

WYROK
z dnia 8 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Ernest Klauziński
Beata Konik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę wykonawcę F. A.-Fahrzeugbau und Reifenzentrum GMBH z siedzibą w Wörgl (Austria), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Komendę Główną Policji,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. 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:

Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Komenda Główna Policji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018, poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup 8 szt. pojazdów nieoznakowanych typu lekki transporter opancerzony, w tym 2 szt. pojazdów wyposażonych w platformę szturmową”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 października 2018 r., pod nr 2018/S 194-438308.

14 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę F. A.-Fahrzeugbau und Reifenzentrum GMBH z siedzibą w Wörgl (Austria), zwanego dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu z Postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 24 grudnia 2018 r. Odwołujący zaskarżył ww. czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie sposobu, w jaki Zamawiający powinien odszyfrować przesłane przez Odwołującego oświadczenia Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia (dalej „JEDZ”);

2. art. 26 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne wezwanie Odwołującego, pismem z dnia 27 listopada 2018 r., do ponownego złożenia oświadczeń JEDZ i jednocześnie zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia złożonych oświadczeń JEDZ, lub udzielenia wyjaśnień, w sytuacji gdy Zamawiający otrzymał

wraz z ofertą Odwołującego oświadczenia JEDZ zaszyfrowane w sposób zgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), które mógł otworzyć, ocenić i względem których mógł żądać uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielenia wyjaśnień, w konsekwencji czego Zamawiający przedwcześnie uznał oświadczenia JEDZ za niekompletne, co skutkowało bezzasadnym uznaniem, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu i wykluczeniem Odwołującego z tego Postępowania;

3.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu z uwagi na rzekome niewykazanie przez Odwołującego spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, pomimo że Zamawiający dysponował informacją banku potwierdzającą, że Odwołujący ten warunek udziału w Postępowaniu spełnia;

4.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu z uwagi na rzekome niewykazanie przez Odwołującego spełniania warunku dotyczącego posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, do czego doszło w wyniku:

4.1.naruszenia art. 22a ust. 1 Pzp przez bezzasadne uznanie, że w celu potwierdzenia spełniania przez Odwołującego warunku w zakresie dotyczącym posiadania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (dalej: „Koncesja”), Odwołujący nie może polegać na koncesji posiadanej przez Fabrykę Maszyn Lubaczów sp. z o.o. (dalej „Wykonawca FML”), która została załączona do oferty Odwołującego, w sytuacji gdy warunek posiadania koncesji na prowadzenie określonego rodzaju działalności powinien być traktowany jak warunek dotyczący zdolności technicznej, co umożliwia wykonawcy poleganie w tym zakresie również na zdolnościach podmiotów wskazanych jako podwykonawcy;

4.2.naruszenia art. 22b ust. 1 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016, poz. 1126), zwanego „RodzDokR”, oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 4 Pzp przez:

–uznanie, że Odwołujący nie przedstawił żądanej przez Zamawiającego Koncesji, podczas gdy Odwołujący wymóg ten spełnił, wykazując, że jest uprawniony do prowadzenia działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia na podstawie uprawnień nabytych w państwie, w którym ma siedzibę, tj. w Republice Austrii, i przedkładając wraz z ofertą Informację z Rejestru Działalności Gospodarczej Urzędu Okręgowego Kufstein wraz z tłumaczeniem na język polski z dnia 13 sierpnia 2018 r. odpowiadające Koncesji i spełniające wymagania SIWZ,

–zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości co do posiadania przez Odwołującego wymaganych kompetencji lub uprawnień w zakresie prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, w tym posiadania Koncesji,

co skutkowało bezpodstawnym uznaniem, że Odwołujący nie posiada Koncesji i nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, a następnie wykluczeniem go z tego Postępowania;

5.art. 89 ust. 1 pkt 5 przez odrzucenie oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu, pomimo, że Odwołujący nie był wykonawcą podlegającym wykluczeniu z udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu;

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3.unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2018 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność nie jest możliwa do utrzymania w przypadku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu i odrzucenia jego oferty;

4.ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu na podstawie posiadanych przez Zamawiającego dokumentów, a gdy pozytywna weryfikacja nie będzie możliwa:

4.1.wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia oświadczenia JEDZ;

4.2.wezwania Odwołującego, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia zakresu posiadanych przez Odwołującego wymaganych kompetencji lub uprawnień w zakresie prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, w tym posiadania Koncesji;

5.powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. treści dokumentów załączonych do odwołania na, okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
2. treści innych dokumentów powołanych w odwołaniu, a znajdujących się w aktach Postępowania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
3. z oględzin pliku zawierającego zaszyfrowane dokumenty JEDZ, jaki został przesłany przez Odwołującego do Zamawiającego pocztą elektroniczną w dniu 9 listopada 2018 r., a który został załączony do niniejszego Odwołania, na okoliczność, że:
 - 3.1. możliwe jest otwarcie i odszyfrowanie pliku przesłanego Zamawiającemu przez Odwołującego pocztą elektroniczną w dniu 9 listopada 2018 r. przy wykorzystaniu hasła podanego przez Odwołującego w złożonej w Postępowaniu ofercie i przy wykorzystaniu programu Cryptainer LE;
 - 3.2. zaszyfrowany plik zawiera dokumenty JEDZ Odwołującego oraz Wykonawcy FML;przy czym Odwołujący wyjaśnia, że dowód powinien zostać przeprowadzony przez dokonanie przez Izbę czynności odszyfrowania pliku za pomocą hasła wskazanego przez Odwołującego w ofercie i z wykorzystaniem oprogramowania Cryptainer LE, które powinno zostać pobrane nieodpłatnie ze strony internetowej <https://www.cypherix.com/cryptainerle/> i zainstalowane na komputerze, który zostanie wykorzystany do przeprowadzenia dowodu. Odwołujący wskazał przy tym, że dowód taki może zostać przeprowadzony również z wykorzystaniem komputera zapewnionego na rozprawie przez Odwołującego.
4. z ostrożności procesowej, w razie uznania przez Izbę, że przeprowadzenie dowodu wskazanej w pkt 3 powyżej jest niemożliwe czy to z powodów prawnych czy faktycznych – opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność, że:
 - 4.1. możliwe jest otwarcie i odszyfrowanie pliku przesłanego Zamawiającemu przez Odwołującego pocztą elektroniczną w dniu 9 listopada 2018 r. przy wykorzystaniu hasła podanego przez Odwołującego w złożonej w Postępowaniu ofercie i przy wykorzystaniu programu Cryptainer LE;
 - 4.2. program Cryptainer LE jest możliwy do pobrania bez konieczności dokonywania jakichkolwiek opłat ze strony internetowej <https://www.cypherix.com/cryptainerle/>;
 - 4.3. zaszyfrowany plik zawiera dokumenty JEDZ Odwołującego oraz Wykonawcy FML.

W uzasadnieniu odwołania przytoczone zostały następujące okoliczności.

Pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że dokonuje czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu oraz o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty. Zamawiający wskazał, że podstawą wykluczenia Odwołującego jest art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a więc to, że Odwołujący miał nie wykazać spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był zaś art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który został wykluczony z postępowania.

Uzasadniając podjęte czynności Zamawiający wskazał, że wymagał w SIWZ spełnienia przez wykonawców dwóch warunków udziału w Postępowaniu, a mianowicie warunku odnoszącego się do kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, w postaci posiadania Koncesji oraz wymogu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w postaci posiadania przez wykonawców środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 10 mln zł.

W odniesieniu do warunku posiadania koncesji Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył wyłącznie koncesję wydaną na rzecz Wykonawcy FML, który to podmiot został jednak wskazany przez Odwołującego jako podwykonawca. Zamawiający podkreślił natomiast, że przepisy dopuszczają poleganie na zdolnościach innych podmiotów wyłącznie w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a nie jest to możliwe w odniesieniu do kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Zamawiający wyjaśnił: „Należy podkreślić, że koncesja (Wykonawcy/członka konsorcjum) musi umożliwiać wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym na terenie Polski”.

W odniesieniu do warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, Zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagał złożenia wstępnych oświadczeń w formie dokumentu JEDZ. W złożonym dokumencie JEDZ Odwołujący nie wypełnił ani sekcji, ani rubryki „Inne warunki ekonomiczne i finansowe” w sekcji B części IV formularza JEDZ i tym samym nie wykazał spełniania tego warunku. Zamawiający wskazał w końcu, że w związku z wykluczeniem Odwołującego z udziału w Postępowaniu, złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego pozostaje nieprawidłowe, albowiem Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, co Zamawiający miał możliwość i powinien był pozytywnie zweryfikować w toku Postępowania. Co za tym idzie, zaskarżone czynności Zamawiającego pozostają wadliwe i sprzeczne z Pzp, a jako

takie powinny podlegać unieważnieniu. Ponadto, ponieważ w dniu 21 grudnia 2018 r., Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert złożonej w Postępowaniu przez Odwołującego, również ta czynność powinna zostać unieważniona, albowiem w razie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i czynności odrzucenia jego oferty, wybór oferty najkorzystniejszej powinien zostać dokonany z uwzględnieniem również oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W odniesieniu do kwestii spełniania przez Odwołującego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący spełniał i spełnia ten warunek.

Wniosek Zamawiającego o niespełnieniu przez Odwołującego tego warunku Zamawiający poczynił wyłącznie w oparciu o złożony przez Odwołującego formularz JEDZ, przy czym czynności Zamawiającego związane z oceną tego dokumentu zostały przeprowadzone przez Zamawiającego wadliwie, co doprowadziło w efekcie do błędnego ustalenia przez Zamawiającego, że Odwołujący warunku tego nie spełnia.

Wyjaśnić należy, że Odwołujący przesłał do Zamawiającego dokument JEDZ po raz pierwszy w dniu 9 listopada 2018 r., zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego zasadami komunikacji, a więc pocztą elektroniczną. W dniu 27 listopada 2018 r. Zamawiający zwrócił się jednak do Odwołującego pismem, w którym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do ponownego złożenia dokumentów JEDZ dotyczących zarówno samego Odwołującego, jak i podwykonawcy, tj. Wykonawcy FML. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że „Dokument, jaki został przesłany przez Wykonawcę na adres zamowieniakgp@policja.gov.pl w dniu 9 listopada 2018 r., nie jest możliwy do odczytu/otworzenia przez Zamawiającego – format dokumentu nie jest Zamawiającemu znany”. Już w tym miejscu wskazać trzeba jednak, że przesłany przez Odwołującego plik został przygotowany w sposób prawidłowy, zgodny zarówno z Pzp i przepisami wykonawczymi do niej, jak również zgodnie z odpowiednimi w tym względzie postanowieniami SIWZ. To, że Zamawiający nie zdołał pliku w sposób prawidłowy odszyfrować wynika wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i nie może w żadnym zakresie obciążać Odwołującego.

Zgodnie z § 2 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1320) „Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo w innym dokumencie rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia środki komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wraz z wymaganiami technicznymi i organizacyjnymi wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy ich użyciu”. Jeśli chodzi o kwestię dotyczącą sposobu sporządzenia i przekazania przez wykonawców wstępnych oświadczeń w formie formularza JEDZ, Zamawiający wskazał w punkcie VII SIWZ między innymi, że „JEDZ należy przesłać w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym [...] Środkiem komunikacji elektronicznej, służącym złożeniu JEDZ przez Wykonawcę, jest poczta elektroniczna [...] Zamawiający dopuszcza w szczególności następujący format przesyłanych danych: .pdf. doc. .docx, odt. Wykonawca wypełnia JEDZ, tworząc dokument elektroniczny. Może korzystać z narzędzia ESPD lub innych dostępnych narzędzi lub oprogramowania, które umożliwiają wypełnienie JEDZ i utworzenie dokumentu elektronicznego, w szczególności w jednym z ww. formatów. Po stworzeniu lub wygenerowaniu przez Wykonawcę dokumentu elektronicznego JEDZ, wykonawca podpisuje ww. dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne – podpis elektroniczny spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie. Podpisany dokument elektroniczny JEDZ musi zostać zaszyfrowany, tj. opatrzony hasłem dostępowym, którego podanie będzie wymagane do otwarcia dokumentu. W tym celu Wykonawca może posłużyć się narzędziami oferowanymi przez oprogramowanie, w którym przygotowuje dokument oświadczenia (np. Adobe Acrobat). Wykonawca zamieszcza hasło dostępu do pliku JEDZ w treści swojej oferty, składanej w formie pisemnej. Wykonawca przesyła zamawiającemu zabezpieczony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym JEDZ na wskazany adres poczty elektronicznej w taki sposób, aby dokument ten dotarł do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert”.

Powyższe postanowienia SIWZ, w zakresie, w jakim dotyczą formatu pliku, w jakim sporządzony powinien zostać elektroniczny dokument JEDZ, a także w zakresie, w jakim dotyczą technicznych wymagań co do sposobu jego szyfrowania (opatrzenia hasłem dostępowym), zawierają jedynie pewne wytyczne dla wykonawców. Zarówno w odniesieniu do formatu pliku, jak i sposobu szyfrowania, Zamawiający posłużył się sformułowaniami dopuszczającymi wykorzystanie przez wykonawców również innych narzędzi niż te wprost przez Zamawiającego wymienione. Z tego też powodu Zamawiający powinien być liczyć się z tym, że wykonawcy mogą posłużyć się narzędziami innymi niż wymienione w SIWZ. Zamawiający powinien być również gotowy do sprostania technicznym (zwłaszcza jeśli nie są one

wygórowane) wymogom wiążącym się z odszyfrowaniem otrzymanych plików, albo co najmniej (w razie kłopotów) powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w jaki sposób takiego odszyfrowania dokonać.

Odwołujący podkreślił, że dostępna na stronie internetowej UZP instrukcja elektronicznego składania dokumentu JEDZ= potwierdza zasadniczą swobodę wykonawców w wykorzystywaniu narzędzi do szyfrowania elektronicznych dokumentów JEDZ.

Wskazano w niej m.in., że „Mając na uwadze konieczność zapewnienia integralności informacji zawartych w JEDZ oraz obowiązek nieujawniania danych zawartych w JEDZ, stworzony lub wygenerowany przez wykonawcę dokument elektroniczny JEDZ powinien zostać zaszyfrowany (opatrzone hasłem dostępowym). W tym celu wykonawca może posłużyć się narzędziami oferowanymi przez oprogramowanie, w którym przygotowuje JEDZ (np. Adobe Acrobat), lub skorzystać z dostępnych na rynku narzędzi na licencji open-source (np. AES Crypt, 7, Zip i Smart Sign) lub komercyjnych”. Instrukcja wyraźnie dopuszcza korzystanie w celu szyfrowania dokumentu JEDZ z różnych narzędzi, w tym nawet z narzędzi komercyjnych.

Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując JEDZ, które zostały przesłane Zamawiającemu w dniu 9 listopada 2018 r., w pełni zrealizował wskazane powyżej wymagania i posłużył się zarówno dopuszczalnymi formatami plików, jak i dopuszczalnymi narzędziami do ich szyfrowania. Oświadczenia JEDZ, zarówno dotyczące samego Odwołującego, jak i Wykonawcy FML, zostały sporządzone w formacie .pdf i zostały podpisane przez osobę uprawnioną do działania w imieniu Odwołującego z wykorzystaniem kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Następnie, w celu realizacji wymogu zaszyfrowania dokumentów, tj. opatrzenia ich hasłem dostępowym, Odwołujący skorzystał programu Cryptainer LE, który Odwołujący powszechnie wykorzystuje do tego rodzaju celów z uwagi na gwarantowane przez ten program wysokie bezpieczeństwo zaszyfrowanych nim informacji. Z uwagi na branżę, w jakiej Odwołujący działa, wysokie bezpieczeństwo przekazywanych elektronicznie informacji jest zwykle niezbędne i kluczowe, a wskazany program takie bezpieczeństwo zapewnia. W celu odszyfrowania dokumentów należy zainstalować program Cryptainer LE (ze strony: <https://www.cypherix.com/cryptainerle/>). Jest on dostępny dla wszystkich i w podstawowej wersji (wystarczającej do deszyfrowania) – całkowicie bezpłatny. Zaszyfrowane wskazanym programem dokumenty spełniają więc wymóg Pzp, a mianowicie ich odszyfrowanie jest możliwe z wykorzystaniem wspomnianego programu i poprzez użycie hasła wskazanego przez podmiot dokonujący szyfrowania. Hasło, które umożliwiałoby odszyfrowanie pliku i dostęp do dokumentów JEDZ w formacie pdf. zostało podane przez Odwołującego w złożonej ofercie, a więc w sposób zgodny z Pzp i SIWZ. Po użyciu programu i wpisaniu hasła możliwe jest uzyskanie dostępu do katalogu zip, w którym znajdują się m.in. pliki pdf. zawierające elektroniczne oświadczenia JEDZ Odwołującego oraz Wykonawcy FML w języku polskim oraz plik pdf. z elektronicznym oświadczeniem JEDZ Odwołującego w języku niemieckim.

Pomimo powyższego, Zamawiający nie odszyfrował przesłanego mu pliku, jak również nie zwrócił się do Odwołującego z ewentualnym pytaniem dotyczącym sposobu, w jaki plik może zostać odszyfrowany. Ograniczył się do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do ponownego złożenia dokumentów JEDZ, przyjmując jak się wydaje, że dokumenty takie w ogóle nie zostały złożone. Takie działanie było jednak działaniem wadliwym, ponieważ Zamawiający mógł i powinien być w stanie dokonać odszyfrowania plików JEDZ przesłanych mu przez Odwołującego już w dniu 9 listopada 2018 r., a z tego powodu wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie do złożenia plików JEDZ było wezwaniem przedwczesnym i nieuzasadnionym.

Nawet jednak gdyby uznać, że Zamawiający mógł mieć uzasadnione trudności z otwarciem zaszyfrowanych JEDZ, powinien on zwrócić się do Odwołującego o udzielenie mu wyjaśnień w tym zakresie.

Zauważyć trzeba przy tym, że wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów JEDZ byłoby możliwe w przedmiotowej sprawie wyłącznie w sytuacji gdyby Odwołujący w ogóle nie złożył dokumentu JEDZ, co jednak nie miało miejsca. W sytuacji gdy plik JEDZ został dostarczony, lecz Zamawiający ma trudności z jego otwarciem czy odszyfrowaniem, powinien on zwrócić się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp.

Pomimo wadliwości wezwania, w odpowiedzi na nie Odwołujący przesłał raz jeszcze do Zamawiającego oba pliki z oświadczeniami JEDZ w formacie pdf., lecz tym razem zaszyfrowane przy pomocy programu Adobe Acrobat. Zaznaczyć trzeba przy tym, że Odwołujący przesłał Zamawiającemu te same pliki, które wysłał wcześniej 9 listopada 2018 r. Dopiero te pliki Zamawiający zdołał otworzyć i odszyfrować w taki sposób, który dał mu dostęp do ich treści.

Analizując oświadczenie JEDZ dotyczące Odwołującego (ponownie) przesłane Zamawiającemu w dniu 27 listopada 2018 r. Zamawiający uznał, że nie zostało ono wypełnione w sposób prawidłowy w odniesieniu do oświadczenia Odwołującego, że spełnia on warunek udziału w Postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wypełnił sekcji a ani rubryki „Inne warunki ekonomiczne i finansowe” w sekcji B

części IV dokumentu JEDZ i tym samym nie wykazał spełniania tego warunku. Zauważyć trzeba jednak, że informacja taka przekazana została Odwołującemu dopiero w piśmie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2018 r., w którym to Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu między innymi z powodu niewykazania spełniania przez Odwołującego omawianego warunku.

Również takie działanie Zamawiającego było jednak sprzeczne z Pzp, jako że Zamawiający, przed podjęciem ewentualnej decyzji o wykluczeniu Odwołującego, powinien wezwać Odwołującego do poprawienia dokumentu JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wskazać trzeba przy tym, że dopiero w tym momencie zachodziła możliwość i konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, a więc Odwołujący powinien zostać precyzyjnie wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w takim zakresie, w jakim – zdaniem Zamawiającego – był on wypełniony nieprawidłowo. Zamawiający takiego wezwania zaniechał, czym naruszył przepisy Pzp w sposób, który niewątpliwie miał wpływ na wynik Postępowania, gdyż w razie dokonania wezwania Odwołujący mógłby uzupełnić oświadczenia objęte JEDZ, co skutkowałoby brakiem możliwości wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał również, że wadliwość czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w Postępowaniu wynika także z faktu, że podejmując decyzję o wykluczeniu z uwagi na rzekome niewykazanie spełniania omawianego warunku Zamawiający był w dyspozycji zgodnego z wymaganiami SIWZ dokumentu, który jednoznacznie potwierdzał, że Odwołujący warunek ten spełnia. Odwołujący, już wraz z ofertą, złożył w Postępowaniu informację sporządzoną przez UniCredit Bank Austria AG w dniu 8 listopada 2018 r. wraz z jej tłumaczeniem na język polski, z której wynika, że Odwołujący posiada zdolność kredytową na poziomie co najmniej 10 mln zł. W przywołanej informacji wskazano m.in.: „Potwierdzamy; że w momencie wystawiania niniejszego pisma zdolność kredytowa firmy F. A. Fahrzeugbau und Reifenzentrum GmbH wynosi przynajmniej 10 mln złotych”. Informacja ta była zgodna z wymaganiami SIWZ w zakresie wskazania dokumentów, których Zamawiający oczekiwał w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców tego warunku. Okoliczność, że na tym etapie Postępowania, w związku z prowadzeniem Postępowania w procedurze odwróconej, Odwołujący nie był jeszcze zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie oznacza, że Zamawiający mógł dokumenty te pominąć, a wynikające z nich informacje korzystne dla Odwołującego uznać za nieistniejące.

Pamiętać należy również, że JEDZ zawiera jedynie wstępne, własne oświadczenia wykonawcy, które następnie powinny być przez niego potwierdzone poprzez przedłożenie na wezwanie zamawiającego odpowiednich dokumentów, w tym przypadku informacji wystawionej przez bank. To oznacza, że Zamawiający dysponował dokumentem dalej idącym, który potwierdzać miał (i rzeczywiście potwierdzał) spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu. Jakkolwiek więc złożenie przez wykonawcę prawidłowo sporządzonego JEDZ jest niewątpliwie jego obowiązkiem, o tyle trudno zgodzić się z sytuacją gdy wykonawca zostaje wykluczony z udziału w Postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w Postępowaniu z uwagi na niezłożenie odpowiedniego oświadczenia w dokumencie JEDZ, w sytuacji gdy Zamawiający dysponuje jednocześnie dokumentem, który spełnianie warunku potwierdza.

Na zakończenie Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp umożliwia wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który „nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu”, a nie tego, który „nieprawidłowo wypełnił dokument JEDZ”. Również z tej przyczyny działanie Zamawiającego uznać należy za przejaw złe rozumianego formalizmu, który prowadzi do wykluczenia z Postępowania wykonawcy spełniającego warunki i zdolnego do wykonania zamówienia.

W odniesieniu do kwestii spełniania przez Odwołującego warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej objętej przedmiotem zamówienia, Odwołujący wskazał, że warunek ten spełnia, jak również spełniał go w czasie właściwym dla dokonywania przez Zamawiającego takiej oceny.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający wskazał, że w zakresie warunku polegającego na posiadaniu kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia będzie wymagał Koncesji. Zdaniem Odwołującego, weryfikacja spełniania przez wykonawców tego warunku powinna być jednak realizowana z uwzględnieniem specyfiki, jaka może odnosić się do podmiotów zagranicznych, zwłaszcza z krajów członkowskich Unii Europejskiej, a więc takich, które korzystają z zapewnionej Traktatem o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej swobody przedsiębiorczości w ramach terytorium Unii. Zamawiający powinien rozważyć więc, czy wykonawcy tacy, w tym Odwołujący, są uprawnieni do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia pomimo, iż nie posiadają oni polskiej koncesji, w szczególności czy uprawnienie takie nie wynika z faktu, że są oni uprawnieni do prowadzenia takiego rodzaju działalności w państwie, w którym mają siedzibę, co uprawniałoby ich do wykonywania jej również w Polsce.

Zamawiający zaniechał prowadzenia tego typu ustaleń, co jest o tyle istotne, że Odwołujący jest uprawniony do prowadzenia działalności w zakresie wytwarzania, obróbki i naprawy broni wojskowej i amunicji wojskowej z ograniczeniem do wytwarzania opancerzonych pojazdów mechanicznych, co daje Odwołującemu również prawo do sprzedaży wytworzonych przez siebie pojazdów. Uprawnienie takie zostało wskazane w Informacji z Rejestru Działalności Gospodarczej Urzędu Okręgowego Kufstein, która wraz z tłumaczeniem na język polski została załączona do oferty Odwołującego. Odwołujący wskazuje przy tym, że aby uzyskać tego rodzaju wpis do rejestru uprawniający do realizacji opisanej w nim działalności konieczne jest poddanie spółki pozytywnie zakończonemu audytowi realizowanemu przez wojsko i policję. W ramach audytu weryfikowana jest zarówno sama spółka (pod względem prawnym oraz technicznym), jak również osoby nią zarządzające. Dodatkowo każdego roku przeprowadzane są również wizyty sprawdzające, które muszą potwierdzić, że spółka w dalszym ciągu spełnia wymagania. Taka procedura gwarantuje, że dany podmiot jest w stanie w sposób bezpieczny i profesjonalny realizować działalność w branży produktów dla wojska i policji.

Zdaniem Odwołującego, po dokonaniu oceny z uwzględnieniem powyższej specyfiki, Zamawiający powinien uznać, że uprawnienie Odwołującego do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia w Republice Austrii będącej członkiem Unii Europejskiej, pozostaje wystarczające do uznania, że Odwołujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień. Przedstawiając dokumenty inkorporujące takie uprawnienia, stanowiące zarówno *de facto* jak i *de iure* wymaganą przez Zamawiającego Koncesję, Odwołujący wykazał spełnienie wymogu udziału w Postępowaniu. Jeżeli zaś Zamawiający nie miał z jakichkolwiek powodów jasności co do posiadania przez Odwołującego takich uprawnień lub co do ich faktycznego czy normatywnego źródła, albo jeśli miał wątpliwości co do przedstawionych przez Odwołującego informacji z austriackich rejestrów działalności gospodarczej, powinien czy to w trybie art. 26 ust. 4, czy art. 87 ust. 1 Pzp, wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, lecz jedynie o wskazanie, czy w zakresie dotyczącym spełniania warunku kompetencji lub uprawnień polega na koncesji podwykonawcy, a więc Wykonawcy FML. W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że „F. A. Fahrzeugbau und Reifenzentrum GmbH posiada niezbędne kompetencje udokumentowane na stronach 169-190 w załączniku numer 1 do złożonej oferty. Tym samym, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku Dz. U z dn. 27 lipca 2016 r. poz. 1126 w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i treścią §2.1. pkt. 1 tego rozporządzenia Wykonawca w tym przypadku F. A. Fahrzeugbau und Reifenzentrum GmbH posiada niezbędne koncesje, zezwolenia, licencje i jest wpisany do rejestrów handlowych prowadzonych w Austrii czyli na terenie jego siedziby w państwie członkowskim Unii Europejskiej”. Pomimo takich wyjaśnień, Zamawiający nie podjął dalszych działań mających na celu uzyskanie informacji o uprawnieniach Odwołującego i wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu, co wobec spełniania przez Odwołującego omawianego warunku udziału, należy uznać za działanie naruszające art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W celu uniknięcia wątpliwości Odwołujący wskazał przy tym, że zarzutu powyższego nie traktuje jako zarzutu wobec treści SIWZ, lecz wobec przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny spełniania sformułowanego w niej warunku udziału w Postępowaniu.

O ile bowiem Odwołujący nie kwestionuje samego faktu wymagania przez Zamawiającego, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia na dostawę pojazdów o przeznaczeniu policyjnym posiadali odpowiednie uprawnienia do prowadzenia działalności w tym zakresie, to jednak weryfikacja spełniania przez wykonawców tego warunku powinna odbywać się przy zachowaniu wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz przy uwzględnieniu, że przedsiębiorcy zagraniczni z krajów Unii Europejskiej, uprawnieni wszak w pełni do ubiegania się o udzielenie im zamówienia publicznego w Polsce, mogą być uprawnieni do prowadzenia danego rodzaju działalności objętej przedmiotem zamówienia na podstawie innej niż koncesja wydana przez polski organ koncesyjny i uprawnienia takie stanowią Koncesję wymaganą przez Zamawiającego.

Niezależnie od tego, Odwołujący nie zgodził się z zapatrywaniem, że nie może polegać na koncesji posiadanej przez Wykonawcę FML. Za trafny należy uznać pogląd, że posiadanie określonego rodzaju pozwolenia czy koncesji wydawanej przedsiębiorcom należy traktować jako potencjał techniczny podobnie jak uprawnienia i kwalifikacje osób fizycznych, a co za tym idzie Odwołujący powinien mieć możliwość polegania w tym zakresie na koncesji posiadanej przez Wykonawcę FML.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien był uznać, że Odwołujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu odnoszący się do kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia.

Ponieważ czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu była sprzeczna z Pzp, brak było również podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W kwestii otrzymanego pliku zawierającego oświadczenia JEDZ podtrzymał stanowisko o nieznanym formacie pliku (Odwołujący przyznał na rozprawie, że w wyniku użycia oprogramowania szyfrującego zaszyfrowanemu plikowi nadawane jest swoiste rozszerzenie). Dodał, że o sposobie jego odszyfrowania dowiedział się dopiero z treści odwołania oraz że Odwołujący nie kwestionował zasadności wezwania go w tych okolicznościach do uzupełnienia oświadczeń. W konsekwencji stwierdził, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp jest spóźniony, jako że Odwołujący otrzymał wezwanie 27 listopada 2018 r.

W kwestii warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający podał, że Odwołujący – wbrew pouczeniu wynikającemu z Rozdziału VII ust. 1 pkt 1.1 SIWZ – nie wypełnił sekcji JEDZ. Podkreślił, że załączona do oferty Odwołującego opinia bankowa nie zastępuje oświadczenia o spełnianiu wspomnianego warunku udziału w Postępowaniu, które powinno zostać złożone w formie JEDZ.

W zakresie warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności – wymogu posiadania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym, Zamawiający stwierdził, że treść tego warunku, przez odesłanie do konkretnego dziennika ustaw, referowała do 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 2018 r., poz. 2037 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że obowiązkiem Odwołującego było posiadanie koncesji oraz, że przepis art. 22a Pzp nie przewiduje możliwości udostępniania takiego potencjału przez podmiot trzeci.

Na rozprawie Strony podtrzymały przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

- 1.SIWZ;
- 2.oferty Odwołującego;
- 3.koncesji nr B-060/2018 z 29 czerwca 2018 r. wydanej na rzecz Wykonawcy FML;
- 4.informacji z rejestru działalności gospodarczej dotyczącej Odwołującego, wydanej przez Urząd Okręgowy Kufstein (str. 173-175 oferty), wraz z tłumaczeniem na j. polski;
- 5.opinii bankowej z 8 listopada 2018 r. wydanej Odwołującemu przez Bank Austria wraz z tłumaczeniem na j. polski;
- 6.wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń JEDZ z 27 listopada 2018 r.;
- 7.odpowiedzi Odwołującego na ww. wezwanie (pismo z 28 listopada 2018 r.)
wraz z oświadczeniami JEDZ;
- 8.wezwania Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów z 3 grudnia 2018 r.;
- 9.odpowiedzi Odwołującego na ww. wezwanie (pismo z 6 grudnia 2018 r.);
- 10.zawiadomienia Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania (pismo z 14 grudnia 2018 r.).

Na podstawie ww. dokumentów skład orzekający stwierdził, że wynikający z nich stan faktyczny pokrywa się z opisem okoliczności sprawy zawartym w uzasadnieniu odwołania i nie wymaga uzupełnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu z następujących przyczyn.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia sposobu odszyfrowania pliku zawierającego przesłane przez Odwołującego oświadczenia JEDZ. Podkreślenia wymaga, że przywołana regulacja dotyczy treści oferty, pod którym to pojęciem Izba rozumie postanowienia charakteryzujące zobowiązanie wykonawcy. Ponadto, nie sposób nie zauważyć, że w przedmiotowej sprawie, wobec braku po stronie Zamawiającego wiedzy co do sposobu odszyfrowania pliku zawierającego oświadczenia, trudno jest w ogóle mówić o jakiegokolwiek treści, która miałaby podlegać wyjaśnieniu. Z treścią oświadczeń Zamawiający mógłby zapoznać się dopiero po odszyfrowaniu otrzymanego pliku.

Zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp był spóźniony, wobec czego również nie mógł zostać uwzględniony. Stanowisko Odwołującego będące uzasadnieniem tego zarzutu sprowadzało się do kwestionowania zasadności czynności, którą Zamawiający podjął 27 listopada 2018 r. W konsekwencji stwierdzić należało, że Odwołujący – wnosząc odwołanie 24 grudnia 2018 r. – nie mógł skutecznie podnosić takiego zarzutu, bowiem termin na zaskarżenie wezwania upłynął. Dodatkowo, argumentacja Odwołującego jest o tyle niezrozumiała, że Odwołujący nie tylko nie próbował we właściwym czasie podważyć czynności wezwania, ale zastosował się wprost do jego treści, ponownie składając Zamawiającemu oświadczenia JEDZ w postaci pliku zaszyfrowanego przy użyciu innego niż uprzednio oprogramowania.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zakresie dotyczącym warunku posiadania kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności (*ad casum* – opisanej we wcześniejszej części uzasadnienia koncesji).

Przedstawiona w odwołaniu argumentacja całkowicie pomija okoliczność, że treść wzmiankowanego warunku wyraźnie referowała do koncesji uregulowanej przepisami Ustawy, czego żaden z wykonawców nie kwestionował w drodze środków ochrony prawnej.

Przepisy Ustawy regulują zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej m.in. w zakresie wytwarzania i obrotu (w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 Ustawy, zgodnie z którym obrotem jest „działalność handlowa [...] wykonywana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”) wyrobami i technologią o przeznaczeniu policyjnym (art. 1), uzależniając prowadzenie takiej działalności od spełnienia warunków określonych w Ustawie (art. 2). W art. 6 ust. 1 Ustawy podkreślono, że wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami o przeznaczeniu policyjnym (pkt 1) oraz obrotu technologią o takim przeznaczeniu (pkt 2), co do zasady wymaga uzyskania koncesji. Dalsza analiza przepisów Ustawy prowadzi do wniosku, że o koncesję mogą ubiegać się osoby fizyczne, w tym obywatele innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej (art. 8 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret drugie Ustawy) oraz przedsiębiorcy inni niż osoby fizyczne, jeżeli co najmniej dwie osoby będące członkami organu zarządzającego przedsiębiorstwa albo członkiem organu zarządzającego przedsiębiorstwa i ustanowiony przez ten organ do kierowania działalnością określoną w koncesji prokurent lub pełnomocnik spełniają m.in. warunek określony powyżej (art. 8 ust. 1 pkt 2 Ustawy). Z powyższego wnioskować należy, że Odwołujący mógł wnioskować o wydanie koncesji i w związku z tym poddać się procedurze przewidzianej w Ustawie.

Ergo zarzucane Zamawiającemu naruszenie art. 22b ust. 1 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 RodzDokR, mające wyrażać się zaniechaniem: (1) uznania za potwierdzający spełnianie warunku dokument uprawniający do wykonywania działalności regulowanej w kraju siedziby Odwołującego, (2) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ewentualnych wątpliwości w zakresie spełniania przez Odwołującego tego warunku, nie było uzasadnione. Niewątpliwie złożony przez Odwołującego dokument wydany przez Urząd Okręgowy w Kufstein nie jest koncesją wydaną na podstawie przepisów Ustawy (sam Odwołujący określa go jedynie mianem dokumentu odpowiadającego koncesji – zob. odwołanie, str. 3), a Odwołujący – poza twierdzeniem o spełnianiu przez ten dokument wymogów SIWZ – nie tylko okoliczności tej nie udowodnił, ale również nie przedstawił rzeczowych argumentów uzasadniających taki wniosek. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego koncentrowały się na ogólnikowym wskazaniu na swobodę przedsiębiorczości w ramach Unii Europejskiej i na obowiązek rozważenia przez Zamawiającego, czy pomimo nie posiadania przez Odwołującego koncesji, o której mowa w Ustawie, nie należałoby uznać za wystarczające uprawnień posiadanych w kraju jego siedziby. Rozważanie tych kwestii, chociażby w ramach wspomnianego powyżej wezwania do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości na gruncie posiadania przez Odwołującego uprawnień, było jednak zbędne, z uwagi na jednoznaczne brzmienie warunku i przywołanych przepisów Ustawy. Odwołujący został *nota bene* wezwany do wyjaśnienia sposobu wykazania spełniania przedmiotowego warunku (pismo z 3 grudnia 2018 r.). Udzielona przez Odwołującego odpowiedź (pismo z 6 grudnia 2018 r.), przez odwołanie się do koncesji posiadanej przez Wykonawcę FML (podwykonawca Odwołującego), potwierdza, że nie posiada on wymaganej treścią warunku udziału w Postępowaniu koncesji. Brak koncesji został również przyznany w treści odwołania (str. 13-14).

Chybione było również twierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 22a ust. 1 Pzp przez zanegowanie możliwości udostępnienia Odwołującemu posiadanego przez Wykonawcę FML zasobu w postaci wspomnianej koncesji. Z ust. 1 komentowanego przepisu wynika bowiem dopuszczony przez ustawodawcę zakres powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, w którym nie ujęto kompetencji/uprawnień do wykonywania określonej działalności. Forsowana przez Odwołującego argumentacja była zatem *contra legem*. Niezależnie od tego nie sposób wyobrazić sobie realności udostępnienia takiego zasobu przez wykonawcę, który – zgodnie z oświadczeniem z pkt 10 oferty Odwołującego – miał zajmować się jedynie serwisem, szkoleniem i instalacją końcowych elementów w pojazdach stanowiących przedmiot zamówienia.

Uzasadnione były natomiast zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp (w części obejmującej warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Odwołanie nie mogło jednak zostać na ich podstawie uwzględnione z uwagi na stwierdzony przez Izbę brak wpływu tych uchybień na wynik Postępowania (por. art. 192 ust. 2 Pzp).

W kwestii pierwszego z zarzutów skład orzekający uznał stanowisko Zamawiającego za skrajnie formalistyczne. Jakkolwiek Zamawiający nie dysponował oświadczeniem Odwołującego o spełnianiu tego warunku w formie JEDZ, tym niemniej dysponował załączoną przez Odwołującego do oferty informacją banku o zdolności kredytowej na kwotę przenoszącą wartość wskazaną w treści warunku. W konsekwencji twierdzenie o nie wykazaniu spełniania tego warunku i wykluczanie Odwołującego na tej podstawie było niezasadne.

W zakresie drugiego z omawianych zarzutów skład orzekający podkreśla, że art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy postępowań prowadzonych w trybach dwuetapowych i obejmuje przypadki, w których wykonawca nie zakwalifikowany do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. Tym samym ww. regulacja nie znajduje zastosowania w tej sprawie, jako że Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z postępowania rodzi skutek z art. 24 ust. 4 Pzp, tj. uznania oferty takiego podmiotu za odrzuconą.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018, poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:.....

Członkowie:
.....