ zadanie 11 i 12, kod CPV 18312000-9 – Bielizna osobista/Kalesony) oraz spodenki letnie koloru khaki (wzór 529/MON) z krótkimi nogawkami, bokserki (wg załącznika nr 1 do SIWZ zadanie 14, kod CPV18310000-5- ogólnie Bielizna osobista). Przedmiotem dostawy były wyroby bawełniane, przeznaczone na lato, niemające funkcji ocieplającej.

Według Odwołującego koszulki i spodenki (krótkie) nie mają funkcji i przeznaczenia tożsamej z kalesonami, co było wymagane przez Zamawiającego (brak tożsamości przeznaczenia i funkcji wymaganej przez Zamawiającego).

Odwołujący dodał, że porównanie kodów CPV przedmiotu zamawianego w zadaniu nr 6 z przedmiotami dostarczanymi przez M..... K..... jednoznacznie wskazuje na inny rodzaj odzieży.

Zdaniem Odwołującego nie sposób przyjąć, że koszulki khaki letnie mogłyby być uznane jako potwierdzające spełnianie warunków wiedzy i doświadczenia w zakresie dostawy kalesonów z uwagi na inną funkcję i przeznaczenie.

Natomiast gdyby hipotetycznie założyć, że spodenki letnie koloru khaki, ze względu na kod CPV (kod podany dla kalesonów 18312000-9 mieści się w ramach bielizny osobistej 18310000-5), nawet wówczas przedstawiona referencja nie jest wystarczająca. W odwołaniu

Sygn. akt KIO 986/14

przedstawiono następujące rozumowanie. Referencja na komplet bielizny jest na kwotę 380.596,44 zł. Została ona także użyta dla zadania nr 10, w którym wymagana wartość dostaw referencyjnych wynosi 25.000,00 zł. Pozostaje wartość 355.596,44 zł. Zakładając że spodenki mają w tej referencji 50% udziału – zostaje na spodenki kwota 177.798,22 zł. Ta sama referencja została również użyta na zadanie 14, którego przedmiotem są dokładnie te spodenki wzór 529/MON, gdzie wymagana wartość dostaw referencyjnych wynosi 157.000,00 zł. W takim przypadku pozostaje z części dotyczącej spodenek wartość 20.798,22 zł, podczas gdy wymagana wartość dostaw referencyjnych w zadaniu nr 6 wynosi 181.000,00 zł.

W opinii Odwołującego Zamawiający ma świadomość, że spełnianie przez referencyjne dostawy warunków SIWZ w kontekście przeznaczenia i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia jest niezwykle istotne. Odwołujący powołał się na wyrok z 7 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1567/12), dotyczący zarzutu niespełniania warunku funkcji i przeznaczenia przez dostawy referencyjne, w którym Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie wskazała, że referencyjne dostawy należy rzetelnie porównać w zakresie funkcji i przeznaczenia z przedmiotami objętymi zamówieniem. Odwołujący podsumował, że niewątpliwie wyrób bielizny letniej nie posiada co najmniej funkcji ocieplającej.

Odwołujący opisał, że przedmiot zamówienia w zadaniu nr 7 stanowią kalesony zimowe specjalne, a w zadaniu nr 8 – bielizna zimowa specjalna (koszulka zimowa specjalna i kalesony zimowe specjalne). Natomiast M..... K..... w uzupełnionym wykazie dostaw oraz liście referencyjnym podał jako dostawę referencyjną bliżej nieokreśloną bieliznę. Odwołujący zarzucił, że jest to sformułowanie zbyt ogólne, a wręcz ogólnikowe, aby stwierdzić, czy potwierdza spełnianie warunków wiedzy i doświadczenia. Nie jest możliwe do wykazanie, że bielizna jest tożsama co do funkcji i przeznaczenia z, odpowiednio, kalesonami zimowymi specjalnymi czy kalesonami zimowymi specjalnymi i koszulkami zimowymi specjalnymi, które przeznaczone są na zimę, spełniają funkcję ocieplającą..

Odwołujący zrelacjonował, że w zadaniu nr 9 przedmiotem zamówienia jest bielizna zimowa specjalna (koszulka zimowa specjalna i kalesony zimowe specjalne), o cechach takich samych jak w zadaniu nr 6. Natomiast M..... K..... w wykazie dostaw oraz liście referencyjnym wskazał jako dostawę referencyjną dostawę koszulek.

Odwołujący zarzucił, że przedstawione przez M..... K..... dokumenty w żaden sposób nie potwierdzają, że dostarczone koszulki miały przeznaczenie i funkcję tożsamą z przeznaczeniem i funkcją bielizny zimowej specjalnej, która przeznaczona jest na zimę, spełnia funkcję ocieplającą.

Sygn. akt KIO 986/14

Ponadto zarzucił, że wykaz i referencja nie obejmują kalessonów, które są częścią zamówienia, a same koszulki nie mają funkcji i przeznaczenia tożsamej z kalessonami, gdyż wykonanie kalessonów różni się technologicznie od wykonania koszulek. Posiadanie doświadczenia w wykonywaniu i dostawie koszulek nie jest jednoznaczne z posiadaniem doświadczenia w wykonywaniu i dostawie kalessonów.

21 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z tej daty, zawierające zgłoszenie przez M..... K..... z Łowicza przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, zachowania 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

30 maja 2014 r. do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

W opinii Zamawiającego konstrukcja zarzutów została oparta o pozbawione podstaw założenie, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu należało udowodnić doświadczenie w realizacji dostaw identycznych z przedmiotem zamówienia. Odwołujący dokonał rozszerzającej i niekorzystnej zarówno dla Zamawiającego, jak dla M..... K..... wykładni brzmienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia zawodowego, że *Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.*

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowej kwestii w 2013 r., tylko w sprawach, w których Zamawiający był stroną postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się dwukrotnie.

W sprawie o sygn. akt KIO 1637/13, w której przedmiotem zamówienia były dostawy bielizny, a zatem w niemal identycznych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła {podkreślenia własne Zamawiającego}: *Oдноśnie zarzutu podniesionego wobec przystępujących, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, a dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za niezasadny. Określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w realizacji dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. III 2.3. wyjaśnił, że za dostawy tego samego rodzaju uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem*

zamówienia. Tożsamy stwierdzenie powtórzone zostało w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale V – Uwaga. Izba podziela w tym miejscu stanowisko, że to nie przedmiot dostaw referencyjnych musiał być tożsamy z przedmiotem zamówienia opisanym w Rozdziale III i załączniku nr 1 do siwz, lecz chodziło o tożsamość przeznaczenia i funkcji tych dostaw. Taką ocenę przyjął również zamawiający w toku badania ofert po otrzymaniu wyjaśnień od przystępującego w zakresie zadania jedenastego uznając za prawidłowe stanowisko, iż funkcja i przeznaczenie ubrania płóciennego ze spodenkami letnimi są tożsamy zważywszy, że pełnią funkcję osłony ciała i są przeznaczone do stosowania bezpośrednio ze skórą. Analogicznie zamawiający zasadnie uznał przedstawione dostawy referencyjne w zadaniu dziewiątym obejmujące komplety bielizny specjalnej letniej (spodenki i koszula) przy przedmiocie zamówienia w tym zadaniu stanowiącym koszulki letnie koloru khaki. Należy przy tym zaznaczyć, że przedmiotem zamówienia dla wszystkich zadań jest dostawa przedmiotów zaopatrzenia mundurowego określonych jako bielizna wyspecyfikowana co do rodzajów i ilości.

W sprawie o sygn. akt KIO 724/13 Izba zwróciła także uwagę na brak możliwości wskazywania na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej w celu ustalenia, czy wskazana na potwierdzenie spełniania warunków dostawa jest tożsamy co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia {podkreślenia własne Zamawiającego}: *Odnosząc się do zarzutu, że dostawy ubrań wykonane dla Poczty Polskiej SA. nie są tożsamy co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia, Izba stwierdziła, że przedmiotowe zamówienie obejmuje dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, jakimi są (załącznik nr 1 do siwz) „kurtka z ocieplaczem oraz spodnie”. Zamawiający nie postawił w siwz warunku posiadania doświadczenia w dostawach ubrań ochronnych tożsamy z przedmiotem zamówienia, tj. takich samych, jak opisane szczegółowo w załączniku nr 1 do siwz, precyzującym warunki techniczne przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie wymagań określonych w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej nr 128/MON (zadanie nr 1 i 2). W treści warunku nie zawarto odniesienia do wymagań technicznych zawartych w załączniku nr 1 do siwz. Ponadto w świetle art. 22 ust. 4 Pzp, warunek wymagający wykazania dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia należałoby uznać za nadmierny, a tym samym nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.*

Zamawiający nie zdefiniował także w siwz pojęcia „ubiorów tożsamy co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia”, a zatem pojęcie to należy rozumieć w powszechnie przyjętym znaczeniu. W takim znaczeniu funkcją odzieży w tym postępowaniu to, zgodnie z określeniem rodzaju odzieży – funkcja ochronna – odzież ma

chronić człowieka, który ją nosi przed szkodliwymi wpływami różnych czynników np. zimna, natomiast przeznaczenie tej odzieży – to stosowanie odzieży przez pracowników mundurowych.

Przedmiotem umowy z Poczta Polska S.A., jak wynika z jej treści, była „dostawa składników ubioru służbowego” obejmująca ocieplane kurtki oraz spodnie, stanowiące umundurowanie pracowników Poczty. Ten przedmiot dostaw służy umundurowaniu osób w zakresie spodni i kurtek chroniących przed zimnem, tak jak w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby brak tzw. nadruku maskującego, nie dyskwalifikuje tej odzieży jako tożsamej co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia, jako element wtórny (ozdobny), który nie decyduje o przeznaczeniu odzieży. W konsekwencji Izba uznała za niezasadny zarzut zaniechania wezwania ARLEN S. A., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia w zakresie dostaw ubiorów spełniających wymaganie tożsamości co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że – uznając materialno-prawną słuszność powyższych orzeczeń, wprowadził je do własnej praktyki udzielania zamówień publicznych. Kierując się ich treścią, uznał, że dostawy wykazane przez M..... K....., jako że są dostawami bielizny osobistej, wszystkie pełnią funkcję osłony ciała i są przeznaczone do stosowania bezpośrednio ze skórą. Przedmiotem zamówienia dla wszystkich zadań jest dostawa przedmiotów zaopatrzenia mundurowego określonych jako bielizna wyspecyfikowana co do rodzajów i ilości. Zatem każda spośród wskazanych przez M..... K..... dostaw jest tożsama co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia w zakresie zadań, dla których stanowiła potwierdzenie spełnienia warunku udziału.

Według Zamawiającego tym bardziej manipulacja kwotami wykonanych zamówień, prowadząca do niesłusznych wniosków, że M..... K..... nie wykonał dostaw o wystarczającym wolumenie nie może znaleźć uznania. Zamawiający podał, że w zakresie objętym zarzutami odwołania, M..... K..... złożył w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania doświadczenia zawodowego wykaz dostaw wraz z referencjami:

- dostawy bielizny dla JW 4226 (czyli Zamawiającego) – dla zadań nr 6, 10, 14 – na kwotę 380.596,44 zł;
- dostawy bielizny dla SYNTEX sp. z o.o. – dla zadań nr 7, 8 – na kwotę 409.353,59 zł;
- dostawy koszulek dla BOG-MAR sp. z o.o. – dla zadań nr 3, 9 i 12 – na kwotę 610.971,85 zł.

Natomiast suma kwot, które M..... K..... potwierdza poszczególnymi referencjami powinna wynosić co najmniej:

Sygn. akt KIO 986/14

- 363.000,00 zł – dla zadań nr 6,10 i 14;
- 309.000,00 zł – dla zadań nr 7 i 8;
- 275.000,00 zł – dla zadań nr 3, 9 i 12.

Zamawiający podsumował, że brak zatem podstaw do stawiania zarzutu, że kwoty dostaw wskazanych w celu potwierdzenia spełniania warunków są niewystarczające.

Na zakończenie Zamawiający wyraził opinię, że przytoczony przez Odwołującego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1567/12) został wydany w odmiennych okolicznościach, gdyż w tamtej sprawie ocenie tożsamości co do funkcji i przeznaczenia podlegały dostawy odzieży izolacyjnej z ocieplaczem składane na potwierdzenie posiadania doświadczenia w dostawach ocieplaczy pod umundurowanie polowe.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Przystępujący nie stawiał się, pomimo że prawidłowo został powiadomiony o terminie posiedzenia Izby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył w zadaniach nr 6, 7, 8 i 9 ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Wobec tego zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Przystępującego i odrzucenia jego oferty w tych zadaniach, naraża Odwołującego na potencjalną szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby – w przeciwnym razie – liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z., oferty Przystępującego, wezwania i uzupełnionego wykazu wraz dokumentami na potwierdzenie należytego wykonania dostaw, a także z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego w postaci pisma Zamawiającego zawierającego uzasadnienie wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu.

Izba ustaliła uzupełniająco w zakresie okoliczności adekwatnie opisanych w odwołaniu, że zgodnie z nazwą postępowania przedmiot zamówienia obejmuje dostawę *przedmiotów umundurowania i wyekwipowania*, czyli ubrań, następujących rodzajów: ubranie treningowe (bluza i spodnie – zadanie nr 1 i 2), bielizna (zadanie nr 3: bielizna sportowa – koszulka i spodenki; zadanie nr 4: bielizna pilota letnia – koszulka i kalesony; zadanie nr 5: bielizna pilota zimowa – koszulka i kalesony; zadanie nr 6: kalesony zimowe specjalne; zadanie nr 7: kalesony zimowe specjalne; zadanie nr 8: bielizna zimowa specjalna – koszulka i kalesony; zadanie nr 9: bielizna zimowa specjalna – koszulka i kalesony; zadanie nr 10: bielizna zimowa specjalna marynarki wojennej), koszulka letnia (koszulka letnia koloru khaki – zadanie nr 11 i 12; koszulka marynarska – zadanie nr 13) i skarpety (zadanie nr 15: skarpety letnie; zadanie nr 16: skarpety zimowe; zadanie nr 17: skarpetki specjalne marynarki wojennej; zadanie nr 18: skarpetki letnie koloru czarnego). Ponadto przedmiotem zamówienia w zadaniu 14 są spodenki letnie koloru khaki.

W zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający w s.i.w.z. dokonał w szczególności następującego opisu sposobu oceny jego spełniania: *Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane. (...)*

Wartość każdej (pojedynczej dostawy winna być nie mniejsza niż: ...

Jeżeli Wykonawca składa ofertę na kilka części (zadań) jednocześnie, a na potwierdzenie spełniania warunku posiada jedną dostawę (oraz np. poświadczenia), wartość tej dostawy

winna być nie mniejsza niż łączna kwota, wykonanych dostaw, wymagana w celu potwierdzenia spełniania warunku dla części (zadań) na które jest składana oferta. (...)

Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.

W wyniku wezwania do uzupełnienia niezłączonych w ogóle do oferty dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, M..... K..... złożył wykaz dostaw (na wzorze załącznika nr 4 do s.i.w.z.) wraz z dokumentami na potwierdzenie ich należytego wykonania.

Wykaz i dokumenty obejmują w szczególności następujące dostawy wskazane dla następujących zadań:

- zadanie 6, 10 i 14 – dostawa bielizny o wartości łącznej 380.596,44 zł na rzecz JW 4226 w Warszawie, przy czym z dokumentu poświadczenia wystawionego 14 lutego 2014 r. przez Zamawiającego wynika, że przedmiotem dostawy była bielizna letnia koloru khaki;
- zadanie 7 i 8 – dostawa bielizny o wartości łącznej 409.353,59 zł na rzecz „Syntex” sp. z o.o., przy czym z referencji wystawionych przez tę spółkę z Łowicza wynika, że przedmiotem dostaw była bielizna;
- zadanie 9 i 12 – dostawa koszulek o wartości łącznej 610.971,85 zł na rzecz „Bog-Mar” sp. z o.o., przy czym z referencji wystawionej przez tę spółkę z Łowicza 17 marca 2014 r. wynika, że przedmiotem dostawy były koszulki.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp (w aktualnym stanie prawnym nazywane *opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków*) – ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie *spełnia – nie spełnia*. Jest to istotne, gdyż warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Jest to działanie dopuszczalne, jednakże w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp,

który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, co aktualnie wprost wyrażone jest art. 22 ust. 5 zd. pierwsze pzp, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, to jest naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom na równych zasadach.

W orzecznictwie Izby utrwalone jest stanowisko, że – co do zasady – opis sposobu oceny spełniania warunku należy interpretować literalnie, przy czym dopuszczalna jest – jeżeli okaże się to konieczne – uwzględnienie wskazówek interpretacyjnych wynikających z tego, że taki opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jednakże jeżeli opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny lub niejasny, to nie powinno to rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców, a w takim przypadku warunek należy interpretować na korzyść wykonawcy, który w dobrej wierze podjął się wykazania jego spełnienia.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie obejmuje dostawę – jak to określono – przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – przy czym pomimo 18 zadań zasadniczy podział rodzajów ubrań odzwierciedla nazwa postępowania, w której wyszczególniono 4 zasadnicze rodzaje: ubrania treningowe, bielizna, koszulki letnie i skarpety, do których bez trudu można zaklasyfikować ubrania objęte poszczególnymi zadaniami. Piątym rodzajem są spodenki letnie koloru khaki. Najwięcej zadań, bo aż 8, dotyczy bielizny, przy czym tutaj zasadniczy podział również wynika z nazwy poszczególnych zadań, gdyż o ile zadania 3 i 4 dotyczą bielizny sportowej lub letniej, o tyle przedmiotem zadań od 5 do 10 jest dostawa bielizny zimowej. Dodatkowy podział, krzyżujący się z poprzednim, można wyznaczyć według kryterium, czy przedmiotem zamówienia jest komplet bielizny (góra i dół), co dotyczy większości zadań (zadania 3 - 5 i 7 -10), czy tylko dół (kalesony zimowe specjalne z zadań 6 i 7).

Zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem w realizacji 1 głównej dostawy, również przy składaniu ofert na kilka zadań jednocześnie, zastrzegając, że pod względem wartości taka dostawa musi co najmniej odpowiadać łącznej wartości dostaw wymaganych

dla poszczególnych zadań.

Dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenie ma jednak zastrzeżenie, że należy wykazać się doświadczeniem w dostawie odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, co zostało zdefiniowane przez Zamawiającego jako dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby oczywiste jest, że owe przedmioty (umundurowania i wyekwipowania) to po prostu ubrania, a nie jakiegokolwiek przedmioty. Ponieważ Zamawiający nie określił co rozumie przez ubrania *o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia*, należy w tym zakresie posłużyć się powszechnym znaczeniem słów składających się na to sformułowanie. Według słownika języka polskiego PWN {<http://sjp.pwn.pl>} podstawowe znaczenie słowa *funkcja* należy rozumieć jako *zadanie, która ma spełniać jakaś osoba lub rzecz*. Natomiast adekwatne do okoliczności znaczenie słowa *przeznaczenie* oznacza *praktyczny cel, do którego coś jest przeznaczone, zakwalifikowane, któremu dana rzecz służy*. Z kolei przymiotnik *tożsamy* ma następujące znaczenie: *niczym się nieróżniący, taki sam lub ten sam*. Wobec tego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w danej części zamówienia winien wykazać się doświadczeniem w realizacji co najmniej jednej dostawy głównej, której przedmiotem były ubrania służące takiemu samemu celowi i spełniające takie samo zadanie, jak ubrania objęte przedmiotem zamówienia w tej części zamówienia.

W ocenie Izby biorąc powyższe pod uwagę należy odrzucić interpretację sugerowaną w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, że ponieważ wszystkie zadania objęte zarzutami odwołania dotyczą bielizny osobistej, wyspecyfikowanej co do rodzajów i ilości, bielizna (względnie koszulki) wykazane przez M..... K..... należy uznać za spełniające tożsamą funkcję rozumianą jako osłona ciała i mające tożsame przeznaczenie *do stosowania bezpośrednio ze skórą*. Należy zauważyć, że tak określone kryteria spełniają co najmniej wszystkie ubrania przeznaczone do zakładania bezpośrednio na ciało, w tym np. skarpety, a generalnie wszystkie ubrania służą do okrywania ciała. Zamawiający powołał się w tym zakresie na jedną ze spraw, w której uczestniczył, jednak należy zauważyć, że aktualnie prowadzone postępowanie dotyczy nie tylko bielizny. Należy przy tym zauważyć, że w drugiej z przywołanych w odpowiedzi na odwołanie spraw funkcja i przeznaczenie zostały zupełnie inaczej zinterpretowane, w szczególności przeznaczenie ubrań zostało odniesione do stosowania odzieży przez pracowników mundurowych. Wydaje się zatem, że za każdym razem decydujące znaczenie mają szczegółowe okoliczności konkretnej sprawy, w szczególności jakie ubrania były objęte przedmiotem zamówienia.

Z drugiej strony należy wziąć pod uwagę, że przy braku bliższego sprecyzowania przez Zamawiającego tożsamości jakiego przeznaczenia i funkcję ubrań wymaga, w grę

mogą wchodzić tu różne możliwości interpretacji. Wynika to już z treści odwołania, w którym raz Odwołujący definiuje przeznaczenie przez pryzmat pory roku, na którą przeznaczona jest bielizna, dodając, że w przypadku spornych zadań chodzi o funkcję termalną (ocieplającą) bielizny zimowej. W innym miejscu Odwołujący zdaje się rozumieć przeznaczenie i funkcję bielizny {nie dokonując już ich szczegółowego rozróżnienia} przez pryzmat tego, czy są przeznaczone do górnej (koszulka) czy dolnej części ciała (kalesony), akcentując, że koszulki, niezależnie od tego, na jaką porę roku są przeznaczone, nie mają funkcji i przeznaczenia tożsamej z kalesonami.

Izba biorąc pod uwagę wszystkie te uwarunkowania stwierdziła, że interpretacją rozszerzającą i nie znajdującą oparcia w treści opisu sposobu spełnienia warunku byłoby wymaganie, aby różnicować doświadczenie wykonawców przez pryzmat tego, czy dostarczali górne lub dolne części bielizny. Natomiast nie można pominąć, że sformułowany przez Zamawiającego opis funkcjonuje w kontekście konkretnych zadań, z których jedno dotyczy bielizny letniej, a inne zimowej, co jest wprost uwidocznione już w nazwach poszczególnych zadań. W ocenie Izby racjonalnie interpretując wymaganie tożsamości zarówno przeznaczenia, jak funkcji przedmiotu dostaw referencyjnych z przedmiotem zamówienia w danym zadaniu, należy stwierdzić, że bielizna letnia nie ma tożsamego przeznaczenia i funkcji z bielizną zimową, która służy ociepleniu i jest przeznaczona na wymagającą spełnienia takiej funkcji porę zimową.

Przystępujący nie wykazał zatem spełnienia warunku w zakresie zadania 6, gdyż z referencji wynika, że przedmiotem dostaw była bielizna letnia. Natomiast w zadaniach 7,8 i 9 wykluczenie Przystępującego byłoby przedwczesne, gdyż nie można wykluczyć, że przedmiotem dostaw referencyjnych były dostawy bielizny, względnie koszulek o przeznaczeniu zimowym, pełniących funkcję ocieplającą. W ocenie Izby Zamawiający powinien w tym zakresie wezwać M..... K..... do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, a dopiero na ich podstawie podjąć decyzję, czy Przystępujący wykazał spełnianie warunku w powyżej wywiedzionym rozumieniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

Sygn. akt KIO 986/14

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis, a także jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedstawionego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

.....

.....