

Sygn. akt: KIO 742/13

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2013 roku przez wykonawcę **Auto-Akces Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendanta Wojewódzkiego Policji w Gdańsku**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Auto-Akces Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Auto-Akces Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Auto-Akces Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz **Skarbu Państwa – Komendanta Wojewódzkiego Policji w Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w Gdańsku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 30 marca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz.759 ze zmianami) – dalej zwana „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca – firma AUTO-AKCES Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z aukcją elektroniczną na *Dostawę części zamiennych do samochodów marki Skoda dla potrzeb KWP w Gdańsku* prowadzi Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 023-035643 w dniu 31 stycznia 2013 roku.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji, bezpodstawne oferty Odwołującego za odrzuconą; wadliwe zaniechanie odrzucenia oferty przez firmę ARMAPOL K..... A..... z/s w Gdyni, pomimo iż treść tejże zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia jest niezgodna z treścią SIWZ; wadliwe porównanie ofert, w rezultacie czego dokonano wadliwego wyboru - jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w przedmiotowym przetargu - oferty złożonej INTER CARS S.A. w Warszawie. O czynnościach Zamawiający poinformował Odwołującego pismami przesłanymi telefaksem w dniu 20 marca 2013 roku. W związku z tym Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu; art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę ARMAPOL K..... A..... z/s w Gdyni, tym samym, postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało przez Zamawiającego w sposób nie zapewniający równego traktowania pozostałych wykonawców biorących w nim udział, ani też rzetelnej oceny złożonych przez nich ofert (z uwagi na odstąpienie przez Zamawiającego - przy dokonywaniu oceny oferty złożonej przez wyżej wskazaną firmę - od wymagań i kryteriów określonych w SIWZ).

Wobec powyższego Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i porównania ofert, oraz wyboru - jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - oferty złożonej przez INTER CARS S.A. w Warszawie; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a co za tym idzie, także nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania złożonej przez Odwołującego w tym postępowaniu oferty za odrzuconą; nakazanie Zamawiającemu aby odrzucił ofertę złożoną przez firmę ARMAPOL K..... A..... z/s w Gdyni - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Pzp; nakazanie Zamawiającemu: (a) powtórzenia czynności badania, oceny i porównania ofert

z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, (b) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (przy zastosowaniu kryterium: najniższa cena - 100 %) bez wykorzystania aukcji elektronicznej (z uwagi na złożenie w postępowaniu tylko dwóch ważnych i nie podlegających odrzuceniu ofert).

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że w dniu 20 marca 2013 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego drogą telefaksową że 1) Odwołujący został wykluczony z postępowania, 2) powyższe postępowanie przeprowadzone w trybie art. 39 ustawy, tj. przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej zostało zakończone, bowiem Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej - przy zastosowaniu kryterium: najniższa cena 100% (bez wykorzystania aukcji elektronicznej, z uwagi na złożenie w tym przetargu jedynie dwóch ważnych ofert) - oferty złożonej przez firmę INTER CARS S.A. w Warszawie. Oferta Odwołującego z ceną brutto zamówienia wynoszącą 128.851,04 zł (uznana za odrzuconą wobec bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania) jest znacząco niższa od pozostałych dwóch ofert złożonych w postępowaniu (w którym jedyne kryterium oceny ofert stanowiła cena), bowiem kwota oferty, którą Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą wynosi 180.005,51, zaś kwota trzeciej, najdroższej oferty wynosi 213.128,37 zł. W niniejszej sprawie w razie uwzględnienia zarzutów odwołania - oferta Odwołującego zostałaby uznana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej nie wymagałoby wykorzystania aukcji elektronicznej, a jedynie porównania cen zaofiarowanych przez Odwołującego oraz INTER CARS S.A. W Warszawie.

Zamawiający ogłosił postępowanie o zamówienie publiczne i określił w rozdziale V SIWZ (pt. "Wymagania Zamawiającego") warunki udziału w postępowaniu wskazując, że wykonawca musi wykazać się, że należycie wykonał w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania co najmniej jedno zamówienie zgodne z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 200 000,00 zł poprzez złożenie wraz z ofertą wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających, że zamówienie w zakresie tychże dostaw zostało wykonane należycie, sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Załącznik nr 5 do SIWZ. Załącznik nr 5 do SIWZ (pt. „Doświadczenie zawodowe” zawierał następujące dane/elementy: nazwa i adres przedsiębiorstwa, numer telefonu i faxu, tabelkę (zawierającą kolumny: L.p., obiekt, zamawiający, data realizacji, wartość zł brutto, inne uwagi), pouczenie o konieczności załączenia kserokopii dokumentów potwierdzających, że prace zostały wykonane z należytą starannością, podpis upoważnionego przedstawiciela wykonawcy. Wykonawca do pierwotnie złożonej oferty załączył niewypełniony wzór załącznika nr 5 do SIWZ. Pismem z dnia 14.03.2013 Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art.26 ustawy

Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków SIWZ w rozdziale V "Wymagania Zamawiającego", pkt 2. lit. "I", poprzez dostarczenie wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających, że zamówienie zostało leżycie - zał. nr 5, tj. że Odwołujący należycie wykonał w okresie trzech lat ciem postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej jedno zamówienie zgodne z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 200.000 zł. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie - załącznik nr 5 - nie została wypełniona tabela, a dokument referencji nie potwierdza wymaganej w postępowaniu wartości.

W odpowiedzi, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący dostarczył - poświadczony „Za zgodność” przez jednoosobowy Zarząd Odwołującego (w osobie Prezesa Zarządu A..... W.....) - oryginał dokumentu z dnia 15.03.2013 r. zatytułowanego „Referencja” sporządzonego przez Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku (tj. samego Zamawiającego), który to dokument zaświadczał, że Odwołujący był dostawcą części zamiennych dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku do pojazdów służbowych: (a) Ford, na podstawie umowy 07/2380-1-10/11 na kwotę 22.020,80 zł w okresie 9.02.2011-9.02.2012; (b) Volkswagen, na podstawie umowy 15/2380.1-17/2011 na kwotę 40.552,59 zł w okresie 24.02.2011-24.02.2012; (c) Skoda, na podstawie umowy 19/2380.1-21/2011 na kwotę 88.963,05 zł w okresie 15.03.2011-15.03.2012; (d) Opel, na podstawie umowy 28/2380.1-3C/2011 na kwotę 62.757,59 zł w okresie 22.03.2011-22.03.2012 - to jest na łączną kwotę 214.294,03 zł, a nadto zaświadczał, że opisane wyżej dostawy Odwołujący zrealizował w terminie, zgodnie z zawartą umową. Pomimo dostarczenia przez Odwołującego opisanego wyżej dokumentu, Zamawiający uznał, że Odwołujący naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp- nie wykazał spełniania warunków udziału w toczącym się postępowaniu - albowiem w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dostarczył jedynie dokument referencji, lecz nie dostarczył wypełnionego załącznika nr 5, którego złożenia wymagano zgodnie z zapisami SIWZ. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Odwołującego (jako wykluczonego z postępowania) uważa się za odrzuconą. W ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest bezpodstawna. Odwołujący w należyty sposób wykazał spełnianie warunków. Dostarczając Zamawiającemu opisanie pismo referencyjne, opatrzone podpisem i pieczęciami samego Odwołującego – w istocie rzeczy wykazał, iż spełnia określony w SIWZ warunek. Dokumentem tym niezbitnie wykazał, że w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania należycie wykonał na rzecz samego Zamawiającego dostawy zgodne z przedmiotem zamówienia o łącznej wartości przekraczającej 200 000 zł. Uszło uwadze Zamawiającego, że opisany dokument referencyjny zawierał w swej treści także – opatrzone podpisem Odwołującego – wymagany treścią SIWZ wykaz dostaw zrealizowanych przez Odwołującego, albowiem zawierał w swej

treści wszystkie wskazane elementy wymagane przez Zamawiającego, ujęte we wzorcowym formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, tj.: (a) nazwę, adres, numer telefonu faxu Odwołującego (pieczęć Odwołującego na dole dokumentu); (b) opis przedmiotu zrealizowanych dostaw (kolumna "obiekt"); (c) nazwę zamawiającego; (d) daty realizacji; (e) wartości brutto; (f) podpis jednoosobowego Zarządu Odwołującego (uprawniony przedstawiciel). Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż wykluczenie Odwołującego z udziału w przetargu z tego tylko powodu, iż wskazane wyżej elementy/informacje/dane nie zostały przedstawione w formie zaproponowanej przez Zamawiającego tabelki (Zał. nr 5) stanowi przejaw całkowicie bezpodstawnego i nierozsądnego formalizmu ze strony Zamawiającego, skutkującego powstaniem po stronie Zamawiającego wymiernej straty finansowej w związku z wyborem - w rezultacie wadliwie przeprowadzonego przetargu - oferty znacznie droższej niż oferta Odwołującego. Wykluczenie Odwołującego z postępowania dziwi tym bardziej, jeśli zważyć, iż wykazując spełnienie określonego w Rozdziale V. pkt 1. SIWZ warunku udziału w postępowaniu Odwołujący odnosił się li tylko do opisanego wyżej pisma referencyjnego wystawionego przez samego Zamawiającego, a zatem - nawet z czysto praktycznego punktu widzenia - nie było potrzeby przepisywania zawartych w tymże piśmie referencyjnym danych do zaproponowanej przez Zamawiającego tabeli (co byłoby zrozumiałe w przypadku, gdyby Odwołujący posługiwał się większą liczbą dokumentów referencyjnych). Zasadność przedstawionego wyżej stanowiska Odwołującego potwierdza także orzecznictwo KIO (patrz: wyrok KIO z 17.06.2011 r., sygn. KIO 1203/11; wyrok KIO z 28.12.2012 r., sygn. KIO 2745/12 - analogiczny stan faktyczny).

W świetle przedstawionych wyżej wywodów, jak również przywołanych wyroków KIO nie może budzić wątpliwości, że Odwołujący należycie wykazał spełnienie określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uznając bezzasadnie jego ofertę za odrzuconą.

Zgodnie z Rozdziałem II. SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa części zamiennych do samochodów marki Skoda dla KWP w Gdańsku - zgodnie z wykazem asortymentów stanowiącym Załącznik nr 4 (4a do 4j) do SIWZ. W Załączniku nr 4h do SIWZ pt. „Wykaz asortymentowy do samochodu Skoda Octavia 1,9 Tdi 2001 rok, nr nadwozia TMBCG41UX1X434985, kod silnika AGR” w pozycji 21 Zamawiający określił potrzebny mu asortyment pod nazwą „Zestaw sprzęgła z kołem zamachowym dwumasowym” wskazując jako wymaganego producenta tego asortymentu firmę LUC bądź VALEO. Wobec tak sprecyzowanego wymogu SIWZ, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z następującym zapytaniem: „Czy zamawiający w załączniku 4h poz. 21 podając jako wymaganego producenta firmę VALEO dopuszcza zastosowanie zestawu naprawczego ze sztywnym kołem, a nie dwumasowym? (VALEO jest producentem jedynie zestawu naprawczego ze

sztynnym kołem)”. Na powyższe zapytanie, Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 20.02.2013r. zawiadamiając, że w załączniku 4h poz. 21 - zestaw sprzęgła z kołem zamachowym dwumasowym - wykreśla nazwę VALEO w kolumnie „Wymagany producent nw. lub równoważny”, wskazując jednocześnie, że pozostałe zapisy specyfikacji pozostają bez zmian.

Jak wynika z treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez firmę ARMAPOL K..... A..... z/s w Gdyni, w szczególności zaś z treści załącznika nr 4h poz. 21. do tejże oferty, firma ta zaoferowała Zamawiającemu „Zestaw sprzęgła z kołem zamachowym dwumasowym” produkcji firmy VALEO, co oznacza, że oferowana przez firmę dostawa nie jest zgodna z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ. W tej sytuacji, oferta firmy ARMAPOL K..... A..... z/s w Gdyni powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść tej oferty w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia w oczywisty sposób nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający - w sposób sprzeczny z ustawą - tego jednak nie uczynił.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie niniejsze winno zostać uwzględnione, wobec czego Odwołujący wnosi jak w petitum pisma.

Wpis od odwołania został uiszczony przez Odwołującego na rachunek bankowy UZP w dniu 25.03.2012 r.; odwołanie zostało wniesione w dniu 30 marca 2013 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 30 kwietnia 2012 r., z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, na dowód czego Odwołujący załączył stosowne potwierdzenia.

Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2013 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że po zapoznaniu się z treścią odwołania uznał tylko w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy ARMAPOL K. A..... w Gdyni. Zamawiający w dniu 03 kwietnia 2013 roku powrócił do czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W wyniku powtórzonych czynności odrzucił ofertę Wykonawcy ARMAPOL z Gdyni oraz utrzymał w mocy wykluczenie/ odrzucenie oferty Wykonawcy AUTO - AKCES Sp. z o.o. z Gdańska.

Zamawiający wskazał, że rozpoczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 12/2013 dnia 31.01.2013 ogłoszeniem TED 2013/5 023- 035643 z dnia 01.02.2013r. Zamawiający w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu wymagał m.in. wykazu dostaw

wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia o wartości min. 200 000,00 zł brutto.

Do dnia otwarcia ofert tj. do dnia 14 marca 2013 roku godz. 11.00 wpłynęły do Zamawiającego dwa (2) pytania od potencjalnych Wykonawców dotyczące wykazu asortymentowego. Zamawiający zażądał dokumentów - wykazu dostaw (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz dokumentu na potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie. Potencjalni Wykonawcy na etapie pytań oraz odwołań do zapisów SIWZ nie wystąpili o zmianę warunków udziału w toczącym się postępowaniu.

Do dnia 14.03.2013 roku godz. 10.50 wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty. Zamawiający uznał oferty Wykonawców INTER - CARS S.A. z Warszawy i ARMAPOL K. A..... z Gdyni za ważne; natomiast Wykonawcę AUTO - AKCES Sp. z o.o. z Gdańska wykluczył/ odrzucił w postępowaniu. Zamawiający podczas badania ofert wystąpił do Wykonawcy AUTO - AKCES Sp. z o.o. z Gdańska o uzupełnienie wadliwych dokumentów w złożonej ofercie tj. wykazu dostaw - załącznik nr 5 oraz na potwierdzenie dokument, że co najmniej jedna z wykazanych dostaw o wartości min. 200.000,00 zł brutto została wykonana należycie.

AUTO - AKCES Sp. z o.o. z Gdańska złożyła w ofercie niewypełniony załącznik nr 5 (wykaz dostaw) do SIWZ oraz referencje z dnia 11.03.2013r. na dwie zakończone realizacje zamówienia - dwie zawarte umowy o wartości 90.780,91 zł brutto i 88.963,05 zł brutto oraz umowę w realizacji na wartość 124.164,00 zł brutto. Wykonawca AUTO - AKCES Sp. z o.o. z Gdańska do dnia oznaczonego na uzupełnienie dokumentów tj. do dnia 18.03.2013r. złożyła dokument referencji z dnia 15.03.2013r. na 4 realizacje (4 zawarte umowy) o wartościach brutto 22.020,80 zł; 40.552,59 zł; 88.963,05 zł i 62.757,59 zł. Wykonawca nie złożył wykazu dostaw - załącznika nr 5 do SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający wykluczył/ odrzucił Wykonawcę AUTO - AKCES Sp.z o.o. z Gdańska za brak wykazu dostaw (dokument wymagany Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) oraz za brak referencji na jedną, należycie wykonaną realizację (zawartą umowę) o wartości min. 200tys. zł brutto.

Wykaz dostaw jest dokumentem służącym do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, jest to wyłącznie oświadczenie Wykonawcy. Oświadczenie Wykonawcy (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres, niż wynika to z treści załączonych referencji. Dokument referencji lub inny dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełnieniu warunku udziału w tym postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 07.09.2009r., sygn. akt KIO/UZP 1092/09). W wyroku KIO/UZP 1221/09 orzeczono natomiast, że w dokumentach referencji nie wymaga się potwierdzenia

ilości i rodzaju dostaw, co należy do Wykonawcy, aby to uczynił w wykazie dostaw. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców biorących w nim udział. W postępowaniu wyboru Wykonawcy dokonano zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wybierając ofertę AUTO - AKCES Sp. z o.o. z Gdańska - Zamawiający naruszyłby wyżej wymienione zasady poprzez nierówne traktowanie Wykonawców poprzez uznanie dokumentów niezgodnych z SIWZ, ogłoszeniem o zamówieniu oraz szczegółowymi rozporządzeniami. Na potwierdzenie powyższego istnieje ugruntowane orzecznictwo: KIO/UZP 509/08, KIO/UZP 1092/09, KIO/UZP 1221/09 - KIO/UZP 1158/09.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ wraz z załącznikami do niej, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą z najniższą ceną. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego i odrzucenie oferty Odwołującego a także zaniechanie odrzucenia ofert innych wykonawców, ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie przystąpili inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

Ustalono, że Zamawiający odpowiedzią na odwołanie uznał zarzut odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ARMAPOL K. A..... z Gdyni i dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej (informacja ze strony internetowej Zamawiającego).

W ocenie Izby zaistniałą sytuację procesową należało ocenić jako wykonanie przez Zamawiającego żądania Odwołującego jeszcze przed otwarciem rozprawy. Odwołujący w treści odwołania wskazywał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, zaś Zamawiający żądanie odrzucenia oferty wykonał. W tej sytuacji rozstrzygnięcie przez Izbę o zasadności podniesionego przez Odwołującego zarzutu okazało się bezprzedmiotowe, skoro spór pomiędzy Stronami już wygasł. Dostrzec należy, że żadne przepisy ustawy Pzp nie zabraniają Zamawiającemu dokonywania czynności po wniesieniu odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez Izbę (oprócz podpisania umowy), w tym również w kierunku wnioskowanym przez Odwołującego. Dostrzeżenia wymaga także to, że w myśl art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uczynienie przez Zamawiającego zadość żądaniom odwołania przed rozpoczęciem rozprawy, które nastąpiło poprzez ponowne zbadanie ofert i odrzucenie jednej z nich nie mogło zatem ująć uwadze Izby i uniemożliwiło uwzględnienie odwołania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które „miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Odwołujący pomimo świadomości zaistniałej sytuacji procesowej nie ograniczył przedstawionego w odwołaniu zarzutu w tym zakresie. W tej sytuacji, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp powinien wykazać, iż pomimo usunięcia zarzucanego Zamawiającemu stanu naruszenia prawa i to w sposób, który Odwołujący uznał za odpowiedni, naruszenie to może jeszcze mieć jakikolwiek wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący obowiązkowi wykazania spornej okoliczności nie sprostał, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania, ponieważ nie potwierdził się zarzut nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Tym samym podzielono uprzednio wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd dotyczący oceny zaistniałej sytuacji procesowej wyrażony przykładowo w wyroku Izby z 13 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 707/11, czy też w wyroku Izby z 27 sierpnia 2012 roku, sygn. akt KIO 1710/12 oraz w wyroku z 31 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2231/12.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w postępowaniu:

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa części zamiennych do samochodów marki skoda dla KWP w Gdańsku zgodnie z zał. nr 4 (4a ÷ 4 j) do SIWZ.

W rozdziale V SIWZ Zamawiający określił, że wykonawca musi wykazać się że należycie wykonał w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej

jednym zamówieniem zgodnym z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 200.000,00 zł. Potwierdzać spełnianie warunku miały wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające, że zamówienie zostało wykonane należycie. (zał. nr 5). W tabeli należało zawrzeć następujące dane: *obiekt/zamawiający/data realizacji/wartość zł brutto/Inne uwagi*. Wykonawca Odwołujący się złożył wraz z ofertą w wyznaczonym terminie załącznik nr 5, w którym wskazał, że zrealizował dostawy zgodnie z załączonymi dokumentami. Ze złożonych dokumentów (referencje z dnia 11 marca 2013 roku, wystawione przez Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku) wynikało, że wykonawca wskazał dwie zakończone umowy o wartości 90.780,91 zł brutto i 88.963,05 zł brutto oraz umowę w realizacji na wartość 124.164,00 zł brutto. Zamawiający, w dniu 14 marca 2013 roku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał wykonawcę, wskazując, że w złożonej ofercie załącznik nr 5 nie został wypełniony a dokument referencji nie potwierdza wymaganej w postępowaniu wartości. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedłożył referencje z 15 marca 2013 roku wystawione przez Zamawiającego na 4 realizacje (4 zawarte umowy) o wartościach brutto 22.020,80 zł; 40.552,59 zł; 88.963,05 zł i 62.757,59 zł (wskazano, że łączna kwota brutto powyższych umów wynosiła 214 294,03 zł). Wykonawca nie złożył wykazu dostaw - załącznika nr 5 do SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podnosząc, że „Zamawiający zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ rozdz. V pkt 2 lit. I DOKUMENTY wymagał złożenia: Wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające, że zamówienie zostało wykonane należycie - zał. Nr 5 potwierdzającego spełnianie warunków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie złożono wykazu dostaw i dokumenty potwierdzające, że zamówienie zostało wykonane należycie zał. Nr 5 do SIWZ - zgodnie z rozdziałem V SIWZ pkt 2 lit. I DOKUMENTY. Wykonawca w złożonej ofercie złożył niewypełniony załącznik nr 5 do SIWZ z dokumentem referencji. Zamawiający pismem nr Cp.2380.1 – 12/2013 z dnia 14 marca br. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentów. Wykonawca w odpowiedzi w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dostarczył jedynie dokument referencji, lecz nie dostarczył wypełnionego załącznika nr 5, którego złożenia wymagano zgodnie z zapisami SIWZ”.

Izba zważyła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu

o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty, „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż przedmiotem postępowania jest dostawa części zamiennych, a w postępowaniu Zamawiający w SIWZ precyzyjnie i szczegółowo określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące wykazania się niezbędnym doświadczeniem oraz dokumenty, na podstawie których odbywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

W rozdziale V SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał się, że należycie wykonał w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej jedno zamówienie zgodne z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 200.000,00 zł. Precyzyjnie także określono jakiego rodzaju dokument potwierdzał będzie spełnianie powyższego warunków i jakiego rodzaju informacje ten dokument ma zawierać (wykaz dostaw) oraz jakie dokumenty należy złożyć wraz z wykazem.

Reasumując, za wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu uznać należało przedłożenie wykazu dostaw, z którego wynikałoby, że wykonawca posiada doświadczenie w zakresie co najmniej jednej dostawy części zamiennych o wartości co najmniej 200 000,00 zł.

Tymczasem, razem z ofertą wykonawca nie złożył wypełnionego wykazu dostaw, ale jednocześnie złożono referencje dotyczące dwóch zrealizowanych umów i jednej będącej w realizacji. Referencje określały na rzecz kogo wykonywane były umowy, w jakim okresie, czego dotyczyły i na jaką wartość wykonywano dostawy. Z dokumentów wynikało także, że umowy realizowane były należycie. Biorąc pod uwagę brzmienie warunku udziału w postępowaniu i dostarczone z ofertą dane, oczywistym dla składu orzekającego Izby jest, że zaistniała konieczność wezwania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia do uzupełnienia informacji, z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z powodu braku przedstawienia choć jednej dostawy o wartości co najmniej 200 000,00 zł. Fakt, że do oferty nie załączono odpowiednio wypełnionego wykazu dostaw na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, ma tutaj znaczenie drugorzędne. Wezwanie do uzupełnienia było wystarczająco precyzyjne i w sposób wyraźny wskazywało, że dokumenty referencji nie potwierdzają wymaganej

w postępowaniu wartości. Rzeczywiście, gdyby podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania była okoliczność, że do oferty nie załączono wykazu dostaw ale wszystkie informacje niezbędne do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikałyby ze złożonych referencji, to takie działanie Zamawiającego stanowiłoby przejaw nadmiernego formalizmu w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający ma bowiem obowiązek oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie wszystkich złożonych z ofertą dokumentów, analizy ich merytorycznej zawartości, nie zaś samej formy tych dokumentów.

W ocenie Izby to nie brak wypełnionego załącznika nr 5 był podstawą wykluczenia (a więc uchybienia formalne), a brak udowodnienia Zamawiającemu spełnienia warunku w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia (uchybiecie merytoryczne, dotyczące treści samej oferty) co do wykonania co najmniej jednej dostawy o wartości co najmniej 200 000,00 zł. Odwołujący zdaje się ignorować treść ustanowionego warunku, podnosząc w odwołaniu, że przecież przedłożył on dokumenty niezbicie potwierdzające, że należycie wykonał dostawy zgodne z przedmiotem zamówienia o **łącznie wartości przekraczającej 200 000,00 zł**, gdy tymczasem warunek udziału w SIWZ wprost referował do wartości co najmniej 200 000,00 zł dla jednej dostawy. W tym przypadku nie może być mowy o jakiegokolwiek niejednoznaczności warunku, która mogłaby być interpretowana na korzyść wykonawców. Jeżeli jednak wykonawca miał jakiegokolwiek wątpliwości, czy kwota podana przez Zamawiającego w warunku dotyczy wszystkich dostaw (choć taka interpretacja w ocenie składu orzekającego przeczyłaby językowej wykładni zapisów SIWZ), czy też jednej dostawy, to przed wyznaczonym terminem składania ofert, mógł zwrócić się o wyjaśnienie treści SIWZ i ewentualne doprecyzowanie jej zapisów, także odnośnie warunków udziału w postępowaniu. Choć informacja zawierająca decyzję Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania w uzasadnieniu faktycznym nie była precyzyjna i wskazywała, że podstawą wykluczenia był brak załącznika nr 5, to uzasadnienie prawne wyraźnie dotyczyło braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Choć Zamawiający naruszył art. 92 ustawy Pzp, to powyższe nie mogło spowodować uwzględnienia odwołania, niemożliwe jest bowiem ponowne wezwanie wykonawcy Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Skoro zatem wykonawca nie przedłożył wykazu dostaw wraz referencjami o odpowiedniej wartości uznać należało, że ogólny warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie został przez wykonawcę spełniony.

Reasumując, uznano, iż wykonawca Odwołujący się nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena

poszczególnych ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, a wykonawca Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: