

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę Aberos spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Aberos spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr [słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego Aberos spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. 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.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „przeprowadzenie szkoleń z zakresu doskonalenia techniki jazdy dla pracowników inspekcji transportu drogowego”. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej ustawą.

II. Zamawiający w dniu 31 marca 2015 r. rozstrzygnął postępowanie, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S. Z. Centrum spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bednarach i S. Z. Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Bednarach, wykluczając z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołująca złożyła odwołanie wobec własnego wykluczenia z postępowania, oraz sporządzenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz bez wskazania sposobu oceny, a jedynie źródeł oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy poprzez niezgodne z prawem uznanie, że Odwołująca nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 22 ust. 4 ustawy poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz bez wskazania sposobu oceny, a jedynie źródeł oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym niezgodnego z prawem wykluczenia Odwołującej,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie opisanego przyczyny wykluczenia w SIWZ [tj. warunków udziału w postępowaniu] w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołująca wniosła o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu, przez Konsorcjum Wykonawców: S. Z. Centrum sp.

z o.o. w Bednarach oraz S. Z. Centrum Sp. z o.o. Sp. K. w Bednarach jako oferty najkorzystniejszej,

2) wyboru oferty Odwołującej, jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie – gdyby powyższe czynności nie mogły być przeprowadzone Odwołująca wniosła o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołująca podała, że w dniu 10 marca 2015 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. Odwołująca działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy w związku z treścią punktu 14.3 Części I SIWZ – Warunki ogólne, zwróciła się do Zamawiającego w dniu 12 marca 2015 r. z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwracając uwagę Zamawiającego na możliwość naruszenia przez niego art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez sporządzenie treści opisu warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. We wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ powołując się na przepisy regulujące działalność ośrodków doskonalenia techniki jazdy, tj. ustawę z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami oraz rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie doskonalenia techniki jazdy [Dz. U. poz. 91] Odwołująca zwróciła się o wskazanie przepisów, na podstawie których Zamawiający zawęził wymagania stawiane ośrodkowi doskonalenia techniki jazdy, podkreślając, że wymóg, aby tor szkoleniowy zbudowany był wyłącznie z nawierzchni asfaltowej, nie koresponduje z przepisami w/w rozporządzenia – załącznik nr 1 część 1 ust. 7 pkt. 2, powołanymi przez Zamawiającego w SIWZ część II pkt A.I.1.2 jako warunek udziału w postępowaniu dopuszczają, aby tor szkoleniowy posiadał nawierzchnię wykonaną z asfaltu, betonu lub kostki brukowej. W dniu 17 marca 2015 r. Zamawiający odesłał wykonawcy wyjaśnienia i modyfikację treści SIWZ, gdzie w odpowiedzi na postawione pytanie [pytanie 1] podtrzymał ujęty w SIWZ warunek, aby tor szkoleniowy zbudowany był z nawierzchni asfaltowej. Powyższe uzasadnił faktem wykonywania przez inspektorów ITD obowiązków służbowych na drogach publicznych o nawierzchni asfaltowej, a co za tym idzie uznał, iż na takiej właśnie nawierzchni najlepiej realizuje cel szkoleniowy, jakim jest podniesienie umiejętności pracowników ITD w zakresie prowadzenia samochodów i motocykli służbowych.

W dniu 25 marca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującą na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, w związku z art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, tj. wskazania czy Wykonawca dysponuje torem szkoleniowym o długości nawierzchni asfaltowej minimum 800 m, posiadającej co najmniej 3 zakręty w prawo i 3 zakręty w lewo o różnej charakterystyce, przystosowany do prowadzenia szkoleń, w dużym stopniu

oddający realizm panujący na drodze, z poboczem o powierzchni innej niż betonowa lub asfaltowa, jednocześnie zapewniającej bezpieczeństwo podczas ćwiczeń, a w odpowiedzi na wezwanie Odwołująca w dniu 27 marca 2015 r. wyjaśniła, zgodnie z treścią złożonej oferty – formularz nr DP.4 „Potencjał techniczny”, iż część toru szkoleniowego składającego się z nawierzchni asfaltowej ma długość mniejszą niż 800 m, lecz umożliwiającą realizację zadań z doskonalenia techniki jazdy. Nadto Odwołująca oświadczyła, iż całkowita długość toru szkoleniowego, jakim dysponuje wynosi 1900 m i tor ten składa się z nawierzchni asfaltowej, betonowej i z kostki brukowej, posiada co najmniej 3 zakręty w prawo i 3 zakręty w lewo o różnej charakterystyce, przystosowany do prowadzenie szkoleń, w dużym stopniu oddający realizm panujący na drodze [ze względu na zastosowane różne nawierzchnie tor szkoleniowy w stopniu wyższym niż wyłącznie tor o nawierzchni asfaltowej oddaje realizm panujący na drodze], z poboczem o powierzchni innej niż betonowa lub asfaltowa, jednocześnie zapewniającej bezpieczeństwo podczas ćwiczeń. Odwołująca oświadczyła, iż posiada również odrębny tor ziemny, a powyższe pozwala na realizację zajęć w warunkach zgodnych z wymaganiami SIWZ oraz zgodnych z warunkami występującymi na istniejących nawierzchniach dróg publicznych w Polsce. Nadto Odwołująca wskazała, iż tor szkoleniowy, jakim dysponuje spełnia wszystkie wymagania określone w przepisach rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie doskonalenia techniki jazdy [Dz. U. poz. 91] w zakresie wymagań stawianych ośrodkom doskonalenia techniki jazdy.

Zamawiający, jako podstawę prawną wykluczenia wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, tj. brak wykazania przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w części II SIWZ pkt. A.I.1.2 w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wymagał od Wykonawcy, aby prowadził ośrodek doskonalenia techniki jazdy w rozumieniu art. 114 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami. Zgodnie z treścią art. 114 ust. 1 ustawy o kierujących pojazdami, iż działalność ośrodka doskonalenia techniki jazdy stanowi działalność regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej wymaga uzyskania wpisu do rejestru przedsiębiorców prowadzących ośrodek doskonalenia techniki jazdy. Z kolei zgodnie z art. 114 ust. 2 ustawy o kierujących pojazdami ośrodek doskonalenia techniki jazdy może prowadzić przedsiębiorca, który:

- 1) posiada:
 - a) infrastrukturę techniczną,
 - b) pojazdy do prowadzenia praktycznego szkolenia w zakresie zagrożeń ruchu drogowym,

c) pojazdy do prowadzenia kursów dla kierujących pojazdami uprzywilejowanymi – w przypadku ośrodka doskonalenia techniki jazdy stopnia wyższego,

d) warunki lokalowe i wyposażenie dydaktyczne – pozwalające na bezpieczne i zgodne z wymaganymi warunkami przeprowadzanie zajęć;

2) zapewnia prowadzenie zajęć przez instruktorów techniki jazdy;

3) nie był prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów – dotyczy osoby fizycznej lub członków organów osoby prawnej.

Zgodnie w art. 120 ust. 1 ustawy o kierujących pojazdami, ustawodawca określił delegację ustawową dla ministra właściwego ds. transportu w szczególności do określenia szczegółowych wymagań w stosunku do podmiotu prowadzącego ośrodek doskonalenia techniki jazdy w zakresie infrastruktury technicznej, warunków lokalowych oraz wyposażenia dydaktycznego. Szczegółowe wymagania w stosunku do podmiotów prowadzących ośrodek doskonalenia techniki jazdy określił w oparciu o wskazaną wyżej delegację minister właściwy ds. transportu w rozporządzeniu Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie doskonalenia techniki jazdy [Dz. U. poz. 91] w zakresie wymagań stawianych ośrodkom doskonalenia techniki jazdy. W przedmiotowym rozporządzeniu w załączniku nr 1 do rozporządzenia minister zawarł m.in. szczegółowe wymagania dotyczące toru szkoleniowego określając, iż tor szkoleniowy, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lit. e), oraz przestrzeń dookoła toru powinny spełniać następujące wymagania:

1) stanowić odcinek drogi wytyczony w sposób naturalny lub sztuczny o długości co najmniej 800 m;

2) posiadać równą nawierzchnię wykonaną z asfaltu, betonu lub kostki brukowej;

3) posiadać co najmniej trzy zakręty w prawo i trzy zakręty w lewo o różnej charakterystyce, w tym co najmniej jeden zakręt o kącie rozwarcia nie większym niż 90 stopni oraz jeden zakręt w lewo i jeden zakręt w prawo następujące tuż po sobie;

4) posiadać co najmniej jedno wzniesienie i spadek drogi o kącie podjazdu i spadku co najmniej 10%, umiejscowione na zakręcie drogi, z tym że zakręt powinien znajdować się na spadku drogi;

5) posiadać co najmniej jeden prosty odcinek drogi o kącie spadku co najmniej 10 %, którego nawierzchnia może być pokryta farbami lub przygotowana w inny sposób oraz nawadniana za pomocą instalacji i urządzeń do nawadniania tak, aby nawierzchnia asfaltowa była bardziej śliska niż mokra, przy czym tafla lodowa nie jest właściwą nawierzchnią;

6) posiadać właściwe strefy bezpieczeństwa pozwalające na bezpieczne wykonanie ćwiczeń;

7) strefy jednego zakrętu w prawo i jednego zakrętu w lewo powinny być nawadniane za pomocą instalacji i urządzeń do nawadniania w stopniu powodującym znaczną zmianę przyczepności podłoża;

8) konfiguracja toru powinna umożliwiać wykonanie ćwiczeń z użyciem co najmniej trzech przełożeń skrzyni biegów pojazdu do przodu.

Zdaniem Odwołującej, przyjęcie w ustawodawstwie krajowym regulacji prawnych skutkujących obowiązkiem prowadzenia ośrodka doskonalenia techniki jazdy według ścisłych wymagań prawnych, jako działalności regulowanej, przy jednoczesnym legalnym określeniu warunków technicznych elementu obiektu szkoleniowego, jakim jest tor szkoleniowy, nie daje podstaw, aby Zamawiający w sposób naruszający art. 7 ust. 1 ustawy, bezprawnie zawęził wymagania ściśle określone w odrębnych przepisach dotyczących omawianego rodzaju działalności gospodarczej, jaką w omawianej sprawie jest działalność ośrodka doskonalenia techniki jazdy. Ustawodawca określając wymagania stawiane ośrodkom doskonalenia techniki jazdy miał na celu zapewnienie optymalnych warunków szkolenia i wprowadzając ograniczenie w swobodzie działalności gospodarczej, klasyfikując ten typ działalności, jako działalność regulowaną, dodatkowo określając ściśle wymagania, co do warunków jej infrastruktury, wprowadził gwarancję zapewnienia optymalnej realizacji zajęć z doskonalenia techniki jazdy. Modyfikowanie wymagań przez Zamawiającego nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i stanowi niewątpliwie przekroczenie ram wynikających z art. 22 ust. 4 i art. 7 ustawy. Nadto zawarte w odpowiedzi na wniosek wykonawcy w przedmiocie wyjaśnienia treści specyfikacji, uzasadnienie Zamawiającego, powołujące się na fakt wykonywania przez inspektorów ITD obowiązków służbowych na drogach publicznych o nawierzchni asfaltowej uznając, iż na takiej właśnie nawierzchni najlepiej realizuje cel szkoleniowy, jakim jest podniesienie umiejętności pracowników ITD w zakresie prowadzenia samochodów i motocykli służbowych – również należy uznać za chybiony. Jest bowiem faktem, iż inspektorzy transportu drogowego wykonują swoje obowiązki na drogach publicznych, natomiast nie jest ani prawdziwe, ani tym bardziej nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach regulujących kompetencje rzeczonyj służby [Inspekcji Transportu Drogowego], iż obowiązki służbowe wykonywane są na drogach publicznych o nawierzchni asfaltowej. Należy bowiem zauważyć, iż drogi publiczne na terenie Polski są drogami zarówno o nawierzchni asfaltowej, jak i betonowej, a także z kostki brukowej i to na takich drogach inspektorzy ITD posiadają kompetencje do wykonywania swojej służby.

Według Odwołującej, Zamawiający konstruując opis warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający przytoczone przepisy, również w sposób niezgodny z prawem dokonał czynności wykluczenia. Nie można bowiem uznać za ważnej, czyli zgodnej z obowiązującymi przepisami czynności Zamawiającego, tj. wykluczenia wykonawcy opartej na innej bezprawnej czynności [wadliwym opisie warunków udziału w postępowaniu], jeżeli Wykonawca przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu spełniał, posiadając wpis do rejestru przedsiębiorców prowadzących ośrodki doskonalenia techniki jazdy, czyli zgodnie z zapisami SIWZ prowadził ośrodek doskonalenia techniki jazdy. W omawianej sprawie ze względu na fakt, iż podstawę wykluczenia stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, zasadne jest rozpatrzenie zgodności z przepisami ustawy czynności, na podstawie, której Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującej, tj. opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie innej wykładni tworzyłoby sytuację, w której podstawa wnoszenia odwołania w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt. 3) ustawy, w sytuacji wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, byłaby podstawą ułomną, a więc nie dającą rzeczywistej ochrony wykonawcom wykluczonym na podstawie rzeczonoego przepisu, co stanowiłoby z kolei wykładnię *contra legem*.

Zdaniem Odwołującej, również opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – jako w tym wypadku czynność mająca bezpośrednie znaczenie dla czynności wykluczenia Odwołującej, został określony przez Zamawiającego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może określać opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję [umożliwiłoby złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłoby należycie wykonać także inni wykonawcy]. Wystarczające jest już zaistnienie samej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych warunków udziału w postępowaniu, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Odwołująca zwróciła uwagę na brak w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu sposobu oceny warunków, tj. metody, według jakiej Zamawiający dokonana oceny warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, bowiem w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ograniczył się wyłącznie do wskazania źródeł tej oceny, tj. dokumentów na podstawie, których będzie oceniał spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomijając sposób, czyli metodę, jaką będzie stosował. Brak wskazania metody, np. spełnia – nie spełnia, bądź zero – jedynkowej stanowi naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 i w związku z tym nie pozwala na wykluczenie

oferty wykonawcy. Odwołująca przytoczyła wyrok z dnia 1 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 596/11 zgodnie, z którym przy obecnym kształcie przepisów ustawy, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi dopełnienie warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, iż dookreśla treść warunku z uwzględnieniem specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia. Przy takiej konstrukcji, stosowane w ramach opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanie na metodę oceny „spełnia – nie spełnia”, czy też odwoływanie się do oceny opartej na dokumentach i oświadczeniach, nie wyczerpuje dyspozycji przepisu art. 22 ust. 4 ustawy, gdyż nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Jak wyżej zostało to zasygnalizowane, dokumenty i oświadczenia służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego, uprawnione byłoby przyjęcie, iż zarówno opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i wskazywane przez zamawiającego dokumenty, stanowią wypełnienie treści warunków udziału w postępowaniu pozwalające na ocenę zdolności wykonania przedmiotowego zamówienia. Prowadzi to do wniosku, iż opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu może być zawarty przy opisie dokumentu żądanego na potwierdzenie warunku, np. poprzez wskazanie na konieczność wykazania się usługą o określonym zakresie i wartości. Innymi słowy, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, to merytoryczny wyznacznik potencjału, a dokument to źródło tej oceny.

Zdaniem Odwołującej, istniejąca swoboda Zamawiającego w sporządzaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków doznaje ograniczenia. Granice tej swobody wyznacza z jednej strony art. 7 ust. 1 ustawy, z drugiej zaś art. 22 ust. 4 ustawy. Zamawiający nie może bowiem określać w postępowaniu szczegółowych warunków udziału w nim w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Nie może również sporządzić opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w taki sposób, aby tenże opis nie był związany z przedmiotem zamówienia lub był nieproporcjonalny do tegoż przedmiotu. Zamawiający nie może doprowadzić do nieuzasadnionego i nadmiernego ograniczenia kręgu Wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie im zamówienia publicznego. W świetle powołanych przepisów kierować się on musi zasadą, zgodnie z którą, określając wartości progowe ujęte w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, musi zachować właściwe proporcje do wielkości zamówienia, do jego zakresu, wartości i stopnia skomplikowania. Koniecznym jest również, aby uwzględniał cel, jakiemu ma służyć dookreślenie przez niego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ szczegółowych warunków udziału w postępowaniu, tj. wyboru Wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko Izba wyraziła w sprawach o sygn. KIO/844/10, KIO/1202/10, KIO/1574/10,

KIO/1600/10, KIO/1612/10, KIO/1627/10, K10/2144/10, a także Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. sygn. VIII Ga 58/09. Zdaniem Odwołującej, jeżeli Zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał ośrodek doskonalenia techniki jazdy w rozumieniu art. 114 ustawy o kierujących pojazdami, dokumentem, jakiego powinien żądać na potwierdzenie przedmiotowego warunku powinien być co najwyżej odpis z rejestru przedsiębiorców prowadzących ośrodek doskonalenia techniki jazdy, biorąc pod uwagę fakt istnienia ścisłych regulacji prawnych, co do wymagań stawianych ośrodkom doskonalenia techniki jazdy. Posiadanie takiego dokumentu stanowi bowiem warunek konieczny realizacji zajęć z doskonalenia techniki jazdy [tylko taki podmiot ma prawne kompetencje do ich realizacji] i z racji faktu, iż wystawiany jest przez podmiot z sektora finansów publicznych [Wojewodę] daje gwarancję spełniania wymagań technicznych w zakresie posiadanej infrastruktury, ergo zapewnia właściwą realizację zajęć z doskonalenia techniki jazdy. Tym bardziej Zamawiający nie powinien również przedmiotowych wymagań zawężyć [co do nawierzchni toru szkoleniowego], gdyż takim działaniem w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp do uzyskania zamówienia podmiotom, które niewątpliwie dają rękojmię należytego wykonania usługi, a co za tym idzie z naruszeniem przepisów prawa ogranicza uczciwą konkurencją i narusza zasadą równego traktowania wykonawców.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy oraz – w razie nieuwzględnienia pierwszego wniosku – o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie znaleziono podstaw do odrzucenia odwołania, w szczególności z powodu jego złożenia po terminie [art. 198 ust. 2 pkt 3 ustawy].

Dostrzeżenia wymaga, że skoro z treści wniesionego odwołania wyraźnie wynika jego zakres, w tym przede wszystkim zakwestionowane czynności, określone jako wykluczenie Odwołującej, to nie sposób przyjmować, wbrew tak wyrażonej intencji Odwołującej, że odwołanie skierowane jest wobec innej, aniżeli wyraźnie w nim wskazana czynności. Okoliczność, że odwołujący uczynił podstawą faktyczną złożonego odwołania czynności dokonane wcześniej przez Zamawiającego, to jest ustalenie treści SIWZ, może wpływać na ocenę zasadności zarzutu, nie zmienia jednak kwalifikacji czynności, którą odwołujący objął swoim odwołaniem. Inną sprawą jest bowiem kwestia ewentualnej zasadności bądź nietrafności podniesionego w odwołaniu zarzutu, inną zaś zakres wniesionego środka ochrony prawnej. Ewentualnej nietrafności argumentacji nie można bowiem z góry przesądzać, odrzucając wniesiony środek ochrony prawnej, jakim jest odwołanie z przyczyn

formalnych. Z tego względu, nie dopatrzonego się podstaw do odrzucenia odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Fakt dokonania przez Zamawiającego czynności, których Odwołujący we właściwym [5 – dniowym, w myśl art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy] czasie nie zakwestionował w drodze odwołania skutkuje uznaniem, że powyższe czynności stały się definitywnymi, nie podlegającymi kontroli Krajowej Izby Odwoławczej, co jednak nie oznacza niedopuszczalności kwestionowania dalszych czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, takich jak wykluczenie Odwołującej. Odwołująca zakwestionowała w ustawowym terminie wykluczenie z postępowania, co nakazuje uznać złożone odwołanie za nie podlegające odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji, jedynie te zarzuty, które odnoszą się do treści SIWZ nie mogą być na obecnym etapie rozpatrywane, zaś zakwestionowanie wykluczenia z postępowania czyni koniecznym rozpatrzenie odwołania.

Ustalono, że Odwołująca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów, a w konsekwencji – uwzględnienia odwołania, Odwołująca ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu – w przypadku unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania, jej oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zasadnicza część zarzutów postawionych w odwołaniu, to jest wskazujących na niewłaściwe [niedopuszczalne, niezgodne z przepisami] ukształtowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], w części wprowadzającej wymóg, aby wykonawca dysponował torem asfaltowym o określonej długości, w istocie stanowi polemikę z treścią SIWZ.

Podkreślenia jednak wymaga, że ustawa przewiduje określone terminy na kwestionowanie w drodze odwołania czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym SIWZ. SIWZ nie została w zakresie postawionego w analizowanym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na odpowiednim etapie zakwestionowana, w związku z czym powyższe wymaganie wiąże wykonawców. Literalne brzmienie SIWZ nie pozostawia wątpliwości, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie obowiązani byli wykazać się dysponowaniem infrastrukturą techniczną stanowiącą tor szkoleniowy o określonej długości, wykonany z nawierzchni asfaltowej. Na obecnym etapie, wszyscy – zarówno

wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jak i Zamawiający dokonując oceny ofert a także Krajowa Izba Odwoławcza oceniając czynności Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej, są związani tak ukształtowanymi, definitywnymi postanowieniami SIWZ. W przeciwnym bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców: jeśli postawione i zakomunikowane wykonawcom w SIWZ postanowienia miałyby być na etapie oceny ofert elastycznie traktowane i w praktyce nierespektowane. Nie można bowiem wyłączyć, że znaleźliby się wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, którzy nie złożyli ofert w postępowaniu uznając, że postawiono wymagania, które okazały się zbyt trudne do spełnienia. Na obecnym etapie zatem, SIWZ musi być traktowana jako dokument wiążący i nie może podlegać rewizji.

Ponad brzmienie tak ostatecznie i definitywnie ukształtowanej SIWZ, nie sposób dopuścić możliwości rewidowania jej treści poprzez postawienie na obecnym etapie [to jest etapie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty] zarzutów skierowanych wobec brzmienia podstawionych wymagań.

Ustawa wprowadza jako zasadę usuwanie ewentualnych niedoskonałości dokumentu jakim jest SIWZ, z inicjatywy wykonawców, którzy posiadają do tego stosowne instrumenty [odwołanie, informacja o niezgodnej z przepisami prawa czynności zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy]. W analizowanej sprawie, sporne postanowienie SIWZ jest ostatecznie ukształtowane, a tym samym, wiązało zarówno wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, Zamawiającego na etapie ich oceny, a także Krajową Izbę Odwoławczą – w ramach środka ochrony prawnej skierowanego wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert. Odwołujący, stawiając aktualnie zarzuty osadzone w treści art. 22 ust. 4 ustawy, nakierowane na wykazanie nieadekwatności wymagań w zakresie toru szkoleniowego pomija brzmienie art. 182 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; albo 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W analizowanym postępowaniu sporne wymaganie zostało zakomunikowane wykonawcom w dniu 10 marca 2015 r., zatem w ciągu 5 dni od tej daty wykonawca mógł kwestionować jego brzmienie. Wykonawca jednak nie wniósł

w powyższym zakresie odwołania, nie złożył także informacji o niezgodnej z przepisami czynności na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy, w zakresie w jakim takie odwołanie nie przysługiwało. Nie jest taką informacją wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 12 marca 2015 r. i zawarte w nim zastrzeżenia co do treści postanowienia SIWZ. Z powyższych względów, jakiegokolwiek zarzuty kierowane wobec postanowień SIWZ, na obecnym etapie są spóźnione i nie mogą podlegać rozpoznaniu.

Niezależnie zatem od powodów takiego stanu rzeczy, na etapie oceny ofert mamy do czynienia z ostatecznie, definitywnie ukształtowanymi postanowieniami SIWZ, które nie mogą podlegać jakiegokolwiek zmianie. Po terminie składania ofert, ocena oferty może być dokonana tylko w oparciu o takie brzmienie SIWZ, jakie zostało ustalone, zaś jakiegokolwiek odstępstwa i nierespektowanie postanowień SIWZ i ogłoszenia stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad postępowania. Stanowisko powyższe potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 listopada 2014 r. w spr. o sygn. VIII Ga 327/14.

Odwołująca w odwołaniu postawiła zarzuty skierowane wobec czynności wykluczenia z postępowania, nie formułując jednak jakichkolwiek samodzielnych zarzutów wobec tej czynności, które mogłyby wskazywać na niewłaściwą ocenę złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym albo niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Wyniki postępowania także potwierdzają, że Zamawiający prawidłowo ocenił dokumenty i wynikającą z nich sytuację wykonawcy, uznając – po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia – że Odwołująca nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie znalazły też potwierdzenia dalsze zastrzeżenia, będące następstwem zarzutów dotyczących brzmienia SIWZ oraz postawy wykluczenia z postępowania, w tym te nawiązujące do ogólnej zasady postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Trudno bowiem dopatrzeć się w działaniu Zamawiającego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jeśli ten dokonał podstawienia wynikającej ze złożonych dokumentów sytuacji wykonawcy do wymagań wyartykułowanych w obowiązującej w dniu składania ofert SIWZ. Przeciwnie, naruszeniem kardynalnych zasad byłoby, po terminie składania ofert, na etapie ich oceny, nierespektowanie postawionych wymagań, co byłoby równoznaczne z preferencyjnym traktowaniem tych wykonawców, wobec których odstąpiono od określonych wymagań.

Także wniosek o unieważnienie postępowania na podstawie 93 ust. 1 pkt 7) ustawy nie zasługuje na uwzględnienie – Odwołująca nie postawiła w tej mierze żadnych argumentów.

Reasumując, nie znalazły potwierdzenia postawione w odwołaniu zarzuty.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 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* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający: