

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 8 i 9 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2018 r. przez

odwołującego: S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. 43-346 Bielsko - Biała, ul. Bestwińska 105 A w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy 87-100 Toruń, ul. Okólna 37 przy udziale wykonawcy Konsorcjum: DEMARKO Sp. z o.o. Sp. k. 41-605 Świętochłowice, ul. Sądowa 19- Lider Konsorcjum oraz SILTEC Sp. z o.o. 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 12 - Członek Konsorcjum, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. 43-346 Bielsko - Biała, ul. Bestwińska 105 A i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. 43-346 Bielsko - Biała, ul. Bestwińska 105 A tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. 43-346 Bielsko - Biała, ul. Bestwińska 105 A kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Skarbu Państwa - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy 87-100 Toruń, ul. Okólna 37 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Toruniu.

Przewodniczący:

#### Uzasadnienie

#### Odwołanie

Dnia 25 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przy ul. Postępu 17A, 02 - 676 Warszawa odwołujący pod firmą S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. ul. Bestwińska 105A, 43 - 346 Bielsko-Biała reprezentowany przez pełnomocnika: r.pr. M. Z., Kancelaria Radcy Prawnego D. Z. & Partnerzy złożył odwołanie.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Skarb Państwa -12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (12 WOG) z siedzibą przy ul. Okólna 37, 87-100 Toruń.

Postępowanie zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzone jest na „Dostawę samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności”.

Zamawiający nadał postępowaniu numer referencyjny: P/02/IW/18.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zmianami) dalej zwanej „ustawą Pzp”, odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań zamawiającego w postępowaniu, tj. od czynności zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Demarko Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Świętochłowicach (41 - 605) przy ul. Sądowej 19 i Siltec Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (05 - 800) przy ul. Parzniewskiej 12 (dalej: „Konsorcjum Demarko” ) z uwagi na złożenie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, niedozwoloną zmianę podmiotu trzeciego, złożenie oferty niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), jak również z innych powodów szczegółowo opisanych w treści niniejszego odwołania.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności (w dalszej części SIWZ zamiennie użyto określenia „pojazd”), w ilości:

- w roku 2018-24 szt.,
- w roku 2019-40 szt.,
- w roku 2020 - 52 szt.

Zgodnych z wymaganiami określonymi w wymaganiach eksploatacyjno- technicznych (WE-T) - załącznik nr 1 do SIWZ, który stanowi jej integralną część.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U. UE w dniu 22 lutego 2018 r., numer ogłoszenia 2018/S 037-080154.

Odwołujący wskazał, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

ustawy Pzp. Zgodnie zatem z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 16 lipca 2018 r., w którym Zamawiający przesłał Odwołującemu pocztą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. W związku z tym, niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 25 lipca 2018 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia:

1. art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, jak również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia wykonawcy wskazanego pierwotnie w ofercie a odnoszącego się do doświadczenia podmiotu trzeciego (IVECO Poland SP. Z o.o.):

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12), art. 22a ust. 1, art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą oraz bezzasadne wezwanie Konsorcjum Demarko w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie - IVECO Poland Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jak również niedopuszczalne wezwanie do uzupełnienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć

Konsorcjum Demarko z uwagi na niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu

dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, jak również nie powinien być wzywać do uzupełnienia oraz zastąpienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

(nieprawdziwych) innymi;

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum

Demarko z udziału w Postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za

odrzuconą, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia

warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, jak

również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia wykonawcy uzupełnionego w wyniku zmiany podmiotu trzeciego, na

zasobach którego polega Konsorcjum Demarko (IVECO Defence Vehicles S.p.A.):

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art 22a ust. 2, art. 25a ust. 1, art. 25a ust 3 pkt 1), art. 9 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w

Postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, mimo że Konsorcjum Demarko nie wykazało, że będzie dysponowało zasobami podmiotu trzeciego IVECO Defence Vehicles S.p.A. z uwagi na fakt, że:

a) Konsorcjum Demarko nie wykazało, że dysponowało zasobami IVECO Defence

Vehicles S.p.A. na dzień składania ofert (tj. że oświadczenie w zakresie posiadania zasobów wskazanego podmiotu, jak dokument JEDZ wydany na rzecz ww. podmiotu były aktualne na dzień składania ofert),

b) zobowiązanie do udostępnienia zasobów ww. podmiotu trzeciego zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną, a do tego przedłożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem,

c) załączono niewłaściwe tłumaczenie JEDZ,

d) załączono niewłaściwe tłumaczenie referencji z dnia 7 czerwca 2018 r.,

e) pełnomocnictwo wydane na rzecz osoby reprezentującej IVECO Defence Vehicles

5. p.A. zostało przedłożone w niewłaściwej formie, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z uwagi na niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych;

5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 KC poprzez bezzasadne wezwanie do wyjaśnień i poprawienie jako oczywistej omyłki pisarskiej szerokości w centralnej części skrzyni ładunkowej oferowanych przez Konsorcjum Demarko pojazdów, podczas gdy Konsorcjum Demarko zaoferowało świadczenie niemożliwe do spełnienia, tj. przedmiot zamówienia niezgodny z treścią SIWZ jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, co powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty;

6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że nie zaoferowało ono żądanych przez Zamawiającego minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich, podczas gdy Zamawiający powinien odrzucić przedmiotową ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ;

7. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że zaoferowało ono jako rok produkcji przedmiotu zamówienia „2018” podczas gdy Zamawiający wymagał, aby rok produkcji był zgodny z rokiem dostawy pojazdów w poszczególnych latach co powinno skutkować odrzuceniem przedmiotowej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ;

8. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko, zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu a jego oferta podlega odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu oraz odrzucić ofertę złożoną przez ww. Wykonawcę i zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3. wykluczenie Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12), 16) i 17) ustawy Pzp,

4. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko jako niezgodnej z treścią SIWZ,

5. dokonania wyboru oferty Odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazuje na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadalby i ocenił ofertę złożoną przez Konsorcjum Demarko. W konsekwencji, Zamawiający nie dokonałby wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, lecz wykluczyłby Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu oraz odrzuciłby ofertę przez nie złożoną z uwagi na wystąpienie podstaw do jej odrzucenia opisanych w treści niniejszego odwołania. Wówczas, Zamawiający dokonałby wyboru oferty Odwołującego, który zaoferował ofertę zgodną z treścią SIWZ, która zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. W wyniku powyższego, tj. gdyby Zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie i osiągnął zysk, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik Postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Ad 1.

[Informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego - doświadczenie pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego IVECO Poland SP. z o.o.

1. Zamawiający w Rozdziale V pkt 1.3.1.1. SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykaże, że: w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował lub realizuje - w ramach jednej dostawy - dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych konstrukcyjnie do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, potwierdzoną dowodami, że została lub jest wykonywana należycie. Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedną umowę). Poprzez „samochód ciężarowy”, Zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony.

Jednocześnie w Rozdziale VI pkt 5.1.2. SIWZ Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona przedstawi wykaz dostaw, wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert - załącznik nr 4 do SIWZ.

Ponadto w Rozdziale V SIWZ Zamawiający postanowił, że:

5. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 1.3. niniejszego rozdziału SIWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

6. Zamawiający jednocześnie informuje, iż „stosowna sytuacja” o której mowa w rozdz. V. 5) niniejszej SIWZ wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy:

6.1. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

6.2. Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy PZP.

2. Konsorcjum Demarko w treści oferty oświadczyło, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego, tj.

IVECO Poland Sp. z o.o. Do oferty został dołączony JEDZ ww. podmiotu w treści, którego w Części IV Sekcji C pkt 1b) opisano doświadczenie IVECO Poland Sp. z o.o. (strona 60 oferty

Konsorcjum Demarko). We wskazanym dokumencie wymieniono:

Opis Kwoty Daty Odbiorcy

Dostawa

pojazdów o ładowności pow. 6,5t Pow. 10 min PLN W trakcie AMZ Kutno

3. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2018 r. wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Konsorcjum Demarko przedłożyło: a) wykaz dostaw z dnia 15 czerwca 2018 r. (strona 12 pisma Konsorcjum Demarko z dnia 15 czerwca 2018 r.)

Wymagania Wykonane (wykonywane) dostawy wraz z podaniem ich wartości. Nazwa i adres Zamawiającego/Odbiorcy, na rzecz którego wykonano dostawę. Termin wykonania (obowiązania umowy od - do)

Dostawa nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu Dostawa nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów AMZ KUTNO S.A.

ul. Skłęczkowska 18 99 - 300 Kutno 28.06.2016 - 21.09.2020  
pojazdów przeznaczonych

przeznaczonych konstrukcyjnie

konstrukcyjnie do przewozu  
do przewozu ładunków), o

ładunków), o ładowności

ładowności homologacyjnej  
homologacyjnej nie mniejszej niż  
nie mniejszej 6,5 tony  
niż 6,5 tony zrealizowaną na  
zrealizowaną na rzecz jednego  
rzecz jednego Odbiorcy, o  
Odbiorcy, o wartości brutto:  
wartości brutto 23.842.812 zł  
nie mniejszej  
niż: 10 000 000  
zł.

b) referencje z dnia 19 kwietnia 2018 r. wystawione przez AMZ - KUTNO S.A. na rzecz IVECO Poland Sp. z o.o. (strona 13 pisma Konsorcjum Demarko z dnia 15 czerwca 2018 r.). Z treści wskazanego dokumentu wynika, że IVECO Poland Sp. z o.o. „aktualnie realizuje obecnie umowę zawartą z AMZ Kutno S.A. w 2016 roku na dostawę samochodów ciężarowych średniej ładowności. Wartość umowy przekracza 10 000 000 pin brutto (słownie: dziesięć milionów pin brutto). Ładowność pojazdów przekracza 6 500 kg. Dotychczasowe dostawy zrealizowane zostały należycie”

4. Zamawiający kolejno pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. wezwał Konsorcjum

Demarko do złożenia wyjaśnień w zakresie:

a) Wartości zrealizowanych dostaw na dzień składania ofert - Zamawiający powziął wątpliwości czy w ramach trwającej do dnia 21 września 2020 r. t na dzień składania ofert, tj. 27 kwietnia 2018 r., IVECO Poland Sp. z o.o. zrealizowała należycie dostawy o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł.

b) „Czy wskazane w wykazie dostawy obejmowały nowe samochody ciężarowe (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, czy obejmowały tylko i wyłącznie podwozia bazowe do zabudowy?”.

5. W odpowiedzi na powyższe, Konsorcjum Demarko pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. poinformowało Zamawiającego, że w związku z wątpliwościami Zamawiającego, dotyczącymi złożonego wykazu dostaw, Konsorcjum Demarko podjęło działania mające na celu zastąpienie podmiotu, na zasobach którego polega w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, innym podmiotem zgodnie z art. 22a ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp (zarzut nr 2).

6. Tym samym, Konsorcjum Demarko uchyliło się od odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego kluczowe pytania, co świadczy o tym, że po pierwsze wartość zrealizowanego na dzień składania ofert zamówienia wskazanego pierwotnie w ofercie wykonywanego przez Konsorcjum Demarko nie osiągnęła żądanego przez Zamawiającego poziomu 10 000 000 zł brutto, a po drugie zamówienie to dotyczyło dostawy podwozi bazowych do zabudowy, a nie „kompletnych” nowych samochodów ciężarowych.

7. Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Demarko w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przekazało Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do potwierdzenia

spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w wyniku czego już w tym momencie Postępowania powinno zostać wykluczone z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp.

8. Konsorcjum Demarko, oświadczyło bowiem, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu opisany w Rozdziale V pkt 1.3.1.1. SIWZ podczas, gdy w świetle wiedzy Odwołującego przedmiotem zamówienia realizowanego przez IVECO Poland SP. z o.o. jest wyłącznie dostawa podwozi do zabudowy, a nie kompletnych samochodów z homologacją, które można zarejestrować. Innymi słowy, Konsorcjum Demarko wskazało inny przedmiot zamówienia niż był wymagany przez Zamawiającego w treści warunku udziału w Postępowaniu, przez co wprowadził Zamawiającego w błąd. Tym samym, Konsorcjum Demarko przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością oświadczając, że zadanie referencyjne wykonane przez Iveco Poland Sp. z o.o. dotyczyło dostawy nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu nowych ładunków), o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony.

9. Przedmiotową okoliczność potwierdza także fakt, że Konsorcjum Demarko nie złożyło jednobrzmiącego oświadczenia w treści JEDZ, wykazie dostaw, referencjach, jak i uchyliło się od odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2018 r, który dążył do tego, aby uzyskać szczegółowe informacje o przedmiocie zamówienia.

10. Zamawiający w związku z tym powinien był wykluczyć Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu z uwagi na przekazanie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej.

11. Co więcej Zamawiający działając z należytą starannością powinien był - w związku z nieprzekazaniem przez Konsorcjum Demarko żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień, samodzielnie w trybie §2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wystąpić do podmiotu, na rzecz którego zostało wykonane zamówienie referencyjne, tj. AMZ Kutno S.A. z prośbą o udzielenie informacji w zakresie wartości zrealizowanej na dzień złożenia ofert dostawy oraz jej przedmiotu.

12. Jak się przyjmuje w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) (m.in. wyroki z: 14 marca 2017 r. sygn. akt 348/17, 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1257/17) dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd - zakres i wartość zamówienia referencyjnego realizowanego przez IVECO Poland Sp. z o.o.

2. Błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu - oferta złożona Konsorcjum Demarko została wybrana jako najkorzystniejsza.

3. Przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa - Konsorcjum Demarko miało pełną wiedzę o przedmiocie zamówienia referencyjnego (proszę porównać z uwagami zawartymi poniżej).

Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek:

1. Przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd - zakres i wartość zamówienia referencyjnego realizowanego przez IVECO Poland Sp. z o.o.

2. Przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa - opisał zadanie w taki sposób, aby sprawiało wrażenie potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu i uchylił się od odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego, zauważając, że wskazane przez niego doświadczenie nie potwierdza spełniania wymagań Zamawiającego (proszę porównać z uwagami zawartymi poniżej).

3. Informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - oferta złożona Konsorcjum Demarko została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zawarta w obu przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością.

13. Okoliczności niniejszej sprawy nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że Konsorcjum

Demarko chciało wprowadzić Zamawiającego w błąd, podając w wykazie dostaw nieprawdziwe informacje, mimo że miało pełną wiedzę na temat tego jaki rzeczywiście był

zakres (wartość, przedmiot) dostawy zrealizowanej na rzecz AMZ Kutno S.A W

konsekwencji zachowania Konsorcjum Demarko w przedmiotowym stanie faktycznym

wypełniły dyspozycję wyżej zacytowanych norm prawnych zawartych zarówno w art. 24 ust.

1 pkt 16), jak i w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Demarko działało świadomie i z rozmysłem, gdyż zdawało sobie sprawę, że w rzeczywistości

nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. O okoliczności tej jednoznacznie świadczy fakt uchylenia się od odpowiedzi na proste pytania zadane przez

Zamawiającego pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. Składając nieprawdziwe informacje

Konsorcjum Demarko chciało zatem uniknąć wykluczenia z Postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

14. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że jeśli nawet przyjąć, iż Konsorcjum Demarko nie działało w sposób zamierzony, to niewątpliwie Jego zachowanie cechowało co najmniej rażące niedbalstwo. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowywała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Konsorcjum Demarko powinno było zatem dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Opisanie posiadanego doświadczenia w sposób tak dalece odbiegający od rzeczywistości należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić jako co najmniej rażące niedbalstwo.

15. W ocenie Odwołującego zachowanie Konsorcjum Demarko wypełnia też przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Jak to bowiem słusznie wskazano w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 576/17: „Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd '

16. Nie ma żadnych wątpliwości, że Konsorcjum Demarko co najmniej nie dołożyło należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Demarko miało świadomość tego, iż wykazane przez niego doświadczenie w rzeczywistości nie potwierdza spełnienia

postawionego w Postępowaniu warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Niemniej jednak Konsorcjum Demarko opisało wykonywaną przez IVECO Poland Sp. z o.o. dostawę w taki sposób, że stworzyło wrażenie, iż odpowiada ona wymogom ustalonym przez Zamawiającego, przez co wprowadziło w błąd Zamawiającego i w istotny sposób wpłynęło na decyzję Zamawiającego, że Konsorcjum Demarko nie przedłożyło informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie spełnia warunku udziału w Postępowaniu (uchylenie się od odpowiedzi) i że nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

17. W wyroku z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1004/17, Izba uznała, że złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia wykonawcy może stanowić podstawę jego wykluczenia na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Izba wskazała, że wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 §2 Kodeksu cywilnego i że: wskazane

przez przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez wykonawcę zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia".

18. Odwołujący pragnie również wskazać za ww. wyrokiem KIO 1004/17, że: .Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.Z.D.. nie jest zwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 ustawy P.z.o." Analogiczne stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt KIO 1978/17, w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 734/17 oraz Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 19 stycznia 2017 r. (sygn. akt X Ga 739/16): .wskazać także należy, iż w przypadku, w którym mamy do czynienia z niewątpliwym podaniem informacji nieprawdziwych, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, nie znajduje zastosowania przepis art. 26 ust 3 i 4 Pzp. na co wskazywał w części zarzutów wykonawca. Nie można bowiem w trybie tych przepisów uzupełniać czy wyjaśniać informacji nieprawdziwych, co stanowi jednolity pogląd orzecznictwa KIO, jak i Sądów Okręgowych, podzielany przez Sąd Orzekający."

19. Z tego względu wezwanie Konsorcjum Demarko do wskazania nowego podmiotu w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp (zarzut nr 2 poniżej) było niedopuszczalne.

20. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 618/17: „Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 16 ZamPublU, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Odwołujący przedstawił na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia informacje, co do których nie ma wątpliwości, że są niezgodne ze stanem rzeczywistym. Po pierwsze wykonawca złożył oświadczenie (poz. 8 wykazu robót), że zrealizował zadanie o zakresie i wartości wymaganych przez Zamawiającego. (...) Wobec powyższego należy stwierdzić, że są to informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, czego nie zmienia fakt, że Zamawiający w wyniku przeprowadzonej przez siebie weryfikacji ustalił niezgodność tych informacji ze stanem faktycznym. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust 1 pkt 16 ZamPublU nie może być rozumiane w ten sposób, że Zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, Zamawiający nie miałby możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Zatem do przyjęcia, że Zamawiający został wprowadzony w błąd wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. (...) Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że nie miał podstaw faktycznych by wprowadzać Zamawiającego w błąd, nie było bowiem problemu, by potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu innymi referencjami. Odnosząc się do tego stanowiska należy wskazać, że Zamawiający - podejmując decyzję w przedmiocie zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ZamPublU - nie ma obowiązku dociekania, czy wykonawca legitymuje się innym doświadczeniem, niż pierwotnie wskazane, czy też jest to jego jedyne doświadczenie i nie ma możliwości potwierdzenia spełniania warunku udziału w

postępowaniu w inny sposób. (...) W ocenie Izby, mimo braku konkretnych dowodów,

istnieją podstawy do oceny, że przedstawienie informacji, których dotyczy spór było wynikiem zamierzonego działania wykonawcy. (...) Należy to uznać co najmniej za kwalifikowaną postać niedbalstwa, znacznie dalej idącą niż zwykły brak staranności,

zwłaszcza biorąc pod uwagę, że Odwołujący działa jako profesjonalista, obowiązują go więc standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności. Ocena zachowania wykonawcy musi zatem uwzględniać podwyższone wymagania dotyczące staranności, dokładności, przewidywania konsekwencji faktycznych i prawnych swych działań. Biorąc to pod uwagę, nawet najłagodniejsza ocena działań Odwołującego prowadzi do wniosku, że nie zachował on elementarnych zasad prawidłowego działania profesjonalisty.”

21. Mając na uwadze powyższe, świadome przedstawienie przez Konsorcjum Demarko nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik Postępowania, skutkować winno wykluczeniem tego Wykonawcy z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp. Zamawiający w sposób zupełnie bezpodstawny naruszył ww. normy prawne, a co więcej wezwał Konsorcjum Demarko do zastąpienia informacji nieprawdziwych dotyczących doświadczenia podmiotu IVECO Poland Sp. z o.o. - pierwotnie wskazanego w treści oferty, pozwalając - zgodnie z sugestią ww. Konsorcjum do wskazania innego podmiotu trzeciego.

Ad 2.

[Zastąpienie pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego IVECO Poland Sp. z o.o. innym podmiotem, tj. IVECO Defence Vehicle S.p.A.]

22. Zamawiający w sposób zupełnie nieuprawniony wezwał Konsorcjum Demarko w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu IVECO Poland Sp. z o.o. (którego doświadczenie referencyjne nie zostało jednoznacznie wyjaśnione przez Konsorcjum

Demarko, a które zdaniem Odwołującego w tym zakresie przedstawiło informacje

wprowadzające w błąd) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego

wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe.

23. W odpowiedzi na powyższe, Konsorcjum Demarko powołało się na zasoby innego podmiotu - nie wymienionego pierwotnie w ofercie - IVECO Defence Vehicles S.p.A.

24. W tym miejscu, Odwołujący podnosi, że przedmiotowa czynność - uznana przez Zamawiającego za prawidłową - była niedopuszczalna po pierwsze dlatego, że nie można informacji nieprawdziwych zastąpić żadnymi innymi w toku prowadzonego postępowania, a po drugie w świetle ukształtowanego i ugruntowanego orzecznictwa nie można po upływie terminu składania ofert przekazać Zamawiającemu dokumentów mających służyć potwierdzeniu spełniania warunków udziału w Postępowaniu, dotyczących podmiotu trzeciego, który nie został pierwotnie wskazany w treści oferty.

25. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”) z 4 maja 2017

r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt zostało wskazane m.in. że „artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia”.

26. Na bazie wskazanego wyroku TSUE zaczęła się kształtować linia orzecznicza KIO stosownie, do której wykonawca nie może w trakcie weryfikacji oferty wskazać podmiotu trzeciego (jeżeli pierwotnie w ofercie wskazał, że ma własne doświadczenie), ani go zmienić na inny podmiot. Takiej informacji, tj. o podmiocie trzecim jakim jest IVECO Defence Vehicles S.p.A. nie było bowiem w treści oferty czego Zamawiający zdaje się nie zauważać, skoro bezpodstawnie wezwał Konsorcjum Demarko pismem z dnia 27 czerwca 2018 r. w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu IVECO Poland Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami.

27. Czynność Zamawiającego była więc niedopuszczalna - po uchyleniu się przez Konsorcjum Demarko od odpowiedzi na szczegółowe pytania Zamawiającego dotyczące wartości i zakresu zamówienia wykonanego przez IVECO Poland Sp. z o.o. na rzecz AMZ Kutno S.A. Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

28. W tym miejscu należy odwołać się do jednego z ostatnich stanowisk jakie zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 572/18. W sprawie tej wykonawca wykluczony za niespełnianie warunków udziału w postępowaniu - pokazał na wezwanie zamawiającego dokumenty innego niż pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu - chciał aby zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów tego podmiotu na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp (czyli tak jak zrobił to 12 WOG Toruń). Izba uznała, że takie zachowanie jest niedopuszczalne: „Odwołujący jak sam oświadcza w odwołaniu, „ W treści oferty wykonawca [Odwołujący] w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu założył, że będzie polegać na zasobach innych podmiotów” Później jednak zmienił zdanie (ponieważ stwierdził, że „nie jest w stanie ustalić, czy te podmioty spełniają wymagania”). W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, jeżeli Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych), Odwołujący, jak sam opisuje w odwołaniu, poinformował o braku możliwości złożenia dokumentów podmiotów trzecich wskazanych w ofercie, i wyraził gotowość gotowości zmiany tych podmiotów w trybie art. 22a ust. 6 ustawy. (...) Reasumując, w niniejszym postępowaniu Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, dotyczących podmiotów trzecich, nie przedstawił takich dokumentów. Załączył natomiast zobowiązanie innego podmiotu. Nawet, gdyby Odwołujący zaproponował zupełnie nowe podmioty trzecie, za pomocą zasobów których to podmiotów mógłby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wobec zacytowanego wyżej orzeczenia ETS nie można byłoby zaakceptować takiej zamiany podmiotów. Odwołujący, jak zresztą wynika z treści odwołania, składając ofertę, nie miał ani wiedzy, ani pewności, że podmioty trzecie wskazane w ofercie, na zasobach których ma polegać, spełniają warunki udziału w postępowaniu.”

29. Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1059/18: „To po stronie Wykonawcy leży obowiązek przygotowania oferty tak aby z jej treści w sposób niebudzący wątpliwości wynikało w jakim zakresie, w odniesieniu do którego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca zamierza powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Mając powyższe na względzie, a także wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) Izba uznała za nieprawidłowe działanie Odwołującego, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego niewskazanego w pierwotnie złożonej przez niego ofercie. Taka zmiana stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty, a zatem dokumenty złożone przez Odwołującego nie mogły stanowić podstawy dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej - posiadania polisy OC. ”

30. W związku z tym, Konsorcjum Demarko nie było uprawnione do zmiany pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego IVECO Poland Sp. z o.o. na inny podmiot trzeci - IVECO Defence Vehicles S.p.A. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych. Dalej Zamawiający w sposób bezpodstawny ocenił dokumenty złożone przez Konsorcjum Demarko w odniesieniu do „zamienionego” podmiotu trzeciego i do tego uznał, że Konsorcjum Demarko wykazało spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych.

31. Ponadto, z daleko idącej ostrożności, Odwołujący podnosi, że możliwość skorzystania z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie może być alternatywą wobec wykorzystania jednokrotności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak powszechnie wiadomo i co potwierdza bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia w tym samym zakresie może mieć charakter jednokrotny. Wezwanie do uzupełnienia następujące w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający nie może - powołując się na inną podstawę prawną - dać wykonawcy możliwość uzupełnienia w tym samym zakresie dokumentów mających np. potwierdzać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu z powołaniem się na inną podstawę prawną. Takie zachowanie stanowi bowiem jawne naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

32. Zamawiający nie powinien był zatem wzywać Konsorcjum Demarko w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, lecz powinien był stwierdzić, że Konsorcjum Demarko nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznych lub zawodowych wobec czego powinno zostać wykluczone z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp czego Zamawiający zaniechał.

Ad 3.

[Informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego - doświadczenie „zamienionego” podmiotu trzeciego IVECO Defence Vehicles S.p.A.]

33. Niezależnie od tego, że Zamawiający nie był upoważniony do wezwania Konsorcjum Demarko do zmiany pierwotnie wskazanego podmiotu trzeciego IVECO Poland Sp. z o.o. (informacje nieprawdziwe, niedozwolona zmiana podmiotu trzeciego) Konsorcjum Demarko przekazało Zamawiającemu w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa kolejne informacje wprowadzające Go w błąd w zakresie mającym potwierdzać spełnianie warunku udziału w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych.

34. Konsorcjum Demarko oświadczyło w uzupełnionym wykazie dostaw, że „zamieniony” podmiot trzeci, tj. IVECO Defence Vehicles S.p.A. wykonał następujące zadanie:

Wymagania Wykonane (wykonywane) dostawy wraz z podaniem ich wartości. Nazwa i adres Zamawiającego/Odbiorcy, na rzecz którego wykonano dostawę. Termin wykonania (obowiązania umowy od - do)

Dostawa Dostawa Ministerstwo Obrony 26.05.2015 do

nowych nowych Hiszpanii 07.06.2018

samochodów samochodów 28071 Madryt

ciężarowych (w ciężarowych (w C/Prim 6/8

rozumieniu rozumieniu

pojazdów pojazdów

przeznaczonych przeznaczonych

konstrukcyjnie konstrukcyjnie

do przewozu do przewozu

ładunków), o ładunków), o

ładowności ładowności

homologacyjnej homologacyjnej

nie mniejszej niż nie mniejszej niż

35. Ponadto, Konsorcjum Demarko przedłożyło dokument z dnia 7 czerwca 2018 r. wydany przez Ministerstwo Obrony Hiszpanii z treści, którego wynika, że „Pan L. O., pułkownik hiszpańskiej armii, w imieniu Ministerstwa Obrony Hiszpanii, potwierdza, że spółka

(brak fragmentu tabelki)

IVECO DV S.p.A. dostarczyła armii hiszpańskiej pojazdy o ładowności przekraczającej 6,5 t za równowartość 2 500 000 EUR bez podatku zgodnie z umową nr 2 0911 2013 9001 00

podpisaną dnia 26 maja 2015 roku. Wskazana dostawa spełnia potrzeby armii hiszpańskiej.”

36. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Demarko przekazało

Zamawiającemu kolejne informacje wprowadzające go w błąd, które nie są zgodne z rzeczywistością. Konsorcjum Demarko oświadczyło bowiem, że ww. zamówienie zgodne z

umową nr 2 0911 2013 9001 00 z dnia 26 maja 2015 r. wykonało 'ECO Defence Vehicles S.p.A. i dla tej spółki przekazało wszelkie dokumenty „formalne” wymagane przez Zamawiającego, tymczasem z informacji powszechnie dostępnych w sieci Internet wynika, że wykonawcą ww. zadania była zupełnie inna spółka: IVECO Espana. S.L.

37. Co więcej, postępowanie o udzielenie zamówienia, które miało zrealizować IVECO Defence Vehicles S.p.A. zostało wszczęte w dniu 12 kwietnia 2014 r., termin składania ofert został ustalony na dzień 31 lipca 2014 r. a następnie przesunięty na dzień 7 października 2014 r. Umowa w sprawie realizacji niniejszego zamówienia została natomiast podpisana w dniu 26 maja 2015 r.

38. Jednocześnie z dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Demarko w dniu 2 lipca 2018 r. dla „zamienionego” podmiotu IVECO Defence Vehicles S.p.A., tj. z zaświadczenia o rejestracji spółki z dnia 28 czerwca 2018 r. przedłożonego wraz z tłumaczeniem na język polski wynika, że spółka ta została założona w dniu 19 listopada 2014 r., a rozpoczęła działalność w dniu 21 listopada 2014 r.

39. Z powyższych informacji jednoznacznie wynika więc, że Konsorcjum Demarko przekazuje Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością. IVECO Defence Vehicles S.p.A. nie mogła bowiem ubiegać się o udzielenie zamówienia, w którym termin składania ofert upływał w dniu 7 października 2014 r., w momencie w którym jeszcze nie istniała i nie rozpoczęła działalności (21 listopada 2014 r.).

40. Tym samym, Konsorcjum Demarko wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie podmiotu, który zrealizował powyższe zadanie. Nie sposób uznać, że Konsorcjum Demarko nie wiedziało o powyższym skoro ustalenie tego faktu nie wymaga nadmiernych czynności świadczących o zachowaniu należytej staranności wymaganej od profesjonalisty jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia.

41. W konsekwencji w pełni zasadna jest argumentacja przytoczona w pkt Ad 1 powyżej, a Konsorcjum Demarko powinno zostać wykluczone z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Ad 4.

[Dokumenty „zamienionego” podmiotu nieaktualne na dzień składania ofert, podpisane przez osobę nieumocowaną, złożone w niewłaściwej formie- brak wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu]

42. Odwołujący - niezależnie od ww. zarzutów - zauważa, że z treści dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Demarko odnoszących się do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego - IVECO Defence Vehicles S.p.A. nie wynika, że Konsorcjum Demarko dysponowało zasobami ww. podmiotu na dzień składania ofert, tj. 27 kwietnia 2018 r. Wobec tego Konsorcjum Demarko, nie udowodniło - wbrew ciężącego na nim obowiązku - że na dzień składania ofert spełniało warunek udziału w Postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznych lub zawodowych. W ocenie Odwołującego, w świetle brzmienia art. 25a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany przedłożyć wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia aktualne na dzień składania ofert, natomiast art. 26 ust. 1 ustawy Pzp pozwala aby wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona złożył dokumenty aktualne na dzień ich złożenia, ale dokumenty te potwierdzają okoliczności zawarte we wstępnym oświadczeniu, a nie odnoszą się do nowej treści, informacji tak jak to miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

43. Ponadto, stosownie do brzmienia art. 25a ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Jednocześnie w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp unormowano, że do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust.

44. Ze złożonego przez Konsorcjum Demarko dokumentu JEDZ nie wynika, aby zawierał on informacje aktualne na dzień złożenia oferty, tj. 27 kwietnia 2018 r. Został on opatrzony datą 2 lipca 2018 r. (do tego złożony bez tłumaczenia na język polski) wobec czego należy uznać, że zawiera on informacje aktualne wyłącznie na ten dzień.

45. Co więcej, zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 28 czerwca 2018 r. zostało podpisane przez osobę nieupoważnioną do składania oświadczeń w imieniu „zamienionego” podmiotu IVECO Defence Vehicles S.p.A, tj. Pana V. M.

46. Do dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Demarko w dniu 2 lipca 2018 r. zostało dołączone pełnomocnictwo wraz z tłumaczeniem na język polski wydane na rzecz Pana Vincenta Macrander przez IVECO Defence Vehicles S.p.A. z dnia 2 lipca 2018 r. W tym miejscu Odwołujący zauważa, że:

a) Zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało wystawione w dniu 28 czerwca 2018 r. przez Pana V. M. - w tym dniu Pan V. M. nie był umocowany do składania oświadczeń woli w imieniu IVECO Defence Vehicles S.p.A.

Ponadto:

b) Zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało przedłożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Pana M. K. (pełnomocnika Konsorcjum Demarko). Jak się powszechnie przyjmuje dokumenty określone w ustawie Pzp należy przedłożyć w formie oryginału.

c) JEDZ został - w języku angielskim - podpisany w dniu 2 lipca 2018 r. przez Pana V. M. - nie mniej jednak nie zostało dołączone tłumaczenie na język polski ww. dokumentu. Zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, natomiast Zamawiający w Rozdziale X ust. 3 SIWZ postanowił, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Do dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Demarko zostało dołączone bowiem tłumaczenie przysięgłe z języka angielskiego dokumentu JEDZ, ale opatrzone data 28 czerwca 2018 r. wobec tego jest to tłumaczenie innego dokumentu niż tego, który został przedłożony w oryginale (w języku angielskim).

d) Dokument mający stanowić potwierdzenie należytego wykonania umowy został przedłożony bez właściwego tłumaczenia na język polski. Otóż dokument ten w wersji oryginalnej został przedłożony w języku hiszpańskim. Do wskazanego dokumentu dołączono jednocześnie tłumaczenie na język polski z treści, którego wynika, że „Niniejszy dokument sporządzono w języku hiszpańskim i angielskim. Poniższe tłumaczenie dotyczy wyłącznie treści w języku angielskim.” Wobec tego należy uznać, że Konsorcjum Demarko przedłożyło dokument referencji bez tłumaczenia na język polski, co stanowi naruszenie art. 9 ust. 2 ustawy Pzp oraz postanowienia zawartego w Rozdziale X ust. 3 SIWZ.

e) Pełnomocnictwo z dnia 2 lipca 2018 r. wydane na rzecz Pana M. V. H. zostało przedłożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Pana M. K. (pełnomocnika Konsorcjum Demarko). Zamawiający w Rozdziale X ust. 1 pkt 5) SIWZ postanowił, że „W przypadku podpisania oferty oraz poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów przez osobę niewymienioną w dokumencie rejestracyjnym (ewidencyjnym) m.in. KRS, CEiDG i innych odpowiednich dla Wykonawcy lub danego podmiotu, należy do oferty dołączyć stosowne pełnomocnictwo w oryginale lub kopii poświadczonej notarialnie.” Analogiczne postanowienia co do formy pełnomocnictwa Zamawiający zamieścił w Rozdziale VI ust. 23 i 24 SIWZ. Wobec tego ww. dokument został przedłożony w niewłaściwej formie i nie powinien podlegać ocenie przez Zamawiającego.

47. W konsekwencji dokumenty te nie mogą być ocenione przez Zamawiającego jako prawidłowe, skuteczne i realne udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci. Jak wynika z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienia, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

48. Konsorcjum Demarko nie udowodniło, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania IVECO Defence Vehicles S.p.A., jak również nie przedłożyło prawidłowych dokumentów w związku z czym nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych.

49. Co więcej, Zamawiający nie ma możliwości wezwania Konsorcjum Demarko do uzupełnienia ww. dokumentów - ponieważ niezależnie od ww. zarzutów podniesionych w odwołaniu - ich przedłożenie stanowiłoby trzecie niedozwolone uzupełnienie w tym samym zakresie. Konsorcjum Demarko kompletowałoby bowiem dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej więcej niż w ramach jednokrotnego wezwania w tym samym zakresie.

Ad 5.

[Niedozwolona poprawa oferty w zakresie szerokości zaoferowanego przez Konsorcjum Demarko pojazdu]

50. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ - WET w Rozdziale XI „Wymagania dotyczące skrzyni ładunkowej” w pkt 1 lit. n) w zakresie skrzyni ładunkowej wskazał, że „wysokość skrzyni ładunkowej musi wynosić minimum 1 800 mm na szerokości w centralnej części skrzyni ładunkowej minimum 1 000 mm”. Jednocześnie w Rozdziale I WET „Wymagania ogólne” pkt 1 lit. f) tiret trzecie Zamawiający postanowił, że pojazdy muszą spełniać wymagania określone w następujących aktach prawnych: rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 2022 z późn. zm.). Jak wynika z § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia szerokość pojazdu, z zastrzeżeniem ust. 13, § 45 ust. 3 pkt 1, § 54 ust. 3, nie może przekraczać 2 550 mm.

51. Konsorcjum Demarko w treści Formularza parametrów technicznych w pkt XI.1n) wskazało, że wysokość skrzyni ładunkowej wynosi 1 949 mm na szerokości w centralnej części skrzyni ładunkowej 2 840 mm (strona 11 oferty).

52. Do oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko został dołączony również dokument informacyjny zgodny z Dyrektywą 2007/46/WE ostatnio zmienioną Rozporządzeniem nr 1171/2014. Z pkt 2.4.2.2. ww. dokumentu wynika, że szerokość w zależności od typu pojazdu może wynosić dla zaoferowanego typu i wariantu pojazdu maksymalnie 2470 - 2600 (strona 13 oferty).

53. W związku z tym, należy stwierdzić, że Konsorcjum Demarko zaoferowało przedmiot zamówienia - pojazd o szerokości skrzyni nie tylko niezgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, na skutek czego taki pojazd nie otrzyma świadectwa zgodności (Certificate of Conformity) i nie będzie można go zarejestrować, ale także niezgodny będzie z warunkami zabudowy określonymi przez producenta podwozia bazowego.

54. Zamawiający zauważył powyższą nieprawidłowość i zamiast odrzucić ofertę złożoną przez Konsorcjum Demarko jako niezgodną z treścią SIWZ i powszechnie obowiązującymi przepisami na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, to wezwał ww. Wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 29 maja 2018 r.) w zakresie rozbieżności pomiędzy złożonym przez Wykonawcę oświadczeniem woli, potwierdzającym spełnianie wszystkich wymagań określonych w WET, a parametrem na szerokości w centralnej części skrzyni ładunkowej, wskazanym przez Wykonawcę w formularzu parametrów technicznych jako: 2 840 mm.

55. W odpowiedzi na powyższe, Konsorcjum Demarko oświadczyło, że w przedłożonej

przez niego ofercie wystąpił błąd literowy (pisarski) polegający na wpisaniu wymiaru 2 840 mm zamiast 2480 mm (pismo z dnia 30 maja 2018 r.). Na skutek niniejszego, Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprawił oczywistą omyłkę pisarską przyjmując za prawidłową w centralnej części skrzyni ładunkowej 2 480 mm.

56. Z taką czynnością Zamawiającego nie zgadza się Odwołujący. Aby można było poprawić omyłkę pisarską mającą charakter oczywisty - Zamawiający musi być w stanie ustalić ją bez jakichkolwiek wątpliwości, na podstawie treści samej oferty, bez konieczności wzywania wykonawcy do jakichkolwiek wyjaśnień. Ponadto, taka omyłka powinna być możliwa do poprawienia „na pierwszy rzut oka” przy uwzględnieniu informacji zamieszczonych w ofercie złożonej przez wykonawcę.

57. Jak zostało podniesione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 665/15: „Brak jest ustawowej definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Także zakres poprawienia oczywistej omyłki nie jest unormowany. W związku z tym każdorazowo należy przeanalizować czy dana zmiana w ofercie mieści się w pojęciu poprawy oczywistej omyłki pisarskiej. Ze względu na swoją oczywistość - poprawa nie może być wynikiem prowadzenia wnikliwych badań, a powinny być wynikiem łatwo dostępnych informacji i niezawansowanej wiedzy. Np. wiedzą taką mogą być powszechne wiadomości wyniesione ze szkoły, ze studiów, z praktyki zawodowej czy z życia codziennego. Łatwo dostępne informacje mogą być zawarte także np. w innych miejscach oferty, nawet w części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. (...) Podkreślenia wymaga, że oczywistości omyłki nie można oddzielać od wiedzy zamawiającego czy posiadanych przez niego wiadomości, a wprost zagadnienie oczywistości omyłki należy tą wiedzą uzasadniać. Kolejną cechą omyłki, którą należy wziąć pod uwagę, aby móc dokonać poprawy oczywistej omyłki pisarskiej jest jej niezamierzony charakter.”

58. W przedmiotowym stanie faktycznym, omyłka nie miała charakteru oczywistego, nie była możliwa do ustalenia bez ingerencji Konsorcjum Demarko, ingerowała w treść merytoryczną oferty i nie mogła zostać poprawiona przez Zamawiającego, a już tym bardziej jako oczywista omyłka pisarska.

59. Błąd jaki popełniło Konsorcjum Demarko nie jest oczywisty, jego niedokładność nie narzuca się każdemu, Zamawiający nie był go w stanie poprawić bez konieczności skonsultowania z ww. Konsorcjum. Tym samym nie mógł on zostać poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W wyroku KIO z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 770/14 zostało podniesione, że Izba zauważa, że możliwość poprawienia oczywistej omyłki w ofercie - tak jak podkreśla się w orzecznictwie - może dotyczyć wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Taka omyłka musi mieć, zatem charakter zwykłego przypadkowego przeoczenia lub innej zwykłej przypadkowej niedokładności, która dla każdego jest oczywista. Oczywista omyłka pisarska musi mieć zatem charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli."

60. Ponadto, poprawa „omyłki” jakiej dopuściło się Konsorcjum Demarko skutkowało zmianą treści oferty, a taka poprawa jest niedopuszczalna w jakichkolwiek okolicznościach, co wprost potwierdza brzmienie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym bardziej w sytuacji, gdy Konsorcjum Demarko zaferowało świadczenie niemożliwe do spełnienia w świetle art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Świadczenie to zaś jest niemożliwe do zrealizowania w świetle przepisów o homologacji i rejestracji pojazdów.

61. Za wyrokiem KIO z dnia 25 marca 2016 r. sygn. akt KIO 384/16 można zauważyć, że: „Nie można było pominąć, iż oferta jest zobowiązaniem spełnienia określonego świadczenia umownego. Tego rodzaju oświadczenie, jeśli nie ma za przedmiot świadczenia obiektywnie niemożliwego, stanowi podstawę nawiązania stosunku umownego. Ma charakter obligacyjny, skutkujący obowiązkiem określonego świadczenia w razie przyjęcia oferty przez jej adresata. Przyjmując tok rozumowania zamawiającego, nie można by przyjąć oferty na dostawę dowolnego przedmiotu zamówienia, który zostanie wytworzony na etapie realizacji umowy, czy też oferty na realizację obiektu budowlanego, albowiem na dzień złożenia oferty zamawiający nie jest w stanie ocenić czy oferowany przedmiot dostawy będzie istniał, oraz czy będzie spełniał wymagania minimalne. Tak też przyjmuje orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej, por. wyrok z 26 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 711/12; wyrok z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 81/16. Zamawiający może oceniać zgodność treści oferty wykonawcy wyłącznie w odniesieniu do warunków, które ustanowił i na podstawie dokumentów, które

wymienił w SIWZ jako narzędzie tej oceny.”

62. W związku z powyższym, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę złożoną przez Konsorcjum Demarko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp a nie wzywać go do wyjaśnień w zakresie szerokości skrzyni ładunkowej, a już tym bardziej poprawiać niezgodność oferty złożonej przez ww. Wykonawcę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp jako oczywistą (!) omyłkę pisarską.

[Brak wskazania minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich]

63. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ w Wymaganiach Eksploatacyjno - Technicznych (WET) w Rozdziale X „Wymagania dotyczące kabiny” w pkt 15 wskazał, że „Okładzina tapicerska dachu oraz drzwi zostanie ustalona z Zamawiającym z góry minimum dwóch propozycji przedstawionych przez wykonawcę - przed podpisaniem umów.

64. Jednocześnie w Formularzu ofertowym wykonawca był zobowiązany złożyć oświadczenie odnoszące się do okładzin tapicerskich: „Wskazujemy okładzinę tapicerską (minimum dwie propozycje) - dotyczy dachu i drzwi”

65. Konsorcjum Demarko w Formularzu ofertowym oświadczyło co następuje:  
„Wskazujemy okładzinę tapicerską (minimum dwie propozycje) - dotyczy dachu i drzwi.

1. Podsufitka w kolorze jasnoszarym, okładzina drzwi: tworzywo sztuczne oraz winyl

2. Brak opcji wyboru, jeden typ podsufitki i okładzin drzwi.

66. Konsorcjum wbrew jednoznaczному i niebudzącemu wątpliwości postanowieniu SIWZ złożyło więc ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego. Pomimo tego, że Zamawiający żądał minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich Konsorcjum Demarko wprost wskazało jedną propozycję oraz oświadczyło, że nie ma drugiej propozycji. Jest to działanie w sposób jawny naruszający postanowienia SIWZ.

67. Zamawiający przyjmując zaś oświadczenie złożone przez Konsorcjum Demarko naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jak również ustalone przez siebie zasady postępowania. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on ustala panujące w danym postępowaniu „reguły gry”, których zobowiązani są przestrzegać wszyscy uczestnicy, a więc zarówno Zamawiający jak i wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Przyjęcie oferty niezgodnej z treścią SIWZ, a co więcej wybór jej jako najkorzystniejszej stanowi jawne złamanie ww. ustalonych samodzielnie przez Zamawiającego zasad. Co więcej świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców - wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostali zobowiązani do złożenia co najmniej dwóch propozycji okładzin tapicerskich, a Konsorcjum Demarko - mogło wymienić wyłącznie jedną propozycję ww. okładzin i Zamawiający uznaje taką ofertę za zgodną z treścią SIWZ(!) pomimo że jest ona sprzeczna z bezwzględnie i jednoznacznie brzmiącymi jej postanowieniami („co najmniej dwie propozycje”). Taki sposób zachowania Zamawiającego świadczy też o niedopuszczalnym braku konsekwencji - jeżeli Zamawiający postanowił, że wymaga minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich, to zobowiązany jest wymagać i weryfikować, aby wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym Postępowaniu, tak też postąpili. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zadania byli zobowiązani do wskazania większej ilości propozycji okładzin tapicerskich, tak aby Zamawiający mógł dokonać wyboru spośród większej ilości możliwości niż tylko podwozie bazowe. Natomiast oferta złożona przez Konsorcjum Demarko, w której wskazano wyłącznie podwozie bazowe (jedna propozycja okładzin tapicerskich) pomimo jednobrzmiącego postanowienia SIWZ została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza co świadczy o wręcz demonstracyjnym zachowaniu Zamawiającego wbrew treści SIWZ.

68. Przyczyna braku możliwości wskazania minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich na tym etapie Postępowania jest bez znaczenia. Jeżeli wykonawca nie był w stanie wskazać dwóch propozycji z uwagi na „brak opcji wyboru” winien był wnioskować do Zamawiającego o zmianę treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert. Ponadto, w jakimś celu Zamawiający chciał sobie zapewnić prawo wyboru okładziny tapicerskiej na dachu i drzwiach, a teraz godzi się na jedną opcję zaoferowaną przez Konsorcjum Demarko. Wobec tego, w przypadku niezastosowania się do wymagań Zamawiającego, był on zobowiązany wyciągnąć wobec wykonawcy nieprzestrzegającego postanowień SIWZ stosowne ustawowe konsekwencje.

69. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Konsorcjum Demarko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Ad 7.

[Wskazanie roku produkcji przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ]

70. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności w ilości:

a) w roku 2018 - 24 szt.

b) w roku 2019-40 szt.

c) w roku 2020 - 52 szt.

71. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ WET w Rozdziale XIV „Postanowienia końcowe” w pkt 3 wskazał, że „Rok produkcji - zgodny 2 rokiem dostawy pojazdów w poszczególnych latach”.

72. Jednocześnie w Formularzu parametrów technicznych wykonawca był zobowiązany złożyć oświadczenie odnoszące się do roku produkcji.

73. Konsorcjum Demarko w Formularzu parametrów technicznych w odniesieniu do wszystkich pojazdów będących przedmiotem zamówienia, niezależnie od daty ich dostawy oświadczyło: „2018 r”.

74. Niniejsze jednoznacznie świadczy o niezgodności oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko z treścią SIWZ. Z żadnego dokumentu dołączonego do oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko nie wynika, aby data produkcji samochodu była zgodna z datą jego dostawy Zamawiającemu, zgodnie z żądaniem zamieszczonym w dokumentacji Postępowania.

75. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Konsorcjum Demarko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad 8.

[Zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego]

Mając na uwadze okoliczności wskazane powyżej, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w Postępowaniu oraz odrzucenia oferty przez Nie złożonej należy uznać, że Zamawiający - zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w treści SIWZ - powinien był wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Z tych względów odwołujący wnosi jak na wstępie.

Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego z dnia 07.08.2018 roku.

Uczestnik postępowania: Demarko spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z

siedzibą w Świętochłowicach i Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie; Pełnomocnik Uczestnika Postępowania radca prawny R. K. z kancelarii: K., D., K.

Pismo procesowe Uczestnika Postępowania

I. Niniejsze pismo dotyczy odwołania złożonego przez S. Pojazdy Specjalne sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej - dalej: „Odwołujący”

1. Odwołanie zostało złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności, numer referencyjny: P/02/IW/1 8 — dalej : „Postępowanie”.

2. Postępowanie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego Skarb Państwa — 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu — dalej: „WOG” lub „Zamawiający”.

3. Demarko spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Świętochłowicach i Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie — dalej: „Uczestnik postępowania” lub „Konsorcjum” - działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) — dalej: „ustawa” lub „Pzp” zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

II. Konsorcjum wnosi o oddalenie odwołania w całości.

1. Odwołujący złożył odwołanie, które mimo obszernej argumentacji nie dowodzi naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający nie zaniechał czynności, co do których był zobowiązany i wykonał prawidłowo nałożone na niego ustawowe obowiązki, a inkryminowane naruszenia nie miały miejsca. Jeżeli nawet przyjąć, że faktycznie naruszenie przepisów zaistniało to nie miało ono i nie może mieć istotnego wpływu na wynik Postępowania.

2. Odwołujący usiłuje dowieść, iż Konsorcjum powinno być wykluczone z Postępowania, a jego oferta odrzucona, gdyż Odwołujący mylnie założył:

a. Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd co do faktu spełniania warunków udziału w Postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby Iveco Poland sp. z o.o. — pkt VI.1. odwołania;

b. Ponieważ Konsorcjum wprowadziło w błąd Zamawiającego to winno być wykluczone i w konsekwencji Zamawiający nie mógł zastosować art. 22 ust. 6 Pzp — pkt VI.2. odwołania;

c. Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd co do faktu spełniania warunków udziału w Postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby Iveco Defence Vehicles S. p. A. — pkt VI.3. odwołania;

d. Konsorcjum nie wykazało, że będzie dysponować zasobami Iveco Defence Vehicles S. p. A. — pkt VI.A. odwołania;

e. Zamawiający niezasadnie wezwał Konsorcjum do wyjaśnień i niezasadnie poprawił omyłkę w treści oferty Konsorcjum — pkt VI.5. odwołania;

f. Konsorcjum nie zaferowało dwóch propozycji okładzin tapicerskich — pkt VI.6. odwołania;

g. Konsorcjum zaferowało „jako rok produkcji przedmiotu zamówienia 2018 ” - pkt VI.7. odwołania;

h. Zamawiający wadliwie ustalił ofertę najkorzystniejszą — pkt VI.8. odwołania

3. Odwołujący zakłada jednoczesne naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

a. Art. 7 ust. 1 i 3;

b. Art. 9 ust. 2;

c. Art. 22a ust. 1;

- d. Art. 22a ust. 2;
- e. Art. 22a ust. 6;
- f. Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17;

Art. 24 ust. 4;

h. Art. 25a ust. 1 ;

i. Art. 25a ust. 3 pkt 1);

j. Art. 26 ust. 3;

k. Art. 87 ust. 1 ;

l. Art. 87 ust. 2 pkt 1;

Art. 89 ust. 1 pkt 2;

n. Art. 91 ust. 1;

4. Odwołujący w pkt VII odwołania wnosi o wykluczenie Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 PZP oraz o odrzucenie oferty Konsorcjum (...) jako niezgodnej z treścią SIWZ, czyli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

a. Uczestnik postępowania wnosi o zobowiązanie Odwołującego do sprecyzowania postawionych zarzutów i żądań, gdyż część z postawionych zarzutów wzajemnie się wyklucza — dotyczy to w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp.

b. Przywołanych artykułów nie można naruszyć jednocześnie, a zatem zawiera brak formalny do którego — przez analogię - należy zastosować § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

5. Zdaniem Uczestnika Postępowania żadne z inkryminowanych naruszeń nie miało miejsca.

III. Zarzut przedstawiony w pkt VI.I. odwołania (zasoby Iveco Poland sp. z o.o.).

1. Niezależnie od jakiegokolwiek innej argumentacji nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniami Odwołującego co do meritum. Pierwotnie przedstawione zasoby Iveco Poland sp. z o.o. są wystarczające dla spełnienia warunku podanego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia — dalej: „SIWZ” i tym samym zarzuty Odwołującego należy uznać za niezasadne.

2. Odwołujący powołuje się na postanowienia Rozdziału V pkt 1.3. 1. 1. Rozdziału VI pkt

5.1.2. SIWZ, które mają treść odmienną niż przywołana w odwołaniu. Odwołujący nie uwzględnił modyfikacji SIWZ — ich faktyczna treść przedstawiona jest poniżej (skrót i wyróżnienia RK),

a. Rozdział V SIWZ Warunki udziału w postępowaniu:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy

1.3.1.1. w ciągu ostatnich 3 lat (...), zrealizował lub realizuje - w ramach jednej dostawy - dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości

brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, potwierdzoną dowodami, że została lub jest wykonywana należycie. Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedną umowę). Poprzez „samochód ciężarowy”, Zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony.

5. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunku, o który mowa w pkt. 1.

3. niniejszego rozdziału SIWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

6. Zamawiający jednocześnie informuje, iż „stosowna sytuacja” o której mowa w rozdz. V. 5) niniejszej SIWZ wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy:

6.1. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

6.2. Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy'

wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13—22 i ust. 5 ustawy PZP.

b. Rozdział VI pkt 5.1. SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów (...):

5.1. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

5.1.2. wykaz dostaw, wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert - załącznik nr 4 do SIWZ.

3. Konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunku powołało się na zasoby Iveco Poland sp. z o.o. poprzez wskazanie dostawy realizowanej przez Iveco Poland sp. z o.o. na rzecz AMZ Kutno S.A. z siedzibą w Kutnie o wartości 23.842.812, przedmiotem tej dostawy zgodnie z oświadczeniem była „Dostawa samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych konstrukcyjnie do przewozu ładunków) o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony” oświadczenie to jest prawdziwe i potwierdza spełnienie warunku. Przedmiotem dostawy dla AMZ Kutno S.A. są pojazdy przeznaczone do przewozu ładunków o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony.

a. Prawdziwe jest twierdzenie, że AMZ Kutno nie odbiera kompletnych samochodów, jednak warunek postawione w SI WZ tego nie wymagał.

b. Nie jest prawdą, że dostarczane są same podwozia samochodów — nie wchodząc w rozważania konstrukcyjne co to jest podwozie.

c. Przedmiotem dostawy są samochody pozbawione zabudowy (którą może być np. skrzynia ładunkowa), jest to jednak cały czas pojazd mobilny (i jest wyposażony — upraszczając — w koła, kabinę, silnik, instalacje etc.) a AMZ Kutno S.A. w ramach swoich kompetencji wykonuje zabudowę specjalistyczną. Niewątpliwie jest to zatem pojazd spełniający wymagania opisane w Rozdziale V pkt 1.3.1,1.

4. Z literalnie cytowanych wymagań wynika, iż:

a. Warunkiem udziału w Postępowaniu było wykazanie, że wykonawca zrealizował lub realizuje dostawę,

przedmiotem dostawy są nowe samochody ciężarowe, czyli pojazdy o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony, przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie kontrakt”; dostawa ma mieć wartość co najmniej 10.000.000,- zł

b. Dowodem na spełnienie powyższych wymagań miał być m.in..

wykaz realizowanych dostaw (czyli dostaw w toku) wraz z ich wartością (ale nie wartością części zrealizowanej),

referencje wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy są wykonywane,

Zamawiający przygotował wzór oświadczenia (zał. 4 do SIWZ) który nie wymagał podawania wartości zrealizowanej części umowy,

c. Żadne postanowienie SIWZ nie wymaga, aby zrealizowana część zamówienia trwającego (w toku) miała wartość 10 mln.

5. Podsumowując, powołanie się na realizację dostaw na rzecz AMZ Kutno S.A. jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku.

6. Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2018r. wezwał Konsorcjum do wyjaśnień co do wartości zrealizowanej na rzecz AMZ Kutno dostawy. W ocenie Konsorcjum Zamawiający ma prawo do zadawania pytań, bo art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 Pzp daje mu takie w zasadzie nieograniczone prawo. Jednak pismo z 19.06.2018r. było tak sformułowane, że nie pozostawiało wątpliwości, co do tego, iż Zamawiający uważa, iż Konsorcjum nie spełnia warunku. W efekcie najpierw Konsorcjum poinformowało, że zamierza powołać się na zasoby innego niż Iveco Poland sp. z o.o. podmiotu (pismo z 21.06.2018r.) a to z kolei spowodowało żądanie Zamawiającego w trybie art. 22a ust. 6. Żądanie to było jednak niezasadne, gdyż Konsorcjum wykazało spełnienie warunku. W konsekwencji, skoro de facto Konsorcjum spełnia warunki i wykazało je w sposób należyty zgodny z ustawą i SIWZ to odwołanie winno być oddalone na podstawie art. 190 ust. 2 Pzp. Należy też zwrócić uwagę, iż cena oferty Odwołującego jest znacząco niższa niż cena Odwołującego i nie przekracza kwoty, która Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w przeciwieństwie do ceny której domaga się Odwołujący.

7. W pozostałym zakresie zarzut sprowadza się do tego, iż zdaniem Odwołującego —

jeżeli wskazany w ofercie podmiot udostępniający zasoby nie spełnia warunków zdefiniowanych przez Zamawiającego w SIWZ - to wykonawca, który na te zasoby się powołał jest wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 (w uzasadnieniu wskazano 16 lub 17),

a. Odwołujący winien sprecyzować zarzut.

b. To samo zachowanie nie może jednocześnie wyczerpywać przesłanek dwóch różnych norm prawnych opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17.

8. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego a priori jest błędne, o czym mowa niżej także w pkt IV.

9. Zgodnie z art. 22 ust. 1 o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki zdefiniowane przez konkretnego zamawiającego (od czego można odstąpić) i warunki ustawowe wskazane przede wszystkim w art. 24 ust. 1 pkt 12 — 23 Pzp. W praktyce nie spotyka się postępowania o zamówienie publiczne, w którym zamawiający nie żąda oświadczenia o spełnianiu warunków.

10. Przyjmując tok rozumowania Odwołującego w każdym, bez wyjątku w każdym przypadku, gdy z oferty nie wynikałoby spełnienie warunku należałoby wykluczyć

wykonawcę z postępowania. Interpretacja taka jest wykładnią *contra legem*, gdyż pomija całkowicie wszystkie mechanizmy ustawowe prowadzące do sanowania oferty poprzez złożenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp, uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i wreszcie art. 22a ust. 6 Pzp pozwalający na zmianę podmiotu udostępniającego zasoby.

11. Odwołujący wskazuje w swym odwołaniu na regulację zawartą w art. 22a ust. 6 Pzp, który nakazuje zamawiającym wzywanie wykonawców do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem (pkt 1) lub wykonać osobiście odpowiednią część zamówienia (pkt 2).

a. Wezwanie do zastąpienia dotychczasowego podmiotu udostępniającego zasoby (opisanego w art. 22a ust. 1 Pzp) innym podmiotem może być dokonane po stwierdzeniu, że podmiot ten warunków nie spełnia lub podlega wykluczeniu z postępowania. A zatem przepis ten byłby tyleż zbędny, co niemożliwy do zastosowania, jeżeli po stwierdzeniu okoliczności opisanych w hipotezie cytowanego przepisu wykonawca, który na te zasoby się powołał byłby wykluczany.

b. Warto zwrócić uwagę, iż zastosowanie omawianego przepisu stanowi wyjątek od zasady niezmienności ofert wynikającej z art. 84 ust. 1 Pzp.

12. Zaprzeczyć należy, iż Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd. Istota oświadczenia kwestionowanego obecnie przez Odwołującego zawiera się bowiem w stwierdzeniu, iż Konsorcjum nie spełnia postawionego warunku i dlatego polegać będzie na zasobach podmiotu trzeciego. Stwierdzenie to jest prawdziwe obecnie i było prawdziwe w dacie składania oferty — czego zresztą Odwołujący nie kwestionuje.

13. Stosując polskie przepisy należy uwzględniać wskazania stosownych dyrektyw i orzecznictwa unijnego.

a. Jeżeli przepis polskiej ustawy wymaga interpretacji to:

interpretacja ta nie może być sprzeczna z prawem unijnym,

interpretując przepis polskiego prawodawcy, który został implementowany z dyrektywy, należy go odczytywać tak, aby osiągnął cele zakładane przez prawo unijne.

b. Sąd Najwyższy już w 2011 r. podkreślił jednak, iż wykładnię pro unijną można stosować, gdy przepis krajowy jest niezgodny z dyrektywą *vide* wyrok z 9 marca 2011 r. sygn. akt III SK 38/10. Każdy z przywołanych w pkt 11.3, przepisów jest zgodny z prawem unijnym i nawet Odwołujący tego nie kwestionuje — po prostu pomija ten fakt milczeniem.

c. Implementowane z dyrektyw przepisy należy stosować tak, aby osiągnąć zakładane cele a te z kolei są wskazane wprost lub wynikają z m.in. z założeń przedstawianych na początku dyrektywy przed głównymi przepisami co wskazano już w wyroku Trybunału Sprawiedliwości C-106/89 *Marleasing*. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał by wykluczenie wykonawcy w istniejącym stanie faktycznym było zgodne z celem dyrektyw.

d. Sąd Najwyższy w wyroku z 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt III SK 1/10 nakreślił granice wykładni *pro unijnej*, otóż wykładnia ta nie może prowadzić do nałożenia sankcji, które nie są przewidziane w prawie krajowym. Skoro zatem ustawa przewiduje możliwość wyjaśnienia treści oferty i jej faktycznej zmiany poprzez zmianę podmiotu udostępniającego zasoby to żądanie Odwołującego uznać należy za niezasadne. Prawo polskie w istniejącym stanie faktycznym nie nakłada na Konsorcjum sankcji w postaci wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty.

14. Podsumowując, Konsorcjum prawidłowo wykazało spełnienie warunku poprzez powołanie się na zasoby *Iveco Poland sp. z o.o.* a dalsze czynności w tym zakresie były zbędne i tym samym odwołanie winno być oddalone.

15. Z ostrożności Konsorcjum przedstawia stanowisko także co do pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

#### IV. Zarzut przedstawiony w pkt V1.2. odwołania (zasoby Iveco Defence Vehicle S.p.A)

1. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony zażądał od Konsorcjum zastąpienia Iveco Poland sp. z o.o. innym podmiotem sam zarzut jak i sposób jego prezentacji jest znakomitą przykładową błędnej wykładni przepisu.

a. Najważniejsze jest to, iż przepis jest jednoznaczny i nie wymaga wykładni jako, że clara sunt not interpretanda.

b. Tezy Odwołującego wynikają z powierzchownej analizy wyroku TSUE z 4 maja 2017r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt — w rzeczywistości wyrok ten zaprzecza teżom Odwołującego.

c. Nawet jeśliby wyrok w sprawie C-387/14 Esaprojekt zostałby prawidłowo odczytany, to pojawiłby się niezaprzeczony problem granic wykładni prounijnej, co wskazano w pkt III — wykluczenie z postępowania w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest sankcją przewidzianą przez prawo polskie, które nakłada na Zamawiających obowiązek stosowania art. 22-a ust. 6 Pzp.

2. Jak już wcześniej wspomniano wskazanie innego niż pierwotnie wskazanego podmiotu udostępniającego zasoby jest możliwe na podstawie art. 22a ust. 6 — przepis ten jest częścią polskiego systemu prawa i nie jest sprzeczny z prawem unijnym Odwołujący nie stawia też takiego zarzutu. Co więcej nie jest to przepis fakultatywny ale obligatoryjny — verba legis: zamawiający żąda - a zatem WOG musiał wezwać do zastąpienia pierwotnie wskazanego podmiotu jeżeli stwierdził, iż nie spełnia on postawionego warunku. Pismo Konsorcjum z dnia 21 czerwca 2018r. jednoznacznie wskazuje fakt, iż zostało złożone wobec zaszyfrowanych przez Zamawiającego „wątpliwości”. Skoro Zamawiający zgłosił wątpliwości, to wątpliwości te zostały usunięte poprzez wskazanie zasobów Iveco Defence Vehicle

3. Zamawiający postąpił zgodnie z wykładnią dokonaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający opublikowaną na stronie internetowej UZP: Urząd Zamówień Publicznych / Repozytorium Wiedzy / Interpretacja przepisów / Opinie prawne dotyczące nowelizacji ustawy Pzp / Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro Prezes UZP jest centralnym organem właściwym w sprawach zamówień publicznych (tak; art. 152 ust. 1 Pzp) i dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach (tak; art. 154 pkt 13 Pzp) 10 Zamawiający nie mógł zignorować powyższej wykładni, której główne tezy przedstawiają się następująco (wyróżnienia RK):.

a. (...) w ocenie Trybunału, wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się

jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

b. Mając na względzie regulację dotyczącą możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, i szerzej możliwości uzupełniania dokumentów, koniecznym jest także uwzględnienie nowego kierunku wykładni wynikającej z wyroku Trybunału Sprawiedliwości

Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 Esaprojekt<sup>2</sup>,

c. Omawiany wyrok Trybunału sprawie Esaprojekt stanowi korektę dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału w tym zakresie. Należy przyjąć, że od dnia 4 maja 2017 r. wykładni przepisu art. 51 dyrektywy jak również przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy dokonywać

zgodnie z tym orzeczeniem.

d. Reasumując, w świetle omawianego orzeczenia jakiegokolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach.

e. Wyrok TSUE w sprawie Esaprojekt, przywoływany na tę okoliczność, stanowi korektę

dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału w tym zakresie, co oznacza, że od dnia 4 maja 2017 r. wykładni art. 26 ust. 3 i 22a ust. 6 ustawy Pzp, należy dokonywać zgodnie z tym orzeczeniem. Zatem w sytuacji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeśli wezwanie dotyczy zgłoszonego podmiotu trzeciego lub potencjału, który ten podmiot udostępni. W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) lub wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył trzeciego.

4. W niniejszej sprawie, skoro Konsorcjum od początku powoływało się na zasoby podmiotu trzeciego to może dokonać zmiany tego podmiotu w warunkach opisanych w art. 22a ust. 6., a zatem przywołane przez Odwołującego orzeczenie TSUE z 4 maja 2017 w sprawie C-387/14 zostało przez niego źle odczytane a przywołane orzeczenia KIO są nieadekwatne w sprawie.

5. Skoro Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania i zasadnie zostało wezwane do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby to w konsekwencji powołanie się na zasoby Iveco Defence Vehicle S.p.A. było dopuszczalne — co w pkt III i IV niniejszego pisma, to należy rozważyć, czy zasoby te potwierdzają spełnienie warunku, co Odwołujący kwestionuje w pkt V1.3 i V1.4. odwołania.

V. Zarzut przedstawiony w pkt VI.3 odwołania (hiszpańska referencja).

1. Konsorcjum na potrzeby wykazania spełnienia warunku opisanego w 'Rozdziale V, pkt 1.3. powołał się na zasoby Iveco Defence Vehicle S.p.A. uzyskane podczas realizacji zamówienia na rzecz Armii Hiszpańskiej.

3. Jak wynika w szczególności z pkt. 6.1 i 6.2. Zamawiający domagał się udokumentowania dysponowania właściwymi zasobami w rozumieniu materialnoprawny, a zatem referencje musiały być wystawione przez odbiorcę od tego podmiotu, który faktycznie dysponuje zasobami czyli Iveco Defence Vehicle S.p.A., Zamawiający nie wymagał, aby dostawca samochodów był jednocześnie stroną umowy z odbiorcą końcowym.

4. Odwołujący potwierdza, iż umowa z 26 maja 2015r., wskazana w referencji wystawionej przez pułkownika L. O., przedstawionej Zamawiającemu faktycznie istniała i została wykonana, że dotyczyła dostaw samochodów zgodnych z wymaganiami Postępowania tak co do ceny jak i rodzaju i nie kwestionuje, że dostawa taka jest wystarczająca na potrzeby wykazania warunku postawionego przez WOG.

5. Konsorcjum nigdy nie twierdziło, że Iveco Defence Vehicle S.p.A. ubiegało się o zamówienia lub było stroną umowy z Ministerstwem Obrony Hiszpanii jest to błędne założenie Odwołującego przyjęte na potrzeby odwołania. Zresztą w tabeli przedstawionej w pkt 34 odwołania wskazano „dostawę”.

6. Stroną umowy z Ministerstwem Obrony Hiszpanii jest - jak to poprawnie zbadał Odwołujący - Iveco Espana S.L.

7. Iveco Defence Vehicle S.p.A. dostarczyło samochody bezpośrednio do odbiorcy, którym była Armia Hiszpańska.

8. Skoro jednak dostawy nie były dokonywane na rzecz Iveco Espana S.L., to referencje mógł wystawić jedynie odbiorca końcowy. SIWZ stanowiła bowiem, iż referencje mają być wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane Referencja została zatem wystawiona na ten podmiot, który dostawę faktycznie zrealizował, a zatem jest to zgodne z materialnoprawnym wymogiem Zamawiającego.

a. Gdyby referencję wystawiła Iveco Espana S.L. to — w świetle SI WZ - byłoby to nieprawidłowe, gdyż to nie na jego rzecz była dokonana dostawa.

b. Gdyby referencję wystawiło Ministerstwo Obrony Hiszpanii na rzecz Iveco Espana S.L. to — w świetle SIWZ — byłoby to nieprawidłowe, gdyż Iveco Espana S.L. nie świadczyło dostaw w rozumieniu materialnoprawnym.

7. Pozostałe rozważania Odwołującego są bezprzedmiotowe i nieprawdziwe. Błędne jest przypuszczenie, że Iveco Defence Vehicle S.p.A. powstało 1 9 listopada 2014r. ale przecież, skoro Iveco Defence Vehicle S.p.A. nie jest stroną umowy z Ministerstwem Obrony Hiszpanii, to nie musiało istnieć w dacie rozpisania postępowania w wyniku, którego umowa została zawarta.

VI. Zarzut przedstawiony w pkt V1.4 odwołania (elementy formalne).

1. Odwołujący powołując się na art. 25 a ust. 1 PZP wywodzi, iż dokumenty złożone w konsekwencji zastosowania art. 22a ust. 6 PZP nie były aktualne na dzień składania ofert. Zarzut ten jest niezasadny. Tak samo jak niezasadne było żądanie zasobów w oparciu o art.

22a ust. 6.

2. Oczywiście, zgodnie z literalną treścią art. 25a oświadczenia dołączone do oferty muszą być aktualne na dzień składania ofert. Wymóg ten nie dotyczy jednak dokumentów, które nie są składane wraz z ofertą.

3. Oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez Iveco Defence Vehicles S.p.A. zostało złożone skutecznie co wynika wprost z dokumentów rejestrowych.

4. Należy podkreślić, iż żądanie Zamawiającego co do zastosowania art. 22a ust. 6 nie zawierało jakichkolwiek wskazań co do treści formy dokumentów i jednocześnie Rozdział X na który powołuje się Odwołujący jest Opiszem przygotowania ofert.

5. Tym samym, dokumenty złożone przez Konsorcjum należy uznać za poprawne tak co do formy jak co do treści.

VII. Zarzut przedstawiony w pkt VI.5 odwołania (szerokość skrzyni).

1. Na podstawie WET XI. (Wymagania dotyczące skrzyni ładunkowej pkt.n1 wysokość skrzyni ładunkowej musi wynosić minimum 1 800 mm na szerokości w centralnej części skrzyni ładunkowej minimum 1 000 mm - \*(Mierzona wewnątrz skrzyni ładunkowej od górnej powierzchni podłogi do dolnej krawędzi pałąka stelaża znajdującego się w centralnej części skrzyni ładunkowej).

2. W załączniku nr 2.1 do SIWZ "Formularz parametrów technicznych" poz.X1 pkt. n podano błędnie wymiar 2840mm jak poniżej :

3. Wartość ta nie określa szerokości skrzyni ładunkowej ani tym bardziej szerokości pojazdu jest wynikiem pomyłki - prawidłowo winno być: „2480 mm” — podczas przygotowywania oferty popełniono „czeski błąd” zmieniając kolejność dwóch środkowych cyfr.

4. W oświadczeniu stanowiącym integralną część formularza ofertowego złożonego do Postępowania pkt. I i pkt.4 Konsorcjum oświadczyło o spełnieniu wymogów SIWZ w zakresie oferowanych pojazdów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 1 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia” (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 2022 z późn. zm.).

5. Oświadczenie to stanowi o spełnieniu warunku, czyli szerokość oferowanego pojazdu zgodnie z ww. rozporządzeniem na pewno nie przekraczała 2550mm.

6. Wskazany w pkt 52 i 53 Odwołania zarzut dotyczący klauzuli w dokumencie informacyjnym, zgodnym z Dyrektywą 2007/46/WE, że szerokość w zależności od typu pojazdu i wariantu zawiera się w granicach 2470-2600 mm w żaden sposób nie określa

szerokości oferowanego pojazdu, nie opiera się na stanie prawnym dopuszczenia pojazdów do ruchu na podstawie obowiązujących aktów prawnych lecz jest jedynie technicznym określeniem maksymalnych parametrów pojazdu. Sugestie i twierdzenia Odwołującego są błędne i niezasadne.

7. Zapis w formularzu parametrów technicznych stanowi pomyłkę pisarską mającą charakter oczywisty, na co Zamawiający zwrócił uwagę nie mając jakichkolwiek wątpliwości w odniesieniu do treści całej oferty.

8. Podany błędnie wymiar nie definiował przecież w żaden sposób szerokości pojazdu i

nie mógłby mieć zastosowania w jakimkolwiek dokumencie służącym do rejestracji oraz do dopuszczenia pojazdu do użytkowania a ponadto wnosiłby niezgodność do warunków podanych w SIWZ.

9. Odnosząc się ponadto do wymogów określonych w WET, gdzie podano że na minimum szerokości 1000 mm ma być spełniona minimalna wysokość zabudowy 1 800 mm, to podanie nawet wielkości błędnej 2 840mm tego wymiaru w żaden sposób nie narusza warunków technicznych WET3 a spełnia je w wymaganej wartości.

10. Odwołujący - jak się wydaje celowo i świadomie nadużywa sformułowania o niewłaściwej szerokości skrzyni ładunkowej i tym samym szerokości pojazdu, co jest całkowicie niezgodne ze stanem faktycznym i treścią oferty odpowiadającej wymogom słwz oraz WET,

11. Poprawienie omyłki było dopuszczalne i konieczne a jej „oczywistość” nie powinna być kwestionowana. Poprawa omyłki nie doprowadziła do powstania nowej treści oświadczenia woli. Wartość ta nie odnosiła się do faktycznego parametru szerokości pojazdu lecz wyznaczała jedynie geometrycznie obszar, gdzie winna być zachowana wysokość zabudowy minimum 1 800mm.

VIII. Zarzut przedstawiony w pkt VI.6 odwołania (okładzina).

1. W WET X przedłożono postanowienia dotyczące wykładzin tapicerskich w punktach 13 i 15.

2. Po pierwsze jest to wymóg dotyczący fazy realizacji umowy a nie treści oferty. Tym nie mniej zarzut nie jest trafny, gdyż Konsorcjum w formularzu oferty podało do wyboru dwa rodzaje wykładzin tapicerskich w kabinie kierowcy w wykonaniu z tkaniny oraz w wykonaniu z winylu co jest wystarczające z punktu widzenia treści słwz.

3. Konsorcjum oświadczyło w formularzu ofertowym, że oferuje pokrycie tapicerskie tekstylne, kolorystyka jednego koloru-kolor szary oraz pokrycie tapicerskie łatwo zmywalne, kolorystyka jednego rodzaju-kolor grafitowy

4. W zakresie wykończenia tapicerskiego elementów sufitu oraz elementów drzwiowych z uwagi na rozwiązania konstrukcyjne zastosowanego pojazdu występują dwa rodzaje materiałów tzn. tkanina / tworzywo sztuczne i winyl.

5. W zakresie wymogów estetyki wnętrza kabin pojazdów kolorystyka poszczególnych elementów tworzyć musi strukturę dopasowanych do siebie pokryć foteli, pokryć drzwi oraz elementu podsufitowego. Wybór rodzaju pokryć tapicerskich foteli z spośród dwóch rodzajów jest tu jednocześnie wyborem całego komponentu.

IX. Zarzut przedstawiony w pkt V1.7 odwołania (rok produkcji).

I. W zakresie wymogów dotyczących pojazdów objętych Postępowaniem znaczenie nadrzędne mają postanowienia załącznika nr I do SIWZ zawarte w Rozdziale XIV pkt 3. Zamawiający jednoznacznie określił, że: „Rok produkcji - zgodny z rokiem dostawy pojazdów w poszczególnych latach”

2. Ponadto, zgodnie z postanowieniami projektu umowy tj. S 15 ust.3 „Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian (na podstawie pisemnego aneksu) do treści zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, w poniższym zakresie: (...) W przypadku, gdy na etapie realizacji umowy pojazdy, będące przedmiotem zamówienia (umowy) uległy modyfikacji w zakresie zmian konstrukcyjnych Wykonawca w celu wywiązania się z zapisów umowy w zakresie jednakowej kompletacji dostarczanych pojazdów zobowiązany jest do poinformowania o tym fakcie Zamawiającego oraz dokonania aktualizacji katalogów części zamiennych Aktualne katalogi części zamiennych Wykonawca dostarcza terminach i na zasadach określonych rozdziale 1 pkt 2 WE-T. (...) 3..2-1. Poprzez modyfikację Zamawiający rozumie proces unowocześniania pojazdów polegający na wymianie, zastąpieniu lub rozbudowie istniejących podzespołów, funkcji lub oprogramowania, bez zmiany jego zasadniczego przeznaczenia.

3. Tym samym, podanie w inny sposób dat skutkowało by powstaniem niezgodności z wymaganiami kontraktowymi.

4. W oświadczeniu stanowiącym integralną część formularza ofertowego w pkt. 1 i pkt.4 Konsorcjum oświadczyło o spełnieniu w pełni wymogów SIWZ w zakresie oferowanych pojazdów w tym roku produkcji.

5. Tym samym spełnienie warunku w zakresie zgodności roku dostawy z rokiem produkcji pojazdów zostało ww. oświadczeniem uznane przez Konsorcjum i zaoferowane.

6. W formularzu parametrów technicznych dołączonym do SIWZ istnieje wskazanie o roku produkcji 2018 ale odnosi się on w sposób oczywisty jedynie do ilości 24 sztuk pojazdów dostarczanych w roku 2018.

7. Formularz parametrów technicznych został wypełniony na podstawie karty charakterystyki typu pojazdu oraz oferty dostarczonej przez producenta samochodów. Wszystkie dane w zostały w nich wpisane w roku 2018.

8. Data dostawy jest tożsama z rokiem produkcji co wynika z pisma Konsorcjum z 30 maja 2018 dotyczącego homologacji i karty informacyjnej załączonej do oferty

9. Dokonywanie wpisu w tabeli, w miejscu określonym przez Zamawiającego, w sposób nieodpowiadający ogólnie przyjętym zasadom, to jest podanie jako rok wystawienia karty i danych technicznych zapisu 2018; 2019 i 2020 byłoby niejednoznaczne. Konsorcjum nie posiada uprawnień, aby w jakikolwiek sposób modyfikować dowolnie parametry podane przez producenta pojazdów i dlatego też w nagłówku tabeli formularza umieszczono odniesienie do roku 2018 co nie było tożsame z określeniem roku produkcji dla wszystkich pojazdów oferowanych w postępowaniu.

10. Całkowicie bezzasadnym jest zapis w pkt. 74 odwołania gdyż zgodność daty produkcji pojazdu z datą jego dostawy wynika z SIWZ, ma znaczenie nadrzędne i nie jest wymagane potwierdzanie tego faktu odrębnym dokumentem.

X. Zarzut przedstawiony w pkt V1.8 odwołania (wadliwy wybór).

Zarzut jest wtórny do pozostałych wyżej omówionych — skoro one są niezasadne to także ten podlega oddaleniu, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej został przeprowadzony prawidłowo.

XI. Konsorcjum wnosi o oddalenie odwołania w całości ze względu na bezzasadność podnoszonych w nim zarzutów.

Zamawiający przedstawił stanowisko na rozprawie do protokołu wnosząc o oddalenie odwołania.

Z uwagi na wnioski stawających o możliwie szybkie zamknięcie postępowania odwoławczego Izba po zamknięciu rozprawy uwzględniła złożone przez strony i uczestnika

załączniki do protokołu przedstawiając ich stanowiska końcowe jak poniżej.

#### Stanowisko odwołującego

#### ZAŁĄCZNIK DO PROTOKOŁU ODWOŁUJACEGO

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności”, numer referencyjny: P/02/IW/18 (dalej: „Postępowanie”).

W nawiązaniu do możliwości jaką Wysoka Izba dała stronom Postępowania ustosunkowania się do twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego, jak również pisma procesowego Uczestnika Postępowania z dnia 7 sierpnia 2018 r., pragnę podnieść, co następuje.

Na wstępie Odwołujący pragnie dodatkowo zwrócić uwagę, że zastanawiające dla niego jest dlaczego w przetargu publicznym o wartości 73 602 000,00 złotych a łącznie z opcją przewidzianą w SIWZ - 258 241 500,00 złotych, Zamawiający mimo dwóch dni posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest w stanie przedstawić pisma procesowego i tym samym pisemnie odnieść się do postawionych przez stronę odwołującą zarzutów. Ponadto, także we trakcie wskazanych dwóch dni posiedzenia i rozprawy ustnie nie odniósł się do wielu podniesionych przez Odwołującego zarzutów, a ciężar dowodu w zakresie poprawności dokonanych przez Niego czynności został przeniesiony na Przystępującego, który przecież nie prowadził Postępowania o udzielenie ww. bardzo dużego zamówienia

publicznego.

Ad 1 .

#### DOWODY

na okoliczność, że Przystępujący wykazał się wyłącznie doświadczeniem w realizacji dostaw podwozi a nie kompletnych pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków o wartości mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto

Zamawiający/Przystępujący

Odwołujący

Odwołujący

- 1 . Jednolity Europejski Dokument Zamówienia dla MECO Poland Sp. z o.o. (Część IV, Sekcja C pkt 1b).
2. Wykaz wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw przez MECO Poland Sp. z o.o. z dnia 15 czerwca 2018 r.
3. Referencje z dnia 19 kwietnia 2018 r wydane przez AMZ Kutno S.A.
4. Wezwanie Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2018 r. skierowane do Przystępującego.
5. Odpowiedź Przystępującego z dnia 20 czerwca 2018 r. na pismo Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2018 r.
6. Pismo Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2018 r. skierowane do AMZ - KUTNO S.A.
7. Odpowiedź AMZ - KUTNO S.A. z dnia 21 czerwca 2018 r, na pismo Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2018 r.

8. Wydruk ze strony internetowej AMZ KUTNO.
9. Wydruk ze strony internetowej AMZ KUTNO (Autoryzacje).
10. Wydruk ze strony internetowej MECO.
11. Pismo Odwołującego z dnia 9 sierpnia 2018 r. skierowane do Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej.
12. Pismo z dnia 9 sierpnia 2018 r. Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej.
13. Certyfikat Akredytacji w zakresie Obronności i Bezpieczeństwa nr 34/MON/2018 wraz z Zakresem Akredytacji OiB nr 34/MON/2018 (Załącznik nr 1 do przedmiotowego pisma).

#### Zamawiający/Przystępujący

1. Wprowadzające w błąd MSWiA pismo z dnia 22 marca 2018 r. skierowane przez Zamawiającego do Departamentu Zezwoleń i Koncesji MSWiA.
  2. Pismo Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Administracji Departament Zezwoleń i Koncesji z dnia 9 kwietnia 2018 r. stanowiące odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 22 marca 2018 r.

Ww. dowody miały rzekomo kwestionować:

1) że przedmiot zamówienia to nie jest uzbrojenie ale sprzęt wojskowy, tyle że zamawiający w piśmie kierowanym do MSWiA pominął kluczowe własne wymaganie z pkt X wymagania

dotyczące kabin pkt 5 „wnętrze kabiny powinno posiadać uchwyty na broń...” z tego też względu odpowiedź MSWiA jest poprawna, ale co do stanu opisanego w pytaniu a nie do

stanu jaki prezentuje treść siwz,

2) prawo Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej Samochodowej do

wypowiadania się w przedmiocie interpretacji „pojazdu przeznaczonego do przewozu

ładunków”, co jest twierdzeniem niezasadnym wobec tego dowód ten podlega oddaleniu jako bezprzedmiotowy dla rozstrzygnięcia sprawy. Szczegółowa argumentacja odnosząca się do przedmiotowego zagadnienia została przywołana w pkt 9 poniżej.

**KONKLUZJA:** Przystępujący nie wykazał, że zamówienie referencyjne wykonane na rzecz AMZ KUTNO S.A. przez MECO Poland Sp. z o.o. potwierdza spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, tj. że Iveco Poland Sp. z o.o. zrealizowało dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł.

1. Zamawiający i Przystępujący na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej jako „KIO”) kreują nowe — sprzeczne z literalnym — brzmienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych. Jest to jawne wystąpienie przeciwko oczywistemu brzmieniu SIWZ oraz ograniczanie uczciwej konkurencji

— gdyby wszyscy potencjalni wykonawcy mieli wiedzę, że na etapie postępowania odwoławczego warunek będzie rozumiany inaczej niż na etapie składania ofert tj. że doświadczenie nabiera się przez sam fakt podpisania umowy nie zaś w momencie jej należytego wykonania, na pewno ubiegali by się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, gdyż zaskakujący nowy sposób rozumienia warunku pozwoliłby o wiele większej liczbie wykonawców ubiegać się o udzielenie zamówienia.

2. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lipca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1274/18 wskazała, że: „Niemniej jednak w chwili obecnej zamawiający nie może zmieniać treści ustalonego przez siebie kryterium wskazując, że dokonywana przez niego wykładnia zapewnia proporcjonalność i związek z przedmiotem zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający winien określać kryteria oceny ofert z zachowaniem zasad wynikających z przepisów P.z.p., jednakże winien to uczynić na etapie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli treść spornego kryterium nie oddawała faktycznych intencji zamawiającego, nie może on teraz dokonywać interpretacji tej treści w sposób prowadzący do zmiany jej oczywistego brzmienia. (...) Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne sformułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż zaakceptowanie interpretacji dokonanej przez zamawiającego w zakresie spornego kryterium mogłoby doprowadzić do zaburzenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Nie można bowiem wykluczyć, iż ofert w przedmiotowym postępowaniu byłoby więcej, gdyby inni przedsiębiorcy działający w branży odpowiadającej przedmiotowi zamówienia mieli świadomość, że doświadczenie kierownika budowy można wykazać poprzez roboty wykonywane na kilku budynkach. Również wykonawcy, którzy wzięli udział w przedmiotowym postępowaniu, mogliby wykazać inne doświadczenie kierownika budowy i w efekcie otrzymać większą ilość punktów w tym kryterium.”

3. Co więcej czynności na obecnym etapie, tj. postępowania odwoławczego przed KIO są jaskrawo sprzeczne z czynnościami podejmowanymi przez Zamawiającego i Przystępującego w toku Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Zamawiający i Przystępujący wypierają się obecnie swoich czynności, które nie budziły ich wątpliwości w toku prowadzonego Postępowania. Pragnę przypomnieć, że oceniamy czynności Zamawiającego w Postępowaniu, a nie w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Obecne twierdzenia i sposób dokonywania wykładni niebudzącej wątpliwości warunku udziału w Postępowaniu oraz przypisywanie mu brzmienia innego niż literalne oraz niebudzące wątpliwości na etapie składania ofert oraz w trakcie prowadzonego Postępowania jest tylko i wyłącznie strategią procesową Zamawiającego i Przystępującego.

4. Po zmianie i usunięciu słowa „konstrukcyjnie” warunek opisany w Rozdziale V pkt 1.3.1.1. SIWZ otrzymał następujące brzmienie: o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykaże, że: w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizował lub realizuje w ramach jednej dostawy

- dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, potwierdzoną dowodami, że została lub jest wykonywana należycie. (...) Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedną umowę). Poprzez „samochód ciężarowy”, Zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony.

5. Jednocześnie w tym miejscu Odwołujący podnosi, że w jego ocenie wykreślenie przymiotnika „konstrukcyjnie” nie wpłynęło na sposób wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej przez Przystępującego

— dalej jest on zobowiązany wykazać, że zrealizował lub realizuje dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł. Pojazdy dostarczone w ramach zamówienia referencyjnego musiały więc spełniać funkcjonalność jaką jest przeznaczenie do przewozu ładunków.

Odwołujący dalej wyjaśnia, że usunięcie słowa "konstrukcyjnie" z opisu warunku udziału w Postępowaniu wcale nie oznacza, że teraz dopiero ofertę może złożyć firma, która nie jest zarówno producentem podwozia, jak i zabudowy. Oczywistym jest, że każde podwozie już na etapie projektowania przez jego producenta musi być zaprojektowane i przeliczone pod

kątem wytrzymałości oraz możliwości jego obciążenia - zarówno zabudową jak i ładunkiem przewożonym na tej zabudowie. Mowa tu jest o konstrukcji pojazdu - to jest urządzenie mechaniczne, które samo w sobie jest konstrukcją złożoną z wielu różnych podzespołów. Zatem usunięcie słowa "konstrukcyjnie" nie zmieniło kompletnie nic w sposobie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

6. Zamawiający i Przystępujący w trakcie postępowania odwoławczego przed KIO twierdzą, że usunięcie słowa „konstrukcyjnie” wpłynęło na taką zmianę warunku, że teraz wystarczające dla potwierdzenia jego spełniania jest dostarczenie samego podwozia, z czym kategorię nie można się zgodzić. Tak na gruncie logiki jak i literalnego odczytywania warunku, gdzie nie ma mowy o kabinie i podwoziu, jak obecnie twierdzi Zamawiający. Zamawiający dalej żąda, aby doświadczenie referencyjne dotyczyło dostawy nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewożenia ładunków) — pojazd ma więc spełniać funkcje użytkową jaką jest przewóz ładunków. Na samym podwoziu składającym się tak jak podnosił to pełnomocnik Przystępującego z kabiny, kół, ramy itp. nie da się bowiem przewieźć ładunków (!), tym bardziej o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 t. Wbrew więc stanowisku Przystępującego, quad nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku. Jest to oczywiste i w ogóle nie powinno być przedmiotem dyskusji.

7. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 9 sierpnia 2018 r. przedłożył pismo z dnia 9 sierpnia 2018 r. wystawione przez Wojskowy Instytut Techniki Panczernej i

Samochodowej (dalej „WITPiS”). Z treści ww. pisma w sposób jednoznaczny wynika, że „pojazd przeznaczony do przewożenia ładunków” oznacza, że „pojazd powinien mieć zdolność do realizacji funkcji przewozowej”. Zdolność do realizowania przewożenia jest możliwa przy zastosowaniu nadwozia np. skrzyni ładunkowej, wywrotki, izotermy itp. podkreślić należy, że pojazd niekompletny (podwozie) nie podlega rejestracji wobec czego nie może być dopuszczony do ruchu po drogach. Pojazd (samochód) aby mógł realizować określone zadania np. transportowe musi przejść wielostopniową homologację, zatem mamy tu do czynienia z pojazdem skompletowanym, czyli podwozie z zabudową umożliwiającą przewóz ładunku.”

Na marginesie, zdaniem Odwołującego opinia ta ma zastosowanie niezależnie od tego czy przedmiot zamówienia kwalifikujemy jako uzbrojenie, sprzęt wojskowy, czy jako pojazd cywilny, mowa jest zawsze o tym samym pojeździe przeznaczonym do przewożenia ładunku. Jednak naszym zdaniem Zamawiający kupuje właśnie pojazd przeznaczony na potrzeby uzbrojenia Wojsk Polskiego o czym świadczy pkt X ppkt 5 SIWZ, i fakt pominięcia tego właśnie punktu w piśmie do MSWiA.

8. Przystępujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 9 sierpnia 2018 r. podnosił, że pytanie zostało zadane przez Odwołującego w taki sposób, że sugerowało odpowiedź. Tymczasem jest to nieprawda. Pytanie zostało zadane w sposób odnoszący się do warunku udziału w Postępowaniu i do przedmiotu sporu. Odwołujący pismem z dnia 9 sierpnia 2018 r. zwrócił się do WITPiS z prośbą o pomoc w interpretacji czy poprzez stwierdzenie „samochód ciężarowy (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewożenia ładunków) o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony” (brzmienie Rozdziału V pkt 1.3.1.1. SIWZ) należy rozumieć samochód ciężarowy jako pojazd kompletny (podwozie z zabudową umożliwiającą przewóz ładunku) czy tylko jako podwozie (rama z kabiną)? Pytanie odnosi się więc wprost do brzmienia warunku udziału w Postępowaniu oraz do tego czy w ramach zadania referencyjnego miał być dostarczony pojazd przeznaczony do przewożenia ładunków (spełniający swoją funkcję polegającą na przewożeniu ładunków) czy tylko podwozie (jak twierdzi Przystępujący).

9. Zamawiający zakwestionował przedmiotową opinię podnosząc, że WIT PiS wskazał, że posiada kompetencje do wydawania opinii i ekspertyz dla celów realizacji procedury pozyskiwania sprzętu wojskowego przez Siły Zbrojne RP w ramach Zespołu Ekspertów WITPiS. Zamawiający oświadczył, że przedmiot niniejszego zamówienia, tj. samochód ogólnego przeznaczenia średniej ładowności nie jest sprzętem wojskowym. Wobec tego WITPiS nie jest kompetentny do wydawania opinii w przedmiotowym zakresie. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający powołał się na pismo z dnia 9 kwietnia 2018 r. wydane przez Ministerstwo Spraw wewnętrznych i Administracji Departament Zezwoleń i Koncesji. Z takim twierdzeniem Zamawiającego nie sposób się zgodzić z następujących powodów:

a) zgodnie ze statutem WITPiS prowadzi działalność polegającą m.in. na wydawaniu opinii oraz ocenę warunków organizacyjno-technicznych (59 ust. 1 pkt 3) statutu WITPiS Załącznik do zarządzenia Nr 26/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 04 sierpnia 2015 r.

(poz. 238)). W związku z tym WITPiS może wydawać opinie także w sprawach cywilnych;

b) ponadto jak wynika z informacji zawartych na stronie internetowej WITPiS

Merytoryczna działalność WITPiS obejmuje następujące zagadnienia:

badania naukowe dotyczące budowy i eksploatacji maszyn, mechaniki, transportu oraz inżynierii materiałowej; badania, prace rozwojowe i wdrożeniowe, analizy, ekspertyzy, opinie w zakresie budowy i eksploatacji pojazdów mechanicznych, w tym pojazdów specjalnych i sprzętu wojskowego; opracowywanie oraz wdrażanie metodyk badawczych; certyfikację wyrobów, normalizację i standaryzację; informację naukowo-techniczną; opiniowanie w procesie pozyskiwania koncesji MSWiA; prace techniczno-usługowe dotyczące pojazdów mechanicznych

c) Zakres akredytacji potwierdzony Certyfikatem Akredytacji w zakresie Obronności i Bezpieczeństwa (Akredytacja OiB) nr 34/MON/2018 wydany na rzecz Jednostki Certyfikującej wyroby Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej obejmuje swoim zakresem m.in. grupę 6 Czołgi, pojazdy i samochody specjalne do zastosowań wojskowych i policyjnych (dowód: Załącznik nr 1 do przedmiotowego pisma — strona 2 Zakresu Akredytacji OiB nr 34/MON/2018, Załącznik do Decyzji Nr 17/WCNJiK Ministra

Obrony Narodowej z dnia 09.05.2018).

d) Zamawiający w punkcie 5 WET sam stawia wymóg wyznaczenia klasy MLC dla przedmiotu dostawy przez WIT PiS: „ Wykonawca jest zobowiązany do przekazania dla Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej (WITPiS) w Sulejówku

formularza danych pojazdu wojskowego do wyznaczenia Wojskowej klasy obciążenia 3 na pojazdy kołowe stanowiącego załącznik do przedmiotowych WET".

Sam MON w nagłówku formularza wskazuje jednoznacznie, że mowa jest o sprzęcie wojskowym tj. „FORMULARZ danych pojazdu wojskowego do wyznaczenia wojskowej klasy obciążeń (MLC)". Tym samym Zamawiający pozbawia się prawa twierdzenia, że przedmiot dostawy nie jest sprzętem wojskowym a WIT PiS nie ma kompetencji do wypowiedzania się w kwestii przedmiotu dostawy.

e) Co więcej, twierdzenia Zamawiającego, że WITPiS nie może się wypowiadać na temat sprzętu wojskowego są chybione z uwagi na definicję uzbrojenia i sprzętu wojskowego. Zgodnie z decyzją nr 349/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 20 września 2011 r. w sprawie wprowadzenia „Instrukcji w sprawie zarządzania dokumentacją techniczną Uzbrojenia i Sprzętu Wojskowego” oraz „Instrukcji w sprawie określenia wymagań na dokumentację techniczną Uzbrojenia i Sprzętu Wojskowego”, ust. 15 wskazanej Instrukcji: Uzbrojenie i Sprzęt Wojskowy (UiSW) — oznacza: techniczne środki walki, sprzęt techniczny oraz wyposażenie, w tym wszelkie jego części, komponenty lub podzespoły, środki bojowe, techniczne środki materiałowe, oprogramowanie i usługi, które ze względu na swoje wymagania lub właściwości techniczno-konstrukcyjne oraz sposób zaprojektowania lub wykonania są przeznaczone do celów wojskowych.

Uzbrojenie i sprzęt wojskowy obejmuje również wyroby i technologie oraz sprzęt powszechnego użytku, które choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego zostały później zaadoptowane do celów wojskowych.

f) Okoliczność, że przedmiot zamówienia jest sprzętem zaprojektowanym i przeznaczony dla wojska potwierdza już pismo jakie Zamawiający wysłał w dniu 22 marca 20118 r. Departamentu Zezwoleń i Koncesji MSWiA.

10. Następnie, wypada podnieść, że z homologacji każdego podwozia jednoznacznie wynika, że nie ma możliwości mówić o ładowności podwozia - takie pojęcie nie istnieje i na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów nie da się takiej wartości wyliczyć. Zgodnie z definicją określaną przez Prawo o Ruchu Drogowym (Dz.U. z 2017 r., poz. 1260) Ładowność jest wyliczana przez zakład homologujący lub Inspektorat Transportu Drogowego podczas badań Dopuszczenia Jednostkowego oraz przez Diagnostę. Homologacja podwozia nie zawiera ładowności. Nie można zastosować wyliczenia ładowności jako Dopuszczalna Masa Całkowita pojazdu lub MMR prace techniczno-usługowe dotyczące pojazdów mechanicznych

c) Zakres akredytacji potwierdzony Certyfikatem Akredytacji w zakresie Obronności i

Bezpieczeństwa (Akredytacja OiB) nr 34/MON/2018 wydany na rzecz Jednostki Certyfikującej wyroby Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej obejmuje swoim zakresem m.in. grupę 6 Czołgi, pojazdy i samochody specjalne do zastosowań wojskowych i policyjnych (dowód: Załącznik nr 1 do przedmiotowego pisma — strona 2 Zakresu Akredytacji OiB nr 34/MON/2018, Załącznik do Decyzji Nr 17/WCNJiK Ministra Obrony Narodowej z dnia

09.05.2018).

d) Zamawiający w punkcie 5 WET sam stawia wymóg wyznaczenia klasy MI-C dla przedmiotu dostawy przez WIT PiS: „ Wykonawca jest zobowiązany do przekazania dla Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej (WITPiS) w Sulejówku formularza danych pojazdu wojskowego do wyznaczenia Wojskowej klasy obciążenia 3 na pojazdy kołowe stanowiącego załącznik do przedmiotowych WET”.

Sam MON w nagłówku formularza wskazuje jednoznacznie, że mowa jest o sprzęcie wojskowym tj. „FORMULARZ danych pojazdu wojskowego do wyznaczenia wojskowej klasy obciążeń (MI-C)”. Tym samym Zamawiający pozbawia się prawa twierdzenia, że przedmiot dostawy nie jest sprzętem wojskowym a WIT PiS nie ma kompetencji do wypowiedzania się w kwestii przedmiotu dostawy.

e) Co więcej, twierdzenia Zamawiającego, że WITPiS nie może się wypowiadać na temat sprzętu wojskowego są chybione z uwagi na definicję uzbrojenia i sprzętu wojskowego. Zgodnie z decyzją nr 349/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 20 września 2011 r. w sprawie wprowadzenia „Instrukcji w sprawie zarządzania dokumentacją techniczną Uzbrojenia i Sprzętu Wojskowego” oraz „Instrukcji w sprawie określenia wymagań na dokumentację techniczną Uzbrojenia i Sprzętu Wojskowego”, ust. 15 wskazanej Instrukcji:

Uzbrojenie i Sprzęt Wojskowy (UiSW) — oznacza: techniczne środki walki, sprzęt techniczny oraz wyposażenie, w tym wszelkie jego części, komponenty lub podzespoły, środki bojowe, techniczne środki materiałowe, podzespoły, środki bojowe, techniczne środki materiałowe, oprogramowanie i usługi, które ze względu na swoje wymagania lub właściwości techniczno-konstrukcyjne oraz sposób zaprojektowania lub wykonania są przeznaczone do celów wojskowych.

Uzbrojenie i sprzęt wojskowy obejmuje również wyroby i technologie oraz sprzęt z powszechnego użytku, które choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego zostały później zaadoptowane do celów wojskowych.

f) Okoliczność, że przedmiot zamówienia jest sprzętem zaprojektowanym i przeznaczony dla wojska potwierdza już pismo jakie Zamawiający wysłał w dniu 22 marca 20118 r. Departamentu Zezwoleń i Koncesji MSWiA.

10. Następnie, wypada podnieść, że z homologacji każdego podwozia jednoznacznie wynika, że nie ma możliwości mówić o ładowności podwozia - takie pojęcie nie istnieje i na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów nie da się takiej wartości wyliczyć. Zgodnie z definicją określaną przez Prawo o Ruchu Drogowym (Dz.U. z 2017 r., poz. 1260) Ładowność jest wyliczana przez zakład homologujący lub Inspektorat Transportu Drogowego podczas badań Dopuszczenia Jednostkowego oraz przez Diagnostę. Homologacja podwozia nie zawiera ładowności. Nie można zastosować wyliczenia ładowności jako Dopuszczalna Masa Całkowita pojazdu lub MMR masy własnej minus masa podwozia, ponieważ masa nadwozia musi być brana do tych wyliczeń oraz dodatkowe płyny eksploatacyjne, paliwo . Każda homologacja podwozia ciężarowego zawiera minimalną masę pojazdu pod zabudowę która jest wyższa niż różnica pomiędzy DMC a masą własną ze względu na bezpieczeństwo pojazdu i dopuszczenie pojazdu do ruchu. Tak więc ładownością w rozumieniu prawa dysponuje wyłącznie pojazd kompletny i jest ona możliwa do wyliczenia jedynie na kompletnym pojeździe więc mowa o podwoziu jest tutaj błędem

Tak więc z ww. powodów w sposób oczywisty stanowisko Zamawiającego jest błędne, gdyż samo podwozie nie może wystarczyć aby pojazd był przystosowany do przewozu

ładunków, gdyż wymagane jest dedykowane uzbrojenie i sama zabudowa, aby mówić o pojeździe referencyjnym.

11. Dalej należy zauważyć, że powszechnie przyjmuje się, że podwozie, czyli pojazd niekompletny nie jest samochodem ciężarowym. Samochód ciężarowy to pojazd kompletny (opuścił fabrykę z zabudową, wyprodukowany jednoetapowo) lub skompletowany (podwozie zostało zabudowane w innej firmie, wyprodukowany wieloetapowo).

12. Co więcej, żadna homologacja nie podaje ładowności - nie ma w niej takiej pozycji. Możemy, oczywiście roznieść w sposób oczywisty ładowność jako masę całkowitą pojazdu minus masę pojazdu bez ładunku. Tylko, że w homologacjach WE występuje maksymalna masa konstrukcyjna pojazdu (MMC, jest to parametr techniczny), nie ma zaś dopuszczalnej masy całkowitej (DMC, jej podanie jest opcjonalne, ponieważ ona zależy od kraju rejestracji i może być różna dla różnych krajów Unii, dlatego nikt tego nie wpisuje w homologacji). Odnosząc się do masy pojazdu bez ładunku to w homologacji WE mamy tylko masę w stanie gotowym do jazdy (MIRO Mass in running order, z definicji jest to masa pojazdu z zabudową, ze smarami i płynami w ilościach nominalnych, zbiornikiem paliwa napełnionym w min.

90% oraz z kierowcą o znormalizowanej masie 75 kg). Tzw. masa własna (występująca w naszym Dowodzie Rejestracyjnym w polu G) jest parametrem polskim, nie unijnym, nie występuje więc w homologacji WE. Zgodnie z definicją masa własna to masa w stanie gotowym do jazdy minus 75 kg (nasza masa własna jest liczona bez kierowcy).

Wobec powyższego, odnosząc się do wymogu SIWZ należy stwierdzić, że zwrot z warunku udziału w Postępowaniu „o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony” oznacza, iż z homologacji WE dla podwozia należy wziąć współczynnik MMC (punkt 2.8. Świadczenia Homologacji, punkt. 16.1. COC) i odjąć MIRO (punkt 2.6. Świadczenia Homologacji - podaje on zazwyczaj zakres, punkt. 13. COC zawiera dane dla danego pojazdu). W ten sposób uzyskuje się maksymalną masę zabudowy z ładunkiem dla danego podwozia, która wynika z homologacji.

Niezależnie od powyższego, należy podnieść, że w Polsce z definicji podwozie jest nierejestrowalne, nasze przepisy nie dopuszczają rejestracji pojazdu niekompletnego.

13. Jeżeli pierwotnie przedstawione zasoby Iveco Poland Sp. z o.o. były wystarczające dla spełnienia warunku, to dlaczego Przystępujący „wycofał się” z nich, jak również dlaczego Zamawiający powziął w stosunku do nich wątpliwości?

Wykonawca Przystępujący jest profesjonalistą zobowiązanym do należytej staranności, której to miernik jest wobec niego podwyższony i fakt, że na etapie Postępowania nie był reprezentowany przez fachowego pełnomocnika pozostaje bez wpływu na składane przez Niego oświadczenia. To że teraz fachowy Pełnomocnik wykreował na potrzeby strategii procesowej przed KIO jawnie sprzeczny z literalnym brzmieniem warunku sposób jego rozumienia, pozostaje bez wpływu na czynności Zamawiającego i Przystępującego podjęte w Postępowaniu.

14. Pragnę przypomnieć, że Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie:

a) Wartości zrealizowanych dostaw na dzień składania ofert — Zamawiający powziął wątpliwości czy w ramach trwającej do dnia 21 września 2020 r., na dzień składania ofert, tj. 27 kwietnia 2018 r., IVECO Poland Sp. z o.o. zrealizowała należycie dostawę o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł.

b) „Czy wskazane w wykazie dostawy obejmowały nowe samochody ciężarowe

(w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności

homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, czy obejmowały tylko i wyłącznie podwozia bazowe do zabudowy?”

W świetle powyższego także dobitnie widać, iż na etapie badania oferty Przystępującego, Zamawiający prawidłowo stosował własne wyliczenia i rozróżniał pojazd ciężarowy od podwozia do zabudowy, której to ostatniej sytuacji nie przewidywał w warunku udziału w postępowaniu.

15. Zatem w swojej wypowiedzi w dniu 8 sierpnia 2018 r. Pełnomocnik Zamawiającego „pominął” fakt, że Zamawiający doskonale rozumiał jak należy czytać brzmienie warunku i miał wątpliwości w zakresie tego czy przedmiotem zamówienia referencyjnego były nowe samochody ciężarowe w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków (...) czy tylko i wyłącznie podwozia bazowe do zabudowy?

16. Przecież powyższe jednoznacznie potwierdza jak Zamawiający doskonale i prawidłowo rozumiał warunek udziału w Postępowaniu — samochód ciężarowy w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu towarów \* podwozia bazowe do zabudowy.

17. Teraz w pOstępowaniu odwoławczym przed KIO Zamawiający za Przystępującym — twierdzi, że było inaczej (sic!). Zamawiający i Przystępujący próbują narzucić i wmówić Izbie okoliczności, które nie miały miejsca, a te które zaistniały zbagatelizować bądź wręcz uznać za niebyłe. Zachowanie takie jest niedopuszczalne i świadczy tylko i wyłącznie o Zamawiającym i Przystępującym, którzy będąc profesjonalistami wypierają się teraz w swoich czynnościach.

18. Przystępujący zgodził się z Zamawiającym co do niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu i intencjonalnie nie odniósł się do pisma Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2018 r. Nie udzielił na nie odpowiedzi — wbrew temu co twierdzi Pełnomocnik Przystępującego, przeczą temu dokumenty, a na tych Izbę opiera swoje rozstrzygnięcie, na co wielokrotnie zwracała uwagę w trakcie posiedzenia w dniu 8 sierpnia 2018 r. Gdyby wszystko było tak, jak zostało to teraz przedstawione w piśmie procesowym Przystępującego, tj. że zadanie referencyjne wykonane przez Iveco Poland Sp. z o.o. potwierdza spełnianie warunku to co stało na przeszkodzie złożeniu Zamawiającemu stosownych uzupełnień? Dlaczego Przystępujący wycofał się ze złożonych przez siebie oświadczeń — w ocenie Odwoływającego tylko i wyłącznie z tego powodu, że musiałby złożyć kolejne nieprawdziwe informacje, które kwalifikowałby się już pod art. 297 lub 305 Kodeksu karnego. Ponadto, Przystępujący nie wyjaśnił dokładnie dlaczego zmienił podmiot trzeci. W trakcie posiedzenia Izby w dniu 8 sierpnia 2018 r. padło zdanie, że się „niepotrzebnie przestraszyli”. Wobec tego w ocenie Odwoływającego, Przystępujący wiedział, że to co zostało wskazane w treści JEDZ i wykazie dostaw jako zadanie referencyjne jest niewystarczająca.

19. Co więcej, Przystępujący sam oświadcza, że przedmiotem zamówienia wykonanego przez Iveco Poland Sp. z o.o. były podwozia (na marginesie jest to termin jakim posłużył się Zamawiający w swoim piśmie z dnia 19 czerwca 2018 r., a nie wprowadzony przez Odwoływającego) a nie kompletne pojazdy, czego wymagał Zamawiający w warunku i co będzie przedmiotem zamówienia (a czego teraz Zamawiający się wypiera uznając, że same podwozia są dla niego wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu).

20. Przystępujący w piśmie procesowym sam wskazał, że „Prawdziwe jest twierdzenie, że AMZ Kutno nie odbiera kompletnych samochodów, jednak warunek postawiony w SIWZ tego nie wymagał” (strona 4 ww. pisma). Niniejsze jednoznacznie obrazuje, że Przystępujący składa sprzeczne oświadczenia po to tylko, aby odwrócić uwagę od sedna problemu — przekazania nieprawdziwych informacji, za które może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Dlatego też nie chce wchodzić w rozważania co to jest podwozie, gdyż podwozie nie jest samochodem ciężarowym przeznaczonym do przewozu ładunków.

21. Raz jeszcze należy podkreślić, że wykonawca miał się wykazać doświadczeniem w dostawie pojazdu przeznaczonego do przewozu ładunków (a więc właśnie np. z zabudowaną skrzynią) a nie samego pojazdu. Przystępujący w sposób świadomy i celowy pomija więc dookreślenie jaki miał być pojazd opisany w warunku pojazd (JAKI?) przeznaczony do przewozu ładunków. Zamawiający nie oczekiwał dostawy samego ciągnika, quada, maszyny itp. gdyż nie tak sformułował brzmienie warunku. Czy w świetle przebiegu rozprawy Zamawiający zaakceptowałby doświadczenie wykonawcy w dostawie quadów?

22. Przystępujący próbuje zaciemnić obraz jasnego i jednoznacznego warunku udziału w Postępowaniu pomijając niewygodną dla siebie definicję „nowego samochodu ciężarowego” zamieszczoną w SIWZ (której nie zakwestionował przed terminem składania ofert). Jeżeli dane pojęcie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego w SIWZ to obowiązuje ono wszystkich uczestników Postępowania. Odwoływanie się więc do definicji zawartych w

Prawie o ruchu drogowym jest kompletnie nieprzydatne, ma na celu wprowadzenie Izby w

błąd i wytworzenie nowego nieistniejącego na etapie składania ofert warunku udziału w Postępowaniu — takiego jaki na tym etapie Postępowania, w tym postępowania odwoławczego przed KIO spełnia Przystępujący. Przystępujący manipuluje brzmieniem SIWZ pomijając niewygodne dla siebie stwierdzenia w nim wyraźnie zawarte.

23. Zgodnie z przytoczoną przez Przystępującego definicją zawartą w art. 2 Prawa o ruchu drogowym:

Pkt 32) pojazd - środek transportu przeznaczony do poruszania się po drodze oraz maszyną lub urządzenie do tego przystosowane; pkt 42) samochód ciężarowy - pojazd samochodowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków; określenie to obejmuje również samochód ciężarowoosobowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków j osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą.

24. Przystępujący chce nam wmówić, że zgodnie z brzmieniem warunku dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych Zamawiającemu zależało na tym, aby wykonawca wykazał się dostawą jakiegokolwiek rodzaju pojazdu, który może się poruszać po drodze. Może to być też maszyna czy inne urządzenie. Pomija zaś — a za nim Zamawiający — że samochód ciężarowy miał być pojazdem przeznaczonym do przewozu ładunków. „

25. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 (zestaw III) — pismo Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2018 r. nie potwierdził, że przedmiotem zamówienia referencyjnego mogą być same podwozia (niezabudowane) konstrukcyjnie przystosowane do przewozu ładunków, tylko że mają to być „pojazdy przeznaczone do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony”.

26. Odnosząc się do kolejnych stwierdzeń, które padały podczas posiedzenia Izby w dniu 8 sierpnia 2018 r. Ofert są jawne od dnia ich otwarcia. Każdy ma prawo się z nimi zapoznać, a przypisywanie jakichkolwiek insynuacji, że Odwołujący przekazał ofertę Przystępującego Panu A. B. jest kompletnie niezasadne i nieudowodnione. Niezależnie od powyższego, Pan A. B. miał rację skoro Zamawiający powziął wątpliwości i skierował pismo z dnia 19 czerwca 2018 r. do Przystępującego oraz zwrócił się też o stosowne wyjaśnienia do AMZ Kutno S.A.

27. Zupełnie bezpodstawny jest zarzut, że Odwołujący oparł swoje odwołanie na powyższym piśmie — Odwołujący nie był nawet w posiadaniu tego dokumentu co potwierdził sam Zamawiający.

28. Odwołujący nie był także w posiadaniu odpowiedzi AMZ Kutno S.A. z dnia 21 czerwca 2018 r., który to dokument również potwierdza twierdzenia Odwołującego, tj. że Przystępujący nie wykazał się realizacją dostawy spełniającej warunek udziału w Postępowaniu (dostawa nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł),. AMZ Kutno S.A. jednoznacznie oświadczyło, że:

1) „ Wskazane w naszych referencjach samochody ciężarowe średniej ładowności, których dostawę realizuje nam Iveco Poland Sp. z o.o. nie są pojazdami kompletnymi (zakupujemy podwozie wraz z kabiną), w II etapie adaptujemy je na pojazdy specjalne/opancerzone”. Dostarczone pojazdy nie są więc przeznaczone do przewozu ładunków, nie są kompletne, jak samym podwoziem z kabiną przewieźć ładunek? Potwierdziły się więc tylko twierdzenia Pana A. B., a Zamawiający jako podmiot wydatkujący środki publiczne musi wszystkie takie okoliczności brać pod uwagę, aby nie doszło jak w przedmiotowym przypadku do zagrożenia, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi niespełniającemu warunków, co może zakrawać o chęć wyłudzenia zamówienia publicznego.

2) „Przedmiotem wskazanych referencji są pojazdy nowe — samochody ciężarowe (podwozia ciężarowe) o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony”. Odpowiedź ta została udzielona na pytanie Zamawiającego, które brzmiało następująco: „Czy przedmiotem wskazanej w referencjach dostawy były nowe samochody ciężarowe (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony?” AMZ Kutno S.A. nie odniosło się więc -- nie przez przypadek — do powyższej funkcjonalności „przeznaczone do przewozu ładunków” i nie potwierdziło, że dostarczone przez Iveco Poland Sp. z o.o. podwozia ciężarowe taki wymóg spełniają — bo oczywistym jest, że nie ma fizycznej możliwości, aby go wypełniły.

3) „Wartość dostaw o których mowa w przedstawionej referencji na dzień

27.04.2018 r. jest mniejsza niż 10 000 000 zł brutto.” Niniejsze oświadczenie jednoznacznie potwierdza brak spełniania wymogu z warunku udziału w Postępowaniu, o czym świadczy argumentacja Odwołującego przytoczona poniżej.

29. Natomiast już zupełnie absurdalne są twierdzenia Przystępującego co do wartości dostawy (kontraktu) będącego w trakcie realizacji na dzień składania ofert.

Co więcej stanowisko Przystępującego jest sprzeczne ze stanowiskiem Zamawiającego i jako takie nie powinno być brane pod uwagę zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że miał wątpliwości co do wartości dostawy wykonanej na dzień składania ofert dlatego też wezwał Przystępującego do uzupełnień, na co nie otrzymał odpowiedzi.

Niniejsze jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający oczekiwał — co jest słuszne i prawidłowe — że wartość dostawy (umowy) będącej w trakcie realizacji na dzień składania ofert musi osiągnąć wartość z warunku (w przedmiotowym przypadku 10 mln zł brutto). Jest to oczywiste dla każdego profesjonalisty ubiegającego się o udzielenie zamówienia, oczywistości nie trzeba zapisywać w treści SIWZ.

30. Okoliczność, że dostawa (umowa) nie osiągnęła poziomu 10 mln zł brutto potwierdził sam AMZ Kutno S.A. Wobec tego już widzimy, że Przystępujący przekazał informacje wprowadzające w błąd, skutkujące koniecznością wykluczenia go z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp. Tak — obu tych punktów, gdyż jak doskonale wie Pełnomocnik Przystępującego norma z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp zawiera się w normie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, co potwierdza liczne orzecznictwo KIO.

31. Nie sposób wręcz odnosić się do nieracjonalnej argumentacji Przystępującego, że Zamawiający w ramach warunku wymagał, aby sama wartość dostawy — zawartej umowy osiągnęła poziom 10 mln zł brutto. Po pierwsze nie takie były oczekiwania Zamawiającego, czemu dał on wyraz w swoich pismach (dowodach w postępowaniu odwoławczym przed KIO), po drugie przy takim rozumieniu warunku udziału w postępowaniu wystarczyłoby mieć umowę zawartą dzień przed składaniem ofert, nie wykonać w jej ramach żadnej dostawy nowego samochodu ciężarowego i potwierdzić tym samym spełnianie warunku.

Jest to absurdalne, prowadzące do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wykonawcy, którzy zrealizowali zakończone dostawy musieliby mieć dostawy na poziomie 10 mln zł brutto, a ci którzy mają dostawy w trakcie — wystarczy, że okazali by się zawartą umową). Po trzecie jest to sprzeczne z oświadczeniami składanymi przez samego Przystępującego, który już na potrzeby argumentacji przy zarzucie nr 3 (doświadczenie Iveco Defence Vehicles S.p.A.) twierdzi, że liczy się faktyczne doświadczenie i takiego wymagał Zamawiający. Ale na potrzeby argumentacji w zakresie niniejszego zarzutu — wystarczające jest samo formalne zawarcie umowy o wartości powyżej 10 mln zł brutto. Niestety argumentacja Przystępującego jak obrazuje powyższe jest wewnętrznie sprzeczna, przez co nie zasługuje na uznanie.

32. Jeżeli Przystępujący nie zgadzał się z brzmieniem warunku udziału w Postępowaniu, nie rozumiał go, miał prawo zadać pytanie do SIWZ — czy można dostarczyć same podwozia — czego nie uczynił. Ponadto, jeżeli nie zgadzał się z wezwaniem Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2018 r. mógł wnieść na nie odwołanie, czego także nie uczynił, a wręcz wycofał się ze złożonych przez siebie twierdzeń.

33. Nie jest także prawdą, że cena oferty Odwołującego nie przekracza kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w 2018 r. kwotę 13.650.000,00 zł tj. 568.750,00 zł brutto na jeden pojazd. Cena jednego pojazdu oferowanego przez Przystępującego wynosi zaś 634.500,00 zł brutto. Nawet na takim przykładzie widać, że Przystępujący przekazuje informacje mające wprowadzać Izbę w błąd.

34. Odnosząc się jeszcze uzupełniająco do twierdzeń Pełnomocnika Zamawiającego przedstawionych w toku posiedzenia w dniu 8 sierpnia 2018 r. Po pierwsze Zamawiający jest zobowiązany oceniać wszystkie dokumenty, które zostały mu przedłożone przez

wykonawców - jeżeli w JEDZ dopuścił wypełnienie sekcji a ale Przystępujący z tej opcji nie skorzystał, to nie znaczy, że Zamawiający ma pomijać informacje przekazane przez Przystępującego, tym bardziej jak są one wprowadzające Zamawiającego w błąd.

35. Zamawiający na rozprawie nie otrzymał od Odwołującego żadnych dokumentów, w których posiadanie nie mógł wejść sam. Są one powszechnie dostępne, a Zamawiający jako profesjonalista nie może ograniczyć się do bezrefleksyjnego przyjmowania każdego oświadczenia wykonawcy — zobowiązany jest je weryfikować.

36. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do zarzutów Odwołującego — poza zarzutem nr 1, 3 i 4 w zakresie formy zobowiązania, co w ocenie Odwołującego oznacza, że się z nimi zgodził. Należy zauważyć, że ciężar dowodzenia ciąży na stronach postępowania odwoławczego przed KIO, zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 9 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1250/10, w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r. o sygn. akt 4/12, wyroku z dnia 11 grudnia 2017 r. o sygn. akt KIO 2472/17, w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt V Ca 571/08, w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08). Nikt w tym zakresie nie może zastępować stron. Zamawiający nie może być w tym zakresie zastępowany przez Przystępującego, gdyż oceniamy prawidłowość czynności Zamawiającego w Postępowaniu a nie Przystępującego. W przedmiotowym przypadku Przystępujący wszedł w rolę Zamawiającego.

Dodatkowe orzecznictwo:

Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 696/18

„Odnosząc się do uwzględnionych zarzutów, Izba wskazuje, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca tak dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. Są oni obowiązani do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że — obok ogłoszenia — zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to si. wz. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si. w. z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe

egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...)Wskazana przesłanka (tj. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp — przyp. Odwołującego) uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności niedbalstwem albo lekkomyślnością. Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 K.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania, Analiza oświadczeń składanych przez przystępującego w tym zakresie wskazuje, iż

przystępujący już w momencie składania oferty był świadom tego, iż jego oferta pozostała w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 roku stwierdził, iż od początku właściwie odczytał intencje zamawiającego. Mimo to w złożonym formularzu cenowym oświadczył, że oferuje wsparcie dla licencji Genesis/ININ. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się wysokim stopniem sformalizowania. Zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, obowiązują określone procedury zawarte w przepisach ustawy P.z.p. i doprecyzowane w s.i.w.z. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają obowiązek złożyć ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o czym wprost stanowi art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p. Wykonawca nie może pomijać postanowień specyfikacji powołując się na to, że intencje zamawiającego były inne niż wyraził to w s.i.w.z. Postanowienia s.i.w.z. mogą zostać zmodyfikowane jedynie na zasadach określonych w art. 38 ust. 4 i nast. ustawy P.z.p., a w rozpoznawanym przypadku modyfikacja s.i.w.z. w oparciu o wskazany przepis nie miała miejsca.

C..) Rezygnując z możliwości wyjaśnienia treści s.i.w.z., przystępujący złożył ofertę niezgodną z si. wz., wprowadzając jednocześnie zamawiającego w błąd co do rzeczywistego autorstwa wymaganej licencji. Podane przez przystępującego informacje z całą pewnością miały wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ zamawiający, uznając ofertę przystępującego za zgodną z s.i.w.z., uznał ją również za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu.

Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r.. sygn. akt KIO 684/18

Informacją wprowadzającą w błąd było podanie jako okresu pełnienia przez ww. osobę funkcji inżyniera kontraktu przy nadzorze budowy drogi S2. Zgodnie z wykształconą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, nie jest dopuszczalne zastępowanie

informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi, bowiem celem wprowadzenia art. 24

ust. 1 pkt 17 było wyeliminowanie z postępowań wykonawców, którzy wprowadzają w błąd zamawiającego na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa (por. np. wyrok KIO z dnia 4.10.2017 r., KIO 1978/17, z dnia 8.08.2017 r., KIO 1509/17)."

Ad 2.Zastąpienie pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego MECO Poland Sp. z o.o. innym podmiotem, tj. MECO Defence Vehicle S.p.A.

DOWODY na okoliczność, że Przystępujący dopuścił się nieuprawnionej zmiany podmiotu trzeciego w trakcie trwania Postępowania

Odwołujący Zamawiający/Przystępujący

1. Pismo Przystępującego z dnia 20 czerwca 2018 stanowiące odpowiedź na wezwanie

Zamawiającego z dnia 19 czerwca

2018 r. Brak dowodów — wyłącznie gołosłowne twierdzenia.

2. Wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2018 r.

3. Uzupełnienie Przystępującego z dnia 2 lipca 2018 r. zastąpienie Podmiotu MECO Poland Sp. z o.o. nowym podmiotem MECO Defence Vehicles s.p.A.

KONKLUZJA: Przystępujący nie wykazał, że nie doszło do nieuprawnionej zmiany podmiotu trzeciego z MECO Poland Sp. z o.o. na MECO Defence Vehicles S.p.A.

37. Zupełnie niezgodne ze stanem faktycznym jest twierdzenie

Przystępującego, że Zamawiający w sposób nieuprawniony zażądał od Konsorcjum zastąpienia Iveco Poland Sp. z o.o. innym podmiotem. Przeczą temu dokumenty — odpowiedź Przystępującego z dnia 20 czerwca 2018 r., w której podniósł on że podjął

działania mające na celu zastąpienie podmiotu na zasobach, którego polega innym podmiotem zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

38. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie jest alternatywą wobec art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie może dawać wykonawcy kolejnej nieuprawnionej szansy na uzupełnienie wymaganego doświadczenia w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

A już tym bardziej nie może służyć do zastępowania informacji nieprawdziwych prawdziwymi (wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1509/17, wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1058/17, wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt KIO 734/17)

39. Niniejsze — brak alternatywy wobec art. 26 ust. 3 ustawy Pzp — potwierdza także opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Nie ma tu mowy o żadnej nieprójnej wykładni tylko o działaniu *contra legem* — wbrew postanowieniom ustawy PZP i oczywistej zasady jednokrotności wezwania do uzupełnień w tym samym zakresie.

40. Przystępujący został wezwany do uzupełnień (nomenklatura Zamawiającego nie ma znaczenia liczy się czynność faktyczna) w dniu 19 czerwca 2018 r. Nie udzielił odpowiedzi co bezspornie potwierdza pismo z dnia 20 czerwca 2018 r. Wobec tego powinien podlegać

wykluczeniu a nie dostawać kolejną szansę poprawienia swojej oferty, co więcej w sposób niedopuszczalny w świetle orzeczenia T SUE Esaprojekt poprzez wprowadzenie nowych informacji nie znanych pierwotnie Zamawiającemu i nie zamieszczonych w ofercie

41. Wątpliwości w zakresie doświadczenia nie rozwiązał sam Przystępujący wobec tego dziwi fakt, że teraz wątpliwości te przypisuje Zamawiającemu.

Ad 3.

informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego doświadczenie

„zamienionego” podmiotu trzeciego MECO Defence Vehicles S.p.A.J

DOWODY na okoliczność, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, tj. że zamówienie na rzecz „MON Hiszpania” zrealizował IVECO Defence Vehicles s.p.A. a nie IVECO Espana S.L.

Odwolujący Zamawiający/Przystępujący

1. JEDZ IVECO Defence Vehicles s.p.A. 1. Zaświadczenie o wpisie do działu zwyczajnego z dnia 8 listopada 2007 r. wydane na rzecz spółki Iveco S.p.A. — szczegółowy komentarz wykazujący dlaczego dokument ten nie może podlegać ocenie w ramach dowodów

— pkt 53 ppkt 1) poniżej.

Wykaz wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw z dnia 2 lipca 2018 Potwierdzenie z dnia 7 czerwca 2018 r. wydane przez pułkownika Pana

L. O. Ogłoszenie o zawarciu kontraktu, numer dokumentu 209112013900100 opublikowane na Platformie Udzielania Zamówień Publicznych w dniu 1 czerwca 2015 r. o godz. 10:26.

Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 12 czerwca 2014 r., opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 1 11-195612.

Ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert z dnia 19 września 2014 r. opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 180 - 317043.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 4 czerwca 2015 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S

2. Protokół walnego zgromadzenia akcjonariuszy jednoosobowej spółki „Iveco Defence Vehicles S.A.” i wniesienie wkładu niepieniężnego z dnia 27 czerwca 2015 r. szczegółowy komentarz wykazujący dlaczego dokument ten nie może podlegać ocenie w ramach

dowodów — pkt 53 ppkt 2) poniżej.

3. Wyciąg ze statutu spółki Iveco Espana SL — szczegółowy komentarz wykazujący dlaczego dokument ten nie może podlegać ocenie w ramach dowodów — pkt 53 ppkt 3) poniżej.

BRAK DOWODÓW WYKAZUJĄCYCH, ŻE PODMIOTEM REALIZUJACYM

UMOWĘ Z „MON HISPANIA” BYŁA SPÓŁKA MECO DEFENCE VEHICLES

S.P.A

8. Wyciąg z raportu rocznego grupy kapitałowej CNH Industrial potwierdzający, że spółki MECO Defence Vehicles S.p.A. oraz MECO

Espana S.L. to odrębne spółki.

9. Zaświadczenie o rejestracji spółki MECO Defence Vehicles S.p.A. z dnia 28 czerwca 2018 r. (dołączone do pism przekazanych przez Przystępującego w dniu 2 lipca 2018

KONKLUZJA: Przystępujący nie wykazał, że zamówienie na rzecz „MON

Hiszpania” zostało zrealizowane przez MECO Defence Vehicles S.p.A

42. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego, że liczy się doświadczenie realizatora a nie strony umowy.

43. Jak dobrze zrozumiał Odwołujący, nie ważne z kim zawarł umowę zamawiający, ważne kto ją realizował.

44. Po pierwsze postępowania publiczne w całej Unii Europejskiej (a więc także w Hiszpanii) nie pozwalają na zmianę wykonawcy, który został wybrany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego — przeczyłoby to całej istocie zamówień publicznych i sprowadzałoby się do handlu zamówieniami publicznymi.

Po drugie strona umowy odpowiada za jej wykonanie — należyta staranność, kary umowne itp.

Po trzecie doświadczenie zdobywa się na rzecz podmiotu, z którym jest bezpośrednio zawarł umowa — tylko on może poświadczyć czy podwykonawca wywiązał się z jej postanowień, czy wykonał ją należycie. Inny podmiot w żaden sposób nie jest w stanie tej okoliczności wykazać, także i z tego powodu że nie zna umowy w zakresie podwykonawstwa. Zamawiający prowadzi postępowanie nie w celu wyboru rzetelnego podwykonawcy, ale w celu zawarcia umowy z wykonawcą dającym gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia, z którym kiedyś już ktoś współpracował i jest z tego zadowolony.

45. Przystępujący sam przyznaje w piśmie procesowym z dnia 7 sierpnia 2018 r.

że „Stroną umowy z Ministerstwem Obrony Hiszpanii jest — jak to poprawnie zbadał Odwołujący — Iveco Espana S.L.” (strona 9 ww. pisma). Otóż to — doświadczenie zdobywa się w ramach realizowanych umów — na rzecz podmiotu, z którym mamy zawartą umowę, zgodnie z twierdzeniami samego Przystępującego w zakresie zarzutu nr 1, a nie na rzecz podmiotu, który nie był stroną umowy i który nie ma prawa się o sposobie realizacji kontraktu wypowiadać. Iveco Defence Vehicle S.p.A. jak wskazał sam Przystępujący „dostarczyło samochody bezpośrednio do odbiorcy, którym była Armia Hiszpańska” (strona 10 pisma procesowego). Właśnie Iveco Defence Vehicles S.p.A. mogło tylko dokonać czynności przewozu samochodów na miejsce do zamawiającego, ale nie odpowiadało za wykonanie samej umowy z Ministerstwem Obrony Narodowej Hiszpanii (!). Niniejsze potwierdza dalsze

oświadczenie Przystępującego „Skoro jednak dostawy nie były dokonywane na rzecz Iveco Espana S.L., to referencje mógł wystawić jedynie odbiorca końcowy”. Odwołujący absolutnie nie zgadza się z takim tokiem rozumowania Przystępującego — odbiorca końcowy mógłby potwierdzać bowiem okoliczności sprzeczne z faktycznymi zasadami realizacji kontraktu łączącego zaangażowane bezpośrednio strony.

46. Zakładając — do czego dąży Przystępujący — że spółka Iveco Defence Vehicles

S.p.A. była podwykonawcą spółki Iveco Espana S.L. Przystępujący powinien był przedłożyć referencję od tej drugiej spółki (Iveco Espana S.L.) na rzecz tej pierwszej (Iveco Defence Vehicles S.p.A.). Przystępujący nie przedłożył żadnego dowodu, który by potwierdzał, że spółka Iveco Defence Vehicles S.p.A. wykonywała dostawy na rzecz Iveco Espana S.L. czy też Ministerstwa Obrony Narodowej Hiszpanii. Izba na każdym kroku podkreśla, że liczą się dowody. Zatem Odwołujący podkreśla że brak jest logicznego ciągu tak dla twierdzeń Przystępującego a zwłaszcza brak jest ciągu dokumentów na jakiej podstawie Przystępujący chce powyższe udowodnić. Ale ponad powyższym stoi zasada, iż Izba ocenia działania Zamawiającego podjęte na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej i dokumenty jakimi wówczas tylko Zamawiający dysponował i czy w ich świetle podjął prawidłową decyzję.

Wyjaśnienia dokumentów, czy przedkładanie dowodów które mogły być przedłożone w toku badania i oceny ofert jest spóźnione gdy odbywa się w toku postępowania odwoławczego.

47. W tym miejscu należy także podnieść, że Przystępujący przeczy sam sobie — w zakresie niniejszego warunku twierdzi, że liczy się to kto zrealizował zamówienie i zdobył faktyczne doświadczenie, gdyż na tym zależy Zamawiającemu, a w zakresie zarzutu nr 1, że wystarczy samo zawarcie umowy, realizacji i faktyczne doświadczenie nie ma znaczenia, ani to że w ogóle się przystąpi do realizacji, nie mówiąc o tym czy ją się należycie wykonało.

48. Przystępujący dwukrotnie przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych. Po pierwsze w zakresie pierwotnie wskazanego doświadczenia, po drugie w zakresie doświadczenia zrealizowanego przez "zmieniony" podmiot trzeci.

49. Warunek udziału w Postępowaniu nie budził najmniejszych wątpliwości żadnej ze stron. Przystępujący już w JEDZ przedstawił informacje co do doświadczenia mającego potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w taki sposób, że Zamawiający miał uznać, iż przedstawione doświadczenie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Co więcej, Przystępujący dalej informacje te potwierdzał w wykazie dostaw oraz przedłożonych referencjach. Dopiero, wezwany do wyjaśnień przez Zamawiającego uchylił się od nich.

Pojawia się więc zasadne pytanie, co legło u podstaw zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytanie Zamawiającego — jeżeli doświadczenie wskazane przez Przystępującego było zgodne z wymaganiami Zamawiającego, to dlaczego Przystępujący nie udzielił na nie odpowiedzi? Po udzieleniu przez Przystępującego odpowiedzi na zadane pytanie, Zamawiający mógłby wówczas dokonać weryfikacji czy potwierdza ono spełnianie warunku udziału w Postępowaniu czy też nie.

50. W ocenie Odwołującego, Przystępujący miał pełną wiedzę o tym, że doświadczenie zrealizowane na rzecz AMZ Kutno S.A. nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu i nie chciał składać dalej idących oświadczeń, które jednoznacznie przesądzałyby o przekazaniu nieprawdziwych informacji. Wobec tego Przystępujący wolał się wycofać ze składania kolejnych informacji i uciec się do zmiany podmiotu, ani słowem nie odpowiadając na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający powinien zaś w tym momencie dostrzec brak uczciwości w działaniu Przystępującego i już na tym etapie Postępowania wykluczyć go, a nie podejmować wobec niego kolejne czynności zmierzające do pozwolenia Przystępującemu na wykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

51. Odwołujący pragnie dodatkowo podnieść, że nie ma znaczenia termin „oferent” a „wykonawca”, gdyż są to te same podmioty, a pewne różnice wynikają z kwestii tłumaczeń. Oczywiście jest, że angielski termin „economic operator” jest rozumiany jako wykonawca na gruncie Pzp — termin ten występuje w anglojęzycznych wersjach dyrektyw oraz np. w anglojęzycznej wersji ustawy PZP na określenie polskiego terminu „wykonawca” na tle Pzp.

52. Dalej struktura własnościowa i przynależność do grupy kapitałowej nie ma znaczenia

dla faktu, że spółka Iveco Defence Vehicle S.p.A. i Iveco Espana S.L. są odrębnymi podmiotami. Doświadczenie jednej nie przechodzi na drugą „z autopsji”

Nawet na gruncie sukcesji uniwersalnej takie przejście doświadczenia nie jest możliwe, gdyż okoliczność taką należałoby przewidzieć w umowie podziału. Przystępujący powołując się na następstwo prawne i powinien je wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, zwłaszcza w postępowaniu z zakresu zamówień publicznych, a tego nawet nie próbował dowodzić właściwymi dowodami, w szczególności umową o podziale. Odwołujący wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 3 kwietnia 2012r. sygn. akt X Ga 88/12: „Przechodząc do oceny poszczególnych zarzutów skargi, Sąd Okręgowy podkreśla, iż wywody skarżącego dotyczące ciężaru udowodnienia następstwa prawnego spółki Alstom Power Systems GmbH na rzecz Alstom Boiler Deutschland GmbH są błędne. Zgodnie z art. 6 k.c., mającym w postępowaniu zastosowanie, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. To skarżący powołał się na następstwo prawne i powinien je wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, zwłaszcza w postępowaniu z zakresu zamówień publicznych. Zagadnienie podmiotów występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem zasadnicze znaczenie, jeżeli uwzględnić fakt, iż krąg podmiotów występujących w tym postępowaniu jest ściśle określony. Nie można podzielić twierdzenia skarżącego, iż po stronie podmiotów dokonujących czynność prawną - Alstom Power Systems j Alstom Boiler Deutschland zawierających umowę o podziale i przejęciu kwestia przenieszonego majątku, praw i obowiązków nie budziła ich wątpliwości, gdyż ich zamiarem było również przeniesienie „projektu Opole” czyli budowy bloków energetycznych objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Na takie rozumienie czynności prawnej jej strony mogą się powoływać w stosunkach wewnętrznych, a nie zewnętrznych, a w szczególności nie na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji zaistniałej w sprawie rzeczywista wola stron umowy o podziale i przejęciu musi znajdować odzwierciedlenie w treści czynności prawnej i musi być wykazana przez podmioty, które na nią się powołują. Jest to zrozumiałe także z logicznego punktu widzenia, albowiem tylko podmioty dokonujące czynność prawną dysponują dowodami dotyczącymi tej czynności (umowa, jej załączniki itp.). To na skarżącym spoczywał zatem obowiązek wykazania, iż po jego stronie doszło do skutecznego podmiotowego następstwa prawnego.

Kwestią zasadniczą jest zatem w sprawie to, czy zostało wykazane w sposób nie budzący wątpliwości, iż spółka Alstom Boiler Deutsch/and GmbH jest następcą prawnym Alstom Systems Power GmbH w zakresie praw i obowiązków związanych z udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

W tym zakresie odwołać się należy przede wszystkim do umowy z dnia 24 listopada 2011 roku o podziale i przejęciu zawartej pomiędzy Alstom Power Systems GmbH i Alstom Boiler Deutschland GmbH, która reguluje to zagadnienie. Na marginesie zauważyć wypada, iż umowę tą w toku postępowania przed Krajową Izbą przedłożył zamawiający, a nie skarżący.

Gdyby więc zamawiający nie złożył przedmiotowej umowy Krajowa Izba Odwoławcza, a następnie Sąd byłby pozbawieni podstawowego dokumentu regulującego kwestię następstwa pomiędzy Alstom Power Systems GmbH i Alstom Boiler Deutsch/and GmbH.

Nie budzi sporu, iż zawarcie takiej umowy było w świetle prawa niemieckiego tj. ustawy o przekształceniach dopuszczalne i skuteczne (S 123 ustawy o przekształceniach i następne). Nie kwestionowała tego ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani zamawiający, czy interwenienci. Treść tej ustawy także nie była sporna i nie doszło na etapie odwołania do jej naruszenia. W związku z powyższym nie zachodziła konieczność dopuszczenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność treści i praktyki stosowania prawa niemieckiego. Izba nie naruszyła zatem art. 188 ust. 4 pzp.

Ustawa o przekształceniach w 123 ust. 2 pkt 1 reguluje dopuszczalność wydzielenia ze swojego majątku jego części lub kilku części w celu włączenia tej części lub tych części na istniejący inny podmiot w drodze przeniesienia. Jednakże to strony decydują, która część majątku przenoszącego podmiotu prawnego przechodzi na przejmujący podmiot prawa. Nie można więc uznać, iż Alstom Boiler Deutschland wstąpił w całość praw i obowiązków Alstom Power Systems. Przedmiotowa sukcesja nie była zatem sukcesją uniwersalną, która polega na tym, że dany podmiot wstępuje w ogół praw i obowiązków poprzednika, czyli „wchodzi” całkowicie w jego sytuację prawną. Drugim rodzajem sukcesji jest sukcesja syngularna, która sprowadza się do przejęcia jedynie części praw i obowiązków swojego poprzednika. Następca uzyskuje zatem jedynie, większy lub mniejszy wycinek szeroko rozumianego majątku poprzednika. Z punktu widzenia powyższych rozważań następstwo prawne pomiędzy w/w spółkami było częściowe, a nie zupełne. Stąd też konieczność ustalenia na podstawie umowy z dnia 24 listopada 2011 roku, jaki majątek, prawa i obowiązki (jaki ich wycinek) został przeniesiony na spółkę Alstom Boiler Deutschland. ( . . .)Wobec zawarcia

umowy o podziale j przeniesieniu przez podmioty (osoby prawne) mające siedzibę w Republice Federalnej Niemiec do wykładni postanowień tej umowy należało stosować przepisy prawa niemieckiego (art. 17 ust. 1 i 3 i art. 28 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe Dz.U. z 2011 r., nr 80, poz. 432 oraz art. 4 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) Dz.U.UE.L.2008.177.6). Jednakże wbrew twierdzeniom skarżącego zastosowania w tej części nie znajduje jedynie 133 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB), który dotyczy wykładni oświadczeń woli (podobnie jak art. 65 1 k.c.), ale przede wszystkim 157 niemieckiego kodeksu cywilnego, który stanowi, jak należy rozumieć umowy. 157 wskazuje, iż umowy należy tłumaczyć tak, jak wymagają tego zasady dobrej wiary oraz ustalone zwyczaje (odpowiednik aft. 65 2 k.c.). Niedopuszczalnym zatem jest na gruncie interpretacji umów odwoływanie się jedynie do subiektywnych intencji stron, przekonań i ich zamysłów, jak argumentował skarżący. Przy umowach należy badać przede wszystkim zasady dobrej wiary, a zatem usprawiedliwiony okolicznościami obiektywny sens umowy. Ocena ta dokonywana jest zatem z pozycji obserwatora zewnętrznego i ustalonych zwyczajów na moment zawarcia umowy. Tymczasem rozumienie umowy przez skarżącego odwołuje się wyłącznie do wewnętrznych przekonań stron i ma charakter oceny ex post, a zatem z punktu widzenia tego co wydarzyło się po jej zawarciu. Takie rozumienie umowy nie oddaje rzeczywistej woli stron z chwili jej zawarcia i nie może być przyjmowane bezkrytycznie.”.

53. Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Przystępującego to wnoszę o ich oddalenie jako bezprzedmiotowych dla rozstrzygnięcia sprawy i podniesionych w nich zarzutów:

1) Zaświadczenie o wpisie do działu zwyczajnego z dnia 8 listopada 2007 r. wydane na rzecz spółki Iveco S.p.A. nie oznacza, że w tym dniu istniała nowo utworzona z dniem 19 listopada 2014 r. spółka Iveco Defence Vehicles S.p.A. co jest przedmiotem sporu.

2) Protokół walnego zgromadzenia akcjonariuszy jednoosobowej spółki „Iveco Defence Vehicles S.A.” i wniesienie wkładu niepieniężnego z dnia 27 czerwca 2015 r. nie potwierdza, że na dzień składania ofert w przetargu prowadzonym przez Ministerstwo Obrony Hiszpanii (7 października 2014 r.) istniała spółka Iveco Defence Vehicles S.p.A. Dokument ten potwierdza wyłącznie, że dokonano aportu zorganizowanej części przedsiębiorstwa Iveco S.p.A. do Iveco Defence Vehicles S.A. — spółki istniejącej od dnia 7 października 2014 r.

3) Wyciąg ze statutu spółki Iveco Espana SL — dokument ten potwierdza, że

Przedmiotem działalności Spółki będzie wykonywanie następujących czynności: 1. Produkcja, import, sprzedaż i dystrybucja wszelkiego rodzaju pojazdów takich jak samochody osobowe, przemysłowe i handlowe lub specjalne, w tym ( Y' . Dokument ten potwierdza więc, że zakres przedmiot działalności ww. spółki dotyczy też produkcji m.in. pojazdów specjalnych, do której to grupy należą pojazdy wojskowe. Ponadto, pojazdy ogólne w żaden sposób nie różnią się od pojazdów wojskowych, co więcej przedmiot zamówienia realizowanego na rzecz Ministerstwa Obrony Hiszpanii była dostawa — „umowa ramowa na zakup wojskowych, terenowych samochodów ciężarowych o średniej i dużej masie”. Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, że Przystępujący po raz kolejny manipuluje i próbuje wprowadzić w błąd - tym razem Izbę. W przedstawionym statucie Iveco Espana jest mowa w pierwszym zdaniu, że są m.in. producentem wszelkiego rodzaju pojazdów samochodowych, w tym m.in. specjalnych. Tymczasem Przystępujący powiedział wprost, że samochodami wojskowymi się nie zajmują. Samochody wojskowe, to również samochody specjalne! Inna kwestia, dłaczego firma, która nie ma w swojej ofercie i statucie samochodów dla wojska chciałaby składać ofertę w przetargu na dostawę samochodów dla wojska?

54. Podnoszę, że wbrew twierdzeniom Pełnomocnika Przystępującego oświadczyliśmy, iż mamy wątpliwości w zakresie referencji wydanych przez

Ministerstwo Obrony Narodowej Hiszpanii.

55. W konsekwencji wezwania do zastąpienia jednego podmiotu — innym (co w ocenie Odwołującego również było niedopuszczalne) Zamawiający uzyskał kolejne informacje wprowadzające w błąd, co do podmiotu, który zrealizował zamówienie na rzecz

Ministerstwa Obrony Hiszpanii.

Ad 4.

C Dokumenty „zamienionego” podmiotu nieaktualne na dzień składania ofert, podpisane przez osobę nieumocowaną, złożone w niewłaściwej formie — brak wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu)

DOWODY na okoliczność, że Przystępujący nie wykazał, że będzie dysponował zasobami IVECO Defence Vehicle S.p.A. na dzień składania ofert, jak również że wskazany podmiot potwierdza spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu na dzień składania ofert.

Odwołujący Zamawiający/Przystępujący

Odwołujący

1 . Zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione w dniu 28 czerwca 2018 r. podpisane przez Pana V. M. niepotwierdzające udostępnienia zasobów na dzień składania ofert, 2) podpisane przez osobę nieuprawnioną, 3) złożone w nieprawidłowej formie).

Zamawiający/Przystępujący

1 . Okazanie oryginału zobowiązania do udostępnienia zasobów (nie ten etap postępowania ocena dokumentów złożonych Zamawiającemu a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO).

Odwołujący

2. JEDZ złożony przez IVECO Defence Vehicles S.p.A. (1) nie odnoszący się w swojej treści do dnia składania ofert, 2) brak tłumaczenia dla oryginalnej wersji językowej dokumentu).

Zamawiający/Przystępujący

2. Oświadczenie tłumacza przysięgłego Pani K.W. — C. o błędzie w dacie (nie ten etap postępowania ocena dokumentów złożonych Zamawiającemu a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO)

Odwołujący

3. Potwierdzenie z dnia 7 czerwca 2018 r. wydane przez pułkownika Pana L. O. (brak hiszpańskiej wersji językowej).

Zamawiający/Przystępujący

3. Brak dokumentu i wykazania okoliczności z uwagi na które nie został przedłożony dokument w hiszpańskiej wersji językowej.

Odwołujący

4. Pełnomocnictwo z dnia 2 lipca 2018

r. wydane na rzecz Pana M. V. H. (niewłaściwa forma dokumentu — dokument w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Przystępującego

Zamawiający/Przystępujący

4. Odwołanie prokury i udzielenie prokury z dnia 10 listopada 2016 r. (nie ten etap postępowania — ocena dokumentów złożonych Zamawiającemu a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO).

KONKLUZJA: Przystępujący nie wykazał, że dysponował zasobami IVECO Defence Vehicles S.p.A. oraz że podmiot ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu na dzień składania ofert

56. Kompletnie niezrozumiałe dla Odwołującego jest twierdzenie Przystępującego, że dokumenty przedkładane w ramach uzupełnień nie muszą być aktualne na dzień składania ofert — innymi słowy nie muszą potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia na ten moment. Jest to sprzeczne z literalnym brzmieniem art.

25a ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto prowadziłyby do nierównego traktowania wykonawców.

57. Przystępujący myli dokumenty składane i uzupełnianie w związku z art. 25a ust. 1 i 3 ustawy Pzp z dokumentami przekazywanymi w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (patrz wyrok

KIO z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 280/18, wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2686/17, wyrok KIO z dnia 19 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 166/18).

58. Zobowiązanie powinno zostać złożone w formie oryginału Zamawiającemu, a nie okazywane na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą — potwierdza to brzmienie Rozdziału VI pkt 14 SIWZ oraz 14 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. Dlatego też kopię z okazanego oryginału zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 28 czerwca 2018 r., mającą stanowić dowód przedłożony przez Przystępującego należy oddalić jako niemające znaczenia dla Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, który oceniał dokumenty wówczas przedłożone przez Przystępującego dotyczące udowodnienia spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

59. Z dokumentów rejestrowych nie wynika, że Pan V. M., który złożył oświadczenia w imieniu Iveco Defence Vehicles S.p.A. był umocowany do samodzielnej reprezentacji ww. podmiotu. Niech Przystępujący wykaże tę okoliczność jednoznacznie opierając się na dokumentach przekazanych Zamawiającemu. Nie podlegają zaś ocenie dokumenty składane w toku postępowania odwoławczego wykazujące umocowanie do reprezentowania podmiotu. Dlatego też dokument z dnia 10 listopada 2016 r. „Odwołanie prokury i udzielenie prokury” przedłożony w oryginalnej wersji językowej oraz wraz z tłumaczeniem na język polski, mający stanowić dowód przedłożony przez Przystępującego należy oddalić jako niemający znaczenia dla Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, który oceniał dokumenty wówczas przedłożone przez Przystępującego dotyczące udowodnienia spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

60. Prawidłowe tłumaczenie dokumentu JEDZ należało przedłożyć Zamawiającemu a nie w toku postępowania odwoławczego przed Wysoką Izbą. Dlatego też oświadczenie z dnia 7 sierpnia 2018 r. złożone przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego Panią K. W. — C., mające stanowić dowód przedłożony przez Przystępującego należy oddalić jako niemające znaczenia dla Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, który oceniał dokumenty wówczas przedłożone przez Przystępującego dotyczące udowodnienia spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

61. Referencje — tym bardziej w kontekście nieprawdziwych informacji — powinny być złożone w dwóch wersjach językowych. To na przystępującym ciąży ciężar dowodów i wykazania, że nie doszło do żadnych przekłamań w tłumaczeniu.

62. Przystępujący w żaden sposób nie odniósł się do formy pełnomocnictwa udzielonego Panu V. M., które zgodnie z Rozdziałem X ust. 1 pkt 5) SIWZ wymagał, aby było ono złożone w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii.

63. Wykonawca jest profesjonalistą zobowiązanym do przestrzegania postanowień SIWZ oraz powszechnie obowiązujących przepisów i Zamawiający w wezwaniu nie musi opisywać formy w jakich mają zostać złożone dokumenty.

Dodatkowe orzecznictwo:

Wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt KIO 315/18

„Izba stwierdza bowiem, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę 'Stan rzeczy ustalony w toku postępowania'. Zaś sformułowanie 'W toku postępowania' odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd. 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.”

Wyrok KIO z dnia 28 października 2015 r., sygn. akt KIO 2263/15

„Nie wzięto pod uwagę opinii bankowej Deutsche Bank Polska S.A. z 22 października 2015 r., którą przystępujący złożył na rozprawie. Stwierdzono, że przystępujący nie przedstawił zamawiającemu tego dokumentu celem wykazania warunku. W konsekwencji to nie na jego podstawie zamawiający uznał, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku. Dostrzeżenia wymaga, że Izba nie zastępuje zamawiającego w badaniu ofert. Rolą Izby, w świetle art. 180 ustawy Pzp jest jedynie kontrolowanie czynności zamawiającego pod względem zgodności ich z prawem, co Izba czyni w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Nie jest zatem zadaniem Izby badanie dokumentów składanych celem potwierdzenia warunku dopiero na rozprawie.

Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 402/16

Dopiero na etapie postępowania odwoławczego starał się on przedstawić i uzasadnić niektóre z elementów kalkulacyjnych. Powyższe nie mogło jednak prowadzić do oddalenia zarzutu. Jak słusznie wskazywali odwołujący i przystępujący NMG, dowodzenie realności ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego czy skargowego należało uznać spóźnione. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza — w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych — może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego.”

Ad 5.

niedozwolona poprawa oferty w zakresie szerokości zaoferowanego przez Konsorcjum Demarko pojazdu)

DOWODY na okoliczność, że Przystępujący złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp (szerokość skrzyni).

Odwołujący Zamawiający /Przystępujący

1. Załączniku nr 1 do SIWZ - WET Rozdział XI „Wymagania dotyczące skrzyni ładunkowej” w pkt 1 lit. n)

Zamawiający /Przystępujący

1. Brak dowodów - dokumentów wykazania okoliczności, które obalałyby możliwość wyprodukowania skrzyni o szerokości 2840 mm.

Odwołujący

2. Formularz Parametrów Technicznych (załącznik nr 2.1. do SIWZ) — pkt

XI. In).

2. Wezwanie Zamawiającego z dnia 29 maja 2018 r.

3. Pismo Przystępującego z dnia 30 maja 2018 r. stanowiące odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 29 maja 2018 r.

4. Pismo Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2018 r. o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej.

KONKLUZJA: Przystępujący nie wykazał, że zaoferował ofertę zgodną z SIWZ w zakresie szerokości skrzyni, wobec czego jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2) ustawy Pzp.

64. Przystępujący zaoferował przedmiot niezgodny z treścią SIWZ a Zamawiający w sposób bezpodstawny tak poprawił ofertę Przystępującego, aby odpowiadała ona treści

Specyfikacji.

65. Zamawiający w jakim celu przygotowuje szczegółowe formularze, w których wykonawcy składają oświadczenia — gdyby wystarczyło oświadczenie ogólne, jaki jest sens ich żądania.

66. Wykonawca jako profesjonalista musi zapoznać się z treścią SIWZ i zaoferować przedmiot zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Przystępujący zaoferował szerokość skrzyni możliwą generalnie do wyprodukowania, tylko niezgodną z treścią SIWZ. Oferta taka

jednoznacznie podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

67. Odwołujący podnosi, że szerokość skrzyni nie jest sparametryzowana, tj. że wybiera się jeden z typów, do którego jest przypisana jakaś konkretna szerokość. Za każdym razem o tym jakiej szerokości zostanie zastosowana skrzynia decyduje wykonawca — określając jej

wymiary co do milimetra.

68. Zamawiający — bez udzielenie wyjaśnień przez Przystępującego i zmiany przez niego treści oferty — nie był w stanie ustalić „oczywistości omyłki pisarskiej”.

69. Zamawiający prowadził negocjacje z Przystępującym w wyniku, których doszło do niedozwolonej zmiany treści SIWZ.

Dodatkowe orzecznictwo:

Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 687/18

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż niezgodność oferty Odwołującego z siwz nie mogła być

poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Przede wszystkim w sprawie

przesądającym był zapis siwz określający górną granicę kwoty, co oznaczało, iż wykonawcy mogli ustalać wartość wykonania dokumentacji projektowej w przedziale do 3% wartości robót budowlanych. Samo zatem ustalenie przez Zamawiającego na podstawie prostego wyliczenia matematycznego, że kwota wskazana w ofercie przekracza granicę 3%, nie oznaczało, iż Zamawiający mógł przyjąć, że intencją Wykonawcy było ustalenie wartości dokumentacji projektowej na poziomie 3% wartości robót budowlanych. Przyjęcie takiego założenia nie uwzględniałoby możliwych innych wskazań, jak np. ustalenia wynagrodzenia za dokumentację projektową na poziomie 1%. Niezależnie od tego, czy Wykonawca taką zamianę by zaakceptował, już sama możliwość ustalenia dowolnej wartości dokumentacji projektowej nie przekraczającej progu 3% wartości robót budowlanych oznaczała, iż Zamawiający nie mógł obiektywnie ustalić, jaką wartość Wykonawca przyjął do wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Izby wyrażony został pogląd, iż

poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy nie może prowadzić do dostosowywania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w siwz, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Przez fakt akceptacji! Postanowień siwz nie następuje określenie zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie (tak w wyroku Izby z 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 22/17). Przychylając się do tego poglądu należy zauważyć, iż instytucja poprawienia omyłek w treści oferty nie może pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty, a zatem również sposobu, w jaki należałoby oświadczenie wykonawcy rozumieć. Jeżeli, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, możliwe byłyby różne warianty dla ustalenia wartości dokumentacji projektowej, to Zamawiający nie mając konkretnego wskazania w ofercie na jeden z nich, nie mógł samodzielnie ukształtować treści zobowiązania wykonawcy. W niniejszej sprawie z jednej strony formularz oferty zawierał oświadczenie, iż wartość prac dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie przekroczy 3% wartości robót budowlanych, a jednocześnie podana kwota była od tej wartości wyższa. Niezależnie zatem od tego, jak niewielka była to różnica, poprawienie omyłki Wykonawcy nie było możliwe. Zamawiający nie mógł bowiem obiektywnie przyjąć, iż jedynie wartość na poziomie 3% odzwierciedla założenie Wykonawcy. Gdyby w ofercie Wykonawca wskazał na konkretny procent, a następnie na skutek błędnego przeliczenia dokonał ustalenia wartości dokumentacji projektowej, wówczas Zamawiający miałby oparcie w treści oferty pozwalające na poprawienie omyłki, które nie może prowadzić do kształtowania nowej treści oferty. Dla niniejszej sprawy wiążącymi były zapisy siwz nakładające na wykonawców obowiązek wskazania w formularzu oferty obok ceny całkowitej, wartości dokumentacji projektowej, stanowiącej rodzajowo odrębny przedmiot zamówienia, niż roboty budowlane. Pomyłka Wykonawcy popełniona przy wyliczaniu tej wartości zasadniczo czyniła niemożliwym dla Zamawiającego samodzielne wskazanie innej kwoty, co stanowiłoby daleko idącą ingerencję w treść oferty. Nie miało przy tym decydującego znaczenia to, o jaką kwotę wartość dokumentacji projektowej przekroczyła próg 3%, ile wskazanie, że ten element prac mógł być wskazany jedynie przez Wykonawcę. "

Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1045/10

„W zakresie przytoczonego wyżej oświadczenia odwołującego, stanowiącego załącznik nr 15 do oferty, na które powoływał się odwołujący w odwołaniu i na rozprawie, KIO podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i piśmiennictwie, że generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień siwz i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami siwz, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp. Ponadto, przedmiotowe oświadczenie odwołującego potwierdza oryginalność oferowanego oprogramowania, spełniania założonych parametrów technicznych, które nie stanowiły przedmiotu odwołania oraz nienaruszanie praw osób trzecich w zakresie użytkowania oprogramowania przez zamawiającego.”

Wyrok KIO z dnia lutego 2011 r. Sygn. akt KIO 148/11

„Izba w tym względzie podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i piśmiennictwie, że generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/1045/10).”

Wyrok KIO z dnia 2 maja 2018 roku, sygn. akt: KIO 753/18

„Dokonując powyższej oceny, w pierwszej kolejności należy odwołać się do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 11a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”, i przez jego pryzmat ocenić prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego. Złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień, które zawierają nowe informacje, niezawarte uprzednio w treści oferty np. wskazanie innych numerów katalogowych (niż te podane w ofercie) dla oferowanych produktów, podanie innych wymiarów produktów (niż te wskazane w ofercie) - prowadzi do uzupełnienia tej oferty o nowe treści, a w konsekwencji do zmiany treści oferty. W dodatku ww. nowe informacje powodują, że oferta podlegająca w swojej pierwotnej treści odrzuceniu, po złożeniu wyjaśnień, odrzuceniu już podlegać nie będzie. Tym samym wyjaśnienia takie zawierają nowe treści powodujące zmianę, która jest istotna. Przyjęcie

takich wyjaśnień należy uznać za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakiejkolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli Zamawiający przyjmuje wyjaśnienia Wykonawcy, w których podaje on nowe okoliczności, nie wynikające z treści oferty, a które skutkują koniecznością uznania jego oferty za zgodną z SIWZ, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była z SIWZ niezgodna. Innymi słowy, za niedopuszczalne należy uznać zachowanie Wykonawcy, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ, podaje nowe okoliczności, uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „dostosowanie” tej oferty do stanu zgodnego z SIWZ.

Wskazać należy, iż „ustawa nie określa jakie omyłki uznać należy za „oczywiste omyłki pisarskie”. Uznać zatem należy, że zakres tych omyłek wyczerpuje się w literalnym brzmieniu słowa „oczywiste” oraz w orzecznictwie wypracowanym na podstawie takiego zapisu w innych aktach prawnych np. art 350 1 k.p.c. o oczywistości omyłek w ustawie wypowiedział się już sąd jak i Zespół Arbitrów. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 grudnia 2002 roku w sprawie V Ga 1514/02 wskazał, że oczywistą omyłką jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie można polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny” (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2006-10-13, X Ga 375/06 Instytucja sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej dotyczy uchybień o charakterze oczywistym, których poprawienie w żadnym wypadku nie może prowadzić do merytorycznej zmiany oferty, muszą one natomiast być widoczne na pierwszy rzut oka, oczywiste dla każdego, bez konieczności przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń jak należy ją poprawić. O oczywistości świadczy również fakt, iż każdy kto będzie dokonywał poprawienia takiej omyłki, poprawi ją w taki sam sposób. „Ustawodawca przewidując obowiązek zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki pisarskich, nie wprowadził ustawowej definicji tego pojęcia, dlatego stosując ten przepis należy mieć na uwadze jego potoczne rozumienie. Tak więc omyłka pisarska to m. in. widoczne - wbrew zamierzeniom wykonawcy, niewłaściwe użycie wyrazu, mylna pisownia, błąd gramatyczny, a nawet niezamierzone opuszczenie wyrazu - pod warunkiem, że dotyczą spraw nieistotnych dla treści oferty” (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2006-10-13, X Ga 375/06). ”

Ad 6.

(Brak wskazania minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich)

DOWODY na okoliczność, że Przystępujący złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP (minimum dwie propozycje okładzin tapicerskich).

Odwołujący Zamawiający/Przystępujący

Odwołujący

1. Załącznik nr 1 do siwz WET Rozdział X „Wymagania dotyczące kabiny” pkt 15.

Zamawiający/Przystępujący

Oświadczenie wprost, że „brak opcji wyboru, jeden typ podsufitki i okładzin drzwi. ”

Brak dowodów - dokumentów i wykazania okoliczności, które obalałyby możliwość zaferowania minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich.

Odwołujący

2. Formularz ofertowy Przystępującego.

2. Korespondencja mailowa z IVECO Poland Sp. z o.o.

3. Korespondencja mailowa z SILTRUCK sp. z o. o.

4. Formularz ofertowy Odwołującego.

KONKLUZJA: Przystępujący nie wykazał, że zaoferował ofertę zgodną z SIWZ w zakresie minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich, wobec czego jego oferta podlega

odrzuconiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

70. Wybór okładzin dotyczy fazy realizacji, ale na podstawie oświadczenia zamieszczonego w Formularzu oferty (!).

71. Przystępujący w sposób wręcz schizofreniczny zaprzecz złożonemu przez siebie oświadczeniu w ofercie, gdzie oświadczył „Wskazujemy okładzinę tapicerską (minimum dwie propozycje) — dotyczy dachu i drzwi.

1. Podesufitka w kolorze jasnoszarym, okładzina drzwi: tworzywo sztuczne oraz winyl

2. Brak opcji wyboru, jeden typ podesufitki i okładzin drzwi'.

72. W toku postępowania odwoławczego przed Izbą dowiadujemy się, że jeden oznacza dwa. Jest to wypieranie się własnych słów i wprowadzanie pozostałych stron postępowania w błąd.

73. Dodatkowo z dowodów przedłożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia Izby

w dniu 9 sierpnia 2018 r. korespondencji mailowej z MECO Poland Sp. z o.o. oraz SILTRUCK Sp. z o.o. wynika, że nie istnieje możliwość wyboru różnych opcji materiałowych i kolorystycznych, tapicerek wewnętrznych kabiny podwozia Eurocargo — czyli tego zaoferowanego przez Przystępującego.

74. Niezależnie od powyższego, z żadnego dokumentu/stwierdzenia w SIWZ nie wynika, że wykonawca miał wskazać materiał jak twierdzi Zamawiający i Przystępujący. Wykonawca był zobligowany wskazać dwie propozycje okładzin tapicerskich.

75. Miały zostać wskazane dwie propozycje okładzin tapicerskich — dla drzwi i dachu. Przystępujący wskazał po jednej: dla podesufitki (dachu) — kolor jasnoszary, dla drzwi: tworzywo sztuczne ORAZ (koniunkcja) winyl — jeden typ. Na marginesie należy dodać, że tworzywo sztuczne i winyl to te same materiały.

76. Zgodnie z definicją zawartą w Wikipedii „Tworzywa sztuczne — materiały składające się z polimerów syntetycznych (wytworzonych sztucznie przez człowieka i niewystępujących w naturze) lub zmodyfikowanych polimerów naturalnych oraz dodatków modyfikujących takich jak np. napełniacze proszkowe lub włókniste, stabilizatory termiczne, stabilizatory promieniowania U V, uniepalniacze, środki antystatyczne, środki spieniające, barwniki itp. Termin „tworzywa sztuczne” funkcjonuje obok często stosowanych określeń potocznych, np. plastik. Najściślejszym terminem obejmującym wszystkie materiały zawierające jako główny składnik polimer, bez rozróżniania, czy jest on pochodzenia sztucznego czy naturalnego, jest określenie „tworzywa polimerowe”.

Tworzywa polimerowe stanowią osobną grupę materiałów obok materiałów ceramicznych, metali i ich stopów oraz drewna, które, ze względu na budowę cząsteczek celulozy, również należy zaliczyć do naturalnych materiałów polimerowych.”. Natomiast winyl to inaczej Poli(chlorek winylu) (polichlorek winylu, PVC, PC" a więc „polimer syntetyczny z grupy polimerów winylowych, otrzymywany w wyniku polimeryzacji chlorku winylu.

Stosowany do wytwarzania tworzyw sztucznych<sup>(2)</sup>. Ma właściwości termoplastyczne, charakteryzuje się dużą wytrzymałością mechaniczną, jest odporny na działanie wielu rozpuszczalników.” - za definicją z Wikipedii.

Dodatkowe orzecznictwo:

Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1223/14

Spójnik „oraz” jest odpowiednikiem znaczeniowym spójnika „i”. W doktrynie wskazuje się, co prawda, że spójnik „oraz” może występować w znaczeniu tzw. enumeracyjnym, czyli wyliczającym, jednak przyjęcie takiego charakteru tego spójnika zależy od kontekstu i adekwatności używanych zwrotów”.

Postanowienie KIO z dnia 29 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1254/12

Spójnik „oraz” — jak słusznie podnieśli zamawiający i przystępujący — jest spójnikiem używanym do łączenia słów i zdań równorzędnych, wskazując je jako występujące równocześnie.

Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2017 r.. sygn. akt KIO 697118

„Zgodnie z poglądami przyjętymi w doktrynie, spójnikami koniunkcji są głównie wyrażenia „oraz”, „lecz”, „a także”, „i”, natomiast w tekstach odpowiednikiem koniunkcji jest często przecinek (Logika dla prawników, red. Andrzej Malinowski, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 97). Koniunkcja nazywana jest związkiem współprawdziwości dwóch zdań, bowiem zdanie połączone za pomocą funktora koniunkcji jest tylko wtedy prawdziwe, gdy zakresy połączone funktorem koniunkcji są prawdziwe. Ponadto dla analizy właściwości logicznej wypowiedzi będącej zdaniem złożonym połączonym za pomocą takiego funktora koniunkcji nie ma znaczenia, czy pomiędzy połączonymi funktorem zdaniami występuje jakikolwiek związek logiczny, jednakże w mowie potocznej zazwyczaj wiążą się ze sobą za pomocą tego funktora zdania powiązane treściowo.”

Ad 7.

(Wskazanie roku produkcji przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ

DOWODY na okoliczność, że Przystępujący złożył ofertę niezgodną z treścią siwz podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

(rok produkcji)

Odwołujący Zamawiający/Przystępujący

1. Załącznik nr 1 do siwz WET Rozdział XIV „Postanowienia końcowe” w pkt 3

przystępujący

Oświadczenie wprost, że rok produkcji samochodu to 2018 r.

Brak dowodów dokumentów i wykazania okoliczności, które obalałyby możliwość dostarczenia pojazdów wyprodukowanych w roku dostawy, a nie wyłącznie w 2018 r.

2. Formularz Parametrów Technicznych Odwołującego.

Przystępującego.

2. Formularz Parametrów Technicznych Odwołującego

KONKLUZJA: Przystępujący nie wykazał, że zaoferował ofertę zgodną z SIWZ w zakresie

roku produkcji zgodnym z rokiem dostawy, wobec czego jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

77. Zamawiający — jak błędnie zostało to wskazane w trakcie posiedzenia przed KIO w dniu 8 sierpnia 2018 r. — nie wzywał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie roku produkcji przedmiotu zamówienia.

78. W piśmie z dnia 30 maja 2018 r. Przystępujący w żaden sposób nie odnosił się do roku produkcji oferowanych przez siebie pojazdów. Odnosił się wyłącznie do homologacji jaka będzie dostarczana z kolejnymi skompletowanymi pojazdami — oczywistym jest, że nie można dostarczyć innej homologacji niż takiej która będzie odpowiadała dostarczanemu pojazdowi, zgodnemu z obowiązującymi w momencie realizacji dostawy powszechnie obowiązującymi przepisami.

79. Przystępujący zaoferował Zamawiającemu pojazdy wyprodukowane w 2018 r. — niezależnie od roku ich dostawy.

80. Fakt, iż muszą być one dostosowywane do zmieniających się powszechnie obowiązujących przepisów jest oczywisty i na taką okoliczność Zamawiający przewidział wyjątek od zasady w §15 ust. 3 umowy.

81. W związku z twierdzeniami Przystępującego, że nie mógł on podać innego roku produkcji niż 2018 i wskazany producent, marka, typ, model, rok produkcji odnoszą się do tego z 2018 r. to nie wiemy jaki przedmiot zamówienia oferuje Przystępujący w latach 2019 i 2020. Jak wówczas porównać oferty.

82. Tytułem przykładu należy wskazać, że w przyszłym roku zmienia się emisja spalin i wszystkie pojazdy wyprodukowane przed tą zmianą nie będą mogły być zarejestrowane, a więc zaoferowany przez Przystępującego pojazd z 2018 r. nie będzie dopuszczony do ruchu.

83. Oczywistym jest, że składając a przede wszystkim wyceniając ofertę wykonawca bierze pod uwagę model istniejący w dniu składania ofert, a gdyby były jakieś zmiany w trakcie realizacji umowy Zamawiający na tę okoliczność przewidział § a15 ust. 3 umowy.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadne i nie potwierdzające przesłanki zawartej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

#### Preambuła

Wartym zauważenia jest fakt, iż niniejsze Postępowanie, które jest przedmiotem odwołania jest piątym postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego, w celu dokonania zakupu przedmiotowych pojazdów.

Historia pierwszego postępowania sięga roku 2016, a ich przebieg zawiera się w treści załączonego do niniejszego pisma - załącznika nr 1 .

O powyższej sytuacji, w związku z oferowaniem przez odwołującego przedmiotu zamówienia w coraz to wyższej cenie, zamawiający w roku 2017 powiadomił odpowiednie organy ścigania w celu zasygnalizowania problemu. Wynik prowadzonych czynności nie jest znany zamawiającemu.

Przedmiotowe postępowanie jest pierwszym, w którym odwołujący ma konkurencję, a zamawiający ma dwie oferty spełniające wymagania SIWZ i jedną ofertę zawierającą cenę najbardziej zbliżoną do ceny rynkowej.

Należy nadmienić, iż pojazdy zaoferowane zarówno przez odwołującego jak i przez uczestnika postępowania znane są zamawiającemu i znajdują się na wyposażeniu polskiej armii od wielu lat.

Zarzuty przedstawione w pkt VI. Odwołania wraz ze stanowiskiem końcowym Zamawiającego.

1. (zasoby Iveco Poland sp. z o.o.).

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, mimo,

że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych, jak również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia wykonawcy wskazanego pierwotnie w ofercie, a odnoszące się do doświadczenia podmiotu trzeciego (IVECO Poland Sp. z o.o.).

Zamawiający, zwraca uwagę, iż odwołujący w swoim uzasadnieniu powołuje się na nieaktualne brzmienie warunku udziału, który w dniu 12.04.2018 r.

uj. w trakcie trwania Postępowania uległ modyfikacji i jest kluczowym dla rozstrzygnięcia sporu.

Po modyfikacji treść warunku udziału w postępowaniu (Rozdział V SIWZ) otrzymała brzmienie.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1.1. (...)

1.2. (...)

1.3. zdolności technicznej lub zawodowej.

1.3.1. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

1.3.1.1. w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował lub realizuje - w ramach jednej dostawy - dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych konstrukcyjnie do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, potwierdzoną dowodami, że została lub jest wykonywana należycie.

Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie Wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedną umowę).

Poprzez „samochód ciężarowy”, Zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony.

Wyraz „konstrukcyjnie” został wykreślony przez Zamawiającego w wyniku pytania zadanego przez uczestnika Postępowania w trakcie trwania Postępowania.

Pytanie brzmiało: Jak Zamawiający rozumie zapis pkt 1.3.1.1, w zakresie definicji samochodu ciężarowego. Czy w pojęciu tym mieści się samo podwozie (niezabudowane) konstrukcyjnie przystosowane do przewozu ładunków?

Zamawiający nie przeczy, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności (zabudowanych),

Zamawiający nie przeczy również, iż postawiony pierwotnie warunek udziału w zakresie wykazania się przez potencjalnego Wykonawcę doświadczeniem był ściśle powiązany z przedmiotem zamówienia. Jednakże, zgodnie z konstrukcją odpowiedzi udzieloną przez

Zamawiającego zauważyć można, że Zamawiający nie utrzymał treści SIWZ w mocy (tak jak czynił to przy okazji udzielania odpowiedzi na inne pytania Wykonawców), lecz dopuścił (nie ograniczył), do udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy dostarczali również pojazdy niezabudowane. Zamawiający tym samym rozszerzył krąg potencjalnych Wykonawców. Warunek udziału mogli zatem spełnić Wykonawcy, którzy wykazali się dostawą pojazdów zabudowanych (w zakresie takiej dostawy wpisana jest dostawa pojazdów niezabudowanych) oraz Wykonawcy, którzy wykazali się dostawą pojazdów niezabudowanych.

Ponadto, Zamawiający pragnie zauważyć, że kluczowym nie jest udowadnianie, czy pojazd, o którym mowa w warunku udziału wpisuje się w ustawową<sup>1</sup> definicję samochodu ciężarowego czy też w kwalifikację określoną w rozporządzeniu<sup>2</sup>,

decydującą jaki rodzaj pojazdu jest wpisany w dowodzie rejestracyjnym. Kluczowym jest, czy Zamawiający postawił warunek udziału w sposób nie budzący wątpliwości.

Reasumując, gdyby do Zamawiającego nie wpłynął „donos”, a Uczestnik

Postępowania udzieliłby twierdzących wyjaśnień na wezwania Zamawiającego<sup>3</sup>, Zamawiający uznałby ten warunek za spełniony.

Brak wyjaśnień ze strony Uczestnika Postępowania spowodował uznanie, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o czym Zamawiający poinformował Uczestnika Postępowania w swoim piśmie i zobligowany dyspozycją art. 22a ust.6 ustawy pzp wezwał do zastosowania się do żądania Zamawiającego<sup>4</sup>.

Dokonując oceny spełniania warunków udziału Zamawiający bazuje na przedstawionych mu dokumentach, a nie na wiedzy internetowej. Ponadto, Zamawiający nie ma obowiązku doszukiwania się teorii spiskowych w każdym złożonym dokumencie.

Sam Odwołujący, poza lakonicznym twierdzeniem że Uczestnik Postępowania wprowadził Zamawiającego w błąd, w całej rozciągłości wniesionego odwołania nie udowodnił, która dokładnie z okoliczności zaistniała.

Przedstawiona wyżej okoliczność, w aspekcie istnienia art. 22a ust. 6 nie nosi znamion pozwalających Zamawiającemu na zakwalifikowanie jej w treść art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp.

2.(zasoby Iveco Defence Vehicle S.p.A)

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12), art. 22a ust. 1, art. 22a ust.6 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą oraz za bezzasadne wezwanie Konsorcjum Demarko w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia jak również niedopuszczalne wezwanie do uzupełnienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, podczas, gdy zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, jak również nie powinien był wskazywać do uzupełnienia oraz zastąpienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (nieprawdziwych) innymi.

1)Ustawa Prawo o ruchu drogowym

2) Rozporządzenie Ministra infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach

3) Pismo z dnia 19.06.2018 r. (Akta postępowania, tom II, str. 413)

4) Pismo z dnia 27.06.2018 r. (Akta postępowania, tom II, str. 434)

Jak już wcześniej wspomniano wskazanie innego niż pierwotnie wskazanego podmiotu udostępniającego zasoby jest możliwe na podstawie art. 22a ust. 6 — przepis ten jest częścią polskiego systemu prawa i nie jest sprzeczny z prawem unijnym — Odwołujący nie stawia też takiego zarzutu. Co więcej nie jest to przepis fakultatywny ale obligatoryjny — *verba legis*: zamawiający żąda - a zatem Zamawiający musiał wezwać do zastąpienia pierwotnie wskazanego podmiotu jeżeli stwierdził, iż nie spełnia on postawionego warunku. Zamawiający postąpił zgodnie z wykładnią dokonaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowaną na stronie internetowej UZP: Urząd Zamówień Publicznych / Repozytorium Wiedzy / Interpretacja przepisów / Opinie prawne dotyczące nowelizacji ustawy Pzp / Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro Prezes UZP jest centralnym organem właściwym w sprawach zamówień publicznych (tak: art. 152 ust. 1 Pzp) i dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach (tak: art. 154 pkt 13 Pzp) to Zamawiający nie mógł zignorować powyższej wykładni, której główne tezy przedstawiają się następująco:

a. (...) w ocenie Trybunału, wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się

jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

b. Mając na względzie regulację dotyczącą możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, i szerzej możliwości uzupełniania dokumentów, koniecznym jest także uwzględnienie nowego kierunku wykładni wynikającej z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 ws. Esaprojekt

c. Omawiany wyrok Trybunału w sprawie Esaprojekt stanowi korektę dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału w tym zakresie. Należy przyjąć, że od dnia 4 maja 2017 r. wykładni przepisu art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, jak również przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy dokonywać zgodnie z tym orzeczeniem.

d. Reasumując, w świetle omawianego orzeczenia jakiegokolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach.

Wyrok TSUE w sprawie Esaprojekt, przywoływany na tę okoliczność, stanowi korektę dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału w tym zakresie, co oznacza, że od dnia 4 maja 2017 r. wykładni art. 26 ust. 3 i 22a ust. 6 ustawy Pzp, należy dokonywać zgodnie z tym orzeczeniem. Zatem w sytuacji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający — uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów — winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeśli wezwanie dotyczy zgłoszonego podmiotu trzeciego lub potencjału, który ten podmiot udostępnia.

Dalece niestosowne jest powoływanie się przez Odwołującego w odwołaniu na wyrok KIO 572/18 i sugerowanie, że Zamawiający zrobił w tym przypadku identycznie. Zamawiający podkreśla raz jeszcze, że nigdy nie wzywał Uczestnika Postępowania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający, zgodnie z zastosowaną procedurą odwróconą (24aa) wzywał Uczestnika Postępowania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

Pozostała argumentacja zgodna z pkt. 1 oraz dotychczasowym stanowiskiem.

## 2. (hiszpańska referencja referencja).

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego

niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, jak również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia wykonawcy uzupełnionego w wyniku zmiany podmiotu trzeciego, na zasobach, którego polega konsorcjum Demarko (IVECO Defence Vehicles S.p.A.)

Zgodnie z SIWZ referencje miały być wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane. Uczestnik Postępowania wskazał, iż dostawy były wykonywane na rzecz Ministerstwa Obrony Hiszpanii, a zatem Zamawiający oczekiwał przedstawienia referencji od Ministerstwa Hiszpanii i takowe otrzymał.

#### 4. (elementy formalne).

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 22a ust. 2, art. 25a ust. 1, art. 25a ust. 3 pkt 1), art. 9 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, mimo, że Konsorcjum Demarko nie wykazało, że będzie dysponowało zasobami podmiotu trzeciego IVECO Defence Vehicles S.p.A. z uwagi na fakt, że

a) Konsorcjum Demarko nie wykazało, że dysponowało zasobami Defence Vehicles

S.p.A. na dzień składania ofert (tj. że oświadczenie w zakresie posiadania zasobów wskazanego podmiotu, jak dokument JEDZ wydany na rzecz ww. podmiotu były aktualne na dzień składania ofert,

b) zobowiązanie do udostępnienia podmiotu trzeciego zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną, a do tego przedłożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem,

c) załączono niewłaściwe tłumaczenie JEDZ,

d) załączono niewłaściwe tłumaczenie referencji z dnia 7 czerwca 2018 r

e) pełnomocnictwo wydane na rzecz osoby reprezentującej IVECO Defence Vehicles S.p.A. zostało przedłożone w niewłaściwej formie, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych.

Błąd Odwołującego polega na utożsamianiu instytucji uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę i podmioty wskazane w jego ofercie z podmiotami, których w ofercie nie wskazano, gdyż potrzeba ich wskazania zaistniała później.

Zgodnie z dyspozycją art. 25a ustawy Pzp, oświadczenia dołączone do oferty muszą być aktualne na dzień składania ofert. Jednak dokumenty złożone w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp mają inny charakter. Dokumenty te z definicji nie dotyczą podmiotów „zgłoszonych” w ofercie - co więcej nie mogą ich dotyczyć. Skoro konsekwencje zastosowania art. 22a ust. 6 Pzp można sprowadzić do „zastąpienia” podmiotu wskazanego w ofercie innym, to w dacie złożenia oferty ten „inny” podmiot nie wiedział, że będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Tym samym wymaganie by oświadczenia były datowane na dzień złożenia oferty jest niemożliwe do wykonania. Stawianie takiego wymagania jest w ocenie Zamawiającego równoznaczne z żądaniem antydatowania dokumentów.

Zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez Iveco Defence Vehicles S.p.A. zostało złożone skutecznie co wynika wprost z dokumentów rejestrowych. Konsorcjum w piśmie z 02.07.2018 r. przedstawił odpowiednik KRS i KRK. Odpowiednik KRS wskazywał na istnienie prokury udzielonej - V.H. M..

Pełnomocnictwo (oryginał lub w formie aktu notarialnego) złożone przez Uczestnika Postępowania w piśmie z 02.07.2018 r. było zbędne.

Konsorcjum mogło przekazać Zamawiającemu kopie potwierdzone za zgodność przez osoby upoważnione do reprezentacji Konsorcjum w pozostałej niezastrzeżonej co do formy części.

Odwołujący nie dowiódł w trakcie postępowania odwoławczego na czym i czy w ogóle istnieje rozbieżność w treści tłumaczenia JEDZ (poza datą). W opinii Zamawiającego nie została podjęta przez odwołującego nawet próba udowodnienia, że podniesiony zarzut ma rację bytu.

(szerokość skrzyni).

art. 7 ust. 1 i ust.3 ustawy pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp w związku z art. 387 § 1 KC poprzez bezzasadne wezwane do wyjaśnień i poprawienie jako oczywistej pomyłki pisarskiej szerokości w centralnej części skrzyni ładunkowej oferowanych przez Konsorcjum Demarko pojazdów, podczas gdy Konsorcjum Demarko zaoferowało świadczenie niemożliwe do spełnienia tj. przedmiot umowy niezgodne z treścią SIWZ jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, co powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty.

Przed wszystkim należy spojrzeć na cel postawionego parametru. Zamawiający opisując przedmiotowy parametr nie chciał otrzymać oczywistej informacji, która wynika już z przepisów o dostosowaniu pojazdu do ruchu drogowego — tj. szerokości skrzyni ładunkowej, która nie może przekroczyć 2550 mm.

Zamawiający, nie dopuszczał zaoferowania pojazdu o poniższej konstrukcji skrzyni.

Zamawiający chciał otrzymać pojazd, którego szerokość skrzyni w centralnej części skrzyni ładunkowej na wysokości minimum 1800 mm, nie będzie mniejsza niż 1000 mm.

Tylko tak skonstruowany opis parametru miał zapewnić konstrukcję pozwalającą na swobodne przemieszczanie się osób wewnątrz skrzyni ładunkowej.

Wobec powyższego dach na odcinku co najmniej 1000 mm powinien być płaski, a jego płaszczyzna równoległa do podłogi.

Opisany parametr spełnią pojazdy o poniższych konstrukcjach skrzyni.

Zamawiający, wskazany parametr (podkreślony w poniższej tabeli kolorem czerwonym)

zakwalifikował jako oczywistą omyłkę pisarską i dokonał jej poprawienia, z jednoczesnym poinformowaniem Uczestnika postępowania o dokonaniu poprawy owej omyłki. Nawet jeżeli przyjąć, że Zamawiający błędnie zakwalifikował uchybienie jako oczywistą omyłkę pisarską, to zauważyć należy, że Uczestnik postępowania nie sprzeciwił się wobec dokonanej

poprawy.

Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą (Sygn. akt: KIO 2253/17) zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

5.

(okładzina).

art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że nie zaoferowało ono żądanych przez Zamawiającego minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich, podczas gdy zamawiający powinien odrzucić przedmiotową ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że autorem Wymagań Eksploatacyjno-Technicznych jest Gestor (Szef Szefostwa Służby Czołgowo Samochodowej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych), który w treści dokumentu nazywa siebie Zamawiającym i zastrzega sobie prawo do ustalenia okładziny tapicerskiej dachu oraz drzwi z gamy minimum dwóch propozycji przedstawionych przez wykonawcę — przed podpisaniem umowy.

Zamawiający, by uniknąć zbędnej korespondencji prowadzonej pomiędzy Wykonawcą, Zamawiającym, a Gestorem poprosił Wykonawców na etapie ofertowania o wskazanie okładziny tapicerskiej (minimum dwóch propozycji) — dotyczy dachu i drzwi.

Oferta Konsorcjum w zakwestionowanej części została wypełniona w następujący sposób:

Wskazujemy okładzinę tapicerską (minimum dwie propozycje) — dotyczy dachu i drzwi.

1. Podosufitka w kolorze jasnoszarym, okładzina drzwi: tworzywo sztuczne oraz winyl.
2. Brak opcji wyboru, jeden typ podosufitki i okładzin drzwi.

Wartym zauważenia jest fakt, że powyższe wskazanie nie jest parametrem, ani też nie ma wpływu na bliżej nie określoną funkcjonalność.

Wobec powyższego Zamawiający nie poczytuje wskazań poczynionych przez Uczestnika Postępowania jako zaoferowanie przedmiotu niezgodnego z treścią

SIWZ.

6. (rok produkcji).

art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Demarko pomimo, że zaoferowało ono jako rok produkcji przedmiotu zamówienia „2018” podczas GDY Zamawiający wymagał, aby rok produkcji był zgodny z rokiem dostawy pojazdów w poszczególnych latach co powinno skutkować odrzuceniem przedmiotowej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zmiana sposobu przedstawienia „roku produkcji”, a w zasadzie jego doprecyzowanie, które w ocenie Odwołującego winno brzmieć „2018/2019/2020”, a nie „201 8” jak przedstawił to

Uczestnik Postępowania nie prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli dotyczącego roku produkcji. Zadeklarowana w ofercie dostawa pojazdów, zgodnych z rokiem produkcji się nie jest tym samym co wpisanie do formularza ofertowego „2018/2019/2020”. Zmianie uległby jedynie sposób jego dookreślenia.

Zamawiający, pragnie podkreślić, iż literalne brzmienie wymogu oraz konstrukcja formularza ofertowego wskazywały jednoznacznie na rok produkcji, a nie lata produkcji.

Powyższe wynikało z tego, iż umowa na lata 2019-2020 wejdzie w życie po potwierdzeniu przez Zamawiającego środków finansowych na wskazane wyżej lata.

7. (wadliwy wybór).

naruszenie art. 7 ust i ust. 3 ustawy pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko, zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia Oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że Wykonawca ten podlega odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz odrzucić Ofertę złożoną przez w/w Wykonawcę i zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Zarzut jest wtórny do pozostałych wyżej omówionych — skoro one są niezasadne to także ten podlega oddaleniu, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej został przeprowadzony prawidłowo.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty, Zamawiający wnosi o ich oddalenie jako bezzasadnych i nie potwierdzające przesłanki zawartej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Załącznik do protokołu - stanowisko końcowe - pismo przystępującego z dnia 13 sierpnia

2018 roku

1. Odwołanie zostało złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności, numer referencyjny: P/02/IW/18 — dalej: „Postępowanie”.
2. Postępowanie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego Skarb Państwa — 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu — dalej: „WOG” lub „Zamawiający”.
3. Demarko spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Świętochłowicach i Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie — dalej: „Uczestnik postępowania” lub „Konsorcjum” - działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) — dalej: „ustawa” lub „Pzp” — zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
4. Sprawa została rozpoznana w dniach 8 i 9 sierpnia 2018r. Przewodnicząca Składu Orzekającego KIO zobowiązała pełnomocników do złożenia załącznika do protokołu, w którym — w ślad za swymi wystąpieniami na rozprawie - przedstawią stanowiska końcowe.
5. 11 sierpnia 2018r. niżej podpisany pełnomocnik zwrócił się do KIO o protokół rozprawy jednak protokół nie został udostępniony — okoliczność ta miała wpływ na treść niniejszego pisma.

III. Konsorcjum wnosi o oddalenie odwołania w całości.

1. Zdaniem Uczestnika Postępowania żadne z inkryminowanych naruszeń nie miało miejsca.
2. Z ostrożności Konsorcjum wskazuje, iż jedyną wątpliwość mogłaby budzić zastosowana podstawa prawna dla poprawy oczywistej omyłki w zakresie jednego z parametrów skrzyni ładunkowej (o czym niżej). Jednak uchybienie winno być poprawione przez Zamawiającego (na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) albo 3) ustawy) i dokonując takiego zabiegu Zamawiający wykonuje czynności nakazane ustawą a zatem odwołanie winno być oddalone na podstawie art. 190 ust. 2 Pzp.
3. Konsorcjum podtrzymuje i ponawia argumentację przedstawioną w piśmie procesowym z dnia 7 sierpnia 2018r. — dlatego niniejsze pismo proszę traktować jak uzupełnienie pisma z 7 sierpnia br.
4. W szczególności Konsorcjum podtrzymuje, iż — co nie jest objęte odwołaniem — żądanie na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp zamiany Iveco Poland sp. z o.o. na inny podmiot, który by udostępnił zasoby było zbędne. Odwołujący postawił zarzut wprowadzania Zamawiającego w błąd poprzez (w skrócie) oświadczenie, iż Iveco Poland sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu — art. 24 ust. 2 pkt 16 oraz 17 Pzp. Skoro zarzut ten został obalony, to okazuje się, że Konsorcjum spełnia postawiony warunek od samego początku i tym samym ani wezwanie dokonane w trybie art. 22a ust. 6 ustawy ani konsekwencje tego wezwania nie wywołują skutków prawnych ze względu na art. 5 k.c.
5. Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż nawet jeśliby przyjąć, iż w ofercie brak dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 lub 25a ust. 1 lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania to Zamawiający ma obowiązek wezwać Konsorcjum do ich uzupełnienia lub poprawienia zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy

— Konsorcjum nie było dotychczas wzywane do uzupełnienia dokumentów.

IV. Zarzut przedstawiony w pkt V1.1. odwołania (zasoby Iveco Poland sp. z o.o.).

1. Zarzut sprowadza się do tego, iż Konsorcjum składając oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wprowadziło Zamawiającego w błąd.

2. Zdaniem Odwołującego zaistniały przesłanki do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 16) i 17) Pzp. Odwołujący wskazał też na rzekome naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz 24 ust. 4 Pzp — zarzuty te są wtórne do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 16) i 17) Pzp, a zatem skoro nie został naruszony art. 24 ust. 2 to tym bardziej nie mogło dojść do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz 24 ust. 4 Pzp.

3. Odwołanie powinno zostać oddalone, gdyż Odwołujący:

a. podtrzymał zarzut jednoczesnego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 16) i art. 24 ust. 2 pkt 17) Pzp:

a zatem, dokonał wadliwej subsumcji i winno prowadzić do oddalenia odwołania w tej części, gdyż nie ma możliwości jednoczesnego naruszenia przywołanych przepisów a zatem nie wykazano okoliczności prawnych co jest warunkiem uwzględnienia odwołania — vide art. 180 ust. 3 odwołania powinno wskazywać (...) okoliczności prawne uzasadniające wniesienie odwołania - i jednocześnie,

łączone spełnienie przesłanek wykluczenia wskazanych w 24 ust. 2 pkt 16) i art. 24 ust. 2 pkt 17) Pzp jest niemożliwe ze względu na to, iż ustawodawca w pkt 16 wskazuje na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo a w pkt 17 mowa o lekkomyślności lub niedbalstwie dla jednego czynu można przypisać tylko jeden stopień winy, to dlatego ustawodawca w każdym z przywołanych punktów używa słowa „lub” i to dlatego uznać należy, iż Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej dla swych żądań,

nie udowodnił żadnej z okoliczności opisanych w przywołanych artykułach, nie sprecyzował i nie udowodnił, która dokładnie z okoliczności opisanych przepisem art. 24 ust. 2 pkt 16 albo 17 Pzp faktycznie zaistniała:

z treści odwołania i treści wypowiedzi pełnomocnika Odwołującego wynikało jednoznacznie, iż chodziło mu jedynie o wprowadzenie w błąd co do faktu spełniania warunku „zdolność techniczna lub zawodowa”.

warunek był wskazany w Rozdziale V Warunki udziału w postępowaniu, pkt 1.3. ppkt 1.3.1.1. o treści (po zmianie SIWZ)

4. Wskazany w Rozdziale V pkt 1.3.1.1. SIWZ warunek wskazywał, iż o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który:

a. „w ciągu ostatnich 3 lat (...), zrealizował lub realizuje - w ramach jednej dostawy - dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000zł, (...).

b. Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedną umowę).

c. Poprzez „samochód ciężarowy”, Zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony.

5. Na potrzeby wykazania tego warunku Konsorcjum powołało się na zasoby Iveco Poland sp. z o.o., które dostarczało samochody na rzecz AMZ Kutno S.A.

a. Umowa zawarta przez Iveco Poland sp. z o.o. i AMZ Kutno S.A. w terminie składania ofert nie została zakończona — okoliczność nie jest sporna.

b. Wartość zrealizowanej części umowy była mniejsza niż 10.000.000,- zł brutto okoliczność nie jest sporna.

c. Iveco Poland sp. z o.o. nowe dostarczało samochody ciężarowe o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony — okoliczność nie jest sporna.

d. Samochody nie były kompletne, Iveco Poland sp. z o.o. dostarczało podwozia ciężarowe wraz z kabiną (i układem napędowym) a AMZ Kutno S.A. adaptowało je na pojazdy specjalne / opancerzone — także ta okoliczność nie jest sporna.

e. Wszystkie ww. fakty potwierdza m.in. oświadczenie AMZ Kutno S.A. z dnia 21 czerwca br.

6. Spór dotyczy tego, czy spełnieniem warunku jest wykazanie trwającej dostawy (umowa w toku) podwozi ciężarowych.

Konsorcjum uważa, że tak.

Odwołujący uważa, że dla wykazania spełniania warunku koniecznym jest powołanie się na zrealizowaną dostawę (umowa zakończona) kompletnych samochodów.

Należy wskazać, iż Konsorcjum niezależnie od spornej dostawy na rzecz AMZ Kutno wykazało zakończoną dostawę kompletnych samochodów przez Iveco Defence Vehicle

S.p.A. na rzecz Ministerstwa Obrony Hiszpanii.

Koniecznym jest podkreślenie, że warunek udziału w postępowaniu nie był tożsamy z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w SIWZ zawarł własną definicję samochodu ciężarowego: „pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony.

Początkowo Zamawiający definiował samochód ciężarowy jako pojazd przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków — definicja ta była de facto powtórzeniem definicji samochodu ciężarowego zawartej w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. prawo o ruchu drogowym (tj. z dnia 8 czerwca 2017r. Dz.U. z 2017 r. poz. 1260 ze zmianami) zawartej w art. 2 pkt 42) o treści: art. 2 C..) 42) samochód ciężarowy - pojazd samochodowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków; określenie to obejmuje również samochód ciężarowo-osobowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków i osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą;

12 marca br. (w terminie ustawowym) Konsorcjum zadało m.in. pytanie: Jak Zamawiający rozumie zapis pkt 1.3.1.1. w zakresie definicji samochodu ciężarowego. Czy w pojęciu tym mieści się samo podwozie (niezabudowane) konstrukcyjnie przystosowane do przewozu ładunków? — pismo w aktach sprawy.

c. 12 kwietnia br. Zamawiający udzielił zbiorczej odpowiedzi na pytania zadane przez podmioty zainteresowane Postępowaniem. Odpowiedź na pytanie Konsorcjum znalazła się w „III Zestawie pytań i odpowiedzi” str. 15-16. Odpowiedź miała następującą treść: Przez samochód ciężarowy Zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony. - jednocześnie Zamawiający zmodyfikował SIWZ w zakresie warunku 1.3.1.1. poprzez wykreślenie słowa „konstrukcyjnie”. Ostatecznie wymóg odnosił się do pojazdu przeznaczonego do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony — pismo oraz SI WZ po zmianie w aktach sprawy.

d. Udzielona odpowiedź i — co bardziej — modyfikacja SIWZ skutkowała tym, iż na potrzeby wykazania warunku można było powołać się na dostawę podwozi, gdyż:

Po pierwsze: Zamawiający użył określenia pojazd a zatem zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. prawo o ruchu drogowym jest to środek transportu (a nie samochód) przeznaczony do poruszania się po drodze oraz maszynę lub urządzenie do tego

przystosowane;

Po drugie: Zamawiający wprost odniósł się do ładowności podwozia a nie jak dotychczas do ładowności samochodu,

Po trzecie: Zamawiający odniósł się do ładowności homologacyjnej a zatem tej, która wynika z homologacji — a za homologację odpowiada wykonawca zamówienia (wynika to m.in. z § 1 ust. 2 Umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ).

Po czwarte: Zamawiający nie wymagał, aby na potrzeby spełniania warunku należało powołać się na dostawę „kompletnych samochodów” - w treści warunku nie pojawia się słowo „kompletny” samochód.

Po piąte: w treści warunku nie ma wymagania by pojazdy dostarczane w ramach umowy na którą powołuje się wykonawca były gotowe do zarejestrowania, a zatem mogą podlegać zabudowie.

Przypomnieć należy, iż na pytanie zadane przez Przewodniczącą Składu Orzekającego, pełnomocnik Odwołującego odpowiedziała, że zmiana SIWZ nie wywołała żadnych skutków. Ocena taka jest błędna z przytoczonych wyżej powodów. Ponadto, w każdym przypadku, gdy wołą Zamawiającego było pozostawienie SIWZ bez zmian, to wyraźnie udzielał takiej odpowiedzi. Słowem Odwołujący zignorował konsekwencje wprowadzonej modyfikacji.

9. Odwołujący na potrzeby udowodnienia swych twierdzeń przedstawił pismo na papierze firmowym Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej datowane na 9 sierpnia 2018r. nr 1185/18 i podpisane przez płk dr hab. inż. P. S.. Odwołujący prosił płk P. S. o pomoc w interpretacji, czy poprzez stwierdzenie: „ samochód ciężarowy (w rozumieniu pojazd przeznaczony do przewozu ładunków) o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony” należy rozumieć (..) pojazd kompletny, czy tylko jako podwozie (...)? Wbrew oczywistej intencji Odwołującego przedstawione pismo nie stanowi dowodu na poparcie jego twierdzeń, gdyż:

a. Autor odpowiedzi przyjął kryterium funkcjonalne, co w punktu widzenia celu postawionego w SIWZ jest bez znaczenia, gdyż należało dowieść umiejętności w realizacji dostawy a nie możliwości transportowych pojazdu.

b. Autor odpowiedzi wskazał, iż kluczowym jest zdolność realizowania przewozu — wymóg taki nie istnieje w SIWZ.

c. Autor odpowiedzi wskazał, iż pojazd niekompletny (podwozie) nie podlega rejestracji wobec czego nie może być dopuszczony do ruchu — SIWZ nie zawiera wymogu aby pojazdy były zarejestrowane i nie wymaga by były dopuszczone do ruchu.

d. Autor wskazał też, że Pojazd (samochód) aby mógł realizować określone zadania np. transportowe musi przejść wielostopniową homologację stwierdzenie to jest oczywiste, ale nie odnosi się do warunku udziału w postępowaniu.

e. Co najważniejsze autor nie odpowiedział na postawione przez Odwołującego pytanie.

f. Paradoksalnie, każde zdanie z przedstawionego pisma jest prawdziwe jednak żadne z nich nie dowodzi tego, iż warunek udziału w postępowaniu nie została spełniony i tym bardziej nie dowodzi tego, iż którekolwiek z oświadczeń zawartych w ofercie Konsorcjum było nieprawdziwe lub wprowadzałoby Zamawiającego w błąd.

10. Podsumowując tę część pisma należy stwierdzić, iż Konsorcjum mogło skutecznie powołać się na zasoby Iveco Poland sp. z o.o. w zakresie w jakim realizowała umowę z ANIZ Kutno S.A., a to dlatego, iż SIWZ (po zmianie) dopuszczała powołanie się na dostawę podwozi. Warto zauważyć, iż podejście takie i zmiana SIWZ zwiększała konkurencję.

11. Drugim elementem kwestionowanym przez Odwołującego jest to, że Konsorcjum powołało się na umowę w toku. Jedynym argumentem podniesionym na rozprawie, było

stwierdzenie, iż podejście takie stanowi niezasadne uprzywilejowanie wykonawców powołujących się na umowy trwające. Pogląd ten jest błędny co wynika wprost z treści

SIWZ.

a. W treści warunku Zamawiający nie zaznaczył, iż można powoływać się jedynie na umowy zakończone.

b. W treści warunku Zamawiający nie zaznaczył, warunkiem powołania się na umowy w toku jest ich zrealizowania w jakiejś wskazanej przez Zamawiającego części.

c. Przyjęcie tezy Odwołującego de facto podwyższało by wymagania dla umów w toku, bowiem skoro na dzień złożenia oferty ich wartość zrealizowana wynosiłaby 10 mln zł to wartość całkowita musiałaby być wyższa.

12. Dla ustalenia wymagań WOG konieczne jest także analiza wymagań co do sposobu dowodzenia spełnienia warunku 1.3.1.1. zawartych w Rozdziale VI pkt 5.1.

a. Postawiony w pkt 1.3.1.1. warunek wymagał od każdego z wykonawców by: „w ciągu ostatnich 3 lat (...), zrealizował lub realizuje - w ramach jednej dostawy - dostawę nowych samochodów ciężarowych (...) o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, (...)”. Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedną umowę).

b. Zamawiający wyraźnie dopuścił powołanie się na dostawy zrealizowane lub realizowane i jednocześnie za jedną dostawę uznał jedną umowę.

c. Zamawiający wymagał powołania się na jedną umowę o wartości całkowitej (a nie zrealizowanej) co najmniej 10 mln zł.

d. SIWZ nie zawierała wskazania, iż umowa w toku musi być zrealizowana w części co najmniej 10 mln zł.

13. Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 5.1.2. SIWZ spełnienie warunku można było udokumentować poprzez: wykaz dostaw, wykonanych, (...) lub wykonywanych, (...), oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane (...) w przypadku świadczeń nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert - załącznik nr 4 do SIWZ. Z treści wymagań SIWZ a nie z treści przywołanego załącznika nie wynikają jakiegokolwiek ograniczenia co do wartości zrealizowanej części umowy.

14. Podsumowując, Konsorcjum wykazało spełnienie warunku poprzez powołanie się na

zasoby Iveco Poland sp. z o.o. udokumentowane m.in. referencjami wydanymi przez AMZ Kutno S.A. i tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 16 i 17 ustawy jest niezasadny.

a. Jednocześnie, skoro już w ofercie wykazano spełnienie warunku, to dalsze procedowanie i żądanie Zamawiającego dokonane na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp do zastąpienia Iveco Poland sp. z o.o. innym podmiotem było niedopuszczalne a zatem nie może wywołać skutków prawnych i negatywnych dla Konsorcjum konsekwencji.

b. Zastosowanie art. 22a ust. 6 PZP jest możliwe jedynie wówczas, gdy podmiot na którego zasoby powołał się dany wykonawca nie spełnia warunku lub podlega wykluczeniu — skoro Iveco Poland sp. z o.o. spełnia warunki i nie podlega wykluczeniu to wezwaniu.

15. Konsorcjum wnosi o oddalenie odwołania na podstawie art. 190 ust. 2 Pzp.

V. Zarzut przedstawiony w pkt VI.2. odwołania (zasoby Iveco Defence Vehicle S.p.A)

1. Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający nie mógł zastosować art. 22 ust. 6 Pzp.

2. Jeżeli uznać, że wymagane warunki nie zostały wykazane przez Konsorcjum od samego początku — czemu Konsorcjum zaprzecza - to okaże się, że wezwanie dokonane w trybie art. 22a ust. 6 Pzp było zasadne i koniecznym jest rozpoznania pozostałych zarzutów.

3. Konsorcjum podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko.

4. Należy wskazać, iż Konsorcjum nie było wzywane do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 Pzp — a zatem nie może być mowy naruszeniu zasady „jednokrotności uzupełniania dokumentów”. Oznacza to też, że Konsorcjum nie może być wykluczone z postępowania dopóty dopóki Zamawiający prawidłowo nie przeprowadziłby procedury sanacyjnej w zakresie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku.

VI. Zarzut przedstawiony w pkt VI.3 odwołania (hiszpańska referencja).

1. Konsorcjum na potrzeby wykazania spełnienia warunku opisanego w Rozdziale V, pkt 1.3. powołał się na zasoby Iveco Defence Vehicle S.p.A. uzyskane podczas realizacji zamówienia na rzecz Armii Hiszpańskiej.

2. Odwołujący twierdzi, że umowę z Armią Hiszpańską podpisało Iveco Espana S.L., a zatem to Iveco Espana S.L. winno wystawić referencje na rzecz Iveco Defence Vehicle

5. p.A. Odwołujący nie postawił jakiegokolwiek innego zarzutu a w szczególności nie zaprzeczył prawdziwości referencji, nie zaprzeczył wartości dostawy i jej przedmiotowi.

3. Konsorcjum 12 marca 2018r. zadało Zamawiającemu pytanie: Kto w opinii Zamawiającego jest wykonawcą, który faktycznie realizować będzie zamówienie. W przypadku ubiegania się o to zamówienie przez Konsorcjum? — pismo w aktach sprawy.

4. 12 kwietnia br. Zamawiający udzielił zbiorczej odpowiedzi na pytania zadane przez podmioty zainteresowane Postępowaniem. Odpowiedź na pytanie Konsorcjum znalazła się w „III Zestawie pytań i odpowiedzi” str. 16. Odpowiedź miała następującą treść: Przez sformułowanie „Wykonawca, który faktycznie będzie realizował zamówienie ” Zamawiający rozumie wykonawcę, który w ramach złożonej oferty odpowiedzialny będzie za realizację zamówienia, która objęta została wymogiem koncesyjnym Z odpowiedzi tej wynika wyraźnie, iż Zamawiający wskazuje na faktycznie wykonywane czynności.

5. Odwołujący wykazał na rozprawie — czemu Konsorcjum nie zaprzeczało - że Iveco Defence Vehicle S.p.A. i Iveco Espana S.L. mają osobowość prawną a zatem są oddzielnymi podmiotami i należą do tej samej grupy kapitałowej. Z punktu widzenia wiarygodności wręcz niezrozumiałe jest to, że Odwołujący kwestionuje dopuszczalność wystawienia referencji przez Ministerstwo Obrony Hiszpanii a więc podmiot „obcy” wobec Iveco Defence Vehicle S.p.A. i postuluje wystawienie referencji przez Iveco Espana S.L. na rzecz Iveco Defence Vehicle S.p.A. a więc w obrębie tej samej grupy kapitałowej i właścicielskiej.

7. Powtórzyć należy, że zgodnie z SIWZ referencje miały być wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane. Dostawy były wykonywane na rzecz

Ministerstwa Obrony Hiszpanii a zatem to Ministerstwo było uprawnione do wystawienia referencji.

VII. Zarzut przedstawiony w pkt VI.4 odwołania (elementy formalne).

1. Odwołujący zarzuca, iż dokumenty złożone w konsekwencji zastosowania art. 22a ust. 6 Pzp powinny być aktualne na dzień składania ofert. Zarzut ten jest niezasadny.

2. Błąd Odwołującego polega na utożsamianiu instytucji uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę i podmioty wskazane w jego ofercie z podmiotami, których w ofercie nie wskazano, gdyż potrzeba ich wskazania zaistniała później (co jest konsekwencją zastosowania art. 22a ust. 6 Pzp).

3. Zgodnie z dyspozycją art. 25a oświadczenia dołączone do oferty muszą być aktualne

na dzień składania ofert. Jednak dokumenty złożone w trybie art. 22a ust. 6 ustawy mają inny charakter. Dokumenty te z definicji nie dotyczą podmiotów „zgłoszonych” w ofercie - co więcej nie mogą ich dotyczyć. Skoro konsekwencje zastosowania art. 22a ust. 6 Pzp można sprowadzić do wskazanego w ofercie innym, to w dacie złożenia oferty ten „inny” podmiot nie wiedział, że będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Tym samym wymaganie by oświadczenia były datowane na dzień złożenia oferty jest niemożliwe do wykonania. Stawianie takiego wymagania jest — w ocenie niżej podpisanego — równoznaczne z żądaniem antydatowania dokumentów.

4. Oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez Iveco Defence Vehicles S.p.A. zostało złożone skutecznie co wynika wprost z dokumentów rejestrowych. Odpowiednik KRS wskazywał na istnienie prokury z 2016r. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział VI pkt 24; Jeżeli uprawnienie do reprezentacji osoby podpisującej ofertę nie wynika z załączonego dokumentu rejestrowego do oferty należy dołączyć także pełnomocnictwo w oryginale lub w postaci kopii poświadczony notarialnie skoro w tym przypadku dokument rejestrowy potwierdzał prokurę to odrębne pełnomocnictwo (oryginał lub w formie aktu notarialnego) było zbędne. Konsorcjum w piśmie z 2 lipca 2018r. przedstawił odpowiednik KRS i KRK — dokumenty te potwierdzały poprawność działania V.H. M.. Odrębne pełnomocnictwo było zatem zbyteczne, bo prokura z 2016r. obejmuje zakres umożliwiający V.H. M. podpisanie umowy.

5. Konsorcjum mogło przekazać Zamawiającemu kopie potwierdzone za zgodność przez osoby upoważnione do reprezentacji Konsorcjum w pozostałej niezastrzeżonej co do formy części.

6. JEDZ został sporządzony w języku angielskim a następnie został przetłumaczony na język polski. Tłumacz omyłkowo wpisał złą datę — okoliczność ta została wyjaśniona na

rozprawie i na tę okoliczność został złożony dowód z dokumentu — pismo tłumacza potwierdzającego i prostującego zaistniałą pomyłkę w dacie. Przypomnieć należy, iż Odwołujący błędnie uznał, iż skoro tłumaczenie ma inną datę niż oryginał to oryginał nie posiada tłumaczenia w ogóle. Skoro — różne daty były wynikiem omyłki tłumacza — to wszelkie zarzuty wywiedzione z błędnie ustalonego stanu faktycznego stały się nieaktualnymi.

7. Tłumaczenie referencji które przekazano Konsorcjum były sporządzone w dwóch językach: po angielsku i po hiszpańsku. Referencje zostały przetłumaczone z języka angielskiego na język polski — działanie takie jest wystarczające z punktu widzenia ustawy art. 9 Pzp i SIWZ. Odwołujący nie udowodnił i nie podjął próby dowiedzenia, że treść tekstu angielskiego jest inna niż hiszpański ani też tego, że polskie tłumaczenie jest wadliwe.

8. Przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO (w szczególności o sygn. akt KIO 280/18, KIO 2686/17, KIO 166/18) są nieadekwatne dla sprawy. Uważna lektura zarzutów, porównanie istniejącego w niniejszej sprawie stanu faktycznego do stanu faktycznego ustalonego przez Izbę w przywołanych orzeczeniach oraz treść postawionych i uwzględnionych zarzutów wykazują istotne różnice w sprawach. Słowem orzecznictwo przytoczone przez Odwołującego jest nieadekwatne.

#### VIII. Zarzut przedstawiony w pkt VI.5 odwołania (szerokość skrzyni).

1. Opisując oferowany samochód Konsorcjum błędnie podało jeden z wymiarów wymiary skrzyni ładunkowej i zamiast szerokości 2480 mm podano 2840 mm.

2. Zamawiający poprawił ww. omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp (oczywista omyłka). Zdaniem Konsorcjum działanie takie było prawidłowe choć jednocześnie istniały w tym przypadku przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp.

3. W treści oferty było od samego początku oświadczenie o zgodności z przepisami dot. ruchu drogowego, które określają maksymalną szerokość pojazdu mogącego pojawić się na drodze publicznej na 2550mm ponadto — tym samym Zamawiający wiedział, iż skrzynia ładunkowa spełnia jego wymagania.

4. W ofercie na str. 13 znajduje się „Dokument Informacyjny” Iveco, który w pkt 2.4.22. podaje przedział szerokości od 2470 do 2550 — pamiętać należy, iż w SIWZ wskazano

jedynie parametr minimalny. Odwołujący nie kwestionuje tego, iż parametr minimalny jest spełniony.

5. Poprawienie omyłki było dopuszczalne i konieczne a jej „oczywistość” nie powinna być kwestionowana. Poprawa omyłki nie doprowadziła do powstania nowej treści oświadczenia woli.

IX. Zarzut przedstawiony w pkt V1.6 odwołania (okładzina).

1. Załącznik nr 1 do SIWZ zawierała opis przedmiotu zamówienia, czyli tzw. WET (wymagania Eksploatacyjno-Techniczne -WET). W WET X przedłożono postanowienia dotyczące wykładzin tapicerskich w punktach 13 i 15 (str. 32 SIWZ).

a. 13. Fotel kierowcy i pasażera musi być osłonięty materiałem tapicerskim. Rodzaj, struktura i kolor materiału tapicerskiego zostanie ustalony z Zamawiającym z gamy minimum dwóch propozycji przedstawionych przez wykonawcę — przed podpisaniem umowy.

b. 15. Okładzina tapicerska dachu oraz drzwi zostanie ustalona z Zamawiającym z gamy minimum dwóch propozycji przedstawionych przez wykonawcę — przed podpisaniem umowy

c. W przypisie do pkt 13 Zamawiający wskazał dodatkowo: Pojęcie „materiał” w przedmiotowych WET należy traktować jako określenie surowca w postaci pierwotnej (np. różnego rodzaju tkaniny, skóra naturalna itp.) lub częściowo przetworzonego, z którego wytwarza się finalne produkty.

2. W formularzu oferty należało wypełnić wersy:

a. Wskazujemy rodzaj materiału, strukturę i kolorystykę materiału tapicerskiego (minimum trzy propozycje) — dotyczy fotela kierowcy i pasażera.

b. Wskazujemy okładzinę tapicerską (minimum dwie propozycje) — dotyczy dachu i drzwi.

c. Zamawiający nigdy nie wskazał co rozumie pod pojęciem propozycje.

d. Odwołujący kwestionuje poprawność wskazania okładzin tapicerskich dla dachu i drzwi.

3. Niezależnie od pozostałych wyjaśnienia jest to wymóg dotyczący fazy realizacji umowy ewentualnie jest to informacja o formalnościach jakie powinny być dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy (tj. art. 36 ust. 1 pkt 14) Pzp) ale nie jest to wymóg co do treści oferty a zatem nie może doprowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 2 Pzp.

4. Oferta Konsorcjum w zakwestionowanej części została wypełniona w następujący sposób:

Wskazujemy okładzinę tapicerską (minimum dwie propozycje) — dotyczy dachu i drzwi.

1. Podsufitka w kolorze jasnoszarym, okładzina drzwi: tworzywo sztuczne oraz winyl.

2. Brak opcji wyboru, jeden typ podsufitki i okładzin drzwi.

5. Jak widać warunek SIWZ jest spełniony, gdyż:

a. jedną propozycją jest ukompletowanie: podsufitka jasno szara i tworzywo sztuczne na okładzinach drzwi.

b. drugą propozycją jest ukończenie: podsufitka jasno szara i winyl na okładzinach drzwi,

c. wskazanie „brak opcji wyboru” oznacza jedynie tyle, że Zamawiający nie może zażyczyć sobie innych konfiguracji (innymi słowy jest tylko jeden typ podsufitki z jednym typem okładzin drzwi — tworzywo albo winyl).

6. Zarzut nie jest trafny, gdyż Konsorcjum w formularzu oferty podało do wyboru dwa rodzaje wykładzin tapicerskich w kabinie kierowcy z tkaniny i z winylu co jest wystarczające z punktu widzenia treści SIWZ

a. Tworzywo sztuczne i winyl nie oznaczają tego samego rodzaju materiału (nie są tym samym materiałem pod względem struktury, kolorystyki i faktury). Zamawiający nie zdefiniował w tym obszarze wymagań w zakresie materiałów z jakich muszą być wykonane poszczególne elementy obić tapicerskich.

b. Winyl to popularna nazwa polichloru winylu wytwarzanego na bazie chlorku winylu (PCV, PCW). To ten rodzaj tworzywa stosowany jest także przy wykonaniu trudnościeralnych materiałów na pokrycie, np. zabudowę kabin, czy stanowi składnik materiału tapicerskiego na meble. W związku z tym wykładziny samochodowe to w większości przypadków tłoczone elementy z tworzywa pochodzenia naturalnego, najczęściej wielowarstwowe (naturalne i syntetyczne) pokryte materiałem na bazie nośnika pochodzenia syntetycznego lub malowane (rzadko).

c. Winyl to rodzaj obicia tapicerskiego (potocznie tapicerka zmywalna).

d. W elementach tapicerskich występuje obicie materiałowe z poliestru, ma strukturę materiału obiciowego ale jest tworzywem sztucznym.

7. Występują tu zatem trzy rodzaje materiałów: podsufitka z taniny włóknistej na bazie tworzywa sztucznego, winyl czyli zmywalna tkanina obiciowa i tkanina obiciowa na bazie poliestru czyli obicie tapicerskie.

8. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedstawił wydruki z korespondencji email z R. Ł. — Kierownikiem serwisu Siltruck sp. z o.o. z/s w Skoczowie i z M. F. z Iveco Poland sp. z o.o. z/s w Warszawie. Wydruki te miały potwierdzać zasadność omawianego zarzutu jednak są one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy:

a. Wydruk z poczty elektronicznej nie stanowi dowodu z dokumentu a co najwyżej może być traktowany jak oświadczenie własne strony,

b. Wydruk z poczty elektronicznej z definicji rzeczy nie stanowi oświadczenia pisemnego nadawcy,

c. Konsorcjum nie są znane kwalifikacje R. Ł. i M. F. a Odwołujący nic nie powiedział na ten temat.

d. M. F. oświadczył, że „Co prawda Ci który znają się na tym najlepiej są na urloпах, ale wg. mojej wiedzy dysponujemy tylko jednym wzorem wykończenia dachu i drzwi” tym samym oświadczył, iż nie ma wystarczających kwalifikacji i ma ograniczoną wiedzę w zakresie w którym się wypowiada.

e. M. F. wypowiedział się o „wzorze wykończenia” co nie jest tym samym co okładzina tapicerska o której mowa w SIWZ i w samym odwołaniu.

f. R. Ł. powołuje się na informacje otrzymane z Działu Handlowego a zatem on sam nie posiada wiedzy wymaganej w tym przypadku.

g. R. Ł. wskazuje (z powołaniem się na Dział Handlowy), że nie istnieje możliwość wyboru różnych opcji materiałowych i kolorystycznych, tapicerek wewnętrznych kabiny — także Konsorcjum wskazało na brak możliwości opcji rozumianej w taki sposób jak to przedstawił R. Ł. . Iveco dopuszcza jedną z dwóch propozycji - innych opcji nie ma

X. Zarzut przedstawiony w pkt VI.7 odwołania (rok produkcji).

1. Konsorcjum wypełniło tabelę Formularz Parametrów Technicznych (załącznika 2.1. do oferty) i zgodnie z instrukcją wypełniania podało „rok produkcji 2018”

2. Formularz ma określać parametry techniczne a nie datę produkcji - zatem Odwołujący wadliwie interpretuje załącznika do SIWZ. Wskazana data w żaden sposób nie określa daty dostawy.

3 W zakresie wymogów dotyczących pojazdów objętych Postępowaniem znaczenie nadrzędne mają postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ zawarte w Rozdziale XIV pkt 3. Zamawiający jednoznacznie określił, że: „Rok produkcji - zgodny z rokiem dostawy pojazdów w poszczególnych latach”.

4 Obowiązki wykonawcy w zakresie dostaw określa umowa, a załącznikiem do umowy jest Formularz Parametrów Technicznych oraz Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (WET), o czym stanowi § 1 ust. 1 umowy. Formularz Parametrów Technicznych wymagał podania roku produkcji (a nie lat produkcji i lat dostawy) a zatem nie narusza i nie ingeruje w postanowienia WET.

X. Zarzut przedstawiony w pkt VI.8 odwołania (wadliwy wybór).

1. Zamawiający wadliwie ustalił ofertę najkorzystniejszą — pkt VI.8. odwołania

2. Zarzut jest wtórny do pozostałych wyżej omówionych — skoro one są niezasadne to także ten podlega oddaleniu, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej został przeprowadzony prawidłowo.

XI. Odwołujący nie udowodnił swych twierdzeń. Konsorcjum wnosi o oddalenie odwołania w całości ze względu na bezzasadność podnoszonych w nim zarzutów.

#### Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, w trakcie rozprawy na jej posiedzeniach w dniach 8 i 9 sierpnia 2018 roku, w oparciu o wnioski dowodowe zgłoszone przez strony i uczestnika jak i z urzędu, z dokumentacji prowadzonej przez zamawiającego,

przekazanej do akt sprawy i złożonych dokumentów spoza dokumentacji zamawiającego oraz uwzględniając argumentacje formalne i prawne stron i uczestnika przedstawione w odwołaniu, w pismach procesowych, do protokołu w czasie rozprawy jak i w załącznikach do protokołu, Izba dokonała ustaleń i zważenia zarzutów jak poniżej.

Odwołujący podniósł trzy kategorie zarzutów co do przeprowadzonych przez zamawiającego czynności bądź w ocenie odwołującego braku czynności (zaniechań) zamawiającego w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza to jest oferty przystępującego po stronie zamawiającego. Pierwsza kategoria zarzutów dotyczyła naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. czyli zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego, który wprowadził zamawiającego w błąd w związku z przedstawionymi zamawiającemu informacji, w myśl dyspozycji przewidzianych w tychże przepisach. Druga kategoria zarzutów dotyczyła naruszenia przez zamawiającego zasad obowiązujących przy zmianie podmiotu trzeciego to jest art.22a ust.1, art.22a ust.6 i art.26 ust.3 ustawy Pzp co do naruszenia zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów jak również co do zasady daty aktualności tych dokumentów. Trzecia kategoria zarzutów dotyczyła braku po stronie zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego po jego stronie czyli

wykonawcy wybranego w związku ze sprzecznością treści jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia czyli naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp.

Sformułowane pod adresem zamawiającego zarzuty odnoszą się do postępowania

prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem art.24 aa ust.1 ustawy

Pzp, których przedmiotem jest dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności w latach 2018 - 2020 w ilościach: w roku 2018-24 szt., w roku 2019-40 szt., w roku 2020 - 52 szt., z uwzględnieniem prawa opcji co do zakresu realizowanego zamówienia.

Odwolujący sformułował następujące zarzuty:

1. art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Demarko (przystępujący po stronie zamawiającego) z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, jak również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia wykonawcy wskazanego pierwotnie w ofercie a odnoszącego się do doświadczenia podmiotu trzeciego (IVECO Poland Sp. z o.o.):

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12), art. 22a ust. 1, art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą oraz

bezzasadne wezwanie Konsorcjum Demarko w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie - IVECO Poland Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jak również niedopuszczalne wezwanie do uzupełnienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, podczas gdy zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, jak również nie powinien być wzywać do uzupełnienia oraz zastąpienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (nieprawdziwych) innymi;

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, jak również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia wykonawcy uzupełnionego w wyniku zmiany podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega Konsorcjum Demarko (IVECO Defence Vehicles S.p.A.):

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art 22a ust. 2, art. 25a ust. 1, art. 25a ust 3 pkt 1), art. 9 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, mimo że Konsorcjum Demarko nie wykazało, że będzie dysponowało zasobami podmiotu trzeciego IVECO Defence Vehicles S.p.A. z uwagi na fakt, że:

a) Konsorcjum Demarko nie wykazało, że dysponowało zasobami IVECO Defence Vehicles S.p.A. na dzień składania ofert (tj. że oświadczenie w zakresie posiadania zasobów wskazanego podmiotu, jak dokument JEDZ wydany na rzecz ww. podmiotu były aktualne na dzień składania ofert),

b) zobowiązanie do udostępnienia zasobów ww. podmiotu trzeciego zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną, a do tego przedłożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem,

c) załączono niewłaściwe tłumaczenie JEDZ,

d) załączono niewłaściwe tłumaczenie referencji z dnia 7 czerwca 2018 r.,

e) pełnomocnictwo wydane na rzecz osoby reprezentującej MECO Defence Vehicles

5. p.A. zostało przedłożone w niewłaściwej formie,

podczas gdy zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych;

5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 KC poprzez bezzasadne wezwanie do wyjaśnień i poprawienie jako oczywistej omyłki pisarskiej szerokości w centralnej części skrzyni ładunkowej oferowanych przez Konsorcjum Demarko pojazdów, podczas gdy Konsorcjum Demarko zaoferowało świadczenie niemożliwe do spełnienia, tj. przedmiot zamówienia niezgodny z treścią SIWZ jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, co powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty;

6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że nie zaoferowało ono żądanych przez Zamawiającego minimum dwóch propozycji okładzin tapicerskich, podczas gdy Zamawiający powinien odrzucić przedmiotową ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ;

7. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że zaoferowało ono jako rok produkcji przedmiotu zamówienia „2018” podczas gdy Zamawiający wymagał, aby rok produkcji był zgodny z rokiem dostawy pojazdów w poszczególnych latach co powinno skutkować odrzuceniem przedmiotowej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ;

8. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko, zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu a jego oferta podlega odrzuceniu, podczas gdy zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu oraz odrzucić ofertę złożoną przez ww. Wykonawcę i zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez odwołującego.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i

nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. wykluczenie Konsorcjum Demarko z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12), 16) i 17) ustawy Pzp,
4. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Demarko jako niezgodnej z treścią SIWZ,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba dokonując badania, oceny złożonego materiału dowodowego w sprawie dokonała następujących ustaleń.

Podstawę podniesionych zarzutów stanowi postanowienie SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego, które zamawiający opisał w Rozdziale V Warunki udziału w postępowaniu pkt 1.3 zdolności technicznej lub zawodowej ppkt 1.3.1. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że pkt

1.3.1.1. w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował lub realizuje - w ramach jednej dostawy - dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych konstrukcyjnie do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, potwierdzoną dowodami, że została lub jest wykonywana należycie. Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedną umowę).

Ponadto w Rozdziale V SIWZ Zamawiający postanowił, że:

5. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w pkt. 1.3. niniejszego rozdziału SIWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (karta 57 i 58 tom I dokumentacja zamawiającego) .

Postanowienie co do wymogu doświadczenia zawodowego uległo modyfikacji w związku z zadaniem pytaniem i udzieloną odpowiedzią 12 kwietnia 2018 roku (karta 344 tom I dokumentacji zamawiającego). W III zestawie pytań i udzielonych odpowiedzi zamawiający na zadane pytanie: do rozdziału V pkt 1.3.1.1. Jak Zamawiający rozumie zapis 1.3.1.1. w zakresie definicji samochodu ciężarowego. Czy w pojęciu tym mieści się samo podwozie (niezabudowane) konstrukcyjnie przystosowane do przewozu ładunków ? udzielił następującej odpowiedzi. Poprzez „samochód ciężarowy”, Zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony. Wobec powyższego Zamawiający wykreśla w treści rozdziału V, pkt 1.3.1.1.SIWZ wyraz „konstrukcyjnie” . Po wykreśleniu warunek udziału przyjmuje brzmienie: w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował lub realizuje - w ramach jednej dostawy - dostawę nowych samochodów ciężarowych (w rozumieniu pojazdów przeznaczonych do przewozu ładunków), o ładowności homologacyjnej nie mniejszej niż 6,5 tony, o wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, potwierdzoną dowodami, że została lub jest wykonywana należycie (karta 344 tom I dokumentacji zamawiającego).

W oparciu o tak zmodyfikowaną SIWZ zamawiający w dniu 07.06.2018 roku wezwał wykonawcę wybranego (przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego) do złożenia między innymi wykazu dostaw, cytując przy tym wezwaniu treść warunków udziału oraz wyjaśniając dodatkowo, że „Przez „jedną dostawę” Zamawiający rozumie jeden kontrakt (jedna umowę). Poprzez „samochód ciężarowy” , zamawiający rozumie pojazd przeznaczony do przewozu ładunków, o ładowności homologacyjnej podwozia nie mniejszej niż 6,5 tony” (karta 40 tom III dokumentacji zamawiającego). Jako podstawę prawną wezwania zamawiający przywołał Rozdział VI Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia pkt 5 to jest zgodnie z jego treścią „Po dokonaniu oceny ofert, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów”. Stwierdzając w dalszym ciągu wezwania „będącą w zgodzie z art.26 ust.3 ustawy” (karta 250 tom II dokumentacji zamawiającego).

Przystępujący za pismem przewodnim z dnia 15.06.2018 roku przesłał między innymi wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw samochodów zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ

oraz referencje AMZ Kutno wystawione w dniu 19.04.2018 roku dla Iveco Poland Sp. z o.o. z siedziba w Warszawie (karty 253 i 254 oraz 264 i 265 tom II dokumentacji zamawiającego). Z wykazu i z wystawionej referencji wynika, że Iveco Poland Sp. z o.o. realizuje umowę zawartą w 2016 roku na dostawę samochodów ciężarowych o ładowności przekraczającej 6 500 kg a wartość umowy przekracza 10.000.000 złotych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19.06.2018 roku skierowane do AMZ Kutno w kwestii czy dostarczone samochody przez Iveco Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie były pojazdami kompletnymi czy wymagać będą kompletacji oraz czy wartość dostaw na dzień 27.04.2018 roku była nie mniejsza niż 10 milionów złotych brutto uzyskał w dniu 21.06.2018

roku odpowiedź (karty 419 i 422 tom II dokumentacji zamawiającego). Z uzyskanej odpowiedzi wynika, że pojazdy nie są pojazdami kompletnymi (zakupujemy podwozie z kabiną) i adaptujemy na pojazdy specjalne/opancerzone a wartość dostaw na dzień 27.04.2018 roku jest mniejsza niż 10 milionów złotych.

Tak wszczęta procedura wyjaśniająca w AMZ Kutno przez zamawiającego jak i dalsze jej skutki w postaci wezwania zamawiającego i przedłożenia przez przystępującego innych referencji wystawionych przez Ministra Obrony Narodowej Hiszpanii dla Iveco Defence Vehicles S.P.A. w Bolzano spowodowane było zawiadomieniem Pana A. B. Manager Działu Podwozi Renaults Trucks Volvo Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (karty 167 tom II dokumentacji zamawiającego).

Niemniej w ocenie Izby dalsze czynności zamawiającego jak i przystępującego w związku z przedłożeniem innego wykazu usług nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. I to zarówno postawionych przez odwołującego z przywołaniem art.24 ust.1 pkt 16 i 17 jak i art.24 ust.1 pkt 12 oraz art.24 ust.4 ustawy Pzp.

Bowiem w ocenie Izby zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp przyjmując wykaz dostaw i referencje wystawione przez AMZ Kutno dla Iveco Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w kontekście obowiązujących postanowień Rozdziału V pkt 1.3.1.1. SIWZ.

Dokonując analizy wyżej przywołanych postanowień SIWZ (Rozdział V pkt 1.3.1.1.) w zakresie doświadczenia zawodowego po pierwsze, nie wynika z nich, że wymóg wartości brutto nie mniejszej niż 10 milionów złotych odnosi się do wartości wykonanych dostaw na dzień złożenia oferty a odnosi się do wartości zawartego jednego kontraktu (zamówienia). W związku z tym zamawiający badając otrzymaną referencję nie miał podstaw do żądania wyjaśnień od AMZ Kutno co do wartości zrealizowanej umowy tylko co do wartości zawartego kontraktu. Nawet jak klóci się to z logiką doświadczenia zawodowego rozumianego jako praktyczny element doświadczenia to postanowienie warunku w Rozdziale V pkt 1.3.1.1. SIWZ jest rozstrzygające co do jego znaczenia. W ocenie Izby tak sformułowane przedmiotowe postanowienia SIWZ Rozdz. V pkt 1.3.1.1. SIWZ odnoszą się do wartości zawartego kontraktu zrealizowanego bądź kontraktu w trakcie realizacji a nie wartości zrealizowanych usług w ramach kontraktu na dzień składania oferty.

Podobnie za nie wykazany zarzut braku wymaganego doświadczenia zawodowego, w kontekście zaktualizowanego brzmienia Rozdz. V pkt 1.3.1.1. SIWZ, Izba uznała twierdzenie odwołującego, że tylko dostawa samochodu ciężarowego zabudowanego może być uznane za spełnienie warunku (dostawa na rzecz AMZ Kutno samochodu ciężarowego niezabudowanego to jest podwozia z kabiną). W ocenie Izby wskutek skreślenia słowa „konstrukcyjnie” i wobec treści zadanego pytania zamawiający dopuścił doświadczenie samochodu ciężarowego jako podwozia z kabiną - niezabudowany.

Reasumując zarzuty odwołania nie zostały udowodnione. Wystarczającym doświadczeniem zawodowym jest dostawa Iveco Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz AMZ Kutno.

Pozostałe doświadczenie zawodowe to jest kontrakt na rzecz Ministra Obrony Narodowej Hiszpanii dla Iveco Defence Vehicles S.P.A. w Bolzano jest bezprzedmiotowe.

Co do kolejnych zarzutów odwołania opartych o naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. to jest sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ to Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Co do parametrów technicznych pojazdów, gdzie odwołujący w pozycji rok wskazał 2018 a nie lata 2018-2020 to jest przewidziane lata realizacji zamówienia, jak słusznie przystępujący wskazał nie odnosi się ten załącznik do lat realizacji a do parametrów technicznych pojazdów (karta 15 Tom II dokumentacja zamawiającego - Formularz parametrów technicznych według WE-T oferta przystępującego). Zagadnienie terminu realizacji dostaw pojazdów znajduje odzwierciedlenie w formularzu ofertowym według zał. Nr 2 do SIWZ (karta 75 Tom I dokumentacja zamawiającego - jej kolumna - Termin realizacji). W ofercie przystępującego/wykonawca wybrany terminy realizacji w latach 2018-2020 znajdują się w formularzu ofertowym (karta 12 Tom II dokumentacja zamawiającego). Tak więc zarzut odwołania o naruszeniu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp jest nieuprawniony a więc nieskuteczny.

Z kolei kolory i materiały sufitu, siedzenia i drzwi wewnątrz kabiny to są elementy do

ustalenia z zamawiającym na etapie podpisania umowy a nie na etapie składania oferty. Podanie rodzajów tkanin czy też jej kolorystyki na etapie składania oferty nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ bo tego rodzaju ustalenie jest przewidziane w pkt 13 i 15 WET (wymagania eksploatacyjno - techniczne zał. nr 1 do SIWZ) na etapie podpisywania umowy - zostanie ustalona z zamawiającym przed podpisaniem umowy (karta 71 Tom I dokumentacji zamawiającego). Tak więc wnioskowanie o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ na tej podstawie jest nieuprawnione a więc nieskuteczne.

Zarzut odnoszący się do poprawienia wymiarów skrzyni ładunkowej w kontekście podanej w ofercie omyłkowo 2840 mm w sytuacji maksymalnego wymiaru 2550 mm (ustalone w WE-T SIWZ) miał prawo zamawiający potraktować jako tzw. czeski błąd i poprawić co też uczynił w ramach art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. o czym zawiadomił wykonawcę na 2480 mm. Z kolei klasyfikowanie tego zdarzenia do art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp daje dalej idące uprawnienia dla wykonawcy co do nie wyrażenia zgody na takie poprawienie omyłki. W zaistniałej sytuacji zamawiający w dniu 29.05.2018 roku zwrócił się w trybie art.87 ust. 1 ustawy Pzp. o wyjaśnienie i w dniu 30.05.2018 roku uzyskał wyjaśnienie, że popełniono błąd pisarski a w dniu 05.06.2018 roku zamawiający zawiadomił o poprawieniu oczywistej omyłki w trybie art.87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. (karty 8, 9, 13 Tom III dokumentacja zamawiającego).

Izba nie znajduje podstaw co do stwierdzenia nieprawidłowego zachowania się zamawiającego w zaistniałej sytuacji. Również brak podstaw do kwalifikacji zachowania zamawiającego do art.89 ust.pkt2 ustawy Pzp czego domaga się odwołujący.

Reasumując powyższe skoro żaden z zarzutów nie potwierdził się odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) w związku z § 5 ust.3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018 r. z dnia 7 maja 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę trzy tysiące sześćset złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego na podstawie przedstawionej faktury vat (uwzględniając sprostowanie z urzędu niniejszej sentencji wyroku co do kosztów w pkt 2.2. co uczyniono postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2018 roku).

Przewodniczący: