

Sygn. akt: KIO 1494/20

WYROK

z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2020 r. przez wykonawcę **LUBAWA Spółka Akcyjna** z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej** w Warszawie,

przy udziale wykonawcy **REKORD RESCUE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **LUBAWA Spółka Akcyjna**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - **Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej** w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r., poz. 1843) 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:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Dostawa skokochronów”, numer referencyjny WL.2370.7.2020. Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 10 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 538909-N-2020.

W dniu 30 czerwca 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 3 lipca 2020 r. wykonawca LUBAWA S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zawiązku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REKORD RESCUE Sp. z o.o., mimo iż jej treść nie odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).
- 2) naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę REKORD RESCUE Sp. z o.o., którego to oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,
- 4) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REKORD RESCUE Sp. z o.o.;

- 2) przeprowadzenia ponownego czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy REKORD RESCUE Sp. z o.o.
- 4) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

W odniesieniu zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał m.in., że skokochrony, jako wyroby służące zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego, muszą spełniać wymagania określone w załączniku do rozporządzenia MSWiA z dnia 27.04.2010 (Dz. U. z 2007 r. Nr 143, poz. 1002; zm.: Dz. U. z 2010 r. Nr 85, poz. 553 oraz z 2018 r. .poz. 984) w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania. Warunkiem dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do użytkowania wyrobu, które wydawane jest przez Centrum Naukowo - Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej (CNBOP), po przeprowadzonym procesie badawczym danego wyrobu. W załączniku nr 1a do SIWZ Zamawiający określił wymagania, jakie musi spełniać przedmiot zamówienia. Treść punktu 9 tego załącznika wskazuje na „wymóg” (warunek bezwzględny) posiadania przez wykonawcę Świadectwa dopuszczenia CNBOP na zeskok z 16 m, który potwierdza, iż oferowany przedmiot zamówienia został dopuszczony do użytkowania jako wyrób służący zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia. Jednostka certyfikująca i wydająca przedmiotowe świadectwa dopuszczenia wyrobu - CNBOP na swojej stronie internetowej (<https://www.cnbop.pl/>) publikuje aktualny Wykaz Świadectw Dopuszczenia CNBOP-PIB. Analiza tego Wykazu wskazuje, iż wykonawca REKORD RESCUE Sp. z o.o., nie posiada wymaganego świadectwa, zarówno na dzień otwarcia ofert, jak również na dzień wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Mając na uwadze, iż wykaz podmiotów posiadających wymagane świadectwa jest ogólnie dostępny (analogicznie jak dostęp do CEiDG czy KRS), zasadnym jest zarzucenie Zamawiającemu, iż dopuścił się zaniechania przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, do których to czynności jest ustawowo zobowiązany treścią art. 87 ustawy Pzp. W przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości w zakresie braku wyszczególnienia firmy REKORD RESCUE Sp. z o.o. w ww. Wykazie, Zamawiający winien wykonać dyspozycję zawartą w art. 87 ust 1 ustawy Pzp i uzyskać stosowne wyjaśnienia.

Następnie Odwołujący podniósł, że złożone przez wykonawcę REKORD RESCUE Sp. z o.o. oświadczenie w formularzu oferty, iż „Przedmiot zamówienia spełnia warunki narzucone w SIWZ” jest nieprawdziwe i może stanowić o poświadczeniu nieprawdy przez wykonawcę. Jeżeli, w dniu składania ofert, wykonawca oświadcza, iż przedmiot zamówienia spełnia warunki narzucone w SIWZ - czyli potwierdza, że posiada świadectwo dopuszczenia CNBOP,

to winien być wyszczególniony w aktualnym wykazie publikowanym na stronie CNBOP. Odwołujący posiada wydruk ze strony CNBOP z dnia 26.06.2020 (aktualny na dzień składania i wyboru oferty najkorzystniejszej), gdzie brak jest wyszczególnienia wykonawcy REKORD RESCUE Sp. z o.o., jako podmiotu, który dysponuje takim świadectwem wyrobu jako producent czy wnioskodawca (świadectwo może otrzymać także wnioskodawca nie będący producentem takiego wyrobu). W ocenie Odwołującego, wykonawca składający „pozytywne” oświadczenie w zakresie zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, winien w dacie złożenia tego oświadczenia posiadać wymagane świadectwo. (Dowód nr 1 - Wykaz Świadectw Dopuszczenia CNBOP-PIB - aktualizacja na dzień 26.06.2020 r. w załączeniu). Odwołujący zauważył, że w załączonym wykazie istnieją tylko trzy skokochrony posiadające przedmiotowe świadectwo dopuszczenia z czego: pod pozycją 796, 797 producentem skokochronów jest Odwołujący, a pod pozycją 1074 - wykonawca FIRE-MAX, biorący także udział w tym postępowaniu. W związku z powyższym wykonawca, którego oferta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza nie mógł zaoferować przedmiotu zamówienia spełniającego wymagania na dzień składania ofert i na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, co oznacza, iż Zamawiający z chwilą dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej winien mieć pewność, iż wybrana oferta jest zgodna z jego wymaganiami określonymi w SIWZ. Jest to tym bardziej istotne, że przedmiot zamówienia ma służyć zapewnieniu bezpieczeństwa, ochronie zdrowia i życia. Z tego względu, w ocenie Odwołującego, stanowisko Zamawiającego prezentowane w piśmie z dnia 24 czerwca 2020 r., w którym stwierdza, iż dokona weryfikacji świadectwa CNBOP na etapie realizacji umowy jest niedopuszczalne. Z treści tego pisma wynika jednoznacznie, iż umowa o udzielenie zamówienia publicznego, zostanie zawarta z wykonawcą, który nie legitymuje się wymaganym świadectwem. Oczekiwanie Zamawiającego, iż wykonawca przedłoży takie świadectwo na etapie realizacji zamówienia jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Nie ma żadnych dowodów, iż wykonawca REKORD RESCUE Sp. z o.o. uzyska w terminie późniejszym wymagane świadectwo dla zaoferowanego sprzętu. Odwołujący podkreślił, iż wspomniany przez zamawiającego zapis zawarty we wzorze umowy § 7 ust. 4 załącznika nr 2 do SIWZ zawierającego wzór umowy, wskazuje jedynie, iż w dniu odbioru wykonawca przedłoży dokument potwierdzający posiadanie Świadectwa dopuszczenia CNBOP na zeskok z 16 m, natomiast niemożliwym jest zawarcie umowy, tj. udzielenie zamówienia podmiotowi, którego oferta jest niezgodna z SIWZ, a przede wszystkim nie została w sposób prawidłowy, rzetelny oceniona.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że konsekwencją braku wykazania przez wykonawcę REKORD RESCUE Sp. z o.o. zgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ, oraz zaniechaniem przez Zamawiającego dokonania czynności badania i oceny ofert, jest stwierdzenie, iż treść oferty tego wykonawcy nie jest zgodna z wymogami Zamawiającego, a zatem zachodzi konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Prezentowane przez Zamawiającego stanowisko o wymaganiu świadectwa dopuszczenia CNBOP dopiero na etapie realizacji zamówienia, świadczy o naruszeniu art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego niemożliwym jest stwierdzenie, iż Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Na etapie składania ofert, Odwołujący legitymował się posiadaniem wymaganego świadectwa mając na uwadze, iż taki został określony wymóg w zakresie przedmiotu zamówienia. Zamawiający, winien w sposób równy traktować wszystkich potencjalnych wykonawców i przede wszystkim zachować fundamentalne zasady zamówień publicznych - zachowanie uczciwej konkurencji. Jeżeli, w wyniku dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty REKORD RESCUE Sp. z o.o. zostanie udzielone zamówienie wykonawcy, którego oferowane dostawy nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego, to zasadnym staje się wnioskowanie, iż wiele podmiotów nie złożyło oferty z uwagi na brak świadectwa, którego posiadanie, zdaniem Odwołującego, stanowiło wymóg złożenia prawidłowej oferty. Natomiast odmiennie, niż w SIWZ, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Działania Zamawiającego, podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, świadczą o naruszeniu zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nieuprawniona jest nadinterpretacja Zamawiającego, iż jest on uprawniony do weryfikacji zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami SIWZ na etapie odbioru - realizacji umowy. Niniejsze stanowić może o szczególnym, odmiennym traktowaniu wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu z mocy przepisów ustawy Pzp, których Zamawiający „nie chce” badać ani zauważyć. Tym samym brak odrzucenia oferty, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 tej ustawy. W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez swoje wymagania w zakresie posiadania świadectwa dopuszczenia, ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie posiadają takich świadectw, a z drugiej strony nie udziela zamówienia wykonawcom, którzy posiadają takie świadectwa i gwarantują realizację dostaw wyrobu służącego zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że czynności Zamawiającego nakierowane były na udzielenie zamówienia wykonawcy REKORD RESCUE Sp. z o.o., co przejawiało się w wadliwej, nieuprawnionej interpretacji zapisów SIWZ z pominięciem treści

Ogłoszenia o zamówieniu jak również zapisów zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia. Skoro gospodarz postępowania określił zasady jego prowadzenia, to zasadnym jest uznanie, iż te zasady obowiązują wszystkie strony postępowania, zarówno Zamawiającego jak i uczestników. Działania Zamawiającego skutkujące wyborem oferty podlegającej odrzuceniu świadczą o możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Pismem z dnia 5 lipca 2020 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca REKORD RESCUE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”) wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając swoje stanowisko odnośnie zarzutów odwołania. Przystępujący podniósł m.in., że Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wymagał, a także nie był zobowiązany wymagać dla skokochronów świadectwa dopuszczenia CNBOP na zeskok z 16 m na etapie składania ofert. Wiąże się to z dbałością Zamawiającego o uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający nie może bowiem preferować niektórych podmiotów, podczas gdy na rynku znajdują się podmioty, których produkty posiadają tożsame, a może nawet lepsze parametry, dla których uzyskanie niezbędnych poświadczeń nie będzie stanowiło problemu.

Pismem z dnia 9 lipca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że świadomie nie wymagał na etapie składania ofert świadectwa dopuszczenia CNBOP na zeskok z 16 m, a dopiero na etapie realizacji zamówienia, bowiem zależało mu na zwiększeniu możliwości konkurowania wykonawców. Cel ten został osiągnięty, bowiem oferty złożyło czterech wykonawców. Zamawiający podkreślił, że przed terminem składania ofert żaden z potencjalnych wykonawców nie zgłosił uwag bądź wątpliwości co do postanowień SIWZ w tym zakresie, co oznacza, że jest przejrzysta i zrozumiała dla wykonawców. Nadto Zamawiający wskazał, że postanowienia SIWZ w zakresie wymogów dotyczących świadectwa dopuszczenia CNBOP dotyczą obydwu części zamówienia. Odwołujący złożył ofertę również w drugiej części zamówienia, chociaż na przedmiot nią objęty nie posiada takiego świadectwa.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody przedłożone przez strony, załączone do złożonych pism, w tym Wykaz Świadectw Dopuszczenia CNBOP-PIB.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jest uczestnikiem postępowania oraz posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania realizacji zamówienia oraz utrata spodziewanego zysku z wykonania zamówienia, a także poniesienie kosztów w związku z przygotowaniem oferty. Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę w zadaniu nr 1, która w wyniku potwierdzenia się zarzutów odwołania byłaby najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca REKORD RESCUE Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się uczestnikiem postępowania.

Następnie Izba ustaliła:

Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa skokochronów zgodnie z wymaganiami załączników nr 1a i 1b do SIWZ, zawierającymi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia odpowiednio dla części I i dla części II zamówienia.

Zgodnie treścią załącznika nr 1a do SIWZ skokochrony w liczbie 17 objętej pierwszą częścią zamówienia muszą spełniać określone w nim wymagania, w tym m.in.: skokochrony mają być fabrycznie nowe, o podanych: minimalnych i maksymalnych wymiarach, masie, czasie napełniania stelaża, okresie użytkowania, zakresie użytkowania, minimalnego okresu gwarancji, a także (w pkt 9) wskazane jest: „Świadectwo dopuszczenia CNBOP na zeskok z 16 m”

Rozdział XII pkt 7 SIWZ zawiera wykaz dokumentów, które wykonawcy muszą złożyć w ofercie i wskazuje na obowiązek złożenia:

1) wypełnionego formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2a i/lub 3b do SIWZ,

- 2) wypełnionego załącznika nr 4 do SIWZ, stanowiącego oświadczenie wykonawcy dotyczące przesłanek wykluczenia,
- 3) wypełnionego załącznika nr 5 do SIWZ, stanowiącego oświadczenie wykonawcy dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) pełnomocnictwa ustanowionego do reprezentowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty przedstawione w odwołaniu, w granicach których, Izba, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, orzeka.

Stosownie do 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Jak stwierdził na rozprawie Odwołujący jego zarzuty polegają na tym, iż ocena spełnienia wymogu co do przedmiotu zamówienia powinna następować na etapie oceny i badania ofert, a nie w chwili realizacji dostawy i odbioru przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Wynika to jego zdaniem z brzmienia załącznika nr 1a do SIWZ, gdzie w pkt 9 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał świadectwa dopuszczenia CNBOP na zeskok z 16 m, oraz z załącznika 3a do SIWZ, stanowiącego formularz oferty, gdzie w pkt VI ppkt 3 wykonawca składał oświadczenie, że przedmiot zamówienia spełnia warunki narzucone w SIWZ, zaś w ppkt 7, pod groźbą odpowiedzialności karnej, oświadczał, że załączone do oferty dokumenty opisują stan prawny i faktyczny, aktualny na dzień otwarcia ofert (art. 233 Kodeksu karnego). Zdaniem Odwołującego Zamawiający dysponował narzędziami aby sprawdzić, czy oferowany przez Przystępującego sprzęt posiada świadectwo dopuszczenia CNBOP, mógł to uczynić telefonicznie lub korzystając z bazy udostępnionej w Internecie, która jest ogólnodostępna. W ocenie Odwołującego stawianie w SIWZ wymagań, których następnie się nie egzekwuje wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców.

Jak słusznie zauważył Zamawiający treść SIWZ stanowi całość i powinna być interpretowana z uwzględnieniem pełnej treści dokumentów na nią się składających, a te wskazują, że nie wymagał przedłożenia świadectwa dopuszczenia CNBOP na zeskok z 16 m wraz z ofertą.

W pierwszej kolejności ustalenia wymaga zatem, jakie były postanowienia SIWZ w zakresie związanym z ww. zarzutem odwołania.

W ocenie Izby treść SIWZ nie wskazuje, że wykonawcy byli obowiązani przedłożyć wraz z ofertą aktualne świadectwo dopuszczenia CNBOP dla oferowanych skokochronów na zeskok z 16 m. W szczególności zauważenia wymaga, iż katalog ww. dokumentów, jakich Zamawiający wymagał wraz z ofertą, nie zawiera świadectwa dopuszczenia CNBOP.

Analiza postanowień SIWZ wskazuje, że obowiązek przedłożenia aktualnego świadectwa dopuszczenia dla dostarczonych skokochronów aktualizuje się po podpisaniu umowy, najpóźniej w dniu odbioru techniczno-jakościowego przedmiotu zamówienia, co wyraźnie wynika z § 7 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, który stanowi: *„każdy skokochron musi spełniać wymagania 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 145, poz. 1002, z późn. zm.). Potwierdzeniem spełnienia ww. wymagań będzie przedłożenie najpóźniej w dniu odbioru techniczno-jakościowego przedmiotu zamówienia aktualnego świadectwa dopuszczenia dla dostarczanych skokochronów”.*

Znajduje to także potwierdzenie w treści § 5 wzoru umowy, gdzie został opisany termin wydania przedmiotu umowy, określony w ust. 3 w sposób: *„3. Termin rozpoczęcia realizacji określa się na dzień podpisania umowy i odnosi się do najwcześniejszego możliwego terminu odbioru faktycznego przedmiotu umowy. Nie wyklucza się natomiast wykonywania innych czynności faktycznych przez ZAMAWIJACEGO, przewidzianych podczas realizacji zamówienia, a w szczególności inspekcji produkcyjnej, odbioru techniczno-jakościowego.”* Potwierdza to także tryb przeprowadzenia inspekcji produkcyjnej opisany w ust. 4÷6 § 5 umowy.

Zgodnie z § 7 wzoru umowy *Dokumentacja techniczna*, do każdego skokochronu Wykonawca był zobowiązany dołączyć: instrukcje obsługi i konserwacji w języku polskim, książkę gwarancyjną w języku polskim, z zapisami zgodnymi z postanowieniami umowy, wykaz adresów punktów serwisowych na terenie kraju, aktualne świadectwo dopuszczenia dla dostarczanych skokochronów.

Zgodnie z ust. 4 Stosownie do z § 8 ust. 2 umowy okres gwarancji rozpoczyna się od daty podpisania przez przedstawicieli Zamawiającego protokołów odbioru faktycznego przedmiotu umowy bez zastrzeżeń (uwag), w trybie, o którym mowa w z § 6 ust. 4. Nadto, jak zauważył Zamawiający, w przypadku braku przedłożenia świadectwa dopuszczenia, stosownie do postanowień umowy zaistniałaby podstawa do odstąpienia od umowy i obciążenia wykonawcy karą umowną w wysokości 20%.

Jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, tak jak nie wymagał, aby na dzień złożenia ofert każdy z wykonawców miał na stanie magazynowym przewidzianą w SIWZ ilość zamawianych skokochronów, spełniających określone w niej wymagania, tak też nie oczekiwał, że na dzień składania ofert wykonawcy mają dysponować przedmiotowym świadectwem dopuszczenia, którego proces pozyskiwania wiąże się z wysokimi kosztami. Nie bez znaczenia dla Zamawiającego była także czas, na jaki wydawane są przedmiotowe świadectwa dopuszczenia tj. 5 lat. Gdyby zatem przyjąć interpretację Odwołującego w odniesieniu do części I zamówienia, to mogłoby się okazać, że takie świadectwo byłoby aktualne na dzień składania ofert, ale już nie na dzień dostawy i użytkowania skokochronów, natomiast, jak zauważył Zamawiający, zależy mu na bezpieczeństwie użytkowników i dlatego badanie potwierdzenia spełnienia wymagań zamówionego sprzętu zostało przeniesione na czas jego odbioru. Proces pozyskania świadectwa dopuszczenia CNBOP trwa ok. 2,5 miesiąca, a zatem jest możliwe pozyskanie tego dokumentu przed terminem przewidzianym na dokonanie odbioru. Nadto zauważenia wymaga, że jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, któremu Odwołujący nie zaprzeczył, w czasie jaki został zakreślony na realizację umowy tj. 4 miesiące, skokochrony mogły zostać wyprodukowane i mogło nastąpić sprawdzenie tego procesu w wyniku inspekcji produkcyjnej, przewidzianej we wzorze umowy. Odwołujący na rozprawie przyznał, że także nie ma na stanie magazynowym objętych zamówieniem w części I skokochronów, i dopiero by je produkował, poddając się przewidzianej w SIWZ inspekcji produkcyjnej.

Zauważenia wymaga, że przepis art.30b ustawy Pzp wskazując na możliwość wymagania przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez jednostkę jako środka dowodowego, potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia, nie narzuca terminu, w jakim takie dokumenty miałyby być składane. W związku z tym Zamawiający mógł określić termin, w jakim dokumenty te mają być złożone, na okres realizacji zamówienia.

W ocenie Izby w sprawie zostało wykazane, że zarzuty odwołania nie odnoszą się do postanowień SIWZ, lecz do jej dowolnej interpretacji dokonanej przez Odwołującego, a polegającej na przyjęciu, że Zamawiający w części I powinien weryfikować posiadanie świadectwa dopuszczenia na etapie oceny ofert, pomimo, iż z SIWZ wynika, że ma to czynić na etapie realizacji zamówienia. Zauważenia przy tym wymaga, iż, jak zauważył Zamawiający, pomimo, iż postanowienia SIWZ są analogiczne dla obu części zamówienia, w części II, w której Odwołujący również złożył ofertę, ale nie posiada świadectwa dopuszczenia CNBOP na przedmiot zamówienia objęty tą częścią zamówienia, Odwołujący złożył ofertę i nie kwestionuje wymogu jego przedłożenia dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej oświadczeń składanych w formularzu ofertowym, należy zauważyć, iż powyższe wskazuje, że oświadczenie składane według pkt VI ppkt 3 formularza ofertowego odnosiło się do spełniania przez przedmiot zamówienia warunków narzuconych w SIWZ w dacie jego dostawy, a nie na dzień składania ofert i to w ramach procedury odbiorowej miało ono być ono weryfikowane, a nie, jak sugeruje Odwołujący, na etapie składania ofert. Natomiast oświadczenie wymienione w ppkt 7 tego pkt formularza ofertowego, jak wynika z jego treści, odnosi się do załączonych do oferty dokumentów, a więc nie odnosi się do świadectwa dopuszczenia CNBOP, który to dokument nie miał być załączony do oferty.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż nawet jeśli przyjąć, że postanowienia SIWZ w tym zakresie miałyby być niedostatecznie jednoznaczne, to takie ewentualne niejasności nie mogłyby negatywnie skutkować dla wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. Zgodnie natomiast z ukształtowanym orzecznictwem niejasności w tym opisie nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp *treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Jak wyżej wskazano, brak załączenia do oferty przez Przystępującego świadectwa dopuszczenia CNBOP nie oznacza, iż jego oferta nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji brak w ofercie takiego świadectwa nie stanowi podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie występuje również podstawa do wystąpienia o wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, skoro ta jest jasna. Nadto sugerowane przez Odwołującego wyjaśnienia miałyby dotyczyć dokumentu, który nie stanowił treści oferty. Tymczasem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do wyjaśnień treści oferty.

Powyższe wskazuje na brak potwierdzenia się zarzutu dotyczącego naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp. Jak również wskazuje na brak potwierdzenia się pozostałych zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 91 ustawy Pzp *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*.

Odwołujący zarzut naruszenia ww. przepisu uzasadnia tym, iż Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Przystępującego, która jego zdaniem podlegała odrzuceniu z uwagi na brak ww. świadectwa dopuszczenia skokochronów. Jak

zostało powyżej wykazane, wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający nie dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, Tym samym zarzut nie potwierdził się.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Odwołujący naruszenia ww. zasad upatruje w prezentowanym przez Zamawiającego stanowisku dotyczącym wymagania świadectwa dopuszczenia CNBOP dopiero na etapie realizacji zamówienia. Jak wyżej zaznaczono takie stanowisko Zamawiającego wynika z treści SIWZ, która na tym etapie postępowania jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wykonawców. Nie zostało podniesione i wykazane przez Odwołującego, że Zamawiający nie stosuje na równych zasadach postanowienia SIWZ do wykonawców, jak również, że ich stosowanie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Zauważenia przy tym wymaga, że postanowienia SIWZ w tym zakresie są analogiczne dla obu części zamówienia, a zatem muszą na równych zasadach odnosić się do wykonawców, którzy złożyli oferty w tych częściach. Tymczasem Odwołujący, jak w ślad za Zamawiającym powyżej wskazano, tylko w odniesieniu do części I uznawał, że przedmiotowe świadectwo dopuszczenia CNBOP powinno być załączone do oferty lub powinno być w dyspozycji wykonawcy na datę składania ofert, bowiem sam w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego tą częścią je posiadał, natomiast nie posiadał takiego świadectwa dla przedmiotu zamówienia objętego częścią II, i w tej części inaczej interpretował ten sam wymóg SIWZ. Oznacza to, że Odwołujący wybiórczo, w zależności od własnej sytuacji w postępowaniu, traktuje zasady zamówień publicznych określone w ww. przepisie. Nie może jednak z takiej interpretacji skutecznie czynić zarzutu Zamawiającemu.

Stosownie do art. 7 ust. 3 ustawy Pzp *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Naruszenie tego przepisu Odwołujący również wiąże z zarzutem wyboru oferty Przystępującego, która jego zdaniem, z uwagi na brak załączenia świadectwa dopuszczenia CNBOP, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tymczasem, jak wyżej wskazano, nie zostało wykazane, aby oferta ta podlegała odrzuceniu. W związku z tym nie potwierdził się także zarzut dotyczący możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972), zasądając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Przewodniczący: