

WYROK
z dnia 5 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Michalec Mateusz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2014 r. przez **Odwolującego – Euro-Truck Sp. z o.o., ul. Sędziowska 1, 02-081 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa**, przy udziale **Wykonawcy - Fraikin Polska Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obcią a **Odwolującego – Euro-Truck Sp. z o.o., ul. Sędziowska 1, 02-081 Warszawa**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego – Euro-Truck Sp. z o.o., ul. Sędziowska 1, 02-081 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwolującego – Euro-Truck Sp. z o.o., ul. Sędziowska 1, 02-081 Warszawa**, na rzecz **Zamawiającego - Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa**, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 94/14

Uzasadnienie

Zamawiający, Poczta Polska S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „świadczenie usług wynajmu pojazdów dla Poczty Polskiej S.A.”.

Pismem z dnia 10 stycznia 2014 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Fraikin Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, [dalej tak e, jako „Fraikin”]. Tym samym pismem Zamawiający poinformował również, i działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej tak e, jako „Pzp”], wykluczył z postępowania wykonawcę Euro-Truck Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz, e odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższych działań Zamawiającego w dniu 20 stycznia 2014 r., odwołanie złoł wykonawca Euro-Truck Sp. z o. o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z ządaniem zawartym w odwołaniu z dnia 12 grudnia 2013 r., w wyniku uwzględnienia w dniu 24 grudnia 2013 r. przez Zamawiającego odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego (postanowienie KIO z dnia 27 grudnia 2013 r. – sygn.. akt KIO 2874/13),
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, polegające na niezachowaniu uczciwej konkurencji oraz nierównym traktowaniu wykonawców, poprzez wezwanie do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów jedynie wykonawcy Fraikin, przy jednoczesnym zaniechaniu kierowania analogicznych wezwań do wykonawcy Euro-Truck pomimo zaistnienia ku temu ustawowych przesłanek;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, polegające na bezzasadnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu zło onej przez niego oferty za odrzuconą z uwagi na rzekome niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Euro-Truck wykazał w terminie spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego wobec uznania przez Zamawiającego, e Odwołujący nie uzupełnił w

terminie dokumentów, których ądał Zamawiający, podczas gdy w rzeczywistości Odwołujący złoł wymagane przez Zamawiającego dokumenty w jego siedzibie we wskazanym przez Zamawiającego terminie;

- 5) art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Fraikin, mimo e nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (Rozdział IV SIWZ pkt 1.4. „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu”);
- 6) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Fraikin, mimo, e jej treść nie odpowiada SIWZ;
- 7) art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty, która powinna być odrzucona z uwagi na fakt, i została zło ona przez wykonawcę, który zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 podlegał wykluczeniu z postępowania;
- 8) z ostro ności, na wypadek uznania, i wykluczenie Euro-Truck i odrzucenie jego oferty było zasadne, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, poprzez zaniechanie uniewa nienia postępowania, w sytuacji, gdy w postępowaniu nie zło ono adnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wnosil o:

- 1) uniewa nienie czynności wyboru oferty Fraikin, jako najkorzystniejszej;
- 2) uniewa nienie czynności wykluczenia Euro-Truck z Postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny zło onych ofert i dokonania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w całości zgodnie z wnioskami zawartymi w niniejszym odwołaniu i zgodnie z dokonanym wcześniej uwzględnieniem, tj. wykluczenie z postępowania Fraikin, jako wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z SIWZ;
- 4) wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 5) z ostro ności, na wypadek uznania, i wykluczenie Euro-Truck z postępowania i odrzucenie jego oferty było zasadne, wnosil o nakazanie Zamawiającemu uniewa nienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp, z uwagi na to, e w postępowaniu nie zło ono adnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosil, i powtórzona czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonana została przez Zamawiającego z całkowitym pominięciem konsekwencji prawnych wynikających z faktu uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 24 grudnia 2013 r., w całości. Odwołujący wskazywał, i pomimo uwzględnienia odwołania, która stawiał go w sytuacji jak gdyby zapadł dla niego korzystny

wyrok, poprzez powtórzenie czynności Zamawiającego - rzekomo zgodnie z uwzględnionym odwołaniem – znalazł się on w sytuacji jeszcze bardziej dla siebie niekorzystnej. Zamawiający nie dość bowiem, że bez podjęcia jakichkolwiek dodatkowych czynności, ponownie dokonał wykluczenia go z postępowania, to jeszcze w uzasadnieniu wskazał więcej przesłanek wykluczenia niż poprzednio. Odwołujący nie uzyskał zatem żadnych korzyści z faktu, że odwołanie zostało uwzględnione w całości, a zatem de facto miał do czynienia ze stanem, jak gdyby zapadł dla niego niekorzystny wyrok, co pozostaje w sprzeczności z celem instytucji uwzględnienia odwołania. Odwołujący podnosił, i wobec uwzględnienia odwołania w całości, Zamawiający zobowiązany był wykonać wszystkie żądania przedstawione w *petitum* tego odwołania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający uwzględniając w całości zarzuty odwołania Euro-Truck był zobowiązany, zgodnie z przedstawionymi żądaniami, przede wszystkim unieważnić czynność wykluczenia wykonawcy Euro-Truck odrzucenia jego oferty. Następnie, po unieważnieniu uprzednio dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonać wykluczenia wykonawcy Fraikin i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami Pzp. Odwołujący stwierdził, i dokonana przez Zamawiającego ponowna ocena ofert przebiegała w sposób całkowicie odbiegający od żądań zawartych w odwołaniu, co

w prowadzi do naruszenia

art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał, i konsekwencji, biorąc pod uwagę zasady logicznego rozumowania trudno przyjąć, i Zamawiający uwzględniając odwołanie i wiedząc o nakazie wykonania w takim przypadku żądań Odwołującego w całości, przy ponownej ocenie ofert, nie powziął choćby wątpliwości dotyczących zasadności przesłanek dokonanego uprzednio wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Tym samym Zamawiający był zobligowany do wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia złożonych dokumentów wykonawcę Euro-Truck choćby w zakresie, który później posłużył mu, jako uzasadnienie dla wykluczenia tego wykonawcy. Zamawiający jednak tego zaniechał, naruszając tym samym przepisy art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp. W zakresie warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, Odwołujący podnosił, i Zamawiający uznał, że z załączonego oświadczenia o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia nie wynika, że udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy, w szczególności w przedmiotowym oświadczeniu nie został wskazany sposób udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez udostępniającego. Zdaniem Odwołującego taka interpretacja nie może być uznana za prawidłową, gdy zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

wystarczające było przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego, tym bardziej, że zamawiający nie zastrzegł żadnych dodatkowych warunków w tym zakresie w treści SIWZ. Tym samym w ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego, który wykluczył go z w/w wymienionej przyczyny jest niezgodne z Pzp. Dodatkowo Odwołujący wskazywał, i bezzasadne jest stwierdzenie Zamawiającego, że „dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia np. w formie podwykonawstwa, doradztwa, konsultacji”, gdy jest to przekroczenie kompetencji przyznanej przez art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odnośnie spełniania warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej Odwołujący podnosił, i nie wiadomo dlaczego Zamawiający za niewystarczające uznał załączone przez Odwołującego sprawozdanie finansowe podmiotu udostępniającego potencjał finansowy tj. Paccar Financial Polska Sp. z o.o. Również przedło ony przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, prospekt emisyjny obligacji z niewiadomych przyczyn został uznany za niewystarczający. Odwołujący wskazywał, że zamawiający błędnie założył, że dokumentem, który ma udowodniać spełnianie warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiającemu finansowej jest wyłącznie

prospekt emisyjny, gdy doręczył on również pisemne oświadczenie podmiotu Paccar Financial Europe B.V. o możliwości udzielenia pożyczki w wysokości 36.500.000,00 zł, co jest równoznaczne z wykazaniem się zdolnością kredytową, a prospekt emisyjny został złożony, jako dokument powiązany z tym oświadczeniem celem uwiarygodnienia potencjału finansowego pożyczkodawcy. Zdaniem Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego o niespełnianiu warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Euro – Truck jest, więc wynikiem błędnej interpretacji złożonych w postępowaniu dokumentów i tym samym brak było podstaw

do wykluczenia go z przedmiotowego postępowania. Dodatkowo Odwołujący podnosił, i mając na względzie dyspozycję art. 26 ust. 2c Pzp błędne jest uznanie przez Zamawiającego, i tylko dokument wystawiony przez bank może potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący podkreślał, i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 listopada 2013 r., w terminie złożył wymagane dokumenty i nie może zaprzeczać tego faktu złożenie przez Zamawiającego na piśmie przewodnim prezentaty z godziną wpływu 12.03 tj. 3 min. po godzinie wyznaczonej przez zamawiającego, gdy faktycznie dokumenty zostały złożone w terminie do godziny 12.00. Odwołujący wskazywał ponadto, i Zamawiający znał treść pisma Euro-Truck wcześniej, gdy o godz. 11.38 pismo wraz z załącznikami zostało przesłane drogą elektroniczną, którą to formę komunikacji dopuścił w

SIWZ. Odwołujący zaznaczył także, i wskazywane przez Zamawiającego niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ zostały wcześniej usunięte. Odwołujący we wcześniejszym piśmie kierowanym do Zamawiającego wskazywał na ewentualne omyłki pisarskie podlegające poprawieniu i wyjaśnienia te zostały przez Zamawiającego zaakceptowane. Odwołujący podnosił, i złożył przez niego dokumenty dotyczące pojazdów typu A oraz typu B były już przedmiotem wezwań do uzupełnienia i wyjaśnienia. Odnosząc się do oceny dokonanej przez Zamawiającego, Odwołujący wskazywał, i zarzuty opierają się na błędnej ocenie charakteru dokumentu, jakim jest wykaz parametrów technicznych o kształcie równoważnym ze świadectwem zgodności WE, a ponadto nie jest to dokument wystawiany dla konkretnego rzeczywistego pojazdu, albowiem pojazd będący przedmiotem dostawy nie jest w momencie składania oferty jeszcze wyprodukowany dlatego te niektóre dane są jeszcze nieznanne i pozostaną w dokumencie niewypełnione. Odwołujący podnosił, i uwzględniając składane w toku postępowania odpowiedzi na wezwania, dostarczone przez producentów pojazdów rysunki i symulacje przedprodukcyjne, potwierdził zgodność oferowanych pojazdów z wszystkimi wymogami określonymi w SIWZ.

Odnosnie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Fraikin, odwołujący wskazywał, i wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zdaniem Odwołującego z dokumentów przedłożonych przez
dysponuje on wymagana kwotą pieniężną. Wykonawcę Fraikin nie wynika, i środków

Odwołujący podnosił, i suma kwot zgromadzonych przez wykonawcę Fraikin na rachunkach bankowych oraz kwoty wskazanej w oświadczeniu Fraikin SAS [podmiotu udostępniającego] nie osiąga wysokości 36 500 000,00 zł wymaganej przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego kwota udostępniana przez podmiot trzeci nie może być uznana za nieograniczoną. W ocenie Odwołującego nawet po wezwaniu do wyjaśnienia, Zamawiający nie mógł uznać, że Fraikin spełnia warunki udziału w postępowaniu gdy nie może na to było przyjąć, i udostępniono mu kwotę, która łącznie z posiadanymi środkami własnymi potwierdzałaby spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał, i dopiero udostępnienie kwoty co najmniej 16.938.895,99 zł przy uwzględnieniu zasobów własnych wykonawcy Fraikin potwierdzałoby spełnianie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Wymogu tego w ocenie Odwołującego nie spełnia udostępnienie przez podmiot trzeci kwoty, „co najmniej 16 500 000,00 zł”.

Odnosnie zgodności treści oferty wykonawcy Fraikin z treścią SIWZ, Odwołujący wskazywał, i Zamawiający pominął przy ocenie ofert wskazywane niespójności wewnętrzne oferty wykonawcy Fraikin w zakresie parametrów oferowanych pojazdów jak i złożenie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w miejsce dokumentu uprzednio nazwanego, jako

„Świadectwo zgodności WE” tego samego dokumentu określonego jako „wykaz parametrów technicznych o kształcie równoważnym ze świadectwem zgodności WE”. Dalej Odwołujący wywodził, i wykonawca Fraikin zaoferował pojazdy osiągające poziom emisji spalin Euro 5, a od 1 stycznia 2014 r., sprzedawane i rejestrowane mogą być pojazdy spełniające normę emisji spalin Euro 6. Zdaniem Odwołującego, skoro zgodnie z deklaracją wykonawcy Fraikin dostarczy on pojazdy spełniające normę emisji spalin Euro 5 to nie będą one mogły być zarejestrowane. Odwołujący wskazywał, i istnieje możliwość rejestracji pojazdów z

nieaktualną normą emisji spalin, ale tylko w przypadku zgłoszenia przez producenta/importera limitowanej ilości wyprodukowanych pojazdów (z określonymi numerami VIN) na listę tzw. „końcówkę serii”, jednak wykonawca Fraikin nie deklarował e będą to pojazdy z takiej listy. Zdaniem Odwołującego równie fakt, i z oświadczeń wykonawcy Fraikin wynika, e oferowane pojazdy nie zostały jeszcze wyprodukowane potwierdza, e nie mogły to być pojazdy, które pomimo spełniania normy emisji spalin Euro 5 będą mogły być zarejestrowane po 1 stycznia 2014 r. Tym samym w ocenie Odwołującego oferta wykonawcy Fraikin winna była być uznana, jako niezgodna z treścią SIWZ gdy zamawiający wymagał aby pojazdy posiadały wymagane przez właściwe przepisy dokumenty rejestrowe i były wolne od wad prawnych. Skoro zatem wykonawca Fraikin zaoferował pojazdy spełniające normę Euro 5 i pojazdy te nie będą mogły być zarejestrowane to nie mo na uznać zdaniem Odwołującego, e będą one posiadały dokumenty rejestrowe. W ocenie Odwołującego nie jest równie mo liwe, aby wykonawca wóczas jego Fraikin dostarczył pojazdy spełniające normę emisji spalin Euro 6, gdy świadczenie nie odpowiadałoby treści oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Poczta Polska S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „świadczenie usług wynajmu pojazdów dla Poczty Polskiej S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 sierpnia 2013 r., pod numerem 2013/S 163-283789.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału II, pkt II SIWZ, przedmiotem zamówienia objęto wynajem samochodów na maksymalny okres 48 miesięcy od dnia odbioru pojazdu przez zamawiającego. Przedmiot zamówienia stanowiły:

-
- 1) samochody ciężarowe z nadwoziem typu furgon o dopuszczalnej ładowności powyżej 9 ton do 12 ton - w ilości 14 samochodów,
 - 2) samochody ciężarowe z nadwoziem typu furgon o dopuszczalnej ładowności powyżej 15 ton do 17 ton – w ilości 83 samochodów,
 - 3) ciągniki siodłowe 4x2 przystosowane do ciągnięcia przyczep – w ilości 58 ciągników,
 - 4) naczepa typu furgon – w ilości 58 naczep.

Zamawiający m.in. wymagał aby wszystkie pojazdy:

- 1) posiadały parametry techniczno- użytkowe wyszczególnione w Wykazie Parametrów Techniczno-Użytkowych oferowanych Pojazdów stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ,
- 2) były w pełni sprawne technicznie,
- 3) posiadały aktualne badania techniczne oraz wymagane przez właściwe przepisy dokumenty rejestrowe,
- 4) były wolne od wszelkich wad fizycznych i prawnych.

Zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ stanowiącym Szczegółowy opis parametrów technicznych pojazdów, zamawiający określił dla każdego z typów, aby były to pojazdy spełniające normę EURO 5 lub EURO 6. Wymóg ten został powtórzony w załączniku nr 4 do SIWZ – Wykaz parametrów techniczno- użytkowych oferowanych pojazdów.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV pkt I ppkt 2 odnośnie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający wskazał, i uzna ten warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaza e, e w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym wykonuje okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych równie nale ycie co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem był/jest wynajem/leasing pojazdów samochodowych o wartości netto co najmniej 23.000.000,00 zł. Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych równie wykonywanych, głównych dostaw wraz z

podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV, pkt I, ppkt 4 odnośnie warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli wykazać, i posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 36 500 000,00 zł. Na

potwierdzenie powyższego warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej jednoznacznie potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy (rozdz. V, lit. D SIWZ). Ponadto zgodnie z postanowieniami rozdziału V pkt I SIWZ zamawiający wymagał dołączenia do oferty m.in.:

- 1) Wykaz parametrów techniczno-użytkowych oferowanych pojazdów – zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ,
- 2) Wyciąg ze świadectwa homologacji dla oferowanego typu pojazdu lub wykaz danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji.

W rozdziale XI SIWZ zamawiający wskazał, i oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz wszelkie informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie, faksem oraz drogą elektroniczną.

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 31 października 2013 r., godz. 10.30, swoje oferty zgłoszyli następujący wykonawcy:

- 1) Fraikin Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 69.695.598,24 zł brutto,
- 2) Euro-Truck Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 71.084.160,00 zł brutto.

Celem wykazania spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, wykonawca Euro-Truck przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego – Paccar Financial Polska Sp. z o. o. Zgodnie z treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego oddał on do dyspozycji Euro-Truck na podstawie odrębnie zawartej umowy potencjał Paccar Financial Polska Sp. z o. o. w postaci zdolności kredytowej w wysokości 36 000 000,00 zł. W tym celu udostępniający udostępni oryginał, wyłącznie do wglądu i w celu sporządzenia uwierzytelnionej kopii, pisma sporządzonego przez Bank Udostępniającego informującego o posiadaniu przez Udostępniającego zdolności kredytowej w wysokości określonej w zdaniu poprzedzającym.

Celem wykazania spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, wykonawca Fraikin Polska przedłożył zaświadczenie z banku prowadzącego rachunki tego wykonawcy oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego – Fraikin SAS francuskiej uproszczonej spółki akcyjnej. Zgodnie z treścią zobowiązania podmiot trzeci zobowiązał się do oddania do dyspozycji Fraikin Polska niezbędnych zasobów dla potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ponadto

podmiot udostępniający – Fraikin SAS – upoważnił Fraikin Polska do przekazania zamawiającemu informacji z Banku, który prowadzi rachunek Fraikin SAS, sporządzonej w celu potwierdzenia posiadania środków pieniężnych lub zdolności kredytowej w kwocie, co najmniej 16.500.000,00 zł. Ponadto do oferty dołączono wraz z tłumaczeniem zaświadczenie z dnia 11 września 2013 r., wystawione przez BNP Paribas, zaświadczaające, i saldo na rachunku Fraikin na dzień 10 września 2013 r., wynosiło 4.745.350,40 euro.

Pismem z dnia 5 listopada zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Euro-Truck do uzupełnienia następujących dokumentów:

- 1) Certificate of Conformity dla oferowanego pojazdu typ D poświadczającego zgodność z oryginałem na każdej stronie oraz tłumaczenia tego dokumentu na język polski poświadczającego przez wykonawcę,
- 2) tłumaczenia skonsolidowanego sprawozdania finansowego podmiotu udzielającego

- zasoby finansowe,
- 3) oświadczenia Paccar Financial Polska Sp. z o.o. dotyczące oddania do dyspozycji zdolności kredytowej, w formie oryginału,
 - 4) dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia tj. wykazu głównych dostaw, wraz z dowodami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należyście,
 - 5) wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji, dla oferowanego pojazdu typu A,
 - 6) wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji, dla oferowanego pojazdu typu B.

Tym samym pismem, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał również do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności w oznaczeniu pojazdu typu C, jak i w opisie rozmiaru opon tego typu pojazdu.

Pismem z dnia 5 listopada 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Fraikin Polska o wyjaśnienie następujących kwestii:

- 1) w zakresie pojazdu typu A – który z podanych w ofercie typów (EUROCARGO ML180E25P czy IG190EL2CA/Z) jest prawidłowy oraz potwierdzenia, że załączone świadectwo zgodności WE (na stronach 12-13) odpowiada typowi A pojazdu, którego parametry techniczno-użytkowe wskazane zostały na stronach 6-7 oferty,
- 2) w zakresie pojazdu typu B - który z podanych w ofercie typów (STRALIS AD260S31YP czy 2Y3C/Z) jest prawidłowy oraz potwierdzenia, że załączone świadectwo zgodności WE (na stronach 14-15) odpowiada typowi B pojazdu, którego parametry techniczno-użytkowe wskazane zostały na stronach 8-9 oferty,
- 3) w zakresie pojazdu typu C - który z podanych w ofercie typów (AS440S46TP czy – BA3C) jest prawidłowy oraz potwierdzenia, że załączone świadectwo zgodności WE (na stronach 16-17) odpowiada typowi A pojazdu, którego parametry techniczno-użytkowe wskazane zostały na stronach 10-11 oferty.

Wykonawca Euro-Truck w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w wyznaczonym terminie przedłożył nowy wykaz dostaw na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego – Paccar Financial Services Europe B.V. z siedzibą w Holandii. Do wykazu dołączono również oświadczenie podmiotu udostępniającego, zgodnie z którym podmiot ten oddał do dyspozycji Euro-Truck, na podstawie odrębnie zawartej umowy wiedzę i doświadczenie posiadane przez udostępniającego w związku z wykonaniem lub wykonywaniem finansowania samochodów ciężarowych o wartości netto powyżej 23.000.000,00 zł. Podmiot udostępniający w oświadczeniu zastrzegł, iż potencjał, na którym Euro-Truck może polegać, ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu ogranicza się do tego, który został określony w przedmiotowym oświadczeniu i nie może być interpretowany rozszerzająco. Udostępniający nie jest zobowiązany do udostępnienia potencjału w inny sposób niż określony w przedmiotowym oświadczeniu, a w szczególności nie jest zobowiązany do finansowania pojazdów Euro-Truck.

Pismem z dnia 26 listopada 2013 r., zamawiający ponownie zwrócił się do wykonawcy Euro-Truck o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, lub inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdzi spełnienie warunku określonego w rozdz. IV pkt I ppkt 4 SIWZ. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż wykonawca załączył do oferty, na stronie 97, oświadczenie Paccar Financial Polska Sp. z o.o. dotyczące oddania do dyspozycji zdolności kredytowej a także dołączył skonsolidowane sprawozdanie finansowe Paccar Financial Polska Sp. z o.o. Jednakże załączone skonsolidowane sprawozdanie finansowe nie potwierdza spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zamawiający wskazał, iż uzupełnienia oraz wyjaśnienia powinny zostać przekazane w terminie do dnia 2 grudnia 2013 r., do godziny

12.00 w formie pisemnej do siedziby pełnomocnika zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Euro-Truck wskazał, i „(...) w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej polega na zasobach podmiotu trzeciego – Paccar Financial Polska sp. z o.o. Działalność tego podmiotu finansowana jest w całości przez jedyne go udziałowca tej spółki – Paccar Financial Europe B.V. (spółkę prawa holenderskiego). Finansowanie spółek zależnych przez spółkę dominującą jest strategią handlową koncernu Paccar. Środki finansowe będące w dyspozycji spółki Paccar Financial Polska sp. z o.o. pochodzą z po yczek udzielanych przez Paccar Financial Europe B.V., która swoją działalność finansuje (m.in.) z emisji obligacji. Z tej przyczyny spółka Paccar Financial Polska sp. z o.o. nie korzysta z kredytów bankowych. Dla potwierdzenia spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej (...) Euro – Truck przedstawia więc inny dokument, w rozumieniu art. 26 ust. 2c ustawy [Pzp]. Dokument ten tj. oświadczenie spółki Paccar Financial Europe B.V. potwierdza mo liwość udzielenia po yczki Paccar Financial Polska sp. z o.o. na kwotę co najmniej 36 500 000,00 PLN, co jest równoznaczne z dysponowaniem zdolnością kredytową w tej wysokości. Dodatkowo przedkładamy prospekt emisyjny obligacji potwierdzający posiadanie przez Paccar Financial Europe B.V. środków finansowych z emisji obligacji w kwocie 1 500 000 000 EURO.” Bezsownie do przedmiotowych wyjaśnień załączono wyłącznie kopię prospektu emisyjnego, nie przedło ono natomiast oświadczenia spółki Paccar Financial Europe B.V. potwierdzającego mo liwość udzielenia po yczki Paccar Financial Polska Sp. z o.o. Izba ustaliła równie , i przedmiotowe wyjaśnienia wraz z pozostałymi dokumentami (z pominięciem w/w oświadczenia) zostały przekazane zamawiającemu za pomocą poczty elektronicznej o godzinie 11.38 w dniu 2 grudnia 2013 r. W wersji papierowej zgodnie z prezentatą widniejącą na piśmie przewodnim wyjaśnienia oraz dokumenty zostały przedło one zamawiającemu w wyznaczonym dniu (02.12.2013) o godzinie 12.03. W tym samym dniu o godzinie 16.16 wykonawca Euro-Truck zło ył do zamawiającego dokument oświadczenia Paccar Financial Europe B.V. potwierdzającego zdolność do finansowania Paccar Financial Polska Sp. z o.o. poprzez udzielenie w ka dym czasie po yczki na kwotę co najmniej 36 500 000,00 zł.

W dniu 3 grudnia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę zło oną przez wykonawcę Fraikin Polska Sp. z o. o. Tym samym pismem zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy Euro-Truck. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, i wykonawca nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jak i warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie działając na podstawie art. 89 zamówienia. Jednocześnie zamawiający poinformował, i

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy Euro-Truck jako niezgodną z treścią SIWZ.

Wobec powy szych czynności zamawiającego wykonawca Euro-Truck w dniu 13 grudnia 2013 r. zło ył odwołanie zarzucając zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie go z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i bezpodstawne odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wykonawca Euro-Truck zarzucił równie zamawiającemu nieprawidłową ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Fraikin Polska Sp. z o. o. i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty zło onej przez Fraikin Polska.

W dniu 24 grudnia 2013 r., zamawiający poinformował o uwzględnieniu odwołania w całości. Postanowieniem z dnia 27 grudnia 2013 r., (sygn.. akt KIO 2874/13) Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia 31 grudnia 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz, i dokona ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 2 stycznia 2014 r., zamawiający zwrócił się do wykonawcy Fraikin Polska o:

- 1) złożenie wyjaśnień czy Fraikin SAS upoważnia Fraikin Polska do postulowania się jego środkami finansowymi w kwocie wyszej ni 16.500.000 zł oraz czy zobowiązanie to upoważnia Fraikin Polska do postulowania się środkami finansowymi w zakresie całej kwoty wskazanej w zaświadczeniu BNP Paribas z dnia 11.09.2013r. – załączonym do oferty,
- 2) złożenie wyjaśnień z jakiego powodu złożone zostały Świadczenia zgodności WE dla typu A i B bez podpisu osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu, bez wskazania daty oraz numeru świadectwa homologacji, pełnego numeru świadectwa zgodności WE biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca, w Świadczeniu zgodności dla typu pojazdu C oraz D wskazał wszystkie, powyższe wskazane dane,
- 3) uzupełnienie wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji, dla oferowanego pojazdu typu A, w zakresie pkt. 17.1, 17.2 i 17.4 świadectwa zawartego na stronie 12 oferty,
- 4) uzupełnienie wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji, dla oferowanego

pojazdu typu B, w zakresie pkt. 16.4, 17.1, 17.3 i 17.4 świadectwa zawartego na stronie 14 oferty,

- 5) uzupełnienie wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji, dla oferowanego pojazdu typu C, w zakresie pkt. 5.1, 6.1 i 12.1 świadectwa zawartego na stronie 16 oferty,
- 6) uzupełnienie wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji, dla oferowanego pojazdu typu A, w zakresie długości przestrzeni ładunkowej oraz kategorii pojazdu,
- 7) uzupełnienie wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji, dla oferowanego pojazdu typu B, w zakresie długości przestrzeni ładunkowej oraz kategorii pojazdu,
- 8) złożenie wyjaśnień, z jakiego powodu dla typu pojazdu A w załączonym na stronie 12 oferty Świadczeniu zgodności WE wskazano niepełny numer identyfikacyjny pojazdu,
- 9) złożenie wyjaśnień, z jakiego powodu dla typu pojazdu B w załączonym na stronie 14 oferty Świadczeniu zgodności WE wskazano niepełny numer identyfikacyjny pojazdu,
- 10) złożenie wyjaśnień, z jakiego powodu dla typu pojazdu C w załączonym na stronie 16 oferty Świadczeniu zgodności WE wskazano niepełny numer identyfikacyjny pojazdu,
- 11) złożenie wyjaśnień, z jakiego powodu dla typu pojazdu D w załączonym na stronie 18 oferty Świadczeniu zgodności WE wskazano niepełny numer identyfikacyjny pojazdu,
- 12) złożenie wyjaśnień, z jakiego powodu nie zostały złożone oświadczenia o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji dla pojazdów typu A, B oraz C biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca, dla typu pojazdu D załączył przedmiotowe oświadczenie o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Fraikin Polska złożył wymagane wyjaśnienia oraz dokumenty. Do przedmiotowych wyjaśnień w/w wykonawca załączył również oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby Fraikin SAS z dnia 8 stycznia 2014 r., w którym oświadczył on m.in., iż „(...)

- 1) zobowiązanie wyrażone w piśmie z dnia 16 września 2013 r. nie ogranicza się do kwoty 16 500 000 złotych;
- 2) na podstawie istniejącej ramowej umowy pożyczki wewnątrzgrupowej, pieniądze mogą być w każdym czasie pożyczone przez Fraikin SAS na rzecz Fraikin Polska;

-
- 3) na podstawie oświadczenia z dnia 16 września 2013 r., cała kwota wskazana w zaświadczeniu BNP PARIBAS z dnia 10 września 2013 r., załączonym do oferty Fraikin Polska Sp. z o. o. (w kwocie 4 745 350,40 EUR) była na dzień złożenia oferty udostępniona do oddania w ramach pożyczki przez Fraikin SAS na rzecz Fraikin Polska Sp. z o. o. dla celów Zamówienia w ramach istniejącej wewnątrzgrupowej

ramowej umowy po yczki na ten dzień oraz na dzień zło enia oferty.”

Pismem z dnia 10 stycznia 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę zło oną przez Fraikin Polska Sp. z o. o. Tym samym pismem zamawiający poinformował, i działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył z postępowania wykonawcę Euro-Truck. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, i wykonawca w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia powołał się na potencjał podmiotu trzeciego składając zobowiązanie tego podmiotu do

e udostępnienia niezbędnych

zasobów jednak e z oświadczenia tego nie wynika, przedmiotowe udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy, w szczególności w oświadczeniu tym nie został wskazany sposób udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez udostępniającego. W ocenie zamawiającego dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, np. w formie podwykonawstwa, doradztwa, konsultacji. Zdaniem zamawiającego załączone oświadczenie Paccar Financial Services Europe B.V. nie stanowi skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia, a załączony dokument ma jedynie walor informacyjny. Zamawiający podniósł równie , i wykonawca Euro-Truck nie wykazał spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zamawiający wskazał, i wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego przedstawił jedynie prospekt emisyjny obligacji, który według Wykonawcy potwierdza posiadanie przez Paccar Financial Europe B.V. środków finansowych z emisji obligacji w kwocie 1 500 000 000 euro oraz oświadczenie Paccar Financial Europe B.V. Jednak e, powy sze dokumenty nie potwierdzają spełniania przedmiotowego warunku.

Jednocześnie zamawiający przedmiotowym pismem poinformował równie , i działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy Euro-Truck jako niezgodną z treścią SIWZ. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, i wykonawca nie przedło ył w wyznaczonym terminie kompletnych Świadectw zgodności WE/wyciągów ze świadectwa homologacji dla oferowanego typu pojazdu lub wykazu danych technicznych o kształcie równowa nym z wyciągiem ze świadectwa homologacji.

Czynności te le ą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła równie , i Zamawiający w dniu 21 stycznia 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Fraikin Polska Sp. z o. o., stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, treść zło onych ofert, wyjaśnień, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania zło one w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zwa ył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, i nie została wypełniona adna z przesłanek negatywnych, uniemo liwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak równie Izba uznała, i Odwołujący posiada interes w zło eniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdy w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, e zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, je eli uczestnik postępowania

odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z sądem zawartym w odwołaniu. Należy zauważyć, iż przepis ten umiejscowiony został w dziale VI ustawy Pzp i jako taki ma charakter procesowy. Niewątpliwie uwzględnienie wszystkich

zarzutów odwołania, zgodnie z przytoczoną regulacją, powinno skutkować wykonaniem określonych czynności w postępowaniu wynikających z sądu odwołania. Powyższa regulacja – jak wskazano powyżej – jest jednak regulacją o charakterze procesowym, a nie materialnym. Zamawiający, wykonując określone czynności, których dokonania wykonawca domagał się w uwzględnionym odwołaniu, może liczyć na określony skutek procesowy przewidziany w dziale VI ustawy Pzp, tj., ewentualne odwołanie wniesione na czynności wykonane przez niego zgodnie z sądem odwołania nie będzie rozpoznawane przez Izbę, gdy – stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – będzie ono podlegało odrzuceniu. W tym miejscu należy podkreślić, iż Zamawiający, podejmując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone czynności polegające na dokonaniu, powtórzeniu, czy unieważnieniu określonych czynności – i to tak w wyniku uwzględniania przez siebie zarzutów odwołania, jak i w normalnym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – powinien przede wszystkim mieć na uwadze zgodność swoich działań z materialnymi regulacjami ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż z samego faktu uwzględnienia odwołania nie można wywodzić zobowiązania Zamawiającego do podjęcia określonych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekiwanych przez odwołującego się wykonawcę, jeśli czynności te prowadziłyby do naruszenia materialnych przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, iż niewykonanie czynności związanych z sądem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem – przedłużeniem postępowania możliwości o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z sądem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego. U podstaw takiego wyводу i interpretacji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp leży przede wszystkim okoliczność, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wskazują na obowiązek badania przez Izbę prawidłowości – zgodności z materialnymi przepisami ustawy Pzp – czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu odwołania. Izba w przypadku uwzględniania w całości zarzutów odwołania jedynie umarza postępowanie odwoławcze, nie oceniając tak zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, jak i zasadności ich uwzględnienia przez zamawiającego. Analogiczne również w wyroku Izby z dnia 5 listopada 2013 r., (sygn. akt 2480/13).

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania stwierdzić należy, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniając odwołanie Odwołującego z dnia 12 grudnia 2013 r., nie miał materialnoprawnego obowiązku dokonać czynności wynikających ze zgłoszonych w tym odwołaniu sądów, choć zapowiedzią dokonania tych czynności było formalne uwzględnienie przez niego w całości zarzutów odwołania z dnia 12 grudnia 2013 r. Dokonując ponownie czynności w postępowaniu po uwzględnieniu wskazanego odwołania, wykonał je odmiennie od zapowiedzi zawartych w uwzględnieniu odwołania. Powyższe skutkuje dla Zamawiającego koniecznością oceny prawidłowości dokonania tych nowych czynności w postępowaniu przez Izbę w trybie wniesionego aktualnie przez Odwołującego odwołania. Samo formalne jedynie potwierdzenie przez Izbę, że Zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z sądem zawartym w odwołaniu z dnia 12 grudnia 2013 r. nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości rozpoznania merytorycznego zarzutów nowego odwołania przez Izbę dotyczącego czynności wykonanych przez Zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

Odnoszą się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, polegającego na niezachowaniu uczciwej konkurencji oraz nierównym traktowaniu wykonawców, poprzez wezwanie do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów jedynie wykonawcy Fraikin, przy jednoczesnym zaniechaniu kierowania analogicznych wezwań do wykonawcy Euro-Truck pomimo zaistnienia ku temu ustawowych przesłanek, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego jedynie w zakresie braku wezwania go do złożenia wyjaśnień, co do zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego Odwołującemu potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Izby nie sposób uznać, aby treść zobowiązania uchybiała w jakikolwiek sposób dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Niewątpliwie Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia powołał się na potencjał podmiotu trzeciego i przedstawił pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego. Ponadto nie sposób pominąć, iż treść zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia potencjału odwołuje się do „odrębnie zawartej umowy”. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że z treści zobowiązania musi wynikać sposób udostępnienia wiedzy i doświadczenia, stanowisko takie nie znajduje potwierdzenia w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Fakt udostępnienia potencjału wykonawcy w sposób realny może przecież wynikać również z innych dokumentów zawartych pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym jak np. umowy o współpracy. Brak ustalenia czy wymagany potencjał został przez podmiot trzeci faktycznie udostępniony prowadzi do niemożności prawidłowej oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co obciąża zamawiającego. Tym samym mając na względzie w szczególności treść

zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał wiedzy i doświadczenia Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania winien był ustalić realność udostępnienia, czy nie wynika ona chociażby z odrębnie zawartej umowy. Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego w zakresie zaniechania przez zamawiającego wezwania go do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Słusznie wskazywał Zamawiający, iż należy odróżnić sytuację Odwołującego, który był już wzywany do uzupełnienia wymaganych dokumentów od sytuacji Przystępującego, który składał wyłącznie wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp a nie był wzywany do uzupełnienia stosownych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym przypadku w zakresie potencjału finansowego. Tym samym, w ocenie Izby, działania zamawiającego nie naruszały dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegającym na bezzasadnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego. W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, wobec braku ustalenia przez Zamawiającego sposobu udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, nie sposób jednoznacznie przesądzić czy Odwołujący wykazał spełnienie warunku. Wątpliwości takich nie można jednak mieć w zakresie warunku dotyczącego potencjału finansowego. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał spełnienia postawionego w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Jak słusznie wskazywał Zamawiający już z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego potencjał finansowy wynikało, iż podmiot ten dysponuje pismem sporządzonym przez bank podmiotu udostępniającego informującym o posiadaniu przez udostępniającego zdolności kredytowej w wymaganej wysokości. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Odwołujący nie przedłożył jednak informacji banku, która potwierdzałaby wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową podmiotu udostępniającego. Niewątpliwie dokumentem potwierdzającym spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie będzie złożone już w ofercie skonsolidowane sprawozdanie finansowe podmiotu udostępniającego, które mogłoby potwierdzać ewentualnie sytuację ekonomiczną wykonawcy, a w tym zakresie zamawiający warunku nie sprecyzował. Za potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie potencjału finansowego nie można również uznać złożenia przez Odwołującego prospektu emisyjnego obligacji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie przedłożył on pisemnego oświadczenia podmiotu Paccar Financial Europe B.V. o możliwości udzielenia pożyczki w wysokości 36.500.000,00 zł, co miałoby być równoznaczne z wykazaniem zdolności kredytowej. Oświadczenie to

bezsprzecznie zło one zostało Zamawiającemu po upływie wyznaczonego terminu. Oceny tej nie może zmieniać fakt, iż Odwołujący zasignalizował złożenie w/w oświadczenia w innym piśmie kierowanym do Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów, gdy zachowanie takie nie czyni zadość dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie zobowiązany jest przedłożyć brakujące lub wadliwe dokumenty czy oświadczenia z których wynikać będzie spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W ocenie Izby analiza stanu faktycznego musiała prowadzić, do wniosku, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem finansowym, co w konsekwencji skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego uznając, iż brak było podstaw do stwierdzenia, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy zobligowani zostali do przedłożenia wykazu parametrów techniczno- użytkowych oferowanych pojazdów według załącznika nr 4 do SIWZ oraz wyciągu ze świadectwa homologacji lub wykazu danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji dla oferowanego typu pojazdu. Ponadto szczegółowy opis parametrów technicznych pojazdów został zawarty w załączniku nr 7 do SIWZ. Analiza porównawcza treści oferty Odwołującego z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w ocenie Izby winna była prowadzić do stwierdzenia zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Za nieuprawnione zdaniem Izby należało uznać stanowisko Zamawiającego, który stwierdził niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ powołując się przykładowo na: brak danych dotyczących współczynnika absorpcji uwzględniającego dymienie w przypadku pojazdu typu C, czy rozmiaru opon dla pojazdu typu A skoro w zakresie tym Zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań. W ocenie Izby, Zamawiający równie niesłusznie pominął dokumenty uzupełnione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie. Skoro Odwołujący przesłał do Zamawiającego wymagane dokumenty za pomocą jednego ze sposobów komunikowania się określonych w SIWZ (poczta elektroniczna) przed upływem wyznaczonego terminu a następnie niezwłocznie doręczył je Zamawiającemu w formie pisemnej, to w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający winien był uwzględnić te dokumenty przy ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Fraikin, mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji

ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Z treści dokumentów przedłożonych przez Przystępującego wynika bowiem, iż dysponuje on odpowiednim potencjałem finansowym. Potwierdzają to w ocenie Izby zaświadczenie z banku prowadzącego rachunki Przystępującego oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego wraz z zaświadczeniem BNP Paribas z dnia 10 września 2013 r. Przy czym o ile pierwotnie treść zobowiązania podmiotu udostępniającego wymagała wyjaśnienia czy udostępnienie dotyczy kwoty niezbędnej do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu tak po złożeniu przez Przystępującego wyjaśnień należało uznać, iż wykazał on spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż złożone w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia nie mogą zmieniać oceny złożonych dokumentów. Skoro wyjaśnienia potwierdziły, iż udostępnienie dotyczyło całej kwoty wskazanej w zaświadczeniu wystawionym przez BNP Paribas to zamawiający miał podstawy do uznania, iż Przystępujący spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Fraikin, mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Należy wskazać, iż zamawiający zasadnie skorzystał z dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wzywając Przystępującego do złożenia czy to wymaganych wyciągów świadectw lub wykazów danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem czy wreszcie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wszystkie wymagane

dokumenty, wyjaśniając jednocześnie, że przedło one w ofercie dokumenty oznaczone, jako „Świadectwa zgodności WE” były wykazem danych technicznych o kształcie równoważnym z wyciągiem ze świadectwa homologacji. W ocenie Izby analiza treści oferty Przystępującego przy uwzględnieniu zarówno treści wyjaśnień jak i dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie pozwala na pozytywną ocenę treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Za nieuzasadnione należało również uznać twierdzenia Odwołującego, i zamawiający winien był wezwać Przystępującego do złożenia oryginałów składanych dokumentów a nie do ich uzupełnienia czy wyjaśnienia. Skoro Zamawiający stwierdził sprzeczności, błędy w treści dokumentów, niewątpliwie uprawniony był do zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zaniechanie w tym zakresie nie mogłoby prowadzić do prawidłowej oceny oferty Przystępującego. Nie sposób zgodzić się również z Odwołującym, i niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ miałyby polegać na zaoferowaniu pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro 5, które to nie mogą być zarejestrowane po 1 stycznia 2014 r., gdy obowiązującą jest norma Euro 6. Argumentacja taka nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ, gdzie zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość zaoferowania

pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro 5 lub Euro 6. Tym samym zaoferowanie pojazdów spełniających normę Euro 5 należy uznać za odpowiadające wymogom SIWZ. Za zbędne należy uznać dywagacje na temat czy zaoferowane przez Przystępującego pojazdy zostały ujęte na liście derogacyjnej i uzyskały decyzję Transportowego Dozoru Technicznego a tym samym będą miały możliwość rejestracji po 1 stycznia 2014 r. gdy Zamawiający nie postawił dodatkowego warunku, i w przypadku zaoferowania pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro 5 wykonawcy zobowiązani są do przedłożenia dodatkowo choćby w/w dokumentów. W kontekście podnoszonych przez Odwołującego argumentów, które miałyby świadczyć o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż termin składania ofert upływał w dniu 31 października 2013 r. Skoro zatem Zamawiający nie nałożył na wykonawców dodatkowych obowiązków i dopuścił możliwość zaoferowania pojazdów spełniających normę Euro 5 jak i pojazdów spełniających normę Euro 6 to nie sposób czynić Przystępującemu zarzutu złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ skoro zaoferował pojazdy spełniające jedną z w/w norm.

Mając na względzie powyższe za niezasadny należy również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, gdy Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Tym samym brak było również podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co czyni zarzut w tym zakresie niezasadnym.

Oddalając odwołanie, Izba wzięta pod uwagę dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzając, iż wskazane naruszenia przepisów ustawy nie miały wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....