Sygn. akt KIO 1181/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska
Danuta Dziubińska
Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę MAN TRUCK & BUS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Wolicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego GLOMEX MS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Złotnikach

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako: 1) w części dotyczącej Rozdziału XV ust. 1.3 SWZ oraz Rozdziału XI ust. 25 OPZ; 2), 3) i 4)

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę MAN TRUCK & BUS POLSKA SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wolicy i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MAN TRUCK & BUS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wolicy tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

3.2.zasądza od wykonawcy MAN TRUCK & BUS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚ siedzibą w Wolicy na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……
……
……

Sygn. akt KIO 1181/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający – Skarb Państwa – 2. Regionalna Baza Logistyczna w Warszawieprowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia – małej ładowności w latach 2024-2025", nr referencyjny: D/06/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wdniu 19 stycznia 2024 r. pod numerem: 00038826-2024.

W postępowaniu tym wykonawca MAN TRUCK & BUS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wolicy (dalej „Odwołujący") w dniu 11 marca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1)czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. (dalej jako: "GLOMEX") pomimo tego, *że* oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5), 7) oraz pkt 14) ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia;

2)zaniechania czynności odrzucenia oferty GLOMEX z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem II pkt 4) Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: "OPZ") oraz § 5 ust. 3 wzoru umowy, Rozdziałem XV pkt 1.3 SWZ oraz Rozdziałem XI ust. 25 OPZ;

3)zaniechania czynności odrzucenia oferty GLOMEX z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp pomimo tego, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j.; dalej jako: "uznk");

4)zaniechania czynności odrzucenia oferty GLOMEX z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp pomimo tego, że GLOMEX wniósł wadium w sposób nieprawidłowy;

5)ewentualnie czynności polegającej na przyznaniu ofercie GLOMEX w ramach kryterium "dodatkowa moc silnika (Ms)" 7,83 punkty, pomimo tego, że oferta GLOMEX powinna otrzymać 0 punktów;

6)zaniechania czynności prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GLOMEX z Postępowania pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem II pkt 4) OPZ, oraz § 5 ust. 3 wzoru umowy, Rozdziałem XV pkt 1.3 SWZ oraz Rozdziałem XI ust. 25 OPZ;

2)art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GLOMEX z Postępowania pomimo tego, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk;

3)art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GLOMEX z Postępowania pomimo tego, że GLOMEX wniósł wadium w sposób nieprawidłowy;

4)ewentualnie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznaniu ofercie GLOMEX w ramach kryterium "dodatkowa moc silnika (Ms)" 7,83 punkty, kiedy to oferta GLOMEX powinna otrzymać 0 punktów.

5)art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty GLOMEX;

2)dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

3)odrzucenie oferty GLOMEX na podstawie art. 226 ust. 5), 7) oraz 14) ustawy Pzp;

4)ewentualnie przyznanie ofercie GLOMEX w ramach kryterium *"dodatkowa moc silnika (Ms)"* 0 punktów;

5)przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

W ocenie Odwołującego, oferta GLOMEX jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania samochodów przystosowanych do ewentualnego zasilania paliwem turbinowym F-34. GLOMEX przedłożeniem oferty w Postępowaniu nie przedstawił do uzgodnienia jednostce Zamawiającego zaleceń producenta (uzgodnienie zostało wydane dla blankietowych zaleceń). Co więcej GLOMEX nie będzie w stanie zapewnić gwarancji producenta na dostarczone auta.

Odwołujący przytoczył treść postanowienia Rozdziału II pkt 4 OPZ wskazując, że oferowane pojazdy musza być przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem F-34 zgodnym z normą *"NO-91-A258-2:2018.* Wymóg ten wynika z międzynarodowych przepisów o koncepcji jednolitego paliwa w wojskach lądowych. Paliwo lotnicze F-34 jest przeznaczone do napędu turbinowych silników lotniczych stosowanych w lotnictwie wojskowym.

Odwołujący przytoczył treść postanowienia Rozdziału II X ust. 1 OPZ.

Odwołujący wskazał, że silniki wysokoprężne (inaczej silnik diesel) nie są "fabrycznie" przeznaczone do zasilania ich paliwem turbinowy F-34. Dlatego też Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania pojazdów, które są jedynie przystosowane do ewentualnego zastosowania tego rodzaju paliwa.

Odwołujący wskazał, że każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu był obowiązany przed złożeniem oferty:

a)uzgodnić z producentem samochodów możliwość zastosowania paliwa F-34 w oferowanych samochodach (jeśli wykonawca nie jest producentem pojazdów); oraz

b)ustalić z producentem zalecenia dla Zamawiającego w jaki sposób stosować paliwo F 34 w pojazdach *("instrukcję obsługiwania lub użytkowania pojazdu").* Zalecenia zazwyczaj obejmuje konieczność wykonania modyfikacji układu zasilania lub stosowania paliwa F-34 zgodnie z konkretną procedurą danego producenta. Paliwo F 34 nie pozostaje obojętne na działanie samochodu, stąd zalecenia producentów często obejmują również dodatkowe wymagania związane z eksploatacją, serwisowaniem czy konserwacją pojazdu.

Co więcej wykonawca jest zobowiązany zapewnić, że producent udzieli gwarancji na dostarczane auta. Odwołujący przytoczył treść § 5 ust. 3 wzoru umowy.

GLOMEX w ofercie zaoferował dostawę pojazdu Ford Trend Transit. GLOMEX nie jest producentem oferowanych samochodów, jak również ich autoryzowanym dealerem (co wynika wprost z treści Wyjaśnień).

Silniki FORD Trend Transit nie są zasilane paliwem turbinowym F-34. Zgodnie z zaleceniami producenta ten model FORD powinien być zasilany paliwem spełniającym normę EN 590. W instrukcji obsługi pojazdu wskazano, że producent nie ponosi odpowiedzialności za działanie samochodów i ewentualne uszkodzenia w przypadku niestosowania

się do powyższych zaleceń.

GLOMEX oświadczył w ofercie, że dostarczane przez niego pojazdy są dostosowane do ewentualnego zastosowania paliwa F-34. W Załączniku nr 3 do oferty pn. *"Oświadczenie Wykonawcy"* wskazano następującą procedurę stosowania paliwa:

„Przed wlaniem paliwa F-34 do zbiornika pojazdu należy wykonać następujące czynności:

- wlać do jakiegokolwiek zbiornika określoną ilość paliwa F-34;

- do paliwa F-34 dodać oleju silnikowego SAE 0W/30 w ilości od 1% (objętościowo) w stosunku do paliwa;

- do paliwa F-34 dodać preparat zwiększający liczbę cetanową w stosunku określonym przez producenta preparatu;

- dodany olej i preparat wymieszać razem z paliwem F-34;

- wlać do zbiornika pojazdu.

UWAGA: Stosowanie paliwa F-34 spowoduje spadek mocy silnika, około 15%, co jest zjawiskiem normalnym.

UWAGA: Po przebyciu 2000 km na paliwie F-34 należy przeprowadzić wymianę filtrów paliwowych, uszczelek oraz wymienić olej silnikowy wraz z filtrami."

Procedura ta została uzgodniona przez jednostkę Zamawiającego przed złożeniem przez GLOMEX oferty w Postępowaniu. Powyższa okoliczność w ocenie GLOMEX stanowi koronny argument przemawiający za tym, że złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

GLOMEX w Wyjaśnieniach zadeklarował również zapewnienie gwarancji producenckiej na dostarczane auta (niemniej jednak nie przestawił w tym zakresie żadnego dowodu, jak również nie dołączył żadnych dowodów w tym zakresie).

Potwierdzeniem argumentów podnoszonych w Wyjaśnieniach miał być fakt, że GLOMEX wcześniej realizował na rzecz Zamawiającego dostawy samochodów, a Zamawiający nie czynił zastrzeżeń co do jakości wykonywanego zamówienia.

W ocenie Odwołującego stanowisko GLOMEX nie zasługuje na aprobatę.

Po pierwsze, zgodnie z deklaracją zawartą w Wyjaśnieniach, GLOMEX zamierza dostarczyć model FORD Transit o mocy silnika 165 KM. Ten model FORD o takim silniku będzie dostępny w sprzedaży dopiero od połowy 2024 r. Oznacza to, że dla tego konkretnego modelu pojazdu nigdy wcześniej nie przetestowano, czy istnieje możliwość zastosowania paliwa F-34 i w jaki sposób będzie ono oddziaływać na silniki o takiej mocy. GLOMEX był zatem zobowiązany ustalić z producentem możliwość zastosowania paliwa F-34 w pojazdach oraz określić instrukcję jego zastosowania. Instrukcja przedstawiona na potrzeby dokonania uzgodnienia procedury, o której mowa powyżej, ma charakter ogólny i blankietowy. Instrukcja ta nie jest *"zaleceniem producenta",* ale zaproponowanym samodzielnie przez GLOMEX sposobem wykorzystania paliwa F-34 (być może w innych pojazdach oferowanych przez GLOMEX wewcześniej realizowanych zamówieniach).

Wszelkie oświadczenia GLOMEX jakoby rzekomo takie uzgodnienie otrzymał są nieprawdziwe i mają jedynie na celu wzbudzenie błędnego przeświadczenia, że dopełnił wszystkich wymaganych przez Zamawiającego formalności.

Po drugie, w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której dwóch wykonawców, zarówno GLOMEX, jak i DEMARKO, zaoferowali dostawę tych samych samochodów marki FORD Trend Transit. Zadziwiające jest jednakże to, że każdy z tych wykonawców przedstawił inne zalecenia producenckie zastosowania paliwa F-34.

DEMARKO, w przeciwieństwie do GLOMEX, w uzgodnieniu wskazało, że zaleceniem producenta jest stosowanie paliwa o normie N590 (co jest zgodne z dołączoną do odwołania instrukcją obsługi).

W uzgodnieniu DEMARKO powołało się na konkretne modele silnika, w których można jedynie zastosować paliwo F-34. Jeśli GLOMEX oferuje dostawę silników niedostępnych wcześniej na rynku pojawia się pytanie, czy ten model silnika jest przystosowany do stosowania paliwa F34? W ocenie Odwołującego GLOMEX przed złożeniem oferty w Postępowaniu nie zweryfikował tej okoliczności.

W ocenie Odwołującego GLOMEX nie uzyskał uzgodnienia zastosowania paliwa F-34 dla oferowanego modelu samochodu. Zalecenia przekazane do uzgodnienia mają charakter blankietowy oraz są sprzeczne ze sposobem wykonania zamówienia, jaki GLOMEX deklaruje w Wyjaśnieniach. Zastosowanie paliwa F-34 w modelu FORD Trend Transit w sposób określony w zaleceniach GLOMEX spowoduje natomiast utratę gwarancji producenta samochodu. Oferta GLOMEX jest zatem sprzeczna z pkt II ust. 4) OPZ oraz § 5 ust. 3 wzoru umowy.

W złożonej pismem z 22 kwietnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Jak wynika z treści odwołania, stanowisko Odwołującego, że Glomex nie przedstawił wymaganego w postępowaniu uzgodnienia zastosowania paliwa F-34 w oferowanych przez niego samochodach wynika z twierdzenia, że Glomex nie jest producentem oferowanych samochodów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że na gruncie SWZ Postępowania, jak również w PZP nie została sformułowana

definicja Producenta. Termin producent nie jest terminem jednoznacznym. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, „Producent – ten kto coś produkuje, wytwórca" 1. Producentem nie może być zatem „koncern", gdyż pod tym pojęciem należy rozumieć „zjednoczenie przedsiębiorstw o odrębnej osobowości prawnej".
Jednocześnie należy wskazać, że ustawa z dnia 14 kwietnia 2023 r. o systemach homologacji pojazdów oraz ich wyposażenia (Dz.U. z 2023 r. poz. 919) w 2 ust. 1 pkt 3 w zakresie definicji producenta odsyła do definicji zawartej w rozporządzeniach europejskich, m.in. rozporządzenia 168/2013 oraz rozporządzenia 2018/858.
Zgodnie z treścią art. 3 pkt 40 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającym dyrektywę 2007/46/WE. „producent" oznacza osobę fizyczną lub prawną, która jest odpowiedzialna za wszystkie aspekty homologacji typu pojazdu, układu, komponentu lub oddzielnego zespołu technicznego, lub indywidualnego dopuszczenia pojazdu lub procedurę uzyskiwania zezwoleń dla części i wyposażenia, za zapewnienie zgodności produkcji oraz za kwestie dotyczące nadzoru rynku w odniesieniu do tych wyprodukowanych pojazdów, układów, komponentów, oddzielnych zespołów technicznych, części i wyposażenia, bez względu na to. czy osoba ta bezpośrednio uczestniczy we wszystkich etapach projektowania i budowy tych pojazdów, układów, komponentów lub oddzielnych zespołów technicznych".
Podobnie pojęcie producenta definiuje art. 3 pkt 47 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 168/2013 z dnia 15 stycznia 2013 r. (Dz.U.UE.L60/52) w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów dwu- lub trzykołowych oraz czterokołowców, gdzie zdefiniowano producenta jako "każdą osobę fizyczną lub prawną odpowiedzialną wobec organu udzielającego homologacji za wszystkie aspekty homologacji typu lub proces udzielania zezwolenia, za zapewnienie zgodności produkcji, a także odpowiedzialną za kwestie nadzoru rynku w odniesieniu do wyprodukowanych pojazdów, układów, komponentów lub oddzielnych zespołów technicznych, niezależnie od tego, czy ta osoba fizyczna lub prawna bezpośrednio uczestniczy we wszystkich etapach projektowania i konstruowania pojazdu, układu, komponentu lub oddzielnego zespołu technicznego podlegających homologacji".
Jak wynika z treści przytoczonych wyżej przepisów definicja producenta jest szeroka i nie można jej ograniczać wyłącznie do pierwotnego wytwórcy pojazdu.

Zamawiający wskazał, że pojazdy stanowiące przedmiot Postępowania nie są asortymentem powszechnie dostępnym. Wymagania zawarte w OPZ nie pozwalają na dostawę pojazdów bezpośrednio od dealera samochodowego, który prowadzi salon samochodowy danej marki i wymagają wielu dostosowań określonych w OPZ Postępowania.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający przytoczył wymagania zawarte w OPZ, wyrażone wRozdziale X Ogólne wymagania konstrukcyjne, Rozdziale XI Wymagania dotyczące przedziału kierowcy i pasażerskiego, Rozdziale XII Wymagania dotyczące przedziału bagażowego, Rozdziale XIII Wymagania dotyczące wyposażenia elektrycznego,

W związku z tym, oferent zainteresowany udziałem w Postępowaniu i realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego zobowiązany jest dokonać przystosowania pojazdu zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ. Bez wątpienia działalność Przystępującego polegająca na dostosowaniu oferowanych w ramach Postępowania pojazdów do wymagań Zamawiającego mieści się w ww. szerokiej definicji producenta.

W ocenie Zamawiającego takie szerokie rozumienie producenta jest uzasadnione prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem naczelnych zasad PZP wyrażonych w art. 16 PZP, a zwłaszcza uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1995/21. Zamawiający przywołał również pogląd wyrażony przez M. Jaworskiej w komentarzu Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w treści odwołania wielokrotnie odmawia Przystępującemu prawa uznania go za producenta w rozumieniu SWZ Postępowania, jednocześnie jednak nie artykułuje w sposób jasny i precyzyjny jaka w jego ocenie powinna być definicja producenta w Postępowaniu. Wskazać należy, że wszelkie wątpliwości odnośnie treści SWZ Odwołujący miał prawo podnosić w innym terminie tj. liczonym od dnia publikacji SWZ, a nie na etapie oceny czynności Zamawiającego związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty. W związku z tym należy przyjąć, że Odwołujący w tamach niniejszego postępowania odwoławczego utracił możliwość podnoszenie wszelkich zarzutów związanych z treścią SWZ w tym w szczególności związanych z przyjętą w SWZ koncepcją rozumienia pojęcia *„producent".* Nadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie skorzystał z ustawowo zagwarantowanej możliwości składania do Zamawiającego wniosków o wyjaśnienie treści SWZ. Oznacza to, że w chwili obecnej nie może powoływać się na wątpliwości dotyczące warunków udziału w postępowaniu wynikające z SWZ, jakie powinien wyjaśnić przed momentem wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Dalej, Zamawiający podniósł, że zgodnie z warunkami Postępowania w sytuacji gdy stosowanie paliwa F-34 w oferowanych pojazdach wymagało spełnienia określonych wymagań lub określonego sposobu postępowania nałożył na

wykonawców obowiązek uzyskania odpowiedniego uzgodnienia z podmiotem zewnętrznym – SSCZ-Sam. IWsp SP. Co istotne, potencjalne zasilanie paliwem F-34 pojazdów może w praktyce dotyczyć wyłącznie pojazdów wojskowych wykorzystywanych przez wojsko przy realizacji działań na polu walki, co oznacza, że mamy tutaj do czynienia z sytuacją szczególną i wyjątkową. Dlatego też brak jest informacji odnośnie stosowania paliwa F-34 w informatorach, broszurach i dokumentacji do pojazdów które mają być wykorzystywane na rynku cywilnym przez użytkowników indywidualnych lub jako samochody flotowe. W związku z powyższym, brak jest obiektywnych podstaw do twierdzenia a priori, że uzgodnienia danego wykonawcy były złe lub niepełne tylko na podstawie porównania ich do uzgodnień dokonanych przez innych wykonawców w Postępowaniu. Dla Zamawiającego w tym zakresie wiążące i wystarczające były uzgodnienia dokonane przez SSCZ-Sam. IWsp SP i jego rolą nie było wnikanie w to jak określona procedura postępowania w przypadku tankowania paliwa F-34 uzgodniona dla danego pojazdu wygląda i czy jest zbieżna z procedurami postępowania uzgodnionymi dla innych wykonawców. Przystępujący wskazał określony sposób postępowania w przypadku zasilania oferowanych przez niego samochodów paliwem F-34, uzyskał wymagane przez SWZ uzgodnienie w tym zakresie i tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do uznania przez Zamawiającego, że Glomex takiego uzgodnienia nie uzyskał.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzuca niemożność udzielenia przez Glomex gwarancji producenta, co ma stanowić kolejna podstawę do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W ocenie Zamawiającego wskazane przez Odwołującego postanowienie wzoru umowy (§ 5 ust. 3), nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP). Realizacja wskazanych powyżej postanowień umowy następuje dopiero na etapie jej realizacji, co wynika wprost z ich brzmienia: „Wykonawca wyda Zamawiającemu wraz z przedmiotem Umowy dokument gwarancyjny (…)". Przejęcie w tym zakresie argumentacji Odwołującego musiałoby doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający musiałby hipotetycznie przyjąć, że Przystępujący nie wypełni określonych wymagań co do których oświadczył, że zostaną przez niego spełnione i bez weryfikacji tego zapewnienia miałby odrzucić ofertę Przystępującego. W ocenie Zamawiającego takie działanie byłoby niedopuszczalne i stanowiłoby naruszenie przepisów prawa. Poza tym dokumentacja, o której mowa w ww. postanowieniu wzoru umowy nie stanowi treści oferty. Oznacza to, że nie może być badana na etapie oceny ofert, a tym samym okoliczności z nią związane nie mogą stanowić podstawy do jej odrzucenia.

Izba pominęła argumentację Stron w zakresie zarzutów oznaczonych jako 1) w części dotyczącej Rozdziału XV ust. 1.3 SWZ oraz Rozdziału XI ust. 25 OPZ; 2), 3) i 4) uznając ją za zbędną z uwagi na cofnięcie ww. zarzutów przez Odwołującego.

Wykonawca GLOMEX MS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Złotnikach (dalej jako: „Uczestnik postępowania", „GLOMEX") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 20 kwietnia 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę GLOMEX MS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Złotnikach. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. wyciąg z instrukcji obsługi FORD Trend Transit oraz na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, a mianowicie: opinię nr 02-OT/23.03.2024; instrukcja obsługi FORD RANGER XLT.
2. Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym, tj. wyciąg z Instrukcji Obsługi, pismo od Ford Polska Sp. z o.o. z dnia 18.04.2024 r.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, tj. świadectwa z badań pojazdu MAN; prt scr - siły lądowe; wiadomości e-

mail BEMO MOTORS SP. z o.o. oraz zasad bezpieczeństwa dot. paliwa i tankowania, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba za bezprzedmiotowe uznała następujące dowody złożone przez:

1.Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: specyfikację techniczną FORD Transit wraz z tłumaczeniem

2.Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj.: dwa wydruki ze strony internetowej www.ford.pl. (Konfgurator/Ford PL) dotyczące modelu Ford Transit Trend; wydruk zrzutu ekranu strony internetowej https://autokatalog.pl/; wiadomość mailowa skierowana do Zamawiającego z Ford Polska Sp. z o.o. z dnia 10 kwietnia 2024 r.; pismo skierowane do Glomex od Auto Brzezińska Sp. z o.o. (FordStore Łódź) z dnia 8 marca 2024 r.; wydruk informacji o wynikach postępowania Nr D/15/2024 z dnia 03.04.2024 r.; wydruk treści Rozdziału X „Wymagania dotyczące wadium" SWZ postępowania Nr D/15/2024 oraz treści Rozdziału XI „Termin związania ofertą" SWZ postępowania Nr D/15/2024; wydruk ogłoszenia o zmianie treści SWZ postępowania Nr D/15/2024; oświadczenie do gwarancji przetargowej nr 1091806530/GWo/2024/091 Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z dnia 06.03.2024 r.

3.Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym, tj.: wyciąg ze świadectwa homologacji typu UE samochodu dostawczego Ford (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski); wyciąg z SWZ w postępowaniu pn.: „*DOSTAWA SAMOCHODÓW OGÓLNEGO PRZEZNACZENIA DUŻEJ ŁADOWNOŚCI*", numer postępowania D/15/2024

Przedmiotowe dokumenty dotyczyły zarzutów, które zostały przez Odwołującego cofnięte.

Odnosząc się do wniosku dowodowego Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu motoryzacji – w przedmiotowej sprawie Izba rozstrzyga zarzuty, które dotyczą zagadnień prawnych, a nie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych. Zgłoszony przez Odwołującego wniosek dowodowy Izba uznała jako powołany dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła jego przeprowadzenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia – małej ładowności w latach 2024-2025.

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 4 OPZ:*Pojazdy muszą być przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych zgodnym z NO-91-A258-2:2018 „Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34." lub równoważną. Przyjmuje się za wystarczające przedstawienie przez Wykonawcę pisemnego potwierdzenia o przystosowaniu pojazdu do ewentualnego zasilania paliwem F-34. Jeżeli producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania ww. paliwem do turbinowych silników lotniczych od spełnienia określonych wymagań lub od określonego sposobu postępowania (zarówno ze strony producenta jak i ze strony użytkownika), to należy je wcześniej uzgodnić z SSCz.-Sam. IWsp SZ, tylko i wyłącznie poprzez Zamawiającego, przed złożeniem oferty. Koszty zawiązane z ewentualnym przystosowaniem pojazdów do zasilania ww. paliwem, przed ich dostawą do Zamawiającego, ponosi Wykonawca umowy. Po uzgodnieniu, powyższe wymagania (sposób postępowania) muszą być zawarte w instrukcji obsługiwania lub użytkowania pojazdu oraz muszą znajdować się w widocznym miejscu (np.: naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu.*

Zgodnie z rozdziałem V SWZ „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych":

1.W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania oraz cechy, Zamawiający wymaga złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

*- oświadczenie Wykonawcy, że zaoferowane pojazdy są przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych zgodnym z NO-91-A258-2:2018 „Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34.", NO-91-A258-2:2018/A1 „NO-91-A258-2:2018 Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34" lub równoważną.Przyjmuje się za wystarczające przedstawienie przez Wykonawcę pisemnego potwierdzenia o przystosowaniu pojazdu do ewentualnego zasilania paliwem F-34. Jeżeli producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania ww. paliwem do turbinowych silników lotniczych od spełnienia określonych wymagań lub od określonego sposobu postępowania (zarówno ze strony producenta jak i ze strony użytkownika), to należy je wcześniej uzgodnić z SSCz.-Sam. IWsp SZ**tylko i wyłącznie poprzez Zamawiającego**, przed złożeniem oferty. Koszty zawiązane z ewentualnym przystosowaniem pojazdów do zasilania ww. paliwem, przed ich dostawą do Zamawiającego, ponosi Wykonawca umowy.*

Po uzgodnieniu, powyższe wymagania (sposób postępowania) muszą być zawarte w instrukcji obsługiwania lub użytkowania pojazdu oraz muszą znajdować się w widocznym miejscu (np.: naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu.

*W celu potwierdzenia powyższego warunku: Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia z wykorzystaniem wzoru stanowiącego **załącznik nr 3A do SWZ**.*

***Uwaga:** W przypadku braku uzgodnienia (jeżeli jest wymagane) i przedstawienia przez Wykonawcę pisemnego*

potwierdzenia o przystosowaniu pojazdu do ewentualnego zasilania paliwem F-34, Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuci ofertę Wykonawcy.

2.Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą

Zgodnie z § 5 ust. 3 Wzoru Umowy: "*Niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę, Zamawiającemu przysługują wszelkie uprawnienia wynikające z gwarancji producenta sprzętu dostarczanego w ramach niniejszej Umowy. Wykonawca wyda Zamawiającemu wraz z przedmiotem Umowy dokument gwarancyjny zawierający oświadczenie gwarancyjne producenta sprzętu.*"

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 21 lutego 2024 r. w postępowaniu złożono trzy oferty:

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Oferowana cena
1	MAN TRUCK & BUS POLSKA SP. Z O.O. Wolica, Al. Katowicka 9, 05-830 Nadarzyn	netto: 87 230 900,00 zł brutto: 107 294 007,00 zł
2	Glomex MS Polska Sp. z o.o. ul. Krzemowa 1, Złotniki, 62-002 Suchy Las	netto: 75 597 067,00 zł brutto: 92 984 392,41 zł
3	DEMARKO Spółka Akcyjna Ul. Sądowa 19, 41-605 Świętochłowice	netto: 105 707 640,00 zł brutto: 130 020 397,00 zł

GLOMEX zaoferował pojazd: Producent – Ford Motor Company, marka: Ford, typ: Trend, model: Transit, rodzaj skrzyni biegów: manualna.

Do oferty GLOMEX dołączył oświadczenie o możliwości wykorzystania paliwa F-34 przez oferowane pojazdy. W dokumencie wskazano, że:

1.Oferowane przez nas pojazdy są przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem F- 34.

2.Producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania pojazdów paliwem F-34 od spełnienia określonych wymagań lub określonego sposobu postępowania (zarówno ze strony producenta jak i użytkownika)

X TAK

*.NIE **

W przypadku odpowiedzi twierdzącej należy wskazać określone wymagania/sposób postępowania:

Przed wlaniem paliwa F-34 do zbiornika pojazdu należy wykonać następujące czynności:

- wlać do jakiegokolwiek zbiornika określoną ilość paliwa F-34;

- do paliwa F-34 dodać oleju silnikowego SAE 0W/30 w ilości od 1% (objętościowo) w stosunku do paliwa;

- do paliwa F-34 dodać preparat zwiększający liczbę cetanową w stosunku określonym przez producenta preparatu;

- dodany olej i preparat wymieszać razem z paliwem F-34;

- wlać do zbiornika pojazdu.

***UWAGA:** Stosowanie paliwa F-34 spowoduje spadek mocy silnika, około 15%, co jest zjawiskiem normalnym.*

***UWAGA:**Po przebyciu 2000 km na paliwie F-34 należy przeprowadzić wymianę filtrów paliwowych, uszczelek oraz wymienić olej silnikowy wraz z filtrami.*

1.Powyższe wymagania/sposób postępowania uzgodniono poprzez Zamawiającego:

X TAK

.NIE

Pismem z dnia 4 marca 2024 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o nieprawidłowościach w ofercie GLOMEX. Treść pisma jest zbliżona do treści odwołania, wobec tego za zbędne należy uznać jej.

Pismem z dnia 5 marca 2024 r. Zamawiający wezwał GLOMEX do ustosunkowania się do zarzutów zawartych w piśmie.

Pismem z dnia 12 marca 2024 r. GLOMEX ustosunkował się do zarzutów wyrażonych w piśmie Odwołującego, wskazując m.in.:

W dalszej części wyjaśnień Uczestnik postępowania przytoczył treść pkt II ust. 4 OPZ. Dalej Uczestnik wskazał:

Pismem z dnia 27 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Uczestnika postępowania jako oferty najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako: 1) w części dotyczącej Rozdziału XV ust. 1.3 SWZ oraz Rozdziału XI ust. 25 OPZ; 2), 3) i 4) wobec ich cofnięcia przez Odwołującego Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby* (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdą następujące przepisy:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*.
Art. 16 pkt 1) ustawy Pzp który stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Osią sporu pomiędzy Stronami było to, czy oferta Uczestnika postępowania jest zgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem II pkt 4 OPZ oraz § 5 ust. 3 wzoru umowy. Odwołujący stoi na stanowisku, że Uczestnik postępowania nie jest producentem zaoferowanego pojazdu, a co za tym idzie obowiązany był ustalić z producentem FORD zalecenia dla Zamawiającego, w jaki sposób stosować paliwo F34 – czego, zdaniem Odwołującego, nie zrobił.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilku uwag natury ogólnej.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach i z tym należy się zgodzić, że zamawiający nie może zastosować ww. sankcji, jeżeli specyfikacja warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono.

Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z innego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania przez zamawiającego czy też innych wykonawców. Oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia należy każdorazowo ocenić, jakie wymagania postawił zamawiający w specyfikacji, które nie zostały przez wykonawcę spełnione. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ.

Doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek postanowień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferta zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania.

Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Nadto, podkreślenia wymaga - zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na Odwołującym. W ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma odpowiednika art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postepowaniu cywilnym**,** jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym**.** Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizacje. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534 ust. 1, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 232 KPC.
Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07 wskazał: „*Stosownie do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu*." Warto również przywołać uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 390/13: *„instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia."*

Co za tym idzie, to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt

KIO Zs 86/22).

Argumentacja Odwołującego w zasadzie sprowadzała się do tego, że:

1. Uczestnik postępowanie nie jest producentem zaoferowanego pojazdu - Ford Trend Transit
2. Uczestnik postępowania nie dokonał ustaleń z producentem FORD zaleceń dla Zamawiającego w jaki sposób stosować paliwo F34.

W konsekwencji - zastosowanie paliwa F 34 w modelu Ford Trend Transit w sposób określony przez GLOMEX spowoduje utratę gwarancji producenta Ford. W związku z powyższym oferta GLOMEX jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Kluczową rolę w interpretacji meritum przedmiotowej sprawy stanowiła treść specyfikacji warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy.

Odnosząc się do szczegółowo do kwestii podnoszonych przez Odwołującego, Izba wskazuje, co następuje:

1. „*GLOMEX nie jest producentem zaoferowanych pojazdó*\" - poza sporem było to, że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie sprecyzował pojęcia „producent". Nie dziwi zatem fakt, że Odwołujący jak i sam Zamawiający w odmienny sposób rozumieją i wyjaśniają kogo można uznać za producenta. Ponownie wskazać należy, że jeżeli możliwa jest co najmniej dwutorowa interpretacja, to wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

W ocenie Izby irrelewantne znaczenie dla przedmiotowej sprawy ma to, czy GLOMEX może być producentem, czy też jest producentem czy jednak producentem nie jest.

2. *GLOMEX nie uzgodnił z producentem Ford możliwości zastosowania paliwa F-34; nie ustalił z producentem Ford zaleceń dla Zamawiającego; wykonawca DEMARKO zaoferował dostawę tych samych samochodów marki FORD Trend Transit, ale przedstawił inne zalecenia producenta; zalecenia przedstawione przez GLOMEX mają charakter blankietowy*

Odwołujący mimo braku jakiegokolwiek jednoznacznego dowodu wysnuwa dość śmiałą tezę, że takich uzgodnień nie było, a zalecenia są zaleceniami Uczestnika postępowania. Co w konsekwencji oznacza, że w zaoferowanych pojazdach nie można zastosować paliwa F-34. Mało tego, Odwołujący idzie krok dalej i żąda aby Uczestnik postępowania złożył dowody/ dokumenty, które nie były wymagane przez Zamawiającego. Takie stanowisko Odwołującego nie zasługuje na aprobatę.

Z przedłożonych przez Odwołującego dowodów nie wynika brak możliwości zastosowania paliwa F-34 w zaoferowanych pojazdach. W brew logice jest oczekiwanie, że w każdej instrukcji obsługi producenci samochodów będą wskazywać taką możliwość. Bez wątpienia nie jest to powszechnie używane paliwo i „zwykli" użytkownicy nie mają dostępu do paliwa lotniczego. Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że producenci (w tym np. Ford) w sytuacji, gdy dopuszczają możliwość zastosowania paliwa F-34 umieszczają odpowiednią informację w instrukcji obsługi.

Nie można tracić z pola widzenia, że pojazd może być przystosowany do zasilania takim paliwem. Powyższe przewidział również Zamawiający wskazując w dokumentach: *Koszty związane z ewentualnym przystosowaniem pojazdów do zasilania ww. paliwem, przed ich dostawą do zamawiającego, ponosi wykonawca umowy*."

Abstrahując od powyższego, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Uczestnika postępowania, że to producent Ford zaproponował, biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego, samochód Ford Trend Transit. Należy zwrócić uwagę, że takich ustaleń Uczestnik nie musiał dokonywać pisemnie.

Zamawiający nie sformułował żadnych wymagań w zakresie treści uzgodnień i ustaleń z producentem samochodów. Zamawiający nie wymagał przedłożenia takich uzgodnień/ ustaleń tak, aby wynikało z nich jednoznacznie, że są to ustalenia/uzgodnienia producenta samochodów.

Nie sposób nie dostrzec, że Zamawiający nie przewidział żadnego przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdziłby, że zaoferowane pojazdy zgodne są z jego wymaganiami. Z treści postanowień SWZ i załączników wynika, że Zamawiającemu wystarczy oświadczenie własne wykonawcy o możliwości zastosowania paliwa F-34 i przedstawienie do uzgodnień ustalonych z producentem (w bliżej nieokreślony sposób) zaleceń, w jaki sposób paliwo F-34 stosować.

W ocenie Izby nie są pozbawione racji twierdzenia Odwołującego, że w konsekwencji Zamawiający może otrzymać pojazd, który w wyniku zastosowania paliwa F- 34 ulegnie uszkodzeniu. Zamawiający nie sformułował postanowień w tym zakresie, a rolą Izby nie jest racjonalizowanie czynności Zamawiającego. Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem. Biorąc powyższe pod uwagę żądania Odwołującego są oczywiście bezzasadne.

Przechodząc dalej, z treści wniosku o uzgodnienie dodatkowych wymagań związanych z przygotowaniem i eksploatacją pojazdów do ewentualnego zasilania paliwem F34 wykonawcy DEMARKO oraz Odwołującego również nie

wynika w sposób jednoznaczny, że ustalenia te pochodzą od konkretnego producenta. Skąd zatem pewność, że akurat wykonawca DEMARKO takie ustalenia poczynił – tego już Odwołujący nie wyjaśnił.

Każdy z trzech wykonawców we wniosku o uzgodnienie wskazuje jedynie „wymagania producenta" i je opisuje. Żaden z wykonawców nie przedkłada dowodu na potwierdzenie, że faktycznie są to wymagania konkretnego producenta. I nie ma przy tym znaczenia czy producentem jest spółka macierzysta czy inny podmiot. Obowiązujące przepisy nie różnicują sytuacji wykonawców, którzy oferują pojazdy wyprodukowane w spółce macierzystej, do tych, którzy oferują pojazdy producenta niepowiązanego osobowo czy kapitałowo.

Reasumując, w świetle SWZ zobowiązanie Uczestnika postępowania do udowodnienia dokonania ustaleń z producentem FORD niewątpliwie stanowiłoby naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wskazanych w art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp.

Odnosząc się do przedłożonej przez Odwołującego opinii rzeczoznawcy - wbrew twierdzeniom forsowanym przez Odwołującego - z opinii nie wynika, że zaoferowany przez Uczestnika pojazd nie może być zasilany paliwem F-34. Opiniujący wskazał:

1. *Brak wskazania konkretnego i przetestowanego dodatku zwiększającego liczbę cetanową (…) może skutkować trwałym uszkodzeniem lub nadmiernym zużyciem paliwa.*
2. *Niektóre dostępne na rynku preparaty zwiększające liczbę cetanową zawierają już w sobie dodatek oleju, brak wskazania producenta oraz nazwy własnej preparatu (…) ostatecznie może doprowadzić do uszkodzenia silnika.*
3. *Konieczność zastosowania się do instrukcji dotyczącej wymiany filtrów paliwowych, uszczelek i oleju silnikowego z filtrami co każde 2 tysiące kilometrów w warunkach wojny lub działań wojennych należy uznać za niemożliwe do zrealizowania.*

Trudno sobie wyobrazić dostępność części do naprawy oraz zapewnienie odpowiednio wyposażonego serwisu (…)

4. *(…) nie wskazano środka uszlachetniającego (…)*

W opinii rzeczoznawcy dodatek do paliwa powinien zostać zdefiniowany z konkretnej nazwy, producenta i mieć jasno określone parametry techniczne (…).

(…) Nie każdy środek (np. NYCO 1750) może prowadzić do osiągnięcia parametrów umożliwiających zastosowania paliwa F-34. (…)

Izba powyższego nie neguje, zresztą Zamawiający oraz Uczestnik postępowania również, jednak powyższe nie potwierdza, że zaoferowany przez GLOMEX pojazd jest niezgodny z warunkami zamówienia.

W przedmiotowej sprawie najistotniejsze jest to, co ewidentnie Odwołujący pomija, że Zamawiającynie wymagał wskazania konkretnego i przetestowanego dodatku. I już tylko z tego powodu dalsza polemika w tym zakresie jest bezprzedmiotowa.

Izba jednak zwraca uwagę, że opiniujący wskazał zdarzenia przyszłe i niepewne. Izba nie ma możliwości przewidzenia, a tym bardziej zapobieżenia skutkom ewentualnego uszkodzenia silnika, większego zużycia paliwa czy też braku możliwości wymiany filtrów w warunkach wojny czy też działań wojennych. Powyższe powinien przewidzieć Zamawiający formułując odpowiednie postanowienia w SWZ i umowie.

Odwołujący jako profesjonalista zapoznał się z dokumentami zamówienia, zatem miał możliwość zarówno zadawania pytań, jak i zaskarżenia postanowień SWZ. Skoro Odwołujący nie kwestionował postanowień ww. zakresie, stały się one wiążące zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców i Krajowa Izba Odwoławcza orzekać może wyłącznie w ich ramach. Wymaganie dodatkowych dowodów (nie ujętych w dokumentach zamówienia) na potwierdzenie zgodności zaoferowanego pojazdu z warunkami zamówienia jest niedopuszczalne.

3. „*GLOMEX w Wyjaśnieniach zadeklarował również zapewnienie gwarancji producenckiej na dostarczenie aut (niemniej jednak nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, jak również nie dołączył żadnych dowodów w tym zakresie)*" – powyższe wywody odnoszą się również do gwarancji. Skoro Zamawiający nie wymagał przedłożenia jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego otrzymania gwarancji producenckiej, to żądanie złożenia na tym etapie takich dowodów jest niedopuszczalne.

Powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania. W sytuacji, gdy w dokumentach zamówienia nie znajdują się precyzyjne i jednoznaczne postanowienia w ww. zakresie to brak jest podstawy faktycznej i prawnej do odrzucenia oferty Uczestnika postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

.....
.....