Sygn. akt: KIO 1988/15

WYROK
z dnia 23 września 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2015 roku przez wykonawcę **UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **MS-GRIFFIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez **UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 1988/15

UZASADNIENIE

11 września 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp"), odwołanie złożył wykonawca UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce (dalej jako „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę „Wielozadaniowej łodzi bojowej" (numer sprawy: IU/101/XI-49/ZO/PO/DOS/SS/2015), prowadzi Zamawiający: Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 04.07.2015r., nr 2015/S 127-232752.

Odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony w terminie na prawidłowy rachunek bankowy UZP. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W związku z podjętymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego w postępowaniu, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowości polegające na:
1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej w postępowaniu polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie błędnego przyjęcia, iż z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i oświadczeń wynika, że zawarte w nim dostawy nie odpowiadają swym rodzajem wartością oraz terminem wykonania warunkowi wskazanemu w ogłoszeniu o zamówieniu, pomimo że Odwołujący złożył stosowne

dokumenty i wyjaśnienia, z których wynika, że przedstawione przez niego, zamówienia potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. zaniechania zaproszenia Odwołującego do składania ofert, pomimo że Odwołujący spełnił warunki stawiane przez Zamawiającego;
3. niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4. niezgodnego z prawem wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonanego na podstawie błędnej oceny dokumentów w postaci wykazu wykonanych dostaw i wyjaśnień Odwołującego, co stanowiło naruszenie:
1. art. 22. ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie iż Odwołujący nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, podczas gdy

Odwołujący złożonymi w toku postępowania oświadczeniami i dokumentami wykazał, iż posiada wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia;
2. art. 24. ust 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w ogłoszeniu, podczas gdy Odwołujący w złożonych dokumentach oraz oświadczeniach fakt ten bezsprzecznie wykazał;
3. art. 7 ustawy Pzp w zakresie równego traktowania wykonawców, poprzez dopuszczenie się w odniesieniu do Odwołującego naruszeń podniesionych w odwołaniu;
4. art. 51 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie zakwalifikował się do udziału w postępowaniu na skutek dokonania przez Zamawiającego wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:
1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego w postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności w postaci dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym nakazanie Zamawiającemu prawidłowej, zgodnej z wiedzą, doświadczeniem i logiką oceny spełniania warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia;
3. nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600zł zgodnie z fakturą VAT.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp zawiadomił Odwołującego, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania Zamawiający uznał, że Odwołujący nie dostarczył wymaganych dokumentów i tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. tj. posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w ogłoszeniu wymagał, aby wykonawca w celu wykazania spełniania warunku z art. 22 ust 2 pkt 2 Pzp (posiadanie wiedzy i doświadczenia), wykazał należyte wykonanie minimum jednej dostawy jednostki o zdolności działania w położeniu nawodnym, w zanurzeniu częściowym oraz w pełnym zanurzeniu, o wartości nie mniejszej niż 12 000 000,00 zł brutto w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Wykonawca w złożonym w dniu 07.08.2015 r. wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zawarł wykaz zrealizowanych dostaw, który w ocenie Zamawiającego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tak sformułowane zarzuty pod adresem wykluczonego wykonawcy są nieprawidłowe i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.
Analiza zarówno treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawartego w nim wykazu dostaw jak i w szczególności wyjaśnień Odwołującego nie uprawnia do przyjęcia, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tak przedstawionym stanie faktycznym, Zamawiający wbrew obowiązującym przepisom bezpodstawnie jednak uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu.

W pierwszej kolejności w ocenie Odwołującego w sposób należyty wykazał on, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z załączonego do wniosku wykazu dostaw wynika wprost, że zawarte w nim dostawy odpowiadają swoim rodzajem, wartością oraz terminem wykonania dostawy warunkowi wskazanemu w ogłoszeniu o zamówieniu. W szczególności Odwołujący się wykazał, iż w roku 2011 w sposób należyty zrealizował trzy dostawy Pojazdu Podwodnego Nurka DPD (Driver Propulsion Device), na łączną kwotę 15 833 992,30 zł. Przedmiotowe dostawy zostały wykonane na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4724. Należyte wykonanie dostaw została poświadczona przez odbiorcę.

W opinii Odwołującego, powyższe dowody w sposób bezsprzeczny potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślać należy, że pojazd podwodny nurka DPD spełnia określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu warunku będąc jednostką zdolną do działania zarówno w pełnym zanurzeniu, zanurzeniu częściowym jak i w położeniu nawodnym.

W dalszej kolejności w ocenie Odwołującego wyszczególnione w złożonych wykazach dostawy pojazdów podwodnych nurka DPD należy traktować jako ciągłe i powiązane z dostawami łodzi MRCC tj. takich, jakie zamierza zaoferować Odwołujący w niniejszym postępowaniu. Wbrew stanowisku Zamawiającego istnieją pełne podstawy, aby w zakresie dostaw zrealizowanych na rzecz Marynarki Stanów Zjednoczonych ściśle powiązać zarówno dostawy łodzi MRCC z dostawami pojazdów podwodnych nurka DPD. Wynika to wprost z faktu, że te ostanie są w pełni kompatybilną - integralną częścią łodzi MRCC.

Odwołujący zwrócił uwagę na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r. o sygnaturze KIO 744/10, w którym zostało wyraźnie podkreślone, że celem instytucji

warunku udziału w postępowaniu, jest stworzenie przez zamawiającego takich ram dostępu do zamówienia, które dają zamawiającemu możliwość weryfikacji wykonawców, przez w celu dopuszczenia do udziału w określonym zamawiającego zakresie, w postępowaniu tylko tych wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu musi być ukształtowany w taki sposób, który z jednej strony zapewnia realizację celu jego ustanowienia, z drugiej zaś strony, nie może stanowić nieuzasadnionej bariery dla wykonawców, którzy w istocie potrafią sprostać oczekiwaniom zamawiającego i zrealizować przedmiot zamówienia w sposób należyty.

Przekładając powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania zdaniem Odwołującego dysponuje on należytym doświadczeniem i wiedzą gwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób spełniający wymagania Zamawiającego. Produkt, który Odwołujący ma zamiar zaoferować, to sprawdzona i z powodzeniem użytkowana przez siły specjalne wielu krajów bojowa łódź wielozadaniowa. Co więcej stanowi ona platformę w pełni kompatybilną z użytkowanymi już w kraju pojazdami podwodnymi nurka DPD, które są w istocie jej integralną częścią.

Zgodnie, z informacjami uzyskanymi przez Odwołującego łódź oferowana przez wykonawcę, który nie został wykluczonego z udziału w postępowaniu jest jednostką prototypową, niegwarantującą należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe należy wyprowadzić wniosek, że niezgodne z obowiązującymi przepisami działania i zaniechania Zamawiającego wymagają skorygowania w postępowaniu odwoławczym, o ile Zamawiający nie uzna argumentacji i dowodów zawartych w odwołaniu, jako przekonujących w zakresie wykazania przez Odwołującego, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania otrzymał w dniu 1 września 2015 r., tj. w czasie gdy rozpoczynał się w Kielcach Międzynarodowy Salon Przemysłu Obronnego, największe tego typu targi

w kraju. Z uwagi na uczestnictwo Odwołującego w tej imprezie i konieczność zaangażowania praktycznie całego personelu w przygotowania i udział w targach Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią zawiadomienia dopiero w dniu 8 września 2015 r., co znacząco utrudniło mu przygotowanie i podjęcie czynności odwoławczych. Tego rodzaju zachowanie w połączeniu z faktem, iż Zamawiający posiadał wiedzę o zaangażowaniu Odwołującego jak i całej krajowej branży zbrojeniowej w przygotowanie do rzeczonych targów, w opinii Odwołującego, stanowi, znaczące i nieuzasadnione utrudnienie w korzystaniu z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, na zasadzie art. 179 ust. 1 Pzp uznać należy, że składający odwołanie ma legitymację do jego wniesienia, ponieważ posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku

nieprawidłowego wykluczenia z postępowania i braku możliwości złożenia oferty, która okazałaby się najkorzystniejsza. W konsekwencji wniosek o uwzględnienie odwołania w całości jest zasadny i jako taki zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, pytań i odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego, wniosku o dopuszczenie, wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wykluczenie Odwołującego, w konsekwencji zaś niezaproszenie wykonawcy do kolejnego etapu postępowania, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie 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.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca **MS-GRIFFIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.** Przystąpienie uznano za skuteczne. Wykonawca wnioskował o oddalenie w całości odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W sekcji III.2.3 ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu (kwalifikacje techniczne) Zamawiający określił, że w celu wykazania spełniania przez Wykonawców warunku, o którym mowa w art.

22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca wykonał należycie, przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, minimum jedną dostawę jednostki o zdolności działania w położeniu nawodnym, w zanurzeniu częściowym oraz pełnym zanurzeniu, o wartości nie mniejszej niż 12 000 000,00 zł brutto .

W sekcji IV.1.2. ogłoszenia Zamawiający określił zasady, według których przyznawał będzie dodatkową punktację w ramach kwalifikacji wniosków. W przypadku gdy wymagane warunki spełni więcej niż 4 (czterech) Wykonawców, Zamawiający zaprosi 4 (czterech) Wykonawców na podstawie dokonanej klasyfikacji Wykonawców w oparciu o wykaz wykonanych dostaw. Ocenie punktowej podlegać będzie doświadczenie na podstawie

złożonego wykazu dostaw i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie: Wykonawcy, za każdą dodatkową dostawę spełniającą warunki, o których mowa w sekcji III. 2.3, ust. 1. zostaną przyznane odpowiednio punkty w następujący sposób: 1) za wykazanie przez Wykonawcę wykonania 2 (dwóch) dostaw o wartości min. 12 000 000,00 zł brutto każda – 1 pkt; 2) za wykazanie przez Wykonawcę wykonania 3 (trzech) dostaw o wartości min. 12 000 000 zł brutto każda – 2 pkt; (….). W przypadku uzyskania jednakowej ilości punktów, o kolejności decydować miała sumaryczna wartość wykonanych dostaw brutto spełniających warunki, o których mowa w sekcji IIII 2.3 ust.1, wykazanych w załączonym przez Wykonawcę wykazie.

W toku postępowania wykonawca zadał pytanie, czy Zamawiający za spełnienie przedmiotowego warunku uzna wykonanie dwóch dostaw podwodnych pojazdów dla płetwonurków DPD o łącznej wartości ponad 12 000 000,00 zł, które są integralną (samodzielną) częścią platformy wielozadaniowej łodzi bojowej. Przedmiotowe pojazdy stanowią uzupełnienie platformy, jaką w postępowaniu chciałby zaoferować wykonawca, pochodzą od tego samego producenta i służą do pracy w położeniu nawodnym, zanurzeniu częściowym i pełnym. Wykonawcy wydawało się, że realizacje takich dostaw powinny stanowić dowód posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w dostawach sprzętu będącego przedmiotem postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie posiadania wiedzy i doświadczenia, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 ustawy Pzp oraz spełniają warunki wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, szczegółowo opisane w ogłoszeniu o zamówieniu.

W postępowaniu złożono trzy wnioski o dopuszczenie do udziału.

Odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył dwa wykazy wykonanych i wykonywanych dostaw. Z pierwszego wynika, że w latach 2004, 2008 wykonywał dostawy wielozadaniowej łodzi bojowej na rzecz Marynarki Stanów Zjednoczonych oraz firm prywatnych o wartościach łącznych dostaw szczegółowo

określonych w wykazie, podanych w USD, natomiast w latach 2010, 2012, 2015, 2014 realizował dostawy pojazdu podwodnego nurka DPD. Jak wskazał wykonawca jest to podwodna platforma zapewniająca zwiększoną mobilność. DPD może być przewożone oraz wodowane z wielozadaniową łodzią podwodną podczas operacji podwodnych. Może być też wykorzystywane na wiele sposobów działając w pół zanurzeniu oraz pełnym zanurzeniu, jest integralną częścią łodzi. Drugi wykaz wykonanych dostaw wskazywał na 3 dostawy pojazdów podwodnych nurka dla jednostek wojskowych w Polsce w latach 2010 i 2011 roku o wartościach 1 600 000,00 zł; 5 499 999,12 zł; 8 799 993,18 zł.

13 sierpnia 2015 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przytoczył brzmienie warunku z ogłoszenia o zamówieniu i zaznaczył, że złożone wykazy Wykonawcy nie potwierdzają spełniania warunku. Z wykazu nie wynika, ze zawarte w nim dostawy odpowiadają swoim rodzajem oraz wartością warunkowi określonemu w ogłoszeniu. Pojazd DPD – pojazd podwodny nurka nie jest jednostką o zdolności działania w położeniu nawodnym, w zanurzeniu częściowym oraz w pełnym zanurzeniu.

Odpowiadając na wezwanie Odwołujący podkreślił, że w wykazie dostaw przedstawił zarówno dostawy samych łodzi MRCC jakie zamierza w postępowaniu zaoferować, jak i ich części, a zarazem niezależnych systemów, jakimi są pojazdy podwodne DPD. Dostawy łodzi MRCC z wielkim sukcesem zrealizowane były w latach wcześniejszych. W związku z tym, że łodzie tego typu to konstrukcje bardzo zaawansowane i przeznaczone dla specjalnego użytkownika, który wymaga wysokiej jakości wykonania i niezawodności użytkowania, dostaw tego typu nie realizuje się w sposób ciągły. Z posiadanych przez wykonawcę informacji wynika, że dostawy wyczerpały na długi okres zapotrzebowanie na realizację następnych dostaw. Kolejnym krokiem realizowania i uzupełniania zamówień były realizowane w ostatnich latach dostawy pojazdów DPD i są one związane z dostawami głównymi. Określenie warunku dostaw w okresie jedynie 5 lat dla tego typu specjalistycznych systemów, na które popyt kreuje mapa rynku działań specjalnych, nie jest adekwatne i trudne do wykazania, ponieważ dostawy realizowane są zgodnie z zamówieniami kreowanymi przez zapotrzebowanie na działania specjalne. W przedmiotowym

postępowaniu Odwołujący planuje zaoferować użytkowaną i sprawdzoną w boju przez siły specjalne łódź wielozadaniową. Nie jest to jednostka prototypowa, co więcej stanowi platformę kompatybilną i przeznaczoną do przenoszenia pojazdów DPD, które znajdują się na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP. W związku z powyższym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o potraktowanie realizowanych dostaw ciągników DPD jako ciągłych i powiązanych z dostawami łodzi MRCC i spełniających wymagania Zamawiającego.

W dniu 1 września 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom decyzję o wynikach postępowania, w tym decyzję o wykluczeniu Odwołującego. Zamawiający przytoczył brzmienie warunku udziału z ogłoszenia o zamówieniu, omówił dokumenty znajdujące się we wniosku Odwołującego, wskazał, że wykonawca wzywany był do uzupełnienia dokumentów oraz przytoczył złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia. Zdaniem Zamawiającego nie ma możliwości powiązania dostaw pojazdów DPD z dostawami łodzi MRCC. Zamawiający prowadząc postępowanie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, na , art. 131a ust. 1 ustawy Pzp postawił wymóg legitymowania się wiedzą i doświadczeniem z ostatnich 5 lat. Łodzie były dostarczane w latach 2004-2008, a ich odbiorcami były inne podmioty niż odbiorcy pojazdów DPD. Ponadto, w przypadku dostaw na rzecz Marynarki Wojennej Stanów Zjednoczonych wykraczają one poza pięcioletni okres, przed dniem składania wniosków o dopuszczenie. Wobec powyższego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający wykluczył Wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, uznano, że **odwołanie podlegało oddaleniu.**

Na początku rozważań podkreślenia wymaga, że zadaniem konstruowanego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota opisania konkretnego warunku polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamych z przedmiotem zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne

z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Biorąc pod uwagę stanowisko doktryny oraz dotychczasowe orzecznictwo, dostrzeżenia jednocześnie wymaga, że nie jest konieczne, aby zdolność realizacji danego zamówienia posiadały wszystkie podmioty z danej branży działające na rynku.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ocena wniosku o dopuszczenie złożonego przez Odwołującego dokonana przez Zamawiającego, w tym końcowa konkluzja, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy

i doświadczenia była prawidłowa.

W pierwszej kolejności analizując wykaz dostaw zrealizowanych na rzecz polskiej jednostki wojskowej, nie można w żadnej mierze zgodzić się z tezą Odwołującego, że wymienione w wykazie trzy dostawy pojazdu podwodnego nurka DPD na łączną kwotę 15 833 992,30 zł można potraktować jako dostawę ciągłą i jedno zamówienie. Jak wynika z załączonych do wykazu referencji, dostawy realizowane były w różnych terminach, na podstawie odrębnych umów. Nie ma większego znaczenia fakt, że dwie z tych dostaw oddziela od siebie stosunkowo niedługi czas oraz okoliczność, że wszystkie te zakupy były realizowane z jednego budżetu na rzecz tego samego zamawiającego. Jak słusznie zauważył na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego, wszystkie zakupy dla Polskich Sił Zbrojnych realizowane są z jednego budżetu Ministra Obrony Narodowej. Tożsamość podmiotowa zamawiającego nie oznacza, że świadczenie można potraktować jako jedną dostawę, rozłożoną w czasie, zwłaszcza biorąc pod uwagę okoliczność, że przy każdej z tych dostaw zawierana była między stronami odrębna umowa, która określała wzajemne obowiązki i zobowiązania. Co ważniejsze jednak, warunek udziału w postępowaniu, w ocenie składu orzekającego Izby, w sposób jednoznaczny odnosił się do wartości jednej dostawy o minimalnej wartości 12 000 000,00 zł. Nie istniały jakiekolwiek podstawy, czy też przesłanki, aby uwzględnić argumentację Odwołującego, że warunek można było zinterpretować jako możliwość łącznego zsumowania wartości poszczególnych dostaw. Choć rzeczywiście w samym warunku podstawowym Zamawiający nie określił wprost, że wartość odnosi się do jednej dostawy, to jednak biorąc pod uwagę zapisy ogłoszenia o zamówieniu w sekcji dotyczącej przyznawania dodatkowej punktacji, nie można było mieć żadnych wątpliwości, że Zamawiający wymagał dostaw o wartości 12 000 000,00 zł brutto każda. A zatem dostaw przedstawionych przez Odwołującego za jedną dostawę nie można

uznać. Także zastosowanie wykładni logicznej przedmiotowego warunku nie może prowadzić do odmiennych wniosków, skoro wykonawca miał mieć doświadczenie w minimum jednej dostawie o wartości nie mniejszej niż 12 000 000,00 zł. Odwołujący nie sprostał zdaniu wytłumaczenia Izbie w jaki sposób z takiego brzmienia i sformułowania zdania można wnioskować, że wymieniona wartość 12 000 000,00 zł może dotyczyć więcej niż jednej dostawy.

Co do drugiego z wykazów, to na wstępie zauważyć należy, że dostawy łodzi MRCC zrealizowane na rzecz różnych podmiotów, w tym dla Marynarki Stanów Zjednoczonych datowane są poza okres wymaganych i dopuszczalnych przepisami prawa 5 lat wykazywania się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem. Podkreślić należy także, że w przypadku zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, wykonawcy i tak znajdują się uprzywilejowanej pozycji w stosunku do zamówień „klasycznych". Przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych przy zamówieniach tego typu dają Zamawiającym możliwość rozszerzenia okresu, w którym wykonawcy mogą wykazywać się wiedzą i doświadczeniem. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wykonawcy mogą legitymować się wiedzą i doświadczeniem z zakresu dostaw z ostatnich 5 lat. Nawet jeżeli w zakresie przedmiotu dostawy wypełnione zostały inne elementy warunku, to nie mogły zatem te pozycje wykazu stanowić o potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Po drugie dostawy pojazdu podwodnego nurka DPD, choć były zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat, to wartość żadnej z tych dostaw traktowanych samodzielnie nie wypełnia elementu wartościowego warunku, nie przekracza bowiem wysokości 12 000 000,00 zł każda.

Natomiast teza Odwołującego, że dostawy pojazdu podwodnego nurka traktować należy jako dostawy ciągłe i powiązane z dostawami łodzi MRCC nie została przez Wykonawcę w jakikolwiek sposób udowodniona i wykazana. Z wykazu Odwołującego wynika, że DPD jest integralną częścią łodzi MRCC, choć jednocześnie Odwołujący zaznacza, że DPD może być wykorzystywane na wiele sposobów i nie zaprzecza twierdzeniom Zamawiającego, że obie jednostki (łódź MRCC i pojazd podwodny nurka DPD) są zdolne do samodzielnego funkcjonowania. Co więcej tezę tę zdają się potwierdzać materiały złożone przez samego Odwołującego na rozprawie. Gdyby przyjąć za właściwą tezę Odwołującego, oznaczałoby to, że pojazd podwodny nurka nie może działać samodzielnie, jest tylko akcesorium do łodzi i do jego sprawnego działania musi być z łodzią

powiązany. Taka natomiast teza nie wynika ani z przedstawionych Izbie dokumentów, ani z twierdzeń uczestników sporu w postępowaniu odwoławczym. Nie było zatem merytorycznych podstaw i uzasadnienia, aby łączy ze sobą dostawy łodzi i dostawy pojazdu. Jednocześnie Izba zauważa, że nie były w tym zakresie decydujące dokumenty złożone na

12

---

rozprawie przez Zamawiającego, jako że dokumenty te sporządzone były w języku obcy, bez tłumaczenia na język polski, co stoi w sprzeczności z § 19 ust. 3 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Ponadto, co zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, dostawy łodzi i dostawy pojazdu realizowane były na rzecz różnych odbiorców, a w przypadku pozycji 1 i 4 wykazu (przy zachowaniu tożsamości podmiotowej) dostawa wykracza poza pięcioletni okres przed dniem składania wniosków o dopuszczenie.

Kwestia, czy pojazd podwodny nurka jest jednostką zdolną do działania w zanurzeniu pełnym, częściowym i położeniu nawodnym, sporna między Zamawiającym i Odwołującym, w ocenie składu orzekającego Izby miała znaczenie drugorzędne, albowiem nawet gdyby uznać, że te wymagania warunku zostały spełnione, to nadal brakowało spełnienia przesłanki wartościowej i czasookresu, tak w odniesieniu do pierwszego i drugiego wykazu. Choć niewątpliwie podkreślić należy, że tezę tę Zamawiający umieścił w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a Odwołujący nie zaprzeczając jej, wnosił jedynie o łączne potraktowanie dostaw łodzi i pojazdów podwodnych nurka.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób prawidłowo zastosował więc wobec Odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Co więcej, Odwołujący prawidłowości wystosowanego do niego wezwania nie zanegował, nie skarżąc w trybie środków ochrony prawnej tej czynności. Jak wynika z twierdzeń Odwołującego w toku przedmiotowego postępowania odwoławczego działał on w przekonaniu, że warunki udziału spełnia i wykazał to w należyty sposób. Zamiast więc, w reakcji na wezwanie do uzupełnienia, składać dodatkowe wyjaśnienia, winien był wnieść odwołanie. Tymczasem fakt złożenia tylko wyjaśnień, bez zastosowania się do wezwania, spowodował, że Zamawiający zobowiązany został do wykluczenia wykonawcy jako podmiotu, który nie udowodnił wymaganego doświadczenia.

Zarzuty odnoszące się do zaniechania wykluczenia innego wykonawcy w postępowaniu Izba uznała za niezasadne z uwagi na ich formalne uchybienia. Po pierwsze z twierdzeniami tymi nie były powiązane żadne wskazania w zakresie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, czy też innych regulacji prawnych, brak było opisu na czym nieprawidłowości w postępowaniu Zamawiającego polegają. Ponadto Odwołujący przy tych twierdzeniach nie sformułował żadnych żądań co do pożądanego i właściwego zachowania wymaganego od Zamawiającego.

13

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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: