

Sygn. akt: KIO 1392/11

**WYROK**

**z dnia 12 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapienicka 36, 43-382 Bielsko-Biała**, w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Państwowej Straży Pożarnej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Wawraszek ISS Sp. z o.o. Sp. K., ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko-Biała**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapienicka 36, 43-382 Bielsko-Biała i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapienicka 36, 43-382 Bielsko-Biała tytułem wpisu od odwołania.**

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 zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO/1392/11**

### Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup 16 sztuk lekkich samochodów specjalnych rozpoznania chemicznego” o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp]. Wykonawca - Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., z Bielska- Biała [dalej Odwołujący] stwierdził, że Zamawiający - Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej z Warszawy naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy „Wawraszek ISS spółka z o.o.” Spółka komandytowa, pomimo że Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu tj. „Wawraszek ISS spółka z o.o.” spółka komandytowa, jako oferty najkorzystniejszej oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy „Wawraszek ISS spółka z o.o.” spółka komandytowa, jako oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności dokonania badania i oceny oferty Odwołującego oraz wykluczenie wykonawcy „Wawraszek ISS spółka z o.o.” Spółka komandytowa, jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych. Ewentualnie w przypadku uznania braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy „Wawraszek ISS spółka z o.o.” Spółka komandytowa o unieważnienie postępowania. W uzasadnieniu odwołania podał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W rozdziale II A specyfikacji istotnych warunków zamówienia zatytułowanym „ Warunki udziału ...” Zamawiający w pkt 1 określił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek wynikający z cytowanego na wstępie art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, a w pkt. 5 określił sposób oceny warunków udziału w postępowaniu, podając, że ocena spełnienia warunków nastąpi na podstawie złożonego oświadczenia wykonawcy w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, (...) zgodnie z załącznikiem nr 4, oraz pozostałych wymaganych dokumentów/oświadczeń, dołączonych do oferty, w związku z art. 44 ustawy, a

w przypadku ujawnienia podstaw do ich wykluczenia, Wykonawcy ci zostaną wykluczeni z postępowania." Poniósł także, że wykonawca Wawraszek ISS spółka z o.o. Spółka komandytowa podlega wykluczeniu, ponieważ w dacie złożenia oferty nie posiadał uprawnień do wykonywania określonej przedmiotem zamówienia działalności w sytuacji, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W tym przypadku wskazał na koncesję ministra spraw wewnętrznych i administracji na wytwarzanie i obrót materiałami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - stosowanie do art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. Nr 67, poz. 679 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem wymaga uzyskania koncesji wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie: 1) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, 2) obrotu technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Zdaniem Odwołującego kluczowe w przedmiotowej sprawie jest wyjaśnienie pojęć zawarte w art. 3 cytowanej ustawy, zgodnie z którym: 1) ilekroć w ustawie jest mowa o obrocie - należy przez to rozumieć działalność handlową dotyczącą materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, w tym pośrednictwo polegające na negocjowaniu, doradztwie handlowym, pomocy w zawieraniu umów oraz organizowaniu przemieszczania materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, z wyłączeniem spedytorów, wykonywaną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także 2) w rozumieniu ustawy wyroby i technologie o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym są to wyroby zaprojektowane dla celów wojskowych lub policyjnych oraz technologie związane z produkcją lub używaniem tych wyrobów. Z powyższych definicji ustawowych - zdaniem wykonawcy - wynika, że koncesja jest wymagana w przypadku działalności handlowej dotyczącej między innymi wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Powołana wyżej ustawa w art. 3 ust. 2 pkt 4 definiuje wyroby i technologie o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym jako wyroby zaprojektowane dla celów wojskowych lub policyjnych oraz technologie związane z produkcją lub używaniem tych wyrobów. Bez wątplenia zaprojektowanymi dla celów wojskowych lub policyjnych i wymagającymi koncesji, są następujące wyroby wskazane w opisie technicznym, zaoferowane przez Wykonawcę „Wawraszek ISS Spółka z o.o.” Spółka komandytowa: 1) poz.73 - Analizator Romanowski - StreetLab Mobile Morpho Detection INC oraz 2) poz.74 - Przenośny detektor niebezpiecznych gazów i par niebezpiecznych oparty na spektrometrii ruchliwości jonów (IMS) RAID-M 100 Bruker Daltonik GmbH. Stwierdził także, że cel wojskowy lub policyjny zaprojektowania wskazanych wyżej wyrobów oraz technologie, o takim przeznaczeniu, związane z produkcją lub używaniem tych wyrobów znajdują

potwierdzenie w przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 roku w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja, a zwłaszcza w wykazie wyrobów i technologii stanowiącym załącznik nr 2 do rozporządzenia. Istotne jest także, że wskazane wyroby oraz technologie nie występują w obrocie powszechnym, to znaczy że można je nabyć jedynie od podmiotu posiadającego koncesję. Bez znaczenia jest natomiast fakt zastosowania wyrobów podlegających koncesji do innych celów niż wojskowe lub policyjne, skoro ustawa odnosi się do celu zaprojektowania danych wyrobów oraz określonych technologii związanych z produkcją lub używaniem tych wyrobów. W świetle powyższego – zdaniem Odwołującego - w pełni uzasadnione jest żądanie wykluczenia Wykonawcy „Wawraszek ISS Spółka z o.o.” Spółka komandytowa, który zaoferował w swojej ofercie wyroby, bez wymaganej koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Zaoferowanie tych wyrobów stoi w jawnej sprzeczności z treścią złożonego oświadczenia o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym w pełni uzasadnione jest stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym złożone oświadczenie będące oświadczeniem wiedzy zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W świetle przedstawionych w pkt 1 odwołania argumentów Odwołujący stwierdził, że zaniechanie wykluczenia wykonawcy „Wawraszek ISS Spółka z o. o. ” Spółka komandytowa narusza przepis art. 91 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Powyższe zaniechanie stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący z ostrożności podniósł, że utrzymanie wyboru oferty wykonawcy „Wawraszek ISS spółka z o.o.” Spółka komandytowa jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, w sytuacji gdy nie posiada on wymaganej koncesji, stanowi podstawę do nakazania Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że przedmiotem postępowania jest zakup 16 sztuk lekkich samochodów specjalnego rozpoznania chemicznego i jego zdaniem zgodnie z ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, nie ma wymogu posiadania koncesji na wytwarzanie i obrót pojazdami samochodowymi, w tym samochodami specjalnymi. Zdaniem Zamawiającego wyposażenie pojazdów w urządzenia na które wymagana jest koncesja nie nakłada na niego obowiązku żądania takiej koncesji.

Tym samym zarzut złożenia nieprawdziwych informacji jest niezasadny i tym samym żądania nie zasługują na uwzględnienie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca „Wawraszek ISS spółka z o.o.” Spółka komandytowa wnosząc także o oddalenie odwołania.

**Rozpatrując niniejsze odwołanie Krajowa Izba odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest zakup 16 sztuk lekkich samochodów specjalnych rozpoznania chemicznego. W załączniku nr 1 stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wskazano, że pojazd (lp.1) powinien być zbudowany i wyposażony zgodnie z postanowieniami zawartym w ustawie Prawo o ruchu drogowym(Dz. U. nr 98 z 1997 r., poz. 602 ze zm.) oraz spełniać wymagania zawarte w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. (Dz. U. Nr 32 z 2003 r. poz. 262 ze zm.), a także spełniać - wymagania wyspecyfikowane w dalszej części załącznika oraz adekwatne wymagania ujęte w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. z 2007 r.. Nr 143 poz. 1002). Pojazd powinien posiadać również stosowne dopuszczenia do użytkowania w PSP - świadectwo dopuszczenia bądź pozytywną opinię upoważnionej instytucji certyfikującej w dniu odbioru technicznego. W poz. 73 wskazano na wymagany analizator a w poz. 74 na detektor podając, że mają być to urządzenia przenośne. Z kolei w rozdziale II A specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 1 Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek wynikający z art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, podając w pkt. 5 specyfikacji, że ocena spełnienia warunków nastąpi na podstawie złożonego oświadczenia wykonawcy w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, (...) zgodnie z załącznikiem nr 4, oraz pozostałych wymaganych dokumentów/oświadczeń, dołączonych do oferty, w związku z art. 44 ustawy, a w przypadku ujawnienia podstaw do wykluczenia, wykonawca zostanie wykluczony z postępowania.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne. Przede wszystkim Zamawiający nie podał w specyfikacji, jakie jego zdaniem niezbędne są uprawnienia do wykonania przedmiotu zamówienia, wskazując tylko na literalne brzmienie przepisu art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, stanowiącego o posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Nie określając w tym postępowaniu konkretnego uprawnienia, które wykonawca zobowiązany jest posiadać, Zamawiający na etapie oceny ofert nie może domagać się skonkretyzowanej koncesji w sytuacji, gdy ma ona dotyczyć elementu ruchomego – doposażenia samochodu, który to samochód - nie jego element składowy - jest przedmiotem zamówienia. Zatem wymaganie wynikające z rozdziału II a specyfikacji związane z potwierdzeniem warunku określonego w art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. złożenia oświadczenia - dotyczy dostawy samochodów specjalnych rozpoznania chemicznego, które to samochody nie zostały wymienione w powoływanych przez Odwołującego przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 roku w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. Tym samym oświadczenie składane w postępowaniu, dotyczące w istocie uprawnień w zakresie obrotu samochodami, stanowiącymi przedmiot zamówienia, a nie ich ruchomego wyposażenia nie może być kwalifikowane, jako zawierające nieprawdziwe informacje. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że przedstawione w toku rozprawy – jako dowód w sprawie – pismo Ministerstwa Sprawa Wewnętrznych i Administracji z dnia 11 lipca 2011 r. dotyczy interpretacji przepisów prawa w odniesieniu do urządzeń takich jak analizator oraz detektor, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest „lekki samochód specjalny rozpoznania chemicznego”. Pytania kierowane do MSWiA nie dotyczyły także dostawy samochodów wyposażonych w sporne urządzenia, ale dostawy tych konkretnych urządzeń. Z kolei zaświadczenie MSWiA z dnia 13 czerwca 2011 r. dotyczy braku koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie bliżej niesprecyzowanego obrotu specjalnego. W tym przypadku Izba wskazuje na ustawę z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, zgodnie, z którą koncesja wykonywania działalności gospodarczej może dotyczyć wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, albo dotyczyć - obrotu technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Izba zwraca także uwagę, że zgodnie ofertą firmy IBCOL z dnia 4.05.2011 r. - przedłożoną także, jako dowód w toku rozprawy - realizacja zamówienia w wymaganym zakresie jest możliwa, albowiem jak wykazuje sam odwołujący brak takiej koncesji nie jest warunkiem niezbędnym do dostawy

takiego wyposażenia samochodu, albowiem przy braku koncesji na sporne urządzenie możliwa jest także zgoda końcowego użytkownika na realizację bezpośredniej dostawy i odbiór przez niego urządzeń.

Wobec powyższych ustaleń zarzut naruszenia w niniejszym postępowaniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu i tym samym powołany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust.1 oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....