

Sygn. akt: KIO/UZP 227 /08

**WYROK**  
**z dnia 28 marca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Grzegorz Mazurek

**Członkowie:** Izabela Niedziałek  
Andrzej Niwicki

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 marca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lubawa S.A. ul. Dworcowa 1, 14-260 Lubawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa** protestu z dnia **18 lutego 2008 r.**

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się;

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Lubawa S.A. ul. Dworcowa 1, 14-260 Lubawa**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Lubawa S.A. ul. Dworcowa 1, 14-260 Lubawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX złote XXX groszy) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX złote XXX groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lubawa S.A. ul. Dworcowa 1, 14-260 Lubawa**.

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Minister Obrony Narodowej, w którego imieniu działa Agencja Mienia Wojskowego prowadzi postępowanie na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego w 2008r.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została umieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 12.02.2008r.

W dniu 18.02.2008r. protest na zapisy SIWZ złożyła Lubawa S.A. Podniesiono naruszenie art. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez wprowadzenie do SIWZ – część IV pkt 1 ppkt 1 - zapisów dotyczących wymagania wykazaniem się doświadczeniem dostaw o określonej wartości, które w ocenie protestującego były zbyt wysokie i naruszały jego prawa jako wykonawcy. Ponadto wskazano na bezpodstawne wprowadzenie wymogu przedstawienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających wykonanie w okresie ostatnich 3 lat dostaw o określonej wartości, których przedmiotem były wyroby określone w części V pkt 2 ppkt 1-7 SIWZ. (wszystkie części). Na koniec podniesiono kwestię wysokości i długości okresu blokady zabezpieczenia należytego wykonania umowy – tj. zapisu części XVII pkt 4

SIWZ. W argumentacji wskazano na to, że protestujący jest uznanym producentem i dostawcą działającym w branży wyposażenia wojskowego od wielu lat. W ocenie protestującego brak jest racjonalnych przesłanek świadczących o tym, że zasadne jest wprowadzenie w SIWZ ograniczeń które uniemożliwią mu wzięcie udziału w postępowaniu a doprowadzi to stanu gdzie oferty będzie mógł złożyć bardzo ograniczony krąg podmiotów.

W dniu 5.03.2008r. Zamawiający oddalił ww. protest. W argumentacji wskazał na to, że ustawa Prawo Zamówień Publicznych obliuguje zamawiającego do ustalenia katalogu warunków i dokumentów żądanych od wykonawców w związku z powyższym musiał postawić warunki proporcjonalne do wielkości zamówienia. Określono grupy asortymentowe adekwatne do przedmiotu zamówienia w oparciu o które należy badać doświadczenie podmiotu ubiegającego się o zamówienie. Na potwierdzenie argumentacji przywołał wyrok Zespołu Arbitrów oraz wypowiedź prasową. W odniesieniu do wysokości wartości zatrzymania zabezpieczenia wskazano na dopuszczalność tej czynności przez ustawę Prawo Zamówień Publicznych.

W dniu 10.03.2008r. Lubawa S.A. złożyła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tak jak w proteście – podniesiono kwestię naruszenia art. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez wprowadzenie do SIWZ – część IV pkt 1 ppkt 1 - zapisów dotyczących wymagania wykazaniem się doświadczeniem dostaw o określonej wartości, które w ocenie protestującego były zbyt wysokie i naruszały jego prawa jako wykonawcy. Ponadto wskazano na bezpodstawne wprowadzenie wymogu przedstawienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających wykonanie w okresie ostatnich 3 lat dostaw o określonej wartości, których przedmiotem były wyroby określone w części V pkt 2 ppkt 1-7 SIWZ. (wszystkie części). Na koniec podniesiono kwestię wysokości i długości okresu blokady zabezpieczenia należytego wykonania umowy – tj. zapisu części XVII pkt 4 SIWZ.

W argumentacji podniesiono, że z jednej strony zamawiający postanowił nie precyzować warunków udziału w postępowaniu a z drugiej strony wprowadził katalog szczegółowych dokumentów. Wskazano na naruszenie art. 25 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przez takie działanie.

Dodatkowo podkreślono, że nie określenie przez zamawiającego charakteru dostaw w zakresie świadczeń okresowych lub ciągłych utrudnia prawidłowe skompletowanie dokumentów odnoszących się do zamówienia.

Dalej podkreślono doświadczenie Odwołującego na rynku dostaw zasobników i toreb oraz kamizelek kuloodpornych oraz fakt podobnej techniki szycia i wytwarzania dla toreb, zasobników, plecaków, śpiworów oraz kamizelek kuloodpornych.

Odnosnie zapisu postanowienia w części XVII pkt 4 SIWZ dotyczącego konieczności blokady wniesionego zabezpieczenia wskazano, że zapis ten niepotrzebnie naraża wykonawców na dolegliwość finansową i zaproponowano, że 100 % wniesionego

zabezpieczenia powinno być ważne przez 60 dni po upływie terminu określonego w umowie dla ostatniej dostawy i stanowiłoby to dostateczną gwarancję interesów zamawiającego.

Po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania oraz wysłuchaniu głosów stron na rozprawie Izba postanowiła oddalić odwołanie.

W odniesieniu do zarzutu związanego z nieprawidłowym ukształtowaniem warunków udziału w postępowaniu wskazać należy, że nie została naruszona zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców.

Warunki wynikające z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych dotyczące doświadczenia zostały skonkretyzowane przez Zamawiającego w części IV pkt 1 ppkt 1 SIWZ a dokumenty które miały potwierdzać spełnianie tego warunku w części V pkt 2 ppkt 1-7 SIWZ. Wynikało z tego, że zamawiający przyjmował będzie referencje dotyczące – zasobników, toreb, plecaków, aktówek, walizek, toreb podróżnych, worków wykonanych ze skóry lub tkaniny odnośnie potwierdzania warunku w zakresie zadań 1-3. Stanowi to określenie rodzajowe, nie stwierdzono, że jest to wymaganie dotyczące wyrobów tożsamyh z wyrobami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia dotyczył określonych rodzajów zasobników a zamawiający wskazał na wymaganie bardziej ogólne w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie wartości wykonanych dostaw wymaganych przez zamawiającego stwierdzić należało, że są to wartości niższe niż wartość dostawy w opisie przedmiotu zamówienia a okoliczność, że przedmiotowe zamówienie organizowane jest corocznie przez zamawiającego od kilku lat wskazuje, że wystarczające doświadczenie posiada co najmniej kilka podmiotów – na rynku polskim.

Odwołujący nie wskazał, do jakiej wartości zamawiający powinien obniżyć swoje wymagania, ale argumentował podobieństwem techniki wykonania w zakresie konfekcjonowania. Nie sposób jest uwzględnić argumentacji odwołującego ponieważ nie określił granic do jakich zamawiający powinien ograniczyć swoje wymagania w zakresie doświadczenia. Z art. 15 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie. Zamawiający powinien również zapewnić możliwość złożenia oferty przez kilka niepowiązanych więzami dominacji i zależności podmiotów. Z analizy dokumentacji postępowania – w tym druku ZP 12 oraz ofert złożonych w postępowaniu wynika, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 17 ofert. Kilku wykonawców którzy złożyli oferty stanowiło wielopodmiotowe konsorcja.

Odwołujący wskazał na swoje doświadczenia w dostawach z lat wcześniejszych niż trzyletni okres przed zamówieniem. W odniesieniu do możliwych wymagań w okresie 2005-

2007 powinien jednak skorzystać z doświadczenia innych podmiotów dostarczających torby, plecaki, aktówki, walizki itp. Takim rozwiązaniem – szeroko stosowanym na rynku zamówień publicznych jest konsorcjum. Podmiot z dużym doświadczeniem i uznaną pozycją może zawierać konsorcja nie tylko z partnerami krajowymi ale również tymi z innych państw.

Z wykazu umów zawartych w latach 2005 i 2006 przez „Lubawa” S.A. złożonych przez zamawiającego wynika, że w zakresie rodzajowo podobnym przedmiotowi zamówienia dostawy wynosiły 26 840 zł co stanowi w istocie niewielki procent tego, co wymagał zamawiający. Aby spełnić oczekiwania odwołującego zamawiający musiałby dopuścić doświadczenia z dostaw zupełnie innych asortymentowo materiałów. Argumentacja odwołującego związana z doświadczeniem w zakresie dostaw kamizelek kuloodpornych nie została uwzględniona. Przede wszystkim należy wskazać na zupełnie różny charakter kamizelki kuloodpornej niż zasobników, toreb czy worków podróżnych. Dopuszczając tego rodzaju rozszerzenie zamawiający musiałby dopuścić wszystkie wyroby które mają podobny sposób wykonania konfekcyjnego co mogłoby doprowadzić do nieracjonalnych rozwiązań.

Odnosnie argumentu dotyczącego unieważnienia postępowania z powodu braku wskazania charakteru dostaw pod kątem ciągłości i powtarzalności okresowej - ustalono, że nie był on podniesiony w żaden sposób w proteście co stosownie do brzmienia art. 191 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oznacza, że Izba nie może wydać w tym zakresie orzeczenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania blokady 30 procent kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy – wskazać należy, że tego rodzaju możliwość jest zagwarantowana brzmieniem art. 151 ust. 2 i 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający nie musi spełniać żadnych dodatkowych warunków w celu wykorzystania tej instytucji. Wystarczającym będzie jeśli postanowi działać w ten sposób – w granicach dopuszczonych przez art. 151 ust. 2 i 3 ustawy. Nie można oczekiwać od zamawiającego skorzystania z regulacji art. 147 ust. 4 – jest to prawo a nie obowiązek zamawiającego. Z uprawnienia tego może skorzystać w wyjątkowych przypadkach a wskazanie na taką wyjątkową sytuację w przedmiotowym postępowaniu byłoby wątpliwe.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie 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.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie\*~~ w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\* *niepotrzebne skreślić*