

Sygn. akt: KIO/2531/10

WYROK
z dnia 7 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 listopada 2010 r. przez **Piotra Wawraszka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Piotr Wawraszek Inżynieria Samochodów Specjalnych, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Leszczyńska 22** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Gmina Jeleniewo, 16-404 Jeleniewo, ul. Słoneczna 3**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „BOCAR” Sp. z o.o., 42-263 Wrzosowa, Korwinów, ul. Okólna 15** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Piotra Wawraszka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Piotr Wawraszek Inżynieria Samochodów Specjalnych, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Leszczyńska 22 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Piotra Wawraszka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Piotr Wawraszek Inżynieria Samochodów Specjalnych, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Leszczyńska 22**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Piotra Wawraszka prowadzącego działalność gospodarczą pod**

firmą Inżynieria Samochodów Specjalnych Piotr Wawraszek, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Leszczyńska 22 na rzecz **Gminy Jeleniewo, 16-404 Jeleniewo, ul. Słoneczna 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jeleniewo – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Zintegrowany projekt ochrony przyrody na obszarach chronionych Pojezierza Suwalsko-Augustowskiego poprzez zakup sprzętu ratowniczego*.

W dniu 22 listopada 2010 r. wykonawca – pan Piotr Wawrzaszek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Piotr Wawrzaszek Inżynieria Samochodów Specjalnych, wniósł odwołanie na zaniechanie wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Specjalistycznego „Bocar” Sp. z o.o. i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 (lub art. 26 ust. 3) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że „Bocar” Sp. z o.o. nie załączył do oferty pozytywnej opinii Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej w Józefowie, której Zamawiający żądał w punkcie 6.5.4 SIWZ, a w formularzu ofertowym na stronie 3 przy dokumencie tym wykonawca wpisał „nie dotyczy”. Zdaniem Odwołującego powyższe stwierdzenie jest nieprawdziwe.

Odwołujący wskazał, że Centrum Naukowo-Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej – Państwowy Instytut Badawczy jest instytutem badawczym Państwowej Straży Pożarnej nadzorowanym przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji i w ramach swojej działalności wydaje także opinie i ekspertyzy m.in. w odniesieniu do wyrobów służących ochronie przeciwpożarowej, w związku z procesem uzyskiwania aprobat technicznych, czy też w związku z procesem certyfikacji wyrobów służących do ochrony przeciwpożarowej, jak również ekspertyzy i opinie w zakresie sprzętu i środków stosowanych przez jednostki straży pożarnych, a także systemów zabezpieczeń przeciwpożarowych. Świadectwo dopuszczenia, o którym pisze „Bocar” na stronie 66 swojej oferty, jest dokumentem koniecznym do dopuszczenia do użytkowania konkretnego sprzętu, bez którego żadne z urządzeń służących ochronie przeciwpożarowej nie może być użytkowane.

Odwołujący podkreślił, iż ze względu na naturę tego dokumentu Zamawiający oczekuje go dopiero na etapie dostawy przedmiotu zamówienia (chyba, że Wykonawcy dysponują nim już na etapie składania ofert - wówczas jako świadectwo zwieńczające proces analiz i badania konkretnego przedmiotu stanowi wyraz pozytywnej opinii CNBOP), tym samym zwiększając możliwości wykonawców poprzez uzyskanie dodatkowego czasu na

uzyskanie świadectwa dopuszczenia, tym bardziej, że uzyskanie świadectwa dopuszczenia jest, odrębnie od samych badań i opiniowania, odpłatne. W związku z tym wielokrotnie urządzenia lub sprzęt jest badany i opiniowany przez CNBOP bez uzyskiwania świadectwa dopuszczenia, gdyż nie każda wersja produktu jest przedmiotem sprzedaży i w konsekwencji użytkowania.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający sprecyzował oczekiwanie przedłożenia świadectwa dopuszczenia ostatecznie na etap dostawy, jednocześnie dbając o bezpieczeństwo Zamawiającego i jego interes w celu uzyskania pożądanego przedmiotu zamówienia wymagał w pkt 6.5.4 SIWZ na etapie składania ofert pozytywnej opinii CNBOP.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca „Bocar” w nieuprawniony sposób próbował dokonać modyfikacji warunków udziału w postępowaniu poprzez uznanie, że dokument sprecyzowany w pkt 6.5.4 SIWZ, w przeciwieństwie do pozostałych Wykonawców – jego nie dotyczy.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w postanowieniach SIWZ pkt 10.11 jednoznacznie określił skutki braku dokumentów, o których mowa w rozdziale 6 SIWZ stwierdzając *brak jakiegokolwiek z wymienionych w rozdz. 6 niniejszej SIWZ dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oświadczeń o spełnieniu tych warunków, pełnomocnictw lub złożenie dokumentu w niewłaściwej formie, zawierającego błędy, niewłaściwie poświadczonego (...) spowoduje wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów chyba, że mimo ich złożenia oferta Dostawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (...).*

Odwołujący wskazał, że mimo deklaracji wyrażonej w postanowieniach SIWZ oraz obowiązku ustawowego wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia Wykonawcy „Bocar” w zakresie dokumentu, o którym mowa w pkt 6.5.4. SIWZ.

W razie uznania przez Zamawiającego, że oświadczenie Wykonawcy „Bocar” jest prawdziwe, w szczególności w zakresie braku kompetencji CNBOP w Józefowie do wydawania opinii dotyczących pojazdów, postępowanie winno zostać – zdaniem Odwołującego – unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na zmianę dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, skutkującą koniecznością zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy „Bocar” z postępowania (ewentualnie wezwania wykonawcy „Bocar” do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu) oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W razie nieuwzględnienia ww. żądań (co prowadzioby – zdaniem Odwołującego – do zmiany treści ogłoszenia), Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania ze względu na niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 25 listopada 2010 r. wykonawca „Bocar” Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazując, że skoro złożył oświadczenie o spełnieniu wymagań (dot. świadectwa dopuszczenia Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej w Józefowie na oferowane pojazdy) w dniu odbioru pojazdu przez Zamawiającego, to wymieniony zapis w formularzu ofertowym nie może być traktowany jako złożenie nieprawdziwego oświadczenia.

Przystępujący podniósł również, że Zamawiający żądał dokumentu, o którym mowa w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007r. (Dz. U. Nr 143 poz. 1002), tj. świadectwa dopuszczenia, zezwalając na złożenie tego dokumentu w dniu odbioru pojazdu, a na dzień składania ofert – na złożenie oświadczenia, że świadectwo dopuszczenia CNBOP zostanie przekazane w dniu dostawy. Przystępujący takie oświadczenia złożył i załączył do oferty, wypełnił, zatem postanowienia SIWZ określone w § 7 ust. 3 wzoru umowy oraz w pkt. 1.2. załączników nr 6.1. i 6.2. do SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający nie był – zdaniem Przystępującego – zobowiązany do wezwania do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Przystępujący podkreślił również, że w toku postępowania na etapie przed otwarciem ofert żaden z wykonawców, w tym Odwołujący, nie zwracał się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ ani też nie korzystał ze środków ochrony prawnej. Postanowienia SIWZ stały się, zatem obowiązujące na dzień składania ofert. Przystępujący złożył ofertę najkorzystniejszą, która spełnia wszystkie wymogi specyfikacji. Ewentualne rozbieżności w zapisach SIWZ stwierdzone po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie mogą powodować negatywnych skutków dla Przystępującego, który z należyłą starannością przygotował i złożył ofertę.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, w punkcie 6.5. SIWZ postanowił, że *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Dostawca składa następujące dokumenty:*

6.5.1. *Opis parametrów techniczno-użytkowych – specyfikacja techniczna z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 6.*

6.5.2. *Świadectwo dopuszczenia do stosowania w ochronie przeciwpożarowej na terenie Polski zgodnie z Rozporządzeniem MSWIA z dnia 20 czerwca 2007r. (Dz. U. Z 2007 r. Nr 143 poz. 1002). Świadectwo dopuszczenia wraz ze stroną „Dane techniczne...” dołączone do oferty na dzień składania ofert.*

6.5.3. *Aktualne świadectwo homologacji podwozia – na każdy samochód osobno.*

Jednocześnie, w punkcie 6.5.4. SIWZ Zamawiający zapisał, że *samochody mają posiadać pozytywną opinię Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej w Józefowie.*

W załączniku nr 6.2. do SIWZ *Opis parametrów użytkowych – specyfikacja techniczna*, Zamawiający opisał minimalne wymagania, jakie powinien spełnić pojazd, w zakresie wymagań podstawowych stanowiąc, że:

- 1.1. *Pojazd powinien spełniać wymagania polskich przepisów o ruchu drogowym z ustawą „Prawo o ruchu drogowym” z uwzględnieniem wymagań dotyczących pojazdów uprzywilejowanych.*
- 1.2. *Samochód musi posiadać świadectwo dopuszczenia wyrobu, do stosowania w jednostkach ochrony przeciwpożarowej wydany przez polską jednostkę certyfikującą. Świadectwo ważne na dzień składania ofert. Dopuszcza się posiadanie przez samochód świadectwa dopuszczenia w dniu odbioru pojazdu przez zamawiającego. Wymagania szczegółowe i ogólne dla samochodów ratowniczo – gaśniczych KG PSP – CNBOP.*
- 1.3. *Samochód musi posiadać aktualne świadectwo homologacji podwozia.*

W odniesieniu do pkt 1.1. i 1.3 Zamawiający zapisał: *należy potwierdzić spełnienie wymagań.* Natomiast w zakresie pkt 1.2 w przedmiotowym załączniku do SIWZ Zamawiający postanowił: *należy potwierdzić spełnienie wymagań i załączyć kompletne świadectwo dopuszczenia do oferty lub złożyć oświadczenie o spełnieniu wymagań w dniu odbioru pojazdu przez zamawiającego.*

Jednocześnie w ww. załączniku do SIWZ nie znalazło się wymaganie potwierdzenia w dniu składania ofert spełniania przez pojazd określonych warunków poprzez przedłożenie pozytywnej opinii CNBOP w Józefowie.

Przystępujący wraz z ofertą nie przedłożył świadectwa dopuszczenia samochodów lekkich (zadanie 2), złożył natomiast oświadczenia (str. 65 i 66 oferty), że:

1. *lekkie samochody w ilości 5 sztuk będą posiadały świadectwo dopuszczenia CNBOP na dzień odbioru pojazdów przez Zamawiającego (zgodnie z wymaganiami pkt I ppkt 1.2 załącznika nr 6.2 do SIWZ,*
2. *pozytywna opinia Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej w Józefowie na samochody nie obowiązuje, a dokumentem wymaganym w stosowaniu w ochronie przeciwpożarowej jest świadectwo dopuszczenia wydane przez CNBOP.*

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporne w przedmiotowej sprawie jest, że dopuszczalne było przedłożenie świadectwa dopuszczenia wraz z dostawą, a w jego miejsce załączenie do oferty stosownego oświadczenia. Przedmiotem sporu jest natomiast, czy do oferty należało załączyć pozytywną opinię CNBOP.

Izba uznała, że oczekiwania Zamawiającego w zakresie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków przez oferowane dostawy zostały zakomunikowane w specyfikacji w sposób niejasny i chaotyczny.

Po pierwsze, z brzmienia punktu 6.5. SIWZ nie wynika wprost obowiązek złożenia wraz z ofertą dokumentu w postaci pozytywnej opinii CNBOP. Istotne znaczenie w tym względzie ma sformułowanie językowe ww. punktu specyfikacji, w którym wymienione są kolejno dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są przedłożyć, natomiast w podpunkcie 4 znajduje się stwierdzenie, że *samochody mają posiadać pozytywną opinię CNBOP*, przy czym z literalnego brzmienia tego postanowienia nie wynika, że należy tę opinię załączyć do oferty. Na podstawie użytego sformułowania nie można z pewnością zakładać, jaka była intencja i oczekiwanie Zamawiającego, zwłaszcza że sam Zamawiający, na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie potrafił racjonalnie wyjaśnić celu, w jakim ppkt 6.5.4. został w specyfikacji zamieszczony, zaprzeczając jedynie, aby oczekiwaniem Zamawiającego było złożenie opinii CNBOP wraz z ofertą i tłumacząc wprowadzenie przedmiotowego zapisu zamiarem podkreślenia wymogu zgodności przedmiotu dostawy z obowiązującymi przepisami.

Ponadto podkreślić należy, że wymagania Zamawiającego w zakresie dokumentów nie zostały w sposób wyczerpujący określone w pkt 6.5. SIWZ. W postanowieniu tym, nie znalazła się bowiem informacja, że świadectwo dopuszczenia może być dostarczone dopiero wraz z dostawą, a do oferty można załączyć jedynie oświadczenie. Informację tę zamieszczono w załączniku nr 6.2. do SIWZ. Powyższe prowadzi do wniosku, że pkt 6.5. specyfikacji nie umożliwia pełnego ustalenia wymagań Zamawiającego, ale został uszczegółowiony zapisami w załączniku nr 6.2.

Tymczasem w powyższym załączniku, określającym, jakie wymagania musi spełnić przedmiot dostawy i kiedy ich spełnienie powinno zostać potwierdzone, pominięta została zupełnie kwestia pozytywnej opinii CNBOP.

W związku z takim sposobem sformułowania oczekiwań przez Zamawiającego, należy stwierdzić, że brak było obowiązku załączenia ww. opinii do oferty. Izba stanęła na stanowisku, że zapisy specyfikacji należy rozumieć w sposób najbliższy ich literalnemu brzmieniu, a taka interpretacja prowadzi do wniosku o nieokreśleniu obowiązku złożenia spornej opinii. Zdaniem Izby, wątpliwości w zakresie wymaganych dokumentów wynikają z brzmienia zapisów SIWZ, a odpowiedzialność za sposób ich sformułowania obciąża Zamawiającego. Wykonawca natomiast nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnego i chaotycznego opisu wymagań.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za brakiem obowiązku przedłożenia spornej opinii, przy niejasnym brzmieniu specyfikacji, jest fakt, że takiej formy dokumentu w odniesieniu do urządzeń ochrony przeciwpożarowej, nie przewidują obowiązujące przepisy.

Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że wykonawcy zobowiązani byli do zapisem pkt 6.5.4. SIWZ do załączenia do oferty pozytywnej opinii CNBOP (co, jak wykazano wyżej, nie ma oparcia w brzmieniu specyfikacji), należałoby dojść do wniosku, że oferty pozostałych wykonawców (w tym Odwołującego) również zawierają braki. W ofertach tych nie przedstawiono bowiem opinii Centrum, załączając do nich tylko świadectwa dopuszczenia. Nie można zgodzić się z prezentowaną przez Odwołującego tezą o obowiązku złożenia zamiennie: albo świadectwa albo opinii. Takie stanowisko – w ocenie Izby – nie ma żadnego oparcia w brzmieniu specyfikacji, nie znajduje się w niej żadne sformułowanie uzasadniające powyższą interpretację.

W związku ze stwierdzeniem, że wykonawcy nie byli zobowiązani do przedłożenia wraz z ofertą pozytywnej opinii CNBOP, bezprzedmiotowe jest rozstrzygnięcie o prawdziwości oświadczenia Przystępującego w tym zakresie. Bez względu bowiem na to, czy faktycznie ww. jednostka nie wystawia opinii dotyczących pojazdów, złożenie takiego oświadczenia nie

miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania – brak tej opinii nie może prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Ponadto, nieuzasadnione byłoby wezwanie Przystępującego do uzupełnienia spornego dokumentu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, jako że konieczność jego złożenia nie wynika z SIWZ. Chybiony jest również zarzut dokonania zmiany wymagań skutkującej koniecznością zmiany w ogłoszeniu i teza o konieczności unieważnienia postępowania z tej przyczyny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....