

WYROK
z dnia 4 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 26 czerwca 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2017 roku przez wykonawcę Rosenbauer International AG, Leonding Austria

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego:

1. Zachodniopomorskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej - upoważniony do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz wszystkich Zamawiających,
2. Dolnośląskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
3. Kujawsko-Pomorskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
4. Lubuskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
5. Łódzkiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
6. Mazowieckiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
7. Podkarpackiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
8. Śląskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
9. Warmińsko-Mazurskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
10. Wielkopolskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
11. Pomorskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej
12. Świętokrzyskiego Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

-
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Rosenbauer International AG, Leonding Austria i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Rosenbauer International AG, Leonding Austria tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę samochodów specjalnych - 22 drabin obrotowych z ruchami kombinowanymi o wysokości ratowniczej min. 37 m i min. 40 m”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2017 roku pod numerem 2017/S 041-074528.

8 czerwca 2017 roku działając na podstawie art. 179 ust.1 oraz art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy w zakresie części 1, 2 i 3 mających wpływ na wynik sprawy, tj.

- 1) zaniechania wykluczenia wykonawcy Fire-Max spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Fire-Max Sp. z o.o.);
- 2) zaniechania odrzucenia ofert Fire-Max Sp. z o.o. złożonych wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu co do części 1, 2 i 3;
- 3) nieprawidłowej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy Fire- Max Sp. z o.o. w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej;
- 4) nieprawidłowej ocenie ofert złożonych przez Fire-Max Sp. z o.o. w postępowaniu w części 1, 2 i 3;
- 5) nieprawidłowego wyboru oferty Fire-Max Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w części 1, 2 i 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który, w celu uzyskania zamówienia, złożył nieprawdziwe oświadczenie w postępowaniu w zakresie możliwości zaoferowania przedmiotu o parametrach wskazanych w ofercie oraz oświadczenia na temat możliwości technologicznych oferowanego przyszłego produktu (konceptu);
- 2) art. 24 ust. 5 pkt. 4) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę z Zamawiającym;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt. 12) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Fire-Max Sp.

3

z o.o. jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jako że przedstawione w dokumencie JEDZ usługi referencyjne nie zostały wykonane należycie;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fire-Max Sp. z o.o. (dla części 1, 2 i 3 zamówienia) nie odpowiadającej treści SIWZ;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy w zw. z art. 14, 10 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fire Max Sp. z o.o. (dla części 1, 2 i 3 zamówienia), której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt. 5) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fire-Max Sp. z o.o. (dla części 1, 2 i 3 zamówienia), podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12), pkt. 17) oraz art. 24 ust. 5 pkt. 4) ustawy;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt. 7d) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fire - Max Sp. z o.o. (dla części 1, 2 i 3 zamówienia), której przyjęcie naruszać będzie bezpieczeństwo publiczne;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt. 8) ustawy w zw. z art. 3, art. 14 ust. 1 i ust 2 ustawy, w zw. z art. 387 KC, z uwagi na pierwotną niemożliwość świadczenia zaoferowanego przez Fire-Max Sp. z o.o. (dot. części 1, 2 i 3 zamówienia);
- 9) art. 89 ust. 5 ustawy przez nieuwzględnienie, że wykonawca Fire-Max Sp. z o.o. nie udowodnił w ofercie, za pomocą środków o których mowa w 30b ust. 1 ustawy PZP, że dostawa spełnia wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności deklarowane przez wykonawcę i określone przez Zamawiającego oraz poprzestanie na wyjaśnieniach, że ofertowany przedmiot uzyska odpowiednie zatwierdzenia techniczne, dopiero po produkcji prototypu; w postępowaniu nie została przedstawiona dokumentacja producenta potwierdzająca spełnianie parametrów, a założenia i obliczenia teoretyczne, które nie muszą się powieść oraz których prawdziwość może zostać odpowiednio potwierdzona dopiero po sprawdzeniu

- funkcjonowania w praktyce- i wadliwie nie odrzucił ofert wykonawcy Fire- Max Sp. z o.o.;
- 10) art. 87 ust. 1 ustawy przez niedopuszczalną negocjację i zmianę treści oferty dokonaną w toku wyjaśnień;
 - 11) art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Fire-Max Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie potwierdzenia realnej możliwości osiągnięcia parametrów wskazanych w ofercie Fire Max Sp. z o.o. (dla części 1, 2 i 3 zamówienia);
 - 12) art. 91 ust. 1 i ust. 2d ustawy i art. 30b ustawy oraz 14.1. SIWZ przez zaniechanie oceny oferty Fire Max Sp. z o.o. (dla części 1, 2 i 3 zamówienia) na podstawie

4

sprawdzonych informacji przedstawionych przez wykonawcę Fire Max Sp. z o.o..

Odwolujący wskazała, że wartość zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”. W związku z powyższym, do zamówienia stosuje się bezpośrednio przepisy Dyrektywy 2014/24/UE oraz prawa pierwotnego, w tym Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Powyższe oznacza konieczność zapewnienia prowadzenia postępowania zgodnie z wytycznymi zawartymi w Dyrektywie, w tym takiej wykładni prawa krajowego, która zapewni efektywne stosowanie prawa unijnego (Wyrok TSUE 14/83). Odwołujący podniósł, że z uwagi na powyższe, podniósł naruszenie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE:

- 13) art. 42 ust. 6 i art. 44 (w szczególności ust. 2) Dyrektywy, zgodnie z którymi wykonawca ma obowiązek dowiedzenia, że „wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w specyfikacjach technicznych, kryteriach udzielenia zamówienia lub warunkach realizacji zamówienia”- przez zaniechanie odrzucenia oferty Fire Max Sp. z o.o., której możliwości wykonania zgodnie z SIWZ wykonawca nie udowodnił;
- 14) art. 67 ust. 4 Dyrektywy, zgodnie z którym „Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.” przez poprzestanie na deklarowanych wartościach przedstawionych w ofercie Fire Max Sp. z o.o.

Odwolujący wniósł na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy w zw. z art.192 ustawy o: unieważnienie czynności Zamawiającego - oceny spełniania warunków udziału – w postępowaniu, oceny podstaw wykluczenia, oceny ofert i wyboru ofert z dnia 29.05.2017 r., nakazanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku – podstaw wykluczeniu, oceny ofert i wyboru ofert z uwzględnieniem: wykluczenia wykonawcy Fire Max Sp. z o.o. z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy Fire-Max Sp. z o.o., wyboru oferty Rosenbauer International AG jako najkorzystniejszej.

5

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w świetle art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Rosenbauer International AG jest firmą specjalizującą się w dostawie sprzętu przeciwpożarowego, w szczególności specjalistycznych pojazdów pożarniczych, maszyn i instalacji pożarniczych, m.in. drabin, wysięgów, itp. Jednocześnie Odwołujący jest wykonawcą, który złożył oferty we wszystkich trzech częściach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, spełniającą wszelkie warunki wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a która nie została wybrana w wyniku błędów w prowadzeniu postępowania leżących po stronie Zamawiającego. Odwołujący jest

uzyskaniem zainteresowany zamówienia. Realizacja zamówienia skutkowałaby zapewnieniem Odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności i możliwość na stopniowego rynek, jego oferty w wchodzenia natomiast nieuwzględnienie przedmiotowym postępowaniu naraża go na szkodę w postaci niezyskania zamówienia oraz przychodów z wykonania zamówienia, Uwzględnienie odwołania i sanowanie wadliwych czynności w postępowaniu, pozwoli wykonawcy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Fire-Max sp. z o.o. podlegać powinna odrzuceniu a sam Fire-Max sp. z o.o. podlegać powinien wykluczeniu z postępowania na etapie jego prowadzenia. Odwołujący uzyskał drugą pozycję w ocenie ofert. W wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący powinien uzyskać pierwszą pozycję w ocenie ofert.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów i:

zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie dokumentów – związanych z wykonaniem Umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej przez Zamawiającego z Fire Max Sp. z o.o. w postępowaniu na „dostawę samochodów specjalnych - drabin o wysokości ratowniczej min. 40 m" (nr postępowania: WT 2370.4.2014) w szczególności protokołów realizacji zamówienia, zgłaszanych reklamacji, korespondencji związanej z wykonaniem umowy,- na okoliczność rzeczywistych możliwości technicznych (funkcjonalnych) urządzeń oferowanych przez Fire Max Sp. z o.o., i tym samym działań Fire Max Sp. z o.o. stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie – dokumentów - świadectw oraz technicznego dopuszczenia badania przeprowadzonego przez Centrum Naukowo Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej pojazdów dostarczonych przez Fire-Max Sp. z o.o. w ramach postępowania

6

WT.2370.4.2014 - na okoliczność rzeczywistych parametrów funkcyjnych ofert Fire Max Sp. z o.o. złożonych w postępowaniu, wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do Centrum Naukowo- badawczego – Ochrony Przeciwpożarowej (CNBOP), ul. Nadwiślańska 213, 05-420 Józefów k. Otwocka, cnbop@cnboo.pl. z pytaniem, czy CNBOP kiedykolwiek prowadziło badania w zakresie pojazdów o parametrach wskazanych przez wykonawcę Fire Max Sp. z o.o. w ofercie, zadanie pytania do Technischer Oberwachungsverein, Fried rich strafie 136, 10117 – Berlin, P: +49 30 760095-400, F: +49 30 760095-401, E: berlin@vdtuev.de. czy kiedykolwiek Technischer Oberwachungsverein, poddawało badaniu sprzęt Magirus na podwoziu Inveco spełniający parametry wskazane przez Fire Max Sp. z o.o. w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na charakter sprawy oraz wysoki poziom zaawansowania technicznego przedmiotu zamówienia, wnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu inżynierii mechanicznej (lub właściwej instytucji: Centrum Naukowo- Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej w Józefowie) na okoliczność:

weryfikacji dokumentacji technicznej przygotowanej przez producenta oferowanego – przedmiotu zamówienia, tj. przez spółkę Magirus GmbH, a przedstawionej przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

weryfikacji parametrów technicznych wskazanych w ofercie wykonawcy Fire-Max sp. – z o.o. dotyczących możliwości osiągnięcia wskaźników przedstawionych w ofercie, w szczególności zaś parametrów dotyczących długości wysięgu bocznej drabiny pojazdu w połączeniu z masą całkowitą pojazdu wskazaną w ofercie.

- punktu widzenia wymogów SIWZ oraz deklarowanych przez Fire-Max Sp. z o.o. parametrów.

Odwołujący wniósł o zadanie pytania prejudycjalnego przez Izbę, w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej:

1. „Czy art. 56 w związku z art. 67 w związku z art. 44 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień

publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, sprzeciwia się ocenie oferty na podstawie technicznych, niepotwierdzonych właściwości przedmiotu przyszłego, których nie można określić na dzień składania ofert, w przypadku, jeżeli przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nie jest stworzenie projektu technicznego, a dostawa w skali wyposażenia całego kraju, produktów o

7

określonych parametrach".

2. „Czy art. 56 w związku z art. 67 w związku z art. 44 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, sprzeciwia się oferowaniu przez wykonawcę przedmiotu przyszłego, którego właściwości nie można określić na dzień składania ofert, w przypadku, jeżeli przedmiotem postępowania nie jest stworzenie projektu technicznego, a dostawa w skali wyposażenia całego kraju, produktów o określonych parametrach”.
3. „Czy art. 42 w związku z art. 44 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, sprzeciwia się zamawianiu przedmiotu przyszłego, którego właściwości nie można określić na dzień składania ofert, w przypadku, jeżeli przedmiotem postępowania nie jest stworzenie projektu technicznego, a dostawa w skali wyposażenia całego kraju, produktów o określonych parametrach”.

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych i jest władna kierować przedmiotowe pytania do Trybunału (Wyrok C- 465/11).

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący wskazał, że postępowanie dotyczy zakupu 22 wozów - drabin strażackich dla celów wyposażenia 12 Wojewódzkich Komend Straży Pożarnej. Wartość zamówienia to ok. 30 000 000 (trzydzieści milionów złotych). Postępowanie zostało podzielone na 3 części. W każdej części zamówienia wpłynęły dwie oferty: firmy Fire Max Sp. z o.o. i Odwołującego.

Odwołujący zarzucił, że deklarowane parametry sprzętu w ofercie wykonawcy Fire-Max Sp. z o.o.: nie mogą być podstawą przyznania punktacji, skoro ich osiągnięcie nie zostało udowodnione, nie są możliwe do osiągnięcia.

1. Nieprawidłowa ocena ofert. Oferta niepoddająca się ocenie (nieweryfikowalna)
Odwołujący podniósł, że kluczowym w sprawie jest fakt, że sprzęt zaoferowany przez Fire-Max Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu nie istnieje (wykonawca oferował koncept dostawy). Wskazują na to bezsprzecznie korespondencja między Fire-Max Sp. z o.o. i Zamawiającym z dnia 22.05.2017 r. i 24.05.2017 r.

8

W piśmie z dnia 22.05.2017 r. Zamawiający prosił o wyjaśnienia, dlaczego wykonawca nie przedstawił odpowiednich certyfikatów lub sprawozdań z badań potwierdzających wartość parametrów, wskazanych w SIWZ w pkt.

- 1) 2.1. wymiary
 - 2) 4.1. wysokość drabiny
 - 3) 4.2. praca w zakresie kątów
 - 4) 4.4. system stabilizacji
 - 5) 4.24. czas sprawiania- parametr oceniany 5 pkt
 - 6) 4.26. wysięg boczny - parametr oceniany 14 pkt
 - 7) 5.1. parametr kosza- parametr oceniany 7 pkt
- (strona 2 pisma z 22 maja 2017 r.)

Wykonawca Magirus, w odpowiedzi pytanie, wskazał:

„8. Uprzejmie wyjaśniamy, że zaoferowane drabiny M39L i M42L skonfigurowane są w nowej opcji wykonania. Przekazując dokumenty techniczne producenta wykonawca spełnił wymóg

Zamawiającego odnośnie rodzaju dokumentów potwierdzających zaoferowane parametry techniczne jak wyżej, podany w pkt. 14.1. SiWZ. Jednocześnie potwierdzamy, że właściwe sprawozdanie i certyfikat będą przedłożone Zamawiającemu w dniu odbioru techniczno-jakościowego drabin, zgodnie z zapisem pkt. 7.2. załącznika nr 1A i 1B do SIWZ”.

Zgodnie z art. 14.1. SIWZ osiągnięcie parametrów punktowanych powinno być udowodnione przez Wykonawcę. Do oferty powinny zostać dołączone „dokumenty potwierdzające parametry techniczne wymagane w punktach 2.1., 4.1., 4.2., 4.4. 4.24, 4.26 i 5.1. SIWZ w formie certyfikatu lub sprawozdania z badań wymienionego w par. 13 ust. 1 pkt. 2)

Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126). Wykonawca może zamiast certyfikatów i atestów przedstawić inne dokumenty udowadniające spełnienie kryteriów. Dowodem nie może być jednak oświadczenie własne. Również fakt, wskazanie, że „zaoferowane drabiny są w nowej opcji wykonania” nie wskazuje na niemożność uzyskania certyfikatów i badań.

Ewentualna okoliczność, że Fire-Max Sp. z o.o. nigdy nie wyprodukował sprzętu o zadeklarowanych parametrach nie stanowi przesłanki odstąpienia od wymogu udokumentowania spełniania parametrów dowodami adekwatnymi w sprawie, jakim mogłoby być tylko właściwy certyfikat i wyniki badania.

Odwołujący wskazał, że dokumenty producenta nie mogą stanowić dowodu w procesie oceny ofert. Dokumenty te mogą być traktowane jedynie jako oświadczenie własne wykonawcy. W procesie dot. dopuszczania do użytkowania sprzętu strażackiego nie funkcjonuje instytucja potwierżeń i deklaracji producenckich.

9

Zamawiający nie jest również podmiotem właściwym do oceniania prawidłowości rachunków i obliczeń technologów zatrudnionych przez producenta. Jak też wynika z dotychczasowej współpracy między Zamawiającym, a firmą Fire -Max Sp. z o.o.,- deklarowane parametry nie były w praktyce osiągnięte.

Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że za nieudowodnione parametry: 4.24, 4.26 i 5.1. wykonawca powinien otrzymać 0 (zero) punktów w punktacji złożonych ofert.

Natomiast z powodu braku udowodnienia pozostałych wymaganych parametrów- jego oferty Fire- Max Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone.

Odwołujący wskazał, że z dotychczasowej współpracy między Zamawiającym a Fire-Max Sp. z o.o. wynika, że deklarowane na etapie ofertowania parametry nie są osiągnięte. (Vide uzasadnienie zarzutu dot. stosowania praktyk niekonkurencyjnych oraz wystąpienie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4) ustawy).

2. Brak możliwości oferowania produktu o parametrach wskazanych w ofercie przez wykonawcę Fire- Max Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego, osiągnięcie deklarowanych przez Fire- Max Sp. z o.o. parametrów nie jest możliwe w obecnym stanie wiedzy.

Oferta złożona przez Fire-Max Sp. z o.o. zawiera informacje, zgodnie z którymi wykonawca zamierza dostarczyć samochody specjalne, które wyposażone są w wysięgi boczne o długości 20 metrów, 19 metrów oraz 19 metrów, odpowiednio dla właściwych części zamówienia.

Mając na uwadze podstawowe zasady technologiczne, a w szczególności aktualny stan nauki i wiedzy technologicznej w powyższym zakresie, należy zauważyć, iż samochody wyposażone w sprzęt o tak długich wysięgach bocznych nie będą mogły być eksploatowane w sposób prawidłowy, albowiem skorzystanie z ich pełnych możliwości (maksymalne rozłożenie na 19/20 metrów), grozić będzie utratą równowagi pojazdu, jego uszkodzeniem lub załamaniem drabiny.

Pojazd o deklarowanych gabarytach nie udźwignie przy stosowanych przez Magirus technologiach kosza z jedną osobą na deklarowanych wysięgach 20 i 19 metrów, między innymi z uwagi na:

- współczynnik gibkości drabiny, która na pewnym etapie wysięgu ulega załamaniu – (wysokość ratownicza drabiny wynosi, odpowiednio 40 i 37 m - co powoduje, że konstrukcja drabiny jest cięższa),
- elementy konstrukcji mocowań drabiny na pojeździe (drabina może zostać – „wyrwana”),

wagę pojazdu, która w wozach oferowanych przez firmę Magirus wskazanych w – wyjaśnieniach nie przekracza 16,8 tony.

10

Odwołujący zwrócił uwagę na dotychczasową działalność producenta Magirus GmbH i spółki Fire-Max sp. z o.o., oraz oferty składane w latach ubiegłych w postępowaniach o udzielenie zamówienia. We wszystkich dotychczasowych postępowaniach, w których wykonawcą była Fire-Max sp. z o.o. w Polsce oraz w postępowaniach prowadzonych w pozostałych krajach Europy, w których oferowany był sprzęt producenta (Magirus), zaopatrującego Fire-Max Sp. z o.o., wykonawca nie wykazywał osiągnięcia tak wysokich parametrów wysięgu bocznego, jak w niniejszym postępowaniu. Z przedkładanych ofert oraz świadectw dopuszczenia dla drabin tego typu wynikało, że wysięg boczny nigdy nie przekraczał 16,2 m długości, podczas gdy w niniejszym postępowaniu długość wysięgu została określona na poziomie 19 m i 20 m. Różnica wynosi zatem, w zależności od drabiny, nawet do 3,8 m długości.

W piśmie z dnia 24 maja 2017 r., stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego, które wzywało do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień, Fire-Max Sp. z o.o. na stronie 7 wskazuje, że drabina zabudowana jest na części podwoziowej oferowanego pojazdu, tj. Iveco Eurocargo o DMC 18000 kg. Fire-Max sp. z o.o. tym samym wskazała, iż parametry długości wysięgu bocznego wskazanego w treści oferty, możliwe są do osiągnięcia przy masie całkowitej pojazdu 18000 kg, w sytuacji gdy pojazdy tej klasy zazwyczaj mają wagę rzeczywistą około 16300 kg. Taka długość oferowanej drabiny w połączeniu z masą całkowitą pojazdu, które do tej pory nie pojawiały się w takiej konfiguracji w żadnej ze składanych ofert prowadzą do wniosku, iż Fire-Max sp. z o.o. mogła przedstawić ofertę o wartościach wskazanych w jej treści, przy założeniu sztucznego dociążenia masy pojazdu. Takie działanie Fire-Max sp. z o.o. jest również prawdopodobne z uwagi na to, że Zamawiający w treści SIWZ pominął tak istotny dla oceny ofert parametr jak masa całkowita pojazdu. Na uwagę zasługuje jednak przy tym fakt, iż sztuczne dociążenie pojazdu w sposób oczywisty wpływa na jego jakość oraz osiągane inne parametry (prędkość maksymalna, przyspieszenie, spalanie, koszty eksploatacji) oraz nie wpływa na możliwości wysięgu związane z konstrukcją mocowania drabiny oraz samej gibkości drabiny. Wobec wcześniejszej praktyki wykonawcy Fire-Max Sp. z o.o. należy stwierdzić, że wskazane w ofercie zawyżone parametry sprzętu zostały wskazane w sposób celowy.

3. Złożenie oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że działanie Fire-Max sp. z o.o. zapewnianie o właściwościach towaru, wskazuje na stosowanie praktyk niekonkurencyjnych, polegających m.in. na:

wprowadzającym w błąd oznaczeniu towarów, nieuczciwym zachwalaniu, w tym w – zakresie zatajania ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich,

11

rozpowszechnianie nieprawdziwych wiadomości w zakresie właściwości oferowanych – towarów, w tym posługiwanie się nierzetelnymi wynikami badań.

Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w 2014 r. na „dostawy samochodów specjalnych - drabin o wysokości ratowniczej min. 40 m” (nr postępowania: WT 2370.4.2014) zakończyło się wyborem oferty Fire-Max sp. z o.o. W efekcie prowadzonej następnie, po zawarciu umowy, kontroli pojazdów dostarczonych do Zamawiającego, okazało się, że czas sprawiania przekracza znacznie 70 sekund w sytuacji, gdy z oferty wynikało, że czas sprawiania wynosić powinien 69 sekund.

Zdaniem Odwołującego, powyższa okoliczność powinna stanowić także podstawę wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4) ustawy.

4. Zamówienie projektu technologicznego.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 d ustawy, Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. W tym kontekście zaofiarowanie projektu (tj. pojazdu, który nigdy nie istniał), należy uznać za niezgodne z zasadami postępowania. Wykonawca nie musi posiadać przedmiotu zamówienia na dzień wyboru oferty, to winien mieć go posiadać w swoim

asortymencie oraz być w stanie udowodnić Zamawiającemu, że uda mu się osiągnąć określone rezultaty. W tym kontekście należy mieć na uwadze specyfikę dopuszczania pojazdów ppoz do użytkowania. Pojazd taki, niezależnie od wykonania projektu przez osoby posiadające wymagane uprawnienia, musi przejść przez obowiązkowe badania techniczne, które polegają na sprawdzaniu funkcjonalności istniejącego pojazdu (próbach technicznych). Dlatego też każdorazowo stwierdzenie, jakie dany wóz osiąga parametry, następuje po jego wyprodukowaniu, przez Centrum Naukowo Badawcze Ochrony Przeciwożarowej. Przedstawienie rysunków i założeń opartych na obliczeniach technicznych w sytuacji, gdy pojazd oferowany przez konkurenta nigdy nie istniał, nie stanowi odpowiednich wyjaśnień oferty.

Odwołujący podniósł, że właściwym trybem zamówienia opracowania konceptu pojazdów wraz z realizacją projektu pilotażowego byłoby partnerstwo innowacyjne. Natomiast zamówienie 22 pojazdów na podstawie teoretycznych obliczeń jest zachowaniem nieprawidłowym, ryzykownym i niewłaściwym z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi.

5. Ryzyko utraty funduszy europejskich.

Zamówienie prowadzone jest w związku z realizacją projektu „Zwiększenie skuteczności prowadzenia długotrwałych akcji ratowniczych” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura

12

i Środowisko. Zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający ma prawo odstąpienia od umowy w przypadku niezgodności dostawy z umową. Z uwagi na termin realizacji Zamówienia, odstąpienie od umowy i ponowne rozpisanie przetargu spowoduje brak możliwości wykorzystania środków unijnych w ramach przedmiotowego programu w terminie oraz konieczność ich zwrotu. Również okoliczność, że umowa opiewa na przedmiot o innej charakterystyce, niż będący przedmiotem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, należy uznać za wadę postępowania, która będzie miała wpływ na prawidłowe rozliczenie środków unijnych.

6. Uzasadnienie wniosku o powołanie biegłego.

Przeprowadzenie powyższego dowodu, w okolicznościach sprawy, jest warunkiem zapewnienia prawa Odwołującego do skorzystania z przysługującego mu środka odwoławczego oraz gwarancją transparentnego postępowania odwoławczego. Brak przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego spowoduje efekt iluzoryczności realizacji przez Odwołującego prawa do wniesienia środka odwoławczego. Powoływanie dowodów jest prawem strony, które Krajowa Izba Odwoławcza jest obowiązana uwzględniać. Odwołujący wnioskuje o powołanie biegłego na okoliczność stwierdzenia:

- zaoferowania przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. – świadczenia niemożliwego do spełnienia (wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie w postępowaniu w zakresie możliwości zaoferowania przedmiotu o parametrach wskazanych w ofercie), tj. zaoferowania przedmiotu zamówienia niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- zaoferowania przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. przedmiotu zamówienia, który nie – jest w stanie osiągnąć parametrów wskazanych w ofercie,
- zaoferowania przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. przedmiotu zamówienia – publicznego, który będzie naruszał bezpieczeństwo publiczne,
- stosowania przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. praktyk noszących znamiona – czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o §25 ust. 1a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Dz.U.2014.964) oraz ze względu na charakter sprawy oraz przedmiotu zamówienia, jak również zawarte w ofercie wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. informacje niejawne, wnosimy o powołanie biegłego, który posiada dostęp do informacji niejawnych.

Wnosimy także o udostępnienie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego treści dokumentacji postępowania odwoławczego oraz postępowania o udzielenie zamówienia

13

w niniejszej sprawie, która może zawierać informacje stanowiące tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inne niż informacje niejawnie w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej może nie posiadać wiadomości specjalnych pozwalających na samodzielne dokonanie oceny istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia publicznych kwestii technicznych, niezbędnych dla właściwego funkcjonowania pojazdów strażackich w kolejnych latach ich eksploatacji po zrealizowaniu dostaw. Istotnym jest wskazanie, że przedmiot zamówienia w ramach postępowania, stanowić będzie wyposażenie dla łącznie 12 Komend Wojewódzkich Państwowej Straży Pożarnej i stanowić będzie o sile tej służby na obszarze niemal całego kraju w tak istotnym obszarze jak zdrowie i bezpieczeństwo publiczne.

Jednocześnie Odwołujący nie jest w stanie wypowiedzieć się co do dokumentów złożonych przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. stanowiącej obliczenia techniczne, z uwagi na objęcie tej dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Objęcie tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa powoduje sytuację, w której KIO może rozstrzygnąć sprawę na podstawie faktów i dowodów nieprzedstawionych drugiej stronie (Odwołującemu), co w sposób oczywisty ogranicza prawa Odwołującego w postępowaniu. Tematowi nadużyć wykonawców co do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów przedkładanych w postępowaniu została poświęcona część Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 r. (s. 37 – 47). Niestety, praktyka zastrzegania informacji nie została przerwana.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 czerwca 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 29 maja 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

14

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych przez Strony pismach.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w trakcie rozprawy:

- wydruk e-maila wraz z tłumaczeniem na język polski z TUV SUD Autoserwis GmBh, –
- Opinia techniczną wraz z dwoma załącznikami sporządzona przez pan S.T. oraz pan D.J.,
- Pismo z 22 czerwca 2017 roku Zachodniopomorskiego Komendanta Wojewódzkiego – Państwowej Straży Pożarnej

- Izba dopuściła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Zamawiającego: wydruk ze strony internetowej Odwołującego, –
- pismo z 23 czerwca 2017 roku Centrum Naukowo – Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 24 ust. 1 pkt ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; (...)

17) wykonawcę, który 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;

15

Art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;

Art. 30b ust.1 ustawy - Zamawiający może wymagać od wykonawców przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Art. 30b ust.2 ustawy - Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

Art. 30b ust.3 ustawy - W przypadku wymagania przedstawienia certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

Art. 30b ust.4 ustawy - Zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Art. 87 ust. 1 ustawy - 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. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 89 ust.1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 3

16

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (...)

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert; (...)

7d) jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób;

8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 89 ust. 5 ustawy - W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 1, zamawiający nie może odrzucić oferty zgodnej z Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską aprobatą techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny, jeżeli te normy, aprobaty, specyfikacje i systemy referencji technicznych dotyczą wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności określonych przez zamawiającego. W takim przypadku, wykonawca w ofercie musi udowodnić, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1, że obiekt budowlany, dostawa lub usługa, spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego.

Art. 91 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 91 ust. 2d ustawy - Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

W ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zmianami, dalej: ustawa uznk):

Art. 3 ust. 1 uznk - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Art. 3 ust. 2 uznk - Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladowictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie

17

dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Art. 10 ust. 1 uznk - Czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.

Art. 10 ust. 2 uznk - Czynem nieuczciwej konkurencji jest również wprowadzenie do obrotu towarów w opakowaniu mogącym wywołać skutki określone w ust. 1, chyba że zastosowanie takiego opakowania jest uzasadnione względami technicznymi.

Art. 14 ust. 1 uznk - Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Art. 14 ust. 2 uznk - Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:

- 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;
- 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;
- 3) stosowanych cenach;
- 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

Art. 14 ust. 3 uznk - Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się:

- 1) nieprzystługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;
- 2) nieprawdziwymi atestami;
- 3) nierzetelnymi wynikami badań;
- 4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz U. tj. z 2016 poz. 308 i 385; dalej: „Kodeks cywilny” lub „k.c.”)

Art. 387 § 1 k.c.- *Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.*

Art. 387 § 1 k.c. - *Strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.*

18

II.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Tym samym to Odwołujący powinien składać dowody w postępowaniu, które będą potwierdzać jego argumentację. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.* Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla*

19

strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11.)

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy*

ustawy nie stanowią inaczej, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).

W ocenie Izby wnioskowanie przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodów w ten sposób, aby to Izba zobowiązała Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie dokumentów związanych z wykonaniem Umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej przez Zamawiającego z Fire Max Sp. z o.o. w postępowaniu na „dostawę samochodów specjalnych - drabin o wysokości ratowniczej min. 40 m" (nr postępowania: WT 2370.4.2014) w szczególności protokołów realizacji zamówienia, zgłaszanych reklamacji, korespondencji związanej z wykonaniem umowy- na okoliczność rzeczywistych możliwości technicznych (funkcjonalnych) urządzeń oferowanych przez Fire Max Sp. z o.o., i tym samym działań Fire Max Sp. z o.o. stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji; oraz aby Izba zobowiązała Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie dokumentów - świadectw dopuszczenia oraz badania technicznego przeprowadzonego przez Centrum Naukowo-Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej pojazdów dostarczonych przez Fire-Max Sp. z o.o. w ramach postępowania WT.2370.4.2014 - na okoliczność rzeczywistych parametrów funkcyjnych ofert Fire Max Sp. z o.o. złożonych w postępowaniu; jak również, aby Izba wystąpiła do Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej (CNBOP), ul. Nadwiślańska 213, 05-420 Józefów k. Otwocka, cnbop@cnboo.pl. z pytaniem, czy CNBOP kiedykolwiek prowadziło badania w zakresie pojazdów o parametrach wskazanych przez

20

wykonawcę Fire Max Sp. z o.o. w ofercie; oraz aby to Izba zadała pytanie do Technischer Oberwachungsverein, Fried rich strafie 136, 10117 Berlin, P: +49 30 760095-400, F: +49 30 760095-401, E: berlin@vdtuev.de. czy kiedykolwiek Technischer Oberwachungsverein, poddawało badaniu sprzęt Magirus na podwoziu Inveco spełniający parametry wskazane przez Fire Max Sp. z o.o. w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu – w zasadzie stanowi przerzucenie obowiązku dowodowego z Odwołującego na Izbę. W ocenie Izby Odwołujący, który powinien wykazywać dowody na potwierdzenie swoich racji chce aby Izba zastąpiła go w dokonywaniu tych czynności. Należy podkreślić, że nie można uznać działania Odwołującego za prawidłowe. Odwołujący powinien sam przedstawić dowody, sam powinien pozyskać te dowody skoro chciał się do nich odwoływać. Izba nie zastępuje stron w pozyskiwaniu dowodów w sprawie, dlatego też nie uwzględniła wyżej wymienionych wniosków dowodowych i oddaliła wnioski dowodowe w tym zakresie.

III.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Na wstępie Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez

Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały

21

konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać związane przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu

22

Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne, argumentację Odwołującego brak jest uzasadnienia w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89

ust. 1 pkt 3 ustawy. Samo odniesienie się ogólne, lakoniczne do przepisów ustawy, w zasadzie ich przepisanie nie stanowi faktycznego uzasadnienia dokonania wskazanych przez Odwołującego zachowań. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący we wstępnej części odwołania wskazał różne podstawy prawne z uznk, a następnie w uzasadnieniu przepisał treści tych artykułów nie podając, nie wyjaśniając na czym miało polegać niezgodne z tymi przepisami działanie Odwołującego, a którego nie dostrzegł Zamawiający. Podkreślić również należy, że sam Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania dokonał bardzo wyraźnego i jednoznacznego podziału uzasadniania na poszczególne punkty ze wskazaniem do czego dane uzasadnienie się odnosi. Również w zakresie wskazanego przez Odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy, a mianowicie że w przypadku przyjęcia oferty wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. dojdzie do naruszenia bezpieczeństwa publicznego nie znajduje się w uzasadnieniu odwołania argumentacja faktyczna. Nie sposób zatem ustalić co też było podłożem wskazania naruszenia ww. przepisu prawa i czym kierował się Odwołujący podnosząc naruszenie tego przepisu. Izba wskazuje, że bark jest również argumentacji faktycznej dla wskazanego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 3, art. 14 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 387 k.c., nie sposób bowiem na podstawie faktycznej argumentacji zawartej w odwołaniu wywieść co legło u podstaw przyjęcia przez Odwołującego, że wykonawca Fire-Max sp. z o.o. złożył ofertę na świadczenie niemożliwe. Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący posłużył się we wstępnej części odwołania, tam gdzie wskazywał podstawy prawne pojęciem pierwotnej niemożliwości świadczenia, czego nie wyjaśnił w uzasadnieniu odwołania. Izba wskazuje, że świadczeniem niemożliwym jest takie świadczenie, którego obiektywnie nie można spełnić, okoliczność ta jest nieprzemijająca oraz istniejąca w chwili składania zobowiązania – Odwołujący nie wykazał

23

spełnienia tych przesłanek. Bez uzasadnienia faktycznego podniósł Odwołujący również naruszenie art. 87 ust 1 ustawy w związku z tym, że doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o.. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu w jakim zakresie i w jaki sposób doszło przez podanie informacji w złożonych wyjaśnieniach do zmiany treści złożonej oferty. W tym zakresie również nie można mówić o tym, aby Odwołujący zbudował skutecznie zarzut odwołania, bowiem nie ma uzasadnienia faktycznego. Brak jest również argumentacji faktycznej w zakresie naruszenia ww. przepisu w obliczu wskazanego na wstępie odwołania zaniechania wezwania wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie realnej możliwości osiągnięcia parametrów zaoferowanych przez tego wykonawcę. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu co też Zamawiający powinien wyjaśnić, do wyjaśnień jakich parametrów powinien wezwać wykonawcę Fire-Max sp. z o .o. oraz co też rozumie Odwołujący pod pojęciem potwierdzenia realnych parametrów. Izba podkreśla, że wykonawca Fire-Max sp. z o.o. złożył w postępowaniu ofertę, w której złożył oświadczenia o zaoferowaniu określonego rodzaju pojazdów pożarniczych oraz przedstawił dokumenty techniczne pochodzące od producenta, potwierdzające zaoferowane parametry. Odwołujący pomija ten fakt, pomija, że dokumenty techniczne w części objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa i wskazując na naruszenie przepisu ustawy nie przedstawia żadnej argumentacji faktycznej ograniczając się jedynie do wstępnej części odwołania – nazwanej przez Odwołującego „zwięzłe przedstawienie zarzutów”.

Również w zakresie wskazanej podstawy zaniechania wykluczenia wykonawcy Fire Max sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z uwagi na to, że przedstawione w dokumencie JEDZ usługi referencyjne nie zostały wykonane należyście. W zakresie tak wskazanego naruszenia przepisów ustawy w jego wstępnej części brak jest w uzasadnieniu odwołania jakiegokolwiek argumentacji faktycznej. Odwołujący wskazuje, że nie zostało wykonane należyście zamówienie, które zostało wskazane w celu wykazania potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu ale nie wskazuje jakie to było zamówienie na okoliczność spełnienia jakiego warunku zostało wykazane i co najistotniejsze nie wskazuje, co w ocenie Odwołującego świadczy o nienależytym wykonaniu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że w treści uzasadnienia odwołania Odwołujący referuje do jednej z umów realizowanych przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. w 2014 roku, ale z dowodu przedstawionego przez Odwołującego tj. pisma z dnia 22 czerwca 2017 roku Zachodniopomorskiego Komendanta Państwowej Straży Pożarnej wynika, że umowa ta realizowana była na rzecz KWPS w Szczecinie, Lublinie, Krakowie i Katowicach. Natomiast wykonawca Fire-Max sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazał zamówienie –

jakiegokolwiek argumentacji faktycznej Odwołującego nie sposób zatem uznać aby Odwołujący w tym zakresie zbudował skutecznie zarzut odwołania.

W zakresie wskazanej we wstępnej części odwołania podstawy zaniechania wykluczenia wykonawcy Fire Max sp. z o.o. tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienie faktycznego. Odwołujący nie wskazał jakie to informacje podane przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. stanowiły te wprowadzające Zamawiającego w błąd, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak również Odwołujący nie wskazał, które to informacje miały być przedstawione w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w działaniu wykonawcy Fire-Max sp. z o.o.. Izba podkreśla, że zarzut stanowi poza podstawą prawną, którą w przypadku braku w wyniku subsumpcji stanu faktycznego wskazuje Izba w orzeczeniu, ale przede wszystkim zarzut stanowi argumentacja faktyczna. Brak argumentacji faktycznej, szczegółowego uzasadnienia wskazanych naruszeń nie pozwala na uznanie wskazanego naruszenia przepisu ustawy za zarzut odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” W rozpoznawanym przypadku nie sposób stwierdzić do jakich parametrów odnosi się Odwołujący wskazując to naruszenie przepisu oraz w jakim zakresie oświadczenie wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. jest nieprawdziwe. W tym miejscu zaznaczyć należy, że argumentacja Odwołującego w trakcie rozprawy i stanowisko zawarte w opinii, stanowiącej pisemne stanowisko Odwołującego nie wykluczają możliwości zaoferowania rozwiązań o parametrach jakie wskazał w ofercie Fire-Max sp. z o.o., a w zasadzie potwierdzają ich realność. Nie znajduje również żadnego uzasadnienia faktycznego wskazane naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Izba zaznacza, że poza brakiem jakiegokolwiek uzasadnienia naruszenia podnoszonego przepisu Odwołujący pomija w zupełności fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i w przypadku, gdyby dany wykonawca podlegał wykluczeniu jego ofertę uznaje się za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy. Natomiast regulacja art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy wskazuje, że Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania lub niezaprośzonego do składania ofert – rozwiązanie to dotyczy postępowań dwuetapowych. Zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a powinno konkretyzować

zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej.

W zakresie wskazanej podstawy zaniechania wykluczenia wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 podkreślenia wymaga, że przepis ten określa fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, które mogą być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o ile Zamawiający przewidzi ich stosowanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWIZ. Odwołujący żądając wykluczenia wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. z postępowania na wskazanej podstawie prawnej nie odniósł się do dokumentacji przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, nie uzasadnił niczym wskazanego naruszenie przepisów ustawy, które stanowiłoby zaniechanie czynności przez Zamawiającego. Zamawiający natomiast wyjaśnił w swoim stanowisku, że nie przewidział w dokumentacji postępowania podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu ustawy. Brak wskazania po stronie Odwołującego argumentacji w zakresie podstawy zastosowania ww. przepisu ustawy, czyli najistotniejszego poza przesłankami z przepisu

elementu uzasadnienia stanowiska Odwołującego nie pozwala na uznanie wskazanego naruszenia przepisu za skutecznie podniesiony w odwołaniu zarzut.

Izba wskazuje, co wymaga podkreślenia, a co związane jest z podejmowanymi w trakcie postępowania odwoławczego czynnościami przez Strony postępowania Odwoławczego, że odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się Stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołania w całości lub części przez Zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi, bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Wskazania jedynie podstawy prawnej bez podania faktycznej argumentacji nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem

26

intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

W zakresie naruszeń w czynnościach Zamawiającego wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w zakresie dokonania przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny oferty Fire-Max sp. z o.o. Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne.

Po pierwsze - w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał aby oferta była niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ). Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego oparta jest na stwierdzeniu, że sprzęt jaki został zaoferowany przez Fire-Max sp. z o.o. nie istnieje i jest jedynie conceptem, a osiągnięcie parametrów jakie zostały zaoferowane nie jest możliwe w obecnym stanie wiedzy. Odwołujący swoją argumentację oparł na dotychczasowych oferowanych przez Fire-Max sp. z o.o. samochodach i montowanych drabinach. Jednakże, w ocenie Izby, fakt, że dotychczasowo jakiś wykonawca nie przedstawił, nie oferował produktów o określonych parametrach oznacza jedynie tylko tyle, że dotychczasowo tego nie rozbił, co nie zmienia faktu, że oferowanych przez dany podmiot asortyment mógł ulec zmianie. Izba dostrzega, że Odwołujący stara się pomijać konsekwentnie takie informacje, które stanowią podstawę twierdzeń Odwołującego jak np. masę całkowitą pojazdu Iveco Eurocargo o DMC 18 000 kg. Izba zaznacza, na co wskazywał również w piśmie procesowym Zamawiający, że w tym postępowaniu Zamawiający nie określił wymagań dotyczących masy całkowitej oferowanych pojazdów, jak również nie określał parametrów masowych podwozia. Zamawiający wyjaśnił, że sztuczne dociążenie pojazdu jest typowym zabiegiem celem zwiększenia momentów ustalających (by przewyższały momenty wywracające) i dotyczy każdego wysięgnika, drabiny czy innego tego typu maszyny. W ocenie Izby również istotny jest fakt, że Odwołujący nie przedstawia argumentacji, że przy masie całkowitej pojazdu 18 000kg nie jest możliwe zaoferowanie wysięgów bocznych na oferowanym poziomie. Odwołujący jedynie wydaje się poddaje pod wątpliwość masę całkowitą pojazdu, wskazując, że dotychczas nie pojawiały się w postępowaniach oferty, w których wykonawca Fire-Max sp. z o.o. oferowałyby na taką długość drabin w połączeniu z masą całkowitą pojazdu, a co w ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku, że „Fire-Max sp. z o.o. mogła przedstawić ofertę o wartościach wskazanych w jej treści, przy założeniu sztucznego dociążenia masy pojazdu.” To stanowisko Odwołującego wyrażone w treści uzasadnienia odwołania w ocenie Izby potwierdza, że sam Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, że istnieje możliwość zaoferowania samochodów z drabinami długości wymaganymi przez Zamawiającego co będzie wymagało dociążenie samochodów. Co ważne, sam Odwołujący

27

w uzasadnieniu również wskazuje, że zauważył, że Zamawiający nie określił w SWIZ żadnych wymagań co do masy całkowitej pojazdu. Odwołujący, choć wskazał, że zmiana masy całkowitej pojazdu wpływa na jego jakość nie wykazał chociażby na prostych przykładach, jak ta zmiana masy całkowitej wpłynie na prędkość maksymalną, przyspieszenie, spalanie czy też koszty eksploatacji. Posiadając dane co do masy całkowitej pojazdu mógł przedstawić wyliczenia – nie zrobił tego Odwołujący, choć to po jego stronie leży obowiązek dowiedzenia swych twierdzeń. Odwołujący wskazał również, że zmiana masy całkowitej pojazdu nie wpływa na możliwości wysięgu związane z konstrukcją drabiny oraz samej gibkości drabiny, jednakże Odwołujący nie wyjaśnił, poza odwołaniem się do wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, że zmiana długości wysięgu bocznego w stosunku do wcześniej oferowanych drabin przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. nie jest możliwa. Sam fakt istnienia różnicy w długości drabin wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. oraz drabin oferowanych przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. i odwołującego nie stanowi wystarczającego argumentu, który ma dowieść, że zmiana długości wysięgu bocznego w drabinach oferowanych przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. nie jest możliwa. Opinia techniczna jaka została złożona przez Odwołującego, po pierwsze co należy zaznaczyć stanowi stanowisko pisemne Odwołującego. Po drugie Izba stwierdziła, że opinia ta w części nie jest przydatna dla rozpoznania sprawy, ponieważ jak wynika ze strony 2 tej opinii została ona sporządzona „dla pojazdów standardowych”, a jak zostało ustalone – co nie było sporne i wiadome Odwołującemu – zaoferowane przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. rozwiązanie nie jest standardowe, bowiem masa całkowita pojazdu wynosi 18 000kg. W załączniku 2 do opinii na stronie 4 Odwołujący potwierdza, że przy 18 tonowej masie całkowitej pojazdu nie wywróci się on, tym samym potwierdza, że przyjęty parametr umożliwia realizację zamówienia. Przyjęty przez Odwołującego sposób argumentacji sprowadzający się do wyliczenia procentowych różnic w odniesieniu do tego co było kiedyś oferowane i co jest oferowane nie prowadzi do wniosku, że nie jest możliwe zaoferowanie takiego pojazdu z drabiną o określonym bocznym wysięgu drabiny. Wręcz przeciwnie, stwierdzenie Odwołującego odnoszące się do konieczności wzmocnienia podzespołów czy też ich nowego zaprojektowania świadczą o tym, że jak najbardziej możliwe jest zaoferowanie wskazanego przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. rozwiązania. Zaznaczyć również należy, że Zamawiający nie wymagał potwierdzania dokumentami parametru udźwigu. Izba wskazuje, że z dokumentów przedstawionych Izbie przez Zamawiającego tj. pisma z dnia 23 czerwca 2017 roku wynika, że oferowane przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. pojazdy pożarnicze z drabiną mechaniczną SD 40 typ M42 L-AS, dla określonych konkretnych pojazdów (podane numery VIN) wysięg boczny wynosi 19,08 m. Również z okazanego tylko na rozprawie dokumentu przez Zamawiającego (z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa) wynika, że osiągnięte są parametry dla wysięgu bocznego. Odwołujący

28

kwestionował dokument z dnia 23 czerwca 2017 roku wskazując, że jest on skierowany do wykonawcy Fire-Mix sp. z o.o. i Zamawiający nie powinien się nim posługiwać – w ocenie Izby nie istnieje żaden przepis, który zabroniłby posługiwać się Zamawiającemu dokumentami, które potwierdzają stanowisko Zamawiającego. Inicjatywa dowodowa jest po stronie Zamawiającego i na poparcie swoich twierdzeń przedstawia on dokumenty w jakich jest posiadaniu. Odwołujący nie wyjaśnił, nie wskazał z czego wywodzi, że Zamawiający nie może posłużyć się tym dokumentem w swojej argumentacji. W przeciwieństwie do Odwołującego, Zamawiający nie stara się przenieść na Izbę obowiązku dowodowego lecz sam wskazuje dowody mające potwierdzać stanowisko Zamawiającego. Zamawiający wskazał również, że dysponuje przedstawioną przez wykonawcę Fire-Max sp. o.o. dokumentacją techniczną, która w części objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również wyjaśnił, że mógł sprawdzić przedstawione tam wyliczenia i nie znajduje przyczyn do odrzucenia oferty wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. w postępowaniu. Co istotne, Odwołujący nie kwestionował w złożonym odwołaniu faktu objęcia części dokumentów składanych wraz z ofertą tajemnicą przedsiębiorstwa i dopiero na etapie posiedzenia z udziałem stron wskazywał na naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy przez Zamawiającego i wniósł o ujawnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Taki wniosek i wskazane naruszenie przepisów nie mogło zostać przez Izbę poddane pod rozpoznanie, bowiem nie stanowiło zarzutów odwołania, zostało zgłoszone w czasie posiedzenia z udziałem stron w odrębnym piśmie. Izba podkreśla, że odwołanie podlega

rozpoznaniu w zakresie zarzutów wniesionych w odwołaniu w określonym ustawowo terminie.

Odwołujący podniósł, że zawyżone parametry w ofercie wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. zostały podane w sposób celowy, co uzasadniał wcześniejszymi praktykami tego wykonawcy. Izba podkreśla, że Odwołujący nie wykazał aby parametry były zawyżone, co najmniej wysięg boczny, jak również nie wykazał aby były oferowane w sposób celowy z uwagi na wcześniejsze praktyki. W ocenie Izby są to gołosłowne argumenty które nie znajdują żadnego uzasadnienia, co zostało wykazane powyżej. Wskazać należy również, że przez całą treść uzasadnienia odwołania jak również w argumentacji wskazanej na rozprawie Odwołujący ani raz nie rozróżnił części zamówienia, a jest ich trzy części gdzie pierwsza części obejmuje dostawę 3 drabin o wysokości ratowniczej minimum 37 metrów, druga część obejmuje dostawę 10 drabin o wysokości ratowniczej minimum 40 metrów oraz trzecia część obejmującą dostawę 10 drabin o wysokości ratowniczej minimum 40 metrów. Dla części zamówienia szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w osobnym załączniku do SWIZ oraz w osobnych załącznikach był oferowany w ofercie wykonawcy Fire-Max sp. z o.o..

29

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Fire-Max sp. z o.o. również nie złożył oferty na koncept. Z dowodów wskazanych przez Zamawiającego widać wprost, że samochody pożarnicze o określonych parametrach, w tym wysięgu bocznego drabiny były już oferowane, tym samym przedmiot oferowany przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. nie jest tylko jakimś zamysłem, koncepcją lecz istniejącym rozwiązaniem. Jednocześnie należy podkreślić, że przedmiotem dostawy są samochody specjalne, co również nie powinno umykać uwadze Odwołującego, bowiem na rynku specjalistycznych pojazdów, pojazdy te konstruuje się i produkuje na konkretne zamówienie, które w sposób indywidualny, ściśle określa katalog potrzeb Zamawiającego oraz parametrów. W ocenie Izby zasadny jest argument, że potrzeba odpowiedzi na zindywidualizowane zapotrzebowanie nabywcy jak również szczególny charakter tych pojazdów powodują, że nie są to pojazdy dostępne od ręki. Jednocześnie przyjęcie stanowiska, że dany pojazd pożarniczy aby mógł zostać zaoferowany w postępowaniu musiał zostać już wcześniej sprzedany i to w takiej właśnie konfiguracji jak zamawiany stanowiłoby nieuprawnione niczym ograniczenie konkurencji. Słusznie w ocenie Izby podniósł również Zamawiający, że zaoferowane pojazdy pożarnicze przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. nie stanowią produktów całkiem nowych, nieznanych dotychczas na rynku, nowatorskich, oferowane rozwiązania są wynikiem dokonanych modyfikacji celem dostosowania do wymagań Zamawiającego w obecnie prowadzonym postępowaniu. Zamawiający również nie zamawiał projektu technologicznego co wynika w sposób jednoznaczny z postanowień SWIZ, w ocenie Izby wykonawca Fire-Max sp. z o.o. również nie zaoferował projektu technologicznego, tylko konkretne, zgodne z indywidualnymi wymaganiami Zamawiającego pojazdy pożarnicze. Argumentacja zawarta w odwołaniu sprowadza się do stwierdzenia, że aby wykonawca mógł zaoferować dany pojazd pożarniczy Zamawiającemu musi mieć go na stanie w swoim asortymencie i musiał udowodnić, że osiągnie określone parametry. Takie stanowisko Odwołującego pośrednio potwierdza, że nie ma takiej możliwości aby wykonawcy posiadali dane pojazdy w określonej konfiguracji ale jednocześnie nie wyjaśnia Odwołujący co też oznacza posiadanie w asortymencie. W tym stanie rzeczy należy uwzględnić fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie odbywa się w próżni lecz w określonych warunkach gospodarczych na określonym rynku właściwym, gdzie wykonawca Fire-Max sp. z o.o. znany jest jako sprzedawca samochodów pożarniczych, które są podobne do oferowanych w przedmiotowym postępowaniu oraz posiadają wiele znanych Zamawiającemu systemów. Izba podkreśla, że sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że dopiero po wyprodukowaniu danego pojazdu pożarniczego, każdorazowo Centrum Naukowo Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej stwierdza jakie dany (konkretny egzemplarz) pojazd osiąga parametry. Odwołujący wskazał również, że badania techniczne wykonywane są

30

niezależnie od wykonanych projektów przez osoby posiadające uprawnienia. W ocenie

Odwołującego zaferowanie pojazdu, który nigdy nie istniał i przedstawienie tylko wycień i rysunków nie stanowi odpowiednich wyjaśnień oferty. Izba mając na uwadze całą powyższą poczynioną argumentację wskazuje, że wykonawca Fire-Max sp. z o.o. nie zaferował pojazdu, który nie istnieje lecz zaferował pojazd, który posiada inną konfigurację, zindywidualizowaną dla potrzeb tego Zamawiającego. Należy mieć na uwadze, że przedstawiony, okazany w trakcie rozprawy przez Zamawiającego dokument jak również pismo z dnia 23 czerwca 2017 roku potwierdzają istnienie pojazdów o wskazanych w tych dokumentach parametrach wysięgu bocznego, co jest spójne z oferowanym pojazdem. Zamawiający w trakcie rozprawy podkreślał, że badania dokonuje się w oparciu o drabinę i samochód, które już istnieją, natomiast SIWZ określa procedury odbioru i oferowany pojazd musi zostać poddany badaniom przed odbiorem i uzyskać świadectwo dopuszczenia.

Zamawiający w swoim stanowisku pisemnym wskazał, że drabina typu M42 L-AS na podwoziu Iveco ML180E32 była w 2016 roku przedmiotem dostawy dla czeskich strażaków oraz podał, że parametry ma tożsame z parametrami z oferty. Odwołujący odnosząc się do tego stanowiska wskazała, że *po stronie zamawiającego jest brak wiedzy w zakresie weryfikacji dokumentów, bowiem skoro zamawiający twierdził, że jest to to samo to pokazuje brak umiejętności sprawdzania dokumentów.* Faktem jest, że do pisma Zamawiającego zostały załączone dokumenty jednakże nie są one załączone w języku polskim, tym samym Izba z mocy przepisów nie może brać ich pod uwagę przy rozpoznaniu tej sprawy. Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał – znając ofertę wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. oraz dostawę dla czeskich strażaków, że Zamawiający się myli. Izba podkreśla, że przyjęła, że Odwołujący znał parametry dostawy z Brna, bowiem tylko na takiej podstawie mógł stwierdzić, że dostawy te są różne. Tym samym skoro znana była Odwołującemu dostawa z Brna powinien był Odwołujący wskazać dlaczego Zamawiający się myli, a tego nie uczynił. Natomiast jeżeli Odwołujący nie znał szczegółów dostawy z Brna to nie mógł wykazać niezgodności pomiędzy treścią oferty wykonawcy Fire-Max sp. z o.o., a zrealizowaną dla czeskich strażaków dostawą.

Zamawiający przedstawił dowód w postaci wydruku ze strony internetowej Odwołującego wskazując, że choć Odwołujący kwestionuje ofertę wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. i osiągnę tam parametry posiada w swojej ofercie handlowej drabiny dłuższe o większym wysięgu bocznym, niż te oferowane przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o.. W tym zakresie Odwołujący wyjaśnił *posiada spółki na całym świecie i podlegają one różnym przepisom i w Polsce, w Europie obowiązuje norma, gdzie wysięg boczny liczony jest od granicy podpory zewnętrznej, natomiast np. w USA liczony jest od środka samochodu.* Co istotne Odwołujący nie odniósł się do konkretnych danych przedstawionych przez Odwołującego,

31

nie wskazał, która z drabin podlega jakim regulacją i jakie są różnice w wysięgu bocznym, tym samym posiadając konkretne dane przedstawione przez Zamawiającego nie wskazał chociaż w odniesieniu do czterech wskazywanych drabin (L-32, L32A-XS, L39, L40A-XS) czy są to drabiny podlegające regulacją europejskim.

W zakresie zarzutów dotyczących niewykazania, nieudowodnienia za pomocą określonych w art. 30b ust. 1 ustawy środków dowodowych, że dostawa spełnia wymagania Zamawiającego – Izba uznała za niezasadne.

Zamawiający w SIWZ wskazał jakich będzie wymagał dokumentów od wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia (Rozdział IIB pkt 14 SIWZ). W zakresie kwestionowanych przez Odwołującego dokumentów Zamawiający podał:

- *dokumenty potwierdzające parametry techniczne wymagane w punktach 2.1., 4.1., 4.2., 4.4. 4.24, 4.26 i 5.1. załącznika nr 1A do siwz (część 1 zamówienia) i 1 B (część 2 i część 3 zamówienia) do siwz w formie certyfikatu lub sprawozdania z badań wymienionego w par. 13 ust. 1 pkt. 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126).*

Zamawiający zaakceptuje także odpowiednie środki dowodowe inne niż te, o których mowa powyżej, w szczególności dokumentację techniczną producenta (lub upoważnionego przedstawiciela) lub dokumenty wymienione w w par. 13 ust. 1 pkt. 3) i 4) ww. rozporządzenia w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak

dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że oferowane przez niego przedmioty dostawy posiadają dla parametrów wymienionych w punktach 2.1., 4.1., 4.2., 4.4. 4.24, 4.26 i 5.1. załącznika nr 1A/1B do siwz wyniki podane w ofercie wykonawcy.

W przypadku dowodu w formie dokumentacji technicznej producenta (lub upoważnionego przedstawiciela) wykonawca zobowiązany jest także dołączyć opis procedury przeprowadzenia kontroli i danych badań jakości dotyczących przeprowadzonych dokonanych (lub inne lub przedstawiciela) przez producenta upoważnionego jednostki/podmioty w odniesieniu do parametrów wymienionych w punktach 2.1., 4.1., 4.2., 4.4. 4.24, 4.26 i 5.1. załącznika nr 1A/1B do siwz, które zastosowano przy określeniu wyników ww. parametrów podanych w złożonej ofercie.

W piśmie z dnia 22 maja 2017 roku Zamawiający wskazał, że wykonawca Fire-Max sp. z o.o. przekazał w celu potwierdzenia parametrów określonych w punktach 2.1., 4.1., 4.2., 4.4. 4.24, 4.26 i 5.1. załącznika nr 1A/1B dokumenty określone jako dokumentacja

32

producenta oraz zaświadczenie niezależnego podmiotu potwierdzającego spełnienie wymogów normy EN-14043:2014. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie dlaczego nie przekazał wykonawca Fire-Max sp. z o.o. certyfikatów lub sprawozdań z badań potwierdzających wartość parametrów.

W odpowiedzi pismem z dnia 24 maja 2017 roku wykonawca Fire-Max sp. z o.o. wskazał, że zaoferowane drabiny M39L i M42L skonfigurowane są w nowej opcji wykonania, a przekazując dokumenty techniczne producenta wykonawca spełnił wymóg Zamawiającego odnośnie rodzaju dokumentów potwierdzających zaoferowane parametry techniczne. Wykonawca wskazał również, że właściwe sprawozdanie i certyfikat zostaną złożone w dniu odbioru techniczno-jakościowego drabin, zgodnie z postanowieniami pkt 7.2 załącznika nr 1A i 1B do SWIZ.

W punkcie 7.2 załącznika nr 1A i 1B do SWIZ Zamawiający wskazał, że *w przypadku gdy świadectwo dopuszczenia ze sprawozdaniem z badań dostarczone zostanie w dniu odbioru techniczno-jakościowego parametry w nim zawarte muszą zgadzać się z deklarowanymi w ofercie, w szczególności zaś muszą potwierdzać wartości zaoferowanych w ofercie parametrów technicznych w punktach 2.1., 4.1., 4.2., 4.4. 4.24, 4.26 i 5.1. załącznika nr 1A do siwz.*

W przedstawionej w odwołaniu argumentacji Odwołujący pomija w ogóle dwie kluczowe informacje, które mają istotne znaczenie dla rozpoznania zarzutu, a mianowicie nie odnosi się w żaden sposób do postanowień załącznika nr 1A i 1B do SWIZ, z których to postanowień w punkcie 7.2 w sposób oczywisty wynika, że Zamawiający ogłaszając postępowanie przewidział sytuację, w której świadectwo dopuszczenia ze sprawozdaniem z badań zostanie dostarczone w dniu odbioru przedmiotu zamówienia. Zestawiając ze sobą postanowienia pkt 14.1 rozdziału IIB SWIZ oraz postanowienia z załącznika nr 1A i 1B jak również fakt, że każdy pojazd uzyskuje dopuszczenie na podstawie świadectwa dopuszczenia ale musi on istnieć (w świadectwie dopuszczenia poddawany jest numer VIN) Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonych w postępowaniu dokumentów. Odwołujący pominął również fakt w uzasadnieniu odwołania, że wraz z dokumentami wykonawca Fire-Max sp. z o.o. złożył raport techniczny przedstawiający wyniki testu potwierdzające spełnienie wymagań określonych w przeprowadzonych testach (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, str. 160 i następne pisma wykonawcy Fire-Max sp. z o.o. z dnia 29 kwietnia 2017 roku). Izba podkreśla, że dokument ten posiada określony numer i dzień jego wydania, wskazuje na konkretny przedmiot jak również specyfikację testu, jak również, co najistotniejsze w tym zakresie na wynik testu, który jest pozytywny. Przedstawiony w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowód w postaci

33

wydruku korespondencji email, w zasadzie stanowi dowód na okoliczność rozszerzonej w trakcie rozprawy argumentacji, a odnoszącej się do raportu z badań. Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania nie kwestionował postanowień raportu z badań, nie

kwestionował samego raportu, a jedynie wskazywał na brak złożenia certyfikatów. Tym samym wzruszenie tego dokumentu dopiero na etapie rozprawy i składanie na tę okoliczność dokumentów (wydruk korespondencji email) należy uznać za spóźnione i stanowiące nieuprawnione rozszerzenie zarzutu odwołania.

Izba podkreśla, że argumentacja faktyczna Odwołującego skupia się w tym zakresie jedynie na nieprzedstawieniu certyfikatów i wyników badań, jednocześnie pomija Odwołujący w swojej argumentacji, że certyfikat jednostki certyfikującej nie jest konieczny w Polsce do wprowadzenia pojazdu pożarniczego na rynek na co wskazywał Zamawiający w trakcie rozprawy, a Odwołujący nie kwestionował. Podkreślono, że pojazd taki musi posiadać świadectwo dopuszczenia wydane przez krajową jednostkę. Zamawiający wskazał, że w Polsce jest ich co najmniej pięć (5), a w Niemczech dziesięć (10) jednostek certyfikujących uprawnionych do wydania stosownych dokumentów, czego nie zakwestionował w trakcie rozprawy Odwołujący.

Izba nie zgadza się również z argumentami Odwołującego, które sprowadzają się do twierdzenia, że dokumenty producenta nie mogą stanowić dowodu w procesie oceny ofert, ponieważ jest to sprzeczne z samymi twierdzeniami i regulacją przyjętą przez Zamawiającego. Jeżeli Odwołujący uznawał za nieprawidłowe postanowienia SWIZ mógł je kwestionować we wcześniejszym okresie. W rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia są specjalistyczne pojazdy ratownicze, nie sposób uznać aby stały one sobie w garażu i czekały na sprzedaż, tak jak zostało to już powyżej wskazane takie pojazdy produkowane są na specjalne indywidualne zapotrzebowania danych zamawiających, tym samym w pierwszej kolejności jest zamówienie, a dopiero następnie produkcja pojazdu. Nie ma więc obiektywnej możliwości uzyskania certyfikatów dla pojazdów stanowiących zindywidualizowany przedmiot zamówienia w terminie przewidzianym na złożenie ofert w postępowaniu. Zamawiający w sposób jednoznaczny przewidywał taką sytuację, co jest zupełnie oczywiste, bowiem dopuścił możliwość złożenie dokumentów – świadectw dopuszczenia wymaganych obowiązującymi w Polsce przepisami na etapie dostarczenia przedmiotu zamówienia. Złożone przez wykonawcę Fire-Max sp. z o.o. dokumenty zarówno w części jawnej jak i objętej tajemnicą przedsiębiorstwa potwierdzają osiągnięcie określonych parametrów technicznych, a na tym etapie nie było możliwe złożenie innych dokumentów. Dodatkowo raport z badań technicznych potwierdza również osiągnięcie parametrów zgodnie z obowiązującym normami i pochodzi on od jednostki certyfikującej. Zamawiający wskazał, że uwzględnił zarówno ww. badanie techniczne jak również

34

dokumentację techniczną producenta, bowiem przedmiot zamówienia nie był poddawany certyfikowaniu w zakresie wielkości parametrów ocenianych w kryterium oceny ofert w kryterium parametry techniczne. Dostarczone przez wykonawcę dokumenty pochodzące od podmiotu certyfikującego potwierdzają, w zakresie typów pojazdów będących przedmiotem dostawy, zgodności z wymaganiami zasadniczymi, a nie potwierdzają wielkości parametrów technicznych podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert, dlatego też wykonawca musiał uzupełnić te informacje składając inne dopuszczone przez Zamawiającego dokumenty producenta. Podkreślenia wymaga, że został złożony również opis procedury przeprowadzenia kontroli jakości i danych przez producenta, co również pomija Odwołujący. W ocenie Izby wykonawca Fire-Max sp. z o.o. przedstawił dokumenty potwierdzające zaoferowane parametry techniczne, a Zamawiający dokonał prawidłowej oceny tych dokumentów. Izba podkreśla, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu, że w procesie dotyczącym dopuszczenia do użytkowania sprzętu strażackiego nie funkcjonuje instytucja potwierżeń i deklaracji producenckich na etapie prowadzenia postępowania jest wtórna, bowiem reguły oceny spełnienia wymagań określa Zamawiający. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający określając reguły oceny spełnienia zaoferowanych parametrów i dopuszczenie złożenia stosownych świadectw dopuszczenia dopiero na etapie realizacji zamówienia wykazał się zrozumieniem i wnikliwą analizą rynku realizacji zamówień specjalnych pojazdów ratowniczych.

Izba wskazuje, że Odwołujący w „zwięzłym przedstawieniu zarzutów” podniósł naruszenie art. 91 ust. 1 i 2d ustawy oraz art. 30b oraz pkt 14.1 SWIZ przez zaniechanie oceny oferty wykonawcy Fir-Max sp. z o.o. na podstawie sprawdzonych informacji przedstawionych przez tego wykonawcę – wskazane naruszenie przepisów jest niezrozumiałe, a brak argumentacji faktycznej nie pozwala na jego rozpoznanie. Należy mieć bowiem na względzie, że

Odwołujący nie wyjaśnił co w kontekście wskazanych podstaw prawnych rozumiał przez zaniechanie oceny oferty na podstawie sprawdzonych informacji. Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny przedstawionych dokumentów i w tym zakresie prawidłowo ocenił w zakresie kryteriów oceny ofert ofertę wykonawcy Fir-Max sp. z o.o. .

Odnośnie podniesionych przez Odwołującego naruszeń przepisów dyrektywy Izba wskazuje, że poza przytoczeniem podstawy prawnej i treści przepisów Odwołujący nie wyjaśnia dlaczego wskazuje na naruszenie przepisów dyrektywy i z uwagi na jakie okoliczności dyrektywa ta miałaby zostać zastosowana do rozpoznania sprawy. Podkreślenia wymaga, że dyrektywa jest aktem prawa europejskiego, który jest implementowany do polskiego systemu prawnego i znajduje swoje odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak uzasadnienia

35

ze strony Odwołującego powoduje, że nie ma możliwości uznania za skuteczne podniesienie naruszenia przepisów dyrektywy.

W zakresie wniosku o wystąpienie z pytaniem prejudycjalnym przez Izbę również brak jest uzasadnienia tego stanowiska. Jednocześnie Izba przychyliła się tu do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, że w rozpoznawanej sprawie nie istnieje zagadnienie prawne, które wymaga wyjaśnienia w rozstrzygnięciu pytania prejudycjalnego. Izba rozpoznała inne wniesione w odwołaniu zarzuty i uznała, że oferta nie jest złożona jak to starał się wykazać Odwołujący „na koncept” czy też projekt. Przedmiotem oferty są bowiem samochody znane, dostarczane w innych konfiguracjach parametrów innym zamawiającym, co wykazały dowody złożone i okazane dokumenty w sprawie. Przedmiotem dostawy w rozpoznawanej sprawie nie będą bowiem dokumenty zawierające opis koncepcji, rysunki wyliczenia i inne jak próbuje to uzasadniać Odwołujący ale przedmiotem dostawy będzie konkretny pojazd pożarniczy, który dostarczony musi być Zamawiającemu wraz ze świadectwem dopuszczenia potwierdzającym zaoferowane parametry.

W zakresie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego – Izba ten wniosek dowodowy oddaliła. W ocenie Izby wniosek ten w zasadzie zmierza do tego, że opinia biegłego miałaby stanowić uzasadnienie stanowiska Odwołującego, które to stanowisko Odwołującego raz jest takie, że wykonawca Fire-Max sp. z o.o. nie mógł zaoferować rozwiązań jakich parametry techniczne wskazał w ofercie z uwagi na to, że osiągnięcie deklarowanych parametrów nie jest możliwe w obecnym stanie wiedzy, po czym w czasie rozprawy, w przedstawionej opinii wskazuje, że osiągnięcie parametrów wskazanych w ofercie jest możliwe ale wymagałoby nakładów finansowych i prac projektowych. Wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego w ocenie Izby zmierzał również do tego aby biegły dokonał weryfikacji dokumentacji technicznej wykonawcy Fire-Max sp. z o.o., a nie odnosił się do skonkretyzowanych, jednoznacznie określonych parametrów technicznych oraz aby dokonał za Odwołującego analizy niejawnej części dokumentacji technicznej. Nieuzasadnione jest również w realiach rozpoznawanej sprawy prowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność naruszenia przez oferowany przedmiot bezpieczeństwa publicznego – w tym zakresie Odwołujący nie wyjaśnił czego miałaby dotyczyć opinia i w jakim zakresie wskazuje na naruszenie bezpieczeństwa publicznego. Niedopuszczalne natomiast jest prowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; to rolą Odwołującego jest wykazanie naruszenia poszczególnych przepisów ustawy przez wskazanie działań, zachowań wykonawcy które wypełniają przesłanki poszczególnych czynów nieuczciwej konkurencji.

36

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie :

.....