

Sygn. akt: KIO 1749/11

## WYROK

z dnia 26 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Zeszuta sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Pogotowie Ratunkowe w Jeleniej Górze**

przy udziale wykonawcy **AMZ-Kutno sp. z o.o. w Kutnie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę AMZ-Kutno sp. z o.o. w Kutnie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Pogotowie Ratunkowe w Jeleniej Górze i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Zeszuta sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Pogotowia Ratunkowego w Jeleniej Górze** na rzecz **Zeszuta sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Pogotowie Ratunkowe w Jeleniej Górze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa ambulansów na bazie furgonu wraz z wyposażeniem medycznym w ramach projektu Transgraniczna współpraca służb ratownictwa medycznego Kraju Kralovohradeckiego i Jeleniej Góry. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 25 marca 2011 r. nr 2011/S 59-095712.

W dniu 5 sierpnia 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Zeszuta sp. z o.o. w Warszawie zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze w zakresie pakietu I jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę AMZ-Kutno sp. z o.o. w Kutnie, zwanemu dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, a także wobec zaniechania dokonania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wniósł w dniu 16 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, iż wykonawca ten nie wykazał, iż oferowana przez niego dostawa odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego, tj. wykonawca nie dołączył do oferty dla oferowanych pojazdów prawidłowego wymaganego Działem 11 siwz tytuł „Dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego” pkt 11.3 siwz „Wyciągu z homologacji na samochód bazowy i zabudowę”,
- b) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 in fine ustawy Pzp poprzez zakazaną przepisami ustawy zmianę pierwotnie złożonej oferty, tj. zmianę w efekcie dokonanych bezprawnych, niebędących przedmiotem wezwania uzupełnień dokumentów oznaczonych co do tożsamości pierwotnie oferowanych ambulansów o numerze identyfikacyjnym pojazdu WV1ZZZ2EZB6013625 oraz WV1ZZZ2EZB6013735 na ambulanse o numerach identyfikacyjnych pojazdu WV1ZZZ2EZB0009839 oraz WV1ZZZ2EZB0009839. Zmiana taka jest

niedopuszczalna a dokumenty dotyczące pojazdów innych niż zaoferowane w ofercie nie powinny być przez zamawiającego rozpatrywane podczas badania i oceny ofert, gdyż nie dotyczą one przedmiotu, złożonego i nie wycofanego w przewidziany prawem sposób, oświadczenia woli o ściśle określonej treści,

- c) niewykonanie wbrew uwzględnieniu w całości odwołania z dnia 30 czerwca 2011 (potwierdzonym postanowieniem sygn. akt KIO 1396/11) czynności wykluczenia przystępującego z uwagi na złożenie na stronie 69 oferty nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Czyn ten polegał na wskazaniu w „Wyciągu ze świadectwa homologacji dla skompletowanego pojazdu” wystawionego przez przystępującego, datowanego na 09.05.2011 r., podpisanego przez Pana Krzysztofa Krysińskiego informacji polegającej na zaświadczeniu, że pojazd Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL \*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r. odpowiada pod każdym względem kompletnemu typowi opisanemu w świadectwie homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r., gdy tymczasem świadectwo homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r. dotyczy li tylko świadectwa homologacji typu PL \*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. co wynika wprost z treści urzędowego dokumentu.(niewykonanie uwzględnienia odwołania w całości art. 186 ust. 2 in fine oraz naruszenie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w dziale 11 siwz zatytułowanym „Dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego” w pkt 11.3 siwz zamawiający postawił wymóg dołączenia do oferty dokumentu niezbędnego celem rejestracji konkretnych oferowanych pojazdów, tj. „Wyciągu z homologacji na samochód bazowy i zabudowę”. Wymóg ten wymuszał na potencjalnych wykonawcach posiadanie na etapie składania ofert gotowych i określonych co do tożsamości ambulansów przygotowanych do procedury rejestracyjnej w urzędach zezwalających na ich użytkowanie z poszanowaniem ustawy prawo o ruchu drogowym. Przywoływał treść orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 w którym to skład orzekający odniósł się m.in. do zagadnienia istoty oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentów składających się na to przewidziane art. 66 kodeksu cywilnego oświadczenie woli zawarcia umowy zawierające w sobie istotne postanowienia umowy. Odwołująca podzielając pogląd wyrażony w tym orzeczeniu zwracał uwagę, iż dokumenty żądane przez zamawiającego na mocy aktu wykonawczego do ustawy Pzp celem wykazania, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego bezspornie stanowią o treści złożonej oferty, są jej elementem, częścią oświadczenia woli.

Podnosił, iż na stronie 69 i następane oferty przystępujący w odpowiedzi na wymóg zamawiającego dotyczący dołączenia „Wyciągu ze świadectwa homologacji dla skompletowanego pojazdu” dołączył dwa wyciągi z homologacji dla ambulansów numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EVB6013625 oraz WV1ZZZ2EVB6013735. Dołączone dokumenty zawierały nieprawdziwe informacje, że ambulanse o ww. numerach identyfikacyjnych pojazdu zaoferowane przez przystępującego na pojeździe bazowym Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL \*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r. odpowiadają pod każdym względem kompletnemu typowi opisanemu w świadectwie homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r.

Podnosił, iż w dniu 22 lipca 2011 r. zamawiający, na skutek wniesionych przez odwołującego uprzednio środków ochrony prawnej, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przytaczał treść wezwania z dnia 22 lipca 2011 r. i wywodził, iż przystępujący nie uczynił zadość powyższemu wezwaniu, tj. nie złożył wyjaśnień w zakresie sprzeczności w dokumentach homologacyjnych będących podstawą rejestracji przedmiotu oferty jak i nie wykazał, iż posiada świadectwo homologacji wydane przez uprawniony organ dla pojazdu zaoferowanego na bazie pojazdu podstawowego, posiadającego homologację nr PL\*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r.

Podkreślał, iż w dniu 27 lipca 2011 r. przystępujący wystosował do zamawiającego pismo w którym stwierdził jedynie, iż „Informuje iż do oferty przetargowej omyłkowo zostały dołączone błędne dokumenty (wyciąg świadectw homologacji na pojazd bazowy oraz pojazd skompletowany specjalny sanitarny)”. Jednocześnie, zdaniem odwołującego, wykonawca do wyjaśnień dołączył komplet dokumentów homologacyjnych nie będących przedmiotem skonkretyzowanego przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokumenty te dotyczących innych ambulansów niż będących przedmiotem oświadczenia woli z oferty opartych na bazie pojazdu podstawowego, posiadającego homologację nr PL\*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. a więc zupełnie odmiennych od będących przedmiotem wezwania.

Podnosił, iż zamawiający mimo, iż wykonawca: nie odpowiedział na jego skonkretyzowane wezwanie, nie wyjaśnił sprzeczności, które świadczą o złożonych przez niego nieprawdziwych informacjach, nie wykazał, iż posiada świadectwo homologacji wydane przez uprawniony organ dla pojazdu zaoferowanego na bazie pojazdu podstawowego, posiadającego homologację nr PL\*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r. i wreszcie celowo przedstawił dokumenty dotyczące zupełnie innych pojazdów od oferowanych - nie wykluczył go z postępowania ani nie odrzucił jego oferty jako sprzecznej z treścią siwz pomimo, iż na taką konieczność wskazują wszelkie zebrane w sprawie dowody jak i wiążące

Zamawiającego oświadczenie woli o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania z dnia 6 lipca 2011 r. znak ZP 4-28/2011.

Odwołujący podnosił ponadto, że zamawiający poprzez zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, honorując jednocześnie dokumenty dołączone do pisma wykonawcy z dnia 27.07.2011 r. de facto dopuścił do zakazanej przepisami ustawy zmiany pierwotnie złożonej oferty. Zmiana ta dotyczyła istoty oferty, tj. jej przedmiotu. W efekcie doszło do niedopuszczalnej zmiany oferty polegającej na zaoferowaniu innych niż oznaczonych co do tożsamości pierwotnie oferowanych ambulansów o numerze identyfikacyjnym pojazdu WV1ZZZ2EZB6Q13625 oraz WV1ZZZ2EZB6013735 na ambulanse o numerach identyfikacyjnych pojazdu WV1ZZZ2EZB0009839 oraz WV1ZZZ2EZB0009839. Przypominał iż wyciągi homologacyjne są dokumentami wystawianymi na konkretny w pełni opisany o konkretnych cechach, oznaczony co do tożsamości ambulans i są one zarazem niezbędne przy procesie rejestracji pojazdu, co uzasadnia ich żądanie przez zamawiającego.

Odwołujący wywodził również, że zamawiający nie wykonał zobowiązania wynikającego z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania datowanego na 30 czerwca 2011 r., tj. nie wykluczył przystępującego z postępowania mimo, iż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W toku ponownego badania i oceny ofert zamawiający winien nabrać w tym względzie pewności w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca nie uczynił zadość treści wezwania zamawiającego z dnia 22.07.2011 r. Zamawiający zobowiązał się uwzględnieniem odwołania do wykluczenia przystępującego oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, mimo to tego nie uczynił. Zamawiający mimo, iż pozyskał dodatkowe dowody w postaci wyjaśnień przystępującego z dnia 27.07.2011 r. świadczące na niekorzyść tegoż wykonawcy, ponownie zaniechał wykluczenia go z postępowania, odrzucenia złożonej przez niego oferty. Dodatkowo zamawiający nie wykonał swego zobowiązania o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania z dnia 30 czerwca 2011 r. do czego zobowiązywała go treść art. 186 ust. 2 in fine u.p.z.p.

Celem poparcia swych twierdzeń o zaistnieniu sytuacji faktycznej opisanej w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący przytaczał przepisy art. 68 ustawy prawo o ruchu drogowym. Podkreślał, iż zamawiający w toku badania i oceny ofert nie spostrzegł na stronie 69 oferty przystępującego nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W „Wyciągach ze świadectwa homologacji dla skompletowanego pojazdu” dla numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6013625 oraz WV1ZZZ2EZB6013735 wystawionych przez przystępującego, datowanych na 09.05.2011 r., złożono nieprawdziwą informację polegającą na zaświadczeniu, że ambulans wykonany

przez przystępującego na pojeździe bazowym Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL \*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r. odpowiada pod każdym względem kompletnemu typowi opisanemu w świadectwie homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r.

Świadectwo homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r. w przedmiocie typu pojazdu skompletowanego (ambulansu) wystawione przez Ministerstwo Infrastruktury dotyczy tylko i wyłącznie świadectwa homologacji typu PL \*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. co wynika wprost z treści urzędowego dokumentu. Wykonawca AMZ Kutno oferując pojazdy wyprodukowane po dniu 26.11.2009 r., tj. po dniu w którym producent pojazdów zmodyfikował pojazdy bazowe może posługiwać się świadectwem homologacji typu PL \*3576\*04 z dnia 1.07.2009 r. wystawionego w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej przez Ministerstwo Infrastruktury jedynie dla pojazdów bazowych z homologacją typu PL \*3403\*03 z dnia 26.06.2009.

Zmiana w homologacji pojazdu bazowego powodowała obowiązek i konieczność ubiegania się przez przystępującego o wystawienie przez Ministerstwo Infrastruktury nowego świadectwa homologacji typu pojazdu skompletowanego (ambulansu) wskazującego, że dotyczy ona homologacji nowego typu pojazdów bazowych, tj. PL\*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r. Przywoływał korespondencję z Ministerstwem Infrastruktury. Stanowisko Ministerstwa nie pozostawia wątpliwości, iż dla nowej homologacji pojazdu bazowego winna zostać wydana nowa homologacja na pojazd typu skompletowanego (czyli ambulansu). Posługiwanie się homologacją wydaną na poprzednią wersję pojazdu bazowego możliwe jest w odniesieniu tylko i wyłącznie do tej starszej wersji, której produkcja została zakończona w roku 2009.

W „wyciągu ze świadectwa homologacji dla skompletowanego pojazdu” dla numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6013625 wystawionego przez przystępującego, datowanego na 09.05.2011 r., złożono nieprawdziwą informację mającą istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż w rzeczywistości przystępujący nie jest w stanie wylegitymować się prawidłowymi dokumentami homologacyjnymi a zatem i zgodnym z prawdą z nich wyciągiem, tj. oferowane przez wykonawcę dostawy nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego wyrażonym w poz. 11.3 siwz. Wykonawca omawianym wytworzonym przez siebie dokumentem, wprowadził zamawiającego w błąd co do właściwości przedmiotu oferowanej dostawy, tj. iż oferowany ambulans spełnia określone przepisami prawa o ruchu drogowym wymagania co do posiadania świadectwa homologacji uprawniającego do rejestracji i użytkowania pojazdu na terytorium RP.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania przystępującego;
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, odwołanie z dnia 30 czerwca 2011r, odpowiedź zamawiającego an odwołanie z dnia 6 lipca 2011 r., postanowienie KIO z dnia 8 lipca 2011 r., wydane w sprawie KIO 1396/11, wezwanie zamawiającego z dnia 22 lipca 2011 r. skierowane do przystępującego, pismo przystępującego z dnia 27 lipca 2011 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za zasadne. Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, *Przedmiotem zamówienia jest dostawa ambulansów na bazie furgonu wraz z wyposażeniem medycznym dla Pogotowia Ratunkowego w Jeleniej Górze w ramach projektu „Transgraniczna współpraca służb ratownictwa medycznego Kraju Kralovohradeckiego i Jeleniej Góry.*

Stosownie do pkt 11.3 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, w tym *Wyciąg z homologacji na samochód bazowy i zabudowę (Pakiet I).* Jednocześnie w załączniku nr 1 do SIWZ, pakiet I, zamawiający zastrzegł, iż *Ambulans winien posiadać pełną dokumentację, na podstawie której samochód zostanie, bez dokonywania dodatkowych czynności, zarejestrowany w wydziale komunikacji; [wyciąg z homologacji pojazdu w Polsce (na samochód bazowy i zabudowę) wystawiona zgodnie z zapisami zawartymi w ustawie o rejestracji pojazdów].*

Przystępujący na s. 69 i n. oferty dołączył dwa wyciągi ze świadectwa homologacji dla skompletowanych pojazdów numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6013625 (s. 69) oraz WV1ZZZ2EZB6013735 (s. 71). Złożono w ww. dokumentach oświadczenie, iż ambulanse o ww. numerach identyfikacyjnych pojazdu na pojeździe bazowym Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL \*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r. odpowiadają pod każdym względem kompletnemu typowi opisanemu w świadectwie homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r. Złożył wyciągi ze świadectwa homologacji wystawione przez Kulczyk Holding w Poznaniu dla pojazdów Volkswagen AG D38436: numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6013625 (s. 75) oraz numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6013735.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2011 r. wybrał ofertę złożoną przez przystępującego jako najkorzystniejszą.

W dniu 30 czerwca 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie. Bezspornie z uprzednio złożonego odwołania wynikało, iż odwołujący w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2011 r. zarzucił zamawiającemu: naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez złożenie na stronie 69 oferty ze strony przystępującego nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. wskazanie w „Wyciągu ze świadectwa homologacji dla skompletowanego pojazdu,” wystawionego przez przystępującego datowanego 9 maja 2011 r., informacji polegającej na zaświadczeniu, że pojazd Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL \*3403\*04 z dnia 26 listopada 2009 r. odpowiada pod każdym względem kompletnemu typowi opisanemu w świadectwie homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 1 lipca 2009 r., gdy tymczasem świadectwo homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 1 lipca 2009 r. dotyczy li tylko świadectwa homologacji typu PL \*3403\*03 z dnia 26 czerwca 2009 r. co wynika wprost z treści urzędowego dokumentu;
2. (ewentualnie) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, iż wykonawca ten nie dołączył wymaganego zgodnie z pkt 11.3 SIWZ wyciągu homologacji na samochód bazowy i zabudowę;
3. (ewentualnie) naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnień w przedmiocie dokumentów homologacyjnych, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów.

W związku z powyższymi zarzutami, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego;



2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania przystępującego ewentualnie odrzucenie złożonej przez niego oferty lub wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnień.

W dniu 6 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający złożył oświadczenie, iż uwzględni zarzuty odwołania i przeprowadzi czynności:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
2. powtórnego badania i oceny ofert, wraz z wezwaniem do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień wykonawców.

Zamawiający wyjaśnił, iż w związku z możliwością złożenia nieprawdziwej informacji polegającej na oświadczeniu, że ambulans wykonany przez przystępującego, na pojeździe bazowym Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL,3403\*04 z dnia 26 listopada 2009 r. odpowiada pod każdym względem kompletnemu typowi, opisanemu w świadectwie homologacji typu nr Pł.\*3576\*04 z dnia 1 lipca 2009 r., zamawiający stoi na stanowisku, że właściwą decyzją, będzie unieważnienie wyboru ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 22 lipca 2011 r. zamawiający, wezwał przystępującego do wyjaśnień oraz uzupełnień dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wezwaniu wskazał, iż "Na podstawie informacji i dokumentów posiadanych przez zamawiającego w związku z wniesieniem odwołania przez firmę Zeszuta sp. z o.o., zamawiający ustalił, że Minister Infrastruktury wydał dla przystępującego w dniu 1 lipca 2009 r. „Świadectwo homologacji typu pojazdu dotyczące rozszerzenia homologacji typu pojazdu skompletowanego PL\*3576\*04 oparte na homologacji dla pojazdów niekompletnych o numerze typu homologacji PL\*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. Istnieje zatem sprzeczność pomiędzy informacjami podanymi przez przystępującego w wyciągu ze świadectwa homologacji dla skompletowanych pojazdów a danymi zawartymi w dokumencie obejmującym wydane wyżej świadectwo. Nie jest również możliwe, aby posiadane przez przystępującego Świadectwo homologacji nr PL\*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r. dotyczące pojazdu skompletowanego zostało wydane na bazie świadectwa homologacji dla pojazdu podstawowego wydanego z datą późniejszą, tj. w dniu 26.11.2009 r. W związku z powyższym zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie powyższych sprzeczności oraz wykazanie że przystępujący posiada świadectwo homologacji wydane przez uprawniony organ dla pojazdu produkowanego przez przystępującego na bazie pojazdu podstawowego, posiadającego homologację nr PL \*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r."

Pismem z dnia 27 lipca 2011 r. przystępujący wyjaśnił, iż „Informuje iż do oferty przetargowej omyłkowo zostały dołączone błędne dokumenty (wyciąg świadectw

homologacji na pojazd bazowy oraz pojazd skompletowany specjalny sanitarny)". Przystępujący dołączył dwa wyciągi ze świadectwa homologacji dla skompletowanych pojazdów numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6009839 oraz WV1ZZZ2EZB6009838. Złożono w ww. dokumentach oświadczenie, iż ambulanse o ww. numerach identyfikacyjnych pojazdu na pojeździe bazowym Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL \*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. odpowiadają pod każdym względem kompletnemu typowi opisanemu w świadectwie homologacji typu nr PL \*3576\*04 z dnia 01.07.2009 r. Złożono wyciągi ze świadectwa homologacji wystawione przez Kulczyk Tradex sp. z o.o. w Poznaniu dla pojazdów Volkswagen AG D38436 Wolfsburg: numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6009839 oraz numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6009838. Przystępujący dołączył świadectwo homologacji typu pojazdu nr PL \*3576\*04 wystawione przez Ministra Infrastruktury w dniu 1 lipca 2009 r. , w którym na s. 2 wskazano, iż homologacja ta oparta jest na homologacji typu nr PL\*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. Zamawiający wybrał powtórnie ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się zarzut odwołującego odnośnie zaniechania wykonania przez zamawiającego uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2011 roku. W myśl art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. W wyniku umorzenia zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W tym kontekście analizy wymagała treść uprzednio złożonego odwołania, kwestionowane przez odwołującego czynności, przepisy oraz będące ich następstwem żądania.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości. W tej sytuacji, stosownie do przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany był wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podstawowym zarzutem jaki podniósł odwołujący w odwołaniu z 30 czerwca 2011 r. był zarzut złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji i korelujące z nim żądanie dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania wykonawcy. Odwołujący sformułował również dwa zarzuty podniesione na wypadek niepodzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej zarzutu

podstawowego, a mianowicie zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień w przedmiocie dokumentów homologacyjnych, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów. Z zarzutami ewentualnymi korespondowały żądania odrzucenia złożonej przez przystępującego oferty lub wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnień. Tak określone zarzuty i żądania prowadziły do wniosku, iż odwołujący obok żądania zasadniczego sformułował żądania ewentualne a nie żądania alternatywne. Żądanie ewentualne charakteryzuje się bowiem tym, że wykonawca występuje z żądaniem głównym, a na wypadek niezasadności i oddalenia takiego żądania wysuwa inne żądanie. Uwzględnienie żądania zasadniczego wyłącza potrzebę orzekania o pozostałych zarzutach. Z takim określeniem żądań mieliśmy do czynienia w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2011 r. Uwzględnienie zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji wyłączało konieczność orzekania o zarzucie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego czy zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień.

Zamawiający oświadczył z piśmie z dnia 6 lipca 2011 r., iż uwzględni zarzuty odwołania „w całości”. Uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu w całości w trybie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego stosownie do przywoływanych przepisów, co do zasady, do wykonania żądań związanych z zarzutem zasadniczym. Żądania ewentualne skierowane są bowiem wyłącznie do Izby na wypadek niepodzielenia stanowiska wykonawcy co do żądania zasadniczego. Jednakże w niniejszej sprawie zamawiający pomimo złożenia oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż powtórzy czynność badania i oceny ofert i wezwie przystępującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień, więc że wykona jedynie żądanie ewentualne. Jednakże źródłem obowiązku zamawiającego nie jest odpowiedź na odwołanie, lecz przepis art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, który obliuguje go do wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym miejscu podkreślenia jednak wymaga, że jakkolwiek zamawiający będąc związany swym oświadczeniem o uwzględnieniu zarzutów odwołania, to jednak winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Pzp, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą.

W dniu 27 lipca 2011 r. przystępujący wyjaśnił, iż „Informuje iż do oferty przetargowej omyłkowo zostały dołączone błędne dokumenty (wyciąg świadectw homologacji na pojazd bazowy oraz pojazd skompletowany specjalny sanitarny)”. Ewidentnie zatem, informacja znajdująca się na s. 69 i n. oferty przystępującego polegająca na oświadczeniu przystępującego, że ambulans wykonany przez AMZ Kutno sp. z o. o, na pojeździe bazowym Volkswagen AG D38436 Wolfsburg numer świadectwa homologacji typu PL\*3403\*04 z dnia 26 listopada 2009 r. odpowiada pod każdym względem kompletnemu typowi, opisanemu w świadectwie homologacji typu nr PL\*3576\*04 z dnia 1 lipca 2009 r., nie była informacją zgodną z rzeczywistością. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że niemożliwym było posiadanie przez przystępującego świadectwo homologacji nr PL\*3576\*04 z dnia 1 lipca 2009 r. dotyczące pojazdu skompletowanego przez przystępującego na bazie świadectwa homologacji dla pojazdu podstawowego wydanego z data późniejszą tj. w dniu 26 listopada 2009 r. W piśmie z dnia 27 lipca 2011 r. przystępujący oświadczył, iż do oferty zostały dołączone błędne dokumenty (wyciągi ze świadectwa homologacji na pojazd bazowy oraz pojazd skompletowany specjalny sanitarny).

Ponadto z dowodu złożonego przez odwołującego w trakcie rozprawy wynikało, iż przystępujący uzyskał świadectwo homologacji dla pojazdu skompletowanego na bazie pojazdu podstawowego posiadającego homologację nr PL 3403\*04 z dnia 26 listopada 2009 r. dopiero w dniu 8 sierpnia 2011 r. (dowód: s. 2 świadectwa homologacji typu pojazdu skompletowanego PL 3576\*05 z dnia 8 sierpnia 2011 r.).

Wobec stwierdzenia, iż oświadczenie przystępującego nie było zgodne z rzeczywistością należało rozważyć czy zamawiający zasadnie zaniechał wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w dniu 22 lipca 2011 r.. Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z żądaniem zasadniczym sformułowanym w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2011 r. odwołujący żądał nie tylko wykluczenia wykonawcy ale i dokonania ponownego badania i oceny ofert. Zaś z istoty ponownego badania i oceny ofert wynika możliwość wzywania wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień, po drugie zaś – że takie wezwanie niejako wymusił sam odwołujący, składając nowe dokumenty, których uwzględnienie wymagało uzyskania stanowiska podmiotu zainteresowanego (wykonawcy, którego oferta była kwestionowana). W tym kontekście wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień stanowiło wyraz uwzględnienia żądania w przedmiocie ponownego badania i oceny oferty wykonawców, w zakresie zakwestionowanym w odwołaniu z 30 czerwca 2011r.

Dokonane w przedmiotowym postępowaniu wezwanie do złożenia wyjaśnień było zatem dopuszczalne. Wynik wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający winien był poddać ocenie, co też uczynił. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli

nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Przystępujący w piśmie z dnia 27 lipca 2011 r. wyjaśnił jednak, iż złożone przez niego dokumenty były błędne. Były więc to nowe okoliczności, które nie były znane zamawiającemu w dniu uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i które musiały być poddane analizie w ramach ponownego badania i oceny ofert. Skoro wykonawca przyznał, iż złożone przez niego dokumenty były błędne i nie żądał w oparciu o nie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, to w ocenie Izby nie została wypełniona przesłanka wykluczenia wykonawcy opisana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, iż przywoływany przepis ma charakter sanacyjny, jest przepisem restrykcyjnym, powodującym konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bez możliwości zastosowania instytucji określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powinien być zatem interpretowany ściśle. Upatrywanie złożenia nieprawdziwych informacji w niepotwierdzeniu przez złożone dokumenty, iż oferowane dostawy odpowiadają wymogom określonym przez zamawiającego w SIWZ nie zasługuje na aprobatę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz wiążących się z nimi zarzutami naruszenia innych przepisów ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Przystępujący w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył dwa wyciągi ze świadectwa homologacji dla skompletowanych pojazdów numer identyfikacyjny pojazdu WV1ZZZ2EZB6009839 oraz WV1ZZZ2EZB6009838. tj. pojazdów na bazie pojazdów podstawowych posiadających świadectwa homologacji typu PL \*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. Przystępujący nie zastosował się w ten sposób do treści wezwania zamawiającego z 22 lipca 2011 r., nie złożył bowiem świadectw homologacji wydanych przez uprawniony organ dla pojazdów WV1ZZZ2EZB6013625 oraz WV1ZZZ2EZB6013735 zaferowanych na bazie pojazdu podstawowego, posiadających homologację nr PL\*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r., co obligowało zamawiającego do odrzucenia jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Doszło w ten sposób również do niedozwolonej w myśl przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści oferty. Stosownie do przywoływanego przepisu *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Niewątpliwie wyciągi ze świadectwa homologacji dla skompletowanych pojazdów i wyciągi ze świadectwa homologacji dla kompletnych pojazdów są dokumentami potwierdzającymi że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego o

których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i §5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (tzw. dokumenty przedmiotowe), który zawiera otwarty ich katalog. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający żąda złożenia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 a więc i dokumentów przedmiotowych w razie ich niezłożenia jak również gdy złożone dokumenty obarczone są błędami. Z tego powodu obowiązkiem zamawiającego jest w ww. sytuacjach wezwać wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów. Jednakże dostrzec wymaga, że dokumenty przedmiotowe poza zasadniczym celem tj. potwierdzeniem spełnienia przez oferowane dostawy wymogów określonych przez zamawiającego mogą wskazywać na konkretnie zaoferowany produkt, czy też konkretny typ produktu. W takim przypadku uzupełnienie dokumentów przedmiotowych nie może naruszać dyspozycji określonej w art. 87 ust. 1 in fine ustawy Pzp, tj., nie może prowadzić do zmiany treści oferty poprzez zaoferowanie innego produktu lub typu produktu. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyrok Izby z dnia 25 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO/1745/10, iż *Uzupełnianie takich dokumentów, a więc dokumentów przedmiotowych, jest możliwe jedynie wtedy, gdy nie prowadzi do zmiany treści oferty złożonej przez danego wykonawcę, tj. zmiany zaoferowanego produktu, usługi bądź też sposobu wykonania robót budowlanych*, jak również w wyroku Izby z dnia 22 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1695/09 w którym stwierdzono, iż dokumenty przedmiotowe stanowią źródło wiedzy o zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami siwz. Analogiczny pogląd Izba wyraziła również w wyroku o sygn. akt KIO 1640/11.

W tej sytuacji rozstrzygnięcia wymagało, czy przystępujący poprzez złożenie nowych dokumentów przedmiotowych zmienił treść pierwotnie złożonej oferty. Odpowiedź na to pytanie jest twierdząca. W ofercie przystępujący oferował ambulanse oparte na pojazdach bazowych posiadających homologację nr PL \*3403\*04 z dnia 26.11.2009 r. W wyniku uzupełnienia przystępujący zaoferował ambulanse oparte na pojazdach bazowych Volkswagen AG D38436 Wolfsburg posiadających numer świadectwa homologacji typu PL \*3403\*03 z dnia 26.06.2009 r. Nawet gdyby przyjąć argumentację przystępującego że pojazdy nowe, produkowane seryjnie nie są rzeczami oznaczonymi co do tożsamości, to jednak dostrzec wymagało, iż pojazdy oferowane przez przystępującego w treści oferty oraz po dniu 27 lipca 2011 r. różniły się pomiędzy sobą nie tylko nr identyfikacyjnymi (VIN) ale i przynajmniej takimi elementami, które obliowały producenta do zmiany świadectwa homologacji. Przypadki rozszerzenia świadectwa homologacji określają stosowne przepisy ustawy Prawo o ruchu drogowym. W myśl art. 68 ust. 1 przywoływanej ustawy „Producent lub importer nowego pojazdu samochodowego, ciągnika rolniczego, motoroweru, tramwaju lub przyczepy oraz przedmiotów ich wyposażenia lub części jest obowiązany uzyskać dla każdego nowego typu tych pojazdów, przedmiotu ich wyposażenia i części świadectwo homologacji wydane przez ministra właściwego do spraw transportu”. Dalej w ust.

11 ww. normy zapisano „W razie zmiany warunków stanowiących podstawę wydania świadectwa homologacji producent lub importer jest obowiązany uzyskać zmianę posiadanego świadectwa homologacji polegającą na rozszerzeniu świadectwa homologacji danego typu pojazdu, przedmiotu wyposażenia lub części”. Wreszcie w ust. 12 prawodawca wskazał "W razie wprowadzenia zmian w typie pojazdu, przedmiocie wyposażenia lub części wpływających na zmianę warunków stanowiących podstawę wydania świadectwa homologacji, producent lub importer jest obowiązany uzyskać zmianę posiadanego świadectwa homologacji polegającą na rozszerzeniu świadectwa homologacji danego typu pojazdu, przedmiotu wyposażenia lub części".

Analiza złożonych przez przystępującego w ofercie i w wyniku uzupełnienia dokumentów oraz przywoływanych przepisów ustawy Prawo o ruchu drogowym prowadziła zatem do wniosku że zaoferowano rzeczy które nie były wyłącznie różnymi egzemplarzami takich samych rzeczy oznaczonych co do gatunku. W świadectwie homologacji typu pojazdu PL\*3403\*04 z 26 listopada 2011 r., która stanowiła rozszerzenie uprzedniego świadectwa homologacji typu pojazdy PL 3403\*03 z 26 czerwca 2009 r. jako powód rozszerzenia podano m.in. wprowadzenie nowych typów skrzyni biegów. W wyniku uzupełnienia przystępujący zamierza zatem dostarczyć ambulanse oparte na pojeździe podstawowym posiadającym świadectwo homologacji nr PL 3403\*03 z 26 czerwca 2009 r. a więc oparte na starszej homologacji niż w przypadku pojazdów pierwotnie oferowanych, co oznaczało zmianę nie tylko egzemplarza takiej samej rzeczy oznaczonej co do gatunku ale zaoferowanie rzeczy należącej do innego gatunku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....