

Sygn. akt: KIO 25/15

WYROK
z dnia 22 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marta Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **LOTOS Paliwa sp. z o.o. w Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. w Płocku** oraz **Orlen Paliwa sp. z o.o. w Płocku**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę LOTOS Paliwa sp. z o.o. w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LOTOS Paliwa sp. z o.o. w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **LOTOS Paliwa sp. z o.o. w Gdańsku** na rzecz **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie - 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 „zakup paliwa dla PGNiG S.A. i dla podmiotów grupy kapitałowej PGNiG na lata 2015-2018”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2014 r., nr 2014/S 191-337885.

W dniu 24 grudnia 2014 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomił wykonawcę LOTOS Paliwa sp. z o.o. w Gdańsku, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. w Płocku oraz Orlen Paliwa sp. z o.o. w Płocku, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu złożonej przez niego oferty,
 - 2) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
 - 3) czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert
- odwołujący wniósł w dniu 2 stycznia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwe ich zastosowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wraz z ofertą odwołującego,
- 4) wykonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że oferta złożona przez niego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a nadto nie podlega on wykluczeniu, a jego oferta - odrzuceniu.

Odwołujący przywołał treść opisanego przez zamawiającego w pkt 6.3.3. lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) warunku w zakresie potencjału technicznego, jaki musieli wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący powołał również treść pkt 6.5, 6.6. i 6.7 SIWZ zawierających opis sposobu spełniania ww. warunku. Przytoczył nadto postanowienia pkt 7.2.4. SIWZ co do tego, jakie oświadczenie mieli złożyć wykonawcy celem potwierdzenia warunku.

Powołując się na ww. postanowienia SIWZ odwołujący wywiódł, że w treści SIWZ, jak i w załączniku nr 2D do SIWZ zamawiający nie podał żadnych dodatkowych informacji uszczegóławiających na temat sposobu w jaki ustali czy ww. warunek jest spełniony, w szczególności zamawiający nie zażądał od wykonawców złożenia mapy Rzeczypospolitej Polskiej z oznaczeniem lokalizacji stacji (w ramach własnej sieci lub na podstawie porozumień z innymi podmiotami), a ograniczył się jedynie do oświadczenia (załącznik nr 2D do SIWZ), które miało stanowić jedyne źródło wiedzy o dysponowaniu przez wykonawcę siecią stacji paliw w której odległość pomiędzy poszczególnymi stacjami na terenie kraju wynosi w linii prostej nie więcej niż 100 km. Wykonawcy obowiązani byli polegać jedynie na ww. opisie. W szczególności w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie wskazał, że na etapie czynności badania i oceny ofert zamierza łączyć niektóre stacje w pary według przyjętego klucza i na tej podstawie oceniać odległości pomiędzy nimi. Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, jak i opis sposobu dokonywania oceny jego spełniania nie powinny budzić wątpliwości. Dla dodatkowego potwierdzenia, że odwołujący te warunki spełnia, pismem z dnia 14 października 2014 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie wskazania sposobu w jaki zamawiający będzie dokonywał oceny spełniania tego warunku. Argumentował, że zwrócił się z pytaniem do zamawiającego czy sieć stacji paliw Grupy LOTOS, której stacje wymienione są pod podanym przez niego linkiem spełnia kryteria zamawiającego. Odwołujący poprosił również o wskazanie w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny spełnienia tego kryterium. Odwołujący wywiódł, że wyjaśnienie zamawiającego ograniczyło się jednak do stwierdzenia, że: „Zamawiający wyjaśnia, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym przez Wykonawcę zgodnie z zapisami pkt 6.3.3 lit a i b będzie oceniany zgodnie z zapisami SIWZ.”. Zatem także na tym etapie postępowania, zamawiający nie oświadczył, że ponad załącznik nr 2D do SIWZ zamierza posługiwać się dodatkowymi zestawieniami stacji paliw czy mapkami a nadto, że będzie łączył w pary określone stacje według przyjętego klucza. Jak zatem z powyższego wynika zamawiający podtrzymał opisany w SIWZ ogólny, ale jednoznaczny (w ocenie odwołującego) opis sposobu dokonywania oceny spełniania sformułowanego warunku udziału w postępowaniu. użyte w zakresie pomiaru odległości

sformułowanie jest jednak jednoznaczne: stacje paliw, którymi ma dysponować dany wykonawca muszą pozostawać w odległości mniejszej niż 100 km od siebie w linii prostej. Z powyższego wyciągnąć można następujące wnioski. Dla spełnienia warunku wystarczy przedstawienie sieci stacji paliw w której żadna stacja na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie będzie w odległości w linii prostej większej niż 100 km od innej, najbliższej do niej stacji. Odległość 100 km będzie mierzona w linii prostej (promień), a nie zgodnie z przebiegiem tras dróg publicznych. Jeżeli zatem każda ze stacji usytuowana jest w takiej odległości, że od kolejnej stacji dzieli ją odległość wyznaczona promieniem mniejszym niż 100 kilometrów - warunek musi zostać uznany za spełniony. W tej sytuacji nie jest zrozumiałe na jakiej podstawie zamawiający zestawiał ze sobą w pary dane dwie stacje, wskazane w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty po czym oświadczył, że odległość pomiędzy nimi jest większa niż 100 kilometrów. Oczywistym jest, że na mapie Polski można znaleźć takie stacje paliw, które oddalone są od siebie o więcej niż 100 kilometrów, ale dotyczy to każdego wykonawcy dysponującego siecią stacji paliw, a wynika wyłącznie z faktu, że powierzchnia Rzeczypospolitej Polskiej jest na tyle duża, że istnieją miejscowości oddalone od siebie o więcej niż 100 kilometrów, zatem usytuowane w nich stacje także pozostają w takiej odległości. Nadto, ważne jest nie tylko stwierdzenie, że chodzi o odległość, ale także że chodzi o odległość w linii prostej, co wskazuje na konieczność przyjęcia mierzenia promienia o długości 100 kilometrów, a nie odległości wyznaczonej po długości, np.: dróg publicznych, czy w inny sposób. Drogi publiczne nie mają w przypadku sformułowanego warunku udziału w postępowaniu żadnego znaczenia.

Odnosząc się zatem do stacji wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, stwierdzić należy, że w promieniu mniejszym niż 100 kilometrów od każdej ze stacji, tj: od stacji Stara Łubianka <SF719>, Szczecin <SF368>, Drezdenko <SP192>, Białogard <SF744>, Lębork <SP155>, Koszalin <SP203>, Białystok <SF350>, Sejny <723>, Przedbórz <SP060>, Kraków <SF210>, Kotlin <SP108>, Nowy Tomyśl <SF752>, Gryfice <SP187> istnieje co najmniej kilka stacji usytuowanych w linii prostej w odległości (w promieniu) mniejszej niż 100 kilometrów. I tak:

1. Dla stacji Stara Łubianka <SF719> wskazać należy na stacje: SF242 Szczecinek 52,74 km, SF773 Piła 10,51 km, SP096 Budzyń 41,55 km, SP066 Oborniki Wlkp. 64,57 km, SP065 Szamotuły 68,43 km, SP192 Drezdenko 72,87 km, Białogard <SF744> 96,52 km;
2. Dla stacji Szczecin <SF368> wskazać należy na stacje: SF610 Szczecin, SP026 Szczecin, SF366 Police 23,19 km, SF800 Kołbaskowo 19,33 km, SF356 Rosówek 21,74 km, SF807 Wysoka 12,27 km, SF808 Sitno 35,51 km;
3. Dla stacji Drezdenko <SP192> wskazać należy na stacje: SP 731 Międzyrzecz 45,85 km, SF719 Stara Łubianka 72,87 km, SF773 Piła 70,09 km, SP145 Renice 60,13 km, SFF752 Nowy Tomyśl 60,72 km, SP065 Szamotuły 54,47 km;

4. Dla stacji Białogard <SF744> wskazać należy na stacje: SF318 Biesiekierz 21,54 km, SP203 Koszalin 24,52, SP120 Koszalin 25,14 km, SF242 Szczecinek 56,86 km, SF719 Stara Łubianka 96,52 km, SP187 Gryfice 53,2 km;
5. Dla stacji Lębork <SP155> wskazać należy na stacje: SF301 Reda 38,17 km, SF375 Puck 45,52 km, SF791 Chojnice 93,45 km, SF335 Złotowo 82,39 km, SP008 Dzierżążno 40,41 km, SP779 Zblewo 74,96;
6. Dla stacji Koszalin <SP203> wskazać należy na stacje: SP120 Koszalin, SF318 Biesiekierz 3,25 km, SF744 Białogard 24,52 km, SP187 Gryfice 70,97 km, SF242 Szczecinek 64,51 km;
7. Dla stacji Białystok <SF350> wskazać należy na stacje: SF279 Białystok, SF350 Białystok, SF370 Białystok, SP023 Złotorya 9,73 km, SF726 Bielsk Podlaski 42,4 km, SP085 Elk 90,88 km, SF290 Gosie Małe 51,02 km, SP186 Łomża 68,92 km;
8. Dla stacji Sejny <723> wskazać należy na stacje: SF749 Suwałki 27,6 km, SP085 Elk 74,06 km;
9. Dla stacji Przedbórz <SP060> wskazać należy na stacje: SF787 Radomsko 30,76 km, SP185 Stobiecko Szlacheckie 32,45 km, SP736 Piotrków Trybunalski 35,88 km, SF793 Mniów 46,32 km, SF605 Kielce 56,56 km, SF348 Częstochowa 58,12 km;
10. Dla stacji Kraków <SF210> wskazać należy na stacje: SF209 Kraków, SF774 Kraków, SF603 Kraków, SF276 Wieliczka 10,58 km, SP114 Pińczów 62,01 km, SP741 Bochnia 32,17 km, SF789 Libiąż 48,51 km, SF746 Jawornik 26,93 km;
11. Dla stacji Kotlin <SP108> wskazać należy na stacje: SP131 Pleszew 6,26 km, SF341 Kalisz 32,78 km, SP124 Kórnik 51,85 km, SF393 Leszno 74,97 km, SF611 Środa Wielkopolska 43,94 km, SF701 Września 44,42 km;
12. Dla stacji Nowy Tomyśl <SF752> wskazać należy na stacje: SP124 Kórnik 66,04km, SF393 Leszno 58,87 km, SF357 Brzezie 42,55 km, SP731 Międzyrzecz 39,55 km, SP718 Chełmno 24,76 km, SF219 Poznań 52,14 km;
13. Dla stacji Gryfice <SP187> wskazać należy na stacje: SP203 Koszalin 70,97 km, SF744 Białogard 53,42 km, SF318 Biesiekierz 67,87 km, SF368 Szczecin 67,78 km, SF366 Police 57,92 km, SF807 MOP Wysoka 78,28 km.

Zatem wszystkie stacje, które połączył w pary i zakwestionował zamawiający włączone są w sieć stacji paliw, która spełnia warunek zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że na etapie badania i oceny ofert zamawiający, zwrócił się do odwołującego, formalnie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, ale faktycznie - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o złożenie nowoopracowanego dokumentu. Wykonał zatem czynność nieuprawnioną, albowiem wezwał do „przedłożenia

Zamawiającemu zestawienia stacji, które wchodzi w sieć własną Wykonawcy lub są w dysponowaniu Wykonawcy na podstawie porozumień z innymi podmiotami.”. Zamawiający zażądał faktycznie nowego dokumentu w postaci zestawienia stacji, którego nie przewidywała SIWZ ani ogłoszenie o zamówieniu. Odwołujący jako podmiot profesjonalny, dysponował ww. zestawieniem, nie stanowiło dla niego problemu jego przedłożenie. Nie zmienia to jednak faktu, że żądanie złożenia zestawienia nie było uprawnione. Dodać w tym miejscu należy, że także ze względu na łatwość w wytworzeniu żądanego dokumentu oraz brak jakichkolwiek obaw o dalszy los złożonej oferty, wobec jednoznacznie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu i pewności, że odwołujący go spełnia, odwołujący nie zakwestionował w drodze postępowania odwoławczego, faktu nieuprawnionego wezwania go do przedłożenia dokumentu zbędnego dla czynności badania i oceny ofert i nieopisanego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Wobec powyższego zdziwienie budzi fakt, że na końcu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w uzasadnieniu swojej decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający wprost oświadczył, że decyzję podjął w oparciu o „zestawienie przekazane przez Wykonawcę w dniu 18.12.2014 r.”, a nie w oparciu o oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i załącznik nr 2D do SIWZ. Abstrahując od tego, że przesłanka wykluczenia nie wynika z żadnego z żądanych ostatecznie dokumentów (tj. oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, załącznika nr 2D do SIWZ ani zestawienia stacji), to jednak zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerzył katalog żądanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów o zestawienie, które ostatecznie otrzymał od odwołującego, czego nie miał prawa uczynić. W związku z faktem, że przyczyną wezwania do wyjaśnienia (uzupełnienia) dokumentów w postaci oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i załącznika nr 2D do SIWZ były: „wątpliwości, które wzbudziła (...) oferta w toku badania i oceny ofert odnośnie odległości pomiędzy poszczególnymi stacjami” dodatkowo wskazać należy, że i ta okoliczność nie mogła polegać na prawdzie. Żadnych wątpliwości nie mogły bowiem wzbudzić ogólne oświadczenia o takiej samej treści złożone przez obydwu wykonawców, tj. odwołującego i przystępującego. Oświadczenia te są na tyle ogólne (powtarzają sformułowany warunek udziału w postępowaniu), że nie poruszają w ogóle kwestii odległości pomiędzy stacjami. Ze względu zatem na powyższe naruszył także art. 7 ustawy Pzp, albowiem według różnych kryteriów badał i oceniał oferty dwóch ww. wykonawców. Dodać w tym miejscu należy, że nierówne traktowanie sprowadza się tak do nieuprawnionego rozszerzenia katalogu żądanych w toku postępowania przetargowego dokumentów, jak i wyjaśniania wątpliwości, które na podstawie dokumentów złożonych według wzorów zamawiającego powstały wyłącznie w stosunku do jednego z wykonawców. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP jest więc tym bardziej uzasadniony, gdy przypomni się zamawiającemu, że ostateczna treść SIWZ w zakresie warunków udziału w

postępowaniu została sformułowana po przeprowadzeniu dialogu technicznego, podczas którego zamawiający rozeznawał także w jaki sposób określić te warunki, aby nie były one dyskryminujące. Ze względu właśnie na fakt, że odległość pomiędzy stacjami odwołującego, wynosi w przybliżeniu 100 km - jak wskazano w notatce z dialogu technicznego przeprowadzonego z odwołującym, a spisanej dnia 23.07.2014 r., w pkt 5) protokołu dialogu technicznego, wskazano, że w celu zwiększenia konkurencji warunek dotyczący odległości pomiędzy poszczególnymi stacjami wykonawcy zostanie zwiększony do 100 km. Faktycznie jednak nie zwiększono „wskaźnika zagęszczenia stacji” a wprowadzono go jako dodatkową treść warunku, albowiem pierwotnie zaproponowany w dialogu technicznym warunek ograniczał się jedynie do pomiaru dysponowania 200 stacjami paliw na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, funkcjonującymi w systemie bezgotówkowej sprzedaży paliw z wykorzystaniem kart identyfikacyjnych, zabezpieczonych kodem PIN. Zauważenia wymaga jednak, że wobec wykluczenia z przedmiotowego postępowania odwołującego i uznania, że warunki udziału w postępowaniu spełnia tylko jedna oferta, tj. oferta przystępującego, możliwe byłoby dojście do wniosku, że postępowanie przeprowadzone zostało z rażącym naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co wynika z nieuprawnionego jej ograniczenia do jednego wykonawcy. Powyższego zarzutu jednak odwołujący nie formułuje, bowiem jest on podmiotem spełniającym warunki udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania nie mniej niż 200 stacjami paliw na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, funkcjonującymi w systemie bezgotówkowej sprzedaży paliw z wykorzystaniem kart identyfikacyjnych, zabezpieczonych kodem PIN oraz siecią stacji paliw w której odległość pomiędzy poszczególnymi stacjami na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej kraju wynosi w linii prostej nie więcej niż 100 kilometrów.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby wniósł o oddalenie odwołania. Złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, że w ocenie odwołującego dla spełnienia warunku wystarczy by w od każdej stacji w odległości nie większej niż 100 km (w linii prostej) znajdowała się sąsiednia stacja. Zamawiający ocenia taką interpretację warunku jako pomijającą istotne sformułowania SIWZ, a także jako działanie z naruszeniem art. 5 Kc podejmowane dla osiągnięcia celu jakim jest uzyskanie zamówienia z przekroczeniem granic korzystania z prawa w sposób uprawniony. Interpretacja odwołującego pomija fakt, że zwrot „w linii prostej” oznacza, że przeprowadzenie linii prostej przez dowolne dwa punkty oznaczające stacje paliw musi skutkować tym, że na tej prostej w odległości nie większej niż 100 km znajdują się stacje. Nie oznacza to wbrew temu co twierdzi odwołujący próbując przeprowadzić wnioskowanie ad absurdum, że odległość między dowolnymi stacjami nie może przekroczyć 100 km. Oznacza natomiast, że poruszając się po linii prostej i bez

konieczności „kluczenia” zawsze natrafi się na kolejny punkt (stację). Zdaniem zamawiającego, odwołujący pomija też zawarty w treści warunku wymóg by stacje stanowiły sieć, o odległościach między poszczególnymi punktami nie większej niż 100 km w linii prostej. Nie sposób więc przyjąć argumentacji odwołującego przedstawianej w odwołaniu jako abstrahującej całkowicie od pojęcia „sieci”. Definicja sieci zgodnie z PWN (<http://sjp.pwn.pl/szukaj/siec.html>) to:

1. «plecionka z nici lub sznurka służąca do łapania ryb, rzadziej do chwytania zwierząt»
2. «pułapka lub zasadzka na kogoś»
3. «o drobnych, przecinających się liniach rysujących się na czymś»
4. «zorganizowana grupa ludzi prowadzących tajną działalność»
5. «system krzyżujących się przewodów, dróg, ulic itp.»
6. «ogół placówek określonego typu obejmujących swym zasięgiem jakiś teren»,
7. «cieniutkie nitki snute przez pająki; też: rozpięta pajęczyna»

Z oczywistych przyczyn dla pojęcia użytego w określonym znaczeniu w SIWZ właściwa jest definicja wskazana w punkcie 6. Tak rozumiana sieć obrazowana jest za pomocą matematycznej teorii grafów. Teoria ta ma szerokie zastosowanie i dotyczy rozwiązywania zadań z zakresu topografii, i infrastruktury, a więc zagadnień przestrzennych do których odwołuje się pojęcie sieci użyte w SIWZ (tak np. Wilson 2000; Kulikowski 1986; Ross, Wright 2000).

W podręcznikach matematycznych (Ross, Wright, 2000) i informatycznych oraz topograficznych (Loudon 1999; Gedgewick 2003) pojęcie sieci i jej graficzne zobrazowanie służy do prowadzenia analizy przestrzennej dróg, a więc zadań analogicznych jak analiza warunku zdefiniowanego w SIWZ odnoszącego się do punktów na sieci drogowej. (Reingold i inn. 1998; Grover, 2003; Wilson 2000; Ford, Fulkerson 1969). Sieć (określana też mianem grafu) w przywołanej literaturze jest to zbiór wierzchołków połączonych krawędziami. Matematycznie sieć o N wierzchołkach i E krawędziach oznaczamy symbolem $G(N,E)$. Z matematycznego punktu widzenia (Wilson 2000 *Wprowadzenie do teorii grafów. Wydawnictwo Naukowe PWN Warszawa*) sieci są obiektami abstrakcyjnymi, opisanymi przez trójki uporządkowanych danych:

$$G = [W, K, j]$$

gdzie: W jest zbiorem węzłów, K jest przeliczalnym zbiorem krawędzi, a j jest odwzorowaniem na iloczynnie kartezjańskim w postaci przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie. Powyższe wskazuje na węzły przynależne do krawędzi, gdyż krawędzie zaczynają się i kończą w węzłach. Odwzorowanie j , zwane relacją sąsiedztwa, jest relacją symetryczną i zwrotną oznaczającą, że jeżeli jest sąsiedztwo między węzłami w_1 w_2 , to jest takie samo sąsiedztwo między w_2 w_1 , czyli: $(w_1w_2) <w_2w_1$.

Ta relacja sąsiedztwa wyznacza długość krawędzi. Krawędź - przekładając to pojęcie na realia SIWZ - to odległość w linii prostej między stacjami (węzłami). Odległość między węzłami w sieci nie oznacza więc odległości między węzłami dowolnymi lecz leżącymi na jednej krawędzi. W zarządzaniu logistycznym (*J.L. Coyle, E.J. Bardi C.J. Langley Jr. - Zarządzanie logistyczne. Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne*) również mamy do czynienia z analizą systemu na podstawie węzłów (stałych, odpowiednio rozmieszczonych wobec siebie punktów, w których towary są składowane lub przetwarzane) oraz ścieżek które tworzą sieć łączącą węzły. Bardzo istotne w logistyce są uwarunkowania przestrzenne, czyli położenie stałych elementów systemu (węzłów) w stosunku do rynków zbytu i zaopatrzenia. W logistyce te relacje przestrzenne są szczególnie ważne z punktu widzenia kosztów transportu, ponieważ koszty rosną wraz z odległością. Analogicznie musi być rozumiana dostępność do sieci stacji paliw.

W nauce (przywoływanej literaturze) powszechnie i w sposób niekwestionowany przyjmuje się że podstawowym modulem sieci jest graf o trzech wierzchołkach tworzących podstawową figurę geometryczną tj. trójkąt. Modulem sieci nie mógłby być graf o dwóch wierzchołkach lub n wierzchołkach ułożonych w jednej linii ponieważ tworzyłby strukturę liniową a nie przestrzenną - byłoby to zaprzeczeniem koncepcji sieci.

Zgodnie z warunkiem zamawiającego relacja pomiędzy węzłami w sieci została sparametryzowana na 100 km. Przyjęcie wybiórczej interpretacji przez wykonawcę relacji pomiędzy stacjami stanowiącymi jego sieć spowodowałaby że warunek zostałby spełniony przy rozmieszczeniu stacji na granicach Rzeczypospolitej zgodnie ze schematem przedstawionym w odpowiedzi. Przykład wybiórczego traktowania relacji pomiędzy węzłami sieci (stacjami) prezentowany przez wykonawcę zamawiający zamieścił w formie map w odpowiedzi na odwołanie, na których zamawiający zobrazował niektóre braki w sieci stacji paliw odwołującego.

Zamawiający argumentował, że zgodnie z zaproponowanym przez odwołującego rozwiązaniem podróży z punktu A do punktu B z zachowaniem wymaganej przez zamawiającego odległości 100 km od poszczególnych stacji musiałaby przebiegać przez punkty C i D w sposób okrężny. Przyjęcie powyższego rozwiązania leży w interesie wykonawcy u którego zamawiający będzie musiał kupować więcej paliwa żeby przejechać trasę z punktu A do punktu B. Kłóci się jednak z celowościową wykładnią warunku gdyż prowadziłoby (czego nie można rozsądnie i z dochowaniem dobrej wiary zakładać), że zamawiający gotów jest korzystać z okrężnych dróg bez zwracania uwagi na koszty i czas. Założenie to czynione przez wykonawcę abstrahuje o czym wspomniano na początku od art. 5 Kc, ale także od zasad dokonywania wykładni oświadczeń woli (w tym treści warunku) zgodnie z tym co nakazują okoliczności w których wykładnia jest dokonywana. Założenie, że zamawiający lekceważy podstawowe zasady ekonomii i prowadzenia przedsiębiorstwa

jakimi w przypadku transportu są racjonalność gospodarowania czasem i kosztami nie pozwala uznać argumentacji odwołującego także wskutek analizy celowościowej.

Zamawiający przywołał w odpowiedzi na odwołanie literaturę naukową, z której korzystał sporządzając odpowiedź na odwołanie.

W odniesieniu do zarzutu odwołującego, jakoby zamawiający dokonał oceny i odrzucenia jego oferty nie poprzez treść oświadczenia, lecz zażądany wykaz stacji paliw, a więc dokument nie żądany w SIWZ, zamawiający zaprzeczył tej tezie. Wykaz stacji paliw odwołującego znajduje się na jego stronach internetowych i wskazywał na niezgodność złożonego przez odwołującego oświadczenia o spełnianiu warunku ze stanem faktycznym. W związku z powyższym zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści tego oświadczenia i jego zgodności z faktycznie dostępnym potencjałem. Zamawiający nie mógł bowiem abstrahować w ocenie ofert od posiadanej wiedzy sprowadzając w ten sposób ocenę ofert do „formułkowego” procesu zamiast do badania faktycznej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Prośba o wyjaśnienia służyła uzyskaniu pewności czy różnice między wiedzą powszechnie dostępną o potencjale wykonawcy a jego oświadczeniem nie wynikają ze zmienionego stanu faktycznego w stosunku do prezentowanego na stronie www odwołującego. Odwołujący potwierdził jednak aktualność informacji ze stron www i tym samym zamawiający zyskał informację, że warunek nie jest spełniony.

Zamawiający nie naruszył tym samym art. 25 ustawy Pzp, gdyż nie żądał dokumentów innych niż niezbędne do oceny spełniania warunku. Oceny dokonał na podstawie informacji potwierdzonych przez odwołującego iż kształt jego sieci paliw nie odpowiada treści warunku a złożone oświadczenie w tym zakresie jest błędne.

Nie doszło też do naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Żaden przepis ustawy nie nakazuje wzywania do złożenia wyjaśnień przez wszystkich wykonawców, podczas gdy wątpliwości rodzi oferta tylko jednego z nich. Brak naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp przesądza także o braku naruszenia art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, których samoistne naruszenie w badanej sytuacji jest niemożliwe. W konsekwencji zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. w Płocku oraz Orlen Paliwa sp. z o.o. w Płocku. Złożyli pismo procesowe, w którym wnieśli o oddalenie odwołania. Przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

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

SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowanego do odwołującego z 10 grudnia 2014 r., odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 16 grudnia 2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 24 grudnia 2014 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron 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. Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona, zaś w świetle kryterium oceny ofert oferta ta była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy odrzucił tę ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej 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 paliwa dla PGNiG S.A. i dla podmiotów Grupy Kapitałowej PGNiG na lata 2015-2018, (pkt 4.1. SIWZ).

W Rozdziale 6.6.3 lit. b SIWZ zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, jakim musiał dysponować wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zastrzegł, że *Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował (w ramach własnej sieci lub na podstawie porozumień z innymi podmiotami) siecią stacji paliw w której odległość pomiędzy poszczególnymi stacjami na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej kraju wynosi w linii prostej nie więcej niż 100 km.*

SIWZ zawierała również następujące postanowienia:

- 6.5. Zamawiający dokona oceny spełniania skonkretyzowanych warunków udziału w postępowaniu w oparciu o regułę spełnia/nie spełnia.
- 6.6. Spełnianie warunków opisanych w pkt. 6.1 i 6.3 SIWZ należy potwierdzić poprzez złożenie oświadczeń oraz dokumentów, o których mowa w pkt. 7 SIWZ.
- 6.7. Z treści załączonych do oferty dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W pkt 7.2.4. SIWZ zamawiający wskazał, że w celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w pkt. 6.3 SIWZ, zamawiający żąda następujących oświadczeń i dokumentów: oświadczenia o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym - na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 2D do SIWZ.

Zgodnie ze wzorem załącznika nr 2D do SIWZ wykonawcy obowiązani byli do złożenia oświadczenia o treści: *niniejszym oświadczamy, że dysponujemy / będziemy dysponować odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia pn. Zakup paliw dla PGNiG S.A. i dla podmiotów Grupy Kapitałowej PGNiG na lata 2015-2018 to jest: (...) b) dysponujemy / będziemy dysponować (w ramach własnej sieci stacji paliw lub stacjami paliw użytkowanymi na podstawie porozumień z innymi podmiotami) siecią stacji paliw w której odległość pomiędzy poszczególnymi stacjami na terenie kraju wynosi w linii prostej nie więcej niż 100 km.*

Ustalono także, że do zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ pochodzący od odwołującego w brzmieniu: *Dotyczy SIWZ rozdział 6 ust. 6.1 pkt 6.3.3. W punkcie tym Zamawiający określa potencjał techniczny, którym powinien dysponować Oferent ażeby spełnić warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca ma wykazać iż dysponuje lub będzie dysponował nie mniej niż 200 stacjami paliw na terenie RP oraz sieć stacji, w której odległość pomiędzy poszczególnymi stacjami nie przekracza 100 km w linii prostej. Oferent zwraca się z pytaniem do Zamawiającego czy sieć stacji paliw Grupy Lotos, której stacje wymienione są pod poniższym linkiem (...) spełnia ww kryteria? Oferent prosi o wskazanie w jaki sposób Zamawiający będzie dokonywał oceny spełnienia tego kryterium.*

Na tak zadane pytanie zamawiający udzielił w dniu 29 października 2014 r. następującej odpowiedzi: *Zamawiający wyjaśnia, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym przez Wykonawcę zgodnie z zapisami pkt 6.3.3 lit a i b będzie oceniany zgodnie z zapisami SIWZ.*

Powyższe ustalono na podstawie wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ i odpowiedzi (w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli:

- 1) odwołujący, z ceną ofertową brutto w wysokości 594.407.627,51 zł,
- 2) przystępujący, z ceną ofertową brutto w wysokości 594.534.496,73 zł.

(oferty wykonawców, w dokumentacji postępowania złożonej przez zamawiającego).

Odwołujący załączył do swej oferty wypełniony załącznik nr 2D do SIWZ, w którym złożył oświadczenie, iż dysponujemy odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia pn. Zakup paliw dla PGNiG S.A. i dla podmiotów Grupy Kapitałowej PGNiG na lata 2015-2018 to jest: (...) dysponuje (w ramach własnej sieci stacji paliw lub stacjami paliw użytkowymi na podstawie porozumień z innymi podmiotami) siecią stacji paliw w której odległość pomiędzy poszczególnymi stacjami na terenie kraju wynosi w linii prostej nie więcej niż 100 km. (s. 36 oferty odwołującego).

Ustalono także, że 10 grudnia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku dysponowania potencjałem technicznym skonkretyzowanym w pkt 6.3.3. b) SIWZ. W związku z wątpliwościami, które wzbudziła oferta odwołującego odnośnie odległości pomiędzy poszczególnymi stacjami wzywa do złożenia zamawiającemu zestawienia stacji, które wchodzi w sieć własną wykonawcy lub są w dysponowaniu wykonawcy na podstawie porozumień z innymi podmiotami (wezwanie, w aktach postępowania).

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 16 grudnia 2014 r., w którym informuje, że lista stacji paliw, którymi dysponuje stanowi załącznik do tego pisma (stan na dzień 27.11.2014 oraz plan włączeń do sieci do końca grudnia 2014). Dodatkowo odwołujący załączył mapkę stacji ze stanem sieci na koniec października 2014 r. Powyższe ustalono na podstawie pisma odwołującego z 16 grudnia 2014 r. wraz z załącznikami.

W dniu 24 grudnia 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona. Zamawiający wskazał, że wyklucza odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał spełnienia warunku w zakresie potencjału technicznego opisanego w pkt 6.3.3. lit. b SIWZ. Zamawiający argumentował, że wykonawca złożył wraz z ofertą oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym. W związku z wątpliwościami, które wzbudziła oferta wykonawcy w toku badania i oceny ofert przez zamawiającego odnośnie odległości pomiędzy poszczególnymi stacjami zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia

zamawiającemu zestawienia stacji, które wchodzi w sieć własną wykonawcy lub są w dysponowaniu wykonawcy na podstawie porozumień z innymi podmiotami. Wykonawca w terminie przewidzianym w wezwaniu, tj. do 18.12.2014 r. przedstawił zamawiającemu zestawienie stacji. W toku badania i oceny ofert stwierdzono, iż odległości pomiędzy poszczególnymi stacjami w ramach sieci stacji paliw wykonawcy przewyższają wymagane przez zamawiającego 100 km w linii prostej. Powyższe dotyczy w szczególności następujących par stacji paliw wykonawcy:

L.P.	Nazwy par stacji, pomiędzy którymi odległość jest większa niż wymagane 100 km
1	Stara Łubianka <SF719> Szczecin <SF368>
2	Drezdenko <SP192> Białogard <SF744>
3	Lębork <SP155> Koszalin <SP203>
4	Białystok <SF350> Sejny <723>
5	Przedbórz <SP060> Kraków <SF210>
6	Kotlin <SP108> Nowy Tomyśl <SF752>
7	Gryfice <SP187> Stara Łubianka <SF719>

Zamawiający wskazał, że powyższe potwierdza zestawienie przekazane przez odwołującego w dniu 18 grudnia 2014 r. Tym samym wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

W ocenie Izby, w ustalonym w sprawie stanie faktycznym zachodziły przesłanki obligujące zamawiającego do wykluczenia z postępowania odwołującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.3.3. lit. b SIWZ.

Osią sporu pomiędzy stronami było interpretacja warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, jakim musiał się wykazać wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Warunek ten został opisany przez zamawiającego w pkt 6.3.3. lit. b SIWZ i wynikało z niego, że *„warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże że dysponuje lub będzie dysponował (w ramach własnej sieci lub na podstawie porozumień z innymi podmiotami) siecią stacji paliw w której odległość pomiędzy poszczególnymi stacjami na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej kraju wynosi w linii prostej nie więcej niż 100 km”*.

W ocenie Izby interpretacja powołanego warunku udziału w postępowaniu, jaką przedstawił w odwołaniu odwołujący nie okazała się prawidłowa. Odwołujący w swym odwołaniu skupił się na jednym z elementów tego warunku, to jest akcentowaniu odległości 100 km w linii prostej pomiędzy stacjami. Wywodził, że dla spełniania warunku wystarczającym jest, aby żadna stacja na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie znajdowała się w odległości w linii prostej większej niż 100 km od innej, najbliższej do niej stacji. Tymczasem z treści warunku wynikało, że należało wykazać spełnienie kilka elementów łącznie. Dostrzeżenia wymagało, że innym, lecz nie mniej istotnym elementem warunku był wymóg, aby stacje wykonawcy tworzyły „sieć”, a po drugie odnoszącą się do „terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

Zdaniem Izby, użyte przez zamawiającego w opisie warunku słowo „sieć” w odniesieniu do stacji paliw, którą miał dysponować wykonawca oznaczało, że pojęcie to nie było kategorią liniową, co zdawał się akcentować w odwołaniu odwołujący, lecz pojęciem z dziedziny topografii czy logistyki. „Sieć” to ogół placówek określonego typu, którego istotnym elementem jest to, że obejmują swym zasięgiem określony obszar. I w takim znaczeniu pojęcie to zostało przez zamawiającego użyte w opisie warunku. Dlatego dla interpretacji tego słowa, należało odrzucić proponowaną w odwołaniu wykładnię omawianego pojęcia, jako struktury liniowej, w której dla spełniania warunku wystarczałoby, w skrajnej postaci, zapewnienie stacji paliw zlokalizowanych na fragmencie kraju w strukturze liniowej np. w poprzek kraju, czy na jego granicach. Interpretacja, że wymóg odległości 100 km spełniałby taki zbiór stacji paliw, które tworzyłby strukturę liniową a nie przestrzenną - byłaby zaprzeczeniem koncepcji sieci mającej obejmować cały obszar RP. Wszak sieć pokrywać miała określony obszar, w tym przypadku zdefiniowany jako „terytorium RP”, a nie jego fragment. I dopiero dla tak zdefiniowanego pojęcia „sieć na terytorium RP” wprowadzono w warunku dodatkowe wymaganie, zgodnie z którym w ramach tej sieci odległość pomiędzy „poszczególnymi” stacjami miała wynosić nie więcej niż 100 km. Przy czym wymóg

odległości nie dotyczył dowolnych stacji na terenie kraju, lecz stacji „poszczególnych”. Słowo „poszczególne” nie zostało użyte przypadkowo, lecz biorąc pod uwagę że opisywało ono element sieci jako kategorii przestrzennej, oznaczało odległość od stacji będących węzłami sieci. W tym zakresie Izba podzieliła bogato przywołane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie poglądy literatury naukowej z dziedziny topografii, logistyki i matematyki na temat rozumienia pojęć „sieć” i „węzeł sieci”.

Do interpretacji warunku nie wносиła niczego nowego odpowiedź na wniosek odwołującego o wyjaśnienie treści SIWZ, jakiej zamawiający udzielił w dniu 29 października 2014 r. Dostrzeżenia wymagało, że pierwszy fragment zadane przez odwołującego pytania w ogóle nie stanowił wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ. Odwołujący przesłał zamawiającemu link na którym zobrazowano sieć stacji paliw, jakimi odwołujący dysponuje, z pytaniem, czy taka sieć odpowiada ona treści warunku. Tak zadane pytanie zdecydowanie wykracza poza instytucję wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ. Oznaczało bowiem de facto, że odwołujący oczekiwał od zamawiającego dokonania oceny spełniania warunku jeszcze przed złożeniem oferty. Jeżeli zaś chodzi o końcową część wniosku, to odwołujący sformułował go nazbyt ogólnie, w szczególności nie wskazując jakie konkretnie wątpliwości co do oceny sposobu warunku ma na myśli. W tej sytuacji zamawiający, którego obowiązkiem nie jest domyślanie się, jakie wątpliwości zrodziły się po stronie wykonawcy, miał prawo odpowiedzieć że warunek będzie oceniany w sposób określony w SIWZ.

Również reguły wykładni celowościowej i funkcjonalnej warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego nie prowadziły do innych wniosków. Zasadność dokonania wykładni również z zastosowaniem tych reguł wynika stąd, że zgodnie z najnowszymi poglądami teoretyków prawa, co znajduje 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 odczytania 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).

Izba stwierdziła, że celem opisanego przez zamawiającego warunku było, aby zaproponowana sieć stacji paliw umożliwiała jednostkom organizacyjnym zamawiającego podróż z punktu A do punktu B z zachowaniem wymaganej przez zamawiającego odległości 100 km od poszczególnych stacji bez konieczności nadmiernego korzystania z okръnych dróg. W pkt 2.2 SIWZ wskazano bowiem kilkanaście podmiotów z grupy kapitałowej zamawiającego, które korzystać mają z dostępu do sieci mających swe siedziby na terytorium całej Polski m.in. w Krośnie, Wrocławiu, Pile, Warszawie, Lublinie, Toruniu czy Krakowie. Trudno znaleźć inne uzasadnienie dla tak sformułowanego wymogu dotyczącego zagęszczenia sieci. Sieć, którą dysponuje odwołujący nie umożliwia realizacji przedmiotu zamówienia przy przyjęciu takiego założenia. Ukazane przez zamawiającego przykładowo w rozstrzygnięciu z 24 grudnia 2014 r. braki w strukturze sieci odwołującego uniemożliwiają oczekiwane poruszanie się pojazdami na niektórych fragmentach terytorium kraju. Zatem również reguły wykładni celowościowej interpretowanego warunku prowadzą do wniosku, że sieć, którą dysponuje odwołujący nie odpowiada treści tego warunku.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznano za niezasadny.

Odnosnie zaś zarzutu naruszenia dotyczącego wezwania do uzupełnienia dokumentu, którego nie wymagano w SIWZ, Izba stwierdziła, że zamawiający istotnie nie domagał się od wykonawców aby celem potwierdzenia warunku udziału złożyli zestawienie stacji paliw. Zgodnie z postanowieniem 7.2.4. SIWZ wykonawcy, celem potwierdzenia warunku mieli obowiązek złożyć jedynie oświadczenie. Odwołujący złożył wraz z ofertą formalnie poprawne oświadczenie. W tej sytuacji zamawiający, nawet jeżeli zasadnie powziął wątpliwości do oświadczenia odwołującego o dysponowaniu wymaganą w SIWZ siecią stacji paliw, to nie mógł ich rozwiewać wzywając wykonawcę do przedstawienia nowego, niewydanego w SIWZ, dokumentu. Zamawiający powinien zatem poprzestać na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, artykułując swe wątpliwości np. co do niepokrycia siecią fragmentu terytorium kraju i źródło swej wiedzy – choćby informacje podane na stronie internetowej odwołującego. Wezwanie zamawiającego,

obejmujące wyraźne zobowiązanie do przesłania wykazu stacji paliw, należy ocenić jako wykraczające poza katalog dokumentów, jakie należało złożyć celem wykazania warunku.

Podkreślić w tym miejscu jednak należy, że niedopuszczalność zażądania przez zamawiającego dokumentu nie wskazanego w SIWZ nie oznaczała jednak, że zamawiający dokonał błędnej oceny złożonego przez wykonawcę oświadczenia. Złożenie przez wykonawcę formalnie poprawnego oświadczenia nie zwalnia zamawiającego z obowiązku jego zbadania. Przeciwnie, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek rozwiązać wątpliwości, jakie nasuwają się w związku ze złożonymi mu dokumentami czy oświadczeniami. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ocena warunków odbywa się rzeczywiście z uwzględnieniem składanych przez wykonawców dokumentów i oświadczeń wymaganych w SIWZ, ale równocześnie z uwzględnieniem zasad wiedzy i doświadczenia zamawiającego. Dlatego zamawiający nie mając pewności spełnienia warunków przez wykonawcę powinien zastosować procedurę wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli zatem zamawiający np. na podstawie analizy stron internetowych odwołującego powziął wątpliwości co do tego, czy sieć odwołującego spełnia warunek opisany w SIWZ to miał prawo wezwania go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zdaniem Izby naruszenie ustawy Pzp, jakiego dopuścił się zamawiający wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentu, którego nie wymagano w SIWZ nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż jak stwierdzono rozstrzygnięcie zamawiającego co do wykluczenia odwołującego okazało się prawidłowe.

Izba postanowiła na podstawie art. 190 ust 6 ustawy PZP oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana P. T., pracownika odwołującego, na okoliczność przebiegu dialogu technicznego w zakresie sformułowania warunków udziału w postępowaniu, zapewnień zamawiającego w trakcie dialogu technicznego odnośnie sposobu badania warunku w trakcie późniejszego postępowania, uznając, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki. Izba uznała, że okoliczności faktyczne mające być wykazane tym dowodem są nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Nieistotnym dla rozstrzygnięcia sprawy jest bowiem ustalenie w jaki sposób zamawiający kształtował warunek udziału w postępowaniu, który następnie opisano w SIWZ. Zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają ewentualne ustne zapewnienia zamawiającego odnośnie sposobu oceny warunku, które nie zostały wyartykułowane w SIWZ. Dla rozstrzygnięcia sprawy istotna jest treść warunku, który został sformułowany w SIWZ oraz zawartość oferty odwołującego.

Z omawianych powodów przy wyrokowaniu nie uwzględniono dopuszczonych przez Izbę dowodów z dokumentów w postaci zaproszenia odwołującego do dialogu technicznego,

protokołu z przebiegu dialogu czy informacji o zakończeniu dialogu technicznego, jakie zamawiający okazał Izbie na rozprawie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła 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.

W konsekwencji, 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: