

Sygn. akt: KIO 2713/14

WYROK
z dnia 7 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **W. ISS sp. z o.o. s.k.a. w Bielsku-Białej**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **S. Pojazdy Specjalne sp. z o.o. w Bielsku-Białej**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. ISS sp. z o.o. s.k.a. w Bielsku-Białej** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. ISS sp. z o.o. s.k.a. w Bielsku-Białej** 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 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa 7 kontenerów proszkowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 września 2014 r. Nr 2014/S 186-327463.

W dniu 9 grudnia 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę W. ISS sp. z o.o. s.k.a. w Bielsku-Białej, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę S. Pojazdy Specjalne sp. z o.o. w Bielsku-Białej, zwanego dalej „przystępującym”.

W dniu 19 grudnia 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, to jest wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu i którego oferta winna być odrzucona,
- 2) przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie tego przepisu przez zamawiającego w sytuacji, gdy zamawiający jest do tego zobowiązany przez ustawę Pzp i w związku z tym naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów art. 2 pkt 5, 93 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu w trakcie badania i oceny ofert w konsekwencji prowadzące do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik toczącego się postępowania i w konsekwencji doprowadzić mogło do powstania szkody u odwołującego w wyniku niezgodnego z ustawą Pzp rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wezwania przystępującego, na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, do złożenia wymaganych przez zamawiającego w SIWZ oświadczeń i dokumentów w celu dokonania poprawnej oceny badania ofert tj. wezwanie przystępującego do przedstawienia wykazu dostaw oraz przedstawienie referencji na dostawy 6 różnych kontenerów dla Straży Pożarnej w tym co najmniej 1 kontenera proszkowego,
- 4) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią postanowień pkt 11 SIWZ „w celu spełnienia warunku o którym mowa w pkt 2 (warunek posiadania wiedzy i doświadczenia) wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty wykaz wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - dostaw na potrzeby Straży Pożarnej min. 7 kontenerów specjalistycznych w tym min. 1 kontener proszkowy”. Wykaz zrealizowanych dostaw stanowić miał załącznik nr 5 do oferty. W wyniku złożonych zapytań do treści SIWZ w dniu 13 października 2014 roku zamawiający zmienił jej treść, oświadczając, że „Zamawiający uzna za spełniające warunek posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawienie referencji na dostawy 6 różnych kontenerów dla Straży Pożarnej w tym co najmniej 1 kontenera proszkowego”. Powyższe postanowienia SIWZ nie budziły wątpliwości na czyją rzecz miały być wykonane dostawy kontenerów i nie wymagały wyjaśnień zamawiającego. Odwołujący wskazał na definicję legalną jednostki organizacyjnej Państwowej Straży Pożarnej zawartą w art. 8 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej (Dz. U. z 2013 r., poz. 1340 z późn. zm.), zgodnie z którą jednostkami organizacyjnymi Państwowej Straży Pożarnej są:

- 1) Komenda Główna,
- 2) komenda wojewódzka,
- 3) komenda powiatowa (miejska),
- 4) Szkoła Główna Służby Pożarniczej oraz pozostałe szkoły,
- 5) jednostki badawczo-rozwojowe,
- 6) Centralne Muzeum Pożarnictwa.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wywiódł, że dostawa dla Straży Pożarnej w rozumieniu postanowień SIWZ i spełniająca warunki określone w SIWZ, musiała być dokonana na rzecz Państwowej Straży Pożarnej w rozumieniu przywołanego powyżej przepisu ustawy. Zdaniem odwołującego, oferta złożona przez przystępującego nie

odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z załącznikiem nr 5 do oferty, przedstawił on wykaz dostaw z treści którego wynika, że zrealizował w ostatnich 3 latach przed dniem otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu dostawę 5 kontenerów specjalistycznych dla Straży Pożarnej. Wskazana w wykazie dostawa dla Operatora Logistycznego Paliw Płynnych sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka nie powinna być uwzględniona przez zamawiającego w trakcie badania zgodności ofert z treścią SIWZ. Również załączone do oferty wykonawcy referencje wskazują, iż w świetle literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu nie może stanowić dostawy spełniającej oczekiwania zamawiającego, a tym samym potwierdzać warunek udziału w postępowaniu. Przedstawiona dostawa została zrealizowana na rzecz podmiotu, który nie jest jednostką Straży Pożarnej w rozumieniu ustawy o Państwowej Straży Pożarnej. W związku z tym na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp przystępujący powinien zostać przez zamawiającego wykluczony, a oferta odrzucona w sytuacji gdy na podstawie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca nie uzupełniłby braków. Nie ulega wątpliwości, że za takie dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać wykaz dostaw o którym mowa w załączniku nr 5 do SIWZ i referencje, które wykonawca przedstawił w załączeniu do oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, który nie dokonał ciążących na nim obowiązków określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie mógł dokonać czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 91 ust. 1, w związku z czym naruszył treść art. 2 pkt 5 oraz 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Natomiast zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasadą legalizmu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca S. Pojazdy Specjalne sp. z o.o. w Bielsku-Białej. Złożył pismo procesowe, którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie tym, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia

SIWZ, odpowiedź zamawiającego z 13 października 2014 r. na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie postanowień SIWZ, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu opublikowane w dniu 16 października 2014 r., ofertę złożoną przez przystępującego, pismo zamawiającego z 14 listopada 2014 r. skierowane do Komendy Miejskiej Straży Pożarnej w Tarnowie znak WT.2370.12.7.2014, pismo Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie z 17 listopada 2014 r. wraz z załączonymi do niego dokumentami, zawiadomienie zamawiającego z 9 grudnia 2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie wraz z załączonymi do niej dokumentami, pismo procesowe przystępującego wraz z załączonymi do niego dokumentami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na pozycji 2, za ofertą wybraną. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa kontenerów proszkowych, które musiały posiadać aktualne świadectwo dopuszczenia do stosowania w ochronie przeciwpożarowej na terenie Polski zgodnie z rozporządzeniem 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, z późn. zm.) (załącznik nr 6 do SIWZ, tabela wiersz 3).

W dniu 27 września 2014 r. zamawiający opublikował w Dz. U. UE ogłoszenie o zamówieniu. W sekcji II.2.3. ogłoszenia zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokonał opisu warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia w ten sposób, że w polu „kwalifikacje techniczne” wskazał: *„wykaz wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie dostaw na potrzeby straży pożarnej min. 7 kontenerów specjalistycznych w tym min. 1 kontener proszkowy - załącznik nr 5 do SIWZ”* (ogłoszenie 2014/S 186-327463 z 16.10.2014 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Analogiczne postanowienie znalazło się w SIWZ. Zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokonał w SIWZ opisu warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. W myśl postanowienia pkt 11 SIWZ, wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, zobowiązani byli dołączyć do oferty *„wykaz wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie dostaw na potrzeby straży pożarnej min. 7 kontenerów specjalistycznych w tym min. 1 kontener proszkowy (załącznik nr 5 do SIWZ, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).*

Ustalono także, że w toku postępowania jeden z wykonawców skierował do zamawiającego wniosek o wyjaśnienie postanowień SIWZ o treści: *„Czy Zamawiający uzna za spełniające warunek posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawienie referencji na dostawy 6 różnych kontenerów dla Straży Pożarnej w tym co najmniej 1 kontenera proszkowego?”.* W dniu 13 października 2014 r. zamawiający na tak zadane pytanie udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający uzna za spełniające warunek posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawienie referencji na dostawy 6 różnych kontenerów dla Straży Pożarnej w tym co najmniej 1 kontenera proszkowego.”* (odpowiedź z 13 października 2014 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający opublikował w Dz. U. UE dniu 16 października 2014 r. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, w którym zmienił postanowienia sekcji II.2.3. ogłoszenia. Postanowienie to otrzymało brzmienie: *„Wykaz wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie dostaw na potrzeby straży pożarnej min. 6 kontenerów specjalistycznych w tym min. 1 kontener proszkowy - załącznik nr 5 do SIWZ”* (ogłoszenie 2014/S 199-351152 z 16.10.2014 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli przystępujący z ceną brutto 2.676.240,00 zł oraz odwołujący z ceną brutto 3.454.920,00 zł (protokół postępowania).

Przystępujący, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia złożył wykaz dostaw, w którym wskazał na doświadczenie w dostawie kontenerów dla:

- 1) KW PSP Lublin - kontener z agregatem proszkowym 1 szt.,
- 2) KW PSP Wrocław - kontener pompowy - 1 szt.,
- 3) Operator Logistyczny Paliw Płynnych Sp. z o.o.- kontener proszkowy - 1 szt.,
- 4) KG PSP Warszawa - kontener do transportu i przechowywania dekontaminacji ostatecznej - 2 szt.,
- 5) Szkoła Główna Służby Pożarniczej - kontener inżynieryjno-techniczny z wyposażeniem - 1 szt.

(wykaz dostaw, s. 23 oferty przystępującego).

Odnosnie dostawy kontenera proszkowego dla Operatora Logistycznego Paliw Płynnych sp. z o.o. w Płocku przystępujący złożył list referencyjny z 18.03.2013 r., potwierdzający należyte wykonanie przez przystępującego dostawy kontenera proszkowego do Bazy Paliw nr 9 w Woli Rzędzińskiej. Załączono również pismo ww. podmiotu, zgodnie z którym oświadcza on, że dostarczony do Bazy Paliw nr 9 w Woli Rzędzińskiej kontener proszkowy zgodnie z umową nr 3519/11 zawartą w dniu 29 sierpnia 2011 r. został wypożyczony do PSP w Tarnowie, gdzie używany jest zgodnie ze swoim przeznaczeniem do celów ochrony przeciwpożarowej (pisma, s. 26 i 27 w ofercie przystępującego).

Następnie ustalono, że zamawiający 14 listopada 2014 r. zwrócił się do Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie o nadesłanie informacji celem potwierdzenia, czy kontener nabyty przez Operatora Logistycznego Paliw Płynnych sp. z o.o. w Płocku na podstawie umowy z 29.08.2011 r. został przekazany tej jednostce PSP. Zamawiający poprosił o przesłanie umowy zawartej między ww. Komendą a Operatorem Logistycznym Paliw Płynnych sp. z o.o. w Płocku. Jednocześnie zamawiający poprosił o potwierdzenie, że ww. sprzęt posiada świadectwo dopuszczenia wymagane rozporządzeniem 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, z późn. zm.) i przesłanie jego kopii (pismo zamawiającego z 14.11.2014 r. znak WT.2370.12.7.2014, w aktach sprawy).

W odpowiedzi na ww. pismo Komenda Miejska Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie przesłała pismo z 17 listopada 2014 r. Do pisma tego załączono porozumienie o współpracy nr 5088/2013 z 18 listopada 2013 r. zawarte między Operatorem Logistycznym Paliw

Płynnych sp. z o.o. w Płocku a Komendą Miejską Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie. Zgodnie z tym porozumieniem, „*mając na celu zapewnienie jako najwyższego poziomu bezpieczeństwa pożarowego i terenu zabezpieczanego przez strony porozumienia, a tym samym sprawnego i skutecznego reagowania na wszelkiego rodzaju zagrożenia pożarowe, strony wyrażają wolę podjęcia współpracy w granicach i na zasadach określonych w porozumieniu*” (§ 1 porozumienia). Strony porozumienia zobowiązały się m.in. do „*wspólnej organizacji zabezpieczenia logistycznego, polegającej na udostępnieniu przez każdą ze stron posiadanego przez niego potencjału ratowniczego, tj. udostępnieniu przez OLPP kontenera proszkowego oraz przez KM PSP nośnika kontenerowego umożliwiającego transport ww. kontenera*” (§ 3 pkt 5 porozumienia). Ponadto w celu zapewnienia skutecznej współpracy w ramach porozumienia OLPP zobowiązał się do „*udostępnienia kontenera proszkowego o numerze ewidencyjnym 301433 i numerze zabudowy 981 dla którego zostało wydane świadectwo dopuszczenia nr 1169/2012, który jest kompletnie wyposażony i w pełni przygotowany do prowadzenia działań gaśniczych (...) na potrzeby operacyjnego zabezpieczenia terenu chronionego przez KM PSP w Tarnowie, z możliwością bezpłatnego jego wykorzystania podczas zdarzeń pożarowo niebezpiecznych, z zastrzeżeniem, że pierwszeństwo jego wykorzystania mają zdarzenia na terenie Bazy Paliw nr 9 w Woli Rzędzińskiej*” (§ 4 pkt 2 porozumienia). Porozumienie zostało zawarte na czas nieokreślony (§10.2 porozumienia).

Ponadto, Komenda Miejska Państwowej Straży Pożarnej załączyła świadectwo dopuszczenia nr 1169/2012 z 11 stycznia 2012 r., w którym Centrum Naukowo-Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej stwierdza, że kontener wymienny proszkowy wyprodukowany przez przystępującego i w jego zakładzie spełnia wymagania pkt 4.3.4.4 załącznika do rozporządzenia 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, z późn. zm.).

Powyższe ustalono na podstawie dokumentów załączonych do pisma Komendy Miejskiej PSP W Tarnowie z 17.11.2014 r.

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 9 grudnia 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu (zawiadomienie z 9.12.2014 r.).

Na podstawie pisma Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Tarnowie z 23 grudnia 2014 r. ustalono, że jest ona nadal użytkownikiem kontenera proszkowego wyprodukowanego przez przystępującego, który został jej przekazany w użytkowanie przez właściciela (OLPP sp. z o.o. w Płocku) na mocy porozumienia o współpracy nr 5088/2013 z

18.11.2013 r. (pismo z 23 grudnia 2014 r. załączone do pisma procesowego przystępującego z 5 stycznia 2015 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 11 SIWZ i sekcji II.2.3. ogłoszenia o zamówieniu. Przywołany art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Izba stwierdziła, że przystępujący sprostował obowiązkowi wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca złożył wykaz dostaw i dokumenty referencyjne, które potwierdziły że legitymuje się doświadczeniem w należyтым wykonaniu dostaw na potrzeby straży pożarnej min. 6 kontenerów specjalistycznych w tym min. 1 kontenera proszkowego w określonym przez zamawiającego okresie.

Wykonawca w złożonym wykazie powołał się na doświadczenie w dostawie 6 kontenerów. Jak wynikało z treści odwołania, sporna pomiędzy stronami okazała się tylko jedna dostawa, wskazana w wierszu 3 wykazu. W wierszu tym wymieniono dostawę 1 szt. kontenera proszkowego wykonaną przez przystępującego na rzecz Operatora Logistycznego Paliw Płynnych Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do tego czy dostawa ta może być zakwalifikowana jako dostawa „na potrzeby straży pożarnej”, co winno być wykazane zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu.

Przy tego rodzaju sporze, dla rozstrzygnięcia sprawy pojawiła się konieczność interpretacji warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało się wykazać doświadczeniem w wykonaniu dostaw 6 kontenerów „na potrzeby straży pożarnej”. W ocenie Izby językowa wykładnia warunku nie prowadziła do wniosku, aby wykonawcy mogli się powołać się jedynie na dostawy zrealizowane bezpośrednio na rzecz jednostek organizacyjnych Państwowej Straży Pożarnej wymienionych w art. 8 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej. Wzięto pod uwagę, że wbrew stanowisku

odwołującego zamawiający w opisie warunku nie odesłał do przepisów ww. ustawy. Zamawiający nie posłużył się również pojęciem „Państwowa Straż Pożarna”, ale pojęciem „straży pożarnej”, pisany małymi literami. Pojęcie to jest pojęciem szerszym aniżeli definicja przywołana przez odwołującego. W ocenie Izby, w świetle warunku uprawnionym było posługiwanie się pojęciem „straż pożarna” w znaczeniu potocznym, jakie przywołał przystępujący w swym piśmie procesowym z 5.1.2015 r. Zgodnie z przywołanym przez przystępującego znaczeniem tego pojęcia „straż pożarna” to „zorganizowana formacja zajmująca się prewencją i walką z pożarami oraz pozostałymi zagrożeniami (innymi niż przestępczość) dla zdrowia i życia ludzkiego, dobytku oraz środowiska naturalnego” (za internetową encyklopedią wikipedia <http://pl.wikipedia.org/wiki/Stra%C5%BCarna>). Powyższe znaczenie analizowanego pojęcia pozwalało uwzględnić również doświadczenie w dostawach wykonanych na rzecz innych – aniżeli jednostki Państwowej Straży Pożarnej – jednostek straży pożarnej (np. ochotniczej straży pożarnej, wojskowej straży pożarnej, zakładowej straży pożarnej czy lotniskowej straży pożarnej).

W dalszej kolejności wzięto pod uwagę, że zamawiający w opisie warunku nie wskazał, że dostawy mają być wykonane „na rzecz straży pożarnej”, lecz „na potrzeby straży pożarnej”. Sformułowanie „na potrzeby” straży pożarnej dopuszczało również możliwość wykazania się dostawą wykonaną na rzecz innego – aniżeli straż pożarna podmiotu, który na podstawie porozumienia zawartego z jednostką straży pożarnej przekazał jej przedmiot dostawy do wykorzystywania na cele ochrony przeciwpożarowej.

Okoliczność, że przedmiot dostawy (kontener proszkowy nabyty przez Operatora Logistycznego Paliw Płynnych sp. z o.o. od przystępującego) jest wykorzystywany na potrzeby straży pożarnej wynikało z dowodów z dokumentów przeprowadzonych przez zamawiającego i przystępującego. W pierwszej kolejności fakt ten niezbitnie wynikał z treści porozumienia o współpracy z nr 5088/2013 zawartego pomiędzy Operatorem Logistycznym Paliw Płynnych sp. z o.o. a Komendą Miejską PSP w Tarnowie. Jak wynikało z ww. porozumienia Operator udostępnił ww. Komendzie kontener proszkowy na potrzeby operacyjnego zabezpieczenia terenu chronionego przez KM PSP w Tarnowie. Co więcej, na mocy porozumienia KM PSP w Tarnowie zyskała prawo do bezpłatnego jego wykorzystania podczas zdarzeń pożarowo niebezpiecznych, nie tylko na terenie Operatora (§ 4 pkt 2 porozumienia). Z pisma z 23 grudnia 2014 r. wynikało zaś, że Komenda PSP w Tarnowie jest w dalszym ciągu użytkownikiem kontenera na podstawie ww. porozumienia.

Po drugie zaś, fakt wykorzystywania kontenera na potrzeby straży pożarnej wynikał również z tego, że sprzęt ten uzyskał świadectwo dopuszczenia nr 1169/2012 r. wydane na podstawie rozporządzenia 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, z późn. zm.). Jak wynika z § 1 pkt 1 powołanego rozporządzenia, zawiera ono *wykaz wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, wprowadzanych do użytkowania w jednostkach ochrony przeciwpożarowej oraz wykorzystywanych przez te jednostki do alarmowania o pożarze lub innym zagrożeniu oraz do prowadzenia działań ratowniczych, a także wyrobów stanowiących podręczny sprzęt gaśniczy, zwanych dalej „wyrobami”, które mogą być stosowane wyłącznie po uprzednim uzyskaniu dopuszczenia do użytkowania.*

Niezasadne okazały się twierdzenia odwołującego, przedstawione dopiero na rozprawie, jakoby dostawa kontenera miała charakter nieodpłatny. Wzięto pod uwagę, że umowa pomiędzy Operatorem Logistycznym Paliw Płynnych sp. z o.o. a przystępującym miała charakter odpłatny, skoro jej wartość wynosiła 549.933 zł, co wynikało z treści wykazu dostaw złożonego przez przystępującego wraz z ofertą. Odpłatności dostawy nie zmienia fakt, że dopiero po nabyciu kontener został nieodpłatnie przekazany Komendzie Miejskiej PSP w Tarnowie „na potrzeby straży pożarnej”.

Również reguły wykładni celowościowej i funkcjonalnej warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie prowadziły do innych wniosków. Zasadność dokonania wykładni również z zastosowaniem tych reguł wynika stąd, że zgodnie z najnowszymi poglądami teoretyków prawa, co znajduje już odzwierciedlenie w poglądach sądów, w tym Sądu Najwyższego, wykładnia językowa, nawet w sytuacji gdy interpretowane sformułowanie jest jasne, nie jest jedyną, która powinna prowadzić do odczytywania znaczenia norm prawnych. Reguły dotyczące wykładni norm prawnych można stosować również do interpretacji postanowień SIWZ. Jak wynika z ww. poglądów, obecnie odchodzi się od akcentowanego we wcześniejszym okresie prymatu wykładni literalnej, czego wyrazem było stwierdzenie, że to co jasne, nie podlega interpretacji „clara non sunt interpretanda”. Obecnie w teorii prawa, znajdującej poparcie w coraz częstszych orzeczeniach sądów, w tym Sądu Najwyższego, przyjmuje się, że interpretacji podlega wszystko, w tym również pojęcia jasne, w myśl zasady „wszystko podlega interpretacji” - „omnia sunt interpretanda”. Przykładowo w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. sygn. akt IV CSK 90/09 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym *Wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii clara non sunt interpretanda. Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję. Zerwał z nią także Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnich latach (por. wyroki: z dnia 21*

listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03 niepubl., z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, niepubl. i z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162).

Zatem Izba dokonała wykładni funkcjonalnej opisanego przez zamawiającego warunku. Jak wynika z warunku przez sformułowanie „na potrzeby straży pożarnej” zamawiający zamierzał ograniczyć doświadczenie do dostawy takich kontenerów, które wykorzystywane są przez jednostki ochrony przeciwpożarowej i dla celów ochrony przeciwpożarowej. Trudno bowiem wskazać inne uzasadnienie dla ograniczenia doświadczenia dostaw jedynie do tych wykonanych na „potrzeby straży pożarnej”. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opisane warunku udziału w postępowaniu powinny być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne. Zamawiający, jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia” oczekiwał dostawy kontenera proszkowego, który musi posiadać aktualne świadectwo dopuszczenia do stosowania w ochronie przeciwpożarowej na terenie Polski zgodnie z rozporządzeniem 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, z późn. zm.). Zatem należy przyjąć, że zamawiający oczekiwał doświadczenia wykonawcy w dostawie analogicznego kontenera do tego, jaki sam zamawiał, czyli mogącego być wykorzystywanym przez jednostki ochrony przeciwpożarowej i dla celów ochrony przeciwpożarowej. W ocenie Izby, przeprowadzone przez zamawiającego i przystępującego dowody, w szczególności uzyskane świadectwo dopuszczenia, przekonują, że przystępujący legitymuje się doświadczeniem w dostawie analogicznego kontenera do tego, który jest zamawiany. Zatem również reguły wykładni funkcjonalnej przemawiają za uznaniem tej dostawy wykonanej przez przystępującego na rzecz Operatora Logistycznego Paliw Płynnych sp. z o.o. za odpowiadającą treści warunku.

Biorąc powyższe Izba uznała, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dokumentami, jakie złożył wraz z ofertą. Zamawiający nie był zatem zobligowany do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konwencji oddalenia zarzutu dot. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niezasadnym okazał się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro oferta przystępującego okazała się ofertą najkorzystniejszą, to zamawiający prawidłowo ją wybrał. Nie stwierdzono

również, aby zamawiający miał dopuścić się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Powołany przez odwołującego przepis stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu na podstawie ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Zamawiający umowy jeszcze nie zawarł, zatem nie mógł naruszyć przepisu przywoływanego przez odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: