

Sygn. akt: KIO/UZP 1270/08

WYROK
z dnia 19 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Renata Tubisz**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu /w dniach* 19 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fiat Auto Poland S.A., 43-300 Bielsko-Biała ul. M. Grażyńskiego 141** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestu /protestów* z dnia 28 października 2008 r.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Fiat Auto Poland S.A., 43-300 Bielsko-Biała, ul. M. Grażyńskiego 141**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Fiat Auto Poland S.A., 43-300 Bielsko-Biała, ul. M. Grażyńskiego 141,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Fiat Auto Poland S.A., 43-300 Bielsko-Biała, ul. M. Grażyńskiego 141** na rzecz **Komendy Głównej Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fiat Auto Poland S.A., 43-300 Bielsko-Biała, ul. M. Grażyńskiego 141**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 600 szt. samochodów osobowych, sygn. akt sprawy 175/Ctr/08/EMi, zostało wszczęte przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 175-233282 w dniu 10.09.2008 r.

W dniu 20.10.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum „SOLEY”, Lider konsorcjum - Auto Salon SOLEY, Dariusz Solarski, ul. Rybnicka 363, 44-310 Radlin zwanej dalej: „Konsorcjum SOLEY”. Drugie miejsce w rankingu oceny ofert zajęła oferta firmy: MARVEL Sp. z o.o., ul. Żelazna 7, 90-332 Łódź zwana dalej: „MARVEL Sp. z o.o.”. Ponadto poinformowano o odrzuceniu oferty firmy: Renault Polska Sp. z o.o.

W dniu 28.10.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” firma: Fiat Auto Poland S.A., ul. Grażyńskiego 141, 43-300 Bielsko – Biała, zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” wniosła protest dotyczący

czynności dokonanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Protestujący zarzucił:

- 1) Wadliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie dokonania czynności odrzucenia ofert wykonawców (zgodnie z nomenklaturą zastosowaną przez Zamawiającego w zawiadomieniu o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) Konsorcjum SOLEY oraz MARVEL Sp. z o.o.,
- 2) Naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp oraz innych o których mowa w uzasadnieniu niniejszego protestu.

Wskazując na powyższe podstawy zaskarżenia Protestujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Konsorcjum SOLEY,
- powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i w jej wyniku uznanie, iż oferty złożone w postępowaniu przez wykonawców Konsorcjum SOLEY oraz MARVEL Sp. z o.o. podlegają odrzuceniu z uwagi na niezgodność ich treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ” w zakresie wymaganych cech przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na ich wewnętrzną sprzeczność.

Protestujący wskazał, iż zaniechanie przez Zamawiającego dokonania zarzuczanych czynności skutkować będzie obciążeniem istotnymi wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art. 146 Pzp.

Podniósł także, iż jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku wobec naruszających Pzp czynności oraz zaniechań, gdyż w przypadku dokonania czynności odrzucenia ofert obydwu spośród wskazanych wykonawców to oferta Protestującego zostanie uznana za najkorzystniejszą zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryterium oceny ofert.

W ramach zarzutu dotyczącego typu homologacyjnego nadwozia oferowanego pojazdu Protestujący stwierdził co następuje:

Po pierwsze, Zamawiający w pkt IV SIWZ zatytułowanym: „*OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA*”: w ppkt 1.2. wymagał od Wykonawców zaoferowania pojazdu o następującym typie homologacyjnym nadwozia: *"Oferowane pojazdy muszą być w jednym rodzaju nadwoziu: Sedan(AA) lub hatchback/lift back (A13)"*

Powtórzenie wymogu znalazło się w pkt 6 Załącznika nr 1 do SIWZ zatytułowanym: *"OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA WYMAGANIA TAKTYCZNO - TECHNICZNE DLA SAMOCHODU OSOBOWEGO WYMAGANIA DOTYCZĄCE POJAZDU BAZOWEGO OSOBOWEGO PRZEZNACZONEGO POD ADAPTACJĘ; NA POJAZD „NIEOZNAKOWANY”* ppkt 22, gdzie wskazuje się: *„Rodzaj nadwozia - Sedan(AA) lub hatchback/lift back (AB)"*.

Po drugie, Zamawiający w toku postępowania, przed upływem terminu składania ofert na wnioski ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców dokonał modyfikacji

postanowień SIWZ pismem z dnia 22.09.2008 r. dopuszczając wyłącznie możliwość zaoferowania pojazdu o homologacyjnym typie nadwozia AF pod warunkiem spełniania przez oferowany pojazd wymagań określonych w SIWZ, w szczególności w treści Zał. nr 1 pkt 6 ppkt 23.

Protestujący wskazał za Zamawiającym, iż miały one charakter wiążący dla uczestników. Wykonawcy Marvel Sp. z o.o. oraz Konsorcjum SOLEY zaoferowali w postępowaniu dostawy tego samego pojazdu marki Kia.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego określonym w SIWZ Wykonawca wraz z ofertą musi złożyć m. in. - *vide* pkt. VII lit d) SIWZ: „*kopię świadectwa homologacji wraz z opisem technicznym typu oferowanego pojazdu*”.

Obydwaj wykonawcy, jak wskazał Protestujący, złożyli wraz z ofertą, kopię świadectwa homologacji oferowanego pojazdu, jednak dokument ten potwierdza, iż oferowany pojazd nie posiada wymaganego i dopuszczalnego typu nadwozia.

Zamiast jednego z dopuszczalnych typów nadwozia, tj. AA/AB/AF, zdaniem Protestującego, wykonawca zaoferował pojazd posiadający homologacyjny typ nadwozia niedopuszczony przez Zamawiającego, nazwany „ED”.

Powyższe dowodzi, jego zdaniem, iż treść złożonych w postępowaniu ofert obydwu Wykonawców jest niezgodna z treścią SIWZ. Powyższe winno skutkować zgodnie z dyspozycją an. 89 ust 1 pkt 2 Pzp dokonaniem czynności odrzucenia ofert, jako niezgodnych z SIWZ.

W ramach zarzutu dotyczącego kompletacji pojazdu Protestujący stwierdził co następuje:

Po pierwsze, Zamawiający wymagał od uczestników postępowania zaoferowania pojazdu o kompletacji co najmniej zgodnej z handlową ofertą wyposażenia oferowaną dla indywidualnych odbiorców, Obydwaj wykonawcy oferujący pojazdy marki Kia w ofercie wskazali jako oferowaną wersję wyposażeniową pojazdu Kia Cee'd Comfort Plus.

Jak wynika z powszechnie dostępnych informacji handlowych (kopie Protestujący załączył) - aktualne prospekty pojazdu w sieci sprzedaży - oferowana wersja pojazdu nie posiada wymaganych przez Zamawiającego opcji. Do opcji tych należą: światła przeciwmgielne i szyby regulowane elektrycznie z tyłu.

Protestujący stwierdził, iż pojazd oferowany zgodnie z powyższymi informacjami handlowymi nie może być wyposażony w wymagane przez Zamawiającego elementy. Wyposażenie to oznaczone jest jako niedostępne dla oferowanej wersji wyposażenia pojazdów. Tym samym oferty Wykonawców, jak wskazał, są niezgodne z wymaganym przez Zamawiającego ukończeniem analogicznym do pojazdu znajdującego się w ofercie dla klientów indywidualnych.

Wskazane bowiem w ofertach Wykonawców wady ofert, potwierdzają, iż oferty są niezgodne z treścią SIWZ jak również wewnętrznie sprzeczne i jako takie podlegają odrzuceniu

- wykonawcy z jednej strony wskazują oferowany typ nadwozia jako AF, lecz złożona wraz z ofertą, wymagana przez Zamawiającego homologacja wskazuje, iż oferowany pojazd nie ma takiego rodzaju nadwozia;
- wbrew oświadczeniu o spełnianiu wymagań Zamawiającego co do sposobu ukompletowania pojazdu, oferowana wersja wyposażenia aut czyni niedostępnymi wskazane powyżej, wymagane przez Zamawiającego elementy wyposażenia.

Mając powyższe na względzie oraz uwzględniając fakt, iż w zakresie powyższym oferty Wykonawców nie podlegają wyjaśnieniom treści oferty w trybie art. 87 ust 1 Pzp, zaś ew. wyjaśnienia prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany treści ofert wykonawców, jak również mając na uwadze fakt, iż wady powyższe nie podlegają skorygowaniu w trybie art. 87 ust 2 znowelizowanych przepisów Pzp, konieczne jest dokonanie czynności odrzucenia ofert wskazanych Wykonawców.

W dniu 28.10.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 30.10.2008 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się: Konsorcjum SOLEY w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego. Zgłaszając wzięcie udziału w proteście, jednocześnie poinformowało, że proponowany samochód jest zgodny ze SIWZ oraz podtrzymało wszystkie zapisy z oferty przetargowej. Niniejsze przystąpienie nie zostało ponowione na etapie odwołania.

Uzupełnienie protestu nastąpiło pismem z dnia 30.10.2008 r. Protestujący stwierdził, iż dokonał niniejszego w terminie na wniesienia protestu, uwzględniając dyspozycję art. 180 ust 2 Pzp w związku z art. 4 ust 2 ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 Nr 171, poz. 1058). W nawiązaniu do wniesionego protestu, Protestujący poinformował o ujawnieniu następujących okoliczności mających istotne znaczenie dla przedmiotowego postępowania, które winny zostać uwzględnione przez Zamawiającego podczas dokonywania czynności rozstrzygnięcia protestu. Jednym z zarzutów protestu odnoszącym się do obydwu wykonawców, którzy zaoferowali dostawę pojazdów marki Kia był, jak wskazał Protestujący, zarzut dotyczący kompletacji oferowanych pojazdów. Zamawiający wymagał w SIWZ od uczestników postępowania zaoferowania pojazdu o kompletacji co najmniej zgodnej z handlową ofertą wyposażenia oferowaną dla indywidualnych odbiorców.

Obydwaj Wykonawcy oferujący pojazdy marki Kia, w ofertach wskazali, jako oferowaną wersję wyposażeniową pojazdu Comfort Plus. Protestującego wskazał, iż jego twierdzenia dotyczące niedostępności opcji wyposażenia pojazdu miały swoje źródło z powszechnie dostępnych informacjach handlowych - aktualnych na dzień składania ofert (a także wniesienia przedmiotowego protestu) prospektów/cenników pojazdu w oficjalnej, autoryzowanej sieci sprzedaży. Dokumenty załączone do protestu potwierdziły, iż oferowana wersja pojazdu nie posiada wymaganych przez Zamawiającego opcji. Do opcji niedostępnych dla pojazdu w wersji wyposażenia Comfort Plus należały przednie lampy przeciwmgielne typu projekcyjnego oraz elektrycznie sterowane szyby tylnych drzwi z funkcją bezpieczeństwa. Pojazd oferowany zgodnie z powyższymi informacjami handlowymi nie może być wyposażony w wymagane przez Zamawiającego elementy. Wyposażenie to oznaczone jest jako niedostępne dla oferowanej wersji wyposażenia pojazdów. Tym samym oferty wykonawców są niezgodne z wymaganym przez Zamawiającego ukończeniem analogicznym do pojazdu znajdującego się w ofercie dla klientów indywidualnych. Cennik na podstawie, którego Protestujący twierdził, iż opcje wskazane powyżej nie są dostępne był dokumentem datowanym na 5.08.2008 r.

W dniu 29.11.2008 r. o godzinie 10:41 (niezwłocznie po złożeniu protestu) plik pdf z cennikiem i wyposażeniem na stronie internetowej http://www.kia.pl/ceed_wyposazenie.html - krajowego przedstawicielstwa marki, o nazwie „*cennikceed2008.08.05.pdf*” został fizycznie stworzony przez Panią Martę Z. Pomimo modyfikacji pliku, data w nazwie pliku nie została zmieniona. W załączeniu screen z właściwościami oraz ściągnięty cennik ze wskazanej strony internetowej. Cennik wraz z dostępnymi wersjami wyposażenia aktualnymi na dzień złożenia ofert w przetargu został pobrany ze wskazanej strony internetowej w dniu 16.10.2008, czyli w dniu składania ofert.

Protestujący w dniu 29.10.2008r. przeprowadził postępowanie dowodowe w przedmiotowej sprawie i uzyskał aktualne oferty z salonów autoryzowanej sieci sprzedaży marki KIA:

- 1) Lech Szymczyk Sprzedaż i obsługa samochodów
- 2) AS MOTORS"
- 3) Malibu Auto Centrum
- 4) ASO J. Ballaun
- 5) Car-Droom

Każdy z dokumentów zawiera identyfikację osoby sporządzającej ofertę, pieczęć imienną na ofercie, własnoręczny podpis oraz datę sporządzenia oferty. Każda z zebranych ofert (dowody w załączeniu) potwierdza ofertę w zakresie wersji wyposażenia pojazdów KIA taką, jak w cenniku przed dokonaniem zmiany danych na stronie internetowej w dniu 29.10.

Na podstawie dowodów powyżej wskazanych mamy do czynienia, zdaniem Protestującego, z czynnościami o charakterze nieuczciwej konkurencji, potwierdzającymi złożenie oświadczeń nieprawdziwych w toku postępowania. Dokonana po wniesieniu protestu „aktualizacja” oferty wyposażenia pojazdów Kia ma znamiona wprowadzenia w błąd organizatora przetargu publicznego w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Zwrócić należy także uwagę, zdaniem Protestującego, na dyspozycję art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp, który obliguje Zamawiającego do dokonania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust 4 Pzp, o ile w postępowaniu złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co ma miejsce, w ocenie Protestującego, w przedmiotowym przetargu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 30.10.2008 r. poprzez jego odrzucenie w całości jako złożony po terminie.

Zamawiający stwierdził, iż przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wszystkim uczestnikom postępowania w dniu 20.10.2008 r.

Zgodnie z przepisami Pzp obowiązującymi w dniu powiadomienia, Wykonawca w terminie 7 dni mógł wnieść protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, który to termin upłynął w dniu 27.10.2008 r. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca składając protest zastosował przepis art. 180 ust. 2 uwzględniając nowelizację ustawy, która weszła w życie 24.10.2008 r. Jednak z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4.09.2008 r. o *zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, jednoznacznie wynika, że do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy nadanym niniejszą ustawą. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Wykonawcom przed dniem wejścia w życie ustawy, co za tym idzie 7 dniowy termin do wnoszenia protestów powinien być liczony według zasad obowiązujących do dnia 23.10.2006 r. Biorąc powyższe pod uwagę, zgodnie z postanowieniem art. 180 ust. 7 Pzp, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia protestu.

Ponadto, Zamawiający poinformuję, że zarzuty podnoszone w treści protestu nie znajdują potwierdzenia i są bezzasadne.

Względem typu homologacji nadwozia oferowanego pojazdu:

Zamawiający wskazał, iż w Rozdz. IV pkt 1.2 SIWZ wymagał zaoferowania pojazdów w nadwoziu sedan(AA) lub hatchback/lift back (AB). Jednocześnie w odpowiedzi na pytania przekazane w dniu 22.09.2008 r. dopuścił zaoferowanie pojazdu w rodzaju nadwozia typu AF, pod warunkiem spełniania zapisów określonych w SIWZ. Protestujący w treści protestu podnosi, iż obydwaj wykonawcy, zarówno Konsorcjum SOLEY jak i MARVEL Sp. z o.o.

zaoferowali pojazd posiadający homologacyjny typ nadwozia nazwany „ED”. Jest to niezgodne z prawdą, gdyż Zamawiający po szczegółowej analizie złożonych w trakcie ich ofert oceny, stwierdził i podtrzymuje swoje stanowisko, że oferowane pojazdy spełniają wszystkie wymagania postawiono w SIWZ. Podniósł, iż do oferty złożonej przez Konsorcjum SOLEY została załączona homologacja, która jednoznacznie potwierdza, że oferowany pojazd jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego, również w zakresie typu nadwozia (str. 169 oferty w pkt 9.1 - typ nadwozia AF). Również w ofercie złożonej przez firmę MARVEL Sp. z o.o. na str. 141 w pkt. 9.1, został określony typ nadwozia AF - zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Jednocześnie, Zamawiający, poinformował, że rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24.10.2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep, określa wzór świadectwa homologacji i wzór opisu technicznego do celów homologacji typu pojazdu, w którym pkt 9.1 określa typ nadwozia.

Względem kompletacji pojazdu.

Zamawiający stwierdził, iż wymagał, aby Wykonawca wraz z ofertą złożył dokument zawierający informację o wersji /nazwie handlowej/oferowanego pojazdu wraz z wykazem wyposażenia oferowanej wersji. W treści pisma z dnia 09.10.2008 r., Zamawiający wyjaśnił, iż określając takie wymagania chciał uniknąć sytuacji gdzie dostawcy celu obniżenia kosztów produkcji zaoferują pojazd o niższym standardzie wyposażenia dla Policji, w stosunku do wersji handlowej oferowanej dla indywidualnych klientów. Nie zmienia to jednak faktu, zdaniem Protestującego, że Wykonawcy składając ofertę muszą dostosować pojazd do wymagań określonych w SIWZ. Dotyczy to zarówno wyposażenia elektrycznego i elektronicznego pojazdu, instalacji łączności radiowej, uprzywilejowania w ruchu, wyposażenia dodatkowego, jak również świateł przeciwmgielnych i szyb regulowanych elektrycznie z tyłu. Zarówno w ofercie Konsorcjum SOLEY (str. 3-19 oferty), jak i firmy MARVEL Sp. z o.o.(str. 29-40 oferty) znajdują się dokumenty potwierdzające, że oferowany pojazd będzie zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ.

W dniu 30.10.2008 r. Zamawiający zwrócił się w trybie 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4.09.2008 r. o *zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) z wnioskiem o wydanie postanowienia uchylającego zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W dniu 04.11.2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie uchylające zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (sygn. akt: KIO/W 1/08).

W dniu 04.11.2008 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 24.10.2008 r. weszły w życie przepisy ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 Nr 171, poz. 1058).

Zgodnie z dyspozycją art. 4 ust 2 ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

Protest sporządzony przez Odwołującego został wniesiony do Zamawiającego w dniu 28.10.2008 r., tj. po dniu wejścia znowelizowanych przepisów. Powyższa okoliczność nie jest kwestionowana przez Zamawiającego.

Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 Nr 171, poz. 1058) zmodyfikowała w odniesieniu do postępowań o wartości zamówienia powyżej progów unijnych (jak w przedmiotowym postępowaniu) ustawowe terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej wydłużając (stosowanie do wymaganych przez nową dyrektywę odwoławczą - Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych) dotychczasowy termin określony w art. 180 ust 2 Pzp z 7 do 10 dni, analogicznie w odniesieniu do terminu na wniesienie odwołania art. 184 ust 2 Pzp z 5 dni do dni 10. W ocenie Odwołującego bez znaczenia jest dla rozpatrywanej kwestii dochowania terminu na wniesienie protestu, a w konsekwencji odwołania kontekst dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego przed dniem wejścia w życie znowelizowanych przepisów. Przepis art. 4 ust 2 przywołanej ustawy bowiem w sposób jednoznaczny dotyczy wszelkich protestów wnoszonych po dniu wejścia znowelizowanych przepisów, tj. od dnia 24.10.2008 r.

Odwołujący wskazał, iż uwzględniając powyższe protest wniesiony po terminie wejścia w życie znowelizowanych przepisów Pzp z zachowaniem ustawowych przepisów uznać należy za wniesiony z zachowaniem ustawowego terminu. Jako taki winien być przez Zamawiającego poddany merytorycznej ocenie, nie zaś odrzucony jako wniesiony po terminie.

Odwołujący podtrzymuje wszystkie zarzuty i żądania sformułowane w proteście, a odnoszące się do wadliwej, jego zdaniem, czynności oceny złożonych w postępowaniu ofert oraz dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podtrzymując w pełnym zakresie argumentację podniesioną w proteście Odwołujący odniósł się do twierdzeń Zamawiającego zawartych w treści uzasadnienia odrzucenia protestu w następujący sposób:

Odnosnie typu homologacji nadwozia oferowanego pojazdu.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z argumentacją Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu, w przedmiotowym postępowaniu dopuszczono możliwość zaoferowania wyłącznie enumeratywnie wskazanych typów nadwozia tj. AA/AB/AF (dowodem jest zabieganie wykonawców o dopuszczenie nadwozi AF).

Zamawiający określając w SIWZ dopuszczalne rodzaje nadwozi wskazał, iż w zakresie nadwozia AF dopuszczalne jest zaoferowanie wyłącznie pojazdu o homologacyjnym typie AF- wielozadaniowy pod dodatkowym warunkiem, iż pojazd spełniał będzie wymagania SIWZ. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, zdaniem Odwołującego, potwierdza, iż z załączonego wymaganego przez Zamawiającego w ofercie dokumentu homologacji wynika, iż zaoferowane przez Konsorcjum SOLEY oraz Marvel Sp. z o.o. pojazdy Kia nie posiadają jakiegokolwiek spośród dopuszczonych w postępowaniu typu homologacyjnego nadwozia. Pojazdy Kia będące przedmiotem oferty posiadają niedopuszczony przez Zamawiającego typ homologacyjny nadwozia określony jako ED.

Odwołujący stwierdził dodatkowo, iż o ile kierować się uzasadnieniem rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, to wymaganie przez organizatora przetargu typu homologacyjnego nadwozia nie zostałoby określone w SIWZ, co nie jest prawdą.

Zamawiający wymagał i dopuszczał bowiem jednocześnie zaoferowanie wyłącznie wskazanych w SIWZ homologacyjnych typów nadwozi. W przypadku nadwozia AF dopuszczając możliwość zaoferowania takich pojazdów, Zamawiający poza wymogiem posiadania przez pojazd typu homologacyjnego AF wymagał spełnienia wymagań dot. funkcjonalności pojazdu określonych w SIWZ.

Jednak, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dopuszczał możliwości zaoferowania pojazdu o jakiegokolwiek innym niż wskazane w SIWZ kodzie nadwozia (typy nadwozia zgodne z obowiązującymi przepisami tak krajowymi, jak i dyrektywnymi). Obydwaj wskazani Wykonawcy zaoferowali - zgodnie z załączonym - wymaganym przez Zamawiającego - dokumentem homologacyjnym oferowanego pojazdu samochód posiadający niedopuszczoną przez Zamawiającego homologację nadwozia ED.

Wobec powyższego, Zamawiający, zdaniem Odwołującego, potwierdza w treści rozstrzygnięcia protestu zasadność zarzutu wskazując, iż choć istotnie zaoferowano pojazd homologowany jako ED to jednak Zamawiający oceniał typ nadwozia wyłącznie na podstawie wymagań określonych w SIWZ.

Zamawiający potwierdza tym samym, jego zdaniem, iż ocena ofert została dokonana

wadliwie i niezgodnie z SIWZ, bowiem wbrew wymaganiu aby oferowany pojazd posiadał, określony na skutek badań uprawnionego podmiotu, typ homologacyjny nadwozia, na etapie oceny ofert, odstąpił od tego wymogu oceniając tylko funkcjonalność pojazdu.

Przywołanie jako dowody w sprawie wskazania przez Wykonawców na typ AF w ofercie - zgodny z wymaganiami Zamawiającego dowodzi co najwyżej, jak twierdzi Odwołujący, iż oferty te są sprzeczne wewnątrznie, o ile uprawniony do tego organ homologacyjny stwierdza, iż pojazd nie posiada typu homologacyjnego dopuszczonego przez Zamawiającego.

Odnośnie kompletacji pojazdu.

Odwołujący w całości podtrzymał argumentację zawartą w proteście oraz uzupełnieniach do niego wniesionych z zachowaniem ustawowego terminu dla wniesienia protestu. Argumentacja Zamawiającego wskazująca na konieczność adaptacji pojazdu w zakresie wyposażenia specjalnego związanego z zastosowaniem pojazdu do celów operacyjnych policji pozostaje, zdaniem Odwołującego, bez związku z zarzutem wskazującym na niedostępność w zaoferowanej wersji pojazdu wymaganych przez Zamawiającego elementów wyposażenia, wbrew oświadczeniom zawartym w obydwu ofertach wykonawców.

Podtrzymał także zarzut dotyczący działań krajowego przedstawicielstwa marki w związku z wniesionym przez nas protestem, do czego Zamawiający nie odniósł się w treści rozstrzygnięcia protestu.

Kopie odwołania otrzymał Zamawiający w tym samym dniu (wpływ bezpośredni).

W dniu 05.11.2008 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum SOLEY kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienie nie miało miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią spornych ofert, udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 22.09.2008 r. oraz 09.10.2008 r., jak również modyfikacją SIWZ z dnia 02.10.2008 r., po wysłuchaniu stanowisk stron na posiedzeniu i rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w rozstrzygnięciu protestu i na posiedzeniu, iż z uwagi na okoliczność tego rodzaju, iż informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Wykonawcom przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 Nr 171, poz. 1058) wiążący jest 7 dniowy termin do wnoszenia protestów liczony według zasad obowiązujących do dnia 23.10.2008 r. Stanowisko Odwołującego wskazane w odwołaniu, jak i na posiedzeniu, iż zgodnie z dyspozycją art. 4 ust 2 ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, Izba uznaje za własne. Protest został wniesiony do Zamawiającego w dniu 28.10.2008 r., tj. po dniu wejścia w życie znowelizowanych przepisów, co definitywnie rozstrzyga sporną kwestię.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofertach uczestników postępowania, których konieczność odrzucenia Odwołujący wskazuje, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, względem typu homologacji nadwozia oferowanego pojazdu oraz kompletacji pojazdu, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do typu homologacji nadwozia oferowanego pojazdu Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W pkt IV. SIWZ „*OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA*”, w ppkt 1.2. Zamawiający ustalił, iż: „*Oferowane pojazdy muszą być w jednym rodzaju nadwozia: Sedan(AA) lub hatchback/lift back (AB)*”. Ponadto, w pkt 6 Załącznika nr 1 do SIWZ: „*WYMAGANIA DOTYCZĄCE POJAZDU BAZOWEGO OSOBOWEGO PRZEZNACZONEGO POD ADAPTACJĘ NA POJAZD „NIEOZNAKOWANY*”, w ppkt 22 ustalił również, iż: „*Rodzaj nadwozia - Sedan(AA) lub hatchback/lift back (AB)*”.

Ponadto, Zamawiający w ramach odpowiedzi z dnia 22.09.2008 r. na pytania stwierdził, co następuje:

„*Pytanie 1*

Czy zamawiający dopuści pojazd typu hatchback, który spełnia wszystkie wymogi SIWZ natomiast w świadectwie homologacji posiada określenie rodzaju nadwozia jako AF - wielozadaniowy. Zgodnie z Dz. U. 238 poz. 2010 z dnia 24.10.2005 nadwozie rodzaju AF jest tożsame z nadwoziem określonym przez ustawodawcę jako AB z tą różnicą, że nadwozie typu AF może być dodatkowo modyfikowane i w związku z tym ma szersze zastosowanie?

Odpowiedź

TAK, Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie pod warunkiem spełniania przez oferowany pojazd zapisów określonych w SIWZ załącznik nr 1 pkt. 6 ppkt. 23.

Pytanie 2

Czy Zamawiający dopuszcza nadwozia hatchback AF (wielozadaniowe) ?

Odpowiedź

TAK, Zamawiający dopuszcza nadwozia hatchback AF (wielozadaniowe) pod warunkiem spełniania przez oferowany pojazd zapisów określonych w SIWZ załącznik nr 1 w szczególności pkt 6 ppkt. 23.

Powyższe odpowiedzi są wiążące dla stron postępowania". Powyższe ustalenia Zamawiający dodatkowo potwierdził w ramach odpowiedzi z dnia 02.10.2008 r. na następne pytania. Zgodnie z pkt 6 ppkt 23 załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby w ramach oferty była: „Para drzwi bocznych skrzydłowych po każdej stronie pojazdu. Drzwi tylne (pokrywa tylna) otwierane do góry. Wszystkie drzwi przeszklone”.

Ponadto, Zamawiający zgodnie z pkt. VII: „INFORMACJE O OŚWIADCZENIACH LUB DOKUMENTACH, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY”, lit. d) SIWZ:

„Zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonych w rozdział. VI SIWZ) Wykonawca wraz z ofertą musi złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty (...) d) kopię świadectwa homologacji wraz z opisem technicznym typu oferowanego pojazdu”.

W ramach odpowiedzi Zamawiającego z dnia 13.10.2008 r. na pytania wskazał, iż:

„Pytanie 17

Zamawiający w pkt. VII „Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy” wymaga załączenia kopii świadectwa homologacji. Czy Zamawiający dopuszcza załączenie kopii wyciągu ze świadectwa homologacji, który zawiera dane techniczne pojazdu i jest dokumentem umożliwiającym rejestrację samochodu w Polsce. Pełne świadectwo homologacji jest dokumentem 58 stronicowym, obejmuje

wszystkie silniki i specyfikacje danego modelu (64 wersje), jest sporządzone w języku angielskim.

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie dopuszcza załączenie kopii wyciągu ze świadectwa homologacji. Jednocześnie Zamawiający wraca uwagę, że zgodnie z zapisami SIWZ rozdział VII dokumenty sporządzone w języku obcym należy złożyć wraz z ich tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez Wykonawcę.(.....)

Pytanie 19

Zwracam się z zapytaniem czy przy składaniu oferty przetargowej dopuszczony jest wyciąg ze świadectwa homologacji?

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie dopuszcza załączenie kopii wyciągu ze świadectwa homologacji”.

W ramach złożonych ofert Konsorcjum SOLEY oraz MARVEL Sp. z o.o. złożyli kopię świadectwa homologacji wraz z opisem technicznym typu oferowanego pojazdu stwierdzającą, że oferowany pojazd jest zgodny z wymaganiami SIWZ, rodzaj nadwozia (zgodnie pkt. 9.1 przedłożonego dokumentu, str. 169 oferty – rodzaj nadwozia AF – pierwszy oraz zgodnie pkt. 9.1 przedłożonego dokumentu, str. 141 oferty – rodzaj nadwozia AF – drugi). Ponadto, w obu przedłożonych homologacjach stwierdza się również, iż są to auta typu ED.

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba stwierdza, że zarzut zaoferowania przez Konsorcjum SOLEY oraz MARVEL Sp. z o.o. pojazdu o nie dopuszczonym przez Zamawiającego typie nadwozia nie potwierdził się.

Po drugie, Konsorcjum SOLEY na formularzu ofertowym (str. 1 oferty) oraz w kopii świadectwa homologacji wraz z opisem technicznym (na str. 169 oferty, tj. na 22 str. z 56 „Ogólnego systemu homologacji typu całego pojazdu” – od 145 do 202 str. oferty), a MARVEL Sp. z o.o. na formularzu ofertowym (str. 1 oferty) oraz w kopii świadectwa homologacji wraz z opisem technicznym (na str. 141 oferty, tj. na 22 str. z 56 „Pełnego zatwierdzenia modelu pojazdu” – od 112 do 175 str. oferty) zaoferowali pojazdy z nadwoziem hatchback AF (wielozadaniowe) spełniające zapisy określone w SIWZ, tj. w załączniku nr 1, w szczególności pkt 6 ppkt. 23.

Po trzecie, twierdzenie Odwołującego, iż zaoferowane pojazdy posiadają niedopuszczoną przez Zamawiającego homologację typu ED, czyli zostały homologowane

jako ED jest błędne. Zgodnie bowiem z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep (Dz. U. z 2005 r., Nr 238, poz. 2010 ze zm. Dz. U. z 2006 r., Nr 205, poz. 1512 oraz Dz. U. z 2008 r., Nr 29, poz. 166), tj. § 4 Definicje kategorii i typów pojazdów dla potrzeb homologacji typu pojazdu określa załącznik nr 1 do rozporządzenia. W ramach wskazanego załącznika, tj. części C. DEFINICJE RODZAJU NADWOZIA (dotyczy wyłącznie pojazdów kompletnych lub skompletowanych) stwierdza się, iż: *„Rodzaj nadwozia, o którym mowa w pkt 9.1 załączników nr 2 i 3 do rozporządzenia oraz w pkt 37 w załączniku nr 14 do rozporządzenia, określa się poprzez następujące kodowanie”*. Tu wskazując, iż w odniesieniu do samochodów osobowych (kategorii M1), do której należą oferowane pojazdy, kody takie jak: AA, AB, AC, AD, AE i AF. Załącznik nr 2 do rozporządzenia to wzór podstawowego opisu technicznego do celu homologacji typu pojazdu, a załącznik nr 3 do rozporządzenia to wzór opisu technicznego do celu homologacji typu. Zaś załącznik nr 13 to wzór świadectw homologacji typu pojazdu, a załącznik nr 14 to wzór wyciągów ze świadectw homologacji typu pojazdu. Przywołane rozporządzenie określa bowiem zgodnie z § 1 ust.1 pkt 4 wzory dokumentów związanych z homologacją typu pojazdu.

Z powyższego wynika, iż określenie rodzaju nadwozia w oferowanych pojazdach ma miejsce w pkt 9.1 podstawowego opisu technicznego do celu homologacji typu pojazdu lub opisu technicznego do celu homologacji typu, stanowiących załączniki do wniosku do ministra właściwego do spraw transportu o wydanie świadectwa homologacji typu pojazdu. Samo zaś świadectwo homologacji typu pojazdu nie zawiera określenia wskazującego na rodzaj nadwozia, gdyż w pkt. 0.2 mówi się tylko o typie pojazdu, także w pkt. 0.2 podstawowego opisu technicznego do celu homologacji typu pojazdu lub opisu technicznego do celu homologacji typu jest mowa nie o rodzaju nadwozia, ale typie pojazdu.

Definicje typu pojazdu określa § 3 pkt 3 wskazanego wyżej rozporządzenia, zgodnie z którym są to pojazdy jednej kategorii, które nie różnią się od siebie przynajmniej pod względem istotnych cech, określonych w załączniku nr 1 do rozporządzenia w części B; typ pojazdu może zawierać warianty i wersje.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak również dokonane ustalenia, Izba stwierdza, iż kwestionowane przez Odwołującego w ofercie Konsorcjum SOLEY oraz MARVEL Sp. z o.o. zapisy nie dotyczą rodzaju nadwozia, czy też jak wskazuje Odwołujący typu homologacyjnego nadwozia określonego jako ED, ale typu (modelu) pojazdu (str. 145, czy też 149 oferty Konsorcjum SOLEY, jak również w ramach nagłówka 56 stronicowego dokumentu: *„Ogólnego systemu homologacji typu całego pojazdu”*, a w odniesieniu do oferty MARVEL Sp. z o.o., str. 112, czy też 116, jak również w ramach nagłówka 56 stronicowego dokumentu: *„Pełnego zatwierdzenia modelu pojazdu”*). Powyższe potwierdza także

okoliczność tego rodzaju, iż w pkt. 0.2.1 nazwa komercyjna lub nazwa handlowa także używa się określenia ED zamiennie z cee'd.

Izba uznała, iż świadectwo homologacji wydane przez uprawniony do tego organ jest potwierdzeniem, że typ pojazdu, którego dotyczy homologacja ma nadwozie AF-wielozadaniowe, zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

Izba zgodziła się również ze stanowiskiem Zamawiającego, iż gdyby był to rodzaj nadwozia wskazany przez Odwołującego, tj. nadwozie ED, to nie zostałyby wydane świadectwa homologacji, gdyż zgodnie z rozporządzeniem wskazanym wcześniej nie istnieje taki rodzaj nadwozia. Powyższą okoliczność (nie istnienia nadwozia tego rodzaju) potwierdził także na rozprawie Odwołujący.

Na marginesie należy zauważyć, iż Izba nie stwierdziła, jakoby Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przyznał, że choć istotnie zaoferowano pojazd homologowany, jako ED to Zamawiający oceniał typ nadwozia wyłącznie na podstawie wymagań określonych w SIWZ. Ustalenia Izby, jak i samo stanowisko Zamawiającego z rozstrzygnięciem przeczą takiemu twierdzeniu. Izba uznaje także za błędne twierdzenia Odwołującego o wewnętrznej sprzeczności ofert przedłożonych przez Konsorcjum SOLEY oraz MARVEL Sp. z o.o. Wyjaśnienia w tym zakresie udzielone przez Zamawiającego odnośnie wskazanych na rozprawie przez Odwołujących sprzeczności w ofercie Konsorcjum SOLEY (dopuszczony hatchback – AF, a hatchback ma oznaczenie AB, a nie AF), Izba uznała za wynikające z błędu Zamawiającego (pismo z dnia 22.09.2008 r.) powtórzonego przez Wykonawcę. Z tego tytułu, powyższy błąd nie może mieć wpływu na ocenę oferty Konsorcjum SOLEY. Z tych powodów, brak jest jakichkolwiek podstaw do przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdza także, iż na podstawie ogólnie dostępnych informacji na stronach internetowych można ustalić, iż typ pojazdu ED, a ściślej Kia ED oznacza „*European Design*”, tzn. auto zaprojektowane z myślą o rynku europejskim:

<http://www.autogaleria.pl/news/index.php?id=614> .

Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

W odniesieniu do kompletacji pojazdu Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W ramach pkt. VII: *„INFORMACJE O OŚWIADCZENIACH LUB DOKUMENTACH, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY”*, lit. b) SIWZ:

„Zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonych w rozdział

VI SIWZ) Wykonawca wraz z ofertą musi złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty(...) b) opis oferowanych samochodów (zawierający producenta, typ, model oraz parametry techniczne oferowanych pojazdów) - potwierdzający spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego z Załącznika nr 1”.

W ramach modyfikacji w trybie art. 38 ust.4 Pzp zapisów SIWZ dokonanej w dniu 02.10.2008 r. Zamawiający określił, iż:

„1) W SIWZ rozdział VII Ponadto Wykonawca wraz z ofertą ma złożyć, dopisuje się pkt f) w brzmieniu: „dokument zawierający informacje o wersji /nazwie handlowej /oferowanego pojazdu wraz z wykazem wyposażenia oferowanej wersji”

2) W SIWZ w załączniku nr 1, pkt 6 w tabeli zostaje dopisany pkt 26, 27 i 28”

Z kolei w ramach odpowiedzi z dnia 09.10.2008 r. na pytanie 12: „Wprowadzona przez Zamawiającego modyfikacja treści załącznika nr 1 do SIWZ obejmuje wymaganie oferowania samochodów posiadających lakierowane lusterka wsteczne, zderzaki i klamki drzwi. Proszę o uzasadnienie takiej zmiany i wyjaśnienie powodów, jakimi kierował się Zamawiający formułując takie wymaganie, tym bardziej, że takie wyposażenie samochodów nie ma wpływu na poprawę warunków pracy Funkcjonariuszy Policji, czy też zwiększenie funkcjonalności oferowanych samochodów. Wymaganie lakierowania wszystkich zewnętrznych elementów w kolorze nadwozia powoduje niepotrzebny wzrost ceny oferty niewspółmierny do osiągniętego efektu dla Zamawiającego, bowiem tego typu wyposażenie jest oferowane w najwyższych („najbogatszych”) wersjach danego modelu samochodu lub też stwarza konieczność doliczenia ceny opcji dodatkowych. W związku z powyższym zwracam się z prośbą o zrezygnowanie z tego wymagania jako warunku wykluczającego i dopuszczenie oferty pojazdów posiadających ewentualnie takie wyposażenie w swym seryjnym wyposażeniu (w pełnej lub częściowej kompletacji przedstawionej przez Zamawiającego w zmodyfikowanej treści załącznika nr 1 do SIWZ)”, Zamawiający stwierdził, iż: „dokonał modyfikacji SIWZ ponieważ istnieje możliwość, że dostawcy w celu obniżenia kosztów produkcji zaoferują pojazd o niższym standardzie wyposażenia dla Policji, w stosunku do wersji handlowej oferowanej dla indywidualnych klientów. Jednocześnie informuję, że pojazd ze względu na przeznaczenie nie może wyróżniać się wyglądem zewnętrznym od pojazdu oferowanego na rynku”.

W ramach złożonych ofert Konsorcjum SOLEY oraz MARVEL Sp. z o.o. złożyli m. in.: opis oferowanych samochodów (zawierający producenta, typ, model oraz parametry techniczne oferowanych pojazdów) - potwierdzający spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego z Załącznika nr 1 (str. od 3 do 19 oferty Konsorcjum SOLEY oraz str. od 29 do 40 oferty MARVEL Sp. z o.o.) oraz dokument zawierający informacje o wersji /nazwie handlowej /oferowanego pojazdu wraz z wykazem wyposażenia oferowanej wersji (str. 29

oferty Konsorcjum SOLEY oraz uzupełnienie oferty MARVEL Sp. z o.o. z dnia 20.10.2008 r. dokonane na wezwanie z dnia 17.10.2008 r.).

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała za błędne twierdzenia Odwołującego, że ponieważ oferowana wersja pojazdu nie posiada wymaganych przez Zamawiającego opcji to oznacza, iż nie może być on wyposażony w wymagane przez Zamawiającego elementy. Także błędne jest twierdzenie, iż oferty Wykonawców są niezgodne z wymaganym przez Zamawiającego ukończeniem analogicznym do pojazdu znajdującego się w ofercie dla klientów indywidualnych.

Po drugie, Izba stwierdza, że stanowisko Odwołującego o konieczności zgodności wyposażenia oferowanej wersji handlowej pojazdu z wymaganym przez Zamawiającego ukończeniem jest błędne. Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w SIWZ, iż o wymaganej kompletacji stanowi opis oferowanego samochodu (zawierający producenta, typ, model oraz parametry techniczne oferowanych pojazdów) - potwierdzający spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego z Załącznika nr 1, co miało miejsce na str. od 3 do 19 oferty Konsorcjum SOLEY oraz str. od 29 do 40 oferty MARVEL Sp. z o.o. Wyposażenie oferowanej wersji handlowej pojazdu nie miało być zgodne z wymaganiami Załącznika nr 1 w dniu złożenia oferty. Tak bowiem z modyfikacji z dnia 02.10.2008 r., jak i wyjaśnień z dnia 09.10.2008 r., jak też rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż Wykonawca wybrany, zgodnie z zobowiązaniem wynikającym z oferty - Konsorcjum SOLEY od str. 3 do 19 – musi dostosować wyposażenie oferowanej wersji handlowej do wymagań określonych w SIWZ. Celem bowiem złożenia opisu oferowanego samochodu (zawierającego producenta, typ, model oraz parametry techniczne oferowanych pojazdów) było potwierdzenie spełnianie wszystkich wymagań przedmiotowych Zamawiającego z Załącznika nr 1, zaś celem złożenia dokumentu zawierającego informacje o wersji /nazwie handlowej /oferowanego pojazdu wraz z wykazem wyposażenia oferowanej wersji było wykluczenie możliwości zaoferowania przez dostawców w celu obniżenia kosztów produkcji, pojazdu o niższym standardzie wyposażenia dla Policji, w stosunku do wersji handlowej oferowanej dla indywidualnych klientów.

Po trzecie, Izba stwierdza, iż Odwołujący nie wykazał, że oferowana wersja pojazdu, nie posiadająca wymaganych przez Zamawiającego opcji nie może być wyposażona w wymagane przez Zamawiającego elementy. Deklaracja w tej materii złożona w formie opisu oferowanego samochodu (zawierającego producenta, typ, model oraz parametry techniczne oferowanych pojazdów) - potwierdzająca spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego z Załącznika nr 1, w połączeniu z oświadczeniem złożonym w ramach

formularza ofertowego (pkt. 4) wskazuje w sposób jednoznaczny, iż przedmiotem dostawy będą pojazdy spełniające wymagania zawarte także w załączniku nr 1 do SIWZ.

Po czwarte, zdaniem Izby Zamawiający nie wymagał zaoferowania pojazdu (modelu) z tzw. najwyższej półki. Co prawda pierwotne brzmienie załącznika nr 1 do SIWZ, a zwłaszcza pkt 6 mogłoby wskazywać, iż Zamawiający wymaga, aby pojazd bazowy przed adaptacją zawierał wszystkie wyszczególnione w nim opcje, przy założeniu, iż pojazd bazowy to pojazd oferowany dla klienta indywidualnego. Jednakże modyfikacja z dnia 02.10.2008 r. zmieniła jednoznaczność takiego zapisu SIWZ, gdyż razem z wymogiem złożenia dokumentu zawierającego informacje o wersji /nazwie handlowej /oferowanego pojazdu wraz z wykazem wyposażenia oferowanej wersji, dodano m.in. pkt 28 w załączniku nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym: *„Wykonawca zobowiązuje się skompletować oferowaną wersję pojazdu w sposób, co najmniej zgodny z handlową ofertą wyposażenia oferowana dla odbiorców indywidualnych”*.

Powyższe ustalenia czynią argumentację przedstawioną na rozprawie przez Odwołującego za nie trafną. Należy uznać bowiem, iż modyfikacja ma charakter wiążący, czyniąc zapis pierwotny SIWZ nieobowiązującym. Powyższa modyfikacja złagodziła rygor pierwotny.

Dodatkowo, należy wskazać, na stanowisko Zamawiającego na rozprawie, który stwierdził, iż: *„chciał uniknąć zaoferowania mu zubożonej wersji pojazdu”*, jak także stwierdzenie, że: *„(...) będzie to pojazd nieoznakowany, wyglądający z zewnątrz jak wersja handlowa istniejąca na rynku, jednakże będzie miała miejsce ingerencja w sposób niewidoczny od zewnątrz”*.

Podnieść należy również, iż Zamawiający odpowiadając również na pytanie Przewodniczącego, czy w wersji handlowej miały znajdować się opcje, o których mówił Odwołujący stwierdził, że będzie wymagał, by pojazd dostarczony miał już stosowne modyfikacje. Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Izba stoi także na stanowisku, iż z uwagi na zaoferowanie pojazdów przez Konsorcjum SOLEY i Marvel Sp. z o.o. zgodnie z wymaganiami Zamawiającego m.in. załącznikiem 1 nr do SIWZ, uczestnicy musieli skalkulować cenę nie według takiej, czy innej wersji handlowej pojazdu oferowanej dla odbiorców indywidualnych, ale według wymagań postawionych przez Zamawiającego, co czyni przedłożone oferty porównywalnymi. Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu powołanego w uzupełnieniu protestu i podtrzymanego w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, który obliguje Zamawiającego do dokonania czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4. Pzp, o ile w postępowaniu złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Izba stwierdza co następuje.

Po pierwsze, zgodnie z orzecznictwem Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej Pzp nie zna instytucji uzupełnienia protestu. Niniejsze stanowisko za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20.02.2007 r., sygn. akt: IX Ca 50/07 oraz orzeczeniem KIO z dnia 07.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1009/08. Po drugie, wobec powyższego Izba uznała, że zarzut dotyczący działań krajowego przedstawicielstwa marki Kia, jest zarzutem, który nie był zawarty w proteście i jako taki nie może być przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę, zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę nie potwierdzenie się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, nie uwzględniając odwołania.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3000 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*