

WYROK
z dnia 19 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 marca 2012 r.** przez wykonawcę: **A.R.M. Project. Sp. z o.o. ul. Górczewska 200/260, 01-460 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto i Gmina Konstancin Jeziorna, Urząd Miasta ul. Warszawska 32, 05-520 Konstancin-Jeziorna**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **A.R.M. Project. Sp. z o.o. ul. Górczewska 200/260, 01-460 Warszawa**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A.R.M. Project. Sp. z o.o. ul. Górczewska 200/260, 01-460 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego, **A.R.M. Project. Sp. z o.o. ul. Górczewska 200/260, 01-460 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Miasta i Gminy Konstancin Jeziorna, Urząd Miasta ul. Warszawska 32, 05-520 Konstancin-Jeziorna**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę samochodu służbowego dla Straży Miejskiej - osobowo-terenowego z napędem na 4 koła” (BZP poz. 32061 z 8.02.2012 r.), o wartości szacunkowej poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej - ustawy Pzp), w dniu 7 marca 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: A.R.M. Project. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane w tym samym terminie zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego: Miasta i Gminy Konstancin Jeziorna - odrzucenia złożonej oferty, o czym odwołujący został powiadomiony w dniu 2 marca 2012 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy, przez uchybienie zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 8 ust. 1 ustawy, przez nieujawnienie informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co narusza zasadę jawności postępowania;
- 3) art. 9 ustawy Pzp;
- 4) art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieujawnienie i nieudostępnienie pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę Marvel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i towarzyszących jej dokumentów - od chwili jej otwarcia.

Jednocześnie odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, naruszona została zasada jawności postępowania.

Powołując się na legitymację do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty;

- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zasądzenie kosztów postępowania stosownie do treści art. 192 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, wraz ze zwrotem kosztów pełnomocnika.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zamawiający odrzucił złożoną ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 oraz 2 ustawy Pzp, w związku z art. 82 ust. 1 oraz 87 ust. 1 tej ustawy - co odwołujący uznał za naruszenie prawa.

Podał, że składając ofertę zawarł w formularzu ofertowym, dotyczącym parametrów technicznych, oświadczenie woli o wykonaniu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego. Zamawiający określił w formularzu Specyfikacja parametrów technicznych SIWZ minimalne wymagane parametry - a odwołujący wpisując słowo „spełnia” w Specyfikacji parametrów technicznych w ofercie, w jego ocenie – wykazał tym samym, zaoferowanie wymaganych przez zamawiającego cech przedmiotu dostawy, określonych SIWZ. Zaznaczał, że integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) stanowią pytania i odpowiedzi udzielone przez zamawiającego, które w tym przypadku rozszerzyły zakres możliwych oferowanych parametrów. Ponadto wyjaśniał, że wymagania, o których mowa nie stanowią kryterium wyboru oferty. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie uwzględnił przy dokonywaniu oceny ofert własnych odpowiedzi na zadane pytania do SIWZ - przez wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty.

Zwrócił uwagę na fakt, iż zamawiający wpisując w lewej kolumnie słowo „PODAĆ,” jednoznacznie określił właściwości zamawianego pojazdu, których wartości należało wpisać w prawej kolumnie tabeli, dotyczącej parametrów technicznych, tj.: zużycia energii, emisji dwutlenku węgla oraz zanieczyszczeń.

W przekonaniu odwołującego, składając ofertę, postąpił on zgodnie z instrukcjami zawartymi w SIWZ. Ponadto wskazał, że w dziale XVI SIWZ, zamawiający nie sprecyzował w jaki sposób należy potwierdzić wykonanie zamówienia zgodnie w wymogami, co jasno stanowi przesłankę do wpisania przez oferenta oświadczenia woli spełniania minimalnych warunków SIWZ.

Odwołujący podnosił, że zamawiający dokonał czynności w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, poprawiając „omyłkę pisarską” w ofercie Marvel Sp. z o.o., przyjmując jako dogmat i bez refleksji dane ze świadectwa homologacji, które w sposób oczywisty nawet dla laika stanowią nieprawdę, nie ma bowiem na świecie samochodu wyposażonego w silnik napędzany olejem napędowym, który emitowałby tak niskie stężenie zanieczyszczeń, jakie wskazano w świadectwie homologacji przedstawionej przez wymienionego wykonawcę, biorąc również pod uwagę fakt, iż inne pojazdy, w tym także pojazd zaoferowany przez

odwołującego, o zbliżonej konstrukcji silnika emitują tysiąc razy większą wartość stężenia zanieczyszczeń.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał tym samym nieuczciwej oceny ofert (wartość emisji zanieczyszczeń stanowiła istotną część kryterium oceny oferty), nie poddając w wątpliwość podanych wartości w ofercie Marvel Sp. z o.o. i „nie dochodząc wyjaśnień stanu faktycznego, zgodnego choćby ze zdrowym rozsądkiem, a uznanie wartości o różnicy rzędu tysiąca stanowi o ewidentnym cudzie techniki.” Odwołujący zarzucał, że zamawiający zaniechał czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy, gdyż nie żądał wyjaśnień dotyczących danych o wartości emisji zanieczyszczeń, która potwierdzałaby stan faktyczny. Nie zadał sobie trudu by ustalić rzeczywiste i fizycznie możliwe, ewentualne wartości stężenia emisji zanieczyszczeń, jakie wydziela silnik napędzany olejem napędowym, przyjmując tym samym ofertę Marvel Sp. z o.o., która poświadcza nieprawdę i powinna zostać odrzucona, ze względu na to, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, jak utrzymywał odwołujący, zamawiający zlekceważył informację o popełnieniu błędu, na co wskazał w wysłanej do zamawiającego korespondencji i nie dokonał także szczegółowej analizy parametru, który stanowi istotne kryterium oceny ofert.

W przeświadczeniu odwołującego, zamawiający uchybił przepisom art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż zaniechał także informowania wykonawców o otrzymywaniu pism oraz wyjaśnień - nie potwierdzając otrzymywania faksów, mimo wyraźnej prośby odwołującego. Na wniosek odwołującego o udostępnienie ofert, nie została udzielona odpowiedź, a wgląd do oferty konkurenta uzyskał dopiero po osobistej interwencji, czyli na jeden dzień przed możliwym terminem podpisania umowy z wybranym wykonawcą. Ponadto ponosił, że na informację przesłaną w trybie art. 181 ustawy Pzp, nie udzielono odpowiedzi ze strony zamawiającego.

Zaznaczał, że złożona oferta jako najkorzystniejsza cenowo oraz spełniająca wszystkie wymagania zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) winna zostać wybrana przez zamawiającego do realizacji przedmiotu zamówienia.

W uzupełnieniu odwołania, w związku z wezwaniem przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że:

1. Na wniosek zamawiającego o podanie rocznika zaoferowanego pojazdu oraz systemów, jakie ten pojazd posiada - udzielał wyjaśnień treści złożonej oferty, w których podał, że oferowany pojazd pochodzi z rocznika 2011 oraz, że nie posiada systemów: MSR, HBA, EDS, DSR – co zamawiający dopuścił odpowiadając na pytania do SIWZ. Zamawiający nie uznał wyjaśnień dotyczących roku produkcji i posiadanych systemów, traktując je jako

negocjacje i wprowadzenie zmian w ofercie. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie uwzględnił zmian i wyjaśnień, które wprowadził w SIWZ. Kwestionowane parametry nie stanowiły kryteriów oceny ofert, nie miały więc wpływu na ocenę oferty i wybór - jako najkorzystniejszej, a wymagano jedynie oświadczenia spełnienia minimalnych wymogów zamawiającego, co zostało wykonane.

2. W prawej kolumnie tabeli, w każdym punkcie, w którym zamawiający nie żądał wpisania dokładnego parametru, tj. nie zamieścił słowa „PODAĆ” – taki wymóg dotyczył jedynie parametrów stanowiących kryterium oceny ofert, odwołujący ograniczył się do wpisania słowa „spełnia” – jako oświadczenia woli wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z minimalnymi wymaganiami zamawiającego, zawartymi w SIWZ, których integralną część stanowią wyjaśnienia w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto postąpił tak samo w innych punktach, a zamawiający tego nie zakwestionował, przynajmniej w odniesieniu do parametrów: całkowita długość samochodu, całkowita szerokość samochodu, całkowita wysokość, rodzaj nadwozia oraz moc silnika – przyjmując wyjaśnienia jako spełniające minimalne wymogi SIWZ, czego nie podnosił w trakcie dalszego postępowania, a wyjaśnień tych nie uznał za negocjowanie i wprowadzenie zmian w ofercie – w przeciwieństwie do parametrów: rok produkcji i posiadane systemy. Zdaniem odwołującego, na podstawie jego oświadczenia woli można było jednoznacznie stwierdzić, że oferowany pojazd uwzględnia minimalne wymagania zamawiającego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 2 marca 2012 r. o odrzuceniu oferty odwołującego. W piśmie z dnia 19 marca 2012 r. przedstawiając swoje stanowisko w sprawie - wyjaśniał, że jasno i czytelnie sprecyzował w SIWZ – jak należy wypełnić Specyfikację parametrów technicznych, a w tym zakresie nie było pytań do SIWZ. Pozostali zaś uczestnicy, bez problemów, poprawnie wypełnili przedmiotowy dokument, rozstrzygający o zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zwracał uwagę na okoliczność, iż bezsprzecznie w treści oferty – odwołujący zaoferował pojazd z 2012 r. z pełnym zakresem wyposażenia w systemy opisane w SIWZ. Następnie, zaś w odpowiedzi na pytania, podał, że oferowany pojazd pochodzi z roku 2011 i wyposażony jest jedynie w część systemów. Podkreślał, że w żadnym wypadku, sugerowane przez odwołującego zmiany w treści złożonej oferty, nie mieszczą się w katalogu dopuszczalnych poprawek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. A złożenie dwóch oświadczeń woli, należy traktować jako złożenie przez odwołującego się dwóch ofert, czego nie dopuszcza art. 82

ust. 1 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem obydwu ofert – jako niezgodnych z ustawą, stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zaprzeczył zarzutom, jakoby nie uwzględnił przy ocenie ofert, udzielonych przez siebie wyjaśnień do SIWZ, w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Podał przykład, że inny wykonawca w ofercie wpisał samochód z rocznika 2011, co zamawiający uznał za zgodne z treścią SIWZ oraz odpowiedziami z dnia 15 lutego 2012 r.

W odniesieniu do zarzutu, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkiem odrzucenia oferty odwołującego - ze względu na brak podania w ofercie terminów gwarancyjnych, zamawiający wskazywał, że oznaczył jedynie poziom minimalny i oczekiwał, że odwołujący, jak inni wykonawcy - poda konkretny okres na jaki tych gwarancji udziela. Poprzez wpisanie słowa „spełnia” wykonawca nie wskazał jaką gwarancję zaoferował.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania, zamawiający podnosił, że złożenie odwołania w tym zakresie nie zostało dopuszczone art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a więc Krajowa Izba Odwoławcza nie jest władna do ich rozpatrzenia.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, oferty wybranej Marvel Sp. z o.o., oferty firmy „Carsed,” pisma zamawiającego z żądaniem wyjaśnień z 28 lutego 2012 r., pisma z dnia 29 lutego 2012 r. odwołującego - stanowiącego odpowiedź na wezwanie. Pisma z dnia 2 marca 2012 r. informującego o wyniku przetargu i o przyczynach odrzucenia oferty odwołującego

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje „Dostawę samochodu służbowego dla Straży Miejskiej - osobowo-terenowego z napędem na 4 koła.”

W rozdziale II SIWZ zamawiający ustalił minimalne wymogi dla przedmiotu dostawy, między innymi wymagał udzielenia gwarancji bez limitów przebiegu kilometrów na wskazane okresy.

W załączniku nr 5 do SIWZ, Specyfikacja Techniczna zamawiający określił parametry techniczne dla samochodu, gdzie między innymi:

Specyfikacja parametrów technicznych - Dane ogólne poz. 1), wymagała 2012 roku produkcji zaoferowanego samochodu.

Specyfikacja parametrów technicznych - Silnik i nadwozie poz. 9), wymagała aby oferowany samochód posiadał wszystkie systemy: ABS + ESP + ASR + MSR + HBA + EBV + EDS + DSR.

Specyfikacja parametrów technicznych – Gwarancja i serwis poz. 1-5, wymagała podania okresów gwarancyjnych:

- a) gwarancja na zespoły i podzespoły mechaniczne/elektryczne/elektroniczne min. 2 lata,
- b) gwarancja na perforację blach nadwozia min, 7 lat,
- c) gwarancja na powłokę lakierniczą min. 3 lata,
- d) gwarancja na opony min, 2 lata,
- e) gwarancja na szyby min, 2 lata.

W Specyfikacji technicznej zamawiający określił minimalne parametry techniczne – wymagane. Natomiast wykonawca w kolumnie obok opisu zamawiającego, zobowiązany był podać – konkretne parametry techniczne oferowane (równe lub lepsze od minimalnych).

W przypadku, gdy parametr określono jednoznacznie, jak w przypadku wyposażenia, np. klimatyzacja, centralny zamek, wspomaganie kierownicy - wystarczyło w formularzu ofertowym wpisanie słowa „spełnia.”

Na następujące zapytania odwołującego: „w załączniku nr 5 do SIWZ, Specyfikacja Techniczna Zamawiający określił parametry techniczne dla samochodu.- Pkt. 1.6.: Moc silnika do 120 KM. Pyt 1: Czy zamawiający dopuści pojazd o mocy silnika większej niż 120 KM?”

Pkt. 1.1.: rok produkcji 2012.

„Pyt. 2: Czy zamawiający, w związku z krótkim terminem realizacji i początkiem roku, a co za tym idzie brakiem dostępnych na rynku samochodów z rocznika 2012, dopuści pojazd fabrycznie nowy z rocznika 2011 o modelu identycznym jak z rocznika 2012?”

Pkt. 1.9.: Systemy ABS+ESP+ASR+MSR+HBA+EBV+EDS+DSR.

„Pyt. 3: Czy zamawiający dopuści pojazd posiadający, powszechnie używane systemy w samochodach, ABS+ESP+ASR+EBV, a z brakiem systemów: HBA+MSR+EBS+DSR?”

- w wyjaśnieniach do SIWZ udzielonych przez zamawiającego pismem z dnia 15 lutego 2012

roku, zostało podane:

1. „Czy zamawiający dopuści pojazd o mocy silnika większej niż 120 KM? Odpowiedź: Tak.”
2. „Czy Zamawiający, w związku z krótkim terminem realizacji i początkiem roku, a co za tym idzie brakiem dostępnych na rynku samochodów z rocznika 2012, dopuści pojazd fabrycznie nowy z rocznika 2011 o modelu identycznym jak z rocznika 2012? Odpowiedź: Tak.”
3. „Czy Zamawiający dopuści pojazd posiadający, powszechnie używane w samochodach, systemy ABS+ESP+ASR+EBY, a z brakiem systemów: HBA+MSR+EBS+DSR? Odpowiedź: Tak.”

Odwołujący zaoferował pojazd marki Suzuki, typ Crossover.

Odwołujący – w Specyfikacji parametrów technicznych oferowanych - wpisał w formularzu swojej oferty słowo „spełnia,” w odniesieniu części Dane ogólne poz. 1), która oznaczała 2012 rok produkcji zaoferowanego samochodu.

Odwołujący w Specyfikacji parametrów technicznych oferowanych - wpisał w formularzu swojej oferty słowo „spełnia,” w odniesieniu części Silnik i nadwozie poz. 9), która wymieniała wszystkie systemy: ABS + ESP + ASR + MSR + HBA + EBV + EDS + DSR.

Również w odniesieniu do Gwarancji i serwisu nie określił wprost okresów, na jakie udziela gwarancji na poszczególne elementy - wpisał słowo „spełnia.”

Jedynie w prawej kolumnie tabeli, dotyczącej parametrów technicznych, tj.: zużycia energii, emisji dwutlenku węgla oraz zanieczyszczeń – odwołujący wpisał konkretne wielkości, gdyż według instrukcji zamawiającego – widniało słowo „PODAĆ.”

Zamawiający, w Specyfikacji parametrów technicznych, w części „Zużycie energii, emisja dwutlenku węgla oraz zanieczyszczeń” nie wyznaczył żadnych parametrów – nawet minimalnych. Wykonawcy zobowiązani byli podać je samodzielnie, gdyż jednocześnie stanowiły one podstawę oceny, według opisu punktu XX Kryteriów oceny ofert.

W dniu 28 lutego 2012 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie następujących wyjaśnień:

1. w odniesieniu do parametrów wielkości zanieczyszczeń (...),
2. jaki jest rok produkcji oferowanego samochodu,

3. jaka jest całkowita długość zaoferowanego samochodu,
4. jaka jest całkowita szerokość zaoferowanego samochodu,
5. jaka jest całkowita wysokość zaoferowanego samochodu,
6. jaki jest rodzaj nadwozia zaoferowanego samochodu. W specyfikacji parametrów technicznych nie określono rodzaju nadwozia.
7. jaki silnik posiada zaoferowany samochód. W specyfikacji parametrów technicznych nie podano parametrów silnika.
8. czy zaoferowany pojazd posiada systemy: ABS + ESP + ASR + MSR + HBA + EBV + EDS + DSR.

W udzielonej odpowiedzi z dnia 29 lutego 2012 r. odwołujący podał:

1. wielkości emisji zanieczyszczeń,
2. rok produkcji - oświadczył, że rok produkcji oferowanego samochodu - to 2011,
3. całkowitą długość samochodu,
4. całkowitą szerokość samochodu,
5. całkowitą wysokość,
7. moc silnika,
8. systemy jakie posiada pojazd - oświadczył, że oferowany samochód nie posiada systemów MSR, HBA, EDS, DSR.

Wyjaśniał ponadto, że dane podane w ofercie zostały omyłkowo zaczerpnięte ze świadectwa homologacji samochodu tej samej marki i modelu, lecz napędzanego na jedną oś, w związku z tym załączył świadectwo homologacji oferowanego pojazdu. „Jeśli zaś chodzi o dane dotyczące roku produkcji i systemów, jakie posiada oferowany pojazd, dane w ofercie wskazano, mając na uwadze odpowiedź na zadane (...) pytania i odpowiedzi zamawiającego.”

Jako kryterium oceny ofert zostały wyznaczone:

- 1) cena, (waga) - 85,
- 2) zużycie energii – 5,
- 3) emisja dwutlenku węgla – 5,
- 4) emisja tlenku azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów – 5.

Termin składania ofert upłynął 17 lutego 2012 r.

Oferty złożyło 3 wykonawców.

Cena brutto oferty odwołującego wynosi: 97 650,01 zł.

Cena brutto oferty wybranej Marvel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wynosi: 99 384,00 zł.
Wykonawca ten podał konkretne wielkości oferowanych parametrów technicznych (poza

wyposażeniem, które w formularzu Specyfikacji technicznej zostało określone przez zamawiającego w sposób jednoznaczny i potwierdzone przez wykonawcę przez użycie słowa „spełnia.” Wykonawca wybrany w swojej ofercie oznaczył długość okresów gwarancyjnych.

Cena brutto oferty wykonawcy: Carsed J. Chełstowski, K. Lipiński, T. Rybałtowski s.j. wynosi: 99 876,00 zł. Wykonawca ten podał konkretne wielkości oferowanych parametrów technicznych oraz oznaczył długość okresów gwarancyjnych.

Pismem z dnia 2 marca 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Marvel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 82 ust. 1 i art. 87 ust. 1 tej ustawy, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podając następujące uzasadnienie tej czynności:

„Zamawiający zgodnie z rozdziałem II pkt 3 SIWZ wymagał udzielenia gwarancji bez limitów przebiegu kilometrów na okres:

- a) gwarancja na zespoły i podzespoły mechaniczne/elektryczne/elektroniczne min. 2 lata,*
- b) gwarancja na perforację blach nadwozia min, 7 lat,*
- c) gwarancja na powłokę lakierniczą min. 3 lata,*
- d) gwarancja na opony min, 2 lata,*
- e) gwarancja na szyby min, 2 lata.*

Wykonawca w swojej ofercie (tj. w Specyfikacji parametrów technicznych - Gwarancja i serwis) nie określił okresów, na jakie udziela gwarancji na poszczególne elementy. Przedmiotowy element oferty, tj. gwarancja, stanowi bez wątpienia oświadczenie woli Wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego. Powyższy element nie stanowi elementu potwierdzającego wymaganą jakość zaoferowanego samochodu.

Zgodnie z przyjętym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli „z oświadczeń żądanych przez Zamawiającego nie można ustalić treści, która pozwalałaby na ustalenie parametrów potwierdzających wymaganą jakość oferowanych urządzeń (...)” to „(..) tylko w takiej sytuacji możliwe byłoby przyjęcie, że oświadczenie te żądane było w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w orzecnictwie sądów powszechnych, w którym przyjmuje się, iż oświadczenia niemające charakteru informacyjnego, lecz stanowiące oświadczenia woli Wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego, nie mieszczą się w katalogu oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp (wyrok Sądu

Okręgowego w Szczecinie z dnia 28.01,2010 r., sygn. akt II Ca 1211/09) - por. sygn. akt: KIO/1765/10 z dnia 31 sierpnia 2010 r.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, iż z treści oferty nie wynika, na jakie okresy zostały udzielone gwarancje - tym samym nie zostały spełnione minimalne wymogi rozdziału II pkt 3 SIWZ - oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Ponieważ jest niezgodna z ustawą Pzp - treść oferty nie budzi wątpliwości, iż rok produkcji zaoferowanego samochodu to 2012 (Specyfikacja parametrów technicznych - Dane ogólne poz. 1), oraz że zaoferowany samochód posiada wszystkie systemy ABS + ESP + ASR + MSR + HBA + EBV + EDS + DSR (Specyfikacja parametrów technicznych - Silnik i nadwozie poz. 9).

Wykonawca w dniu 29 lutego 2012 r. w odpowiedzi na pismo (...) z dnia 28 lutego 2012 r. oświadczył, iż rok produkcji samochodu to 2011, oraz że oferowany samochód nie posiada systemów MSR, HBA, EDS, DSR. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie - niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści. Przyjęcie wyjaśnień Wykonawcy dotyczących roku produkcji oraz systemów powodowałoby prowadzenie negocjacji z Wykonawcą, które doprowadziłyby do zmiany treści oferty. Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp - Wykonawca może złożyć jedną ofertę. Wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty zaoferował inne rozwiązania, tym samym złożył nową ofertę. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż złożona oferta jest niezgodna z ustawą Pzp."

Odwołujący pismem z dnia 6 marca 2012 r. zwracał się do zamawiającego w trybie przepisów art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, informując go, że uważa czynność odrzucenia złożonej oferty za bezpodstawną, podając uzasadnienie, przytoczone następnie w odwołaniu.

Izba zważyła co następuje.

Bezsporną okoliczność stanowiło, że prowadzone postępowanie jest o wartości szacunkowej - poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zatem zgodnie z postanowieniami art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołanie przysługuje jedynie od czynności odrzucenia oferty odwołującego. Z tych względów Izba poddała rozpatrzeniu wyłącznie zarzuty dotyczące czynności zamawiającego - odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego. Bezprzedmiotowe były zarzuty odnoszące się do nieprawidłowej oceny oferty wybranego wykonawcy Marvel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, jak

również dotyczące niezachowania jawności postępowania, gdyż przy tej wartości zamówienia, środek ochrony prawnej w postaci odwołania – nie przysługuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiadał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną. Jego oferta natomiast, w związku z odrzuceniem, nie podlegała ocenie w kryterium technicznym. Wynik tej oceny nie jest znany, zatem potwierdzenie się zarzutów naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego i bezpodstawnego odrzucenia złożonej oferty, mogłoby prowadzić do poniesienia szkody przez odwołującego, wskutek uniemożliwienia uzyskania przedmiotowego zamówienia i korzyści z jego realizacji.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Również uzasadnienie faktyczne kwestionowanej czynności zamawiającego jest spójne z przytoczoną wyżej podstawą prawną. Zamawiający uznał jednocześnie, że nie może uwzględnić udzielonych wyjaśnień odwołującego, gdyż stanowiłoby to niedopuszczalne negocjacje i zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, zabronione w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że skoro w odpowiedziach na zapytania wykonawców udzielonych dnia 15 lutego 2012 r. w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp do treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający dopuścił w wyraźny sposób, aby w związku z krótkim terminem realizacji i początkiem roku, a co za tym idzie brakiem dostępnych na rynku samochodów z rocznika 2012, zaoferowany został pojazd fabrycznie nowy z rocznika 2011 o modelu identycznym jak z rocznika 2012, a ponadto, skoro w tych samych odpowiedziach, w sposób jednoznaczny dopuścił, aby oferowany pojazd nie posiadał wyposażenia w systemy: HBA+MSR+EBS+DSR - to zobowiązany był tych warunków dotrzymać. Udzielone wyjaśnienia do SIWZ są bowiem wiążące tak dla wykonawców, jak i samego zamawiającego (stanowiąc integralną część SIWZ), a zamawiający od ustalonych warunków przetargu nie może odstępować w trakcie dokonywania oceny ofert.

Należało jednak mieć jednak na względzie, że w formularzu Specyfikacja parametrów technicznych swojej oferty odwołujący zaoferował pojazd z roku 2012, wyposażony w komplet systemów podanych w SIWZ, tj.: ABS+ESP+ASR+MSR+HBA+EBV+EDS+DSR. Natomiast, w złożonych wyjaśnieniach z dnia 29 lutego 2012 r. oświadczył, że rok produkcji oferowanego samochodu to 2011 oraz, że oferowany samochód nie posiada systemów

MSR, HBA, EBS, DSR. W tych okolicznościach treść oferty odwołującego pozostawała sprzeczna z udzielonymi przez niego wyjaśnieniami i wewnątrznie niespójna. Odwołujący byłby uprawniony do żądania uwzględnienia swojej oferty, gdyby uprzednio, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, w tej ofercie wprost podał, że oferuje pojazd z roku produkcji 2011 oraz bez wyposażenia w systemy: HBA+MSR+EBS+DSR - co faktycznie spełniałoby wymagania zamawiającego postawione w SIWZ - wraz z udzielonymi wyjaśnieniami do niej.

Zamawiający nie mógł uwzględnić tak przedstawionej oferty - jak uczynił to odwołujący, gdyż w rzeczywistości, wbrew oświadczeniom własnej oferty, odwołujący zamierzał dostarczyć samochód z roku 2011 bez kompletnego wyposażenia w wymienione wyżej systemy, co wyraźnie potwierdził w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego. Odwołujący, zdawał się nie widzieć problemu, w tym, że pierwotnie złożył oświadczenie o zaoferowaniu pojazdu z roku 2012, wyposażonego w komplet systemów, a następnie nadał temu oświadczeniu zupełnie odmienną treść, udzielając wyjaśnień w odniesieniu do Specyfikacji parametrów technicznych oferowanego pojazdu. Zmienił, tym samym, swoje oświadczenie woli, statuujące treść oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie dozwala na wprowadzanie zmian w treści oferty, stanowiąc w art. 87 ust. 1, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest (...) dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Odrzucenie oferty odwołującego z powyższych przyczyn, należało uznać za czynności zamawiającego dokonane zgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 82 ust. 1, art. 87 ust. 1 tej ustawy, gdyż wykonawca uprawniony jest do złożenia jednoznacznej oferty, a ponadto jego wyjaśnienia nie mogą zmieniać treści oferty przedstawionej w zakreślonym terminie składania ofert. Poza tym, treść wyjaśnień wykonawcy, nie może stanowić jakichkolwiek niedozwolonych negocjacji stron – uzgadniania jaki pojazd wykonawca oferuje w rzeczywistości, ani prowadzić do zmiany treści oferty po upływie terminu jej złożenia, gdyż upoważnia to do wniosków, że wybór takiej oferty naruszałby art. 82 ust. 1, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach sprawy, Izba za w pełni uzasadnione Izba uznała poglądy zamawiającego, że przyjęcie wyjaśnień wykonawcy dotyczących roku produkcji oraz systemów wyposażenia - powodowałoby prowadzenie negocjacji, doprowadzających do zmiany treści złożonej oferty, jak również naruszenia art. 82 ust. 1 ustawy Pzp - dozwalającego na złożenie jednej oferty.

Postępowanie dowodowe w sprawie wykazało, że zamawiający wystarczająco jasno i czytelnie sprecyzował w SIWZ – jak należy wypełnić Specyfikację parametrów technicznych.

Pozostali uczestnicy przetargu zdołali poprawnie wypełnić przedmiotowy dokument – przesądzający o zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Bezsprzecznie w treści oferty – odwołujący zaoferował pojazd z 2012 r. z pełnym zakresem wyposażenia w systemy opisane w SIWZ. Następnie, zaś w odpowiedzi na pytania, podał, że oferowany pojazd pochodzi z roku 2011 i wyposażony jest jedynie w część systemów. Wnioskowane przez odwołującego zmiany w treści złożonej oferty, nie mieszczą się w katalogu dopuszczalnych poprawek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Przedstawienie natomiast dwóch rozbieżnych znaczeniowo oświadczeń woli, należy traktować jako złożenie przez odwołującego się dwóch ofert, czego nie dopuszcza art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, stwarzając podstawy dla odrzucenia obydwu ofert – jako niezgodnych z ustawą - stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zarzut, naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkiem odrzucenia oferty odwołującego - ze względu na brak podania w ofercie terminów gwarancyjnych, nie znajduje podstaw. Odwołujący nie podał w treści swojej oferty tj. w Specyfikacji parametrów technicznych - Gwarancja i serwis - okresów, na jakie udziela gwarancji na poszczególne elementy samochodu, zatem zarzuty zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, znajdowały uzasadnienie. Przedmiotowy zakres oferty, tj. gwarancja, stanowi oświadczenie woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego. Skoro zamawiający zgodnie z rozdziałem II pkt 3 SIWZ wymagał udzielenia gwarancji bez limitów przebiegu kilometrów na okres:

- a) gwarancja na zespoły i podzespoły mechaniczne/elektryczne/elektroniczne min. 2 lata,
- b) gwarancja na perforację blach nadwozia min, 7 lat,
- c) gwarancja na powłokę lakierniczą min. 3 lata,
- d) gwarancja na opony min, 2 lata,

- obowiązkiem wykonawcy było podporządkowanie się temu żądaniu i wyspecyfikowanie w ofercie terminów udzielenia gwarancji na wyszczególnione elementy samochodu. Użycie w ofercie określenia „spełnia” Izba uznała za niewystarczające, mogące się odnosić do przyjęcia do wiadomości oznaczonych wymagań, a nie do zadeklarowania w sposób wiążący ich respektowania w ofercie, a następnie w umowie. Jedynie w przypadku, gdy parametr określono jednoznacznie, jak przy wyposażeniu, np. w klimatyzację, centralny zamek, wspomaganie kierownicy - wystarczyło w formularzu ofertowym wpisanie słowa „spełnia.”

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ - znajdującym się w dokumentach przetargowych, w § 5 okresy gwarancyjne nie zostały podane. Zaakceptowany został tym samym, jedynie wzór umowy. Okresy gwarancyjne ustalane są bowiem przez wykonawcę

samodzielnie, nie wynikają z opisu dokładnie zdefiniowanego co konkretnej właściwości oferowanej wersji pojazdu, (jak np. wyposażenia w klimatyzację) – stanowią przy tym wymaganie minimalne. Wykonawca był zobowiązany, aby oznaczyć okresy gwarancyjne samodzielnie. Nie mogły być one krótsze niż wyznaczone przez zamawiającego. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z mocy art. 14 ustawy Pzp stosuje się przepisy ustawy z dnia 24 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, w tym przepisy dotyczące gwarancji przy umowie sprzedaży. Gwarancja jakości nie wynika z mocy ustawy, może natomiast zostać udzielona przez sprzedawcę. Do powstania zobowiązania gwaranta konieczne jest wystawienie dokumentu określającego zakres gwarancji jakości i termin jej udzielenia. Uprzednio zaś, zobowiązanie w tym zakresie musi zostać podjęte w ofercie, bowiem zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp - zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Izba uznała, że złożona przez odwołującego oferta w części formularza oferty w zakresie podanych informacji w rubryce parametry techniczne oferowane przez wykonawcę „Gwarancja i serwis” nie odpowiadała wymaganiom treści załącznika nr 5 do SIWZ, który wymagał podania konkretnych oferowanych okresów gwarancyjnych na elementy samochodu – jak uczynili to pozostali wykonawcy. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że informacje zawarte w wyżej wskazanej rubryce w formularzu oferty mają charakter przedmiotowo istotny, a zatem ich treść podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z treścią SIWZ. Zdaniem Izby, informacja o terminie gwarancji zespołu, czy elementu samochodu - ma znaczenie merytoryczne, bowiem wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości na udzielony termin gwarancji, nie dając w tym zakresie wykonawcy możliwości dokonania jednostronnej zmiany elementu oferty przedmiotowo istotnego - w trakcie wykonywania zamówienia publicznego. Podanie przez odwołującego w ofercie jedynie słowa „spełnia” - w omawianych okolicznościach, nie wpisuje się w pojęcie „zgodności z treścią SIWZ.” Izba nie podzieliła argumentacji o możliwości identyfikacji udzielonych okresów gwarancji, skoro warunek merytoryczny dla wszystkich wykonawców był ten sam i polegał na obowiązku ich podania wprost. Według Izby, treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Natomiast intencje odwołującego zostały uznane za pozbawione znaczenia, skoro obiektywne wymagania SIWZ nie zostały spełnione przez złożoną ofertę. Zaakceptowanie przez zamawiającego takiego błędnego sformułowania oferty odwołującego byłoby niedopuszczalne - stanowiąc naruszenie fundamentalnej zasady równości wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, iż z treści oferty nie wynika, na jakie okresy zostały udzielone gwarancje - tym samym nie zostały spełnione minimalne wymogi rozdziału

II pkt 3 SIWZ, Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Z powyższych względów Izba nie znalazła podstaw do czynienia zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp i oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Na poczet kosztów postępowania Izba zaliczyła uiszczony wpis - stosownie do § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....