

WYROK
z dnia 20 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 maja 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **MERAZET S.A. ul. Jakuba Krauthofera 36, 60-952 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Dozoru Technicznego ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa** protestu z dnia **15 kwietnia 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża MERAZET S.A. ul. Jakuba Krauthofera 36, 60-952 Poznań

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MERAZET S.A. ul. Jakuba Krauthofera 36, 60-952 Poznań**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **MERAZET S.A. ul. Jakuba Krauthofera 36, 60-952 Poznań** na rzecz **Urzędu Dozoru Technicznego ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MERAZET S.A. ul. Jakuba Krauthofera 36, 60-952 Poznań**;

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu przekazane przez Urząd Dozoru Technicznego ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym” ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2008/S 69-093336 w dniu 09.04.2008r. i dotyczy postępowania w trybie przetargu ograniczonego na zakup wyposażenia pomiarowo - badawczego dla Urzędu Dozoru Technicznego oznaczonego numerem ZP-AZI-15/08.

Pismem z dnia 11.04.2008r., doręczonym w dniu 15.05.2008r. MERAZET S.A. ul. Krauthofera 27, 60 – 952 Poznań zwany dalej „Odwołującym” złożył protest na postanowienia ogłoszenia dotyczące zdolności technicznej ustalone ponad miarę i z naruszeniem art.7 ust.1 i art.22 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień

publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 poz. 1655) zwanej dalej "ustawą Pzp", które powodują naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego jego interes prawny zostaje naruszony z powodu niemożności udziału w przedmiotowym postępowaniu poprzez niemożność przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i tym samym eliminuje możliwość pozyskania zamówienia.

Taki stan formalno prawny w ocenie Odwołującego upoważnia go do żądania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, z uwagi na fakt, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zakwestionowany zapis dotyczył pkt III 2.3.ogłoszenia zgodnie z którym wymaga się aby „Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum jedną dostawę na wyposażenie pomiarowo – badawcze, z podaniem przedmiotu dostawy, wartości brutto, dat wykonania i odbiorców (nazwa, adres, tel/fax), o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN brutto, czyli przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 1) na jedno zadanie minimum jedna dostawa o wartości co najmniej 1 mln. zł., 2) na dwa zadania minimum dwie dostawy o wartości minimum 1 mln. zł. każda, 3) na trzy zadania minimum trzy dostawy o wartości minimum 1 mln. zł. każda.

Tak ustalone warunki w ocenie Odwołującego wykluczają równość i uczciwą konkurencję. Zdaniem Odwołującego powinny być tak ustalone warunki, aby umożliwiały sumowanie dostaw w ramach poszczególnych zadań np: w ramach poszczególnego zadania powinno być dopuszczalne sumowanie dwóch lub trzech dostaw, czyli warunek należałoby spełniać łącznie w ramach poszczególnego zadania. Powyższy warunek wiąże się także z pkt IV 1.2. ogłoszenia dotyczący kwalifikowania wykonawców i dokonywania oceny, ponieważ przedmiotem postępowania nie są duże obiekty inwestycyjne, lecz drobny sprzęt pomiarowo –badawczy, który rzadko sprzedaje się jednorazowo w tak dużych ilościach.

Odwołujący uważa, że w ogłoszeniu podano nazbyt wygórowane i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia wymagania, które wielu potencjalnym wykonawcom uniemożliwiają udział w postępowaniu.

W dniu 28 kwietnia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, o czym zawiadomił Odwołującego w dniu 30.04.2008r.

Zdaniem Zamawiającego nie naruszono obowiązujących przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006r. Nr 87, poz.605) zwane dalej "rozporządzeniem". Bowiern wartość szacunkowa zamówienia

3

została określona na kwotę 4.930.139,00 zł. netto czyli 6.014.770,00 zł. brutto, która została podana w ogłoszeniu w części II.2.1., a wartość poszczególnych części została podana w załączniku B do ogłoszenia.

Ustalenie kwot zamówień w poszczególnych zadaniach w wymaganej zdolności technicznej miało na celu zapewnienie należytego wykonania zamówienia.

W stosunku do wartości szacunkowej zamówienia zażądano zdolności zawodowej od wykonawców na poziomie blisko o połowę mniejszej od wartości zamówienia.

Odwołujący powołuje się nie na swój interes prawny, tylko na interes prawny innych wykonawców. Świadczy o tym również fakt, iż Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu we wszystkich trzech zadaniach w tym w dwóch samodzielnie, a w jednym w konsorcjum. Oprócz Odwołującego wnioski złożyli inni wykonawcy co świadczy o tym, że istnieje krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 30.04.2008r., wysłanym w dniu 05.05.2008r. Odwołujący wnosząc i wywodząc jak w proteście złożył odwołanie.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że Zamawiający był zobligowany do zamieszczenia kopii protestu na stronie internetowej i wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Odwołujący przywołał definicję czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Postawienie warunku bardzo wysokich wartości pojedynczych dostaw drobnego sprzętu (o niskiej cenie jednostkowej), bez prawa ich łączenia stawia na uprzywilejowanej pozycji niektórych wykonawców, eliminując innych, w tym Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający nie przedstawił przesłanek ustalenia tak wysokich progów wartościowych pojedynczych dostaw, w sytuacji gdy mamy do czynienia z drobnym pod względem wartościowym sprzętem. Takie działanie nie uwzględnia realnie istniejącej sytuacji na rynku dostaw sprzętu objętych przedmiotowym zamówieniem.

W tym stanie rzeczy Odwołujący uważa wniesienie odwołania za konieczne.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na podstawie dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie ustalono co następuje.

4

1. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego w procedurze przyspieszonej. W ocenie Zamawiającego zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i dlatego dokonał skrócenia terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz terminu składania ofert. Zamawiającemu dopiero w miesiącu marcu 2008r. udało się skompletować szczegółowy wykaz narzędzi i urządzeń niezbędnych pracownikom Urzędu Dozoru Technicznego oraz Centralnemu Laboratorium Dozoru Technicznego, przy czym opis niektórych urządzeń był dokonywany po raz pierwszy. Dodatkowo Zamawiający wskazuje na dużą liczbę w ostatnim czasie zatrudnianych nowych pracowników co powodowało konieczność zmian ilości zamawianego sprzętu. Od zakupu narzędzi i urządzeń objętych przedmiotowym postępowaniem Zamawiający uzależnia dalsze zakupy w planie zamówień publicznych w okresie II i III kwartału 2008r. ściśle powiązanych z przedmiotowym postępowaniem – informacje zaczerpnięte z protokołu Druk ZP-1/PO .
2. przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowego i nienoszącego śladów uszkodzeń zewnętrznych oraz uprzedniego użytkowania wyposażenia pomiarowo – badawczego dla Urzędu Dozoru Technicznego. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 4.930.139,00 zł. co stanowi równowartość 1.271.604,80 euro – informacja Druk ZP-1. Z uwzględnieniem podatku VAT wartość zamówienia wynosi 6.014.770,00 zł.
3. Zamówienie zostało podzielone na trzy części, przy czym oferty można składać w odniesieniu do jednej lub więcej części. Pierwsza część nosi nazwę: walizka inspektora UTB i obejmuje dostawę narzędzi i urządzeń ok.16 rodzajów obejmujących między innymi : manometry, latarki ręczne, mierniki cęgowo, suwmiarki z rozszerzonymi szczękami, szczelinomierze, poziomice cyfrowe, tachometry cyfrowe, lupy z rączką oraz walizki. Wartość tego zamówienia została wyceniona bez VAT na kwotę : 1.500.328,00 zł. Druga część nosi nazwę walizka inspektora UC obejmuje dostawę narzędzi i urządzeń ok.10 rodzajów obejmujących między innymi : manometry cyfrowe, spoinomierze, detektory gazu, lup z rączką i walizek. Wartość tego zamówienia została wyceniona bez VAT na kwotę : 1.889.073,00zł. Trzecia część nosi nazwę : wyposażenie ekspertów UDT i obejmuje dostawę narzędzi i urządzeń ok.46 rodzajów obejmujących między innymi: dalmierze laserowe, kamery termowizyjne. Wartość tego zamówienia została wyceniona bez VAT na kwotę : 1.540.738,00zł – informacja ogłoszenie o zamówieniu . Charakterystycznym jest to, że w żadnym z trzech części zamówienia nie określono ilości narzędzi i urządzeń , których będzie oczekiwał dostarczenia Zamawiający.

5

4. Wskazano również główne miejsce realizacji dostawy ; Centralne Laboratorium Dozoru technicznego, ul. Małeckiego 29, 60- 706 Poznań. Termin realizacji

zamówienia : 105 dni od udzielenia zamówienia – informacja ogłoszenie o zamówieniu.

5. Zamawiający wskazał następujące wymagania w zakresie zdolności technicznej :
Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum jedną dostawę na wyposażenie pomiarowo – badawcze, z podaniem przedmiotu dostawy, wartości brutto, dat wykonania i odbiorców (nazwa, adres, tel/fax), o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN brutto, czyli przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 1) na jedno zadanie minimum jedna dostawa o wartości co najmniej 1 mln. zł. , 2) na dwa zadania minimum dwie dostawy o wartości minimum 1 mln. zł. każda, 3) na trzy zadania minimum trzy dostawy o wartości minimum 1 mln. zł. każda. Przy czym Zamawiający dla wykonawców, którzy zamierzają złożyć wniosek na dwa lub trzy zadania przewidział następujące wymagania : w przypadku wniosku na dwa zadania wykonawca wystarczy jak wykaże się wykonaniem minimum jednej dostawy o wartości co najmniej 2 mln. brutto zł., a w przypadku wniosku na trzy zadania wykonawca winien wykazać się wykonaniem minimum jednej dostawy o wartości co najmniej 3 mln brutto lub minimum dwóch dostaw – jednej o wartości co najmniej 1 mln. zł. brutto, a drugiej o wartości co najmniej 2 mln. brutto.- informacja ogłoszenie o zamówieniu.
6. Dla wykonawców ubiegających się łącznie o udzielenie zamówienia ustalono następujące warunki Powyższy warunek (pkt 5) może być spełniony przez wykonawców ubiegających się wspólnie przy czym zadania którymi wykonawcy muszą się wykazać powinny być o wartości odpowiednio co najmniej 1 mln. zł brutto, 2 mln. zł. brutto, 3 mln. zł. brutto - informacja ogłoszenie o zamówieniu.
7. Zamawiający zawiadomił o wniesieniu protestu z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego pismem z dnia 21.04.2008r. następujących wykonawców : „HAHN + KOLB POLSKA” Sp. z o.o. ul. Wichrowa 4, 60 – 449 Poznań, „NDN” Zbigniew Daniluk ul. Janowskiego 15, 02 – 784 Warszawa to jest wykonawców którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – informacja dokumentacja przetargowa,
8. W dniu 21.04.2008r. następujący wykonawcy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: zadanie nr 1: 1) „MERAZET” S.A. Poznań, 2) „NDN” Zbigniew Daniluk Warszawa, zadanie nr 2: 1) „MERAZET” S.A. Poznań , 2) „NDN” Zbigniew Daniluk Warszawa, zadanie nr 3: 1) konsorcjum „MERAZET” S.A. Poznań

6

i „TESPOL” Sp. z o.o. Wrocław 2) „NDN” Zbigniew Daniluk Warszawa 3) „HAHN + KOLB POLSKA” Sp. z o.o. Poznań.

Z oświadczeń złożonych przez strony na rozprawie wynika.

Zamawiający ustalając warunki w zakresie zdolności technicznej kierował się potrzebami zapewnienia niezakłóconej dostawy realizowanej w procedurze przyspieszonej i warunki ustalił na poziomie 50 % szacowanych wartości poszczególnych zadań. Przy czym wykaz dostaw określił co do rodzaju urządzeń określonych jako urządzenia pomiarowo – badawcze nie odnosząc je do konkretnych urządzeń wymienionych w poszczególnych zadaniach (zadania : 1, 2, 3). Tym samym w jego ocenie postępowanie Zamawiającego nie narusza art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. pkt 2 Rozporządzenia , które uprawnia do żądania od wykonawców wykazu dostaw odpowiadających rodzajowi i wartości do prowadzonego postępowania.

Ponadto w jego ocenie art.181 ust.3 ustawy nie wymaga od Zamawiającego opublikowania kopii protestu na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwolujący oprotestowując warunki w zakresie zdolności technicznej kierował się tym, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach dotyczących również urządzeń pomiarowo – badawczych Zamawiający przy zbliżonych wartościach zamówienia żądał wykazu dostaw na poziomie znacznie niższym to jest nawet nie 25 % wartości zamówienia.

Skład orzekający Izby zważył co następuje :

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie z powodu następujących okoliczności.

Zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu między innymi przez określenie doświadczenia zawodowego – technicznego wykonawców. W tym celu może zobowiązać wykonawców do przedstawienia wykazu poświadczonych referencjami wykonanych dostaw określając jaki ich przedmiot może być uwzględniony i jakiej wartości powinny być te dostawy. Powyższe uprawnienie jak słusznie wskazywał Zamawiający wynikają z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którą o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy między innymi posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia. Uprawnienie Zamawiającego do sformułowania wymagań stawianych wykonawcy na podstawie art.25 ust.1 ustawy Pzp zostało doprecyzowane w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

7

składane (Dz. U. 2006r. Nr 87, poz.605) w jego § 1 ust.2 pkt 2, zgodnie z którym w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców.

W toku postępowania odwoławczego ustalono, że szacunkowa wartość zamówienia na poszczególne zadania została wyceniona : zadanie nr 1) bez VAT na kwotę: 1.500.328,00 zł, zadanie nr 2) bez VAT na kwotę : 1.889.073,00 zł, zadanie nr 3) bez VAT na kwotę: 1.540.738,00zł. Natomiast Zamawiający określił pułap wykonanych dostaw na poziomie brutto na jedno zadanie kwota 1.000.000,00. zł., a na łącznie wszystkie zadania kwota 3.000.000,00zł.

W związku z powyższym skoro Zamawiający wartość szacunkową zamówienia określił na kwotę 4.930.139,00 zł. netto czyli 6.014.770,00 zł. brutto (II.2.1 wielkość lub zakres zamówienia – ogłoszenie o zamówieniu) na wszystkie trzy zadania, a żąda od wykonawców przedstawienia doświadczenia w zakresie dostaw na kwotę 3.000.000,00 zł brutto również na trzy zadania (III.2.3 Zdolność techniczna – ogłoszenie o zamówieniu) to znaczy, że wymagania co do doświadczenia w wykonywaniu dostaw określił na poziomie połowy wartości przedmiotowego zamówienia. Natomiast obowiązujące przepisy wyżej cytowanego rozporządzenia uprawniają Zamawiającego do żądania wykazania się dostawami nawet na poziomie odpowiadającym wartości przedmiotowego zamówienia, czyli w przedmiotowej sprawie nawet na poziomie 6.000.000,00 brutto, a nie 3.000.000,00zł.

Ponadto Skład orzekający Izby nie przychylił się do argumentacji Odwołującego, że Zamawiający powinien umożliwić sumowanie zamówień do kwoty wyznaczonej przez Zamawiającego w poszczególnych zadaniach, ponieważ przedmiotem dostawy nie są świadczenia okresowe bądź ciągłe, a jednoznacznie sformułowano zamówienie jako realizowane jednorazowo. Także nie przychyłono się do argumentacji Odwołującego, że Zamawiający nie ma prawa zmieniać warunków udziału w odrębnych, kolejnych postępowaniach nawet o zbliżonym charakterze przedmiotu zamówienia, jeżeli działa w granicach obowiązującego rozporządzenia z dnia 19.05.2006r. Zamawiający prowadzi postępowanie w procedurze przyspieszonej i chociażby z tego powodu, jak podnosił na rozprawie, oczekuje sprawnego wykonania zamówienia, wykonanego przez sprawdzonego, doświadczonego wykonawcę stosownie do zakresu i wielkości zamówienia.

Z samego faktu, przy nie uwzględnieniu wniosku Odwołującego, iż wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli na każde zadanie pojedynczy wykonawcy (przy czym na zadanie nr 3 – trzech wykonawców) nie oznacza wprost, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu naruszył zasady równego traktowania

8

wykonawcy i zasady uczciwej konkurencji. Tym samym Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust.1 i art.22 ustawy Pzp.

Przywołane przez Odwołującego orzeczenie KIO z 28.04.2008r. o Sygn. akt KIO/UZP/350/08 zapadło w odmiennym stanie faktycznym (wymóg prowadzenia działalności na terenie Warszawy) i nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Skład orzekający Izby również nie znalazł podstaw do wnioskowanego przez Odwołującego unieważnienia postępowania z urzędu na mocy art. 191 ust.3 zdanie drugie

ustawy Pzp, ponieważ zarzut nie opublikowania na stronie internetowej zawiadomienia o wniesieniu protestu nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, którego art. 181 ust. 3 ustawy Pzp nie dotyczy, ponieważ specyfikację istotnych warunków zamówienia nie zamiesza się na stronie internetowej jak w przetargu nieograniczonym (art. 42 ust.1 i art.51 ust.3 ustawy Pzp.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, w myśl art. 191 ust.6 i 7 ustawy Pzp, przy czym koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego zasądzono do kwoty 3.600,00 zł.

9

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

10