

Sygn. akt: KIO 2448/13

WYROK

z dnia 30 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2013 r. przez wykonawcę **P. i synowie Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Wielki Rów 40b, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 4224 w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-601 Wałcz,**

przy udziale wykonawcy **Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie, ul. Marii Skłodowskiej – Curie 10, 99-300 Kutno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2448/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. i synowie Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Wielki Rów 40b, 87-100 Toruń i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. i synowie Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Wielki Rów 40b, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **P. i synowie Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Wielki Rów 40b, 87-100 Toruń** na rzecz **Jednostki Wojskowej nr 4224 w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-601 Wałcz** kwotę **976 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu pełnomocników.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Jednostka Wojskowa nr 4224 w Wałczu, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę specjalistycznego wyposażenia warsztatowego do HITWIST i LIWIEC, zadanie nr 22”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2013 r., nr 2013/S 099-169099.

W dniu 10 października 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę P. i synowie Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Megmar Logistic & Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie, zwanego dalej „wykonawcą Megmar”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 18 października 2013 r. (pocztą elektroniczną) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 18 października 2013 r.) od czynności zamawiającego, która polegała na wyborze jako oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 22 oferty wykonawcy Megmar, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania przetargowego wykonawcy Megmar, z uwagi na fakt braku wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Megmar, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania przetargowego
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które to postępowanie doprowadziło do dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Megmar

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez unieważnienie czynność polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Megmar i odrzucenia jego oferty, w konsekwencji - dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zgodnie z rozdziałem VIII pkt 2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą, że wykonali, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - główne dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, których suma odpowiada wartości brutto podanej kwocie 252.600 zł. Tak więc dla spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia podstawową kwestią było wykazanie, że posiada się takową w zakresie odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, czyli w tym konkretnym zadaniu numer nr 22, chodziło o urządzenie będące takim jaki jest przedmiot tego zamówienia albo też urządzenie odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Natomiast urządzenie, które wykazał wykonawca Megmar nie spełnia tego warunku, gdyż jest urządzeniem o innych parametrach i nie jest równoważnym z zamawianym. A ponadto było zakupione na potrzeby Sił Powietrznych RP, a nie tak jak wymagany w tym postępowaniu dla Wojsk Lądowych, a co także wskazuje na odmienne zastosowanie tych urządzeń.

W dniu 18 października 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 21 października 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Megmar przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

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

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VIII SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz inne wymagania zamawiającego”, pkt II, ppkt 2 wskazał, iż „w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą spełnianie warunków (...) wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - główne dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, których suma odpowiada wartości brutto podanym poniżej: (...)

- zadanie 22 – 252 600,00 zł. brutto (...)

oraz wykonali te dostawy należycie”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy - zgodnie z rozdziałem IX SIWZ „Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o obowiązku złożenia innych dokumentów i oświadczeń” - zobowiązani byli złożyć wykaz oraz dowody potwierdzające, czy dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający pismem z dnia 3 września 2013 r. wezwał wykonawcę Megmar, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w rozdziale VIII, pkt II, ppkt 2 w zakresie zadania nr 22.

Wykonawca Megmar, w odpowiedzi na powyższe, wykazał, iż dysponuje doświadczeniem firmy Megmar Logistics & Consulting Elżbieta Maślarz, która to firma dostarczała sprzęt warsztatowy, tj. system endoskopii przemysłowej.

Odwołujący zakwestionował wykazaną dostawę, podnosząc m.in., iż dostawa ta nie jest dostawą odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dostawą urządzenia odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, co sam odwołujący przyznał w treści uzasadnienia odwołania, a nie urządzenia tożsamego z przedmiotem zamówienia.

Niewątpliwym jest także, iż na gruncie uchylonego już rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) ukształtowała się jednolita linia orzecznicza dotycząca rozumienia sformułowania „odpowiadających swoim rodzajem”. Sformułowanie to oznacza więc, iż wykazywane przez wykonawców usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy też charakterze, a nie tożsame z

nim. W taki też sposób ową rodzajowość definiował zamawiający, podając – w odpowiedzi na pytania wykonawców (odpowieź na pytanie nr 2) – iż chodzi o wykazanie się dostawami, które dotyczą zbliżonego, a nie takiego samego przedmiotu jak przedmiot zamówienia. Tak więc wykonawcy zobowiązani byli wykazać się dostawami o podobnym a nie tożsamym charakterze. I taką dostawą wykonawca Megmar się wykazał. Przedmiotem tego postępowania jest bowiem dostawa urządzeń warsztatowych i do tego należy odnosić ich rodzajowość (rodzajowość dostarczanych urządzeń). Wymaganie wykazania się dostawami tożsamymi z przedmiotem zamówienia, a więc takimi jakich oczekuje obecnie odwołujący, powodowało by w istocie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieuprawniony prowadziło do zawężenia ilości wykonawców mogących się ubiegać o przedmiotowe zamówienia tylko do wykonawców, którzy są w stanie wykazać się doświadczeniem przy wykonywaniu robót takich samych, a nie podobnych rodzajowo. Endoskop, dostawą którego wykazał się wykonawca Megmar, jest urządzeniem warsztatowym rodzajowo podobnym do przedmiotu zamówienia, służącym uzdatnianiu sprzętu wojskowego, jak również o znacznym stopniu zaawansowania technologicznego i znajdującym zastosowanie we wszystkich rodzajach wojsk. Tym samym wykonawca ten mógł wykazać się dostawą tego urządzenia.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz przystępującego na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty noclegów pełnomocników zamawiającego w wysokości 976 zł 00 gr (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy), na podstawie faktury oraz zestawienia kosztów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: