

WYROK

z dnia 11 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie:

Ernest Klauziński

Daniel Koniecz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę Urzęduzenia Elektroniczne- Z.J. ul. Paderewskiego 21, 05-220 Zielonka

w postępowaniu prowadzonym przez 2 Regionalną Bazę Logistyczną ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa.

przy udziale wykonawcy PCO S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawa-Praga.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

UZASADNIENIE

Zamawiający - 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), w trybie przetargu ograniczonego postępowanie, przedmiotem którego jest „Usługa naprawy noktowizyjnych przyrządów optycznych i celowniczych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2017r. pod nr 2017/S 245-513518.

W dniu 17 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PCO S.A. z siedzibą w Warszawie oraz o wykluczeniu wykonawcy - Urzędnika Elektronicznego - Z.J. w Zielonce (dalej: „Odwołujący”).

Na powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) błędne ustalenie stanu faktycznego wyrażające się w tym, iż Zamawiający nie uznał wykazu usług przedstawionego przez Odwołującego za usługi odpowiadające swoim rodzajom usługom stanowiącym przedmiot zamówienia;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, iż zgodnie ze złożonymi dokumentami i wyjaśnieniami spełnia on wszystkie wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu w tym wymogi w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych;
- 3) nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego powodując niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i tym samym naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy;
- 4) naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione promowanie w postępowaniu producenta urządzeń których naprawa jest przedmiotem zamówienia, zmierzające w rzeczywistości do stwierdzenia iż jedynie producent urządzeń firma P. SA (biorąca udział w postępowaniu) jest w stanie naprawiać urządzenia będące przedmiotem zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczeniu Odwołującego,
- 2) dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu o udzielenie

przedmiotowego zamówienia publicznego poprzez zaproszenie Odwołującego do składania ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w tym przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu optoelektroniki na okoliczność stwierdzenia czy urządzenia, naprawą których wykazał się Odwołujący na potwierdzenie swojego doświadczenia, są urządzeniami tego samego rodzaju co urządzenia, których naprawa jest przedmiotem zamówienia. Zdaniem Odwołującego do rozpatrzenia przedmiotowej sprawy konieczne jest sięgnięcie do dowodu z opinii biegłego gdyż kluczowym dla sprawy problemem, skutkującym jego wykluczeniem z postępowania, jest to czy urządzenia których naprawę wykazuje w ramach udowodnienia doświadczenia, są tego samego rodzaju co przedmiot zamówienia. W ocenie Odwołującego urządzenia naprawą których się wykazał, są urządzeniami tego samego rodzaju co przedmiot zamówienia i tym samym winien on być dopuszczony do etapu zaproszenia do składania ofert. Natomiast zdaniem Zamawiającego urządzenia naprawą których się wykazał, nie są urządzeniami tego samego rodzaju co przedmiot zamówienia i na tej podstawie dokonał wykluczenia Odwołującego. W rozpoznawanej sprawie powyższa okoliczność ma kluczowe, istotne znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy może zostać wyjaśniona tylko w wyniku wykorzystania wiedzy osób mających specjalne wiadomości. Dowód z opinii biegłego z uwagi na składnik wiadomości specjalnych jest dowodem tego rodzaju, że nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową ani wnioskowaniem na podstawie innych ustalonych faktów.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa naprawy noktowizyjnych przyrządów optycznych i celowniczych z podziałem na 12 części (zadań). W ramach powyższego Zamawiający wymagał wykazania posiadania przez wykonawców zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający dokonać miał oceny spełnienia tego warunku na podstawie złożonego wniosku: oświadczenia o spełnieniu warunku według wzoru stanowiącego 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) usługę odpowiadającą swoim rodzajem usługę stanowiącej przedmiot zamówienia 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.

Odwołujący wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do przetargu przedstawił wykaz usług wraz z fakturami oraz referencje na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej koniecznych dla wykonania usług objętych zamówieniem publicznym. Następnie na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2018 r. uzupełnił powyższy wykaz usług i przedstawił szereg dodatkowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Wskazał, że zapis z ogłoszenia o zamówieniu jest formułowany dość ogólnie. W jego opinii, usługi będą tego samego rodzaju, jeżeli usługa, dostawa lub robota budowlana objęta takim zamówieniem będzie służyła realizacji tego samego celu, spełniać będzie tę samą funkcję i może zostać wykonana za pomocą tych samych środków czy narzędzi oraz może zostać zrealizowana przez tego samego wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego wykazane w zgłoszeniu usługi są rodzajowo odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia wymagań zawartych w ogłoszeniu o przetargu, skutkujących

wykluczeniem Odwołującego nie polegają na prawdzie i prowadzą do rażącego naruszenia warunków postępowania. Odwołujący zauważył, iż urządzenia optyczne i noktowizyjne, naprawą których się wykazuje są oparte na tej samej technologii stosowanej na całym świecie. Technologia użyta w urządzeniach będących przedmiotem zamówienia nie jest technologią odbiegającą od norm światowych.

Technologia ta jest powszechnie znana i wykorzystywana w urządzeniach produkowanych przez różne podmioty.

Wyjaśnił, iż urządzenia obserwacyjno - optyczne w uproszczonym przekroju składają się z obiektywu i okularu. Przedmiotem zamówienia jest naprawa urządzeń optycznych - noktowizorów. Noktowizory to systemy zbudowane z trzech bloków - obiektywu, okularu oraz z umieszczonego między nimi wzmacniacza światła (moduł wzmacniacza noktowizyjnego). Noktowizor oparty jest na technologii wzmacniaczy obrazu i jest najstarszą elektro - optyczną technologią nadzoru - monitoringu. Nie istnieje międzynarodowy podział noktowizorów. Te same typy noktowizorów mogą mieć różne nazwy i przeznaczenie. Mogą być montowane na broni strzeleckiej, hełmach, pulpitych sterowania a nawet na budynkach. Wszystkie przyrządy wymienione w przedmiocie zamówienia (gogle, celowniki, lornetki, monookular) zbudowane są w tej samej technologii, niezależnie od środowiska pracy, zaś ich naprawa będzie polegała w większości na wymianie uszkodzonego wzmacniacza światła. Wzmacniacze światła zamontowane w urządzeniach będących przedmiotem zamówienia produkowane są przez zagranicznego producenta nie biorącego udziału w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, iż posiada odpowiednie doświadczenie w naprawie urządzeń tego samego rodzaju co przedmiot zamówienia. Każdy noktowizor, czy to starego typu czy nowego typu, starszej czy nowszej generacji, działa w oparciu o te same zasady i prawa fizyki. Wobec postępu technologicznego zmieniają się wzmacniacze światła.

Podkreślił, iż w wykazie usług wykazał się doświadczeniem w naprawie urządzeń optycznych i noktowizyjnych m.in. takich jak urządzenia POD-72 i PNK- 72. Urządzenia te zbudowane są również w oparciu o technologię modułowego wzmacniacza obrazu tzn., że obraz widzialny tworzony jest dokładnie w ten sam sposób jak w urządzeniach stanowiących przedmiot zamówienia. Identyczne są też moduły zasilania wzmacniaczy. Stwierdził, iż posiada również bardzo duże doświadczenie w naprawie systemów kierowania ogniem SKO DRAWA (noktowizyjny) i DRAWA-T (termowizyjny). Czołgi typu PT-91 będące obecnie na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP wyposażone są systemy kierowania ogniem (SKO DRAWA). Systemy te były produkowane na podstawie dokumentacji technicznej opracowanej wyłącznie i w całości przez firmę P. S.A. W produkcji tych urządzeń użyto dokładnie tej samej technologii co w przyrządach będących przedmiotem zamówienia. W czołgach PT-91 i T-72 oraz wozach bojowych piechoty (BWP) montowane są również noktowizyjne przyrządy celownicze i obserwacyjne dla kierowcy i dowódcy pojazdu POD-72 i PNK-72, których zasada pracy jest identyczna jak urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia. Wykonawca biorąc do naprawy system SKO DRAWA- T musi liczyć się z koniecznością naprawy noktowizorów POD-72 i PNK-72 (w fakturach będących w posiadaniu Zamawiającego zawarty jest dokładny opis jakie przyrządy w ramach systemu SKO DRAWA zostały naprawione i że są to przyrządy rodzajowo odpowiadające przedmiotowi zamówienia).

Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z dokumentami promocyjnymi producenta P. S.A. (powszechnie dostępnymi) urządzeń będących przedmiotem zamówienia, rodzaj i jakość wzmacniaczy w urządzeniach będących przedmiotem zamówienia i w urządzeniach naprawianych przez Odwołującego są dokładnie takie same. Moduły wzmacniaczy obrazu w obu przypadkach mają te same parametry - XD4/XD5.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że bezspornym zatem jest fakt, iż posiada on bardzo duże doświadczenie w naprawie przyrządów optoelektronicznych. Bez znaczenia jest czy przyrząd optyczny lub noktowizyjny jest na indywidualnym wyposażeniu żołnierza czy dostosowany do zamontowania w wozie bojowym. Zgodnie z aktualnym stanem wiedzy i nauki, zasada działania optoelektronicznych przyrządów pokładowych, w tym przyrządów noktowizyjnych oraz przyrządów stanowiących indywidualne wyposażenie żołnierza jest taka sama. Ponad wszelką

wątpliwość w obu przypadkach mamy do czynienia z tego samego rodzaju urządzeniami różniącymi się jedynie parametrami. Potwierdzeniem tego jest również weryfikacja równoważności przedstawionego wykazu usług z przedmiotem zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, zgodnie z ustawą z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa.

Odwołujący zarzucił, iż wyłączną podstawą jego wykluczenia jest stwierdzenie Zamawiającego, iż wykazane naprawy urządzeń nie odpowiadają swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, gdyż Zamawiający wskazał w zakresie postawionych zadań konkretne (z podaniem nazw producenta) urządzenia optyczne i celownicze. Powyższe jest rażącym naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazywał że potencjalny wykonawca ma się wykazać doświadczeniem w naprawie takich samych urządzeń, lecz tylko tego samego rodzaju. Mimo tego Zamawiający przy ocenie złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału całkowicie zignorował i pominął swoje własne kryteria, które sam wstępnie ustalił. Tym samym Zamawiający dopuścił się w postępowaniu nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego powodując naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Swoim zachowaniem Zamawiający promuje wyłącznie firmę P. S.A. jako producenta urządzeń, których naprawa jest przedmiotem zamówienia.

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż posiada również odpowiednie zaplecze kadrowe. Zatrudnia między innymi pracownika posiadającego odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie w zakresie obsługi, diagnozowania i naprawy celowników strzeleckich PCS-5 i PCS-6, monookulara noktowizyjnego PNL-2A, gogli noktowizyjnych MU-3, PNL-2AD oraz lornetki noktowizyjnej NPL-IM. Pracownik ten był wieloletnim kierownikiem warsztatu optoelektroniki w 2 Regionalnej Bazie Logistycznej. Wskazał, że dokumenty potwierdzające ten stan rzeczy zostały w toku postępowania przedłożone Zamawiającemu.

Podkreślił, iż Zamawiający nie uwzględnił treści tych dokumentów podczas dokonywania oceny. Tymczasem w jego ocenie Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy, dlatego że informacje z referencji lub innych dokumentów nie są tożsame z wykazem usług. Również w opinii Odwołującego, pomocniczo przy ocenie, czy wykonawca posiada wymagalne doświadczenie wykorzystywany powinien być również słownik CPV użyty do opisu przedmiotu zamówienia. Usługami stanowiącymi przedmiot omawianego zamówienia zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu są usługi oznaczone kodem CPV 50841000 usługi w zakresie napraw i konserwacji broni. (brak wskazania CPV 38632000-4 tj. kodu przypisanego wyłącznie do noktowizorów). Zamawiający zatem wymagał doświadczenia w świadczeniu usług odpowiadających usługom stanowiącym przedmiot zamówienia czyli usługom oznaczanym kodem właśnie 50841000. Bezsprzecznym jest, że wykazane przez Odwołującego usługi mieszczą się właśnie w kodzie wskazanym przez Zamawiającego (CPV 50841000).

Odwołujący następnie odniósł się do poszczególnych zadań wykazując, iż usługi przez niego zaoferowane odpowiadają swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 maja 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości uznając zarzuty za całkowicie bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę P. S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

1) W ogłoszeniu o zamówieniu usługi Zamawiający wymagał od wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W sekcji III pkt 1.3. Zamawiający podkreślił, że dokona oceny spełniania powyższego warunku na podstawie złożonego wniosku, oświadczenia o spełnianiu warunku oraz jeżeli wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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, odpowiadającą swoim rodzajem usługom stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem 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 zostały wykonane 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.

2) Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło dwóch Wykonawców - Przystępujący oraz Odwołujący.

3) W dniu 16 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował, że obaj Wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

4) W dniu 26 lutego 2018 r. wykonawca PCO S.A. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej - jego zdaniem - z przepisami Pzp czynności zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Zbigniewa Janowskiego do uzupełnienia doświadczenia i referencji z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej.

PCO S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie m.in. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 i 1a ustawy w związku z art. 131e ust. 2 i art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 22 ust. 1b) pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Z. J. do

uzupełnienia wykazu usług wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie w zakresie zadania 1 oraz od 3-12, podczas, gdy zadania wykazane w wykazie usług

oraz dowody potwierdzające, że usługi wymienione w ww. wykazie zostały wykonane należycie nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Sekcji III.2.1. pkt 1.3. oraz Sekcji III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej w konsekwencji czego Zamawiający winien był wezwać wykonawcę - Z. J. do uzupełnienia innego własnego doświadczenia, a w razie jego braku Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć ww. wykonawcę z udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1, 2-13, ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

5) Zamawiający, w wyniku dokonanej analizy czynności podejmowanych w przedmiotowym postępowaniu, uznał, iż wszystkie zarzuty, które zostały podniesione przez Odwołującego zasługują na uwzględnienie, w związku z czym zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę PCO S.A. uwzględnił w całości.

6) Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, a także nie wniesienie sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego Z. J., postanowieniem z dnia 12 marca 2018 roku sygn. akt KIO 350/18 umorzyła postępowanie.

7) Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu usług wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonane w sposób należyty w zakresie zadań 1, 3-12. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznych lub zawodowych, gdyż nie wykazał, że posiada doświadczenie w realizacji usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

8) Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w dniu 3 kwietnia 2018 r. złożył nowy wykaz wraz z listem referencyjnym wystawionym w dniu 12 stycznia 2018 r. przez Wojskowe Zakłady Motoryzacyjne S.A. oraz oświadczeniem własnym z dnia 3 kwietnia 2018 r. wydanym w imieniu JW nr 4229.

Izba zważyła:

Na wstępie, odnosząc się do zawartego w treści odwołania oraz podtrzymanego w toku rozprawy wniosku o powołanie biegłego, Izba stwierdziła, że biegły nie może zastąpić Odwołującego w dowodzeniu słuszności jego stanowiska, ani dostarczać dowodów na jego potwierdzenie. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wskazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na nim spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Tym samym to Odwołujący powinien składać dowody w postępowaniu, które będą potwierdzać jego argumentację. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi: „Ciężar

udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 54/12 wskazała, że: „zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11.)”.

Ponadto podkreślić należy, że biegły powoływany jest w sytuacji, gdy przedłożone przez strony postępowania dowody nie pozwalają na jednoznaczną ocenę materiału dowodowego, a jego analiza prowadzi do sprzecznych wniosków, w konsekwencji czego zachodzi potrzeba sięgnięcia do opinii osób specjalizujących się w danej dziedzinie. Natomiast w rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem Odwołujący nie załączył do odwołania żadnego dowodu na potwierdzenie, iż wskazane przez niego usługi w poszczególnych zadaniach są rodzajowo podobne do tych będących przedmiotem zamówienia. Dowodu takiego nie przeprowadził również na rozprawie.

Tym samym wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego Izba oddaliła na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy uznając, iż zmierzał on do przedłużenia postępowania. Zdaniem Izby, powołanie biegłego zmierzałoby do próby wykazania racji stanowiska Odwołującego w sytuacji kiedy, On sam żadnego dowodu, który by nie tylko w sposób jednoznaczny i kateryczny przesądzał o zasadności zarzutów odwołania, ale nawet uprawdopodobniał by ich zasadność nie przedstawił. Nie zostało bowiem w postępowaniu w żaden sposób wykazane, że tez stawianych przez Odwołującego nie można było udowodnić w sposób inny niż przez powołanie biegłego. W tej sytuacji Izba uznała także, że powołanie biegłego nie było niezbędne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Przechodząc następnie do oceny, czy Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu toczyło się już postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 350/18. Okoliczność ta determinowała w sposób znaczący rozstrzygnięcia dokonane w przedmiotowej sprawie.

Jak wyżej wskazano Przystępujący w przywołanej sprawie wniósł odwołanie na zaniechanie wykluczenia Odwołującego się obecnie wykonawcy z uwagi na fakt, iż na podstawie dokumentów dołączonych pierwotnie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący nie wykazał, że zrealizował usługi napraw noktowizyjnych przyrządów optycznych i celowniczych odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Co istotne Zamawiający uwzględnił zarzuty tamtego odwołania, a obecny Odwołujący poprzez brak wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia zarzutów zgodził się z interpretacją warunku udziału w postępowaniu, zaprezentowaną przez Zamawiającego oraz zarzutami tamtego odwołania. Tym samym zgodził się z Zamawiającym, iż usługi wskazane w pierwotnie złożonym wykazie nie są rodzajowo podobne z usługami będącymi przedmiotem zamówienia i nie mogą być podstawą do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według składu orzekającego Izby, wbrew stanowisku Odwołującego zaprezentowanemu na rozprawie, nie sposób uznać, iż Zamawiający kierując do niego wezwanie w dniu 28 marca 2018 r. jedynie wzywał go do uzupełnienia wykazu pierwotnego, nie kwestionując przy tym pierwszego wykazu złożonego przez niego w dniu 18 stycznia 2018 r. Zdaniem Izby z treści powyższego wezwania wyraźnie wynika, iż Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazał, że posiada doświadczenie w realizacji usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Tym samym wezwał go do uzupełnienia wykazu, który potwierdzałby spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zadań nr 1 oraz 3-12.

W konsekwencji więc Zamawiający w sytuacji uznania, że pierwszy ze złożonych wykazów nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy ponownym badaniu w dniu 17 kwietnia 2018r. wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu postąpił prawidłowo opierając się jedynie na wykazie złożonym przez Odwołującego w dniu 3 kwietnia 2018 r. i pomijając wykaz złożony w dniu 18 stycznia 2018 r, gdyż w sytuacji nie złożenia skargi na Postanowienie Izby w sprawie sygn. akt KIO 350/18 orzeczenie to stało się prawomocne i wiążące zarówno strony jak i Izbę w tej sprawie.

Analiza przedłożonego przez Odwołującego w dniu 3 kwietnia 2018 r. wykazu prowadzi do wniosku, iż przedstawił on usługi zbieżne z usługami zawartymi w wykazie pierwotnym, odnosząc się do naprawy urządzeń na czołgach i wozach bojowych pomimo, że w odwołaniu wniesionym przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt KIO 350/18 Przystępujący wykazywał, że nie są to usługi odpowiadające naprawie małej noktowizji będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołujący nie wnosząc sprzeciwu nie zakwestionował powyższej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, w związku z czym należało uznać, iż powyższe usługi nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

W tym miejscu podkreślić należy, iż pomimo uznania, że usługi zawarte w wykazie z dnia 18 stycznia 2018 r. nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w przedłożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie z dnia 3 kwietnia 2018 r. Odwołujący powołał się na takie same usługi jak w zakwestionowanym wykazie pierwotnym. I tak Odwołujący:

- 1) w zadaniu 6 w pozycji 1 wskazał na usługę, którą pierwotnie wykazywał w zadaniu 4 w pozycji 2, dotyczącą naprawy noktowizorów PNK-72 i POD-72 o wartości 51.660 zł, wykonaną w dniu 8 lipca 2016r. na rzecz Zakładów Mechanicznych BUMAR ŁABĘDY Gliwice;
- 2) w zadaniu 6 w pozycji 2 wykazu z dnia 3 kwietnia 2018 r. Odwołujący wskazał na usługę, którą wykazywał pierwotnie w zadaniu 2 pozycji 2 pierwotnego wykazu, tj. naprawę noktowizorów POD-72 i PNK -72 o wartość brutto 25.830 zł, wykonaną w dniu 22 czerwca 2016 r. na rzecz Zakładów Mechanicznych BUMAR ŁABĘDY Gliwice;
- 3) w zadaniu 10 w pozycji 3 Odwołujący wskazał na usługę, którą pierwotnie wykazywał w zadaniu 10 w pozycji 2, dotyczącą naprawy noktowizorów PNK-72 i POD-72 o wartości 25.830 zł, wykonaną w dniu 21 listopada 2017r. na rzecz Zakładów Mechanicznych BUMAR ŁABĘDY Gliwice;
- 4) w zadaniu 4 wskazał na usługę, którą pierwotnie wykazywał w zadaniu 11 w pozycji 2, dotyczącą naprawy noktowizorów PNK-72 i POD-72 o wartości 129.150 zł, wykonaną w dniu 9 czerwca 2017r. na rzecz Zakładów Mechanicznych BUMAR ŁABĘDY Gliwice;
- 5) w zadaniu 11 pozycji 1 wskazał na usługę, którą pierwotnie wykazywał w zadaniu 11 w pozycji 2, dotyczącą naprawy celownika noktowizyjnego TPN-1Z o wartości 31.611 zł, wykonaną w dniu 8 grudnia 2017r. na rzecz Zakładów Mechanicznych BUMAR ŁABĘDY Gliwice;
- 6) w zadaniu 11 pozycji 2 wskazał na usługę, którą pierwotnie wykazywał w zadaniu 9 w pozycji 2 dotyczącą naprawy celownika noktowizyjnego TPN-

1-49-23 o wartości 31.611 zł, wykonaną w dniu 14 grudnia 2017r. na rzecz Zakładów Mechanicznych BUMAR ŁABĘDY Gliwice.

Skoro więc, jak stwierdzono powyżej, usługi wskazane w wykazie z dnia 18 stycznia 2018r. nie potwierdzały spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, to nie mogły one zostać odmiennie ocenione w niniejszym postępowaniu. Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący w zakresie zadania 4, 6 oraz 11 nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Również usługa wskazana przez Odwołującego w zadaniu 10 w pozycji 3 nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w z tej przyczyny. W odniesieniu do zadania 11 należy wskazać jeszcze, że Zamawiający ustanowił minimalną wartość każdej (pojedynczej) usługi. W zakresie zadania 11 była ona określona na poziomie 54.000 zł. Odwołujący natomiast wykazał usługi o wartości 31.611 zł, tym samym również w tym zakresie nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania usług o minimalnej wymaganej przez Zamawiającego wartości jeszcze w zakresie zadania 9 oraz zadania 10. Zamawiający wymagał bowiem wykazania każdej, pojedynczej usługi o wartości minimalnej dla zadania 9 w wysokości 15.000 zł, natomiast dla zadania 10 w wysokości 56.000 zł. Odwołujący wskazał natomiast w zakresie zadania 9 dwie usługi o wartości 9.840 zł każda, a w zakresie zadania 10 trzy usługi o wartości 25.830 zł każda.

Odnosząc się następnie do kwestii wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zadania numer 1 oraz 7 wskazać należy, że Odwołujący nie dołączył referencji potwierdzających, że wskazane przez niego usługi zostały wykonane w sposób należyty, a jedynie oświadczenie własne wyjaśniając, iż Jednostka Wojskowa 4229 nie istnieje.

Wyjaśnić należy, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzieleniu zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu usług (...), 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 (...). Zgodnie z orzecznictwem Izby przez przyczyny obiektywne niemożności wystawienia poświadczenia należytego wykonania należy rozumieć sytuację gdy podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji, z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należytego wykonania usługi. W ocenie składu orzekającego taka sytuacja nie wystąpiła w rozpoznawanej sprawie. Jak bowiem wskazał sam Odwołujący następcą prawnym JW 4229 jest 4 RBLog. Odwołujący winien był więc zwrócić się do powyższego podmiotu o wystawienie stosownych referencji, lub chociaż uprawdopodobnić Izbie, iż uzyskanie takich referencji nie było możliwe. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie przedłożył referencji w tym zakresie.

Odnosząc się kolejno do zadań numer 4, 5, 6, 8, 10, 11 oraz 12 Odwołujący wskazał jako podmiot na rzecz którego wykonał usługę - Zakłady Mechaniczne BUMAR ŁABĘDY Gliwice. Odwołujący nie załączył jednak do uzupełnionego wykazu referencji wystawionych przez ten podmiot, nie wskazał również, iż referencje złożone wraz z pierwszym wykazem dotyczą również usług wskazanych w wykazie złożonym przy piśmie z dnia 3 kwietnia 2018 r. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu również z tego powodu.

Odnosząc się następnie do wykazania spełnienia warunku w zakresie zadania numer 3 wskazać należy, że Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w tym zadaniu powołał się na naprawę noktowizorów TWN E -1 PA, TWNE-4B, POD-72 i PNK-72 wykonaną na rzecz 4RBLog Wrocław o wartości brutto 435.420 zł. Jak wyżej wykazano naprawa noktowizorów POD-72 oraz PNK-72 została uznana

przez Zamawiającego jako niepotwierdzająca spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie odpowiadała swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Odwołujący nie wnosząc sprzeciwu w sprawie o sygn. KIO 350/18 zgodził się z powyższym stanowiskiem. Tym samym powyższa usługa nie potwierdzała spełnienia warunku. Odnośnie zaś naprawy noktowizorów TWN E -1 PA, TWNE-4B zauważyć należy, iż Odwołujący w żaden sposób nie próbował wykazać, iż powyższa usługa odpowiada swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Kwestia ta nie została poruszona nawet we wniesionym przez Odwołującego odwołaniu. Zauważyć ponadto należy, że Odwołujący pomimo ciążącego na nim obowiązku nie przedłożył Zamawiającemu wraz z wykazem z dnia 3 kwietnia 2018 r. referencji wystawionych przez 4RBLog. W związku z powyższym Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu również w zakresie zadania numer 3.

Reasumując Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczając Odwołującego z postępowania, bowiem Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków odnośnie zadań numer 1 oraz od 3 do 12. Co istotne w złożonym odwołaniu, Odwołujący w żaden sposób nie ustosunkował się do faktu, że nie przedłożył wymaganych przez Zamawiającego referencji, co zostało podkreślone przez Zamawiającego w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Nie zakwestionował również okoliczności, że wartość zamówień w przypadku niektórych zadań nie potwierdza minimalnego progu, nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż wskazane przez niego usługi odpowiadają swoim rodzajem usługom będącym przedmiotem zamówienia. Powyższe jednoznacznie świadczy więc o tym, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba w niniejszej sprawie nie orzekała w przedmiocie zasądzenia na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego. Z treści art. 3 ust. 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 wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zgodnie z art. 28 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego strona może złożyć do czasu zamknięcia rozprawy. Powyższe przepisy zatem jednoznacznie wskazują, zarówno formę, jak i termin dotyczący składanych wniosków o zasądzenie kosztów. Z powyższego wynika wprost, iż strona postępowania składa wniosek dotyczący kosztów w formie rachunków, które powinny zostać przedłożone do akt sprawy najpóźniej do czasu zamknięcia rozprawy, wysokość kosztów (oraz rodzaj) powinna zostać dokładnie określona, wskazana w rachunku i przedstawiona do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający do chwili zamknięcia rozprawy nie przedstawił rachunków, na podstawie których żądał zwrotu kosztów.