

Sygn. akt: KIO 1241/14

## WYROK

z dnia 1 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 czerwca 2014 r.** przez wykonawcę: „**W. ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**” Spółka komandytowo - akcyjna ul. **Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko - Biała**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy: **S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: „**W. ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**” Spółka komandytowo - akcyjna ul. **Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko – Biała**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: „**W. ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**” Spółka komandytowo – akcyjna, ul. **Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko – Biała**, 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) 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:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, nr 2014/S 011-015099 z 16.01.2014 r. ) w dniu 16 czerwca 2014 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę: „W. ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego „W. ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowo - akcyjna z postępowania, o której odwołujący został powiadomiony za pośrednictwem faksu w dniu 6 czerwca 2014 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Skarbowi Państwa Inspektoratowi Uzbrojenia w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, dalej ustawy Pzp), tj.:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w przetargu z uwagi na rzekome nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo przedłożenia przez wykonawcę dokumentu wskazującego, że mając na względzie przedmiot zamówienia spełnia ustalone warunki - a przez to naruszenie zasad uczciwej konkurencji,
- 2) art. 57 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 131j ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie zaproszenie do złożenia oferty odwołującego, mimo wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący żądał uwzględnienie odwołania i nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny i badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

2. powtórzenia czynności oceny i badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, również uwzględnieniem wniosku odwołującego,
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku dokonania wskazanych powyżej czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, co prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego wskutek nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający ogłoszeniem o zamówieniu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (Dyrektywa 2009/81/WE) zamieszczonym w Suplemencie do dziennika Urzędowego Unii Europejskiej wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „Dostawę ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego” o całkowitej wartości zamówienia powyżej 414 000 Euro. Jak wynika z Krótkiego opisu zamówienia, przedmiotem zamówienia jest dostawa 27 sztuk ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego w latach 2014 - 2018, które musiały posiadać następujące cechy:

- pojazdy muszą być nowe, rok produkcji tożsamy z rokiem dostawy,
- wyposażone w urządzenia podnosząco - holownicze zapewniające holowanie pojazdów ciężarowych, kołowych transporterów opancerzonych (KTO Rosomak) o masie całkowitej do 26 ton na podłożu drogi gruntowej (nieutwardzonej),
- wyposażone w układ napędowy z napędem na wszystkie koła jezdne o konfiguracji 8x8,
- kabina pojazdu przystosowana do przewozu 4 osób zapewniająca ochronę załogi na poziomie minimum 2 - zgodnie z STANAG 4569,
- zbiorniki paliwa pojazdu zapewniające ochronę na poziomie 2 zgodnie z STANAG 4569,
- pojazd musi być wyposażony w urządzenie dźwigowe zapewniające:
  - a) udźwig co najmniej 8 ton przy wysięgu żurawia co najmniej 7 metrów,
  - b) przeładunek kontenerów o wielkości do 1C włącznie.
- pojazd musi być zdolny do pokonywania brodzenia przeszkody wodnej o głębokości 0,8 metra bez konieczności wcześniejszego przygotowania oraz głębokości 1,2 metra po przygotowaniu pojazdu.

Wraz z dostawą pojazdów Wykonawca winien zrealizować:

- dostawę wyposażenia specjalistycznego pojazdów,
- dostawę zestawów części zamiennych,
- opracowanie i dostawę dokumentacji technicznej,
- przeprowadzenie szkolenia użytkowników pojazdów.

Szczegółowe wymagania dla ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego miały zostać określone w SIWZ przekazanej wykonawcom zaproszonym do składania ofert wstępnych.

W celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający żądał przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m. in.

2.2. Koncesji na wytworzenie i obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym w zakresie WT III, wydanej na podstawie ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (Dz. U. z 2001 r., nr 67, poz. 679 z późn. zm.) lub odpowiedni dokument wydany w kraju Wykonawcy potwierdzający, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zakres WT III określony jest w „Wykazie wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” stanowiącym załącznik nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytworzenie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001 r., nr 145, poz. 1625 z późn. zm.).

Jak wynika z załącznika nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja zakres WT III obejmuje pojazdy naziemne, w tym ciągniki (z wyłączeniem cywilnych samochodów lub ciężarówek przeznaczonych do przewodu pieniędzy i kosztowności wyposażonych w osłony pancerne) i ich elementy, tj.:

1. Czołgi i inne wojskowe pojazdy uzbrojone oraz pojazdy wojskowe wyposażone w uchwyty na broń lub sprzęt do kładzenia min, lub wystrzeliwania amunicji wymienionej w ramach pozycji BA.
2. Pojazdy opancerzone.
3. Pojazdy pływające lub posiadające zdolność pokonywania głębokich przeszkód wodnych.

4. Pojazdy ratownicze oraz pojazdy służące do holowania, przewozu amunicji lub systemów uzbrojenia oraz odpowiedniego sprzętu do manipulowania ładunkami.

5. Modyfikacje pojazdu naziemnego dla celów wojskowych lub policyjnych polegające na zmianach konstrukcyjnych, elektrycznych lub mechanicznych, jednego lub więcej zaprojektowanych elementów wojskowych, obejmujących:

- 1) pneumatyczne opony specjalnie zaprojektowane dla zapewnienia kuloodporności lub możliwości utrzymania jazdy pomimo braku powietrza,
- 2) systemy kontroli ciśnienia powietrza w oponach, sterowania z wnętrza pojazdu znajdującego się w ruchu,
- 3) opancerzone osłony kluczowych elementów, jak np. zbiorniki paliwa czy kabiny pojazdu,
- 4) specjalne wzmocnienia dla uchwytów na broń.

Odwołujący wyjaśniał, iż w dniu 19.09.2003 r. została jemu udzielona koncesja nr B-390/2003 na wykonywanie działalności gospodarczej (zmieniona decyzją nr 2 z 26.03.2012r., decyzją nr 3 z 16.10.2013 r.) m.in. w zakresie:

- wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym oraz obrotu technologią - określonymi w pozycji WT III ust. 2, 4 i 5 pkt 3 Załącznika nr 2 Wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT wskazanego wyżej Rozporządzenia. W dniu 30.05.2014 r. ww. koncesja została zmieniona w zakresie WT III, i rozszerzona o wszystkie pozycje zakresu.

Odwołujący stwierdził, iż na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - dysponował koncesją obejmującą wskazane wyżej pozycje zakresu WT III. W związku z powyższym, mając na uwadze zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu Krótki opis przedmiotu zamówienia, skierował do zamawiającego pytanie dotyczące zakresu wymaganej koncesji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający poinformował, że wymóg posiadania przez przedsiębiorcę koncesji wynika z zapisów ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym, zaś Wykaz określony przez ustawodawcę w rozporządzeniu Rady Ministrów z 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytworzenie lub obrót jest wymagana koncesja w sposób jednoznaczny wskazuje zakres, dla którego ciąży obowiązek posiadania koncesji przez przedsiębiorcę.

Z powyższego zamawiający wywiódł, że w przypadku, gdy przedmiotem dostawy jest kompletny wyrób, a nie jego elementy składowe, zawarcie umowy z wykonawcą, którego koncesja nie odpowiada określonemu przez ustawodawcę zakresowi, należałoby rozpatrywać - jako rażące naruszenie warunków koncesji poprzez prowadzenie działalności przez wykonawcę poza zakresem posiadanej koncesji (w związku z art. 6 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy).

Na marginesie odwołujący podkreślił, że zgodnie z brzmieniem wskazanego przez zamawiającego art. 6 ust. 1 ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym - wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym wymaga uzyskania koncesji, z zastrzeżeniem przypadków, o których mowa w ust. 2.

W świetle powyższego niewątpliwym dla odwołującego było, że przytoczona wcześniej przez zamawiającego interpretacja zapisu art. 6 ust. 1 ustawy z 22 czerwca 2001r. ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym - jest w świetle tej ustawy niedopuszczalna.

Mając na względzie powyższe, odwołujący ponowił pytanie do zamawiającego odnośnie zakresu wymaganej koncesji pismem z dnia 10.02.2014 r. W odpowiedzi zamawiający poinformował, że *„wymaga posiadania przez Wykonawcę koncesji zgodnie z zakresem określonym w ogłoszeniu o zamówieniu.”*

Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający pozostawił wykonawcom interpretację tego warunku działu w postępowaniu.

Odwołujący, mając przekonanie, że spełnia wszystkie warunki udziału określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wystąpienie zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących zakresu koncesji wskazał, że mając na względzie opis przedmiotu zamówienia - złożona wraz z wnioskiem koncesja spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Mimo powyższego, zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2014 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem. Ponownie powołał się na treść ogłoszenia, gdzie zamawiający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu - żądał od wykonawców: posiadania koncesji na wytwarzanie i obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym w zakresie WT III. Podkreślał przy tym, że zamawiający nie określił precyzyjnie, jakim zakresem koncesji winni się legitymować wykonawcy składający wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wyniku zapytania odwołującego, zamawiający wskazał skrótowo, że wymaga posiadania przez wykonawcę koncesji zgodnie z zakresem określonym w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe, odwołujący pozostawał w przekonaniu, iż biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, zakres koncesji jaką dysponował na dzień złożenia wniosku był wystarczający na spełnienie warunków udziału w postępowaniu na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący powoływał się na poglądy doktryny (por. P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck, Wyd. 4, Warszawa 2014) *„Związek warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia postulowany art. 22 ust 4 PrZamPubl ma znaczenie dla ustalenia stopnia dopuszczalności ograniczenia konkurencji przez dane warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający może w ogóle nie precyzować warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 PrZamPubl, formułując je, nie może jednak przekroczyć ram wynikających z art. 22 ust 4 i art. 7 ust 1 PrZamPubl (wyr. KIO z 28.04.2011r., KIO 751/11) [...] dyspozycja przepisu art. 22 ust. 4 PrZamPubl obliguje zamawiającego do określenia opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w sposób, który powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (uchw. KIO z 23.01.2014 r. KIO/KU 2/14). Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”*

Na tle powyższego odwołujący podnosił, że mimo wcześniejszych jego zapytań dopiero na obecnym etapie, w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający podał, że od wykonawców oczekuje przedstawienia koncesji w zakresie całego WT III. Ponadto jako uzasadnienie zamawiający wskazał, że wymóg przedstawienia pełnej koncesji WT III wynika ze szczegółowych wymagań dla ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego, które zamieszczone będą w SIWZ, tj. w dokumencie, który na obecnym etapie postępowania nie był znany wykonawcom.



Powyższe działanie zamawiającego odwołujący uznał za naruszające nie tylko zasady udzielania zamówień, ale również normy regulujące sposób prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia, m.in. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W szczególności zastosowany sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poczytał za arbitralny i niewynikający z wprost wyartykułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu oczekiwań zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że *„Treść warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji, gdy może ona budzić jakiejkolwiek wątpliwości, należy interpretować zgodnie z brzmieniem przepisu art. 22 ust 4 p.z.p. W świetle zawartych w tym przepisie wytycznych uprawniona jest wykładnia celowościowa treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, w szczególności wówczas, gdy biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia wykładnia wyłącznie literalna prowadziłaby do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji”* (wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2011 r., KIO 33/11).

W takim przypadku, zamawiający wobec nieprecyzyjnego określenia zakresu koncesji, a w zasadzie pozostawienia jej kształtu domniemaniom wykonawców, którzy nie znając postanowień SIWZ w tym zakresie, zmuszeni byli do antycypowania decyzji zamawiającego w tym przedmiocie - w sposób nieuprawniony doprecyzowywał treść warunku udziału w postępowaniu - dopiero na etapie badania i oceny wniosków, kierując się tylko sobie znanym kluczem.

Odwołujący przekonywał, że taki sposób postępowania zamawiającego, wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznany został za naruszający przepisy ustawy Pzp, czemu daje wyraz chociażby treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 4 sierpnia 2010 r., (KIO/UZP 1551/10), w którym wskazano: *„1. Niedopuszczalne jest dokonywanie arbitralnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co uchybia zasadzie przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

*2. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i niebudzących wątpliwości przesłankach.*

*3. Wątpliwości powstałe na tle siwz nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozpatrzone na jego korzyść.”*

Odwołujący zwracał uwagę, że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, który to tryb dzieli się na etapy, determinujące zakres czynności zamawiającego i wykonawcy:

1) publiczne ogłoszenie o zamówieniu,

- 2) zaproszenie wykonawców do składania ofert wstępnych - który ma na celu wyłonienie wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, przez kwalifikację podmiotową opartą na ogłoszeniu o zamówieniu,
- 3) prowadzenie negocjacji - obejmujące precyzowanie warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także omówienie technicznych i jakościowych aspektów przedmiotu zamówienia (dopiero na tym etapie możliwa jest siwz w takim zakresie, w jakim były one negocjowane);
- 4) zaproszenie do składania ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Z interpretacji art. 57 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż dopiero po etapie 2), tj. wtedy, kiedy dokonywana jest weryfikacja ofert wstępnych, zamawiający może oceniając oferty wstępne odnieść się do warunków SIWZ. Do oferty wstępnej stosuje się też niektóre przepisy o odrzuceniu oferty, zawarte w art. 89 ust. 1. I tak, oferta wstępna podlega odrzuceniu jeśli jest niezgodna z ustawą (pkt 1), jej treść nie odpowiada treści siwz (pkt 2), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (pkt 3), została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania (pkt 5) lub jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (pkt 8). (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck, Wyd. 12, Warszawa 2013).

Mając na uwadze powyższe, odwołujący uznawał za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo iż złożony przez niego wniosek, biorąc pod uwagę Opis przedmiotu zamówienia, jak również niedookreślony, nieprecyzyjny zapis dotyczący warunków udziału w postępowaniu - winien zostać uznany za spełniający warunki i dopuszczony do udziału w postępowaniu. Podkreślił przy tym, że niezgodne z wykładnią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, naruszające zasadę uczciwej konkurencji jest wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, w wyniku niejasnych zapisów ogłoszenia o zamówieniu. Tym bardziej niedopuszczalne jest dokonywanie oceny wniosków przez pryzmat, nieznaney wykonawcy na obecnym etapie postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący powtarzał za stanowiskiem KIO odzwierciedlonym w wyroku z 19 czerwca 2013 r., KIO 1350/13, „*że w sytuacji, gdy postanowienia treści ogłoszenia nie zostały przez zamawiającego jednoznacznie sprecyzowane, sprzeczne z treścią art. 7 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Z 2013 r., poz. 907 ze zm.) byłoby obciążenie wykonawcy skutkami braku precyzji zamawiającego.*”

Wobec powyższego, mając na uwadze podniesiony wyżej fakt wykluczenia odwołującego od udziału w postępowaniu, za uzasadniony poczytał również zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez nie zaproszenie do składania ofert

odwołującego, który spełniał warunki udziału w postępowaniu. W związku z tym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści niniejszego odwołania, które mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem prowadzą do nieuprawnionego wykluczenia odwołującego, a przez to rażącego naruszenia zasad konkurencji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 17 czerwca 2014 r., pisemne zgłoszenie, w kopii przesłane stronom w dniu 20 czerwca 2014 r. złożył wykonawca S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. z Bielska-Białej - po stronie zamawiającego, który powoływał się na interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, gdyż dokonana ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest dla niego korzystna i daje szansę na uzyskanie zamówienia w dalszym toku postępowania.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, co nie dotyczyło niektórych z zarzutów tego odwołania, które nie podlegały rozpatrzeniu z uwagi na uchybienie terminu ich podnoszenia. Dotyczyło to zarzutów wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu, które były możliwe do sformułowania po publikacji ogłoszenia, a najdalej po udzieleniu wyjaśnień przez zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał stanowisko zawarte w powiadomieniu z dnia 6 czerwca 2014 r. o wynikach oceny spełnienia warunków oraz o wykluczeniu odwołującego. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 czerwca 2014 r. wniósł o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie. Zamawiający przedstawił przebieg podejmowanych czynności w ramach oceny wniosku odwołującego i podał następujące uzasadnienie dla żądania oddalenia odwołania. *„Podkreślenia wymaga, iż to formularz internetowy platformy publikacji ogłoszeń UE narzucił formę opisu przedmiotu zamówienia jako skrótową (jak powyżej), zatem opis umieszczony w ogłoszeniu nie musi i nie jest wyczerpujący. Nazwa sekcji: „krótki opis przedmiotu zamówienia” nadawany jest automatycznie. W tym kontekście zarzuty odnoszące się do niedookreślonego i nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia są chybione.*

*Zgodnie z sekcją III.2.1) pkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał od Wykonawców:*

*2.2. Koncesję na wytwarzanie i obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym w zakresie WT III, wydanej na podstawie ustawy z 22 czerwca 2001r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią amunicją*

oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (Dz. U. z 2001r, Nr 67, poz. 679 z późn. zm) lub odpowiedni dokument wydany w kraju Wykonawcy potwierdzający, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zakres WT III określony jest w „ Wykazie wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” stanowiącym załącznik nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001r. Nr 145, póź. 1625 z późn. zm).

Odwołujący przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odnosząc się do powyższych treści ogłoszenia o zamówieniu, w piśmie z dnia 17.01.2014 r. przedstawił opinię, że do realizacji przedmiotowej dostawy (opierając się wyłącznie o krótki opis przedmiotu zamówienia) obowiązek posiadania uprawnień w postaci koncesji na wytwarzanie oraz na obrót materiałami wybuchowymi, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym spełni Wykonawca posiadający koncesję w zakresie WT III ust. 4, Jednocześnie Odwołujący wniósł zapytanie, „czy Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu Wykonawcę posiadającego koncesję na wytwarzanie i obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym w zakresie WT III ust. 2. 4 i 5 ppkt 3-jeżeli producent podwozia posiada w seryjnej produkcji podwozia zdolne do pokonywania brodeniem przeszkody wodne o głębokości 0,8 metra bez konieczności wcześniejszego przygotowania oraz głębokości 1,2 metra po przygotowaniu pojazdu”.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający w piśmie z dnia 21.01.2014 r. oraz ponownie w piśmie z dnia 19.02.2014 r. poinformował Odwołującego, że wymaga posiadania przez Wykonawcę koncesji zgodnie z zakresem określonym w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przedstawiona powyżej korespondencja świadczy o tym, iż twierdzenie przedstawione przez pełnomocnika Odwołującego, że Zamawiający nie określił precyzyjnie jakim zakresem koncesji winni się legitymować Wykonawcy składający wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest nieprawdziwe. Skoro Zamawiający określił wymóg koncesji WT III, należało przyjąć jego zakres określony wzmiankowanym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. Zamawiający stoi na stanowisku, że wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. precyzyjnie wskazuje zakres wymaganej koncesji WT III, bez konieczności enumeratywnego wyliczenia w ogłoszeniu o zamówieniu zakresu koncesji opisanej w ww. rozporządzeniu. W ocenie Zamawiającego bezpośrednie powołanie się na przepis prawa jest wystarczające do wskazania obowiązkowych elementów formalnych udziału w postępowaniu przetargowym.

*Dodać należy, że dla wykonawcy krajowego warunkiem formalnym wykonania zamówienia jest posiadanie wskazywanej koncesji natomiast warunek o „odpowiednim dokumencie wydanym w kraju wykonawcy potwierdzający, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia” odnosi się do wykonawców zagranicznych.*

*Tym samym, przyjęcie przez Odwołującego dowolnej interpretacji warunków udziału w postępowaniu, jest działaniem na własną korzyść Odwołującego.*

*Mając na uwadze termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. 20.03.2014 r. Odwołujący dysponował terminem 63 dni od publikacji ogłoszenia na zgromadzenie wymaganych dokumentów, z czego się nie wywiązał należycie, Odwołującego obowiązuje w tym zakresie art. 355 § 1 kodeksu cywilnego, który stanowi, że „dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)”. Odwołujący sam podaje w treści odwołania, iż koncesja którą złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ograniczona w zakresie WT III do ust. 2, 4 i 5 pkt 3 Załącznika nr 2 Wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT wskazanego wyżej Rozporządzenia, została w dniu 30.05.2014 r. zmieniona w zakresie WT III i rozszerzona o wszystkie pozycje zakresu. Z powyższego działania można przypuszczać, że motywem działania Odwołującego był czas na pozyskanie wymaganej przez Zamawiającego koncesji. Zaskakuje fakt, iż Odwołujący nie składał wniosku o wydłużenie terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu.*

*Mając na względzie powyższe okoliczności, jeżeli Odwołujący przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dowodził naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. winien skorzystać z przysługującego mu prawa wniesienia odwołania na ogłoszenie o zamówieniu, wskazując już na tym etapie działania Zamawiającego, w zakresie którym Odwołujący niezasadnie domniemywał niezgodność z ustawą Pzp. Treść złożonego uzasadnienia odwołania, a w szczególności powoływane orzecznictwo wskazują jednoznacznie, że to nie rzekomo nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia czy arbitralna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego jest kwestionowana, ale de facto opis przedmiotu zamówienia nie odpowiadał możliwościom formalnym Odwołującego na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

*Z porównania krótkiego opisu przedmiotu zamówienia i elementów koncesji w zakresie W III wynika wprost, że na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu brak odpowiedniej koncesji w pełnym zakresie uniemożliwił Odwołującemu zgodne z*

*prawem wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający stawiał warunek, że przedmiot zamówienia będzie posiadał „zdolność pokonywania głębokich przeszkód wodnych” (ust. 3 zakresu koncesji W III i pkt. 2.7. krótkiego opisu przedmiotu zamówienia). Odwołujący nie miał zezwolenia na produkcję oraz obrót pojazdów o takiej funkcjonalności. Natomiast to na Odwołującym ciąży obowiązek spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.”*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, wniosku odwołującego wraz z przedłożonymi przez odwołującego dokumentami koncesji, korespondencji między odwołującym a zamawiającym.

Izba dopuściła dowody z dokumentów, zgłoszone przez przystępującego:

- 1) opinii biegłego sądowego J. W. z dziedziny obrotu specjalnego – jako stanowisko uczestnika, gdyż wymieniony nie został ustanowiony biegłym w niniejszej sprawie.
- 2) pisma Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Departament Zezwoleń i Koncesji z dnia 1 lipca 2014 r. wraz z zapytaniem, które potwierdza, że wykonywanie koncesjonowanej działalności może być wykonywane wyłącznie zgodnie z zakresem posiadanej koncesji.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Jak wynika z Krótkiego opisu zamówienia, przedmiotem zamówienia jest dostawa 27 sztuk ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego w latach 2014 - 2018, które musiały posiadać następujące cechy:

- pojazdy muszą być nowe, rok produkcji tożsamy z rokiem dostawy,
- wyposażone w urządzenia podnosząco - holownicze zapewniające holowanie pojazdów ciężarowych, kołowych transporterów opancerzonych (KTO Rosomak) o masie całkowitej do 26 ton na podłożu drogi gruntowej (nieutwardzonej),
- wyposażone w układ napędowy z napędem na wszystkie koła jezdne o konfiguracji 8x8,
- kabina pojazdu przystosowana do przewozu 4 osób zapewniająca ochronę załogi na poziomie minimum 2 zgodnie z STANAG 4569,
- zbiorniki paliwa pojazdu zapewniające ochronę na poziomie 2 zgodnie z STANAG 4569,
- pojazd musi być wyposażony w urządzenie dźwigowe zapewniające:
  - a) udźwig co najmniej 8 ton przy wysięgu żurawia co najmniej 7 metrów,

b) przeładunek kontenerów o wielkości do 1C włącznie.

- pojazd musi być zdolny do pokonywania brodzenia przeszkody wodnej o głębokości 0,8 metra bez konieczności wcześniejszego przygotowania oraz głębokości 1,2 metra po przygotowaniu pojazdu.

Wraz z dostawą pojazdów Wykonawca winien zrealizować:

- dostawę wyposażenia specjalistycznego pojazdów,
- dostawę zestawów części zamiennych,
- opracowanie i dostawę dokumentacji technicznej,
- przeprowadzenie szkolenia użytkowników pojazdów.

Szczegółowe wymagania dla ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego miały zostać określone w SIWZ przekazanej wykonawcom zaproszonym do składania ofert wstępnych.

Ogłoszenie o zamówieniu - Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, nr 2014/S 011-015099 z 16.01.2014 r. wyznacza warunki w postępowaniu, między innymi:

Sekcja II.2.1) Sytuacja podmiotowa. Kryteria dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia). Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym:

1.1. Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

2. W celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający żąda wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, między innymi:

2.2. Koncesji na wytwarzanie i obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym w zakresie WT III, wydanej na podstawie ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją, oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym ) Dz. U. z 2001, Nr 67, poz. 679 ze zm.) lub odpowiedni dokument wydany w kraju wykonawcy, potwierdzający, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zakres WT III określony jest w „Wykazie wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” – stanowiącym załącznik nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót wymagana jest koncesja (Dz. U. z 2001, Nr 145, poz. 1625 ze zm.)

Przewidywana minimalna liczba wykonawców -3, i liczba maksymalna 5.

Termin składania wniosków upłynął 20 marca 2014 r.

Protokół postępowania podaje, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy:

- Wojskowe Zakłady Mechaniczne S.A., ul. Powstańców 5/7, 41-100 Siemianowice Śląskie;
- konsorcjum AUTO-HIT S.A., IVECO SpA Defence Vehicles
- Daimler AG, Mercedes Benz Specjal Truck
- Rheinmetall MAN Military Vehicles GmbH, Munchen
- S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. w Bielsku-Białej
- Cargotec Poland Sp. z o.o. Oddział w Jawczycach, Ożarów Mazowiecki
- odwołujący.

Zamawiający wykluczył z postępowania następujących wykonawców:

- Daimler AG, Mercedes Benz Specjal Truck
- Rheinmetall MAN Military Vehicles GmbH
- Cargotec Poland Sp. z o.o.
- odwołującego.

Pismem z dnia 5 czerwca 2014 r. przekazany 6 czerwca 2014 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu odwołującego z postępowania w następujący sposób.

*„Zamawiający - Skarb Państwa, Inspektorat Uzbrojenia, działając na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (...) zawiadamia Wykonawcę: „W. ISS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowo - akcyjna o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr IU/217/X-37/ZO/NZO/DOS/Z/2013 na dostawę ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem.*

*Wykonawca został wykluczony na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - tj. Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków w udziału w postępowaniu. Uzasadnienie (...)*

*Zamawiający w ogłoszeniu zawarł informacje odnośnie warunków udziału w postępowaniu oraz rodzajów i formy dokumentów wymaganych od Wykonawców koniecznych do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, „W. ISS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowo - akcyjna, ubiegający się o udzielenie zamówienia składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (pismo nr wchodzący 5594/IU/14 z dnia 19.03.2014 r.) nie przedstawił dokumentów wymaganych*



*przez Zamawiającego zgodnie z ogłoszeniem, co zostało wykazane w wezwaniu do złożenia dokumentów przesłanym do Wykonawcy w dniu 18.04.2014 r.*

*Wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył koncesję nr B-390/2003 z dnia 19 września 2003 r. Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na wykonywanie działalności gospodarczej uprawniającą do wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym oraz obrotu technologią - dla pozycji WT III ograniczoną do zakresu: 2,4 i 5 pkt 3 - załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001 r. Nr 145. poz. 1625 z późn. zm.).*

*Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę (pismo (...) z dnia 18.04.2014 r.) do uzupełnienia wymaganych dokumentów zgodnie pkt 2.2. sekcji III.2.1) ogłoszenia, tj. koncesji w zakresie WT III, w wyznaczonym terminie do dnia 30.04.2014 r. w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu.*

*Opowiadając na wezwanie Wykonawca pismem z dnia 29.04.2014 r. przedstawił stanowisko, że przedłożona koncesja nr B-390/2003 uprawnia Wykonawcę do starania się o dostawę przedmiotu zamówienia. Wykonawca stwierdził, że przedmiot zamówienia nie uzasadnia wymogu przedstawienia koncesji w zakresie całego WT III.*

*Zamawiający nie podziela stanowiska Wykonawcy, ponieważ opis przedmiotu zamówienia przedstawiony w sekcji II.1.5) nie stanowi podstawy dla Wykonawców do określenia zakresu wymaganej koncesji. Wymóg przedstawienia koncesji w zakresie WT III wynika ze szczegółowych wymagań dla ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego, które zamieszczone będą w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przekazanych Wykonawcom zaproszonym do składania ofert wstępnych zgodnie z art. 57 ust 5 ustawy Pzp, (sekcji II. 1.5 pkt 3.). Złożona konstrukcja ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego wpisuje się w zakres wyrobów określonych w wykazie WT III.*

*Przedstawiona przez Wykonawcę koncesja nr B-390/2003 z dnia 19 września 2003 r. wystawiona z ograniczeniami w zakresie WT III, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.*

*Dodatkowo Wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył pismo Departamentu Zezwoleń i Koncesji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z dnia 03.03.2014 r. (nr DZiK-I-6611-130-1/14/B-390/2003/MB) dotyczące rozszerzenia zakresu działalności gospodarczej objętej koncesją. Biorąc pod uwagę, iż ww. pismo DZiK*

*nie wskazuje wprost zakresu posiadanej Wykonawcą koncesji, Zamawiający pismem z dnia 27.05.2014 r. nr X/6475/14 wezwał do złożenia wyjaśnień odnośnie zakresu koncesji posiadanej przez Wykonawcę na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odpowiadając na wezwanie Wykonawca pismem z dnia 28.05.2014 r. przedstawił stanowisko, że w odniesieniu do zapisów ogłoszenia w sekcji II.1.5) (Krótki opis zamówienia lub zakupu) do realizacji przedmiotowej dostawy obowiązek posiadania uprawnień w postaci koncesji, spełnia Wykonawca posiadający koncesję w zakresie WT III ust. 4 tzn. posiadający koncesję na wytwarzanie pojazdów ratowniczych oraz pojazdów służących do holowania, przewozu amunicji lub systemów uzbrojenia oraz odpowiedniego sprzętu do manipulowania ładunkami. Zamawiający nie podziela stanowiska Wykonawcy ponieważ, jak opisano powyżej szczegółowe wymagania dla ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego, które przekazane zostaną Wykonawcom zaproszonym do składania ofert wstępnych wraz z SIWZ, wymagają dysponowania koncesją w zakresie określonym w wykazie WT III.*

*Przedłożona przez Wykonawcę koncesja nr B-390/2003 z uwagi na ograniczenia do zakresu: ust. 2, 4 i 5 pkt 3 - załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” nie spełnia wymogu zakresu koncesji określonego zgodnie z pkt 2.2 sekcji III.2.1) ogłoszenia.*

*Wobec powyższego, z powodu niewykazania przez Wykonawcę w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający wyklucza Wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. (...).”*

Uprzednio pismem z dnia 17 stycznia 2014 r. odwołujący zwracał się o wyjaśnienia do SIWZ, gdzie stwierdził, iż przedstawione przez Państwa wymagania zawarte Krótkim opisie zamówienia s. II.1.5) wskazują że do realizacji przedmiotowej dostawy obowiązek posiadania uprawnień (...) koncesji na wytwarzanie oraz na obrót materiałami wybuchowymi, broni, amunicji oraz technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym spełnia wykonawca posiadający uprawnienia w zakresie WT III ust. 4. Odwołujący zapytywał, czy zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu wykonawcę posiadającego koncesję w zakresie WT III ust. 2,4 i 5 ppkt 3.

Zamawiający odpowiedział pismem z dnia 21 stycznia 2014 r. w którym stwierdził, że w przypadku gdy przedmiotem dostawy jest kompletny wyrób, a nie jego elementy składowe, zawarcie umowy z wykonawcą, którego koncesja nie odpowiada określonemu przez ustawodawcę zakresowi należałoby rozpatrywać jako rażące naruszenie warunków koncesji

przez prowadzenie przez wykonawcę działalności poza zakresem posiadanej koncesji w zw. z art. 6 ustawy z 22 czerwca 2001 r. (...).

Kolejnym pismem z dnia 10 lutego 2014 r. odwołujący postulował o wprowadzenie zmian do SIWZ, gdyż uznał, że wymaganie posiadania koncesji w zakresie WT III jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i narusza zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie zaznaczył iż jest w toku załatwiania koncesji na cały zakres pozycji WT III, którą jest w stanie uzyskać przed terminem rozpoczęcia dostaw przewidzianych na 1 lipca 2014 r.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2014 r. odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów, gdyż z wnioskiem nie przedstawił koncesji w zakresie WT III wymaganym przez zamawiającego zgodnie z pkt 2.2 sekcji III.2.1) ogłoszenia w terminie do 30 kwietnia 2014 r.

W odpowiedzi odwołujący pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r. kwestionował wymóg ogłoszenia – posiadania przez wykonawcę koncesji w zakresie całego WT III.

Pismem z dnia 27 maja 2014 r. odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie zakresu koncesji posiadanej przez wykonawcę na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w terminie do 30 maja 2014 r.

W odpowiedzi z dnia 28 maja 2014 r. odwołujący utrzymywał, że w odniesieniu do zapisów ogłoszenia w sekcji II.1.5) (Krótki opis zamówienia lub zakupu) do realizacji przedmiotowej dostawy obowiązek posiadania uprawnień w postaci koncesji, spełnia wykonawca posiadający koncesję w zakresie WT III ust. 4 tzn. posiadający koncesję na wytwarzanie pojazdów ratowniczych oraz pojazdów służących do holowania, przewozu amunicji lub systemów uzbrojenia oraz odpowiedniego sprzętu do manipulowania ładunkami. Jednocześnie wskazywał, że udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia do SIWZ w tym zakresie były nieprecyzyjne.

Bezsporne pozostawało, że odwołujący legitymuje się koncesją na zakres: ust. 2, 4 i 5 pkt 3 - załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WTIII”.

Kwestionowane przez odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie zostały zaskarżone w terminie ustawowym.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania wskazanych powyżej czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości

ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zatem zastosowanie w odniesieniu do zarzutów odwołania znajdują przepisy art. 54 Pzp i następane, które stanowią, że negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

Art. 56 ust 1 Pzp postanawia, że do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2, dotyczące ogłoszeń stosuje się odpowiednio.

Przepis art. 57 ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do powiadomienia wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Stosownie do przepisu art. 57 ust. 2 Pzp zamawiający upoważniony jest do zaproszenia do składania ofert wstępnych wyłącznie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu. Wykonawców niezaproszonych do składania ofert wstępnych traktuje się jak wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia.

Bez wątpliwości zamawiający wymagał koncesji w zakresie WT III zgodnie z pkt 2.2 sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący w dokumentach wniosku koncesji o pełnym zakresie WT III nie przedstawił i nie uzupełnił również tego dokumentu na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2014 r. Pełny zakres WT III określony jest w „Wykazie wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym - WT” stanowiącym załącznik nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001r. Nr 145, poz. 1625 z późn. zm). Odwołujący przedstawił koncesję uprawniającą do prowadzenia działalności wytwarzania i obrotu wyrobami w zakresie WT III ust. 2,4 i 5 ppkt 3.

Argumenty odwołującego, że wymaganie posiadania koncesji w całkowitym zakresie WT III było zbędne oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, stanowiącego 27 sztuk ciężkich kołowych pojazdów ewakuacji i ratownictwa technicznego do dostawy w latach 2014 - 2018, które musiały posiadać opisane cechy - nie mogły zostać uwzględnione.

Były to bowiem zarzuty wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu, które mogły zostać zaskarżone odwołaniem nie później niż do 27 stycznia 2014 r., skoro ogłoszenie nr

2014/S 011-015099 ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 stycznia 2014r. Z przepisów odrębnych dotyczących ogłoszeń wynika, że w ogłoszeniach zamieszcza się jedynie „Krótki opis przedmiotu zamówienia.”

Termin wyznaczony w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie tego uprawnienia. Z kolei Izba na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozostawia taki spóźniony zarzut bez rozpoznania.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zostały ostatecznie ukształtowane i na etapie po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu brak było jakichkolwiek podstaw do rewidowania ich treści.

Okoliczność przyznaną stanowiło, że odwołujący na moment upływu terminu do składania wniosków - 20 marca 2014 r., który jest miarodajny dla ustalenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu - nie legitymował się koncesją w zakresie wszystkich punktów WT III załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni, i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. Nr 145, poz. 1625). Rozporządzenie to poprzez § 1 ust. 1 i 3 podaje w załączniku nr 2 wykaz wyrobów (...) o przeznaczeniu wojskowym, objętych koncesjonowaniem. Symbol WT III dotyczy pojazdów naziemnych, w tym ciągników i ich elementów, wyszczególnionych w 5 pozycjach.

Przedłożona przez odwołującego koncesja nr B-390/2003 z uwagi na ograniczenia do zakresu: ust. 2, 4 i 5 pkt 3 - załącznika nr 2 „Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT III” nie spełniała wymogu przedłożenia zakresu koncesji określonego zgodnie z pkt 2.2 sekcji III.2.1) ogłoszenia. Pismo Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Departamentu Zezwoleń i Koncesji z dnia 1 lipca 2014 r. potwierdza, że wykonywanie koncesjonowanej działalności może być wykonywane wyłącznie zgodnie z zakresem posiadanej koncesji, t.j. w tym przypadku zgodnie z enumeratywnym wyliczeniem pozycji załącznika WT III zawartym w koncesji.

Zamawiający na równi z wykonawcami jest związany warunkami przetargu, które ustanowił i podał do wiadomości poprzez ogłoszenie. Nie mógł, więc czynić od tych warunków żadnych odstępstw na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, z powodu niewykazania przez odwołującego w terminie składania wniosków spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zobligowany był wykluczyć wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 131e ust. 1 pkt 1

ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpatrując wniesione odwołanie jedynie w granicach zarzutów odnoszących się do wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba była wyłącznie uprawniona, aby porównać wprost stawiane wymagania w ogłoszeniu z treścią dokumentów przedłożonych we wniosku odwołującego, z uwzględnieniem faktu, że odwołujący nie uzupełnił żądanego dokumentu na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Działalność objęta przedmiotem zamówienia ma charakter regulowany, wymaga posiadania stosownej koncesji. Stosownie do postanowień art. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2012 poz. 1017 ze zm.) wykonywanie działalności o tym przedmiocie jest dozwolone wyłącznie po spełnieniu warunków określonych w ustawie, w tym uzyskania koncesji, jak stanowi art. 6 tej ustawy. Zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 5 wymienionej ustawy koncesja zawiera określenie rodzaju i zakresu działalności gospodarczej na którą została wydana. Przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Nie może zatem być mowy o jakiegokolwiek interpretacji warunku na korzyść wykonawcy, ze względu na brak precyzji zamawiającego w jego opisanu, w kontekście oznaczonego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby warunek posiadania koncesji w zakresie WT III, a więc w pełnym brzmieniu wszystkich punktów odnośnego przepisu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. - był jasny, a wykonawcy pozostawało jedynie się temu podporządkować, lub we właściwym terminie wnieść odwołanie na postanowienia ogłoszenia, skoro uznawał ów warunek za nadmierny w stosunku do opisu zamawianej dostawy.

Dlatego też nie miało decydującego znaczenia, że wskazane w punkcie 4 WT III pojazdy ratownicze oraz pojazdy służące do holowania, przewozu amunicji lub systemów uzbrojenia oraz odpowiedniego sprzętu do manipulowania ładunkami, ujęte w koncesji odwołującego, według stanowiska zamawiającego nie spełniałyby warunku koncesjonowania w zakresie punktu 3 – „pojazdów posiadających zdolność pokonywania głębokich przeszkód wodnych,” a funkcjonalność taka bezspornie była wymagana w opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, brak odpowiedniej koncesji rzutowałby na ważność zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto zamawiający nie mógł dopuścić wykonawcy niespełniającego warunków uczestnictwa w przetargu do dalszego etapu postępowania, ani przyjąć uzupełnionej koncesji, która została odwołującemu wydana

dopiero 30 maja 2014 r. Działania takie prowadziłyby również do rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie nie potwierdziło zasadności zarzutów odwołania, tj. naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w przetargu, gdyż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 57 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 131j ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie zaproszenie odwołującego do złożenia oferty wstępnej.

Nie doszło też do naruszenia zasad ustawy określonych w art. 7 ust. 1 Pzp, równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w warunkach zachowania uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania uiszczony wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**