

WYROK
z dnia 21 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2011 r. przez wykonawcę **AUTO-HIT Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Oświęcimska 32** w postępowaniu prowadzonym przez **21 Rejonowe Warsztaty Techniczne, 35-901 Rzeszów, ul. Krakowska 11B,**

przy udziale wykonawcy **Benepol Sp. z o.o., 10-410 Olsztyn, ul. Lubelska 43A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
2. **kosztami postępowania obciąża 21 Rejonowe Warsztaty Techniczne, 35-901 Rzeszów, ul. Krakowska 11B i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AUTO-HIT Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Oświęcimska 32, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od 21 Rejonowe Warsztaty Techniczne, 35-901 Rzeszów, ul. Krakowska 11B na rzecz wykonawcy AUTO-HIT SP. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Oświęcimska 32 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 21 Rejonowe Warsztaty Techniczne, ul. Krakowska 11b, 35-901 Rzeszów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności (ciężarowo-osobowe do 3,5 t)”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 sierpnia 2011 r. pod nr 2011/S 150-249623.

W dniu 6 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AUTO-HIT Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 32, 43-100 Tychy (dalej „Odwołujący”) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Benepol Sp. z o.o., ul. Lubelska 43A, 10-410 Olsztyn (dalej „Benepol Sp. z o.o.”) ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), tj. Załącznika Nr 8 do SIWZ - WET -rozd. IX pkt 3, tj. elementu wyposażenia pojazdu - fotela kierowcy nie spełniającego wymagań określonych w SIWZ;
- 2) art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1.1 pkt 3) oraz pkt 10) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Nr 226, poz. 1817) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez zaniechanie wezwania Benepol Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie: (i) przedłożenia wykazu wykonanych w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę 5.000.000 złotych brutto w jednym roku kalendarzowym, chociaż przedłożone zestawienie dostaw nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego wymogów, a to: podania przedmiotu dostaw - zgodnego z przedmiotem zamówienia, (ii) przedłożenia

opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 złotych, chociaż przedłożona polisa nie spełnia powyższego warunku z uwagi na jej grupowy charakter;

- 3) dokonanie wyboru oferty Benepol Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty Benepol Sp. z o.o. ze względu na jej niezgodność z SIWZ,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, iż jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie wybrałby jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, lecz wybrałby ofertę Odwołującego jako wykonawcy, który złożył prawidłową ofertę (jako jedyny wykonawca). Zatem gdyby Zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Oferta Odwołującego uzyskała 96,2 pkt. Odwołujący wskazywał, iż wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 27 września 2011 r., tj. w dniu przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego za pośrednictwem faksu. Jednocześnie pismo powyższe zostało anulowane pismem Zamawiającego z dnia 29 września 2011 r. z uwagi na błędne wskazanie siedziby wykonawcy wybranego. W piśmie tym ponownie poinformowano o wyborze najkorzystniejszej oferty. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany, niezależnie od dnia, za który można uznać, iż Odwołujący powziął wiadomość o wyborze oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, że Zamawiający naruszył ustawę Pzp i przedstawiał następującą argumentację.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Benepol Sp. z o.o. ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ tj. Załącznik nr 8 Karta informacyjna oraz Wymagania Eksploatacyjno- techniczne (WET) na samochody ogólnego

przeznaczenia małej ładowności (samochód ciężarowo-osobowy do 3,5 tony) Załącznik Nr 8 do SIWZ- WET - rozdz. IX pkt 3 - Fotel kierowcy musi posiadać regulację położenia względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach, Odwołujący zarzucił, iż wybrany Wykonawca nie spełnia powyższego warunku. Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ (rozdz. IX pkt 3 WET), co należy rozumieć pod pojęciem „trzy płaszczyzny”. Jednak, zdaniem Odwołującego, z całą pewnością owe trzy płaszczyzny odniósł do „fotela kierowcy” i jego położenia względem kolumny kierownicy. Powyższe oznacza, iż wymagania Zamawiającego zgodnie z SIWZ spełnia fotel przesuwający się (zawsze jako fotel, a nie oparcie fotela): przód/tył, do góry/na dół, pod kątem (ale jako cały fotel, a nie oparcie fotela). Benepol Sp. z o.o. w swojej ofercie potwierdził zaoferowanie określonych tam parametrów. Benepol Sp. z o.o. załączył do oferty materiały informacyjne, w tym Specyfikację Techniczną. Zamawiający pismem z dnia 22 września 2011 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Benepol Sp. z o. o., w którym prosił o odpowiedź na pytanie: „Czy fotel kierowcy oferowanego pojazdu spełnia wymagania rozdziału IX pkt 3 zał. Nr 1 do SIWZ (WET): *„Fotel kierowcy musi posiadać regulację położenia względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach.”* Benepol Sp. z o.o. w dniu 26 września 2011r. (po otwarciu ofert) udzielił następującej odpowiedzi: *„Tak spełnia wymagania rozdziału IX pkt 3 zał. nr 1 do SIWZ (WET) Fotel kierowcy posiada regulację wzdłużną, wysokości oraz kąta nachylenia.”* Wątpliwość Zamawiającego wynikała ze Specyfikacji Technicznej złożonej przez Wykonawcę dla pojazdu Volkswagen Crafter 35 Frugon MIXT. W punkcie „wyposażenie funkcjonalne” znajduje się informacja: *„Fotel kierowcy z pełną regulacją (regulacja wzdłużna i regulacja wysokości).”* Informacja ta świadczy, iż zaoferowane wyposażenie nie spełnia warunków SIWZ (WET) w zakresie określonym przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Benepol Sp. z o.o. złożył oświadczenie niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż prawdziwe są dane techniczne zawarte w Specyfikacji Technicznej załączonej pierwotnie do oferty. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał różnicy w ofercie i oświadczeniu i nie udowodnił prawdziwości swego oświadczenia. Wymagana cecha nie została potwierdzona przez Specyfikację Techniczną ani np. informację producenta. Odwołujący przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2011 r. KIO/UZP 1013/11 (LexPolonica nr 2550922), gdzie postawiono tezę, iż: *„Wykonawca wyjaśniając treść oferty w wyniku wezwania Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych musi zamknąć się w ramach uprzednio złożonych oświadczeń, zaś podawane w ramach wyjaśnień informacje nie mogą skutkować zmianą złożonej uprzednio oferty”*. Odwołujący podnosił, iż przedmiot oferty Benepol Sp. z o.o. nie spełnia opisywanego warunku, gdyż Volkswagen Crafter nie jest wyposażony w fotel kierowcy, który posiada regulację względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach. Nie posiada regulacji kąta nachylenia. Co najwyżej, ma regulację kąta

nachylenie oparcia fotela, a tu już zupełnie inna cecha. Jednocześnie potwierdzał, że funkcjonalności te zostały zaoferowane przez Odwołującego, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, zwłaszcza w załączniku nr 8 (WET).

W odniesieniu zaniechania wezwania wykonawcy Benepol sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedłożenia wykazu wykonanych w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę 5.000.000 złotych brutto w jednym roku kalendarzowym oraz potwierdzających te okoliczności referencji, co narusza art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1.1. pkt 3) rozporządzenia w sprawie dokumentów, Zamawiający w SIWZ w rozdziale II pkt 7 i 7.1. wymagał, aby: *„W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust. 1 Ustawy Zamawiający żąda następujących dokumentów: Wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę minimum 5 000 000,00 PLN brutto (słownie złotych: pięć milionów), w jednym roku kalendarzowym. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych Wykonawca może przedłożyć wykaz wykonywanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku, Wykonawca przedłoży zestawienia dostaw - które łącznie w jednym roku kalendarzowym objęły wskazaną wyżej kwotę 5 000 000,00 PLN brutto - wykonanych lub wykonywanych w ostatnich 3 latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, odpowiadających wymogom sformułowanym powyżej z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”*. Benepol Sp. z o.o. w Załączniku Nr 6 do oferty przedstawił wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat. W powyższym wykazie wykazano: odbiorcę, wartość, datę wykonania. Nie podano jednak danych dotyczących przedmiotu wykonanej dostawy w sposób umożliwiający identyfikację powyższych dostaw, jako zgodnych z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ: dostawę samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności (ciężarowo-osobowe do 3,5T), CPV: 34115200-8 pojazdy silnikowe do transportu mniej niż 10 osób. Odwołujący wskazywał, iż podanie w wykazie (Załącznik nr 6) informacje dotyczące przedmiotu jako: „dostawa samochodów marki Volkswagen Crafter " nie spełnia wymogów SIWZ i tym samym nie potwierdza spełnienia przez Benepol Sp. z o.o. warunków określonych w rozdziale II. 7.1 SIWZ. Skoro Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób szczegółowy jako: dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności (ciężarowo- osobowe do 3,5T), to Wykonawca powinien wykazać, iż dostarczył w określonym czasie właśnie takie

samochody. Odwołujący wskazał, iż pod pojęciem: samochód marki Volkswagen Crafter nie musi mieścić się samochód objęty przedmiotem zamówienia i taki samochód z pewnością nie mieści się w wykazie. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 42) ustawy Prawo o ruchu drogowym z dnia 20 czerwca 1997 r. „samochód ciężarowy to pojazd samochodowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków; określenie to obejmuje również samochód ciężarowo-osobowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków i osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą.” Skoro więc Zamawiający sprecyzował, iż samochód ma mieć charakter ciężarowo-osobowy, to z góry określił, iż samochód ma mieć nie więcej niż 9 miejsc, a nie mniej niż 4. Wpisuje się to również w określony przez Zamawiającego kod CPV: 34115200-8 pojazdy silnikowe do transportu mniej niż 10 osób. Odwołujący podnosił, iż zgodnie z informacjami podawanymi przez koncern oraz dealerów, Volkswagen Crafter to: rodzina dużych samochodów dostawczych oraz lekkich ciężarówek o dopuszczalnej masie całkowitej do 5 ton, produkowanych przez koncern Daimler AG w fabrykach w Dusseldorfie (van, furgon) i Ludwigsfelde (skrzyniowy, podwozie do zabudowy) dla Volkswagena od 2006 roku (prototypy i pierwsze serie przedprodukcyjne powstały w 2005 roku; sprzedaż na rynku niemieckim trwa od kwietnia 2006 r.) Jest to największy samochód dostawczy koncernu, będący następcą modelu Volkswagen LT. Dostępny jest w ponad 200 wersjach; oto najpopularniejsze:

- ' • Furgon
- Kombi
- Skrzyniowy z pojedynczą lub podwójną kabiną
- Podwozie (do zabudów).

Na dowód załączył informację ze strony internetowej dot. samochodów Volkswagen Crafter (Wikipedia). W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, z przedłożonego przez Benepol Sp. z o.o. wykazu nie wynika, czy Wykonawca spełnia warunek określony w Rozdziale II pkt 7.1. SIWZ w zakresie najistotniejszym: dostawy zgodne z przedmiotem zamówienia. Skoro tak, to Zamawiający zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp powinien wezwać Wykonawcę do złożenia poprawnych dokumentów, w tym wypadku prawidłowego wykazu zgodnie z treścią rozdziału II pkt 7.1 SIWZ. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W tym wypadku poprzez złożenie wykazu, z którego wynikałoby, iż Wykonawca spełnił warunek dostaw samochodów ciężarowo-osobowych do 3,5T stanowiących przedmiot zamówienia. Nadto Odwołujący podnosił, iż wykazanie powyższego

warunku nie wynika także z przedłożonych przez Wykonawcę referencji z firm: INTERHANDLER i BUS-PRESTIGE. W tym zakresie również Zamawiający naruszył art. 26 ust 3 ustawy Pzp, gdyż powinien wezwać Benepol Sp. z o.o. do złożenia prawidłowych referencji, które wykażą dostawy w zakresie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego wątpliwości powyższe potwierdza fakt, iż firma Bus Prestige jest wykonawcą specjalistycznych zabudów autobusowych i dealerem marki Volkswagen, co sugeruje, że samochody marki Volkswagen Crafter dostarczane przez Benepol Sp. z o.o., a które przywołane są w referencjach mogły być samochodami nie spełniającymi wymogów określonych w SIWZ przez Zamawiającego (dowód: dwie kopie stron internetowych firmy Bus Prestige).

W odniesieniu zaniechania wezwania wykonawcy Benepol Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedłożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 złotych, co narusza art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz §1.1. pkt 10) rozporządzenia w sprawie dokumentów, Zamawiający w SIWZ w rozdziale II pkt 7 i 7.2 pkt a) wymagał, aby: *„W celu potwierdzenia warunku znajdowania się przez Wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, Zamawiający żąda następujących dokumentów:*

a) opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia do kwoty minimum 1 000 000,00 zł (słownie złotych: jeden milion 00/100).”

Wykonawca Benepol Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu Polisę Seria OC-C numer 007593, z której wynika, iż firmą ubezpieczającą jest: DBK sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, zaś ubezpieczonych jest 14 podmiotów. Wśród nich widnieje również Benepol sp. z o.o. Suma gwarancyjna dla wszystkich spółek wchodzących w skład grupy DBK wynosi: 2.000.000 zł -odpowiedzialność deliktowa, kontraktowa na wszystkie zdarzenia, 1.000.000 zł -odpowiedzialność deliktowa, kontraktowa na jedno zdarzenie, 500.000 złotych - O.C na produkt na jedno i wszystkie zdarzenia. Zdaniem Odwołującego, przedstawiona polisa nie spełnia wymagań określonych w Rozdziale II pkt 7.2 a) SIWZ. Obejmuje ona grupę ubezpieczonych, jak każda polisa grupowa, zgodnie z ustawą z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. 2010 r. Nr 11 poz. 66, z późn. zm.) (dalej „ustawa o działalności ubezpieczeniowej”). Powyższe oznacza, iż każdy z ubezpieczonych jest wprawdzie ubezpieczony do określonej w polisie wysokości, jednak w przypadku gdyby np. doszło do likwidacji szkody np. 3 ubezpieczonych z grupy, a każda szkoda wynosiłaby np.

1.200.000 złotych, to następny ubezpieczony (np. Benepol Sp. o.o.), nie uzyskałby ochrony ubezpieczeniowej na skutek wyczerpania górnej sumy ubezpieczenia na wszystkie zdarzenia. Takiego rodzaju ubezpieczenia Zamawiający nie przewidywał. Wymagał wprost ochrony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 złotych w zakresie OC - bez żadnych warunków i ograniczeń. Skoro tak, to Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp powinien wezwać Wykonawcę do złożenia poprawnych dokumentów, w tym wypadku prawidłowej polisy, zgodnie z treścią rozdziału II pkt 7.2 pkt a) SIWZ. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostaw, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Odwołujący podnosił, iż regulacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis określa podstawę i warunki uzupełniania oświadczeń i dokumentów, odnosi się zarówno do oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i oświadczeń i dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje bezwzględny obowiązek Zamawiającego wezwania Wykonawcy, by uzupełnił oświadczenia i dokumenty. Decyzja o wezwaniu w żadnym wypadku nie jest uznaniowa i nie zależy od woli Zamawiającego. Zaniechanie wezwania, w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i skutkuje możliwością wniesienia przez wykonawcę skutecznego protestu. Z tych też powodów Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 26 ust 3 ustawy Pzp, kierując się m.in. tezą zawartą w wyroku KIO z 11 grudnia 2007 r. sygn. akt KIO/UZP 1399/07, gdzie Izba stwierdziła, że: *„Jeśli bowiem odwołujący stanąłby na stanowisku, że podstawionych przez wykonawcę dokumentów lub oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunku nie wynika, że wykonawca spełnia warunki, to powinien był w pierwszej kolejności składać środek ochrony prawnej na zaniechanie przez Zamawiającego czynności żądania uzupełnienia dokumentów.”*

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca Benepol Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie realizacji wymaganych przez Zamawiającego dostaw, a nadto nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył powyższego wykazu, zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz nie wykazał posiadania

właściwego ubezpieczenia OC. Uzasadnienie powyższego zarzutu zawiera się w sformułowanym zarzucie naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności w skutek wyboru wykonawcy, którego oferta nie odpowiada SIWZ. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy dokonania wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania oceny wybranej oferty oraz wyjaśnień uzyskanych od wybranego wykonawcy w sposób przewidziany w SIWZ.

W wyniku opisanych powyżej naruszeń Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Benepol sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Kopia odwołania została przekazana w dniu 6 października 2011 r.

W dniu 7 października 2011 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 10 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawcy Benepol Sp. o.o. Wykonawca wskazywał, iż interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego (oddalenia odwołania) wynika z faktu, że mocą zaskarżonej czynności Zamawiający dokonał wyboru oferty Benepol Sp. z o.o. W ocenie Benepol Sp. o.o. Zamawiający, dokonując wyboru jego oferty, nie naruszył w żadnym stopniu przepisów prawa, których obrazę zarzuca Odwołujący, a które miałyby skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty i odrzuceniem oferty Benepol Sp. z o.o. W konsekwencji, zdaniem zgłaszającego przystąpienie, przyjąć należy, iż Benepol Sp. z o.o. ma interes w oddaleniu odwołania skutkiem czego będzie zawarcie przez Zamawiającego z Benepol Sp. z o.o. jako wykonawcą, którego ofertę wybrano – umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kopie zgłoszenia przystąpienia zostały przekazane Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 11 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faksem pismo Zamawiającego, który wskazywał, iż w odpowiedzi na odwołanie informuje, że nie zgadza się z zarzutami odwołania. Zamawiający podnosił, iż wyjaśnienia złożone przez Benepol Sp. z o.o. na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotu zamówienia są zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego odnośnie spełnienia wymagań eksploatacyjno-technicznych oferowanego pojazdu.

W dniu 14 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo wykonawcy Benepol Sp. o.o. – „Odpowiedź uczestnika postępowania na odwołanie”. W

piśmie tym Wykonawca Benepol sp. o.o. przedstawił stanowisko w sprawie odwołania, wskazując, iż zaskarżona czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest zgodna z prawem, zaś podniesione w odwołaniu zarzuty oraz argumenty na ich poparcie nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Benepol sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ, tj. rozdz. IX pkt 3 Załącznika nr 8 Karta Informacyjna oraz Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (WET) na samochody ogólnego przeznaczenia małej ładowności, stwierdzał, iż jest on w całości pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych. Oferta Benepol Sp. z o.o. w zakresie wymagań eksploatacyjno-technicznych wyposażenia w postaci fotela kierowcy, wbrew stanowisku Odwołującego, spełnia określony w powyższym załączniku wymóg, aby fotel posiadał regulację położenia względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach. Z załączonej do oferty Benepol Sp. z o.o. Specyfikacji Technicznej dla pojazdu Volkswagen Crafter 35 Furgon MIXT wynika - po udzieleniu dodatkowych wyjaśnień Zamawiającemu - że oferowany przez Benepol Sp. z o.o. pojazd posiada fotel kierowcy z regulacją wzdłużną, wysokości oraz kąta nachylenia. Nie budzi zatem wątpliwości, iż jest to fotel posiadający regulację położenia względem kierownicy w minimum trzech płaszczyznach. Potwierdza to również oświadczenie oficjalnego importera pojazdów marki Volkswagen, Kulczyk Tradex Sp. z o.o., z którego jednoznacznie wynika, że fotel kierowcy w przedmiotowym modelu samochodu posiada regulację w trzech płaszczyznach w stosunku do koła kierownicy, co pozwala na indywidualne ustawienie siedzenia oraz zajęcie jak najbardziej bezpiecznej, ergonomicznej i wygodnej pozycji za kierownicą (dowód: pismo Kulczyk Tradex Sp. z o.o. z dnia 7 października 2011 r.) Podkreślał, że złożone przez Benepol Sp. z o.o. wyjaśnienia nie skutkują zmianą uprzednio złożonej oferty, która przewidywała fotel kierowcy z pełną regulacją. Określenia użyte w nawiasie (regulacja wzdłużna i wysokości) miały jedynie charakter posilkowy, przy czym brak wzmianki o regulacji kąta nachylenia wynikał z faktu, że opcja ta występuje w każdym modelu tego rodzaju pojazdów. Sformułowanie: „pełna regulacja” obejmuje również regulację kąta nachylenia, tym niemniej Wykonawca Benepol Sp. z o.o. udzielił Zamawiającemu w celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości wyjaśnienia, że regulacja fotela kierowcy w przedmiotowym samochodzie obejmuje również regulację kąta nachylenia. Przy czym stwierdzić trzeba, iż regulacja kąta nachylenia ze swej istoty ogranicza się do oparcia fotela. Nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że intencją Zamawiającego był wymóg istnienia możliwości regulacji kąta nachylenia również w zakresie siedzenia fotela kierowcy, w sytuacji gdy fotel posiada w tym zakresie regulację wzdłużną i regulację wysokości. Regulacja kąta nachylenia fotela jest ściśle związana wyłącznie z oparciem fotela. Możliwość regulacji kąta nachylenia siedzenia fotela nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia z punktu widzenia ergonomiki i bezpieczeństwa jazdy. Brak

takiej regulacji, przy jednoczesnej możliwości regulowania kąta nachylenia oparcia fotela, nie zmniejsza w żadnym stopniu wartości użytkowej pojazdu.

Wykonawca Benepol Sp. o.o. wskazywał ponadto, iż zupełnie chybiony jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo Pzp oraz § 1.1 pkt 3 i 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zdaniem Benepol sp. z o.o. Odwołujący zdaje się błędnie interpretować treść powyższych przepisów, zaś przedłożone przez Benepol Sp. z o.o. dokumenty spełniają przewidziane w nich wymogi. Wynikający z powołanego wyżej rozporządzenia oraz rozdziału II lit. a) pkt 7.1 SIWZ obowiązek przedłożenia wykazu wykonanych w okresie 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę 5.000.000,00 zł brutto nie może być utożsamiany z obowiązkiem udokumentowania realizacji dostaw pojazdów zgodnych z niniejszym zamówieniem. Chodzi w tym wypadku o zgodność dostaw z przedmiotem zamówienia, w ramach którego dostawy te były realizowane, a nie zgodność tych dostaw z przedmiotem niniejszego zamówienia. Nieracjonalne byłoby żądanie przez Zamawiającego od wykonawców udokumentowania realizacji dostaw innym podmiotom pojazdów o dokładnie takich samych parametrach technicznych jak w zamówieniu, którego dotyczy toczące się postępowanie. Podkreślić należy, że powyższy obowiązek przewidziany przez Zamawiającego w SIWZ jest uszczegółowieniem wynikającego z wyżej powołanego rozporządzenia obowiązku przedłożenia przez wykonawcę wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Z treści powyższego przepisu wynika, że celem tego wymogu jest wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. W żadnym zaś stopniu nie służy ten obowiązek wykazaniu, że wykonawca wykonywał w przewidzianym prawem okresie dostawy pojazdów o parametrach technicznych oraz w wersji jak w przedmiotowym zamówieniu. Zaproponowana przez Odwołującego wykładnia prowadzi *ad absurdum*.

Powyższe odnosi się również do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Mianowicie, cytowany przepis statuuje obowiązek dołączenia do oferty opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności

cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Działalnością związaną z przedmiotem zamówienia jest działalność gospodarcza wykonawcy prowadzona zgodnie z klasyfikacją PKD w branży, która swoim zakresem obejmuje realizację przedmiotu niniejszego zamówienia. Benepol Sp. z o.o. prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie handlu hurtowego i detalicznego pojazdami samochodowymi oraz napraw pojazdów samochodowych (vide: odpis z KRS), w którym mieści się bez wątpienia dostawa pojazdów będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Tym samym, przyjęć należy, iż Benepol Sp. z o.o. posiada umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, która obejmuje również - jak wyżej wskazano - działalność związaną z przedmiotem zamówienia. Skoro zarówno w ustawie Pzp, jak i w SIWZ nie przewidziano obowiązku posiadania odrębnej polisy obejmującej wyłącznie odpowiedzialność z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, nie można żądać od wykonawcy przedstawienia takiego dokumentu. Bez znaczenia pozostaje fakt, że przedmiotowa polisa jest polisą zbiorową. Skutki wystąpienia hipotetycznej sytuacji, że w ramach sumy gwarancyjnej (2.000.000,00 zł) zostanie wypłacone odszkodowanie innemu ubezpieczonemu niż Benepol Sp. z o.o., będą takie same jak w przypadku polisy indywidualnej. Posiadając polisę indywidualną, w razie zgłoszenia szkody z innych obszarów działalności ubezpieczonego i kolejna szkoda w sytuacji niedokonania przez ubezpieczającego dodatkowego ubezpieczenia, nie zostanie pokryta - w tym także ta, która może powstać w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, wobec braku zastrzeżenia w rozporządzeniu w sprawie dokumentów i SIWZ, że wykonawca ma obowiązek posiadać odrębną polisę obejmującą wyłącznie odpowiedzialność z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, przyjęć należy, iż polisa grupowa spełnia przewidzianą prawem funkcję w tym samym stopniu, co polisa indywidualna. Podkreślał, że Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli ich wykazania nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (por. teza 4 artykuł w Monitorze Zamówień Publicznych 2010/3/4 „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówień Publicznych”).

Ustosunkowując się do zarzutu, iż z przedłożonych przez Benepol Sp. z o.o. referencji P.H.U. Bus-Prestige s.c. nie wynika, że dostarczone temu przedsiębiorstwu przez Benepol Sp. z o.o. pojazdy były zgodne z przedmiotem zamówienia, jeszcze raz należy przypomnieć, że chodzi w tym wypadku o zgodność dostaw z przedmiotem zamówienia, w ramach którego dostawy te były realizowane, a nie zgodność tych dostaw z przedmiotem niniejszego zamówienia. Tym niemniej, jak wynika z informacji udzielonej przez oficjalnego importera pojazdów marki Volkswagen, wyżej wymieniony nie jest autoryzowanym dealerem marki Volkswagen (dowód: pismo Kulczyk Tradex Sp. z o.o. z dnia 7 października 2011 r.)

W świetle wyżej podniesionych argumentów, zdaniem Wykonawcy Benepol Sp. z o.o., odwołanie jest bezzasadne i jako takie winno zostać oddalone.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SIWZ w Załączniku nr 8 Karta informacyjna oraz Wymagania Eksploatacyjno- techniczne (WET) na samochody ogólnego przeznaczenia małej ładowności (samochód ciężarowo-osobowy do 3,5 tony) w rozdziale IX „Wymagania dotyczące przedziału kierowcy i pasażerów” pkt 3 przewidywał wymóg: „Fotel kierowcy musi posiadać regulację położenia względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach”. Zamawiający nie zdefiniował powyższego wymogu, w tym pojęcia wymaganych „minimum trzech płaszczyzn”, nie było to również przedmiotem zapytań do SIWZ.

Z kolei w rozdziale I „Warunki wymagane od Wykonawców” w pkt 1.1. ppkt 1.1.2. i 1.1.4. stwierdzał, iż zgodnie z art. 22 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia (ppkt 1.1.2.) i sytuacji ekonomicznej i finansowej (ppkt 1.1.4.). W pkt 1.2. „Sposób dokonania oceny spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający przewidywał, iż uzna, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy złoży prawidłowo dokumenty wymienione w rozdziale II SIWZ. Złożenie przez Wykonawców w ofercie dokumentów i oświadczeń wymienionych w rozdziale II SIWZ będzie stanowiło podstawę do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. W rozdziale II „Dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia” w pkt 7 wymagał, aby: *„W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust. 1 Ustawy Zamawiający żąda następujących dokumentów:*

7.1. Wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę minimum 5 000 000,00 PLN brutto (słownie złotych: pięć milionów), w jednym roku kalendarzowym. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych Wykonawca może przedłożyć wykaz wykonywanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W celu potwierdzenia

spełniania powyższego warunku, Wykonawca przedłoży zestawienia dostaw - które łącznie w jednym roku kalendarzowym objęły wskazaną wyżej kwotę 5 000 000,00 PLN brutto - wykonanych lub wykonywanych w ostatnich 3 latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających wymogom sformułowanym powyżej z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Zamawiający w SIWZ w rozdziale II pkt 7 ppkt 7.2 lit. a) wymagał: „W celu potwierdzenia warunku znajdowania się przez Wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

a) opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1 000 000,00 zł (słownie złotych: jeden milion 00/100).”

Z oferty Benepol Sp. z o.o. wynikało, iż zaoferował samochód Volkswagen Crafter 35 Furgon MIXT. W Specyfikacji Technicznej zaoferowanego pojazdu wskazano, iż posiada on: „Fotel kierowcy z pełną regulacją (regulacja wzdłużna i regulacja wysokości)” (str. 21 oferty). W wykazie dostaw (str. 12) wskazał 2 dostawy: na rzecz INTERHANDLER i BUS-PRESTIGE, o wartości odpowiednio 3 659 296,68 zł i 5 394 780 zł wykonane w lipcu 2011 r., a dotyczące samochodów Volkswagen Crafter. Załączył referencje pochodzące od obu odbiorców (str. 13 i 14 oferty). Załączył także polisę Seria OC-C numer 007593, gdzie jako Ubezpieczający widniała spółka: DBK Sp. o.o., zaś Ubezpieczonymi było 14 podmiotów, w tym Benepol Sp. z o.o. (pozycja 4). W polisie wskazano: „Główna działalność, pozostałe zgodnie z KRS” w odniesieniu do Benepol Sp. z o.o. – sprzedaż pojazdów, serwis pojazdów. Sumy gwarancyjne określono m.in. na: OC delikt i OC kontrakt - 2 000 000 zł na wszystkie zdarzenia, 1 000 000 zł na jedno zdarzenie, OC produkt z uwzględnieniem szkód spowodowanych przez produkt przeznaczony do używania lub zamontowania w pojazdach mechanicznych – tylko za szkody spowodowane przez ten produkt – 500 000 zł na jedno i wszystkie zdarzenia (str. 56-59 oferty). Załączono także certyfikat nr 01 z dnia 16 września 2011 r. potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zgodnie z polisą OC-C 007593 z dnia 14 sierpnia 2011 r., gdzie wskazano jako ubezpieczonego Benepol Sp. z o.o. oraz zawarto sformułowanie: „Suma gwarancyjna dla wszystkich spółek wchodzących w skład Grupy DBK: 2.000.000,00 zł odpowiedzialność cywilna deliktowa, kontraktowa na wszystkie zdarzenia, 1.000.000,00 zł odpowiedzialność cywilna deliktowa, kontraktowa na jedno zdarzenie, 500.000,00 zł OC produkt na jedno i wszystkie zdarzenia” (str. 60 oferty). W dniu 22 września 2011 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy

Pzp zwrócił się do Benepol Sp. z o. o. o wyjaśnienie treści oferty, w którym w pkt 1 prosił o odpowiedź na pytanie: „Czy fotel kierowcy oferowanego pojazdu spełnia wymagania rozdziału IX pkt 3 zał. Nr 1 do SIWZ (WET): „Fotel kierowcy musi posiadać regulację położenia względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach.” Benepol sp. z o.o. w dniu 26 września 2011r. udzielił następującej odpowiedzi: „Tak spełnia wymagania rozdziału IX pkt 3 zał. nr 1 do SIWZ (WET) Fotel kierowcy posiada regulację wzdłużną, wysokości oraz kąta nachylenia.” Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienie za wystarczające i dokonał wyboru oferty Wykonawcy Benepol Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę, która została uznana za ważną i sklasyfikowana na drugiej pozycji. Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Benepol Sp. z o.o. z uwagi na spełnienie przez tegoż Wykonawcę przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, pismo Zamawiającego z dnia 22 września 2011 r. dotyczące wyjaśnień treści oferty, odpowiedź Wykonawcy Benepol Sp. o.o. z dnia 26 września 2011 r., ofertę Benepol Sp. o.o., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazane 27 i 29 września 2011 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Benepol Sp. o.o., pismo Benepol Sp. z o.o. wniesione 14 października 2011 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania przedłożone na piśmie i ustnie do protokołu, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1

oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Benepol Sp. z o.o. ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. Załącznika Nr 8 do SIWZ - WET - rozdz. IX pkt 3 - fotela kierowcy nie spełniającego wymagań określonych w SIWZ, jako że fotel ten nie posiada regulacji w wymaganych jako minimum trzech płaszczyznach względem kolumny kierownicy. Zdaniem Odwołującego zaoferowany przez Benepol Sp. z o.o. samochód zgodnie ze Specyfikacją Techniczną zawartą w ofercie posiada regulację fotela jedynie w dwóch płaszczyznach: góra-dół, przód-tył. Regulacja kąta nachylenia oparcia nie stanowi trzeciej płaszczyzny regulacji położenia fotela względem kolumny kierownicy, ponieważ dotyczy jedynie oparcia, a zgodnie z wymogiem winna dotyczyć całego fotela. Tym samym wymóg Zamawiającego spełniałby jedynie fotel przesuwany się jako cały fotel: góra-dół, przód-tył, pod kątem. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienie, jakie złożył Wykonawca Benepol Sp. z o.o. w piśmie z dnia 26 września 2011 r. jest rozbieżne ze Specyfikacją Techniczną, Wykonawca nie wyjaśnił rozbieżności, a wymagana cecha nie jest potwierdzona przez Specyfikację Techniczną ani np. informację producenta.

Zdaniem Izby zarzut w powyższym zakresie należy uznać za niezasadny. Zauważyć trzeba, że Zamawiający nie określił, co rozumie przez pojęcie „regulacji fotela kierowcy względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach”, nie zdefiniował pojęcia płaszczyzny, w której miałyby następować regulacja fotela względem kolumny kierownicy, nie określił także, iż powyższy wymóg należy odnosić tylko i wyłącznie do regulacji fotela jako całości, a nie jego poszczególnych elementów, których przemieszczenie skutkuje zmianą położenia fotela względem kolumny kierownicy. Zamawiający podnosił, iż jako płaszczyznę rozumieć należy wydzieloną część przestrzeni, w której powinien nastąpić ruch fotela względem kolumny kierownicy. Oceniając powyższy wymóg od strony celowościowej, jego istotą było, aby fotel zapewniał możliwość dostosowania względem kolumny kierownicy w co najmniej trzech kierunkach (płaszczyznach) pozwalające na indywidualne ustawienie fotela oraz zajęcie ergonomicznej pozycji za kierownicą. Zdaniem Izby regulacja kąta nachylenia oparcia fotela wymóg ten spełnia, ponieważ zmiana kąta nachylenia oparcia skutkuje zmianą położenia fotela względem kolumny kierownicy. Zamawiający nie zastrzegł, iż regulacja fotela kierowcy względem kolumny kierownicy ma się wiązać z jednoczesnym ruchem całego fotela, tj. siedziska i oparcia. Odwołujący nie wykazał również, iż właśnie w taki sposób, jak przedstawia, pojęcie to jest powszechnie i wyłącznie stosowane w obrocie, tj. że istnieje ugruntowany, jasny i jednoznaczny sposób rozumienia tego pojęcia i z pewnością nie obejmuje ono regulacji kąta nachylania oparcia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, gdy z danego postanowienia SIWZ można wywieść więcej niż jedno logiczne, zgodne zasadami gramatyki i składni jego rozumienie, należy je zaakceptować i nie

jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu niegodności z treścią SIWZ. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji sformułowań SIWZ, ponieważ nie mają oni obowiązku ustalać, co było intencją Zamawiającego, o ile ta intencja nie została jasno i czytelnie wyrażona (np. wyrok KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1985/10, gdzie Izba wskazała: *„Odwołujący nie wykazał znaczenia słowa „konstrukcja”, mimo iż podnosił, że oferowane przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. urządzenie nie stanowi urządzenia o zmienionej konstrukcji. Słowo „konstrukcja” nie posiada definicji normatywnej, tak więc używając go w danym znaczeniu (tak jak w przedmiotowej sprawie próbuje to interpretować Odwołujący) należy to znaczenie zdefiniować. Jeżeli zaś nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego znaczenie tego słowa, należy je rozumieć szeroko, przy zastrzeżeniu, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, które byłyby wynikiem interpretacji dokonywanych na etapie oceny ofert, bowiem wszelkie niekonsekwencje w treści SIWZ nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy. W ocenie Izby to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia, iż „konstrukcja” to pierwotna budowa urządzenia / aparatu związana z datą wprowadzenia go rynek a nie ta zmodyfikowana i zmieniona, unowocześniona, bowiem ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).”* Bez wątplenia zatem dowód, iż powyższe sformułowanie SIWZ nie może dotyczyć regulacji oparcia fotela spoczywał na Odwołującym, który takiego dowodu nie przeprowadził. Nie przeprowadził także dowodu, iż sformułowanie „regulacja kąta nachylenia” dotyczyć może wyłącznie całego fotela i nie obejmuje pojęcia regulacji kąta nachylenia oparcia fotela, a na taką funkcjonalność, jak wyjaśniał Benepol Sp. z o.o. w toku postępowania odwoławczego, Wykonawca się powoływał. Odwołujący nie kwestionował natomiast, iż samochód Volkswagen Crafter 35 Furgon MIXT nie posiada regulacji kąta nachylenia oparcia. Należy zatem uznać, iż Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie odrzucając oferty Benepol Sp. z o.o. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż istotnie przedmiot oferty Benepol Sp. z o.o. nie spełnia wymagania określonego w rozdziale IX pkt 3 Załącznika nr 8 (WET). Nie sposób także uznać, aby doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty wskutek wyjaśnień Wykonawcy Benepol Sp. z o.o., jako że nie zaoferował on żadnej nowej funkcjonalności, lecz jedynie wskazał, iż przedmiot oferty posiada określoną funkcjonalność zgodną z wymaganiem Zamawiającego, co nie wynikało jednoznacznie ze Specyfikacji Technicznej. Należy również podnieść, iż Zamawiający nie wymagał, aby wszystkie deklarowane parametry były potwierdzone przez producenta. Sformułowanie zawarte w ofercie, które nie jest tożsame z wymogiem SIWZ, a przez to budzić może wątpliwość Zamawiającego, podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie każde wyjaśnienie, które powołuje się na funkcjonalność, która nie została literalnie wskazana, oznacza zmianę treści oferty. O zmianie można mówić wówczas, gdy na skutek wyjaśnień

wykonawca poszerza zakres oferty o element, który nie był wcześniej zaoferowany. Odwołujący nie wykazał, iż z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku, co więcej nie kwestionował, iż samochód Volkswagen Crafter 35 Furgon MIXT posiada regulację kąta nachylenia oparcia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, § 1.1 pkt 3) rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wezwania Benepol Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedłożenia wykazu wykonanych w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę 5.000.000 złotych brutto w jednym roku kalendarzowym, chociaż przedłożone zestawienie dostaw nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego wymogów, a to: podania przedmiotu dostaw - zgodnego z przedmiotem zamówienia, stwierdzić należy, co następuje. Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia Wykonawcy zawarli w ofercie wykaz *„dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę minimum 5 000 000,00 PLN brutto, (słownie złotych: pięć milionów), w jednym roku kalendarzowym”* i w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku Wykonawca miał przedłożyć zestawienie dostaw, *„które łącznie w jednym roku kalendarzowym objęły wskazaną wyżej kwotę 5 000 000,00 PLN brutto - wykonanych lub wykonywanych w ostatnich 3 latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających wymogom sformułowanym powyżej z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”*. Tym samym zgodnie z przytoczonym powyżej wymogiem Wykonawca winien przedstawić zestawienie *„dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia”*, które łącznie w jednym roku kalendarzowym objęły wskazaną wyżej kwotę 5 mln zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia, toteż pojęcie to, zgodnie z powołaną powyżej linią orzecniczą nakazującą wykładnię niejasnych postanowień SIWZ na korzyść Wykonawców, interpretować należy możliwie szeroko, jednak nie budzi wątpliwości, iż zgodność z przedmiotem zamówienia dotyczyć ma przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Nie sposób zatem zgodzić się z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę Benepol Sp. z o.o., iż miałyby być to zgodność jedynie z zamówieniem realizowanym w ramach wykazywanej dostawy. Takie rozumienie abstrahuje bowiem od przedmiotu obecnego zamówienia i pozwalałoby wykazywać się wiedzą i doświadczeniem w zakresie, który mógłby pozostawać bez związku z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Nie

potwierdzały zatem wymaganej wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówienia zbliżonego to objętego obecnym postępowaniem. Ponadto byłaby to okoliczność nieweryfikowalna dla Zamawiającego, który opiera się tylko na treści wykazu i referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca Benepol Sp. z o.o. w toku rozprawy prezentował stanowisko odmienne, wskazując, iż zamówienia wskazane w wykazie zostały dobrane pod kątem zgodności z obecnym postępowaniem i są z nim zgodne. Tym samym wykazane dostawy musiały obejmować pojazdy zgodne z przedmiotem obecnego zamówienia, choć wobec braku jednoznacznych wskazówek Zamawiającego interpretowanymi szeroko. Przedmiot zamówienia w SIWZ określony został jako dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia o małej ładowności (ciężarowo-osobowe do 3,5 T). Odnosząc się do definicji samochodu osobowo-ciężarowego należy przyznać rację Odwołującemu, iż zastosowanie winna tu znaleźć definicja zawarta w art. 2 pkt 42 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2005 r., Nr 108, poz. 908, ze zm.), tj. iż pojęcie samochód ciężarowy obejmuje także samochód ciężarowo- osobowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków i osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą. Do ustawy Prawo o ruchu drogowym i zgodności przedmiotu zamówienia z jej przepisami odwołuje się także Zamawiający w SIWZ (WET – Wymagania ogólne). Ani Zamawiający ani Wykonawca Benepol Sp. z o.o. nie wykazali, iż pojęciem „samochód ogólnego przeznaczenia małej ładowności (ciężarowo-osobowe do 3,5 T)” można określić pojazdy o liczbie siedzeń mniejszej niż 4 (niedopuszczalna jest liczba siedzeń powyżej 9 także uwzględniając podany przez Zamawiającego kod CPV 34115200-8 „pojazdy silnikowe do transportu mniej niż 10 osób”), a zatem, iż istnieje inna konkurencyjna definicja tego pojęcia, którą można by zastosować. Zgodność z przedmiotem zamówienia nie musi dotyczyć natomiast szczególnych parametrów technicznych, jako że w tym zakresie SIWZ nie daje żadnych wskazówek interpretacyjnych.

W wykazie załączonym do oferty Wykonawcy Benepol Sp. z o.o. w określeniu przedmiotu dostawy wskazano na markę Volkswagen Crafter bez bliższego sprecyzowania modelu. Wprawdzie Wykonawca Benepol Sp. z o.o. podnosił, iż dostosował przedmiot wskazanych w wykazie zamówień do przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania, jednak nie przedłożył żadnych dowodów jego stanowisko potwierdzających. Nie wykazał także, iż twierdzenia Odwołującego, że marka Volkswagen Crafter obejmuje także samochody, które nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia, a zarazem i treści warunku, nie jest zasadne. Zamawiający natomiast przyznał, że nie weryfikował, co było dokładnie przedmiotem zamówień zawartych w wykazie, tj. czy były to samochody zgodne z przedmiotem zamówienia, przyjmując to za pewnik, jako że samochody Volkswagen Crafter zostały przez Wykonawcę Benepol Sp. z o.o. zaoferowane w postępowaniu. Szczegółowy

przedmiot dostaw nie wynika także z referencji, co byłoby pomocne w ustaleniu zgodności dostaw z warunkiem. Należy jednak podkreślić, że referencje w tym zakresie mogłyby mieć charakter pomocniczy, jako że co do zasady referencje muszą jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. Tym samym niesłuszne jest twierdzenie Odwołującego, iż referencje przedłożone przez Wykonawcę Benepol Sp. z o.o. są nieprawidłowe, ponieważ powinny wykazywać dostawy w zakresie przedmiotu zamówienia, a zatem istnieje konieczność wezwania Wykonawcy Benepol Sp. z o.o. do złożenia prawidłowych referencji. Taki obowiązek zaistnieje tylko wówczas, gdyby okazało się, iż dostawy wskazane w wykazie zawartym w ofercie Benepol Sp. z o.o. nie są zgodne z przedmiotem zamówienia (w szczególności dotyczy to dostawy w pkt 2 na rzecz BUS-PRESTIGE, gdyż dostawa ta samodzielnie wypełnia wymóg Zamawiającego). Wówczas niezbędne będzie zarówno wezwanie do uzupełnienia wykazu dostaw, jak i przedłożenia dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Na obecnym etapie żądanie to należy uznać za przedwczesne, a Odwołujący nie kwestionował treści referencji w innym zakresie. Uwzględniając powyższe, podnieść należy, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, jak i judykatury, dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, a tym samym dokumenty, na podstawie których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu, nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach (tak np. KIO w wyroku z dnia 2 września 2008 r., sygn. KIO/UZP 854/08). Tym samym, wobec zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia treści wykazu w odniesieniu do przedmiotu dostaw tam zawartych, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę Benepol Sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jakiego typu samochody Volkswagen Crafter były przedmiotem dostaw podanych w wykazie i czy są one zgodne z przedmiotem niniejszego zamówienia (tj. są to samochody ogólnego przeznaczenia, osobowo-ciężarowe do 3,5 tony), a następnie przedłożenia nowego wykazu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w rozdziale II pkt 7.1 SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw, jeżeli z wyjaśnień wynikać będzie, iż wskazane w wykazie załączonym do oferty pojazdy nie są zgodne z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby uprzednie wezwanie do wyjaśnień jest niezbędne, jako że Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości opisu przedmiotu dostaw, a zatem konieczne jest ustalenie, że określone tam dostawy istotnie nie są zgodne z przedmiotem zamówienia. Procedura wyjaśnień, podobnie jak wezwanie do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń/pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, również ma charakter obligatoryjny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1.1 pkt 10) rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wezwania Benepol Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedłożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 złotych, chociaż przedłożona polisa nie spełnia powyższego warunku z uwagi na jej grupowy charakter Izba stwierdza, co następuje. Zamawiający żądał w celu potwierdzenia warunku znajdowania się przez Wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia m.in. polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej w przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 zł. Odwołujący zakwestionował grupowy charakter polisy, wskazując, że powyższe oznacza, iż każdy z ubezpieczonych jest wprawdzie ubezpieczony do określonej w polisie wysokości, jednak w przypadku gdyby doszło do wyczerpania sumy gwarancyjnej na skutek zdarzeń spowodowanych przez innych ubezpieczonych, to Wykonawca Benepol Sp. z o.o. nie uzyskałby ochrony ubezpieczeniowej. Tymczasem Zamawiający wymagał wprost ochrony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 zł bez warunków i ograniczeń. Uzasadniając swoje stanowisko, Odwołujący odwoływał się do regulacji ustawy o działalności ubezpieczeniowej, jednak nie powołał się na żaden konkretny przepis tej ustawy.

Odnosząc się do powyższej argumentacji, wskazać należy, iż polisa potwierdzająca ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia nie oznacza, że polisa ma dotyczyć wyłącznie danego przedmiotu zamówienia czy ubezpieczenia konkretnego kontraktu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia (np. wyrok KIO z dnia 12 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 560/09). W wyroku z dnia 24 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 161/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *„Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonally dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia*

realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy". W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że polisa OC składana przez wykonawców w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez Zamawiającego wysokości. Ponadto Zamawiający wymagał opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia do kwoty minimum 1 000 000 zł, co stanowi odzwierciedlenie regulacji zawartej w § 1.1 pkt 10) rozporządzenia w sprawie dokumentów z podaniem przez Zamawiającego minimalnej sumy gwarancyjnej. Tym samym zgodnie z brzmieniem SIWZ Zamawiający nie wymagał od wykonawców ubezpieczenia przedmiotu działalności będącego przedmiotem postępowania, a ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby należy podzielić rozumowanie, iż wymóg ten oznacza, aby działalność związana z przedmiotem zamówienia była objęta odpowiedzialnością w ramach ubezpieczenia OC, na co jednoznacznie wskazuje treść polisy seria OC-C numer 007593. Polisa seria OC-C numer 007593 wymienia bowiem w rubryce „Główna działalność, pozostałe zgodnie z KRS” sprzedaż pojazdów i serwis pojazdów jako przedmiot działalności Benepol Sp. z o.o. Skoro jest to polisa potwierdzająca zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, obejmującej m.in. odpowiedzialność OC kontraktową, deliktową i za produkt, jednoznacznym jest, że odpowiedzialność ta odnosi się do działalności gospodarczej tegoż podmiotu. Z pewnością w wymaganym zakresie „związanym z przedmiotem zamówienia” mieści się działalność określona jako „sprzedaż pojazdów”. Zamawiający nie wymagał, aby w dokumencie ubezpieczenia zawarte były informacje o zgodności z przedmiotem zamówienia czy sposób, w jaki informacje te mają być podane – należy bowiem mieć na uwadze, że dokument ubezpieczenia stanowi dokument wydawany przez podmioty trzecie i zazwyczaj jest dokumentem określonym wewnętrznymi przepisami każdego z ubezpieczycieli.

Co do wątpliwości, że wymagalna minimalna suma gwarancyjna winna odnosić się do działalności związanej z przedmiotem zamówienia, to należy wskazać, iż w treści polisy seria OC-C numer 007593 czy certyfikatu z 16 września 2011 r. nie zostały zawarte żadne podlimity ograniczające odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu działalności związanej z przedmiotem zamówienia poniżej wymaganej sumy gwarancyjnej. Nie sposób natomiast

wymogu tego interpretować w sposób, który nakazywałby wydzielenie sumy ubezpieczenia dla działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Taki wymóg nie wynika z treści § 1.1 pkt 10) rozporządzenia w sprawie dokumentów ani z rozdziału II pkt 7.2 lit. a) SIWZ. Wykonawca miał jedynie wykazać, iż posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej działalności obejmującej działalność związaną z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez Zamawiającego kwotę, która nie musiała dotyczyć odrębnie każdego sektora działalności Wykonawcy. W powyższym zakresie polisa wskazuje (jej treść), że Wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. sprzedaży pojazdów.

Co do wątpliwości odnośnie zbiorowego charakteru polisy oraz sumy gwarancyjnej w ramach takiej polisy, stwierdzić należy, iż grupowy charakter polisy nie pozbawia Wykonawcy prawa do posłużenia się nią jako prawidłowym dowodem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Rozwiązanie takie jest bowiem bardzo często spotykane, szczególnie w przypadku spółek działających w ramach grup kapitałowych, gdzie zawierana jest umowa generalna, w ramach której ubezpieczony jest nie jeden podmiot indywidualnie, lecz grupa podmiotów. Odwołujący, uzasadniając niedopuszczalność posłużenia się polisą grupową, odwoływał się do ograniczeń odpowiedzialności i określonego sposobu jej funkcjonowania z powołaniem się na przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Jak było to jednak wskazane powyżej, konkretnych regulacji prawnych, które potwierdzałyby jego twierdzenia nie przytoczył. Nie dowiódł zatem, iż istnieje normatywny wzór funkcjonowania takiej polisy, niezależny od postanowień warunków ubezpieczenia, na których podstawie umowa jest zawierana. W ocenie Izby nie sposób zatem jednoznacznie przyjąć, iż sumy gwarancyjne w każdym przypadku są sumami obowiązującymi dla wszystkich podmiotów objętych polisą łącznie.

Niewątpliwie jednak niezależnie od charakteru polisy OC (zbiorowa, indywidualna) czy dokumentu przedstawionego na dowód posiadania ubezpieczenia OC (polisa, certyfikat) z dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie i bezspornie, iż dany Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez Zamawiającego minimalną sumę gwarancyjną – 1 000 000 zł. Polisa seria OC-C numer 007593 przedłożona przez Wykonawcę Benepol Sp. z o.o. jest polisą zbiorową, w ramach której Ubezpieczającym jest DBK Sp. z o.o., a Ubezpieczonym wskazanym pod pozycją 4: Benepol Sp. z o.o. W polisie wskazano sumy gwarancyjne m.in.: OC delikt i OC kontrakt – 2 000 000 zł na wszystkie zdarzenia i 1 000 000 zł na jedno zdarzenie. Certyfikat nr 01 potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zgodnie z polisą OC-C 007593 z dnia 14 sierpnia 2011 r. dla Benepol Sp. z o.o. (z datą 16 września 2011 r.) wskazywał Ubezpieczającego –

DBK Sp. z o.o., Ubezpieczonego - Benepol Sp. z o.o., okres ubezpieczenia: 1 sierpnia 2011 r. – 31 lipca 2012 r. W certyfikacie w odniesieniu do sum gwarancyjnych zawarto następujące postanowienie: *„Suma gwarancyjna dla wszystkich spółek wchodzących w skład Grupy DBK: 2 000 000,00 zł odpowiedzialność cywilna deliktowa, kontraktowa na wszystkie zdarzenia, 1 000 000,00 zł odpowiedzialność cywilna deliktowa, kontraktowa na jedno zdarzenie, 500 000,00 zł OC produkt jedno i wszystkie zdarzenia”*. Powyższe sformułowanie nie jest precyzyjne. Nie pozwala bowiem jednoznacznie ustalić sposobu objęcia ochroną ubezpieczeniową Wykonawcy Benepol Sp. z o.o. oraz sum gwarancyjnych dla poszczególnych spółek (w tym dla Benepol Sp. z o.o.). Sformułowanie to może oznaczać, iż każda ze spółek Grupy DBK jest ubezpieczona od odpowiedzialności OC na podane sumy gwarancyjne, ale nie jest wykluczone, iż są to kwoty łączne, co do których brak jednoznacznych wskazówek, w jaki sposób ubezpieczenie OC funkcjonuje w odniesieniu do poszczególnych ubezpieczonych (także Benepol Sp. z o.o.) i jak kształtują się zasady odpowiedzialności. Wprawdzie powyższe określenie, zwłaszcza w kontekście wskazanej sumy gwarancyjnej OC delikt i OC kontrakt 1 000 000,00 zł na jedno zdarzenie oraz znacznej wysokości składki ubezpieczeniowej (173 000, 00 zł łącznie) może pozwalać na wysnucie wniosku, iż Benepol Sp. z o.o. posiada ubezpieczenie na właściwą kwotę, jednak nie wynika to w sposób jednoznaczny i bezsporny z treści przedłożonych dokumentów, lecz opiera się wyłącznie na interpretacji określonych postanowień polisy i certyfikatu. Tymczasem Zamawiający powinien mieć pewność, że Wykonawca posiada ubezpieczenie OC z sumą gwarancyjną na wymaganą przez niego kwotę. W tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko powołane powyżej, iż dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, a tym samym dokumenty, na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu, nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach (wyrok KIO z dnia 2 września 2008 r., sygn. KIO/UZP 854/08). Równocześnie za niezgodne z istotą celu polisy jako potwierdzenia zdolności ekonomicznej Wykonawcy byłoby przyjęcie, iż prawidłowym jest ubezpieczenie, w którym kilka czy kilkanaście podmiotów objętych jest jedną łączną sumą gwarancyjną spełniającą wymóg SIWZ, konkurując między sobą w zakresie ochrony ubezpieczeniowej, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby to Wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na określonej przez Zamawiającego kwotę. Skoro zasadniczym celem żądania polisy ma być weryfikacja wiarygodności ekonomicznej Wykonawcy polegająca m.in. na wykazaniu, iż Wykonawca jest zdolny do poniesienia kosztów ubezpieczenia na wymaganą kwotę, to określona suma gwarancyjna (a zatem i koszty związane z udzielaniem ochrony w jej

granicach), winna dotyczyć danego podmiotu.

Tym samym Zamawiający winien wezwać Wykonawcę Benepol Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie sum gwarancyjnych odpowiedzialności cywilnej, jaką jest on objęty w ramach powyższego ubezpieczenia oraz zasad jego funkcjonowania, a następnie przedłożenia dokumentu, który jednoznacznie potwierdzałby w sposób jednoznaczny, iż Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą sumę (polisy lub innego dokumentu – zgodnie z SIWZ, przy czym wskazać należy, iż w przypadku polisy zbiorowej za dokument właściwy należy uznać także certyfikat jako potwierdzający warunki ubezpieczenia dla poszczególnych podmiotów objętych ochroną ubezpieczeniową), jeżeli z treści wyjaśnień wynikać będzie brak spełnienia wymogu odnośnie wymaganej sumy gwarancyjnej (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca Benepol Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie realizacji wymaganych przez Zamawiającego dostaw, a nadto nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył powyższego wykazu zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz nie wykazał posiadania właściwego ubezpieczenia OC. Wskazywał, iż uzasadnienie powyższego zarzutu zawiera się w sformułowanym zarzucie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Abstrahując od braku precyzji w sformułowaniu zarzutu, ze stanowiska Odwołującego wynika, iż zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Benepol Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, przy czym powołane nieprawdziwe informacje dotyczą realizacji wymaganych przez Zamawiającego dostaw zgodnych z wymaganiami SIWZ. W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ani złożenia przez Wykonawcę Benepol Sp. z o.o. złożenia nieprawdziwych informacji, które uzasadniałyby jego wykluczenie. Odwołujący nie wykazał, aby istotnie dostawy zawarte w wykazie zamieszczonym w ofercie Benepol Sp. z o.o. nie były zgodne z SIWZ, tj. nie były zgodne z przedmiotem zamówienia. Zdołał jedynie wykazać, iż sposób określenia w wykazie przedmiotu dostawy jako Volkswagen Crafter, podczas gdy samochody tej marki obejmują szeroką grupę zróżnicowanych pojazdów, z których nie wszystkie spełniają wymogi SIWZ (nie wszystkie można zakwalifikować jako pojazdy ogólnego przeznaczenia, osobowo-ciężarowe do 3,5 t), nie jest wystarczający dla oceny przez Zamawiającego, że spełniony został warunek wiedzy i doświadczenia wymagany SIWZ. Powyższe uzasadnia wezwanie do wyjaśnień i/lub uzupełnienia wykazu, gdyby ustalone zostało, iż przedmiotowe dostawy nie

są zgodne z SIWZ. Nie oznacza to jednak potwierdzenia, iż Wykonawca Benepol Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie wykazał, jakie zamówienia były przedmiotem wykazanych dostaw oraz że nie są one zgodne z wymaganiem SIWZ. W tym zakresie bazował jedynie na przypuszczeniach, ogólnych informacjach o samochodach Volkswagen Crafter, zatem jego twierdzenia w odniesieniu do podania nieprawdziwych informacji przez Benepol Sp. z o.o. i naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozostały gołosłowne. Ponadto nawet w sytuacji niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie jest to tożsame z przyjęciem złożenia przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji, skoro ustawa Pzp przewiduje obligatoryjny tryb wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, gdy nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uznać należy, iż jest on przedwczesny, jako że, jak było wskazane powyżej, konieczne jest uprzednie wyczerpanie obligatoryjnej procedury wyjaśnień określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ugruntowane orzecznictwo potwierdza, iż obowiązek wezwania odnosi się także do sytuacji, gdy przedłożony dokument lub oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego nie kwestionuje i sam Odwołujący, podnosząc zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do „uzupełnienia dokumentów w zakresie: (i) przedłożenia wykazu wykonanych w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę 5.000.000 złotych brutto w jednym roku kalendarzowym, chociaż przedłożone zestawienie dostaw nie zawierają wymaganych przez Zamawiającego wymogów, a to: podania przedmiotu dostaw - zgodnego z przedmiotem zamówienia, (ii) przedłożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 złotych, chociaż przedłożona polisa nie spełnia powyższego warunku z uwagi na jej grupowy charakter”.

W zakresie, w jakim Izba uznała zasadność zarzutów Odwołującego, uznać należy, iż potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), w tym wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury.

Przewodniczący: