

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę D. P. S. A. z siedzibą w K., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Komendę Główną Policji, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – W. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w B., J. sp. z o.o. z siedzibą w K., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Komenda Główna Policji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa 6 sztuk samochodów do przewozu ładunków wybuchowych wyposażonych w gazoszczelny pojemnik”, znak sprawy 22/Ctr/17/TJ/PMP, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 maja 2017 r. pod nr 2017/S 092-181451.

9 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o odrzuceniu oferty wykonawcy D. P. S. A. z siedzibą w K..

21 sierpnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy D. P. S. A. z siedzibą w K. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. odrzucenie oferty Odwołującego jako rzekomo nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – W. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w B., J. sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej „Konsorcjum W”),

zarczując Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego i przyjęciu że nie odpowiada ona treści SIWZ, podczas gdy (1) z SIWZ nie wynika, aby dane pojazdu w zakresie marki, typu, wariantu oraz oznaczenia handlowego miały znajdować odzwierciedlenie w dokumentach określonych w pkt 1.1. opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”), (2) z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego wynika wariant oferowanego pojazdu bazowego, (3) SIWZ nie precyzuje pojęcia „masa pojazdu gotowego do jazdy”, ani nie określa żadnych wymagań minimalnych lub maksymalnych w tym zakresie, (4) z całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych za prawidłowe należało uznać przyjęcie maksymalnej masy całkowitej pojazdu jako masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy,

2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości w zakresie wskazanego przez niego współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum W, podczas gdy ta oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż dla określenia współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika (parametr K2) w sposób niewłaściwy wykorzystano w niej masę podwozia z kabiną jako masę pojazdu gotowego do jazdy,
4. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, w sytuacji przyjęcia przez Zamawiającego, że jako masa pojazdu bazowego gotowego do jazdy powinna zostać przyjęta masa podwozia z kabiną, podczas gdy (1) dokonanie poprawienia oferty Odwołującego w tym zakresie nie powodowałoby istotnej zmiany w treści oferty, gdyż jej przedmiotem ciągle byłby ten sam pojazd, o takich samych parametrach technicznych, (2) na podstawie treści oferty oraz złożonych dokumentów Zamawiający miał możliwość określenia masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. odrzucenia oferty Konsorcjum W, względnie poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika przez jego określenie w oparciu o masę podwozia z kabiną w oferowanym przez Odwołującego pojeździe,
3. dokonania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z fakturą oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. SIWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Odwołującego wraz z załącznikami,
3. oferty Konsorcjum W wraz z załącznikami,
4. pisma Odwołującego z dnia 26 lipca 2017 r. wraz z załącznikami,
5. pisma Konsorcjum W z dnia 26 lipca 2017 r. wraz z załącznikami.

Odwołujący podał, że – w myśl art. 179 Pzp – ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp. Odwołujący złożył skutecznie ofertę w Postępowaniu, jednak bezzasadnie została ona odrzucona. Gdyby Zamawiający zastosował prawidłowo przepisy Pzp, tj. nie odrzucił oferty Odwołującego oraz odrzucił ofertę Konsorcjum W lub ewentualnie, w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonał poprawki w ofercie Odwołującego w zakresie współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Z tego względu Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania od czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp – wariant pojazdu bazowego

Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. O sprzeczności oferty z SIWZ można mówić tylko w takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w SIWZ.

Z treści SIWZ (Rozdział VII, pkt 2.2.) oraz OPZ wynika jedynie, że Odwołujący był zobowiązany do przedstawienia dokumentu dopuszczonego prawem, poświadczającego spełnienie wymogu w zakresie pojazdu bazowego, określonego w pkt 1.1. OPZ. W pkt 1.1. OPZ wskazano, że dla pojazdu bazowego musi być wydany jeden ze wskazanych w tym punkcie dokumentów. Z żadnego postanowienia SIWZ czy OPZ nie wynika jednak, aby dane pojazdu w zakresie marki, typu, wariantu oraz oznaczenia handlowego miały znajdować odzwierciedlenie w dokumencie określonym w pkt 1.1. OPZ. Dane te powinny zatem wynikać z całokształtu przedstawionych dokumentów, co ma miejsce w przypadku Odwołującego.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz OPZ, Odwołujący przedstawił świadectwo homologacji typu WE dla oferowanego pojazdu bazowego. Ponadto, stosownie do treści załącznika nr 2 do SIWZ – formularza ofertowego, Odwołujący wskazał odpowiednie dane dotyczące pojazdu, tj. markę, typ, wariant, oznaczenie handlowe. Odwołujący przedstawił także specyfikację producenta dla oferowanego pojazdu

(opis pojazdu wystawiony przez M. T. B. P. sp. z o.o.). I tak, ze świadectwa homologacji typu WE wynika marka pojazdu (str. 1 świadectwa), typ pojazdu (str. 1 świadectwa), wariant pojazdu (dokument informacyjny do świadectwa, pkt 0.2.1), a rozszerzone oznaczenie handlowe wynika z specyfikacji handlowej producenta (str. 1 opisu pojazdu).

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie określił w treści SIWZ czy OPZ w jaki sposób dane te mają zostać doprecyzowane. Jeżeli Zamawiający oczekiwał bardziej precyzyjnego określenia wariantu oferowanego pojazdu bazowego, to powinien to dokładnie doprecyzować w SIWZ lub OPZ. W przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień SIWZ, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. Wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przy ocenie złożonej oferty ważnym elementem oceny jest, czy z jej treści i złożonych oświadczeń wynikał zamiar złożenia jej jako zgodniej z wymogami SIWZ.

Samo wskazanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że „[...]z posiadanych informacji wynika, że oznaczenie wariantu pojazdu firmy M. w dokumentacji homologacyjnej składa się z ciągu kilkunastu znaków (cyfr i liter), przez które są zakodowane charakterystyczne cechy/zespoły konstrukcyjne – kompletacyjne pojazdu[...]” nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Po pierwsze, wskazany wariant TGM (rozumiany jako model w skróconym oznaczeniu handlowym) wynika z przedstawionego świadectwa homologacji typu WE. Twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie nie są więc zgodne z rzeczywistością. Po drugie, dedykowane świadectwo homologacji (CoC – *Certificate of Conformity*) jest zawsze dostarczane dopiero w momencie wyprodukowania podwozia bazowego, ponieważ zawiera ono numer VIN danego pojazdu. Ciąg znaków, o którym wspomina Zamawiający, to nic innego jak część nr VIN identyfikująca konkretne podwozie. Jego dokładne wskazanie na tym etapie nie byłoby więc ani celowe, ani potrzebne do należytego wskazania oferowanego rodzaju pojazdu. Wszelkie niezbędne dane zostały zresztą przedstawione w dokumencie „opis pojazdu”, który został przygotowany przez producenta pojazdu bazowego.

Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być oczekiwania zamawiającego, które nie zostały wyrażone w SIWZ, tak samo, jak nie mogą nią być porównania z innymi ofertami. Sam fakt, że Odwołujący nie podał w swoich wyjaśnieniach ciągu znaków, który precyzowałby wariant pojazdu bazowego, nie może powodować, że jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, w szczególności, gdy Zamawiający nie określił takiego wymogu w

SIWZ, a wszelkie dane wskazane w ofercie Odwołującego znajdują potwierdzenie w przedstawionych przez niego dokumentach.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że oferta Konsorcjum W nie została odrzucona, pomimo że formularz ofertowy w zakresie marki, typu, wariantu i oznaczenia handlowego pojazdu został uzupełniony praktycznie identycznie jak w ofercie Odwołującego.

Z powyższych względów Zamawiający naruszył przepisy art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta Odwołującego odpowiadała treści SIWZ w zakresie określenia wariantu pojazdu bazowego i nie było żadnych podstaw do jej odrzucenia z tego względu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp – przyjęta masa pojazdu bazowego gotowego do jazdy

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również z uwagi na to, że rzekomo określił on nieprawidłowo wartość współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika (parametr K2) oferowanego pojazdu bazowego poprzez zastosowania do wyliczeń niewłaściwej wartości masy, tj. zamiast wymaganej masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy jakoby zastosowano błędnie wartość maksymalnej masy rzeczywistej pojazdu. Twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie nie odpowiadają jednak treści SIWZ oraz powszechnie obowiązującym przepisom prawa.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Dyrektywa 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r. ustanawiającej ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów („Dyrektywa”) obecnie nie zawiera w pkt 2.6. załącznika nr I definicji masy pojazdu gotowego do jazdy. Definicja ta została usunięta z pkt 2.6. załącznika nr I Dyrektywy z dniem 31 grudnia 2012 r. na skutek wejścia w życie Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1230/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie wykonania Rozporządzenia (WE) Nr 661/2009 Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymagań w zakresie homologacji typu dotyczących mas i wymiarów pojazdów silnikowych oraz zmieniające Dyrektywę 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady („Rozporządzenie”). Przywoływanie tej definicji przez Zamawiającego należy zatem uznać za całkowicie bezpodstawne, gdyż nie może ona mieć wpływu na ocenę, czy Odwołujący zastosował prawidłową masę pojazdu bazowego gotowego do jazdy przy wyliczeniu, czy nie.

Definicja „masy pojazdu gotowego do jazdy” została za to zawarta w art. 2 pkt 4 Rozporządzenia, zgodnie z tym przepisem „masa pojazdu gotowego do jazdy” oznacza, w przypadku pojazdu silnikowego, „masę pojazdu, ze zbiornikiem(-ami) paliwa napełnionym(-i) co najmniej w 90 %, łącznie z masą kierowcy, paliwa i płynów, z wyposażeniem standardowym, zgodnie ze specyfikacjami producenta oraz, jeżeli są

zamontowane, z masą nadwozia, kabiny, sprzęgu i koła(-ó) zapasowego(-ych) oraz narzędzi”.

Ze stanowiska zajętego przez Zamawiającego w przedmiocie określenia masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy można wywnioskować, że w jego ocenie właściwe było przyjęcie „masy podwozia z kabiną” jako masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy. Wskazuje na to odrzucenie oferty Odwołującego, który do wyliczenia współczynnika zastosował maksymalną masę pojazdu bazowego oraz brak odrzucenia oferty Konsorcjum W, w których ofercie została wykorzystana masa podwozia z kabiną do wyliczenia współczynnika.

Z definicji pojazdu bazowego zawartej w § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministrów Spraw Wewnętrznych i Administracji, Obrony Narodowej, Rozwoju i Finansów oraz Sprawiedliwości z dnia 1 marca 2017 r. w sprawie pojazdów specjalnych i używanych do celów specjalnych Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Krajowej Administracji Skarbowej, Służby Więziennej i straży pożarnej (Dz.U.2017.450), zwanego dalej „Rozporządzeniem Ministrów”, nie wynika jednoznacznie, aby pojazd bazowy oznaczał to samo co podwozie bazowe.

Z samego pojęcia „pojazd bazowy gotowy do jazdy” wynika, że powinien być to pojazd, którego możliwe jest dopuszczenie do ruchu. Podwozie bazowe jest pojazdem niekompletnym w świetle powszechnie obowiązujących przepisów, wobec czego Zamawiający nie mógłby skutecznie zarejestrować takiego pojazdu, ani poruszać się nim w ruchu drogowym.

Odwołujący podkreślił, że oferowane pojazdy będą wyposażone w zabudowę, która będzie zamontowana na stałe. Nie bez znaczenia jest również fakt, że to wykonawca ostatniej istotnej modyfikacji podwozia bazowego (czyli wykonawca zabudowy specjalnej w tym przypadku) będzie uznany za jego finalnego producenta i to on określi ostatecznie parametry pojazdu, w tym jego masę. Gdyby przyjąć interpretację Zamawiającego odnośnie masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy, to na potrzeby oceny ofert można było przyjąć jak najbardziej odciążoną wersję podwozia i uzyskać sztucznie wysoki współczynnik, a następnie – w trakcie realizacji zamówienia – dokonać zabudowy o wysokiej wadze, byle tylko nie została przekroczona dopuszczalna masa całkowita pojazdu.

Interpretacja pojęcia „masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy” przyjęta przez Zamawiającego jest zatem irracjonalna, w szczególności w kontekście eksploatacji kompletnych pojazdów. W kontekście charakteru pojazdu będącego przedmiotem zamówienia oraz definicji z art. 2 pkt 4 Rozporządzenia bardziej prawidłowe było przyjęcie

maksymalnej masy całkowitej pojazdu jako masy pojazdu gotowego do jazdy. Zamawiający w SIWZ oraz OPZ nie zdefiniował pojęcia „masa pojazdu bazowego gotowego do jazdy”, jak również nie określił żadnych minimalnych lub maksymalnych wymogów dla współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika.

Rolą zamawiającego, odpowiedzialnego za przygotowanie postępowania, jest opracowanie takiej treści SIWZ, do której zastosowanie się zagwarantuje wykonawcy, że jego oferta nie zostanie odrzucona, ale poddana ocenie pod względem przewidzianych kryteriów oceny ofert. Skoro Zamawiający oczekiwał zastosowania konkretnego parametru jako „masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy” do obliczenia współczynnika, to powinien jasno sprecyzować w SIWZ lub OPZ co rozumie pod tym pojęciem. Takie działanie byłoby tym bardziej uzasadnione, gdyż masa pojazdu bazowego gotowego do jazdy stanowi podstawę jednego z istotnych kryteriów oceny ofert.

Z uwagi na brak określenia w SIWZ lub OPZ minimalnych lub maksymalnych wymagań, co do masy pojazdu bazowego, nie sposób uzasadnić w jaki sposób oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ. Zamawiający zresztą nie był w stanie wskazać, z którym postanowieniem SIWZ (OPZ) jest niezgodna przyjęta przez Odwołującego masa pojazdu gotowego do jazdy. Trudno więc czynić zarzut Odwołującemu z tytułu zastosowania danego parametru (w tym przypadku masy całkowitej pojazdu) do obliczenia przedmiotowego współczynnika.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Zamawiający, jeżeli napotyka na niezrozumiałą treść oferty lub choćby jeżeli ma wątpliwości do treści oferty wykonawcy, to jest zobligowany do skorzystania z uprawnienia zawartego w art. 87 ust. 1 Pzp. Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia wątpliwości odnoszący się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania.

Abstrahując już od faktu, że Zamawiający przyjął nieprawidłową wartość do określenia masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy, podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości w tym zakresie. Oczywiście Zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2017 r. zwrócił się do Odwołującego z żądaniem wyjaśnienia wątpliwości, jednakże przedmiotowe żądanie nie obejmowało kwestii masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy. Pomimo tego, bez udzielenia wyjaśnień ze strony Odwołującego, Zamawiający odrzucił jego ofertę.

Z uwagi na powyższe Zamawiający naruszył przepisy art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kwestii istotnej dla oceny ofert, co skutkowało tym, że przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne było

prowadzone w sposób nieprzejrzysty i z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp

Konsorcjum W nieprawidłowo określiło w ofercie współczynnik masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika. W ofercie konsorcjum tych wykonawców jako masę pojazdu bazowego gotowego do jazdy przyjęto masę podwozia z kabiną. Jak już wskazano powyżej, w ocenie Odwołującego, prawidłowe było przyjęcie maksymalnej masy całkowitej pojazdu w tym przypadku. Nieprawidłowe określenie masy pojazdu gotowego do jazdy po stronie tych wykonawców powodowało więc niezgodność z treścią SIWZ.

Po drugie, dopuszczalna masa całkowita pojazdu oferowanego przez Konsorcjum W dalej powinna budzić uzasadnione wątpliwości. Analiza opisu pojazdu oferowanego przez tych wykonawców wskazuje, że oferowany przez nich pojazd będzie posiadał dopuszczalną masę całkowitą wyższą niż 16.000 kg (co było wymogiem określonym w pkt 1.2.5. OPZ). Ze str. 62 opisu pojazdu zaoferowanego przez tych wykonawców wynika, że maksymalna masa przypisana na oś 1 wynosi 7.500 kg, a na oś 2 wynosi 10.000 kg. Suma tych mas wynosi więc 17.500 kg. Zasadniczo suma tych mas powinna pokrywać się z maksymalną masą całkowitą pojazdu (tak jest w przypadku pojazdu oferowanego przez Odwołującego). Oczywiście możliwe są różnice w tym zakresie, jednakże wraz ze wzrostem maksymalnej masy całkowitej różnica pomiędzy nią a sumą mas przypisaną do obu osi powinna być niższa, a nie wyższa. Wskazać należy, że dla pojazdu o maksymalnej masie całkowitej 18.000 kg suma mas przypisanych dla obu osi wynosi 18.600 kg (por. wartości przekreślone na str. 62 opisu pojazdu oferowanego przez ww. wykonawców).

Z powyższych względów Zamawiający naruszył przepisy Pzp, gdyż oferta Konsorcjum W powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, złożenie oferty *de facto* wiąże się z zaakceptowaniem przez wykonawcę określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, jeżeli konkretne okoliczności nie wskazują wprost, że jest inaczej, należy przyjąć założenie, że wykonawca złożył ofertę w dobrej wierze, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Jak już wskazano z SIWZ oraz OPZ w żaden sposób nie wynika co Zamawiający rozumiał pod pojęciem „masa pojazdu bazowego gotowego do jazdy”. W ocenie

Odwołującego pod tym pojęciem należało rozumieć maksymalną masę całkowitą pojazdu. Odwołujący więc w dobrej wierzy określił współczynnik masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika z wykorzystaniem maksymalnej masy całkowitej pojazdu. Nawet gdyby jednak Odwołujący niewłaściwie zrozumiał intencję Zamawiającego w tym zakresie, to powinno to wyłącznie prowadzić do poprawienia omyłki w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a więc obliczenia współczynnika przy zastosowaniu masy podwozia z kabiną zamiast maksymalnej masy całkowitej pojazdu.

Poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Zakazu zmiany treści oferty nie należy jednak postrzegać jako zakazu zmiany niemal co do każdej zawartej w niej litery, ale – w pewnym uproszczeniu – jako zakaz zmiany tego, co zaoferowano, na coś innego. Istotność zmian wskazana w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy więc rozumieć jako zakaz zmiany przedmiotu oferty. W przypadku poprawienia oferty Odwołującego nie wystąpi jednak taka sytuacja, gdyż przedmiotowy współczynnik zostałby określony jedynie przy wykorzystaniu innego parametru oferowanego pojazdu.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, na podstawie treści oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego dokumentów oraz udzielonych wyjaśnień, istniała możliwość ustalenia masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy, jeżeli Zamawiający przyjął, że taką masę stanowi masa podwozia z kabiną. Zamawiający zdaje się nie zauważać, że na str. 64 opisu pojazdu oferowanego przez Odwołującego została wskazana masa podwozia z kabiną (5.495 kg). Z wyjaśnień znajdujących na dole str. 64 opisu pojazdu wynika, że na wagę podwozia składa się: całkowita waga podwozia łącznie z 1 kierowcą, narzędziem oraz całkowicie napełniony, zbiornikiem paliwa. Tak określona masa – przy założeniu że wyłącznie podwozie z kabiną stanowi pojazd bazowy w tym przypadku – odpowiada dodatkowo definicji pojazdu gotowego do jazdy z art. 2 pkt 4 Rozporządzenia.

Z powyższych względu Zamawiający miał możliwość ustalenia masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy w odniesieniu do pojazdu oferowanego przez Odwołującego, a poprawienie oferty Odwołującego nie powodowałoby istotnych zmian jej w treści, gdyż przedmiot oferty pozostałby ten sam. Zamawiający naruszył zatem art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 2 Pzp, gdyż odrzucił ofertę Odwołującego, gdy ewentualnie powinna ona jedynie podlegać poprawieniu.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum W, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez nie wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiło dopuścić Konsorcjum W do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego (dalej „Przystępujący”).

W piśmie procesowym z 28 sierpnia 2017 r. Przystępujący przedstawił następującą argumentację uzasadniającą wniosek o oddalenie odwołania.

Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, z SIWZ wyraźnie wynika, że takie dane pojazdu jak marka, typ, wariant oraz oznaczenie handlowe powinny mieć odzwierciedlenie w dokumencie określonym w pkt. 1.1. OPZ. Zgodnie Rozdziałem VII pkt 3.1. SIWZ wykonawca był zobowiązany złożyć formularz ofertowy o treści zgodnej z załącznikiem nr 2 do SIWZ. Z treści formularza ofertowego wynika natomiast, że ww. dane pojazdu (tj. marka, typ, wariant, oznaczenie handlowe) muszą być zgodne z dokumentem wskazanym w pkt 1.1. OPZ, tj. oświadczeniem wykonawcy wraz z kopią dopuszczonego prawem dokumentu wystawionego przez producenta/importera pojazdu bazowego. Nie jest prawdą zatem – jak pisze Odwołujący – że dane pojazdu mogły wynikać z całokształtu przedstawionych dokumentów, w tym dokumentów handlowych. Załączona przez Odwołującego do oferty dokumentacja homologacyjna (Świadectwo homologacji typu WE) nie potwierdzała zadeklarowanych przez Odwołującego danych dotyczących wariantu pojazdu bazowego, co uniemożliwiło Zamawiającemu identyfikację pojazdu w procesie wyboru oferty oraz w sposób jednoznaczny świadczyło o niezgodności przedłożonej przez Odwołującego oferty z wymaganiami SIWZ. Nie jest również prawdą, jakoby to wariant pojazdu wynikał z punktu 0.2.1 Dokumentu Informacyjnego do Świadectwa homologacji typu WE, albowiem punkt ten odnosi się do oznaczenia handlowego (...), a nie do wariantu pojazdu, a zatem Odwołujący nie wskazał ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach złożonych do jej treści wymaganego przez Zamawiającego wariantu pojazdu bazowego.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że wbrew temu na co wskazuje Odwołujący dane dotyczące wariantu pojazdu bazowego zaoferowanego przez Odwołującego nie są ujęte w załączonych do oferty Odwołującego dokumentach, ponadto zgodnie z treścią SIWZ wariant powinien wynikać z dokumentów wskazanych w pkt 1.1 OPZ, a nie z dokumentów handlowych.

W zakresie własnej oferty Konsorcjum W stwierdziło, że wskazało wariant oferowanego pojazdu bazowego (w skróconym zapisie N38, którego rozszerzone oznaczenie przybierze zapis N.), oraz złożyło w tym zakresie wyczerpujące i spójne wyjaśnienia, czego nie zrobił Odwołujący.

Chybiony jest również kolejny zarzut Odwołującego, jakoby to podstawą do obliczenia wartości współczynnika K2, tj. współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy pojazdu silnika netto, miała być wartość maksymalnej masy całkowitej pojazdu. Zamawiający – co wyraźnie wynikało ze SIWZ oraz formularza ofertowego – żądał od wykonawców podania masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy (Rozdział XIV pkt. 2 SIWZ), a nie maksymalnej masy całkowitej pojazdu, na co powołuje się Odwołujący.

Przyjmując interpretację Odwołującego i przedstawioną przez niego metodę wyliczenia współczynnika należy zauważyć, że dzieląc podaną w ofercie Odwołującego maksymalną masę całkowitą pojazdu tj. 13.400 kg przez wartość mocy silnika netto tj. 213 kW otrzymamy wynik 62,91 kg/kW, a nie jak podał to Odwołujący 61,028 kg/kW.

Mając zaś na uwadze wartość wskazanego przez Odwołującego współczynnika K2, tj. 61,028 kg/kW, to należy wskazać, że przy wartości mocy silnika netto 213 kW, wartość maksymalnej całkowitej masy pojazdu bazowego wyniosłaby 12.998,964 kg, a ta wartość nie znajduje odzwierciedlenia ani w dokumentach złożonych przez Odwołującego, ani też w dokumentach producenta podwozia pojazdu. Powyższe wskazuje na to, iż przyjęte przez Odwołującego wyliczenia współczynnika K2 były całkowicie błędne i nieoparte wymaganą przez Zamawiającego dokumentacją, a zatem już z tego powodu oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu. Całkowicie zatem nieuzasadnione jest oczekiwanie Odwołującego, iż to sam Zamawiający będzie wyliczał wymagane w SIWZ wartości współczynników, abstrahując już od samego faktu, iż na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów byłoby to całkowicie niemożliwe, z przyczyn wyjaśnionych powyżej.

Interpretacja Odwołującego, jakoby to miało chodzić o maksymalną masę całkowitą pojazdu jest sprzeczna nie tylko z jednoznacznymi postanowieniami SIWZ, definicjami legalnymi wynikającymi z obowiązujących przepisów prawa, ale również z zasadami logiki. Z samej definicji pojazdu bazowego zawartej w § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministrów wynika wyraźnie, że pod pojęciem pojazdu bazowego rozumie się pojazd, na bazie którego jest budowany pojazd specjalny, używany do celów specjalnych. Gotowy pojazd specjalny z kompletną zabudową nie może zatem być utożsamiany z pojazdem bazowym. Jednocześnie, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, jakoby to podwozie z kabiną nie mogło zostać uznane za pojazd bazowy gotowy do jazdy, należy wskazać, że elementem kluczowym tego pojęcia nie jest, jak twierdzi Odwołujący, dopuszczenie do ruchu przez możliwość rejestracji na stałe, ale przystosowanie pojazdu do poruszania się po drodze, zgodnie z definicjami pojazdu i pojazdu samochodowego wynikającymi z ustawy prawo o ruchu drogowym. Należy też dodać, że podwozie może zostać dopuszczone do ruchu drogowego na podstawie czasowej rejestracji, co jest częstą i normalną praktyką w przypadku konieczności jego transportu lub przeprowadzenia badań trakcyjnych. Jednocześnie należy stwierdzić, że to właśnie podwozie z kabiną stanowiące pojazd bazowy jest przedmiotem homologacji i to właśnie na pojazd bazowy (a nie na kompletny pojazd specjalny po zabudowie), wydawane są świadectwa homologacji, co również wyraźnie wynika z § 3 wspomnianego wyżej rozporządzenia. W dalszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający w sposób szczegółowy opisał w SIWZ, co należy rozumieć pod pojęciem pojazdu bazowego. W rozdziale V pkt 1.1-1.10 OPZ w sposób bardzo dokładny

przedstawione zostały wymagania techniczne, które spełniać ma pojazd bazowy, a z których to wyraźnie wynika, że pojazdem bazowym jest podwozie, a nie gotowy pojazd specjalny wraz z zabudową.

Zamawiający wymagał podania w ofercie współczynnika masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika, a więc nie można uznać za prawidłowe stanowiska Odwołującego, jakoby to należało przyjąć maksymalną masę całkowitą pojazdu. Stanowisko to jest nie tylko sprzeczne z opisem pojazdu bazowego wynikającym ze SIWZ, ale również z przytoczoną przez samego Odwołującego definicją wynikającą z Rozporządzenia. Z definicji tej wynika, że w przypadku pojazdów silnikowych masa pojazdu gotowego do jazdy oznacza masę pojazdu, ze zbiornikiem(-ami) paliwa napełnionym(-i) co najmniej w 90 %, łącznie z masą kierowcy, paliwa i płynów, z wyposażeniem standardowym, zgodnie ze specyfikacjami producenta oraz, jeżeli są zamontowane, z masą nadwozia, kabiny, sprzęgu i koła(-ó) zapasowego(-ych) oraz narzędzi. Masa nadwozia brana jest pod uwagę zatem tylko i wyłącznie wówczas, gdy nadwozie produkowane jest przez producenta podwozia, (tj. producenta pojazdu bazowego), co nie ma miejsca w przedmiotowej sytuacji. Jednocześnie należy wskazać, że dokumenty homologacyjne wydawane przez producenta pojazdu bazowego (M.) oraz odwołujące się do Rozporządzenia nie zawierają wartości masy pojazdu z zabudową (nadwoziem), a wszystkie opisane w nich warianty pojazdów odnoszą się jedynie do masy podwozia wraz z kabiną. Dokumenty homologacyjne dla wariantu N38 zaoferowanego przez Przystępującego, wydane na podstawie Rozporządzenia, określają masę pojazdu gotowego do jazdy o wartościach w przedziałach od 5.400 kg do 10.300 kg, a zatem oczywistym jest, że wartości odnoszą się tylko i wyłącznie do masy podwozia i kabiny, a nie dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu po jego zabudowie.

Co więcej, stanowisko Odwołującego jest również sprzeczne z jego wyjaśnieniami z 26 lipca 2017 r. oraz załączonym do nich dokumentem Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załączonymi do niego kartami katalogowymi producenta podwozia, z których to dokumentów wyraźnie wynika, że potwierdzenie spełnienia warunków określonych w SIWZ dotyczy podwozia z kabiną, tj. pojazdu bazowego, a nie pojazdu zabudowanego. Mając powyższe na uwadze, całkowicie niezrozumiałym jest sposób obliczenia przez Odwołującego współczynnika K2, skoro z treści wyjaśnień samego Odwołującego wynika, iż miał on świadomość w jaki sposób SIWZ definiuje pojęcie pojazdu bazowego gotowego do jazdy.

Jednocześnie nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że to Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinien był dokonać poprawy oferty złożonej przez Odwołującego. W tym trybie możliwe jest bowiem poprawienie jedynie omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, o ile odda to pierwotny sens i znaczenie

oferty, a nie doprowadzi do powstania całkowicie nowego, odmiennego oświadczenia wykonawcy, które nie było zawarte w treści jego oferty. Należy również wskazać, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega nie tylko na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; lecz także na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego).

Ponadto, z treści z art. 87 ust. 1 Pzp wyraźnie wynika, że niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji co do treści złożonej przez wykonawcę oferty oraz wprowadzania w niej zmian, poza przypadkami wskazanymi w Pzp. Zatem oczekiwanie Odwołującego, że to Zamawiający powinien był doprowadzić ofertę Odwołującego do zgodności ze SIWZ jest całkowicie bezpodstawne i stoi w sprzeczności z jasnymi w tym zakresie przepisami Pzp. Warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, że elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Istotnym jest, aby były one wynikiem omyłki, a ich poprawienie nie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Należy przy tym jednakże podkreślić, że dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą prowadzić do zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów, a do tego właśnie sprowadzałoby się poprawienie oferty Odwołującego przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz odnosząc się ponownie do sposobu obliczenia przez Odwołującego wymaganego współczynnika K2, oraz twierdzeń Odwołującego, jakoby to Zamawiający na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów i wyjaśnień mógł sam ustalić sobie masę podwozia z kabiną, to należy stwierdzić, iż wskazane na str. 64 opisu pojazdu bazowego dane dotyczące masy podwozia z kabiną o wartości 5.495 kg, odnoszą się do innej konfiguracji, którą w ofercie zmienił sam Odwołujący, przekreślając oryginalne wartości nośności poszczególnych osi i maksymalnej masy całkowitej pojazdu, podając w ich miejsce wartości wyższe tj. 6.300 kg dla osi 1 i 7.100 kg dla osi 2, oraz maksymalną masę całkowitą 13.400 kg, podczas gdy wartość masy podwozia z kabiną 5.495 kg dotyczyła maksymalnej masy całkowitej pojazdu o wartości 13.000 kg, a nie 13.400 kg. Zatem jeżeli Odwołujący wskazał inne wartości nośności osi, to logicznym jest, że zmieni się również wartości masy podwozia z kabiną i nie wyniesie ona wówczas 5.495 kg, na którą to wartość powołuje się Odwołujący. Należy również dodać, iż wskazana w ofercie

Odwołującego nośność obciążenia (parametr G53) na poziomie 7.505 kg po dodaniu do niej wartości masy podwozia z kabiną (5.495 kg), nie daje wartości dopuszczalnej masy całkowitej wskazanej przez Odwołującego tj. 13.400 kg, lecz wartość 13.000 kg, co jest kolejnym argumentem świadczącym o tym, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący Zamawiający nie mógł w żaden sposób samodzielnie określić masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy, albowiem przedstawione przez Odwołującego dane są w tym zakresie całkowicie niespójne.

Jednocześnie z informacji uzyskanych od oficjalnego przedstawiciela producenta pojazdu (M. sp. z o.o.) wynika, że załączone przez Odwołującego do jego oferty dokumenty dotyczące podwozia nie są aktualną dokumentacją producenta (dokumentacja ta pochodzi z roku 2016). Producent podwozia nie jest autorem naniesionych w niej zmian i dopisków, w tym zmian dotyczących nośności osi, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja nie jest zgodna z wymogiem określonym w pkt. 1.10 OPZ, zgodnie z którym spełnienie wymogów powinno być potwierdzone na podstawie dokumentu wystawionego przez producenta pojazdu bazowego. W konsekwencji masa podwozia z kabiną w oznaczeniu kodowym G50 (ciężary) nie jest wielkością miarodajną, gdyż prawidłowa masa podwozia z kabiną jest wyznaczana za pomocą specjalnego algorytmu różnicowego na plus i na minus w odniesieniu do konkretnej kompletacji podwozia z kabiną zleconego do produkcji. Wskazana masa 5.495 kg jest wartością średnio ważoną dla standardowej kompletacji pojazdu, a rzeczywista masa konkretnego pojazdu będzie istotnie wyższa i zamieszczona zostanie w CoC (*Certificate of Conformity*), tak jak zostało to przedstawione w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 26 lipca 2017 r. Nie jest zatem możliwe przyjęcie tej wartości masy (tj. 5.495 kg) do obliczenia współczynnika K2 wymaganego w SIWZ przez Zamawiającego. Mając na uwadze, że przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja nie jest już w chwili obecnej aktualna, należy także nadmienić, iż zaproponowany układ napędowy, tj. silnik (...) aktualnie zostałby zastąpiony silnikiem(...), i skrzynia biegów o oznaczeniu (...) zostałaby zastąpiona aktualnie skrzynią biegów(...), a zatem niemożliwe byłoby wyprodukowanie i dostarczenie pojazdu bazowego, o konfiguracji przedstawionej przez Odwołującego, co wyraźnie wskazuje przedstawiciel producenta podwozia i co wynika również z dokumentów homologacyjnych.

Kompletnie niezrozumiała jest również argumentacja Odwołującego jakoby to oferta złożona przez Przystępującego miała być niezgodna z treścią SIWZ. Uczestnik w sposób prawidłowy wyliczył wartość współczynnika K2, stosując się w tym zakresie w pełni do treści SIWZ oraz zawartych w nim wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pojazdu bazowego. Całkowicie nieprawdziwe są także twierdzenia Odwołującego, jakoby masa całkowita zaoferowanego przez niego pojazdu przekroczyć miała 16.000 kg. Uwagi Odwołującego, że suma maksymalnych mas przypadających na oś powinna

pokrywać się z maksymalną masą całkowitą pojazdu świadczy natomiast o całkowitej nieznanym specyfikacji pojazdów specjalnych i jest najprawdopodobniej działaniem Odwołującego mającym wprowadzać w błąd. Konsorcjum W wyjaśniło, że maksymalne masy przypadające na poszczególne osie zazwyczaj nie sumują się z maksymalną masą całkowitą pojazdów. Zgodnie z § 5 Rozporządzenia Ministrów, masa całkowita pojazdu, rozkład tej masy na osie oraz masa przypadająca na każdą z osi nie może przekroczyć maksymalnych wartości określonych przez producenta pojazdu bazowego. Oznacza to, że rozkład masy przypadającej na każdą z osi określa producent pojazdu bazowego. Masy te co do zasady nie sumują się z maksymalną masą całkowitą pojazdu. Powyższe potwierdzone jest na tabliczkach znamionowych producentów pojazdów bazowych, jak również w treści przykładowego świadectwa CoC (*Certificate of Conformity*), wydanego na tego typu pojazd bazowy producenta M., z którego wyraźnie wynika iż przy wartości maksymalnej masy całkowitej 16.000 kg, wartości masy dopuszczalnej przypadającej na każdą z osi (dopuszczalna masa nacisku na oś) wynoszą 7.100 kg i 11.500 kg.

Przytoczone powyżej wyjaśnienia oraz argumentacja, jak również załączone dowody z dokumentów w sposób jednoznaczny świadczą o tym, że decyzja Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego była w pełni prawidłowa, jak również o tym, że nie ma żadnych podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum W, która jest w pełni zgodna z SIWZ.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. wyciągu z homologacji – dokumentu informacyjnego z tłumaczeniem na język polski,
2. zdjęć tabliczek znamionowych pojazdów bazowych producentów (...), (...) i M.,
3. przykładowego świadectwa zgodności WE (CoC – *Certificate of Conformity*) z tłumaczeniem na język polski.

Na rozprawie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując argumentację zawartą w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum W stwierdził dodatkowo, że są one przedwcześnie. Wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści załącznika nr 3 do świadectwa homologacji.

Odwołujący na rozprawie wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści opinii prywatnej z 28 lipca 2017 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba postanowiła o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym Konsorcjum W (dalej również „Przystępujący”) stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki warunkujące skuteczność przystąpienia, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ z załącznikami,
2. ofert Odwołującego i Przystępującego,
3. wezwań Odwołującego i Przystępującego do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów (korespondencja z 12 lipca 2017 r.),
4. pisma Odwołującego z 12 lipca 2017 r. stwierdzającego nieprawidłowości w ofercie Przystępującego,
5. pism Odwołującego i Konsorcjum W z 26 lipca 2017 r. z załącznikami (odpowiedzi na wezwania),
6. zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego,
7. dokumentów załączonych do pisma procesowego Wykonawcy W,

Izba uznała dowód z opinii prywatnej za pisemne stanowisko strony, która go złożyła, a ponadto pominęła zawnioskowany przez Zamawiającego dowód z uwagi na fakt, że nie został złożony wraz z tłumaczeniem na język polski (por. § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t. ze zm.).

Odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na zaniechanie podania wariantu oferowanych pojazdów bazowych

Zgodnie z Rozdziałem VII ust. 2 pkt 2.2 SIWZ, w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego wykonawca ma złożyć wraz z ofertą kopię dokumentu dopuszczonego prawem, poświadczającego spełnienie wymogu w zakresie pojazdu bazowego, określonego w pkt 1.1 OPZ, tj.

1. świadectwo homologacji typu pojazdu,
2. świadectwo homologacji typu WE pojazdu,
3. świadectwo dopuszczenia indywidualnego WE pojazdu,
4. dopuszczenie jednostkowe pojazdu,
5. decyzję administracyjną właściwego organu, uznającą świadectwo homologacji typu, wydane na dany typ pojazdu przez właściwy organ innego niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskiego Unii Europejskiej,

6. decyzję administracyjną właściwego organu, uznającą dopuszczenie jednostkowe pojazdu, udzielone na dany pojazd przez właściwy organ państwa członkowskiego Unii Europejskiej zgodnie z procedurą.

W tabeli zamieszczonej w pkt 3 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał podania marki, typu, wariantu i oznaczenia handlowego oferowanych pojazdów z zawartym w pouczeniu znajdującym się pod tabelą zastrzeżeniem „zgodnie z dokumentem określonym w pkt 1.1 OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ”.

W ofercie Odwołującego oferowane pojazdy bazowe zostały oznaczone we wspomnianej tabeli w następujący sposób:

1. Marka – (...)
2. Typ –(...),
3. Wariant – T.,
4. Oznaczenie handlowe –(...).

W ofercie Przystępującego pojazdy oznaczone zostały w następujący sposób:

1. Marka – (...),
2. Typ –(...),
3. Wariant – T.,
4. Oznaczenie handlowe –(...).

Do każdej z ofert załączone zostało świadectwo homologacji typu WE oraz dokumenty informacyjne producenta pojazdów.

Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie okoliczności, czy z załączonych do ofert dokumentów wynikają wpisane do formularzy ofertowych dane w zakresie wariantu i oznaczenia handlowego pojazdów. Wobec tego, pismami z 12 lipca 2017 r., wezwał Odwołującego i Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów stwierdzając, że „[...]wymagane jest uzupełnienie dokumentacji homologacyjnej nr (...) oferowanego pojazdu bazowego, z której jednoznacznie będzie wynikać oferowany wariant i oznaczenie handlowe pojazdu[...]”.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący ponownie przedstawił Zamawiającemu dokumenty, które złożył wraz z ofertą, z zaznaczeniem istotnych – jego zdaniem – fragmentów ich treści, z których wynikać miały oczekiwane przez Zamawiającego dane. Przystępujący złożył natomiast wyjaśnienia, w których stwierdził, że wskazany w formularzu ofertowym wariant (T.) stanowi *de facto* oznaczenie handlowe i wyjaśnił w jaki sposób oznaczany jest wariant oferowanego pojazdu bazowego, a nadto załączył do wyjaśnień stosowne dokumenty – załącznik nr 3 do dokumentacji homologacyjnej, z której opisany w wyjaśnieniach wariant pojazdów miał wynikać.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego posiłkując się stanowiskiem Konsorcjum W dotyczącym sposobu oznaczania wariantu pojazdu.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego się wykonawcy, a związane z tą czynnością zarzuty odwołania są nietrafne.

Konstrukcja tabeli zawartej w pkt 3 formularza ofertowego – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – nie pozostawia, w ocenie Izby, wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było określenie wariantu oferowanych pojazdów zgodnie z załączonym do oferty dokumentem wymienionym w Rozdziale V ust. 1 pkt 1.1 OPZ. Świadczy o tym niezbitie przytoczone powyżej pouczenie zawarte pod wspomnianą tabelą. Odwołujący miał również niewątpliwie możliwość uzupełnienia dokumentów, z których wynikać miała wzmiankowana informacja, tym niemniej – w odróżnieniu od Przystępującego – nie sprostął temu wymogowi. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego i Konsorcjum W, że wariant pojazdów określa załącznik do dokumentacji homologacyjnej, którego Odwołujący nie złożył. Nie stanowi usprawiedliwienia dla tego zaniechania okoliczność, że – jak wyjaśnił – „całość dokumentacji dotyczącej homologacji liczy kilkaset stron i jej złożenie byłoby niecelowe” (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 6), ponieważ wykonawcy nie byli wcale zobligowani, ani na mocy postanowień SIWZ, ani na podstawie wezwania do uzupełnienia dokumentów, do przedstawiania Zamawiającemu całości dokumentacji homologacyjnej, a jedynie do tej jej części, z których wynikały dane ujęte we wzorze tabeli zawartej w pkt 3 formularza ofertowego. Ponadto, nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem, jakoby ten brak mógłby być sanowany w drodze przyjęcia domniemania zgodności oferty z SIWZ, na co wskazywał Odwołujący twierząc „[...]nieuprawnione jest zakładanie, że wykonawca składa ofertę niezgodną z SIWZ, skoro w formularzu oferowanym potwierdza okoliczność przeciwną.[...]” (*Ibidem*). Oświadczenie o zapoznaniu się z SIWZ i zaakceptowaniu jego treści, poparte deklaracją o realizacji zamówienia zgodnie z jej postanowieniami, nie może zastępować, czy uzupełniać poszczególnych elementów oferty, które wbrew wyraźnym wymaganiom Zamawiającego miały zostać doprecyzowane i poparte stosownymi dokumentami. *Ad casum* niekwestionowanym i czytelnym wymogiem Zamawiającego było, aby przedmiot świadczenia konkretyzowała m.in. informacja o wariacie oferowanych pojazdów, która wynikać miała ze świadectwa homologacji typu WE, natomiast Odwołujący ani w toku Postępowania, ani nawet w trakcie postępowania odwoławczego nie wskazał na oznaczenie stanowiące wariant oferowanych pojazdów. Zawarte w odwołaniu ogólne stwierdzenie, że wariant określony został w dokumencie informacyjnym, do którego odsyła pkt 0.2.1 świadectwa homologacji (odwołanie, str. 5) było, w ocenie Izby, chybione, jako że w przywołanym pkt świadectwa mowa jest o nazwie handlowej, zaś Odwołujący nie przedstawił argumentów przemawiających za utożsamianiem wzmiankowanych pojęć.

Co więcej, Odwołujący w treści odwołania potwierdził *de facto*, że nie podał wariantu oferowanych pojazdów bazowych, stwierdzając *explicite*, tu cytat: „[...]Sam fakt, że Odwołujący nie podał w swoich wyjaśnieniach ciągu znaków, który precyzowałby wariant pojazdu bazowego, nie może powodować powinna podlegać odrzuceniu[...]” (odwołanie, str. 6), uzasadniając ten wniosek błędnym założeniem, że Zamawiający nie określił takiego wymogu w SIWZ i – jak wspomniano – nie podając jednocześnie jak brzmi wariant oferowanych pojazdów.

Skład orzekający nie znalazł również podstaw do przychylenia się do argumentacji Odwołującego, jakoby uwzględnienie wyjaśnień Konsorcjum W w przedmiocie wariantu pojazdów doprowadzić miało do nieuprawnionej zmiany treści złożonej przez nie oferty, bowiem argumentacja taka nie znajduje odzwierciedlenia w odwołaniu. Przypomnieć należy zatem, że z przepisu art. 192 ust. 7 Pzp wynika zakaz orzekania o zarzutach, które nie zostały zawarte w odwołaniu.

Sposób obliczenia współczynnika w kryterium K2

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 1 jednym z kryteriów oceny ofert, któremu Zamawiający nadał wagę 25%, był współczynnik masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy do maksymalnej mocy netto silnika (K2).

W ofercie Odwołującego parametr ten został określony na 61,028 kg/kW, natomiast w ofercie Konsorcjum W – na 25,65 kg/kW.

Pismem z 12 lipca 2017 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego m.in. o nieprawidłowym określeniu przez Przystępującego wartości wspomnianego współczynnika stwierdzając, że jako podstawa jego obliczenia użyta została masa własna podwozia, a nie pojazdu gotowego do jazdy. W powołaniu na normę PN-EN 1846-2, definiującą masę nieobciążonego pojazdu i maksymalną masę rzeczywistą (MMR), Odwołujący wskazał, że współczynnik masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy powinien odnosić się do maksymalnej masy rzeczywistej pojazdu.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego stwierdził m.in., że do obliczenia ocenianego w kryterium K2 współczynnika nie zastosował on masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy. Przytoczył definicję pojazdu bazowego z Rozporządzenia Ministrów i masy pojazdu gotowego do jazdy z Dyrektywy i podał, że Odwołujący błędnie obliczył sporny parametr w oparciu o maksymalną masę rzeczywistą pojazdu.

Izba uznała, że zarzuty odwołania podlegają oddaleniu.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że definicja przytoczona w podstawach odrzucenia oferty Odwołującego rzeczywiście została usunięta z Dyrektywy. Co więcej, porównanie jej treści z definicją zawartą w Rozporządzeniu nasuwa wniosek o różnicach w

ich treści, nie odnoszą się one również wprost do masy pojazdu bazowego gotowego do jazdy, a do masy pojazdu gotowego do jazdy. Istotne jest jednak, że żadna z nich nie odwołuje się do maksymalnej masy rzeczywistej pojazdu, która stanowić miała, w przekonaniu Odwołującego, podstawę obliczenia współczynnika. W ocenie Izby obowiązującą definicję pojazdu gotowego do jazdy należało odnieść do opisanego w pkt 1.1 OPZ pojazdu bazowego i na tej podstawie dokonać stosownego wyliczenia, ergo twierdzenie jakoby postanowienia SIWZ były niejednoznaczne oceniono nie tylko jako spóźnione, ale również nietrafne. Ewentualne wątpliwości Odwołującego w zakresie prawidłowej interpretacji relewantnych postanowień SIWZ powinny zostać rozstrzygnięte w trybie art. 38 Pzp, a w przypadku stwierdzenia, że naruszają one przepisy Pzp – w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem byłaby kontrola postanowień SIWZ. W konsekwencji nie mogło odnieść skutku wskazywanie przez Odwołującego, że bardziej racjonalna byłaby ocena innego (lub inaczej skonstruowanego) parametru, czy forsowanie własnej interpretacji omawianego kryterium oceny ofert.

Skład orzekający nie dopatrył się podstaw do nakazania Zamawiającemu wzywania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu obliczenia przedmiotowego współczynnika. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający – dokonując oceny oferty Odwołującego – dysponował jego stanowiskiem w tej kwestii (*vide* pismo Odwołującego z 12 lipca 2017 r.).

Izba nie stwierdziła również przesłanek do skorygowania wartości współczynnika w trybie poprawienia tzw. innej omyłki. Przede wszystkim, zdaniem Izby, zarzucona Odwołującemu niezgodność oferty z SIWZ nie miała omyłkowego charakteru. Mianem omyłki określa się bowiem niezamierzoną niedokładność, podczas gdy ze stanowiska Odwołującego zawartego w piśmie z 12 lipca 2017 r. wynika, że intencjonalnie określił on oceniany współczynnik na poziomie 61,028 kg/kW, błędnie interpretując postanowienia SIWZ. Poza tym skład orzekający wskazuje, że poprawienie tego parametru w ofercie Odwołującego skutkowałoby istotną zmianą jej treści, jako że dotyczyłaby ona jednego z wysoko punktowanych kryteriów oceny ofert.

Jedynie na marginesie dodać wypada, że Odwołujący nie wskazał w ogóle jaką wartość powinien mieć omawiany parametr po dokonanej korekcie rzekomej omyłki.

Zarzuty wobec oferty Konsorcjum W

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie jako przedwczesne.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że ostatnią czynnością Zamawiającego dotyczącą udziału Przystępującego w Postępowaniu było poinformowanie go, pismem z 22 sierpnia 2017 r., o bezskuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z 26 lipca 2017 r. W konsekwencji

skład orzekający uznał, że Zamawiający w dalszym ciągu znajduje się w procesie badania i oceny oferty Konsorcjum W, zwłaszcza w kontekście złożonych przez nie wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów przedmiotowych. Jakkolwiek z przepisu art. 180 ust. 1 Pzp wynika, że odwołanie przysługuje także wobec zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, to jednak nie wskazują one terminu, w którym zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że jak długo zamawiający nie poinformuje o jednej z czynności wymienionych w art. 92 ust. 1 Pzp uprawniony jest wniosek, że nie zakończył jeszcze procesu badania i oceny ofert prowadzącego do wyboru najkorzystniejszej z nich.

Istotna dla omawianej problematyki jest również dokonana w 2016 r. zmiana wspomnianego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp. *De lege lata* zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego, niezwłocznego informowania wykonawców, którzy złożyli oferty o decyzjach podjętych w przedmiocie samych ofert, bądź wykonawców, którzy je złożyli. Aktualnie zamawiający może dokonywać takich czynności stopniowo, tj. w miarę dokonywanego badania i oceny sytuacji podmiotowej wykonawców oraz treści złożonych przez nich ofert. Taki właśnie przypadek miał miejsce w przedmiotowej sprawie, ponieważ Zamawiający wezwał Odwołującego i Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i po zapoznaniu się z nimi dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, informując o tym uczestników Postępowania pismem z 8 sierpnia 2017 r., Zamawiający nie podjął natomiast żadnej czynności względem oferty Konsorcjum W, w szczególności nie dokonał jej wyboru, ani odrzucenia. Z omówionych powyżej względów nie sposób również twierdzić, że Zamawiający dopuścił się zaniechania jakiegokolwiek czynności względem oferty Przystępującego, w szczególności jej odrzucenia z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: