Sygn. akt: KIO 3002/21

WYROK

z dnia 29 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez wykonawcę Micronet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdańsk,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 8 Baza Lotnictwa Transportowego

w Krakowie-Balicach, ul. Kpt. Mieczysława Medweckiego 10, 32-083 Balice,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Micronet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdańsk, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Micronet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej

Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3002/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - 8 Baza Lotnictwa Transportowego w Krakowie-Balicach, ul. Kpt. Mieczysława Medweckiego 10, 32-083 Balice, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę naprawy zbiorników magazynowych do

przechowywania materiałów ciekłych zapalnych, nr referencyjny: 11/STN/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 01.09.2021 r., nr 2021/BZP 00166506/01.

Pismem z dnia 05.10.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TAKO SERWIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.

W dniu 11.10.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Micronet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdańsk (dalej: „odwołujący") zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 112 i 116 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", polegające na nieodrzuceniu przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

2) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niezapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „W ocenie Odwołującego

Wykonawca nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i jego oferta powinna zostać odrzucona. Zgodnie z pkt. V ppkt.1.4. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) „Warunki udziału w postępowaniu, opis spełniania tych warunków oraz podstawy wykluczenia z postępowania" warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wykazanie przez wykonawcę, że wykonał lub wykonuje w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej dwie usługi w zakresie naprawy zbiorników w technologii TANK SYSTEM lub kompatybilnej z TANK SYSTEM o wartości nie mniejszej niż 150.000 zł brutto każda, przy czym wykonawca powinien załączyć dowody określające, czy usługi te zostały lub są wykonywane należycie.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku Wykonawca wskazał w „Wykazie

Wykonanych Usług" usługę naprawy dwóch zbiorników o poj. 50 m^3 w Kompleksie Wojskowym Grubno dla 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Grudziądzu, przedstawiając uzyskane z tych prac referencje z dnia 17.03.2020 r. wystawione przez Komendanta płk. Roberta Szumnego, w których wskazano „Zamawiający wykluczył wykonanie drugiego płaszcza zbiornika w technologiach wykorzystujących kompozyt złożony z trójwymiarowej tkaniny szklanej 3D", podczas gdy technologia TANK SYSTEM i kompatybilne do niej technologie polegają właśnie na wytwarzaniu drugiego płaszcza w zbiornikach paliwowych. Do wytworzenia drugiego dna lub ścianki zbiornika w technologii TANK SYSTEM wykorzystywany jest kompozyt złożony z trójwymiarowej tkaniny szklanej 3D i precyzyjnie dobranych żywic. Trójwymiarową tkaninę 3D wytwarza się z włókna szklanego w taki sposób, że znajdujące się w strukturze tkaniny warstwa górna i dolna połączone są między sobą pionowymi włóknami, które po wysyceniu specjalnie dobranymi żywicami układają się odpowiednio, co daje w efekcie ogromną wytrzymałość mechaniczną. (...)

Podsumowując - wskazana przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu usługa wykonana została w zupełnie innej technologii, co wprost wynika z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów. Zatem Zamawiający powinien ocenić, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postepowaniu, bowiem nie wykazał wykonania dwóch usług w zakresie naprawy zbiorników w technologii TANK SYSTEM lub kompatybilnej z TANK SYSTEM, co na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 112 i 116 Ustawy powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postepowaniu. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu,

3) powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 26.10.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa naprawy zbiorników magazynowych do przechowywania materiałów ciekłych zapalnych.

W pkt V.1.4. swz zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać, że wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi w zakresie naprawy zbiorników w technologii TANK SYSTEM lub kompatybilnej z TANK SYSTEM o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto każda.

Wykonawca Tako Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. wskazał w wykazie usług m.in. usługę wykonywaną dla 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Grudziądzu i dołączył referencje, w których wpisano m.in., że: „Zamawiający wykluczył wykonanie drugiego płaszcza zbiornika w technologiach wykorzystujących kompozyt złożony z trójwymiarowej tkaniny szklanej 3D".

Pismem z dnia 24.09.2021 r. zamawiający wezwał ww. wykonawcę, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi z dnia 29.09.2021 r. ww. wykonawca m.in. wskazał, że wykaz usług złożył już wraz z ofertą oraz dodał, że „nasz zakład zmodernizował podziemne zbiorniki w technologii DWUPŁASZCZ SYSTEM, która jest kompatybilna z technologią TANK SYSTEM. W załączeniu przesyłam uprawnienia UDT oraz decyzji WDT uprawniających nasz zakład do naprawy i modernizacji zbiorników. W kolorze pomarańczowym zaznaczono fragmenty, które potwierdzają, że technologia DWUPŁASZCZ SYSTEM jest kompatybilna i dopuszcza zastosowanie maty przestrzennej 3D PARABEAM, która także stanowi podstawę technologii TANK SYSTEM". Wykonawca załączył ww. dokumenty.

Pismem z dnia 05.10.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TAKO SERWIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.

Pismem z dnia 11.10.2021 r. zamawiający zwrócił się do 13 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Grudziądzu m.in. z pytaniem, czy zastosowana przez ww. wykonawcę technologia była technologią TANK SYSTEM lub kompatybilną z nią? W odpowiedzi z dnia 13.10.2021 r. 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Grudziądzu potwierdził należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę TAKO SERWIS, nie udzielił odpowiedzi na ww. pytanie i przesłał dokumentację techniczną wykonanego zamówienia wraz z decyzją Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego nr 544-01/WDT/UCB/19 z dnia 29.07.2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający wymagał w opisie warunku doświadczenia wykazania naprawy zbiorników w technologii TANK SYSTEM lub kompatybilnej z TANK SYSTEM, przy czym nie wskazał, jak należy rozumieć w tym wypadku sformułowanie: „kompatybilnej". Na gruncie zamówień publicznych istnieje utrwalona linia orzecznicza, zgodnie z którą niejasności postanowień swz nie mogą negatywnie obciążać wykonawców. Przykładowo należy wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.04.2015 r. o sygn. akt KIO 660/15, w którym stwierdzono: „Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców". Tym samym, skoro zamawiający nie sprecyzował, co konkretnie oznacza „kompatybilność" z technologią TANK SYSTEM (np. jakie parametry / sposób użycia / struktura budowy muszą być spełnione, aby technologia była „kompatybilna"), to na obecnym etapie postępowania (poza przypadkami rażąco oczywistymi) nie może wykluczyć wykonawcy i odrzucić jego oferty z powodu braku „kompatybilności".

Odwołujący stwierdził na rozprawie, że wskazana w złożonych przez wykonawcę

TAKO SERWIS referencjach „trójwymiarowa tkanina szklana 3D" jest w istocie tym samym, co „mata przestrzenna PARABEAM" i że zastosowanie ich przesądza o tym, że usługa została wykonana w technologii TANK SYSTEM lub kompatybilnej z TANK SYSTEM. Brak wykorzystania trójwymiarowej tkaniny szklanej 3D lub maty przestrzennej PARABEAM powoduje wg odwołującego, że nie można uznać, że zastosowano technologię TANK SYSTEM lub technologię kompatybilną z TANK SYSTEM.

W związku z powyższym Izba ustaliła, że do pisma z dnia 29.09.2021 r. wykonawca TAKO SERWIS dołączył m.in. decyzję nr UC-09-129-N/3-19 z dnia 21.02.20219 r. wydaną przez Prezesa Urzędu Dozoru Technicznego wraz z załącznikiem nr 1, w którym wskazano warunki uprawnienia i załącznikiem nr 2, w którym wskazano zakres uprawnienia. W tymże załączniku nr 2 wskazano w pkt 2 rodzaj stosowanych materiałów:

- powłoka "DWUPŁASZCZ SYSTEM":

a) żywice: winyloestrowa, poliestrowa tereftalowa lub epoksywinyloestrowa,

b) wzmocnienie szklane: maty szklane, włóknina poliestrowa lub mata przestrzenna 3D Parabeem,

c) materiały dodatkowe: utwardzacze, wypełniacz taśma połączeniowa, warstwa antyelektrostatyczna.

Ww. wykonawca przedłożył także decyzję nr 544-01/WDT/UCB/19 z dnia 29.07.2019 r. wydaną przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego wraz z załącznikiem, w którym w pkt 1.2. wskazano m.in. że naprawy i modernizacje będą zgodne odpowiednio m.in. z:

- opisem technicznym nr OT/WDT/01/19 — wytwarzania wewnętrznej powłoki technologią DWUPŁASZCZ SYSTEM,

- instrukcją technologiczną nr IT/WDT/01/19 Modernizacja zbiornika poprzez wytworzenie powłoki w technologii DWUPŁASZCZ SYSTEM oraz naprawa istniejącej powłoki.

W pkt 2.2.4. ppkt 2) jako stosowane materiały wymieniono:

a) żywice: winyloestrowa, poliestrowa tereftalowa lub epoksywinyloestrowa,

b) wzmocnienie szklane: maty szklane, włóknina poliestrowa lub mata przestrzenna 3D Parabeem,

c) materiały dodatkowe: utwardzacze, wypełniacz taśma połączeniowa, warstwa antyelektrostatyczna.

Z kolei w złożonym Opisie technicznym nr OT/WDT//01/19 w pkt 3.1. wskazano m.in.: „Technologia DWUPŁASZCZ SYSTEM jest w pełni kompatybilna z innymi powłokami opartymi na żywicach poliestrowych, winyloestrowych oraz epoksydowych, co umożliwia naprawę zbiorników zmodernizowanych poprzez wytworzenie drugiej ścianki z laminatu z warstwą przestrzenną wykonaną przy użyciu włókniny poliestrowej lub maty przestrzennej 3D Parabeem".

Z powyższych dokumentów wydanych przez Prezesa Urzędu Dozoru Technicznego

oraz Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego wynika zatem po pierwsze, że w ramach stosowania technologii DWUPŁASZCZ SYSTEM jest wykorzystywana mata przestrzenna Parabeem, która wg odwołującego jest konieczna do uznania, że mamy do czynienia z technologią TANK SYSTEM lub kompatybilną z TANK SYSTEM.

Po drugie, z Opisu technicznego nr OT/WDT//01/19 wskazanego przez Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego jako podstawa wykonywania przez ww. wykonawcę napraw i modernizacji dodatkowo wynika, że technologia DWUPŁASZCZ SYSTEM jest w pełni kompatybilna z innymi powłokami opartymi na żywicach poliestrowych, winyloestrowych oraz epoksydowych.

Biorąc pod uwagę treść powyższych dokumentów, oraz fakt że zamawiający nie sprecyzował, co stanowi o kompatybilności danej technologii z technologią TANK SYSTEM, jak też respektując wskazaną wyżej zasadę interpretowania niejasności swz na korzyść wykonawcy, należy uznać technologię DWUPŁASZCZ SYSTEM za kompatybilną z technologią TANK SYSTEM, skoro przy jej zastosowaniu jest wykorzystywana mata przestrzenna 3D Parabeem. Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że wykonawca TAKO SERWIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. nie spełnił ww. warunku udziału w postępowaniu i że podlega on wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. W konsekwencji nie ma też podstaw do stwierdzenia, że zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 112 i 116 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że nawet gdyby ww. wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, to zgodnie z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 ustawy Pzp, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty, zamawiający zobowiązany byłby najpierw wezwać go do złożenia, poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Co do zasady zatem (z przewidzianymi w ustawie Pzp wyjątkami), nie jest dopuszczalne automatyczne wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty w przypadku niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....