

Sygn. akt: KIO 1714/17

WYROK

z dnia 1 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 29 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 sierpnia 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa: Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w W.**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G. i:**
 - 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: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G.** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w W. prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę zbiornikowca paliwowego SUPPLY*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 5 kwietnia 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 068-118617.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G. (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 18 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. naruszenie art. 131e ust. 1 pkt 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji,
2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, mimo że w postępowaniu tym wpłynął wniosek o dopuszczenie w nim od wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, a także obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, wniosek wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G. jak

również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 18 sierpnia 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Dostawa zbiornikowca paliwowego SUPPLY*”.

/dokumentacja postępowania: Ogłoszenie o zamówieniu 2016/S 068-118617, pkt II.1.1./

Ogłoszenie o zamówieniu zawierało, między innymi, następujące postanowienia:

Pkt III.2.3 Kwalifikacje techniczne i /lub zawodowe, kryteria dotyczące kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia):

1. Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał minimum jedną dostawę (przez jedną dostawę Zamawiający rozumie jedną zrealizowaną umowę) polegającą na wybudowaniu jednostki pływającej (okręt/statek) posiadającą konstrukcję dna podwójnego minimum na długości zbiorników, o wyporność pełnej nie mniejszej niż 3000 ton i wartości dostawy co najmniej 150 000 000 PLN brutto.

/dokumentacja postępowania: Ogłoszenie o zamówieniu 2016/S 068-118617, pkt III.2.3./

W niniejszym postępowaniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył m. in. Odwołujący.

/dokumentacja postępowania: Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G. ./

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający m. in. wskazał w wezwaniu, iż Odwołujący załączył do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych dostaw, który w pozycji Lp. 1 i Lp. 2 zawiera dostawy wykonane dla jednego kontrahenta. Powyższe dostawy były realizowane w dwóch różnych terminach (25.11.2013 r. i 18.12.2013 r.) na kwotę, która stanowi sumę ceny dostaw z poz, Lp 1 oraz Lp. 2. Z załączonych do ww. wykazu poświadczeń nie wynikało, że dostawy były realizowane w ramach jednej umowy (...). W związku z powyższym, w sytuacji gdy dostawa 1 i dostawa 2 wymieniona w przedmiotowym wykazie dotyczy dwóch różnych umów, Zamawiający - na podstawie art 26 ust 3 Ustawy - wzywa Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających, że wymienione w pozycji Lp. 3 oraz Lp. 4 ww. wykazu umowy zostały wykonane należycie, bądź do złożenia nowych wykazów wraz z dowodami. potwierdzającymi spełnianie warunku, o którym mowa w Sekcji III.2.3 pkt 1 i 2 Ogłoszenia o zamówieniu.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2017 r./

Odwołujący pismem z dnia 12 maja 2017 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, wskazując że dostawy promów o numerach budów B 613/1 oraz B 613/2 były realizowane w oparciu o dwie odrębne umowy, jednakże były to dokumenty o identycznej treści, co nakazuje przyjąć tożsamość podstawy prawnej i faktycznej realizacji zobowiązań przez R. S. S. A. zwłaszcza, że były to jednostki bliźniacze powstałe w serii.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 12 maja 2017 r./

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2017 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 131 e ust. 1 pkt 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 9 sierpnia 2017 r./

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2017 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi iż wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski zostali wykluczeni na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 w związku z art. 24 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 9 sierpnia 2017 r./.

W dniu 18 sierpnia 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G. (zwani dalej: „Odwołującym”) (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. S. S. A. oraz K. K. i W. Sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum w G. z dnia 18 sierpnia 2017 r. /.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania - t.j. naruszenia art. 131 e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2017 r. wykluczył Odwołującego z postępowania z postępowania na podstawie art. art. 131 e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w konsekwencji unieważnił niniejsze postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Jedną z podstaw faktycznych wykluczenia Odwołującego była okoliczność – wskazania w wykazie dostaw pod pozycją Lp. 1 i Lp. 2 – zrealizowanych na podstawie dwóch odrębnych umów, a zgodnie z wymaganiami Zamawiającego realizacja tego zamówienia powinna zostać realizowana w ramach jednej umowy.

W ocenie Odwołującego jednak istniały podstawy faktyczne do uznania dwóch dokumentów jako jednej umowy ze względu na tożsamość podstawy faktycznej i prawnej.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego – w tym stanie faktycznym jest niezasadne. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę, że Zamawiający analizując treść wykazu i załączonych do niego dokumentów – mógł powziąć wątpliwości, czy wykonawca zrealizował to zadanie w ramach jednej. Wykonawca w wykazie pod pozycją 1 i 2 – wyodrębnił dostawy obu promów. Ponadto poświadczenia i wykaz wskazywał na odmienne daty rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2017 r. wezwał wykonawcę o uzupełnienie dokumentów oraz wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Wykonawca udzielił odpowiedzi Zamawiającemu dodając, że dostawy promów o numerach B613/1 oraz B/613/2 były realizowane w oparciu o dwie odrębne umowy, jednakże były to dokumenty o identycznej treści, co nakazywałoby przyjąć tożsamość podstawy faktycznej i prawnej realizacji zobowiązań.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku (dotyczącego realizacji zamówienia w ramach jednej umowy). Wyjaśnienia z jednej strony wskazywały na to, że były to odrębne umowy, z drugiej strony wykonawca bronił się tożsamością podstawy faktycznej i prawnej, jednocześnie nie składając Zamawiającemu niniejszych umów.

Wobec powyższego wykonawca nie wykazał, że realizacja tych dostaw odbyła się w ramach jednego kontraktu, nie złożył tych umów, a wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w swej treści były sprzeczne.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dokonując analizy ww. przepisów - w ocenie Izby Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Odwołującego z postępowania – za niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – ze względu na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nadanego nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), który wskazuje że wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w

postępowaniu, nie zaś wykonawców którzy tych warunków nie spełniają – jak wynikało to z poprzednich nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych (np. nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., Dz. U. Nr 82, poz. 560), co oznacza że to na wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zasadą - przyjętą nowelizacją ustawy Pzp z dnia 2009 r. i obowiązującą – jest obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, poprzez składane dowody w postaci m. in. poświadczeń należytego wykonania zamówień. Zatem ciężar dowodzenia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy – a w niniejszym postępowaniu wykonawca nie wykazał Zamawiającemu, że dostawa promów wskazana w wykazie realizowana była w ramach jednego kontraktu.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....