Sygn. akt: KIO 414/19

WYROK

z dnia 21 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 r. przez wykonawcę PCO S.A., ul. Jana Nowaka - Jeziorańskiego 28, 03-982 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa: 2 Regionalna Baza Logistyczna, 04-470 Warszawa, ul. Marsa 110

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu doprecyzowanie treści sekcji III.2.1) pkt 1.3 oraz sekcji III.2.3 ogłoszenia poprzez zdefiniowanie pojęcia „głównej usługi naprawy" lub wykreślenie w tym postanowieniu słowa „głównej", a także określenie wartości wykonanej lub wykonywanej usługi w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę wykonawców do należytego wykonania zamówienia, nakazuje Zamawiającemu zmianę sekcji II.1.5) pkt 3 poprzez wykreślenie słów: „…do dnia 30.11.2019 r." i zastąpienie ich słowami: „…w terminie 180 dni licząc od daty zawarcia umowy.",

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3.Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa: 2 Regionalną Bazę Logistyczną, 04-470 Warszawa, ul. Marsa 110 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PCO S.A., ul. Jana Nowaka - Jeziorańskiego 28, 03-982 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Skarbu Państwa: 2 Regionalnej Bazy Logistycznej, 04-470 Warszawa, ul. Marsa 110 na rzecz wykonawcy PCO S.A., ul. Jana Nowaka - Jeziorańskiego 28, 03-982 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz 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 Warszawie.

Przewodniczący……

Sygn. akt: KIO 414/19

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

Zamawiający: Skarb Państwa, 2. Regionalna Baza Logistyczna, 04-470 Warszawa, ul. Marsa 110 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Usługi w zakresie napraw i konserwacji urządzeń
optycznych", numer sprawy: W/28/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 040- 091866.

Przedmiotem zamówienia jest usługa naprawy noktowizyjnych przyrządów obserwacyjnych i celowniczych: (Gogle noktowizyjne MU-3,Gogle noktowizyjne MU- 3AD, Lornetki noktowizyjne NPL-1 BROM, Lornetki noktowizyjne NPl 1M Brom-M, Noktowizory PCS-6Mini Gabro, Gogle noktowizyjne PNL-2A,Gogle noktowizyjne PNL- 2A z zas. pokł, Gog noktowizyjne PNL-2A z zas. pokł i ośw., Gogle noktowizyjne PNL- 2AD, Gogle noktowizyjne PNL-2AD z zas. pokł. Strzeleckie celowniki termalne „Celownik do karabinu wyborowego, Noktowizory strzeleckie PCS-5 Gabro, Gogle noktowizyjne PNS-1 Dobrzyca).

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami powyższego ogłoszenia Odwołujący: PCO Spółka Akcyjna, ul. Jana Nowaka - Jeziorańskiego 28, 03-982 Warszawa w dniu 8 marca 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w

postępowaniu, tj. od:

a)ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w sekcji III.2.1) ppkt 1.3 oraz w sekcji III.2.3, w sposób który nie gwarantuje wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia (zdolności technicznej i zawodowej);

b)ukształtowanie warunków opcji w sekcji II.2.2), w sposób który nie pozwala na zweryfikowanie poprawności sformułowania ww. warunku udziału w postępowaniu;

c)ukształtowanie wymagania dotyczącego dokumentu w sekcji III.2.1) ppkt 11.2, w sposób który nie gwarantuje wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia (dokumentacja techniczna);

d)ukształtowanie wymagania dotyczącego dokumentu w sekcji II.1.5), w sposób który nie gwarantuje wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia (termin realizacji zamówienia);

e)opisania przedmiotu zamówienia z rażącym naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak definicji „głównej usługi naprawy", brak wskazania konkretnej broni strzeleckiej, która jest objęta przedmiotem zamówienia, brak wskazania ilości oraz wartości zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

a)naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1 i 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w sekcji III.2.1) ppkt 1.3 oraz w sekcji III.2.3 w sposób następujący: „1.3. posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający dokona oceny warunku na podstawie złożonego oświadczenia o spełnieniu warunku - wzór - załącznik nr 1 do wniosku oraz jeżeli wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną usługę naprawy noktowizorów lub gogli lub urządzeń celowniczych na broni strzeleckiej wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków; Powyższe kryterium Zamawiający szczegółowo opisuje w sekcji III.2.3) niniejszego ogłoszenia." który nie gwarantuje wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia (zdolności technicznej i zawodowej).

b)naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie warunku opcji w sekcji II.2.2), który nie pozwala na zweryfikowanie poprawności sformułowania ww. warunku udziału w postępowaniu.

c)naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie wymagania dotyczącego dokumentu w sekcji III.2.1) ppkt 11.2, w sposób który nie gwarantuje wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

d)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie wymagania dotyczącego terminu realizacji zamówienia sekcji II.1.5), w sposób następujący „3. Zamawiający wymaga, aby zamówienie gwarantowane i opcjonalne zostało zrealizowane do dnia 30.11.2019 r.", co nie gwarantuje wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

e)zarzut naruszenia art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art 22 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez brak definicji „głównej usługi naprawy".

f)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wskazania konkretnej broni strzeleckiej, która jest objęta przedmiotem zamówienia, brak wskazania ilości i wartości zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego, co stanowi o nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a)zmienił warunek udziału w postępowaniu w sekcji III.2.1) ppkt 1.3 oraz w sekcji III.2.3 w sposób wskazany w poniższym uzasadnieniu,

b)doprecyzował warunki opcji w sekcji II.2.2), w sposób wskazany w poniższym uzasadnieniu,

c)zmienił wymagania dotyczącego dokumentu w sekcji III.2.1) ppkt 11.2, w sposób wskazany w poniższym uzasadnieniu,

d)zmienił wymagania dotyczącego dokumentu w sekcji 11.1.5), w sposób wskazany w poniższym uzasadnieniu,

e)opisał warunek udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez wskazanie definicji „głównej usługi naprawy",

f)opisał przedmiot zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wskazanie konkretnej broni strzeleckiej, która jest objęta przedmiotem zamówienia, wskazanie ilości i wartości zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści ogłoszenia wprowadził fasadowe wymagania w postaci warunku w brzmieniu: minimum 1 (jedną) główną usługę naprawy noktowizorów lub gogli lub urządzeń celowniczych na broni strzeleckiej wraz z podaniem ich wartości, który został nieprawidłowo postawiony z wielu powodów, między innymi:

a)Nie jest wiadomym po co Zamawiającemu wartość usługi referencyjnej wskazanej przez wykonawcę, skoro na tę okoliczność warunek nie został jakkolwiek ukształtowany. Z tego też powodu uzasadnione jest – zdaniem Odwołującego - zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do doprecyzowania tego terminu. Odwołujący zaznaczył, że zaproponuje taką wartość, ale w wielu wariantach, gdyż z uwagi na nieznaną wartość zamówienia, nie sposób tej wartości wskazać w sposób stanowczy i zapewniający zachowanie odpowiedniej proporcji.

b)Nie jest wiadomym co Zamawiający rozumie pod pojęciem „głównej usługi naprawy", skoro na tę okoliczność definicja nie została jakkolwiek ukształtowana. Z tego też powodu uzasadnione jest – w ocenie Odwołującego - zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do doprecyzowania tego terminu. Odwołujący z uwagi na nieznany przedmiot zamówienia, oświadczył, że nie podejmuje się budowy takiej definicji za Zamawiającego.

c)Nie jest wiadomym co Zamawiający rozumie pod pojęciem „broni strzeleckiej", skoro na tę okoliczność warunek nie został jakkolwiek ukształtowany. Należy rozumieć, że może to być urządzenie celownicze nawet z XVI wieku. Z tego też powodu, jak i z uwagi na brak konkretnych informacji w opisie przedmiotu zamówienia, uzasadnione jest zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do doprecyzowania tego terminu, gdyż za Wikipedią:„Broń strzelecka - broń palna, której kaliber nie przekracza na ogół (z wyjątkiem wyspecjalizowanych środków np. granatników, rusznic przeciwpancernych) 20 mm. Do broni strzeleckiej zaliczamy także granaty ręczne. Przeznaczona jest do samoobrony i wymuszania posłuszeństwa, a także zwalczania pojedynczych i grupowych celów żywych (eufemizm oznaczający zwykle żołnierzy przeciwnika). Służy także do zwalczania lekko opancerzonego sprzętu i środków ogniowych. Zasięg broni strzeleckiej jest stosunkowo niewielki - zwykle nie przekracza 2000 metrów.

Podsumowując powyższe, Odwołujący stwierdził, że w świetle tak ukształtowanego brzmienia warunku, zdaniem Zamawiającego, wystarczy:

Wykonanie 1 (jednej) jakiejkolwiek usługi naprawy 1 noktowizora lub 1 gogli lub urządzenia celowniczego na broni strzeleckiej zgodnej z definicją z Wikipedii i pochodzącą z dowolnego okresu produkcji, a nawet systemem chałupniczym.

W związku z powyższym - zdaniem Odwołującego - warunek ten jest błędnie ukształtowany i nie uwzględnia przestrzegania zasad jednoznaczności, precyzyjności i gwarancji dla wyboru rzetelnego wykonawcy, dlatego też Odwołujący zaproponował brzmienie:

„1.3. posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający dokona oceny warunku na podstawie złożonego oświadczenia o spełnieniu warunku - wzór - załącznik nr 3 do wniosku oraz jeżeli wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed, upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną usługę naprawy (przez główną usługę naprawy Zamawiający rozumie…) następujących noktowizorów, gogli i urządzeń celowniczych do broni strzeleckiej opisanej w przedmiocie zamówienia: Lornetki noktowizyjne *NPL-1 BROM*,Lornetki noktowizyjne *NPL-1M BROM-M, Gogle noktowizyjne MU-3, Gogle noktowizyjne MU-3AD, Gogle noktowizyjne PNS Dobrzyca*, *Gogle noktowizyjne PNL-2A, Gogle noktowizyjne PNL-2AD, Noktowizyjny celownik strzelecki PCS-5 Noktowizyjny celownik strzelecki Gabro PCS-6 Mini Gabro, Noktowizyjny celownik strzelecki PCS-5/1 Gabro, Noktowizyjny celownik strzelecki PCS-5M, Strzelecki celownik termowizyjny SCT Rubin o wartości nie mniejszej niż 1,5 mln PLN*(z podaniem ich wartości), przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o

obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków

W celu potwierdzenia spełnienia warunku Zamawiający żąda następujących dokumentów: wykazu usług wykonanych (wzór stanowi załącznik nr 3 do wniosku) w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków.”.

Odwołujący również dopuścił w zależności od ukształtowania warunku udziału w postępowaniu możliwość uzyskania dodatkowych punktów przez wykonawcę, za każdy kolejny udokumentowany przypadek świadczeń usług okresowych lub ciągłych ponad minimalną 1 (jedną) główną usługę naprawy lub przyznanie punktów w odniesieniu do wartości wykraczających poza wartość, wskazaną w doprecyzowanym warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że Zamawiający w ogłoszeniu nie określił opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby można sporządzić test proporcjonalności dla postawionych warunków udziału w postępowaniu, jak też dla warunków proponowanych przez Odwołującego.

Nadto, wskazał, że przy blankietowym wskazaniu prawa opcji, również nie można przeprowadzać testu proporcjonalności dla postawionych warunków udziału w postępowaniu.

W powiązaniu z tym nie jest wiadomo – zdaniem Odwołującego - jak Zamawiający będzie oceniał czy dysponuje środkami na zrealizowanie zamówienia w wersji podstawowej i jednocześnie w wersji z opcją albo w wersji bez opcji.

Poza tym, zauważył, że bez należytego określenia przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu na poziomie podstawowym dla dokonania testu proporcjonalności warunku, bez ww. definicji, bez wskazania ilości i zakresu usługi i warunków jej wykonywania na poziomie gwarantowanym i opcjonalnym, i bez wskazania warunków opcji (np. który sprzęt będzie w pierwszej kolejności kierowany do usługi naprawy, bez wskazania ilości), postępowanie przybiera znamiona dedykowanego dla przedsiębiorców nieprofesjonalnych konkurujących jedynie ceną - niską proporcjonalnie do braku swoich kompetencji i doświadczenia, co rażąco utrudnia uczciwą konkurencję podmiotom fachowym.

Oświadczył również, że nie sposób przymuszać wykonawcy do zawarcia umowy z dzienną datą realizacji, jak w tym przypadku, gdy Odwołujący nie zna ani rozmiarów zamówienia ani terminu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że identyczna sytuacja zaistniała w roku 2017r., gdzie w analogicznych okolicznościach Zamawiający tak prowadził i przeciągał procedurę, że nie był w stanie zawrzeć umowy, nie mówiąc o jej realizacji, na dzień 30 listopada 2017r.

Kolejny zarzut dotyczył braku ukształtowania warunku opcji w sekcji II2.2), który nie pozwala na zweryfikowanie poprawności sformułowania ww. warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - dookreślenie prawa opcji, w tak szczególnym przetargu ma fundamentalne znaczenie dla poprawności przeprowadzenia postępowania, zachowania uczciwej konkurencji oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia zabezpieczenia Zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą.

Dlatego też już na etapie ogłoszenia Zamawiający powinien doprecyzować, który sprzęt będzie w pierwszej kolejności kierowany do naprawy.

Następny zarzut odnosił się do ukształtowania wymagania dotyczącego dokumentu w sekcji III2.1) ppkt 11.2, w sposób, który nie gwarantuje wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że w treści ogłoszenia znajduje się następujące wskazanie: „11.2. Posiada uzgodnioną z RPW i COL (SSUiE IWsp SZ) „dokumentację techniczną, produkcyjną lub naprawczą” oraz „warunki techniczne na odbiór sprzętu po naprawie” przy realizacji naprawy SpW z modyfikacją oraz posiadać uzgodnione z RPW i COL (SSUiE

IWsp SZ) „warunki techniczne na odbiór sprzętu po naprawie” przy realizacji naprawy SpW.

Wykonawca powinien na potwierdzenie złożyć: Oświadczenie Wykonawcy o posiadaniu dostępu do dokumentacji technicznej danego urządzenia;”.

Zdaniem Odwołującego - wykonawca powinien posiadać do napraw uzgodnioną z MON dokumentację w następującym zakresie: dokumentacja konstrukcyjna i warunki techniczne lub instrukcja naprawy. Ponadto wykonawca powinien posiadać tak kluczową dokumentację z legalnego źródła, co dodatkowo pozwoli zamawiającemu zweryfikować, czy tak ważna z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa dokumentacja nie dostała się nielegalnie w niepowołane ręce.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący zaproponował: „11.2. Legalnie posiada uzgodnioną z RPW i COL (SSUiE IWsp SZ) „dokumentację techniczną, produkcyjną lub naprawczą”w zakresie: dokumentacji konstrukcyjnej i warunków technicznych lub instrukcji naprawy oraz „warunki techniczne na odbiór sprzętu po naprawie” przy realizacji naprawy SpW z modyfikacją oraz posiadać uzgodnione z RPW i COL (SSUiE IWsp SZ) w zakresie: dokumentacji konstrukcyjnej i warunków technicznych lub instrukcji naprawy „warunki techniczne na odbiór sprzętu po naprawie” przy realizacji naprawy SpW.

Wykonawca powinien na potwierdzenie złożyć: Oświadczenie Wykonawcy o posiadaniu legalnego dostępu do dokumentacji technicznej danego urządzenia ze wskazaniem tytułu prawnego do posiadanej dokumentacji;”.

Ostatni zarzut był wymierzony przeciwko wskazaniu przez Zamawiającego daty dziennej realizacji nieznanego zakresu zamówienia, bowiem nie sposób przymuszać wykonawcy do zawarcia umowy z dzienną datą realizacji, jak w tym przypadku.

Odwołujący podkreślił, że identyczna sytuacja zaistniała w roku 2017r., gdzie w analogicznych okolicznościach, Zamawiający tak prowadził i przeciągał procedurę, że nie był w stanie zawrzeć umowy, nie mówiąc o jej realizacji, na dzień 30 listopada 2017r.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący zażądał wskazania przez Zamawiającego okresu co najmniej 6 miesięcy dla zamówienia gwarantowanego od daty podpisania umowy, i 6 miesięcy dla zamówienia opcjonalnego.

W przekonaniu Odwołującego - tak ukształtowane postanowienie będzie także motywujące dla Zamawiającego, jeśli rzeczywiście chce, aby zamówienie zostało zrealizowane do 30 listopada 2019r., a warunek ten nie stanowi jedynie wybiegu Zamawiającego w celu uzyskania dodatkowych przychodów z tytułu kar umownych za opóźnienie.

Wskazał, że termin zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zdarzeniem przyszłym i nie pewnym - wykonawca nie ma wiedzy na temat faktycznego zakończenia postępowania i faktycznego terminu podpisania umowy. Określenie przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi datą kalendarzową powoduje, że Wykonawca nie ma żadnej wiedzy na temat tego, czy i jak długim okresem będzie dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług.

Podniósł, że wykonawcy znany jest jedynie termin składania ofert (...), jednakże nie można przecież wykluczyć, że termin ten ulegnie przesunięciu, np. w konsekwencji skorzystania przez wykonawców z prawa składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, czy złożenia odwołania do KIO. Potencjalnie ów termin może przypadać kilka a nawet kilkanaście tygodni po planowanej dacie składania ofert. Niewykluczonym jest, iż termin będzie zbliżony do planowanej daty początkowej świadczenia usług.

Zarzucił, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że wykonawca nie ma żadnej wiedzy na temat tego, czy i jak długim okresem będzie dysponować na przygotowanie się do świadczenie usług, podczas gdy minimalny okres na przygotowanie się do świadczenia usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia przez wykonawcę, który nie świadczy dla Zamawiającego obecnie takiej usługi wynosi, co najmniej sześć miesięcy od daty zawarcia umowy.

Argumentował, że Zgodnie z Koncepcją nowej ustawy Pzp „Wśród postanowień, które mogłyby zostać wskazane jako obowiązkowe elementy umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny znaleźć się m.in: postanowienia dotyczące zalecanego terminu wykonania umowy określonego w jednostkach czasu z wyłączeniem sytuacji, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE, płatności częściowych, klauzul waloryzacyjnych, gdy termin wykonania umowy jest dłuższy niż dwanaście miesięcy, czy obowiązku zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.”.

Zdaniem Odwołującego powyższe zastrzeżenia do treści ogłoszenia dotykają istoty zagadnienia prawnego, które prezentuje pytanie, czy w przetargu ograniczonym weryfikacja oceny rzetelności, efektywności i doświadczenia

wykonawcy może być prowadzona w oderwaniu od rzeczywistego rozmiaru przedmiotu zamówienia i bez jego szczegółowego opisu, czyli tak jak w tym przypadku przy okolicznościach braku konkretnego opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego - w tym postępowaniu, przy tak ukształtowanej treści ogłoszenia nie sposób dokonać rzetelnej weryfikacji wykonawcy, z uwagi na to, że przedmiot zamówienia jest nieznany, a co za tym idzie, skoro wymagania powinny być obiektywnie odpowiednie do przedmiotu zamówienia i być racjonalne dla osiągnięcia celu postępowania, to najpierw powinien zostać być dokonany opis przedmiotu zamówienia zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, na bazie czego można ukształtować i uzasadniać prawidłowe warunki udziału w postępowaniu.

Powyższe skłoniło Odwołującego do wniosku, że w tym przypadku starannego rozważenia wymaga sformułowanie wymagań i warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności tych, dotyczących wiedzy i doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia, odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 19 marca 2019 r, pisma procesowego Odwołującego z dnia 21 marca 2019 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.22 ust.1 i ust.1a, ust.1b pkt 3, art.25 ust.1 pkt 2 oraz art.29 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający w ogłoszeniu wprowadził warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w warunkach uniemożliwiających ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w ogłoszeniu z dnia 26 lutego 2019r. Zamawiający określił treść sekcji III.2.1) pkt 1.3, przyjmując, że w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy dotyczące posiadania zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający dokona oceny warunku na podstawie złożonego oświadczenia o spełnieniu warunku - wzór - załącznik nr 1 do wniosku oraz jeżeli wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną usługę naprawy noktowizorów lub gogli lub urządzeń celowniczych na broni strzeleckiej wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków; Powyższe kryterium Zamawiający szczegółowo opisuje w sekcji III.2.3) niniejszego ogłoszenia.

Dodatkowo, w sekcji III.2.3 1 ogłoszenia Zamawiający III.2.3) określił kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe, w których ustalił kryteria dotyczące kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia) wraz z informacjami i formalnościami koniecznymi do dokonania oceny spełniania wymogów: Zamawiający dokona oceny warunku na podstawie złożonego oświadczenia o spełnieniu warunku - wzór - załącznik nr 1 do wniosku oraz jeżeli wykonawca w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną usługę naprawy noktowizorów lub gogli lub urządzeń celowniczych na broni strzeleckiej wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego

usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków;

W celu potwierdzenia spełnienia warunku Zamawiający żąda następujących dokumentów: wykazu usług wykonanych (wzór stanowi załącznik nr 3 do wniosku) w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków.

Poza tym, Izba stwierdziła, że Zamawiający w powyższej treści ogłoszenia nie zdefiniował pojęcia „głównej usługi naprawy…".

Na wstępie należy wskazać, że oś sporu nie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, lecz warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do przepisu art.22 ust.1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W związku z tym określenie na gruncie ogłoszenia prawidłowo warunku udziału w postępowaniu według powyższej dyrektywny jest obowiązkiem Zamawiającego.

Powyższa powinność Zamawiającego wynika także z przepisu art.48 ust.2 ustawy Pzp precyzującego minimalną treść ogłoszenia w przetargu ograniczonym, w tym warunki udziału w postępowaniu wymienione w pkt.6 tego przepisu.

Obecna treść „główna usługa naprawy" z sekcji III.2.1) pkt 1.3 oraz sekcji III.2.3, nie wyjaśnia czym wyróżnia się ten przymiot „główny", w aspekcie zarówno przedmiotu zamówienia, jak i sposobu jego realizacji.

Według ustaleń Izby dokonanych na rozprawie – w ocenie Odwołującego – naprawa ta jest to naprawa toru optycznego, związanego z wymianą wzmacniacza obrazu w połączeniu z elementami optycznymi współdziałającymi.

Natomiast, jeden pełnomocników Zamawiającego wyjaśnił, że główną usługą naprawy jest ta najważniejsza i zasadnicza w ramach danej umowy.

Drugi z pełnomocników Zamawiającego oświadczył zaś, że oczekiwałby wykonania naprawy głównej, rozumianej w podobny sposób jak Odwołujący, tj., wykonanie głównego elementu, podzespołu, nie bierze pod uwagę wykazania się usługami o charakterze kosmetycznym, jak chociażby wymiana uszczelek.

Zdaniem Izby - powyższy warunek w tej części jako nieprecyzyjny i niejednoznaczny wymagał zatem uściślenia poprzez stworzenie odpowiedniej definicji takiej jak zaproponował Odwołujący, albo poprzez wykreślenie słowa „głównej" i pozostawienie tym samym powszechnego znaczenia pojęcia „usługi naprawy".

Wymaga zauważania, że wyjaśnienia Odwołującego wskazują na bardzo konkretny zakres przedmiotu zamówienia naprawy głównej, podczas gdy Zamawiający nie podał szczegółowego określenia tego pojęcia, co stwarza ryzyko niejednoznacznego jego rozumienia, a tym samym narusza zasadę równości, konkurencyjności i przejrzystości, o której mowa w art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Jeżeli zaś chodzi o kwestię ukształtowania warunku udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny, a także uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, to Zamawiający nie mógł poprzestać jedynie na oczekiwaniu wykazania przez wykonawców jakiejkolwiek wartości wykonanej usługi lub wykonywanych usług, lecz był zobowiązany do określenia tej wartości, aby mógł zbadać wiarygodność podmiotową wykonawcy w aspekcie rozmiaru zamówienia i stopnia jego skomplikowania.

Izba postanowiła również zobowiązać Zamawiającego do wykreślenia słów: „…do dnia 30.11.2019 r." i

zastąpienia ich słowami: „…w terminie 180 dni licząc od daty zawarcia umowy.”.

Wprawdzie Zamawiający określił termin wykonania zamówienia zgodnie z art.48 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp, jednak nie wziął on pod uwagę uwarunkowań wynikających z przepisu art.29 ust.1 ustawy Pzp, to jest nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Biorąc pod uwagę jako bezsporną okoliczność, ze czas potrzebny na wykonanie usługi to około 6 miesięcy, Izba uznała, że termin realizacji zamówienia musi zabezpieczać strony przed innymi okolicznościami, które mogą ograniczyć czas potrzebny do wykonania zamówienia.

W tym przypadku, Odwołujący jest w stanie wywiązać się należytego, terminowego wykonania zobowiązania, zaś Zamawiający otrzymuje gwarancję, ze naprawa będzie wykonana w czasie do tego przewidzianym.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba postanowiła je oddalić, uznając racje Zamawiającego.

W odniesieniu do pojęcia „broni strzeleckiej” Odwołujący zarówno w treści samego odwołania, jak również jako profesjonalista w zakresie sprzętu wojskowego – urządzeń optycznych wykazał się znajomością tego terminu, zatem Izba nie znalazła podstaw do dodatkowego sprecyzowania tej nazwy.

Idąc dalej, w przekonaniu Izby – Zamawiający nie był zobowiązany do zawężenia zakresu warunku podmiotowego poprzez szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia w samym spornym warunku.

W związku z tym, Izba wzięła pod uwagę brzmienie przepisu art.48 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącego przetargu ograniczonego, który stanowi, że ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w , zawiera co najmniej określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych.

Podczas, gdy zgodnie z przepisem art.41 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącym przetargu nieograniczonego ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art.40 ust.1, zawiera co najmniej określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych.

Nadto, stosownie do przepisu art.36 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby, stopień szczegółowości informacji o przedmiocie zamówienia podawanych w ogłoszeniu o przetargu ograniczonym jest zdecydowanie węższy niż w przetargu nieograniczonym, w którym wymagane jest również określenie wielkości lub zakresu zamówienia.

Natomiast, to dopiero na etapie powstawania SIWZ jest tworzony szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i w odniesieniu do niego oceniana jest proporcjonalność warunku.

W związku z powyższym, Izba stanęła na stanowisku, że nadmierny opis przedmiotu zamówienia przy warunku mógłby spowodować ograniczenie konkurencji, zatem obecne określenie przedmiotu zamówienia Izba uznała za wystarczające na tym etapie postępowania.

Podobnie, Izba doszła do przekonania w odniesieniu do warunku opcji, gdzie powołane wyżej przepisy nie określają stopnia szczegółowości tego warunku.

Natomiast, postanowienia dotyczące dokumentacji technicznej, produkcyjnej lub naprawczej sprzętu wojskowego uzgodnionej z RPW i COL (SSUiE IWsp SZ) Izba uznała za wystarczające w obecnym kształcie, zaś wymóg legalności uzgodnionej dokumentacji jest oczywisty w aspekcie ustanowionych warunków i nie wymaga dodatkowego wskazania w treści ogłoszenia.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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:……