

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez wykonawcę **MOTO-TRUCK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez **Ochotniczą Straż Pożarną** w Świekatowie

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „bocar” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Korwinowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Ochotniczej Straży Pożarnej** w Świekatowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **MOTO-TRUCK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Kielcach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1127) z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Ochotniczą Straż Pożarną** w Świekatowie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Ochotniczej Straży Pożarnej** w Świekatowie na rzecz **MOTO-TRUCK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Kielcach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ochotnicza Straż Pożarna w Świekatowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp pn. „Dostawa średniego samochodu specjalnego pożarniczego, ratowniczo-gaśniczego 4x4 dla Ochotniczej Straży Pożarnej w Świekatowie.”, numer referencyjny: OSP.ZP.271.1.2021. Wartość przedmiotu zamówienia jest określona poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00076992/01.

Zamawiający 29 czerwca 2021 roku zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy MOTO-TRUCK Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący”), który wniósł na tę czynność odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, na skutek bezprawnego odrzucenia jego oferty, pomimo że jej treść odpowiada warunkom zamówienia, gdyż silnik i podwozie pojazdu wraz z kabiną pochodzi od tego samego producenta i w konsekwencji dokonania wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podał m.in, że treść uzasadnienia odrzucenia jego oferty wskazuje na to, że wyłączną podstawą decyzji Zamawiającego było Świadczenie zgodności WE, którego Odwołujący nie składał Zamawiającemu dla oferowanego pojazdu. Zostały jedynie złożone przez niego wszelkie dokumenty wskazane przez Zamawiającego jako przedmiotowe środki dowodowe, opisane w Rozdziale VIII pkt 7 Specyfikacji Warunków Zamówienia. Treść żadnego z nich nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Nie zostały także uznane przez Zamawiającego za niepotwierdzające wymagań SWZ albo niekompletne. Z treści żadnego z tych dokumentów nie wynika podnoszona przez Zamawiającego rozbieżność oferty z SWZ, a ocena ofert powinna odbywać się w oparciu o środki opisane w SWZ. Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 106 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp zastosował niewskazany w SWZ przedmiotowy środek dowodowy.

Zamawiający nie wskazał konkretnego opisu w treści złożonej oferty, ani braku określonych, żądanych przez niego informacji, czy też uchybień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, które by na wskazaną niezgodność wskazywały. Nie ma żadnych dowodów, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie miał prawa dokonywać porównań ofert do dokumentów, których w postępowaniu nie ustanowił przedmiotowymi środkami dowodowymi. Treść tych dokumentów nie odnosi się do pojazdu oferowanego w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp. Równocześnie bowiem doszło do wyboru oferty Przedsiębiorstwa Specjalistycznego bocar Sp. z o.o., złożonej w takich samych warunkach, z użyciem tych samych formularzy.

Odnosząc się do treści wskazanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Świadectwa Zgodności WE, którego posiadanie przez Zamawiającego nie było Odwołującemu wiadome, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał błędnej interpretacji znajdujących się w nim zapisów: 0.5 Nazwa firmy i adres producenta: Renault Trucks SAS; Tabela parametrów poz. 20 Silnik: producent VOLVO Powertrain Corporation. Zapisy te dotyczą nazw konkretnych zakładów produkcyjnych, w których powstają określone komponenty pojazdu. Dla zaoferowanego pojazdu marki Renault opisany w Załączniku nr 1 a poz. 2.1. 2. SWZ wymóg: Pojazd fabrycznie nowy, z silnikiem o mocy nie mniejszej niż 210 kW, silnik i podwozie z kabiną pochodzące od tego samego producenta jest spełniony, ponieważ producentem wszystkich komponentów pojazdu jest koncern Volvo Group, który jest światowym producentem pojazdów ciężarowych, do którego należą między innymi marki RENAULT TRUCKS oraz VOLVO TRUCKS oferowane w Europie. Na potrzeby swojej działalności, Koncern posiada oddziały produkujące komponenty, jak również gotowe pojazdy. Jednym z oddziałów jest Volvo Powertrain zajmujący się produkcją silników i to właśnie ta nazwa podawana jest w Świadectwie Zgodności WE podwozia. Zamawiający nie wymaga, aby nazwa silnika i podwozia z kabiną była taka sama, ani aby nazwa zakładów produkujących te komponenty brzmiała jednakowo, ale aby pochodziły one od jednego producenta. Wymóg ten jest zatem spełniony. Nie można bowiem utożsamiać pojęcia „jeden producent” z pojęciem „jedna marka” ani pojęciem „jedna firma”. Wbrew zatem semantycznym różnicom i idącym za tym skojarzeniom o odmienności producentów, wymóg pochodzenia podwozia z kabiną oraz silnika od jednego producenta jest spełniony. Do odwołania zostało załączone Oświadczenie Renault Trucks z 11 czerwca 2021 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „bocar” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korwinowie (dalej: „Przystępujący”), który zachowując

wymogi ustawowe zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, pismem z 5 sierpnia 2021 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący wskazał m.in., że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia producenta, nie odsyła też w tym zakresie do innych aktów prawnych i przeprowadził analizę przepisów, które mogłyby mieć zastosowanie dla określenia definicji producenta na użytek przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Przystępujący stwierdził, że nie będzie miała zastosowanie definicja producenta zawarta w ustawie z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz.U. nr 229, poz. 2275 ze zm.), natomiast będzie miała zastosowanie definicja producenta zawarta w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającym dyrektywę 2007/46/WE, zgodnie z którą „producent” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która jest odpowiedzialna za wszystkie aspekty homologacji typu pojazdu, układu, komponentu, lub oddzielnego zespołu technicznego, lub indywidualnego dopuszczenia pojazdu lub procedurę uzyskiwania zezwoleń dla części i wyposażenia, za zapewnienie zgodności produkcji oraz za kwestie dotyczące nadzoru rynku w odniesieniu do tych wyprodukowanych pojazdów, układów, komponentów, oddzielnych zespołów technicznych, części i wyposażenia, bez względu na to, czy osoba ta bezpośrednio uczestniczy we wszystkich etapach projektowania i budowy tych pojazdów, układów komponentów lub oddzielnych zespołów technicznych.”

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na posiedzeniu i rozprawie przez:

- Zamawiającego w postaci: pisma Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej z 31 maja 2019 r., Minimalnych wymagań techniczno-użytkowych dla średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego z układem napędowym 4x4 (kategoria 2: uterenowiony), dla jednostek OSP;
- Odwołującego w postaci: odpisu z KRS „Volvo Polska” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Oświadczenia „Volvo Polska” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział Renault Truck w Młochowie z 2 lipca 2021 r., Oświadczenia „Volvo Polska” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział Renault Truck w Młochowie z 23 lipca 2021 r., Świadectwa Zgodności WE (pojazdy niekompletne) bez m.in. daty produkcji, numeru identyfikacyjnego pojazdu, Świadectwa Zgodności WE (pojazdy niekompletne) m.in. z datą produkcji, numerem identyfikacyjnym pojazdu, Świadectwa wytwórcy P.S. „bocar” Sp. z o.o., Świadectwa dopuszczenia Nr 4044/2020 (dwie karty).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku przeprowadzenia oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty może ona zostać uznana za najkorzystniejszą. W obecnym stanie sprawy, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z możliwości niezyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W załączniku Nr 1a do SWZ pn. Wymagania techniczno-użytkowe dla średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego z układem napędowym 4x4 (kategoria 2: uterenowiony), dla jednostki OSP Świekatowo, w poz. 2.1.2 jako wymagania minimalne Zamawiający określił: *Pojazd fabrycznie nowy, z silnikiem o mocy nie mniejszej niż 210 kW, silnik i podwozie z kabiną pochodzące od tego samego producenta.* Zamawiający wymagał podania przez wykonawców: typu i modelu podwozia oraz producenta podwozia i silnika.

Odwołujący w swojej ofercie w pkt 2.1.2 załącznika nr 1a wskazał: Renault MDB3 D 210 KW, Renault.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „bocar” sp. z o.o. pismem z 25 czerwca 2021 r. wystąpił do Zamawiającego o odrzucenie m.in. oferty Odwołującego. W uzasadnieniu wniosku zostało wskazane, że w dokumentacji homologacyjnej tj. w Świadectwie Zgodności WE pojazdu niekompletnego marki Renault typ MDB3 D 9, jako producent podwozia jest wskazana spółka Renault Trucks SAS, natomiast producentem

silnika jest Spółka Volvo Powertrain Corporation. Do wniosku o odrzucenie oferty Odwołującego zostało dołączone Świadczenie Zgodności WE.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, o czym zawiadomił pismem z 29 czerwca 2021 r. Jako powód odrzucenia oferty zostało wskazane: *Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku Nr 1a do SWZ pn. Wymagania techniczno-użytkowe dla średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego z układem napędowym 4x4, w poz. 2.1. . wymagał: Pojazd fabrycznie nowy, z silnikiem o mocy nie mniejszej niż 210 kW, silnik i podwozie z kabiną pochodzące od tego samego producenta. Wykonawca zaoferował pojazd bazowy Renault MDB3 D o mocy 210 kW producenta Renault. Z treści Świadczenia zgodności WE Pojazdy niekompletne producenta wynika cyt.:*

0.1 - Marka: Renault

0.2 - Typ: MDB3 D

0.5 - Nazwa firmy i adres producenta : Renault Trucks SAS

Tabela parametrów poz. 20 Silnik: producent VOLVO Powertrain Corporation.

Z treści świadectwa zgodności WE producenta wynika, że oferowany pojazd posiada podwozie z kabiną producent a Renault Trucks SAS, a silnik od producenta VOLVO Powertrain Corporation.

Jak wynika z powyższego oferowany pojazd nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku Nr 1a do SWZ.

W piśmie z 1 lipca 2021 r., informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Przystępującego, i odrzuceniu dwóch ofert, jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego zostało wskazane: „Wykonawca zaoferował pojazd nie odpowiadający wymaganiom Zamawiającego zawartym w załączniku Nr 1a do SWZ w poz. 2.1.2. Podstawa odrzucenia oferty: art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Rozdziale VIII pkt 7 SWZ zostało wskazane:

7. Przedmiotowe środki dowodowe należy tu rozumieć dostarczenie do oferty nw. dokumentów:

- 1) Wypełniony załącznik Nr 1a do SWZ.*
- 2) Karta techniczna lub specyfikacja techniczna producenta oferowanego wozu bojowego.*
- 3) Kolorowe zdjęcia oferowanego wozu bojowego.*
- 4) Oświadczenie producenta o autoryzacji na wykonywanie czynności serwisowych.*

5) *Wykaz punktów serwisowych (punkt serwisowy zlokalizowany na terenie Polski w odległości do 150-250 km, z autoryzowanym mobilnym serwisem umożliwiającym realizację przeglądów i napraw w siedzibie Zamawiającego).*

W sprawie nie jest sporne, że marki RENAULT TRUCKS oraz VOLVO TRUCKS należą do koncernu VOLVO. Nie jest też sporna treść oferty Odwołującego i to, że został zaoferowany pojazd fabrycznie nowy, z silnikiem o mocy nie mniejszej niż 210 kW. Spór dotyczy tego, czy wymóg zawarty w opisie przedmiotu zamówienia, aby silnik i podwozie z kabiną zaoferowanego pojazdu pochodziły od tego samego producenta został spełniony przez Odwołującego, oraz czy Zamawiający mógł dokonywać oceny oferty Odwołującego w oparciu o dokument, którego nie wymagał w SWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Stosownie do art. 106 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp *zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Na wstępie zauważenia wymaga, że warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, zgodnie z którym *przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.* To do wymogów postawionych przez zamawiającego należy zatem porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania, o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia.

Z tych względów dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega. Dla odrzucenia oferty na podstawie ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. W związku z tym opis tych warunków powinien być precyzyjny i jednoznaczny. Zachowuje aktualność zasada, że niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków zamówienia, nie

mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to Zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis, jak również zasada, że specyfikacja warunków zamówienia, zawierająca m.in. opis przedmiotu zamówienia, nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

W związku z tym w okolicznościach analizowanej sprawy to na Zamawiającym spoczywał ciężar dowodu w zakresie zaistnienia przesłanek dla odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie ww. przepisu, tj. wykazania, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, które określił w SWZ, bowiem to Zamawiający ze swoich twierdzeń wywodził skutek prawny. W ocenie Izby Zamawiający nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia producenta, nie odsyła też w tym zakresie do określonego aktu prawnego. Również SWZ nie zawiera definicji producenta przedstawionej przez Zamawiającego na użytek postępowania. Z definicji podanej w Słowniku Języka Polskiego PWN wynika, że „producent” to „ten, kto wytwarza jakiś towar”. Poszczególne ustawy zawierają własne definicje tego pojęcia, np. z definicji zawartej w art. 3 pkt 2 ustawy z 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (tj. Dz.U. z 2021 poz. 222) wynika, że termin producent oznacza: *a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt, b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem.*

Na rozprawie Strony i Przystępujący wskazywali natomiast na odrębność pojęć: „wytwórca” i „producent”. Każdy z uczestników postępowania przedstawiał własne, odmienne od innych, rozumienie terminu „producent”, przedstawiając w tym zakresie argumentację przemawiającą za zasadnością jego stanowiska. W związku z tym nie można uznać postanowienia pkt 2.1.2 SWZ za jednoznaczne.

Zamawiający na rozprawie na pytanie jak rozumie termin „producent” oświadczył, że chodzi o ten podmiot, który wyprodukował pojazd niekompletny, tj. podwozie i kabinę oraz silnik, tj. jeżeli Volvo występuje jako odrębny podmiot i to on byłby producentem podwozia i

kabiny, a producentem silnika inny podmiot, tj. podmiot, który w członie nazwy nie miałby Volvo, a np. Renault, to nie spełniałoby to wymogu SWZ. Zamawiający wskazał również, że decydujące znaczenie ma marka, pod jaką dany element występuje, a nie podmiotowość producenta. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, który zwrócił uwagę na porównywalność w tym zakresie pojazdów zaoferowanych przez Odwołującego i Przystępującego, ponieważ, jak stwierdził, w przypadku Przystępującego zarówno w pkt 05 jak i 20 świadectwa WE występuje podmiot, który w nazwie ma wyraz Volvo. Chodzi zatem o dwie córki tej samej matki Volvo i nie jest ważne, że są odrębnymi podmiotami, bowiem każda w członie nazwy ma wyraz Volvo. Natomiast w przypadku pojazdu zaoferowanego przez Odwołującego chodzi o dwie różne córki od matki Volvo, tj. jedna Volvo a druga Renault. Dlatego, jak stwierdził, Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogu, aby podwozie, kabina i silnik, pochodziły od jednego producenta. Zamawiający podał, iż wytyczne Komendanta Państwowej Straży Pożarnej w zakresie określonego w SWZ wymogu wiążą się z doświadczeniem wcześniejszej awaryjności pojazdów, które były niekompatybilne, bo podwozie, kabina i silnik były różnych producentów. Ponadto Zamawiający stwierdził, że z punktu 05 świadectwa WE, w oparciu o który dokonywał weryfikacji oferty Odwołującego dotyczy tylko podwozia i kabiny, a nie jak twierdzi Odwołujący całego pojazdu. Z pozycji 20 świadectwa WE wynika, że zaoferowany przez Odwołującego pojazd wyposażony jest w silnik producenta Volvo, natomiast z pkt 05 wynika, że producentem podwozia i kabiny jest Renault.

Według stanowiska Odwołującego, w tym zaprezentowanego na rozprawie, Zamawiający odrzucając jego ofertę wskazał na producenta pojazdu, bowiem to jego dotyczy pkt 0.5 Świadectwa zgodności WE, podczas gdy wymóg dotyczył producenta podwozi. Producentem podwozia i kabiny oferowanego przez Odwołującego pojazdu jest fabryka należąca do grupy Volvo w Blainville-sur-Orne we Francji. Fabryka ta jest także producentem podwozia i kabiny pojazdu, który został zaoferowany przez Przystępującego. Silniki pojazdów zaoferowanych zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego zostały wyprodukowane w Venissieux koło Lyonu. Fabryka ta należy do spółki Volvo POWERTRAIN Corporation, która jest producentem tych silników. Wskazuje to, że zarówno w odniesieniu do pojazdu zaoferowanego przez Odwołującego, jak też pojazdu zaoferowanego przez Przystępującego producentami są fabryki należące do grupy Volvo. Nadto Świadectwo zgodności WE Volvo Truck Corporation złożone przez Przystępującego w pozycji 0.5 dotyczącym nazwy firmy i adresu producenta wskazuje na Volvo Truck Corporation w Goteborgu, natomiast jako producent silnika w pozycji 20 figuruje Volvo Power Train Corporation z siedzibą w Venissieux koło Lyonu. Są to dwa różne podmioty, działające w ramach koncernu Volvo. Jest to zatem taka sama sytuacja jak w przypadku Renault, który

jest także odrębnym podmiotem, który też działa w ramach grupy Volvo. W każdym z tych przypadków pozycja 0.5 i 20 Świadectwa Zgodności WE wskazuje na dwa różne podmioty. Gdyby zatem przyjąć sposób rozumienia producenta jako odrębnego podmiotu, to Volvo Truck Corporation i Volvo POWERTRAIN Corporation oznaczałyby dwóch różnych producentów. Ze stanowiska Odwołującego wynika, że przy braku definicji producenta na użytek postępowania za w pełni uzasadnione, także względami faktycznego funkcjonowania w sektorze producentów pojazdów, jest przyjęcie, że za producenta należy uznawać podmioty wchodzące w skład tej samej grupy kapitałowej, bez względu na to, pod jaką marką następuje sprzedaż. Odwołujący przedstawił w tym zakresie m.in. oświadczenie Volvo Polska Sp. z o.o. Oddział Renault Trucks w Młochowie, z którego wynika, że właścicielem fabryk w Venissieux koło Lyonu i w Blainville-sur-Orne we Francji jest koncern Volvo Group. Dla każdego podwozia oznaczonego numerem VIN wystawiane jest świadectwo zgodności WE, w którym podawane są nazwy przyjęte przez koncern Volvo Group zgodnie ze swoją strategią działalności.

Przystępujący w swoim pisemnym stanowisku wskazywał na kryterium osobowości prawnej, i wywodził w ślad za definicją zawartą w art. 3 pkt 40 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającym dyrektywę 2007/46/WE, że *ani producentem pojazdu, ani też silnika pojazdu oferowanego przez Wykonawcę nie jest Koncern Volvo Group, który nie posiada przymiotu producenta w rozumieniu ww. Rozporządzenia, bowiem Koncern Volvo Group nie jest ani osobą fizyczną, ani osobą prawną*. Na rozprawie natomiast Przystępujący stwierdził, że jego zdaniem w omawianym zakresie chodzi o tożsamość marki, tj. producentem jest taki podmiot, który posługuje się tą samą marką, co wiąże się z okolicznościami faktycznymi i prawnymi, w jakich funkcjonują producenci pojazdów. Nie jest bowiem możliwe, aby w jednej fabryce wytworzyć pojazd w całości. Jeśli chodzi o swoją ofertę, to stwierdził, że zaoferował on pojazd, gdzie zarówno w odniesieniu do podwozia i kabiny, jak i silnika, jako producenta wskazał markę Volvo. Przyznał, że są to różne spółki, jeśli chodzi o podmiotowość w rozumieniu prawa, jednakże posługują się marką Volvo. Przystępujący stwierdził również, że poz. 0.5 świadectwa zgodności WE odnosi się do producenta pojazdu, a nie jedynie producenta podwozia.

Z analizy powyższych stanowisk wynika zatem, że o decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego przesądziła nazwa podmiotów wymienionych w poz. 0.5 i 20 Świadectwa zgodności WE, tj. dokumentu, którego Zamawiający nie wymagał w SIWZ i który, po otrzymaniu od Przystępującego, zinterpretował odmiennie, niż na rozprawie

Przystępujący i Odwołujący, tj. przyjął, że w poz. 0,5 tego dokumentu chodzi o producenta podwozia, podczas gdy Odwołujący i Przystępujący stwierdzili, że w tej pozycji chodzi o producenta pojazdu.

Tymczasem Zamawiający w SWZ nie wymagał, aby nazwa producenta silnika i podwozia z kabiną była taka sama, lecz aby ich producent był ten sam, nie rozstrzygając przy tym, czy chodzi o ten sam podmiot prawa, czy jedynie o markę jakiej używa dany podmiot. SWZ nie zawiera informacji wskazujących, że Zamawiający w omawianym zakresie będzie się kierował oznaczeniem nazwy podmiotu, i nie będzie brał pod uwagę tego, że określone marki są używane w ramach tego samego koncernu, nie będzie brał pod uwagę, że dany element podwozia jest produkowany w tej samej fabryce, należącej do tego samego właściciela, ale jest oferowany pod różnymi nazwami handlowymi co, jak wynika z twierdzeń Odwołującego, popartych złożonymi oświadczeniami, występuje w okolicznościach analizowanej sprawy, tj. silniki występujące pod nazwą VOLVO FL oraz RENAULT D, produkowane są w fabryce w miejscowości Blainville-sur-Orne we Francji, należącej do podmiotu wchodzącego w skład Koncernu VOLVO Group.

W ocenie Izby wobec braku wyraźnego wskazania przez Zamawiającego, co należy rozumieć pod pojęciem „producent”, oraz braku jednej, powszechnie obowiązującej definicji tego terminu, jak też braku odesłania w SWZ do definicji przyjętej w określonym akcie prawnym, należy uznać, że na etapie oceny ofert i postępowania odwoławczego termin ten nie może być zawężany do oznaczenia nazwy producenta i wymogu, aby niezależnie od odrębności podmiotów miały one w nazwie ten sam element. Tym bardziej, że w okolicznościach analizowanej sprawy oznacza to nierówne traktowanie wykonawców.

Następnie zauważenia wymaga, że zamawiający przy badaniu i ocenie ofert może korzystać z już posiadanych, czy pozyskanych przez siebie informacji, pozwalających na weryfikację otrzymanych od wykonawców ofert, musi się to jednak wiązać z właściwą analizą tych informacji, uwzględniającą zarówno postawione w SWZ wymogi, co do przedmiotu zamówienia, jak też treść wymaganych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych, których katalog, dla osiągnięcia stawianego celu, powinien być określony w powiązaniu z przedmiotem zamówienia. Zamawiający musi bowiem mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie Zamówień publicznych, w tym określony w art. 16 obowiązek *przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzysty oraz proporcjonalny*.

W okolicznościach analizowanej sprawy oparcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na przyjętym dopiero na etapie oceny ofert sposobie rozumienia użytego w SWZ pojęci producenta, nadto w oparciu o dokument, którego nie wymagał w SWZ, jako

przedmiotowego środka dowodowego, i którego Odwołujący, przy zastosowaniu procedury przewidzianej w ustawie Pzp, nie miał szansy wyjaśnić, a co, jak wykazał przebieg postępowania, było konieczne, wskazuje na wadliwość czynności Zamawiającego

Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji potwierdził się zarzut dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzono zarzucane przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty zastępstwa zasądzone na podstawie złożonego przed zamknięciem rozprawy rachunku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), przy uwzględnieniu maksymalnej kwoty wynagrodzenia pełnomocnika strony wynikającej w ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: