

Sygn. akt: KIO 1954/15

WYROK

z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 września 2015 r.** przez wykonawcę **INTEGRA K. sp. z o.o., z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., z siedzibą w Hajnówku**

przy udziale wykonawcy **Fayat Bomag Polska sp. z o.o., z siedziba w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Integra K. sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Integra K. sp. z o.o., z siedzibą w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2 zasądza od odwołującego **Integra K. sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** na rzecz wykonawcy **Fayat Bomag Polska sp. z o.o., z siedziba w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty wykonawcy 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 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1954/15

UZASADNIENIE

W dniu 7 września 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Integra K. sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych sp. z o.o. Hajnówek (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie przepisów ustawy Pzp, wnosząc o: (i) powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, oraz oceny ofert; (ii) wykluczenie z postępowania wykonawcy Fayat Bomag Polska Sp. z o. o. oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę; (iii) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę nowego kompaktora, w którym jednym z warunków udziału w postępowaniu jest posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia. Opisując sposób dokonywania oceny spełniania tego warunku Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem otwarcia ofert, co najmniej jednego zamówienia na dostawę urządzenia będącego przedmiotem oferty. Na potwierdzenie powyższego należało załączyć do oferty wykaz zrealizowanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Odwołujący wskazał, że w trakcie dokonywania oceny oferty złożonej przez wykonawcę Fayat BOMAG Sp. z o. o., Zamawiający uznał między innymi, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wobec czego wystosowane zostało wezwanie do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca przesłał Zamawiającemu między innymi nowy wykaz zrealizowanych dostaw, oraz dokument potwierdzający należyte wykonanie.

Odwołujący wskazał, że w uzupełnionym wykazie zamieszczone zostały informacje o dostawie nowego kompaktora, zrealizowanej na rzecz odbiorcy, którym był AWP s.r.o. Tiskarska 10/257, z/s w Pradze (Czechy). W ostatniej kolumnie tabeli wykazu podano, że realizacji powyższego zamówienia dokonał Bomag GmbH - Niemcy (producent maszyny), a więc podmiot inny niż wykonawca składający ofertę. Wpis ten został dokonany w tabeli wykazu jak najbardziej świadomie, ponieważ zgodnie z odnośnikiem zamieszczonym przy oznaczeniu kolumny, była ona przeznaczona do wypełnienia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, bądź też w przypadku powoływania się na potencjał innych wykonawców.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, wykonawca Fayat Bomag Polska

polega na potencjale innego podmiotu. W takim przypadku wykonawca zgodnie z przepisami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Oferta nie zawiera żadnego dokumentu, który mógłby potwierdzać spełnianie tego wymogu, przez co uznać należało, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że do wykazu zrealizowanych dostaw, o którym mowa powyżej, został załączona kopia dowodu sporządzonego w formie referencji, mającego potwierdzać należyte ich wykonanie. Z treści tego dowodu nie wynika jednak, jaka firma była dostawcą kompaktora, przez co nie można uznać, że dokument ten potwierdza należyte wykonanie dostawy wskazanej w uzupełnionym wykazie. Ponadto, w ocenie Odwołującego złożona kopia została potwierdzona za zgodność z oryginałem w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami.

W ocenie Odwołującego opisany powyżej stan faktyczny powinien wywołać reakcję Zamawiającego, który mimo wszystko zupełnie bezkrytycznie ocenił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych i bezprawnie uznał je za odpowiadające przepisom prawa oraz wymaganiom opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że jednym z wymagań jakie musi spełniać oferowana maszyna, opisanym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie uściślonym także w odpowiedziach na pytania zadane przez wykonawców, w celu wyjaśnienia treści specyfikacji, było, aby kompaktor był wyposażony w jeden lub dwa joysticki obsługowe, za pomocą tylko i wyłącznie których, operator steruje maszyną:

- jazda przód - tył,
- podnoszenie i opuszczenie lemiesza,
- kierunek jazdy.

Przedmiotem oferty złożonej przez Fayat Bomag Polska Sp. z o. o, jest kompaktor - model BC537 RB-4, który opisanego powyżej wymogu nie spełnia. Ten model kompaktora wyposażony jest w joysticki sterujące kierunkiem jazdy oraz podnoszeniem lemiesza, natomiast ruch maszyny przód - tył sterowany jest pedałem nożnym w połączeniu z przełącznikiem umieszczonym na joysticku. Z tego też powodu uznać należy, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co oferta podlega odrzuceniu na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikacje istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 131-240419 z dnia 10 lipca 2015 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę wykonawcy Fayat Bomag Polska sp. z o.o. na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów z dnia 19 sierpnia 2015 r. oraz odpowiedź wykonawcy Fayat Bomag Polska sp. z o.o. z dnia 24 sierpnia 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iv) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 sierpnia 2015 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej; (v) instrukcję obsługi urządzenia oznaczonego symbolem BC 573 RB – 4 oraz Katalog Kompaktory Bomag od 28 T do 55 T na okoliczność ustalenia parametrów urządzenia zaoferowanego przez wykonawcę Fayat Bomag Polska sp. z o.o.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Hajnówce”.

W Dziale 8, pkt 1 Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem otwarcia ofert, wykonali co najmniej jedno zamówienie na dostawę nowego kompaktora na składowisko odpadów. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wymagał załączenia do oferty wykazu zrealizowanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

W Dziale 17 lit. r) Zamawiający wskazał, że kompletna oferta winna zawierać m.in. wykaz co najmniej trzech urządzeń oferowanego modelu z podaniem miejsc ich użytkowania oraz dat dostarczenia.

Termin składania ofert upłynął w dniu 18 sierpnia 2015 r. Zamawiający otrzymał dwie oferty: Odwołującego oraz wykonawcy Fayat Bomag Polska sp. z o.o. Zgodnie z treścią oferty wykonawcy Fayat Bomag Polska sp. z o.o. zaoferował on urządzenie typ Bomag, rok produkcji 2015, CE BC573 RB – 4. Wykonawca ten załączył również wykaz wykonanych dostaw.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Fayat Bomag Polska sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów, wskazując, że w załączonym wykazie dostaw wykonawca przedstawił dostawy i referencje urządzeń o innych parametrach niż urządzenie oferowane w załączniku nr 1 oferty wykonawcy. Wskazał również, że zgodnie z Działem 17 lit.

r) wykonawca winien załączyć wykazać trzech urządzeń oferowanego modelu kompaktora z podaniem miejsc ich użytkowania i dat dostarczenia, czego nie uczynił.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2015 r. wykonawca Fayat Bomag złożył wymagane dokumenty tj. uzupełniony wykaz dostaw na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz wymagany zgodnie z Działem 17 lit. r).

Pismem z dnia 29 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Fayat Bomag sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 4 września 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Fayat Bomag Polska sp. z o.o. (dalej „**Przystępujący**”). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 8 września 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Pismem z dnia 11 września 2015 r. wykonawca Fayat Bomag Polska sp. z o.o. złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

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

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 8, pkt 3 SIWZ. Na powyższe pytanie udzielić należy odpowiedzi pozytywnej. W ocenie Izby bowiem odwołanie zostało oparte na błędnej interpretacji zapisów SIWZ, zaś działania Zamawiającego podjęte w toku weryfikacji złożonych ofert nie było uzasadnione w zapisach SIWZ.

Wskazać należy, że zgodnie z Działem 8, pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się posiadaniem wiedzy i doświadczenia tj. udokumentowali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonali co najmniej jedno zamówienie na dostawy, którego przedmiotem była dostawa nowego kompaktowa na składowisko odpadów. Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował w treści powyższego wymagania jakichkolwiek parametrów dotyczących przedmiotu zrealizowanej dostawy, ograniczając się wyłącznie do wykazania dostarczenia nowego kompaktowa.

Słusznie więc wskazał Przystępujący, iż wobec takiego brzmienia SIWZ, której zapisy winny być w pierwszej kolejności poddane wykładni literalnej, wykonawca miał wykazać się zrealizowaniem dostawy wyłącznie nowego kompaktowa, nie zaś kompaktowa, który odpowiada przedmiotowi zamówienia. Zamawiający bowiem nie zawarł w przywołanych zapisach SIWZ, iż przedmiot dostawy ma być identyczny z przedmiotem oferowanym w ofercie przez wykonawcę. Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego jakby przedmiot dostawy wskazanej w ramach posiadanej wiedzy i doświadczenia winien odpowiadać urzędzeniu o parametrach oferowanych przez Przystępującego w ofercie nie znajduje odzwierciedlenia w SIWZ, a tym samym nie może zostać uznane za zasadne i rodzące negatywne skutki po stronie Przystępującego.

Dalej wskazać należy, że wraz z ofertą Przystępujący złożył wykaz zrealizowanych dostaw. W wykazie wykonawca ten oświadczył, że legitymuje się doświadczeniem w realizacji dwóch dostaw nowych kompaktorów, przedkładając jednocześnie stosowane referencje potwierdzające należyty wykonanie dostaw. Przedłożone dokumenty potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Uznać w konsekwencji należy, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów z dnia 19 sierpnia 2015 r. było zbędne i bezprzedmiotowe. Wykonawca bowiem składając ofertę załączył wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganej zapisami SIWZ wiedzy i doświadczenia. Okoliczność, że w uzupełnionym wykazie powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, na zasoby, którego nie powoływał się w treści oferty, jest bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Skoro wezwanie do uzupełnienia dokumentów Izba

uznała za zbędne, to tym samym dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie dotyczące posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia podniesionych przez Odwołującego zarzutów. Dokumenty te uznać należy za zbędne.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut niezgodności zaoferowanego przez Przystępującego urządzenia z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Odwołujący argumentował, iż z informacji, jakie posiada, w tym m.in. instrukcji obsługi zaoferowanego urządzenia, wynika, iż urządzenie wskazane w ofercie Przystępującego nie spełnia wymagań Zamawiającego tj. nie jest wyposażone w jeden lub dwa joysticki obsługowe za pomocą tylko i wyłącznie których operator steruje maszyną: jazda przód – tył; podnoszenie i opuszczanie lemiesza; kierunek jazdy. Na potwierdzenie postawionego zarzutu Odwołujący złożył w poczet materiału dowodowego część instrukcję obsługi urządzenia oznaczonego symbolem BC 573 RB – 4.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego. Po pierwsze wskazać należy, że złożona w poczet materiału dowodowego instrukcja dotycząca urządzenia BC 573 RB-4 jest dokumentem niepełnym, a w konsekwencji nie może stanowić wiarygodnego źródła informacji. W celu weryfikacji zasadności postawionego zarzutu Izbie winna być złożona pełna instrukcja obsługi w celu weryfikacji czy producent przewiduje możliwość dostosowania standardowych rozwiązań do indywidualnych potrzeb Zamawiającego. Jak wyjaśnił bowiem Zamawiający każda maszyna jest opatrzona nr modelu, posiada jednak również nr seryjny, który odzwierciedla jej indywidualną konfigurację. Potwierdzają to chociażby załączone do oferty referencje, z których sposób jednoznaczny wynika, że każde urządzenie opatrzone jest numerem modelu oraz numerem seryjnym. Dalej wskazać należy, że z broszury informacyjnej złożonej przez Przystępującego w poczet materiału dowodowego wynika, że maszyny mogą być wyposażone w elementy wyposażenia dodatkowego, które są dostarczane za dopłatą. W ocenie Izby opierając się wyłącznie na subiektywnej wiedzy Odwołującego oraz niepełnej instrukcji obsługi, która nie wskazuje nr seryjnego urządzenia nie sposób przyjąć, że Przystępujący zaoferował urządzenie niespełniające wymagań Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że wraz z ofertą Przystępujący złożył wymagany opis techniczny oferowanego urządzenia, który potwierdza spełnienie warunków wskazanych w SIWZ. Przedłożona wraz z ofertą karta katalogowa nie był kwestionowana ani przez Zamawiającego ani przez Odwołującego.

Izba nie podziela również argumentu Odwołującego jakoby wyłącznie producent zaoferowanego urządzenia miał możliwość złożenia oświadczenia co do możliwości zaoferowania urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego. To wykonawca

ubiegający się o udzielenie zamówienia ponosi odpowiedzialność za dostarczenie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Żaden przepis prawa ani postanowienia SIWZ nie wymagały od Przystępującego złożenia oświadczenia producenta o możliwości wyprodukowania urządzenia zamawianego przez Zamawiającego. Trudno również zakładać, że Przystępujący przynależąc to tej samej grupy kapitałowej co producent nie ma wiedzy na temat urządzeń możliwych do wyprodukowania. Odwołujący zaś nie wykazał Izbie, iż wykonawca zobowiązał się do wykonania świadczenia niemożliwego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczona stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: