

WYROK
z dnia 8 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Galaskór Sp. z o.o., ul. Prudnicka 26, 48-300 Nysa, Czesław Piekelnik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Konfekcji Skórzanej Czesław Piekelnik, ul. Mickiewicza 8, 58-100 Świdnica** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa** protestu z dnia 30 lipca 2008 r.

przy udziale **REK-SWED Sp. z o.o., Błękit 61, 77-400 Złotów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Galaskór Sp. z o.o., ul. Prudnicka 26, 48-300 Nysa, Czesław Piekelnik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Konfekcji Skórzanej Czesław Piekelnik, ul. Mickiewicza 8, 58-100 Świdnica** 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 **Konsorcjum: Galaskór Sp. z o.o., ul. Prudnicka 26, 48-300 Nysa, Czesław Piekelnik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Konfekcji Skórzanej Czesław Piekelnik, ul. Mickiewicza 8, 58-100 Świdnica,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (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 **Konsorcjum: Galaskór Sp. z o.o., ul. Prudnicka 26, 48-300 Nysa, Czesław Piekelnik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Konfekcji Skórzanej Czesław Piekelnik, ul. Mickiewicza 8, 58-100 Świdnica.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Obrony Narodowej – Agencja Mienia Wojskowego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa przedmiotów zaopatrzenia mundurowego (14 części zamówienia). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DUUE w dniu 4.04.2008 roku pod numerem 89139.

Wobec informacji o wynikach postępowania w części 7 otrzymanej w dniu 29.07.2008 roku, protest w dniu 1.08.2008 roku wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Galaskór Sp. z o. o z siedzibą Nysie oraz Zakład Konfekcji

Skórzanej Czesław Piekelnik z siedzibą w Świdnicy (dalej: KONSORCJUM GALASKÓR lub Protestujący). Protestujący zarzucił Zamawiającemu, iż dokonał w części 7 wyboru oferty wykonawcy, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) - dalej Pzp. Wskazując ponadto naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp wywiódł, że wykonawca wybrany - REK-SWED Sp. z o.o. zarówno w ofercie (nr 301/08), jak i składając uzupełnienie, wykazał dostawy wykonane przez spółkę Granqvist AB – swoją spółkę-matkę. Ponadto Protestujący podniósł, że dokonane uzupełnienie narusza art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż w stosunku do pierwotnie deklarowanych w ofercie zamówień, zawiera inne wartości zrealizowanych dostaw oraz inny asortyment. Złożone w uzupełnieniu dokumenty nie dowodzą należytego wykonania opisanych w nich zamówień przez REK-SWED Sp. z o. o., zaś brak podania w nich wartości dostaw, nie pozwala na uznanie, iż spełniony został warunek określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz. Protestujący wskazał również, że wybrana oferta zawiera sprzeczność polegającą na tym, że wykonawca wykazał dostawy zrealizowane przez Granqvist AB, zaś dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw wystawione zostały przez Granqvist AB na jego rzecz. Ponadto Protestujący podniósł następujące niezgodności oferty REK-SWED Sp. z o.o. z siwz:

1. - brak przedstawienia dostaw produktów z dzianiny trudnopalnej;
2. - do faktur potwierdzających należyte wykonanie dostaw nie zostały dołączone tłumaczenia na język polski;
3. - brak przeliczenia na PLN wartości wynikających z faktur,;
4. - sprzeczność dwóch wykazów znajdujących się w uzupełnionej ofercie.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej formalnoprawnej i merytorycznej oceny ofert, odrzucenie oferty nr 301/08, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wyniku poinformowania o wniesieniu protestu w dniu 4.08.2008 roku REK-SWED Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu dnia 6.08.2008 roku. W uzasadnieniu wyjaśnił, że produkowane przez niego rękawice zostały sprzedane najpierw do Granqvist AB będącej firmą handlową, która sprzedawała odbiorcom docelowym. Powołując się na postanowienia siwz Przystępujący wskazał, że zarzuty Protestującego nie mają oparcia w ich treści. Podkreślił ponadto, że posiada doświadczenie w produkcji rękawic różnego rodzaju znacznie większe, niż wymagane przez Zamawiającego, zatem może wykazywać dla potwierdzenia spełnienia warunku wybrane dostawy.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 13.08.2008 roku (doręczonym tego samego dnia KONSORCJUM GALASKÓR za pośrednictwem faxu). Zamawiający oddalił protest i uzasadnił, że nie uznał złożonego z ofertą wykazu dostaw, które REK-SWED Sp. z o. o. zrealizowała do innych podmiotów za pośrednictwem Granqvist AB i potwierdziła referencjami wystawionymi przez Granqvist AB. Zamawiający wyjaśnił, że realizując obowiązek wynikający z art. 26 ust.3 Pzp wezwał REK-SWED Sp. z o. o. do uzupełnienia wykazu dostaw i poświadczających ich wykonanie dokumentów. Analogiczne wezwanie skierowane zostało również do Protestującego. Obaj wykonawcy uzupełnili żądane dokumenty, nie może być zatem mowy o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp. REK-SWED Sp. z o. o. uzupełnił wykaz w ten sposób, że w stosunku do pierwotnego dokonał częściowej zmiany asortymentu i kwot. Zamawiający nie podzielił zarzutu Protestującego, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw powinny zawierać wartość zrealizowanych zamówień. Zamawiający stwierdził, że z dokumentów tych winno wynikać jedynie potwierdzenie należytego wykonania dostaw i powołał się przy tym na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące art. 26 ust. 3 Pzp oraz treści referencji (KIO/UZP/426/08, KIO/UZP/58/07). Zamawiający uznał pozostałe zarzuty protestu za bezzasadne.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem KONSORCJUM GALASKÓR w dniu 18.08.2008 roku za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z kopią jednocześnie przekazaną

Zamawiającemu. Odwołujący się podtrzymał stanowisko zawarte w uzasadnieniu protestu. Podniósł dodatkowo, że nie kwestionuje prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp lecz czynności dokonane przez Zamawiającego po uzupełnieniu. Odwołujący się wywiódł, że wprawdzie art. 2 pkt 2 Pzp zawiera szerszą definicję dostaw niż unormowana w kodeksie cywilnym, to w jego ocenie „stwierdzenie, że (REK-SWED Sp. z o.o.) nie występuje jako bezpośredni dostawca” oraz zależności między nim a spółką-matką Granqvist AB (prowadzącą działalność operacyjną, której przedmiotem są wyprodukowane przez REK-SWED Sp. z o.o. towary) wskazują, że REK-SWED Sp. z o.o. nie tylko nie wykonał dostaw, ale też nie udowadniają, że wyprodukował on towary opisane w ofercie. Odwołujący się ocenił również, że referencje nie wskazują, którego zlecenia i dostaw dotyczą, zatem nie stanowią dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Wywiódł również w oparciu o wykładnię językową § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, że między wykazem a referencjami musi istnieć korelacja a wskazany przepis rozporządzenia precyzuje sposób opisanie dostaw. Ponadto Odwołujący się wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przekazania kompletnej oferty REK-SWED Sp. z o.o. wraz z uzupełnieniem. Zarzuty protestu dotyczące pozostałych niezgodności oferty wybranej z siwz nie zostały podniesione w odwołaniu.

4

Wobec powiadomienia o wniesieniu odwołania REK-SWED Sp. z o.o. w dniu 25.08.2008 roku przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania i wskazując na argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Na podstawie dowodów z dokumentacji akt sprawy oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron i Przystępującego na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale IV lit. f siwz Zamawiający ustalił, że w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni wykazać w części 7 realizację dostaw, których przedmiotem jest galanteria skórzana lub z materiału skóropodobnego lub/i rękawice/rękawiczki z dzianiny, skóry lub materiału skóropodobnego, przy czym nie mniej niż 50% wartości tych dostaw powinno dotyczyć produktów wykonanych z dzianiny trudnopalnej o łącznej wartości co najmniej 1.800.000 PLN.

W rozdziale V ust. 2 siwz Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz ofertą „Wykazu wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw, zgodnie z Załącznikiem nr 6 oraz złożenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należyście”.

REK-SWED Sp. z o.o. złożył wraz ofertą wykaz, w którym zaprezentował dostawy zrealizowane na rzecz podmiotów zagranicznych, a potwierdził je fakturami wystawionymi przez Granqvist AB.

Zamawiający pismem z dnia 17.06.2008 roku zwrócił się do REK-SWED Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie wykazu oraz załączenia stosownych potwierdzających wykonanie dostaw dokumentów.

REK – SWED Sp. z o.o. złożył w dniu 25.06.2008 roku wykaz, w którym wskazał dostawy zrealizowane na rzecz Granqvist AB oraz referencje z dnia 11.07.2008 roku wystawione przez Granqvist AB.

Izba zważyła co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę sklasyfikowaną przez Zamawiającego na drugiej pozycji i potwierdzenie zarzutów odwołania dałoby mu możliwość uzyskania zamówienia.

5

Badając zarzuty odwołania Izba stwierdza, że mimo, iż Odwołujący się w proteście jako podstawę prawną wskazywał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to treść uzasadnienia nakazuje referować zarzuty do normy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przepisy te zostały zatem wzięte przez Izbę pod uwagę przy rozpoznawaniu odwołania. Istotą sporu jest, czy wykonawca wybrany - REK - SWED Sp. z o.o. spełnia ustanowiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu oraz, czy złożył dokumenty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz.

Na mocy art. 191 ust. 3 Pzp Izba wiąże treść zarzutów protestu, z urzędu podlegają badaniu przez Izbę jedynie okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania. Zatem nie wskazane w treści protestu, a podnoszone dopiero w odwołaniu lub na rozprawie zarzuty dotyczące m. in. błędnego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, nieprawdziwości referencji z uwagi na wystawienie ich w dacie późniejszej niż data udzielania wyjaśnień oraz braku możliwości realizacji zamówienia z uwagi na brak posiadania „stebnówki” nie podlegają badaniu przez Izbę przy wydawaniu orzeczenia. Na marginesie Izba zauważa jednak, że pismo REK – SWED Sp. z o. o. z dnia 11.07.2008 roku dotyczy wyjaśnień udzielanych w ramach art. 26 ust. 4 Pzp, zaś referencje wystawione przez Granqvist Sp. z o. o. z datą 11.07.2008 roku poświadczane zostały w dniu 24.06.2008 roku przez osobę składającą wyjaśnienia i zostały złożone u Zamawiającego w dniu 25.06.2008 roku. Powoduje to oczywistą nietrafność zarzutu dwukrotnego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp oraz złożenia referencji poświadczających nieprawdę z uwagi na rozbieżność w datach.

Rozpatrując odwołania w granicach zarzutu protestu Izba stwierdza, że podnoszone zarzuty nie znalazły potwierdzenia.

W pierwszym rzędzie stwierdzić należy, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie przez REK – SWED Sp. z o. o. warunków udziału w postępowaniu.

Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie stanowią oferty *sensu stricte*, gdyż są odrębnie traktowane przez ustawodawcę. Przykładowo: art. 44 Pzp mówi o składaniu ich wraz z ofertą. Skutkiem prawnym przewidzianym przez ustawodawcę w razie braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp lub art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ze skutkiem uznania jego oferty za odrzuconą z mocy prawa stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 4 Pzp. Czynność odrzucenia oferty jest odrębną czynnością w postępowaniu, następuje w stosunku do oferty wykonawcy spełniającego

6

warunki udziału w postępowaniu w razie stwierdzenia istnienia przesłanek z art. 89 ust. 1 Pzp. Ustawodawca odrębnie przewiduje wyjaśnianie treści dokumentów składanych wraz z ofertą – art. 26 ust. 4 Pzp, a oddzielnie treści oferty – art. 87 ust. 1 Pzp.

Ponadto użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść siwz to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podnoszony w proteście jest również nietrafny z uwagi na treść art. 26 ust. 3 Pzp. Skorzystanie z tego przepisu jest obowiązkiem Zamawiającego w razie stwierdzenia braku złożenia dokumentów lub złożenia dokumentów zawierających braki. *Ratio legis* tego przepisu, jak wielokrotnie podkreślała KIO w swoich orzeczeniach, jest zapobieżenie eliminacji z postępowania wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu lecz nie potwierdzili tego w dokumentach złożonych wraz z ofertą. Skoro Zamawiający nie uznał dokumentów złożonych pierwotnie, to wykonawca działający z należyłą starannością, zobowiązany jest do złożenia innych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego. Wykładnia językowa art. 26 ust. 3 Pzp jednoznacznie wskazuje, że obowiązek wykonawcy realizującego wezwanie

Zamawiającego dotyczy złożenia wykazu zawierającego inne roboty, dostawy lub usługi, bądź złożenia innych dokumentów potwierdzających fakt ich należytego wykonania. Z faktu realizacji uprawnień przewidzianych przepisami prawa nie sposób czynić zarzutu niezgodności oferty z treścią siwz. Działanie REK-SWED Sp. z o. o. składającego wykaz zawierający inny asortyment oraz inne wartości zrealizowanych dostaw jest prawidłowe. Chybiony jest zarzut protestu sprzeczności dwóch wykazów złożonych przez REK-SWED Sp. z o. o.

Zdaniem Izby czynność oceny przez Zamawiającego wyjaśnień udzielonych przez REK - SWED Sp. z o. o. z dnia 24.06.2008 roku została dokonana prawidłowo. REK-SWED Sp. zo.o. złożył na wymaganym siwz formularzu wykaz dostaw zrealizowanych na rzecz Granqvist AB z podaniem ich wartości w przeliczeniu na PLN. Fakt ich należytego wykonania został potwierdzony złożonymi referencjami przetłumaczonymi na język polski. Art. 188 ust. 1

7

Pzp oraz art. 6 k.c. obciąża ciężarem dowodu podmiot, który z twierdzeń swoich wywodzi skutki prawne. Izba stwierdza, że twierdzenia Odwołującego się dotyczące braku realizacji dostaw na rzecz Granqvist AB oraz nie wyprodukowania rękawic sprzedawanych na jego rzecz przez REK-SWED Sp. z o. o. pozostało bez dowodu. Twierdzenia Odwołującego się zmierzające do wykazania, że REK-SWED Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu są gołosłowne.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że przepisy rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów nie wskazują minimalnego zakresu treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych. Jedynym wymogiem przepisu jest potwierdzenie należytego wykonania. Skoro zatem treść referencji wystawionych przez Granqvist AB na rzecz REK-SWED Sp. z o. o. potwierdza należyte wykonanie dostaw przez REK-SWED Sp. z o.o., a nie został wskazany dowód na twierdzenie przeciwne, to potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność, że obie Spółki są niezależnie działającymi podmiotami jest bezsporna. Fakt powiązania kapitałowego i

na możliwość personalnego obu spółek

nie ma wpływu w okolicznościach sprawy dokonywania między nimi transakcji handlowych.

Nie zakwestionowane zostało również stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, że rękawice typu M1009, M1010 oraz M1011 wykonane zostały z dzianin trudnopalnych, w tym również aspekcie zarzut protestu nie znalazł potwierdzenia.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - 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*

9