

WYROK
z dnia 2 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2015 r. przez wykonawcę **Intrac Polska Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolnica, Al. Katowicka 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Jarocinie, 63-200 Jarocin, Witaszyczki 1A**

przy udziale wykonawcy **Bergerat Monnoyer Sp. z o.o., ul. Kolejowa 75, 05-092 Łomianki**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Intrac Polska Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolnica, Al. Katowicka 7 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Intrac Polska Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolnica, Al. Katowicka 7** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Intrac Polska Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolnica, Al. Katowicka 7** na rzecz **Zakładu Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Jarocinie, 63-200 Jarocin, Witaszyczki 1A** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiąca koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zakład Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Jarocinie (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu mobilnego do obsługi ZZO Jarocin. Rozbudowa ZZO Jarocin” wykonawca INTRAC Polska Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

1. wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp],
2. odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu zawierającego błędy, tj. załącznika nr 5 – wykaz dostaw wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia,

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust.3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ich interpretację oraz błędne zastosowanie wskazanych powyżej przepisów, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu uznania, że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu dopuszczenia odwołującego do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 (Zakup i dostawa ładowarki kołowej o pojemność łyżki 3.5 m³), przyjmując jako ważną ofertę odwołującego.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 1.2. SIWZ wykonawca zobowiązany był wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej trzy dostawy sprzętu o nie gorszych parametrach odpowiadających rodzajem i charakterem poszczególnym zadaniom zamówienia, na które wykonawca składa ofertę.

Podał także, że w załączniku nr 5 zawarł zrealizowane przez siebie dostawy dotyczące zadania nr 2, wykazując w sumie dostawy łącznie 4 sztuk ładowarek kołowych. Wyjaśnił, że w załączniku nr 5 zostało to ujęte pod hasłem dostawa ładowarki kołowej: pozycja 4 załącznika – ładowarki kołowe Case 721F – 2 szt. oraz pozycja 5 załącznika – ładowarka kołowa Case 721 F – 1 szt., pozycja 6 – ładowarka kołowa Case 621 F – 1 sztuka (łącznie 4 sztuk ładowarek kołowych).

Wskazał, że w wyjaśnieniu przesłanym do zamawiającego w dniu 5 maja 2015 r.

udowadnia, iż przedstawione w wykazie ładowarki charakteryzują się parametrami nie gorszymi od parametrów opisanych w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2015 r. nie wykazał faktu, iż przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w ramach realizacji dostaw ładowarki nie spełniają wymagań minimalnych w stosunku do przedmiotu zamówienia – w piśmie o wykluczeniu z postępowania zamawiający nie podał żadnych parametrów, ograniczając się do ogólnikowego stwierdzenia, iż wykazane parametry są parametrami niższymi niż oczekiwane.

Odwołujący stanął na stanowisku, że badając ofertę oraz stawiając zarzut braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, jeżeli stwierdził, iż zawiera on błędy (brak wykazania odpowiedniej liczby dostaw, czy też wskazanie parametrów gorszych niż przedmiot zamówienia opisany w zadaniu nr 2).

Wskazał nadto, że zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2015 r. uznał, iż przedmiot zamówienia zaproponowany w ofercie w zakresie zadania nr 2 nie spełnia postawionych warunków technicznych, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wskazał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ zgodnie z wymaganiem zamawiającego silnik proponowanej ładowarki nie został wyprodukowany przez tego samego producenta co całe urządzenie.

Odwołujący poczynił uwagę, że taki wymóg w sposób zasadniczy ogranicza konkurencję i jest zaprzeczeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 7 ustawy Pzp oraz – biorąc pod uwagę, iż postępowanie dofinansowywane jest ze środków UE – może spowodować naliczenie korekty finansowej jako ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu.

Odwołujący uznał, iż pismem z dnia 5 maja 2015r. wykazał fakt, że silnik oraz samo urządzenie pochodzi od jednego producenta. Oświadczył, że producentem ładowarki kołowej Case 721F jak i silnika w niej zamontowanego jest CNH Industrial – przedsiębiorstwo zarejestrowane w Holandii pod nazwą CNH Industrial N.V. Podał, że CNH Industrial Italia S.p.A. oraz FPT Industrial S.p.A. są spółkami zależnymi CNH (Industrial N.V., gdzie CNH Industrial N.V. posiada 100% udziałów w każdej spółce). Dodał, że maszyny (ładowarki) Case Construction produkowane przez CNH Industrial wyposażone są w silniki FPT Industrial S.p.A., co – wedle odwołującego – dowodzi, że warunek stawiany przez

zamawiającego został spełniony.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że zamawiający podjął obarczoną błędem czynność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec czego zażądał przywrócenia jego oferty jako ważnej do oceny łącznie z pozostałymi niepodlegającymi odrzuceniu ofertami złożonymi w tym postępowaniu. Uznał, że stawiając zarzut braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający zobowiązany był wezwać go do uzupełnienia wykazu dostaw, jeżeli stwierdził, iż zawiera on błędy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 29 maja 2015 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 26 maja 2015 r.), a także stanowiska zamawiającego i przystępującego (w tym wydruków ze stron internetowych), zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Uwzględnienie odwołania dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ przywrócona zostałaby oferta z najniższą ceną o takich samym warunkach (okres gwarancji, ilość mth/km w okresie gwarancji) jak dwie pozostałe oferty złożone w zadaniu 2.

Jak bowiem ustalił skład orzekający Izby w zadaniu nr 2, którego dotyczy rozpoznawane obecnie przez Izbę odwołanie, zostały złożone 3 oferty: oferta odwołującego z ceną 1 111 920,00 zł, oferta przystępującego z ceną 1 249 625,88 zł oraz oferta Volvo Maszyny Budowlane Polska Sp. z o.o. z ceną 1 286 334,00 zł. Wszyscy trzej wykonawcy zaoferowali 36 miesięczny okres gwarancji i taką samą ilość mth/km w okresie gwarancji, tj. 6000 (przy czym cena i gwarancja stanowiły kryteria oceny ofert o znaczeniu odpowiednio 80 i 20% – rozdział XVI SIWZ).

Odnosząc się do podnoszonej przez przystępującego na rozprawie kwestii braku w odwołaniu zarzutu dotyczącego oferty najkorzystniejszej (czy też dotyczącego wykonawcy, który ofertę tą złożył), skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że uwzględnienie odwołania prowadzić by musiało do nakazania zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert, co prowadziłoby do podjęcia przez zamawiającego nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czyniąc wybór z dnia 15 maja 2015 r. nieważnym.

Zarzut wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia dla wszystkich zadań zażądał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie „co najmniej trzy dostawy sprzętu o nie gorszych parametrach odpowiadających rodzajem i charakterem poszczególnym zadaniom niniejszego zamówienia, na które Wykonawca składa ofertę” (rozdział VI pkt 1.2. SIWZ).

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 1.2) SIWZ w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca miał załączyć do oferty wykaz wykonanych głównych dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (dalej „Wykaz”) oraz dowody, czy dostawy zostały wykonane należycie.

Na str. 20-21 odwołujący złożył *Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat głównych dostaw*, w którym w pozycji nr 4 ujął dostawę 2 sztuk ładowarek kołowych CASE 721F zrealizowaną dla ZZO Olszowa Sp. z o.o., w pozycji nr 5 ujął dostawę ładowarki kołowej CASE 721F dla Ruben Lampe „Lampe Services” oraz w pozycji nr 6 ujął dostawę ładowarki kołowej CASE 621F zrealizowaną dla ATA-TECHNIK Sp. z o.o.

Wskazane trzy pozycje – co wynika z opisu odwołującego zawartego na str. 21 oferty – odnosiły się do zadania nr 2 (inne pozycje odnosiły się do innych zadań).

Pismem z dnia 28 kwietnia 2015 r. odwołujący został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień – zamawiający wskazał, że z załącznika nr 5 (*Wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat głównych dostaw*) nie wynika jednoznacznie, czy każda ze wskazanych dostaw spełnia warunek zamawiającego, tj. wykazania 3 dostaw sprzętu o parametrach nie gorszych odpowiadających rodzajem i charakterem poszczególnym zadaniom, na które wykonawca składa ofertę.

Zamawiający zażądał wskazania parametrów każdej z maszyn, tj. w przypadku zadania nr 2 zażądał wskazania tych parametrów w odniesieniu do pozycji 6.

Pismem z dnia 5 maja 2015 r. odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego i w odniesieniu do dostawy nr 6 podał m.in. następujące parametry ładowarki kołowej 621F:

- moc silnika – 152 KM,
- moment obrotowy – 730 Nm,

- masa robocza eksploatacyjna z łyżką 3.5 m³ – 13000 kg.

Dodatkowo wyjaśnił, że w pozycji nr 5 (winno być: 4) wykazał dwie dostawy ładowarek CASE 721F, tj. identycznych jak oferowana w ramach jednego kontraktu dla ZZO Olszowa Sp. z o.o; dołączył dwa protokoły odbioru dla poszczególnych maszyn (do oferty odwołujący załączył jeden protokół odbioru końcowego na dwie ładowarki).

Pismem z dnia 15 maja 2015 roku zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uzasadnił, że powodem wykluczenia odwołującego było wykazanie w Wykazie dostaw (dostawa nr 6) maszyny o parametrach gorszych niż żądane przez zamawiającego, a nadto – odnośnie dostawy nr 5 (winno być: 4) – wykazanie dostawy 2 szt. w ramach jednej umowy, czego nie można traktować jako dwóch dostaw po jednej sztuce.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Ze względu na ustanowiony przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu (dla zadania nr 2) warunek niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wymagający wykazania trzech dostaw nie jakichkolwiek ładowarek kołowych, ale trzech dostaw o nie gorszych parametrach ładowarek kołowych niż będące przedmiotem zamówienia, to koniecznym dla oceny wykazania przez odwołującego spełniania tego warunku jest porównanie parametrów ładowarki z pozycji nr 6 *Wykazu* z parametrami ładowarki objętej przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2.

Porównanie to prowadzi do wniosku, że co najmniej w przypadku następujących parametrów ładowarka z pozycji nr 6 *Wykazu* jest gorsza od ładowarki objętej przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2:

- moc silnika, ponieważ ładowarka z pozycji nr 6 to ładowarka o mniejszej mocy silnika, tj. 152 KM niż minimalna moc ładowarki objętej przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2 określona przez zamawiającego na 170 KM,
- moment obrotowy, ponieważ ładowarka z pozycji nr 6 to ładowarka o niższym momencie obrotowym, tj. 730 Nm niż minimalny moment obrotowy ładowarki objętej przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2 określony przez zamawiającego na 800 Nm,
- masa robocza eksploatacyjna z łyżką 3.5 m³, ponieważ ładowarka z pozycji nr 6 to ładowarka o mniejszej masie roboczej, tj. 13000 kg niż minimalna masa robocza

ładowarki objętej przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2 określona przez zamawiającego na 15000 kg.

Powyższe ustalenia prowadzić muszą do wniosku, że odwołujący wykazał wprawdzie doświadczenie (pozycje 4-6 *Wykazu*) w zakresie co najmniej 3 dostaw [zamawiający nie miał zastrzeżeń co do zgodności parametrów ładowarek kołowych CASE 721F wykazanych w pozycji 4 (2 szt.) i pozycji 5 (1 szt.) *Wykazu* – ładowarki tego samego typu zaoferował zresztą odwołujący w przedmiotowym postępowaniu (CASE 721F XR) – *Formularz oferty*, str. 4, a także Załącznik nr 7, str. 52], ale nie wykazał – zgodnie z żądaniem zamawiającego z rozdziału V pkt 1.2. SIWZ – trzech dostaw (w rozumieniu: trzech umów/zamówień) o nie gorszych parametrach ładowarek kołowych niż będące przedmiotem zamówienia.

Uzasadnia to, w świetle postanowienia rozdziału V pkt 1.2. SIWZ wykluczenie odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – odwołujący żądanej wiedzy i doświadczenia nie wykazał.

Skład orzekający Izby z całą mocą podkreśla, że rozpoznając odwołanie w granicach zarzutu oceniał jedynie czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu w świetle treści SIWZ, opracowanej przez zamawiającego w tym postępowaniu, nie oceniał natomiast (brak takiego zarzutu, a nadto zarzut taki byłby spóźniony) czynności opracowania treści SIWZ (warunku szczegółowego postawionego w rozdziale V pkt 1.2.).

Skład orzekający Izby zwraca nadto uwagę, że powodem wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu było także zakwestionowanie przez zamawiającego dopuszczalności wykazania (pozycja nr 4 *Wykazu*, choć omyłkowo zamawiający wskazał: 5) jako dwóch odrębnych dostaw, umowy (zamówienia) obejmującej dostawę 2 sztuk ładowarek, czego odwołujący w ogóle nie objął zarzutami odwołania.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2 jest zakup i dostawa ładowarki kołowej o pojemności łyżki 3,5 m³ (SIWZ – str. 6) w szczególności o następujących parametrach technicznych:

- moc silnika – min. 170 KM, max. 200 KM,

- moment obrotowy – min. 800 Nm,
- masa robocza eksploatacyjna z łyżką 3.5 m³ – min. 15000 kg, max. 19000 kg,

Dodatkowo zamawiający zażądał w SIWZ (str. 6): „*główny element maszyny – silnik, wyprodukowany przez producenta maszyny*”.

W toku postępowania zamawiający dwukrotnie udzielał odpowiedzi dotyczących treści SIWZ w zakresie wymogu tożsamości producenta maszyny i silnika.

I tak w piśmie z dnia 3 marca 2015 r. na pytanie 7/Z2/23 o treści: „*Czy zamawiający dopuszcza maszynę wyposażoną w silnik CUMMINS, który nie jest wyprodukowany przez producenta maszyny ? Powyższy silnik jest montowany w wielu maszynach tego typu różnych producentów i jest on integralną częścią maszyn oraz dzięki czemu również jego obsługa serwisowa i dostęp do części jest na najwyższym poziomie*” zamawiający odpowiedział: „*Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację SIWZ w proponowanym zakresie*”.

W tym samym piśmie na pytanie 9/Z2/62 o treści: „*Czy zamawiający dopuszcza dostawę ładowarki z silnikiem nie wyprodukowanym przez producenta maszyny. Jednocześnie producent zapewnia pełną gwarancję, dostęp do części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych realizowany z własnych magazynów zarówno okresie objętym gwarancją jak i po gwarancji. Jako przedstawiciel producenta zapewniamy gwarancje producenta i serwis gwarancyjny oraz pogwarancyjny całej maszyny wraz z silnikiem. Na serwis silnika posiadamy autoryzację producenta ładowarki oraz silnika*” zamawiający odpowiedział: „*Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację SIWZ w proponowanym zakresie*”.

W ofercie – dla zadania nr 2 – odwołujący zaoferował ładowarkę kołową 3,5m³ CASE 721F XR (str. 4 oferty), której producentem jest CNH Industrial (str. 52 oferty).

Nadto w ofercie (str. 53, poz. 6) odwołujący oświadczył, wpisując „TAK”, że silnik jest wyprodukowany przez producenta maszyny. Jednocześnie na str. 59 jako producent silnika został wskazany: „FPT CNH Industrial”.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2015 r. odwołujący został wezwany, na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w szczególności co do wyjaśnienia rozbieżności polegającej na tym, iż odwołujący wskazał, że silnik został wyprodukowany przez producenta maszyny, tj. CNH Industrial, podczas gdy w parametrach techniczno-użytkowych odwołujący wskazał, że producentem silnika jest FTP Industrial S.p.A (tj. Fiat Powertrain Technologies), tj. podmiot odrębny od CNH Industrial. Odwołujący został

wezwany do wskazania „faktycznego producenta silnika do maszyny oferowanej przez wykonawcę”.

Pismem z dnia 5 maja 2015 r. odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego i w odniesieniu do producenta maszyny i silnika podał, że „producentem ładowarki kołowej CASE 721F jak i silnika w niej zamontowanego jest CNH Industrial N.V., które jest przedsiębiorstwem zarejestrowanym w Holandii, jako CNH Industrial N.V., posiadającym główne biuro w Wielkiej Brytanii. CNH Industrial Italia S.p.A oraz FPT Industrial S.p.A. – to spółki zależne CNH Industrial N.V. CNH Industrial N.V. posiada 100% udziałów w każdej z nich”.

Pismem z dnia 15 maja 2015 roku zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Zamawiający uzasadnił, że powodem odrzucenia oferty odwołującego był brak tożsamości producenta w przypadku zaoferowanej maszyny i silnika, tj. ładowarki kołowej CASE 721F.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający za prawidłowe uznał stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż niewystarczającym dla uznania tożsamości producenta maszyny i silnika jest fakt, że podmiot produkujący silnik (do ładowarki) i podmiot produkujący maszynę (ładowarkę) należą do tej samej grupy kapitałowej, a podmiot produkujący maszynę jest podmiotem, który posiada 100% udziałów podmiotu produkującego silniki.

Pomimo, że oba podmioty należą do tej samej grupy kapitałowej to niewątpliwie są to dwa odrębne podmioty prawa, a powiązania natury kapitałowej na odrębność tych bytów prawnych wpływu nie mają.

Trafnie argumentował zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, iż „Definicje grupy kapitałowej zawiera ustawa o rachunkowości, zgodnie z którą grupę kapitałową tworzą spółka dominująca i spółki zależne. Zgodnie z tą definicją, grupa kapitałowa zrzesza odrębne podmioty powiązane ze sobą jedynie kapitałowo. Odwołujący nie wykazał jednak, aby CNH Industrial FTP CNH Industrial należące do tej samej grupy kapitałowej prowadziły jedno przedsiębiorstwo produkujące zarówno maszynę – ładowarkę jak i silnik do tej ładowarki”, a także „Spółka FPT Industrial S.p. SA, jest Spółką prawa włoskiego. Jest bo odrębny podmiot, połączony jedynie więzami kapitałowymi. Przy czym powiązania kapitałowe mają

znaczenie jedynie ze względów rozliczeniowych i podatkowych (...)”.

Podzielając powyższą argumentację (pomimo, iż nie mamy tu do czynienia z podmiotami polskimi) skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał iżby producentem ładowarki i silnika do niej był ten sam producent, co prowadzić musi do wniosku, iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – odwołujący zaoferował ładowarkę, której producentem jest inny podmiot (CNH Industrial N.V.) niż producent silnika (FPT Industrial S.p.A.).

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, odnosząc się tym samym do podnoszonej przez odwołującego (str. 4 odwołania) kwestii, iż wymóg zamawiającego, aby silnik oferowanej ładowarki był wyprodukowany przez tego samego producenta co cała maszyna w zasadniczy sposób ogranicza konkurencję i jest zaprzeczeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, że zarzuty dotyczące treści opracowanej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogły być skutecznie zgłaszane w przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zawitym terminie dziesięciu dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Obecnie zarzut dotyczący treści SIWZ należy uznać za spóźniony.

Dostrzeżenia także wymaga, na co trafnie zwracał uwagę na rozprawie przystępujący, że w toku postępowania zamawiający dwukrotnie udzielał odpowiedzi co do wymogu tożsamości producenta maszyny i silnika, każdorazowo podtrzymując postanowienia SIWZ. Ma to znaczenie o tyle, że nie można wykluczyć, iż utrzymanie tego wymogu doprowadziło do rezygnacji z udziału w tym postępowaniu któregoś z potencjalnych wykonawców albo do zmiany co do zaoferowanego typu ładowarki kołowej.

Zmianę postanowień SIWZ po terminie składania ofert należy uznać za niedopuszczalną.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania do wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Wobec istnienia podstaw do odrzucenia oferty odwołującego (zarzut poprzedni) zamawiający nie był zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu wykonanych głównych dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania

i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (jak też dowodów, czy dostawy zostały wykonane należycie).

Zgodnie bowiem z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Istnienie podstaw do odrzucenie oferty odwołującego zwalniało zamawiającego z obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentu – Wykaz wykonanych głównych dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący: