

Sygn. akt: KIO 1316/18

**WYROK**  
**z dnia 20 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2018 r. przez odwołującego - **"Benepol" Sp. z o.o. ul. Lubelska 43A 10-410 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **3 Regionalną Bazę Logistyczną ul. Montelupich 3 30-901 Kraków,**

przy udziale wykonawcy - **Dom Samochodowy GERMAZ sp. z o.o. ul. Strzegomska 139 54-428 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawcę **"Benepol" Sp. z o.o. ul. Lubelska 43A 10-410 Olsztyn** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy), która to kwota obejmuje: wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 300 zł 00 gr (słownie: trzysta złotych zero groszy).
3. Nie uwzględnia wniosku zgłaszającego przystąpienie wykonawcy o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm. [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności” nr sprawy 39/2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej/S S58 127417-2018-PL z dnia 23 marca 2018 r.

Wnoszący odwołanie wykonawca – „Benepol” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie stwierdził, że Zamawiający - 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie naruszył przepisy ustawy Pzp, a mianowicie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 w 2w. z art. 22 ust 1b pkt 3 - polegające na uznaniu przez Zamawiającego, że przedłożone przez Wykonawcę dokumenty potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, tj. wykonanie w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej 1 dostawy samochodów małej ładowności ogólnego przeznaczenia (ciężarowo-osobowe) o wartości nie mniejszej niż 3.130.000,00 PLN (dla zadania nr 1) oraz 2.304.000,00 PLN (dla zadania nr 2), podczas gdy z załączonych przez wykonawcę dokumentów wynika, że:
  - dostawa objęta referencjami wstawionymi w dniu 4 kwietnia 2017 r. przez MLS FZ-LCC z siedzibą w Ras Al. Khaimah (Zjednoczone Emiraty Arabskie) dotyczyła samochodów terenowych o małej ładowności i wysokiej mobilności;
  - samochody marki Toyota Land Cruiser LC200 o specyfikacji określonej w fakturach dokumentujących wyżej wskazaną dostawę, nie są samochodami ogólnego przeznaczenia małej ładowności;
  - wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 7 i 20 czerwca 2018 r. pozostają w oczywistej sprzeczności z treścią referencji wystawionych w dniu 4 kwietnia 2017 r. przez MLS FZ-LCC, wskazując na dostawę samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności, w sytuacji gdy w referencje potwierdzają dostawę samochodów terenowych o małej ładowności i wysokiej mobilności;
  - referencje wstawione w dniu 4 kwietnia 2017 r. przez MLS FZ-LCC z siedzibą w Ras Al. Khaimah (Zjednoczone Emiraty Arabskie) nie dotyczą wykonanej przez Wykonawcę w sierpniu 2017 r. modyfikacji samochodów Toyota Land Cruiser LC200, a tym samym nie potwierdzają należytego wykonania modyfikacji;

– Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających zakres przebudowy samochodów Toyota Land Cruiser LC200,

2. art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 – przejawiające się w zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, pomimo że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami, na podstawie art 192 ust 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wniosł o:

1. unieważnienie czynności wyboru ofert w przedmiotowym postępowaniu;
2. nakazanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty;
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z pominięciem oferty Wykonawcy;
4. dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przetargowej postępowania p.n. „Dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności” nr sprawy 39/2018;
5. dopuszczenie dowodu z opinii Wojskowego Instytutu Techniki Pancерnej i Samochodowej na okoliczność ustalenia:
  - do jakiej kategorii w ramach struktury transportu samochodowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej należą samochody o małej ładowności i wysokiej mobilności z napędem terenowym (Toyota Land Cruiser LC200), do których odnoszą się referencje z dnia 4 kwietnia 2017 n wystawione przez MLS FZ-LCC oraz wykaz zawarty w Załączniku nr 5 do JEDZ,
  - czy samochody o małej ładowności i wysokiej mobilności z napędem terenowym (Toyota Land Cruiser LC200), do których odnoszą się referencje z dnia 4 kwietnia 2017 r. wystawione przez MLS FZ-LCC oraz wykaz zawarty w Załączniku nr 5 do JEDZ, są samochodami ogólnego przeznaczenia małej ładowności, a w szczególności, czy Wykonawca potwierdzając dostawę pojazdów Toyota Land Cruiser LC200 o specyfikacji opisanej w fakturach z czerwca 2016 r., spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie potwierdzenia, że wykonał dostawę pojazdów ogólnego przeznaczenia małej ładowności;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym wpisu w kwocie 15.000 zł oraz kosztów zastępstwa radcy prawnego w wysokości 3.600 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie przedłożonych na rozprawie dokumentów.

W uzasadnienie wskazał na następujące okoliczności:

W dniu 25 czerwca 2018 r. Odwołujący został poinformowany o dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Mając na względzie, że wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie w terminie określonym w art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ uwzględnienie zarzutów odwołania doprowadzi do unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, wykluczenia Wykonawcy z postępowania, w konsekwencji czego oferta Odwołującego, najkorzystniejsza (pomijając ofertę Wykonawcy podlegającą odrzuceniu) i spełniająca wszystkie warunki postępowania, powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, ze względu na przewidziane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert, co wynika wprost z zestawienia ofert sporządzonego przez Zamawiającego w związku z protokolarnym otwarciem ofert.

Zamawiający w dniu 12 lutego 2018 r. zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiotem była dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności o parametrach określonych w Opisie przedmiotu zamówienia WET (patrz: punkt III ust. 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej SIWZ). Stosownie do punktu 1 ust. 1 Opisu przedmiotu zamówienia WET, przedmiot zamówienia stanowiła dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności kategorii Ni, tj. samochodów ciężarowych służących do przewozu osób. Zamawiający w Rozdziale V ust. 1 pkt 3 SIWZ, jako warunek udziału w postępowaniu przewidział m.in. posiadanie doświadczenia w wykonaniu dostaw będących przedmiotem zamówienia, tj. wykazania należytego wykonania co najmniej jednej dostawy samochodów małej ładowności ogólnego przeznaczenia (ciężarowo- osobowe). Nie budzi zatem wątpliwości, że Zamawiający określając warunki związane z doświadczeniem zawodowym oczekiwał od wykonawców wykazania dostawy pojazdów spełniających parametry określone w Opisie przedmiotu zamówienia WET, a w szczególności pojazdów należących do kategorii N(1), a nie dostawy jakichkolwiek pojazdów. Inaczej mówiąc, wykonawca biorący udział w postępowaniu zobowiązany był udowodnić, że posiada doświadczenie w wykonaniu dostaw samochodów małej ładowności ogólnego przeznaczenia, tj. pojazdów posiadających homologację kategorii N(1). W celu wykazania zdolności zawodowej i technicznej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona złożył na żądanie Zamawiającego dokument z dnia 4 kwietnia 2017 r. zatytułowany „Referencje”, podpisany w imieniu MLS FZ-LCC przez Pana P.S.. Z

treści tego dokumentu wynika, że wyżej wymieniony podmiot współpracuje z Wykonawcą w zakresie dostawy samochodów terenowych o małej ładowności i wysokiej mobilności oraz, że Wykonawca należycie zrealizował dostawę takich pojazdów. Wykonawca pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. wyjaśnił, że wskazane w dokumencie JEDZ oraz referencjach pojazdy Toyota Land Cruiser są „samochodami o małej ładowności ogólnego przeznaczenia (ciężarowo- osobowe)”. W odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego, Wykonawca pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. wyjaśnił, że objęte dostawą do MLS FZ-LCC samochody Toyota Land Cruiser LC200 zostały przez Wykonawcę przebudowane, na dowód czego Wykonawca załączył faktury wystawione w związku z dostawą samochodów oraz odrębne faktury z tytułu opancerzenia tych samochodów.

Zamawiający, biorąc pod uwagę wyżej opisane dokumenty i wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, jak również uwzględniając przekazane w formie elektronicznej przez Toyota Motor Poland Co. Ltd. Sp. z o.o. informacje dot. homologacji pojazdu Toyota Land Cruiser serii 150, uznał, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu dostaw będących przedmiotem zamówienia, w następstwie czego nie podjął czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Okoliczności sprawy oraz treść dokumentacji przetargowej nie dają jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca należycie wykonał co najmniej jedną dostawę samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności. Przede wszystkim z przedstawionych przez Wykonawcę referencji wystawionych w dniu 4 kwietnia 2017 r. przez MLS FZ-LCC wynika, że dostawa dotyczyła samochodów terenowych małej ładowności i wysokiej mobilności. Zaznaczyć w tym miejscu się godzi, że w aktualnej strukturze transportu samochodowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej samochody małej ładowności wysokiej mobilności wchodzi w zakres Grupy 2, podczas gdy samochody ogólnego przeznaczenia małej ładowności, stanowiące przedmiot oczekiwanego przez Zamawiającego doświadczenia, należą do Grupy 5 (podgrupa 5.3). Nie budzi wątpliwości, że samochody małej ładowności wysokiej mobilności nie należą kategorii samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności, a tym samym dostawa pojazdów objętych referencjami nie stanowi dostawy, której należytego wykonania wymagał Zamawiający w ramach rozdziału V ust. 1 pkt 3 SIWZ. Dowód: 1. referencje z dnia 4 kwietnia 2017 r. (w dokumentacji przetargowej); 2. dowód z opinii biegłego Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej.

W świetle powyższego, złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 7 czerwca 2018 r., jakoby wskazana w referencjach „dostawa samochodów terenowych o małej ładowności i

wysokiej mobilności” dotyczyła „samochodów o małej ładowności ogólnego przeznaczenia” jawią się jako oczywiście nieprawdziwe i sprzeczne z treścią dokumentu referencji. Należy mieć przy tym na względzie, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 sierpnia 2012 r., KIO 1605/12, wyraziła powszechnie aprobowane stanowisko, iż wyjaśnienia składane w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych mogą dotyczyć wyłącznie wątpliwości w zakresie informacji zawartych w złożonych dokumentach, nie mogą natomiast prowadzić do ich zmiany. Celem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy jest ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy składają korzystną cenowo i merytorycznie ofertę, ale muszą być wykluczeni z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, mających potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych. Zamawiający dokonując oceny dokumentów złożonych w wyniku wezwania nie może nie brać pod uwagę celu, jaki chciał osiągnąć ustawodawca stanowiąc ten przepis, a ponadto nie może zastosować przepisu w sposób, który naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazując na powyższe stwierdził, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia dotyczące dokumentu referencji, pozostające w oczywistej sprzeczności z treścią tych referencji, nie mogą być podstawą do przyjęcia, że Wykonawca dostarczył samochody ogólnego przeznaczenia małej ładowności, w sytuacji gdy z referencji wynika wprost, że dostawa dotyczyła innego rodzaju samochodów.

Zdaniem Odwołującego nie sposób również uznać, że przebudowa pojazdów, którą Wykonawca udokumentował fakturami załączonymi do pisemnych wyjaśnień z dnia 20 czerwca 2018 r., doprowadziła do zmiany kategorii pojazdów objętych dostawą. Treść faktur z sierpnia 2017 r. w najmniejszym stopniu nie świadczy, jakoby wskutek dokonanych przez Wykonawcę modyfikacji, dostarczone rok wcześniej pojazdy Toyota Land Cruiser LC200, czyli samochody małej ładowności wysokiej mobilności, stały się samochodami ogólnego przeznaczenia małej ładowności. Treść przedmiotowych faktur wskazuje jedynie na opancerzenie pojazdów, a wyjaśnienia Wykonawcy w przedmiocie zakresu rzekomej modyfikacji wnętrza pojazdów nie zostały potwierdzone referencjami odbiorcy dostaw, ani potwierdzone jakimkolwiek dokumentem. Dowód: 1. dokumentacja przetargowa.

Niezależnie od powyższego, podkreślił, że dokument referencji potwierdzający wykonanie przez Wykonawcę dostawy samochodów Toyota Land Cruiser został wystawiony w dniu 4 kwietnia 2017 r., podczas gdy faktury mające dokumentować przebudowę tych samochodów pochodzą z sierpnia 2017 r. Ergo, nawet gdyby błędnie uznać, że modyfikacje zmieniły charakter przedmiotowych pojazdów, to fakt ten nie został potwierdzony przez odbiorcę

zrealizowanej dostawy, bowiem referencje, wystawione przed dokonaniem modyfikacji, z oczywistych względów obejmują swym zakresem wyłącznie dostawę pojazdów przed wprowadzonymi przez Wykonawcę przeróbkami.

W tym stanie rzeczy Wykonawca, zdaniem Odwołującego, nie przedstawił dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie przebudowy pojazdów opisanej w wyjaśnieniach z dnia 20 czerwca 2018 r. Nadto, nie sposób przyjąć, ażeby usługi wykonane po upływie roku od realizacji dostawy wykazywanej w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia zawodowego, mogły zostać potraktowane jako element tej dostawy. W konsekwencji, Zamawiający dokonując oceny, czy zrealizowane przez Wykonawcę dostawy czynią zadość warunkom udziału w postępowaniu, nie powinien uwzględniać prac wykonanych przez Wykonawcę po zrealizowaniu dostawy, jako nieobjętych dostawą z 2016 r.

Dokumenty i oświadczenia złożone przez Wykonawcę oparł się m.in. na informacji udzielonej przez dealera samochodów Toyota Land Cruiser, z której wynika, że samochody te, w wersji dostarczanej na rynek polski posiadają homologację N(1) i odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wskazany, w Rozdziale V ust 1 pkt 3 SIWZ. Uszło uwadze Zamawiającego, że odpowiedź udzielona przez przedstawiciela marki Toyota odnosi się wyłącznie do pojazdów Toyota Land Cruiser serii 150, podczas gdy samochody objęte dostawą potwierdzoną referencjami z dnia 4 kwietnia 2017 r. są pojazdami serii 200. Tym samym, z informacji udzielonej w dniu 6 czerwca 2018 r. przez Toyota Motor Poland Co. Ltd. Sp. z o.o. nie wynika w najmniejszym nawet stopniu, jakoby samochody terenowe Toyota Land Cruiser LC200 posiadały homologację N(1).

Reasumując, w świetle opisanych wyżej okoliczności i argumentów, Zamawiający winien był uznać, że Wykonawca nie wykazał należytego wykonania dostaw objętych warunkiem udziału w postępowaniu określonego w punkcie V ust. 1 ppkt 3) SIWZ, a rezultacie wykluczyć Wykonawcę z postępowania. Zamawiający naruszył w ocenie Odwołującego wskazane w niniejszym Odwołaniu przepisy, co czyni wniesienie odwołania zasadnym i koniecznym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 16 lipca 2018 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości i oświadczył, że pojazd wykazany przez wykonawcę Germaz Dom Samochodowy Sp. z o.o. spełnia wymogi doświadczenia postawione w SIWZ jeszcze przed dokonaniem modyfikacji pojazdu.



Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi:

- a) dokumentacji przetargowej w szczególności SIWZ, oferty Germaz Dom Samochodowy Sp. z o.o. treści wyjaśnień Germaz Dom Samochodowy Sp. z o.o. wraz z załącznikami,
- b) treści zapytania Zamawiającego skierowanego do Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej na okoliczność przedmiotu opinii
- c) dowodu z opinii Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej z dnia 13 lipca 2017 r. na okoliczność spełnienia przez wykonawcę postawionego przez Zamawiającego wymogu doświadczenia.

Wniósł o oddalenie dowodu z opinii Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej, o której mowa w odwołaniu z uwagi na jej nieprzydatność w niniejszej sprawie,

Wniósł o zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania w kwocie 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwrotu poniesionych kosztów przejazdu.,

W uzasadnieniu wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

Zamawiający nie wymagał w ramach postawionego warunku doświadczenia wykazania się dostawą identycznych pojazdów jak zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności dostawą pojazdów spełniających wymogi homologacji N(1).

Warunek doświadczenia został opisany w punkcie V ust. 1 pkt 3 SIWZ (str. 3 SIWZ). Zgodnie z powyższym zapisem zdanie 3 „Zamawiający opisał, że „warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w ciągu (...) należycie wykonał a w przypadku świadczeń okresowych bądź ciągłych nadal wykonuje co najmniej 1 dostawę samochodów małej ładowności ogólnego przeznaczenia (ciężarowo- osobowe). Dowód: str. 3 SIWZ

Zamawiający nie użył w tym punkcie, ani w żadnym innym odnoszącym się do warunku zapisu, że doświadczenie ma dotyczyć pojazdów, które spełniają wymogi homologacji N (1). A zatem twierdzenia Odwołującego się, jakoby taki wymóg został postawiony są bezpodstawne. Zamawiający nie może dokonywać oceny ofert złożonych w postępowaniu kierując się warunkami których nie postawił. A skoro nie postawił wymogu w zakresie doświadczenia odnoszącego się do homologacji N(1), to wykluczając Wykonawcę a następnie odrzucając ofertę Wykonawcy z uwagi na niespełnienie tego wymogu dopuściłby się naruszenia ustawy Pzp. Zamawiający w treści SIWZ nie zdefiniował nigdzie poniższych

pojęć: - mała ładowność, - ogólne przeznaczenie, - ciężarowo- osobowy. Skoro zatem Zamawiający tych pojęć nigdzie nie zdefiniował, nie wynikają one także z aktów prawa powszechnie obowiązującego (z wyłączeniem definicji samochodu ciężarowo - osobowego), to należy dokonywać ich wykładni w sposób ogólnie przyjęty i zrozumiały dla każdego potencjalnego Wykonawcy w tym także nie dokonującego dostaw dla wojska.

Wykonawca Germaz Dom Samochodowy Sp. z o.o. na spełnienie wymogu doświadczenia powołał dostawę pojazdów zrealizowaną na rzecz MLS FZ LI-C P.O. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie dostawy, przedstawił między innymi referencje z dnia 4 kwietnia 2017 r. potwierdzające dostawę pojazdów o małej ładowności i wysokiej mobilności nie wskazujące marki tego pojazdu. Następnie Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie, czy dostawa wykazana w referencjach dotyczyła pojazdów samochodowych o małej ładowności ogólnego przeznaczenia. W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca potwierdził, że dostarczył pojazdy Toyota Land Cruiser i, że są one pojazdami małej ładowności ogólnego przeznaczenia (ciężarowo- osobowe). Wykonawca przedłożył Zamawiającemu faktury zakupowe wraz ze specyfikacją pojazdów, z których wynikało jakie pojazdy były dostarczone do MLS FZ LI-C P.O. i były to pojazdy marki Toyota LC200 (skrót LC to Land Cruiser). Przedłożył także faktury po wykonaniu modyfikacji.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z definicją samochodu osobowego-ciężarowego wynikającą z ustawy prawo o ruchu drogowym, pojazdem osobowo-ciężarowym jest pojazd przeznaczony do przewozu ładunków i osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą. Zamawiający dysponuje opinią z dnia 13 lipca 2018 roku wydaną przez Wojskowy Instytut Techniki Pancerniej i Samochodowej, z której jasno wynika, że pojazd dostarczony przez Przystępującego, do którego odnoszą się referencje to jest Toyota Land Cruiser LC 200 stanowi pojazd ciężarowo-osobowy. Przy czym przedmiotem opinii był pojazd sprzed modyfikacji. A zatem w tym zakresie wymóg postawiony przez Zamawiającego został spełniony. Dowód: Opinia Wojskowego Instytutu Techniki Pancerniej Samochodowej z dnia 13 lipca 2018 r.

Odnosząc się do kwestii przeznaczenia samochodów podał, że wynika ono pośrednio z ustawy Prawo o ruchu drogowym. Pojazdy samochodowe mogą być przeznaczone (stosownie do definicji pojazdu osobowego i pojazdu ciężarowego) do przewozu osób wraz z bagażem bądź do przewozu ładunków i osób. A więc ogólne przeznaczenie oznacza właśnie przewóz zarówno osób przez Zamawiającego został spełniony.

Kwestia ładowności nie była przedmiotem odwołania, a zatem w tym zakresie Zamawiający ograniczy się wyłącznie do stwierdzenia, że referencje przedstawione przez Przystępującego do odwołania potwierdzają, że należycie wykonana dostawa dotyczy pojazdów o małej ładowności. Zamawiający dysponuje także opinią z dnia 13 lipca 2018 r. wydaną przez Wojskowy Instytut Techniki Pancernej i Samochodowej, z której jasno wynika, że pojazd dostarczony przez Przystępującego, do którego odnoszą się referencje stanowi pojazd o małej ładowności.

Zgodnie z treścią art. 6 kc. ten kto z danego faktu wywodzi skutki prawne jest je obowiązany udowodnić. A zatem to na Odwołującym się ciąży obowiązek udowodnienia, że dany Wykonawca nie spełnia wymogów w zakresie doświadczenia. A zatem, że nie zrealizował dostawy pojazdów małej ładowności, ogólnego przeznaczenia (ciężarowo -osobowego). Odwołujący się prawdziwości tego twierdzenia nie wykazał.

W kwestii klasyfikacji pojazdów w pierwszej kolejności stwierdził, że Zamawiający w treści SIWZ nie odnosi się do struktury pojazdów, na którą powołuje się Odwołujący się.

A zatem skoro takiego zapisu w SIWZ nie zawarto, to nawet, gdyby pojazd nie spełniał zawartych w niej wymogów dla pojazdu osobowo — ciężarowego małej ładowności (a tak nie jest co zostanie wykazane poniżej) to i tak owa okoliczność nie mogłaby stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia oferty Wykonawcy. Nie można bowiem wykluczać Wykonawcy i odrzucać jego oferty w oparciu o wymogi, których Zamawiający nie postawił. Zamawiający jednakże wyjaśnia, że struktura, na którą powołuje się Benepol sp. z o.o. została określona jako załącznik C do aktu obowiązującego wyłącznie w wojsku, który nie jest powszechnie dostępny i publikowany o nazwie „Instrukcja Gospodarowania Sprzętem Służby Czołgowo Samochodowej”. Powyższa instrukcja została wprowadzona do MON Rozkazem Szefa Sztabu Generalnego WP nr 1216/Log.lwsp SZ Szefa Sztabu Generalnego WP z dnia 14 listopada 2013 roku. Ten załącznik zawiera między innymi definicję samochodu ciężarowo - osobowego wysokiej mobilności w podziale na podgrupy- przy czym podgrupa 1.1 to samochody osobowo- ciężarowe wysokiej mobilności o ładowności do 1 tony. I w tej grupie jako przedstawiciela wymieniono między innymi Toyotę Land Cruiser. Co więcej właśnie do tej grupy w opinii z dnia 13 lipca 2018 roku została zaliczona dostawa pojazdu dokonanego przez Przystępującego. Przy czym podkreślam, że przedmiotem opinii był pojazd sprzed modyfikacji.

Dowód: Opinia Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej z dnia 13 lipca 2018 r. Z przedstawionej w opinii tabeli jednoznacznie wynika, że wszystkie pojazdy mieszczące się w ramach grupy 1 są pojazdami o małej ładowności. Z kolei na stronie 4

opinii wyraźnie określono, że pojazdy grupy 1.1 są przeznaczone do transportu ludzi oraz ładunków. Co więcej, ta opinia jednoznacznie potwierdza, że dostarczony pojazd spełnia kryteria samochodu wymagane w warunku doświadczenie.

Odnosnie pozostałych zarzutów podał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Wykonawca podlega wykluczeniu, jeśli nie wykaże spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie zaś kiedy Zamawiający ma wątpliwości co do spełnienia wymogów. W takim przypadku obowiązkiem Zamawiającego jest podejmowanie wszelkich dopuszczalnych prawem działań mających na celu zweryfikowanie czy Wykonawca spełnił postawiony warunek. I tak właśnie Zamawiający postąpił w tym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego powyższa kwestia nie ma większego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, jednakże dysponuje także dowodami potwierdzającymi należyście wykonaną dostawę wraz z modyfikacją.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Germaz Dom Samochodowy Sp. z o.o. wnosząc także o oddalenie odwołania.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem kluczowy zarzut dotyczący nie spełnienia wymagań z punktu V ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez wykonawcę Dom Samochodowy GERMAZ sp. z o.o. (str. 3 SIWZ) nie jest zasadny.

Zgodnie z postanowieniem opisanym we wskazanym punkcie V ust. 1 pkt 3 SIWZ zdanie 3 - Zamawiający podał, że „warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w ciągu (...) należyście wykonał a w przypadku świadczeń okresowych bądź ciągłych nadal wykonuje co najmniej 1 dostawę samochodów małej ładowności ogólnego przeznaczenia (ciężarowo-osobowe). Zamawiający nie wymagał zatem w specyfikacji w tym punkcie (także w żadnym innym) odnoszącym się do tego warunku wykazania się dostawą referencyjną identycznych pojazdów jak zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności dostawą pojazdów spełniających wymogi homologacji N(1).

Zamawiający ponadto nie zdefiniował w SIWZ takich pojęć, jak: mała ładowność, ogólne przeznaczenie, oraz samochód ciężarowo - osobowy. Tym samym należy zgodzić się z Zamawiającym, że pojęcie samochodu ciężarowo – osobowego należy definiować w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązującego, w tym przypadku w oparciu o przepisy ustawy Prawo o ruchu drogowym, dokonując wykładni w sposób ogólnie przyjęty i

zrozumiały dla każdego potencjalnego wykonawcy, w tym także nie dokonującego dotychczas analogicznych dostaw dla wojska. Taki dokument jak „Instrukcja Gospodarowania Sprzętem Służby Czołgowo Samochodowej” czy też dokument „Struktura Transportu Samochodowego Sił Zbrojnych RP” nie był w specyfikacji wskazany i dlatego nie mógł w tej sprawie mieć kluczowego odniesienia dla definiowania spornego pojęcia.

Wykonawca Germaz Dom Samochodowy Sp. z o.o. potwierdził spełnienie wymogu doświadczenia powołując się na referencyjną dostawę pojazdów zrealizowaną na rzecz MLS FZ LLC P.O. Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie potwierdził, że dostarczył pojazdy Toyota Land Cruiser, które są pojazdami małej ładowności ogólnego przeznaczenia (ciężarowo - osobowe). Zgodnie z definicją samochodu osobowego -ciężarowego wynikającą z ustawy Prawo o ruchu drogowym, pojazdem osobowo - ciężarowym jest pojazd przeznaczony do przewozu ładunków i osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą. Powyższe potwierdza opinia Wojskowego Instytutu Techniki Pancерnej i Samochodowej z dnia 13 lipca 2018 r. w której podano, że pojazd dostarczony przez Przystępującego Germaz, przed jego modyfikacją, do którego odnoszą się referencje - Toyota Land Cruiser LC 200 - stanowi pojazd ciężarowo-osobowy. Kwestia przeznaczenia samochodów również regulowana jest pośrednio przepisami ustawy Prawo o ruchu drogowym. Pojazdy samochodowe mogą być przeznaczone (stosownie do definicji pojazdu osobowego i pojazdu ciężarowego) do przewozu osób wraz z bagażem bądź do przewozu ładunków i osób. A więc ogólne przeznaczenie oznacza właśnie przewóz zarówno osób jak i ładunków. A zatem w tym zakresie postawiony wymóg również został spełniony. Kwestia ładowności nie była przedmiotem odwołania, jednakże jak słusznie zauważył Zamawiający opinia z dnia 13 lipca 2018 r. wydana przez Wojskowy Instytut Techniki Pancерnej i Samochodowej, również potwierdza, że pojazd dostarczony przez Przystępującego, do którego odnoszą się referencje stanowi pojazd o małej ładowności.

Powyższe ustalenia nie potwierdzają zatem podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust 1b pkt 3 Pzp, albowiem Zamawiający – mając na uwadze postanowienia specyfikacji – prawidłowo uznał, że przedłożone przez wykonawcę Germaz dokumenty potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych z pkt V ust. 1 pkt 3 SIWZ. Tym samym także nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust.4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 (w myśl którego podlega wykluczeniu wykonawca, jeśli nie wykaże spełniania warunku udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu lub zostaje za taką uznana) z uwagi na ustalenia w zakresie tego stanu faktycznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o przyznanie kosztów zastępstwa prawnego, albowiem ustawa Pzp tylko w przypadku sprzeciwu pozwala na zasądzenie na rzecz zgłaszającego przystąpienie takich kosztów o ile jest to uzasadnione wynikiem sprawy. Na marginesie Izba zauważa, że także w takich przypadkach koszty – w myśl powołanego rozporządzenia – mogą być orzeczone na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunkach, a nie na podstawie zgłaszanego przez zainteresowanego wniosku.

.....