

Sygn. akt: KIO 1150/18

WYROK

z dnia 25 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: **Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 czerwca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2018r. przez **wykonawcę ASO MR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Kielecka 68/70** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Radomiu, ul. Sucha 13**

przy udziale **wykonawcy M. i R. P. spółka jawna M. P., R. P. z siedzibą w Radomiu, ul. Kozienicka 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1150/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1a. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwania przez zamawiającego pismem z dnia 10 maja 2018 r. wykonawcy M. i R. P. spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do złożenia wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów, o których mowa w części I opisu przedmiotu zamówienia),

1b. oddała odwołanie w pozostałym zakresie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ASO MR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Kielecka 68/70 i :

2.2. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ASO MR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Kielecka 68/70
tytułem wpisu od odwołania

- 2.3. Zasądza od **wykonawcy ASO MR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Kielecka 68/70** na rzecz **Zamawiającego: Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Radomiu, ul. Sucha 13** kwotę **3 600 zł. 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę nowych oraz odbiór użytkowanych przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Radomiu samochodów osobowych zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 marca 2018r. za numerem 2018/S 056-123482.

W dniu 30 maja 2018r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze oferty wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu.

W dniu 11 czerwca 2018r. wykonawca ASO MR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 czerwca 2018r. udzielonego przez członka zarządu komplementariusza upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 czerwca 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania i tak:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwania przez zamawiającego pismem z dnia 10 maja 2018 r. wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do złożenia wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów, o których mowa w części I opisu przedmiotu zamówienia),
- 2) naruszenie art. 87 ustawy przez wezwania przez zamawiającego pismem z dnia 10 maja 2018 r. wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do wyjaśnienia rozbieżności dotyczących formularza ofertowego w zakresie części II pkt 1 oraz części III pkt 2 dotyczących oferowanej ceny,
- 3) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez poprawienie przez zamawiającego pismem z dnia 21 maja 2018 r. w ofercie wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty ” tj. w zakresie części II pkt 1 Formularza ofertowego,
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak odrzucenia oferty wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu w przedmiotowym postępowaniu pomimo, iż treść oferty powyższego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,
- 5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez brak odrzucenia oferty wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu w przedmiotowym postępowaniu pomimo tego, że zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- 6) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez niewykluczenie wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu z przedmiotowego postępowania pomimo, że powyższy

wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

7) naruszenie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez brak odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania w oparciu o zarzut z pkt 6) powyżej;

8) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie części I pkt I Formularza ofertowego tj. wskazanej wartości emisji Co₂ (g/km) 121 oraz średniego zużycia paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego 5,83 l/100 km, a także w zakresie załączniku nr 4 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia część II pkt 7 tj. wskazanej emisji dwutlenku węgla (Co₂) maksymalnie nie więcej niż 130 g Co₂/km

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu,

2) nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert,

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu,

4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu z przedmiotowego postępowania,

5) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, których oferty nie podlegają odrzuceniu tj. oferty złożonej przez odwołującego;

6) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie części I pkt I Formularza ofertowego tj. wskazanej wartości emisji Co₂ (g/km) 121 oraz średniego zużycia paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego 5,83 l/100 km, a także w zakresie załączniku nr 4 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia część II pkt 7 tj. wskazanej emisji dwutlenku węgla (Co₂) maksymalnie nie więcej niż 130 g Co₂/km

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego środka prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z uwagi na fakt, że gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszeń wskazanych w odwołaniu, oferta odwołującego ze względu na przyznaną punktację (drugi wynik, po wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu), powinna

lub może zostać uznana (w przypadku gdyby na skutek złożonych wyjaśnień przez powyższego wykonawcę odnośnie złożonej oferty zamawiający dokonując ponownie czynności badania i oceny ofert wykluczyłby go z postępowania i jednocześnie odrzuciłby ofertę powyższego wykonawcy wykluczonego z postępowania) za najkorzystniejszą wśród ofert niepodlegających odrzuceniu, zatem to odwołującemu powinno lub może zostać udzielone zamówienie w powyższym zakresie. Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania i jego oferta nie podlegała odrzuceniu, zatem w przypadku uznania działań zamawiającego za niezgodne z ustawą ustawy, oferta odwołującego będzie ofertą spełniającą wszelkie wymogi zamawiającego.

Poprzez niezgodne z prawem dokonanie wyboru oferty wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu i niewybranie oferty odwołującego, zamawiający naruszył przepisy ustawy oraz pozbawił odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym, poza jakimkolwiek sporem powinna pozostawać kwestia legitymacji do wniesienia przez odwołującego niniejszego środka ochrony prawnej, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy.

W rozdziale X pkt 2.1 e) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający wymagał aby do oferty został dołączony wyciąg ze świadectwa homologacji sporządzony w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów o których mowa w pkt. I opisu przedmiotu zamówienia), dokument ten miał umożliwić dokonanie oceny oferty w kryteriach opisanych w rozdziale XIII SIWZ.

W świetle powyższego odwołujący stwierdził, że dokument homologacji sporządzony w języku polskim, o którym mowa powyżej był elementem oferty który powinien zostać przedłożony wraz z ofertą. Dokument ten miał zostać przedłożony nie po to żeby potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, ale po to żeby umożliwić dokonanie oceny oferty w kryteriach opisanych w rozdziale XIII SIWZ (Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert).

Z uwagi na fakt, że powyższy dokument nie został przedłożony w języku polskim wraz z ofertą zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy do przedłożenia jego tłumaczenia na język polski zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy. Takie uprawnienie przysługiwałoby zamawiającemu gdyby powyższy dokument miał potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W konsekwencji zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwanie pismem z dnia 10 maja 2018 r. Wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do złożenia wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów, o których mowa w pkt I opisu przedmiotu zamówienia).

Skoro zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy do przedłożenia tłumaczenia

homologacji na język polski, to z uwagi na brak załączenia do oferty homologacji w języku polskim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający (bez wezwania do uzupełnienia) powinien odrzucić ofertę Wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu z postępowania jako nie odpowiadającą treści SIWZ.

W części III pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjął”, jako formę częściowego rozliczenia odkupienie używanych samochodów osobowych w ilości 24 sztuk, o wartości minimum 472.800,00 - zł (szczegółowy wykaz w załączniku nr 4 do siwz - opisie przedmiotu zamówienia) zamawiający informuje, że wartość w samochodów, a tym samym kwota, jaką Wykonawca zapłaci zamawiającemu, nie może być niższa od kwoty wyceny podanej w załączniku nr 4 do SIWZ”.

W załączniku nr 4 do SIWZ zamawiający określił powyższą kwotę na 472.800 zł Tymczasem w części II pkt 1 Formularza ofertowego wykonawca M. i. R. Spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu zaoferował za odkupienie powyższych używanych samochodów osobowych w ilości 24 sztuk kwotę 394.146,34 zł. Właśnie taką kwotę brutto za odkupienie tych samochodów wskazał ten wykonawca w Formularzu ofertowym biorąc pod uwagę, że w tym przypadku występuje zwolnienie w zakresie podatku VAT zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług, co wprost wynika z Formularza ofertowego.

W świetle powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, że oferta wykonawcy M. i. R. Spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu jest ofertą merytorycznie niezgodną z wymogami zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Niezgodność oferty wykonawcy M. i. R. Spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu, w zakresie powołanym szczegółowo powyżej, polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Niezgodność ta polega na tym, że wykonawca M. i. R. Spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu zaoferował za odkupienie powyższych używanych samochodów osobowych w ilości 24 sztuk kwotę 394.146,34 zł brutto, a nie co najmniej 472.800 zł brutto jak wskazał zamawiający w SIWZ.

Zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest możliwe w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Należy wskazać, iż powyższych okolicznościach nie zachodziły przesłanki do żądania wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż w każdym wypadku takie wyjaśnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty wykonawcy M. i R. Spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu, co na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Również niedopuszczalne było dokonanie przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż nie zachodziły ku temu żadne przesłanki w tym przypadku.

W świetle powyższego oferta wykonawcy M. i R. Spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu, jako niezgodna z treścią SIWZ, winna zostać przez zamawiającego odrzucona bez wzywania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty pismem z dnia 10 maja 2018 r. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że oczywistym jest fakt, że niedopuszczalne było także w powyższym przypadku poprawienie przez zamawiającego pismem z dnia 21 maja 2018 r. w ofercie wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu części II pkt 1 Formularza ofertowego w zakresie ceny jako „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty”.

W części I Formularza ofertowego wykonawca M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu zaoferowali za 25 sztuk fabrycznie nowych samochodów przystosowanych i spełniających wymagania do prowadzenia egzaminów na prawo jazdy kategorii „B” cenę 1.242.500 zł, zaś za 1 sztukę samochodu służącego do celów służbowych 85.300 zł, a nadto w części II Formularza ofertowego zaoferowali za łączną cenę odkupu 23 sztuk dotychczas użytkowanych przez zamawiającego samochodów cenę 394.146,34 zł to wskazana w części III Formularza ofertowego przez tegoż wykonawcę kwota 843.000 zł jako cena zamówienia stanowiąca różnicę sumy kwot wskazanych w części I z kwotą wskazaną w części II została błędnie wyliczona. Tym samym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oferta Wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu powinna zostać odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny.

W załączniku nr 4 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w części I pkt 13 dotyczącej wymagań technicznych dla 25 sztuk nowych pojazdów egzaminacyjnych zamawiający wymagał aby emisja dwutlenku węgla (Co₂) w cyklu łączonym nie przekraczała więcej niż 130 g Co₂/km. Tymczasem z przedstawionego tłumaczenia przez wykonawcę M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu świadectwa homologacji wynika, że w cyklu łączonym najmniejsza emisja Co₂ to 121 g/km a największa to 132 g/km. Jednocześnie powyższy wykonawca w Formularzu ofertowym w części I pkt I wpisał wartość emisji Co₂ (g/km) 121.

Ponadto należy wskazać, że w Formularzu ofertowym w części I pkt I w/w wykonawca wpisał średnie zużycie paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa

homologacji samochodu bazowego 5,83 l/100 km. Tymczasem z przedstawionego tłumaczenia przez wykonawcę M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu świadectwa homologacji wynika, że w cyklu łączonym najmniejsze spalanie to 5,31/100 km a największe to 5,81/100 km.

Z kolei w załączniku nr 4 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w części II pkt 7 dotyczącej wymagań technicznych dla 1 sztuki pojazdu do celów służbowych zamawiający wymagał aby emisja dwutlenku węgla (Co2) maksymalnie (a więc w każdym cyklu) nie przekraczała więcej niż 130 g Co2/km, i taką też wartość podał wykonawca. Tymczasem z przedstawionego tłumaczenia przez wykonawcę M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu świadectwa homologacji wynika, że w cyklu miejskim wartość emisji Co2 (g/km) wynosi 145 g/km.

Odwołujący stwierdził, że powyższy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tzn. podał nieprawdziwe informacje:

- w zakresie 25 sztuk nowych pojazdów egzaminacyjnych dotyczące emisji dwutlenku węgla (Co2) w cyklu łączonym jako 121 g/km gdy tymczasem z przedstawionego tłumaczenia świadectwa homologacji taka wartość może wynosić nawet 132 g/km, jak również podał nieprawdziwe informacje dotyczące spalania jako 5,83 l/100 km w cyklu mieszanym, gdy tymczasem z tłumaczenia świadectwa homologacji wynika zupełnie inna wartość,
- w zakresie 1 sztuki pojazdu do celów służbowych dotyczące emisji dwutlenku węgla (Co2) dotyczące emisji dwutlenku węgla (Co2) maksymalnie 130 g/km, gdy tymczasem z przedstawionego tłumaczenia świadectwa homologacji ta wartość maksymalnie może wynosić 145 g/km.

Tym samym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu z postępowania i jednocześnie na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy odrzucić ofertę powyższego wykonawcy wykluczonego z postępowania.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że gdyby przyjąć że przed wykluczeniem w/w wykonawcy z uwagi na powyższe okoliczności, zamawiający powinien najpierw zażądać od wykonawcy wyjaśnień odnośnie w/w wskazanych nieprawidłowości, to zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do wyjaśnienia treści złożonej oferty w tym zakresie.

W dniu 11 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 14 czerwca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się M. P. i R. P. wspólnicy spółki jawnej M. i R. P. z siedzibą w Radomiu, ul. Kozienicka 1 wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na nieprawdziwość zarzutów i ich bezzasadność. Przystępujący wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oddalenie odwołania może spowodować zawarcie umowy z przystępującymi, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zgłoszenie podpisał pełnomocnik działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 czerwca 2018r. udzielonego przez współnika upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 czerwca 2018r.

W dniu 22 czerwca 2018r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że

uwzględnia zarzut nr I odwołania tj. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwanie pismem z dnia 10 maja 2018 r. Wykonawcy M.IR. P. Spółka Jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do złożenia ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów, o których mowa w części I opisu przedmiotu zamówienia), a w konsekwencji zamawiający dokona:

- a) unieważnienia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę M.IR. Prasek Spółka Jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu,
- b) unieważnienia czynność wezwania z dnia 10 maja 2018 r. w odniesieniu do Wykonawcy M.IR. Prasek Spółka Jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu oraz odwołującego, bowiem wezwanie dotyczyło tego samego dokumentu tj. wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego.
- c) dokona ponownego badania i oceny ofert.

W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego. Odnosząc się uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, zamawiający podniósł następujące kwestie:

Odwołujący podkreślił, iż „ w rozdziale X pkt 2. I e) siwz zamawiający wymagał, aby do oferty został dołączony wyciąg ze świadectwa homologacji sporządzony w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów, o których mowa w pkt. I opisu przedmiotu zamówienia), dokument ten miał umożliwić dokonanie oceny oferty w kryteriach opisanych w rozdziale XIII siwz. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż dokument homologacji sporządzony w języku polskim, o którym mowa powyżej był elementem oferty, który powinien zostać przedłożony wraz z ofertą. Dokument ten miał zostać przedłożony nie po to, żeby potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, ale

po to żeby umożliwić dokonanie oceny oferty w kryteriach opisanych w rozdziale XIII siwz G.). W świetle powyższego należy stwierdzić, że z uwagi na fakt, że powyższy dokument nie został przedłożony w języku polskim wraz z ofertą zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy do przedłożenia jego tłumaczenia na język polski zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy (Skoro zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy do przedłożenia tłumaczenia homologacji na język polski, to z uwagi na brak załączenia do oferty homologacji w języku polskim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający (bez wezwania do uzupełnienia) powinien odrzucić ofertę Wykonawcy MIR. Prasek Spółka Jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu z postępowania jako nie odpowiadającą treści siwz W ocenie zamawiającego słuszne jest twierdzenie, iż zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy do przedłożenia jego tłumaczenia na język polski zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy. Rzeczywiście dokument homologacji nie mieścił się w katalogu dokumentów, które mogą być uzupełnione na skutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający wskazał w rozdziale X pkt 2.1 .lit.e) siwz, iż oferta musi zawierać wyciąg ze świadectwa homologacji sporządzony w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów, o których mowa w pkt I opisu przedmiotu zamówienia) dokument ma umożliwić dokonanie oceny ofert w kryteriach opisanych w rozdziale XIII siwz.

Kluczowe jednak były wartości wpisywane do Formularza oferty. Wprowadzone wartości te winny wynikać jako wartości uśrednione z wyciągu ze świadectwa homologacji, jednakże niezłożenie wraz z ofertą wyciągu, nie może skutkować jej odrzuceniem. Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotowy dokument dotyczył oceny ofert w zakresie kryteriów oceny ofert, zamawiający, w sytuacji jego braku, może co najwyżej nie przyznać punktów w poszczególnych kryteriach, które dotyczyły wartości określanych przez wykonawcę jako wartości uśredniane z wyciągu ze świadectwa homologacji.

Zamawiający podkreślił, iż odwołujący, pismem z dnia 10 maja 2018 r. także został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wyciągu ze świadectwa homologacji. A zatem dążenie do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji wyłącznie w stosunku do wykonawcy M.I.R. P. Spółka Jawna M. P. i R. P., nie może się ostać. Gdyby tak było oferta odwołującego również winna być odrzucona (wnioski z odwołania), co z kolei budzi wątpliwości w zakresie istnienia interesu we wniesieniu odwołania.

W ocenie zamawiającego, z uwagi na fakt, iż wyciąg ze świadectwa homologacji odnosił się wyłącznie do kryteriów oceny ofert, nie można mówić o zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy M.I.R. P. Spółka Jawna M. P. i R. P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 , zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: „jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 "

W wyroku KIO z dnia 13 września 2016 r., sygn. akt KIO 1608/16 wskazano, że

zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ), a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez lei złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ: ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, który rzutuje na ustalenie jego treści.

Mając na uwadze powyższy zbiór czynności, uzasadniających zakwalifikowanie danego zachowania wykonawcy, jako niezgodnego z treścią siwz, zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu, żadna z wyżej opisanych sytuacji nie miała miejsca.

Ocena oferty w zakresie kryteriów oceny ofert dokonywana była na podstawie wartości podanych w Formularzu ofertowym. Zamawiający określając kryteria oceny ofert nie przewidział sankcji w postaci odrzucenia oferty, w sytuacji braku wyciągu ze świadectwa homologacji. Negatywne konsekwencje w zakresie kryteriów oceny ofert zostały przewidziane wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca zaoferuje okres gwarancji krótszy niż 36 miesięcy, jego oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z siwz” (vide: rozdział XIII pkt 6 siwz). Skoro w odniesieniu do kryteriów takich jak: zużycie energii, emisja CO₂, emisje zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów, nie ustalono sankcji w postaci odrzucenia oferty, to nie można dokonywać wykładni rozszerzającej siwz przez pryzmat postanowień dotyczących oceny w ramach innego kryterium tj. gwarancji. Jak słusznie to podkreślono w wyroku KIO z 29 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2654/17.

W ocenie zamawiającego twierdzenie odwołującego, iż „Zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy do przedłożenia jego tłumaczenia na język polski zgodnie z art. 26 ust.

3 ustawy", jest uzasadnione. Jednakże dalsza część wywodów, a w szczególności konieczność odrzucenia oferty nie znajduje oparcia ani na podstawie zapisów siwz ani w świetle prezentowanych poglądów KIO. Z tego względu zamawiający podjął decyzję jak na wstępie.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania, zamawiający podniósł następujące kwestie:

Zarzut naruszania art. 87 ustawy przez wezwanie przez zamawiającego pismem z dnia 10 maja 2018 r. wykonawcy M.IR. Prasek Spółka Jawna M. P. i R. P. do wyjaśnienia rozbieżności dotyczących formularza ofertowego w zakresie części II pkt 1 oraz części III pkt 2 dotyczących oferowanej ceny

Zarzut ten w ocenie zamawiającego jest całkowicie bezzasadny, gdyż wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty jest nie tylko uprawnieniem zamawiającego, ale jak wynika z orzecznictwa także jego obowiązkiem. W sytuacji, gdy w trakcie badania ofert pojawią się po stronie zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest on zobowiązany wyjaśniać te wątpliwości w celu podjęcia dalszych czynności w postępowaniu. Na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w przypadku wątpliwości zamawiającego, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 27 maja 2013r., KIO 1152/13: Z powyższego wyroku wnioskować należy, iż jakakolwiek wątpliwości zamawiającego w zakresie treści złożonej oferty, winny być wyjaśnione w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 zd. pierwsze ustawy. Zgodnie z tym przepisem:

„w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert”

Jak podkreśliła Izba w powyżej wskazanym wyroku, przepis ten kreuje dla zamawiającego obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty. Zaniechanie zastosowania procedury związanej z wyjaśnieniem treści oferty narusza także wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadę proporcjonalności i przejrzystości. Na etapie prowadzenia postępowania, w zakresie czynności związanych z oceną i badaniem ofert proporcjonalność i przejrzystość realizowana jest przez wyjaśnianie przez zamawiającego treści złożonych ofert.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez poprawienie przez zamawiającego pismem z dnia 21 maja 2018 r. w ofercie Wykonawcy M.IR. P. Spółka Jawna M. P. i R. P. 'innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty” tj. w zakresie części II pkt 1 Formularza ofertowego.

Zarzut ten także jest bezpodstawny. Na skutek wyjaśnień rozbieżności dotyczących Formularza ofertowego z dnia 15 maja 2018 r. zamawiający poprawił w ofercie wykonawcy M.IR. Prasek Spółka Jawna M. P. i R. P. inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. W ocenie zamawiającego poprawienie „innej omyłki” było jak najbardziej uzasadnione. Należy bowiem wskazać, iż z treści oferty wynikały dwie kwoty za łączną cenę odkupu 23 sztuk dotychczas użytkowanych przez zamawiającego pojazdów, tj. jedna kwota to wartość 384.146,34 bez podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r., poz. 1221) — wynikająca z Formularza ofertowego, druga zaś kwota to 484.800,00 zł wynikająca z — oświadczenia wykonawcy dotyczącego spełniania paramentów technicznych — szczegółowy opis przedmiotu zamówienia sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do siwz. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, iż kwota wynikająca z Formularza oferty to kwota bez podatku VAT. Wprawdzie wykonawca ten pominął drugą część zdania na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług”, jednakże dokonując obliczeń matematycznych — różnica pomiędzy sumą wartości 25 sztuk nowych samochodów i 1 samochodu służbowego a ceną całkowitą wynosi 484.800,00 zł (bo: kwota za 25 nowych samochodów wynosi 1.242.500 zł brutto, kwota za 1 samochód służbowy wynosi 85.300 zł brutto, co w sumie daje kwotę w wysokości 1.327.800 zł brutto; cena całkowita 843.000 zł brutto, dlatego: 1.327.800,00 zł - 843.000 zł = 484.800,00 zł). Rachunek matematyczny pozwala na stwierdzenie, iż cena za odkup samochodów określona została na poziomie jak w ofercie — oświadczenie sporządzone wg Załącznika nr 4 do siwz oraz w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 15 maja 2018 r. Poprawienie „innej omyłki” nie wpłynęło przy tym na ostateczną cenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonując poprawienia „innej omyłki” wziął pod uwagę stanowisko UZP Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej, <http://www.ov.l/baza-wied/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczące-ustawy-/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/omylki-i-bledy-w-ofertach-wykonawcow-analiza-na-przykladzie-orzecznictwa-sadow-okregowych-i-krajowej-izby-odwolawczej>, w którym wskazano, że: poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: "artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp".

po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy”

Analiza stanu faktycznego tj. wartość odkupu samochodów wynikała z treści oferty (oświadczenie wykonawcy sporządzone wg Załącznika nr 4 do siwz) oraz dodatkowo wyjaśnień wykonawcy z dnia 15 maja 2018 r. uprawniało zamawiającego do poprawienia” innej omyłki”.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez brak odrzucenia oferty Wykonawcy M.IR. Prasek Spółka Jawna M. P. i R. P. w przedmiotowym postępowaniu pomimo, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz oraz zawiera błędy w obliczaniu ceny.

”W świetle przedstawionej argumentacji (pkt I , pkt II. 1) oraz pkt 11.2) niniejszego pisma) zarzuty te nie są zasadne. Jak wskazano w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przedstawione przez odwołującego nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty bowiem zdaniem zamawiającego nie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią siwz, jak również z błędem w obliczaniu ceny.

Odnosząc się pokrótce do twierdzenia, iż oferta wykonawcy M.IR. P. Spółka Jawna M. P. i R. P. zawiera błędy w obliczaniu ceny zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, iż odwołujący nie dowiódł na czym błąd ten miałby polegać. Zgodnie z regułą wyrażona w art. 6 k.c. „ ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne Tymczasem w uzasadnieniu odwołania podniósł jedynie, iż „cena zamówienia stanowiąca różnicę sumy kwot wskazanych w części I z kwotą wskazaną w części II została błędnie wyliczona”. Twierdzenie to wobec argumentacji wskazanej w przedmiotowym piśmie nie jest uzasadnione. W literaturze przedmiotu przyjęło się, iż zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny, o ile nie można jej poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy . W ocenie zamawiającego poglądy w zakresie niewłaściwej stawki podatku VAT należy przyjąć także w odniesieniu do zwolnienia z podatku. W przywołanym już

stanowisku UZP Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej, podniesiono, że:

oceny charakteru nieprawidłowości jaką jest zastosowanie przy obliczeniu ceny błędnej stawki podatku VAT dokonał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. W ocenie Sądu określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). W uzasadnieniu powyższej uchwały Sąd Najwyższy wskazał - „O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł, Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Treść powyższej uchwały uwzględniana jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 3 marca 2014 r. Izba uznała, że zamawiający wskazując w SIWZ stawkę podatku VAT, jaką należy zastosować dla spornych czynności, uprawniony był do poprawienia oferty bez uzyskiwania wyjaśnień odwołującego, co wynika z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W tym świetle zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy są chybione. Zamawiający bowiem w treści Formularza ofertowego wskazał, iż cena odkupu 23 sztuk użytkowanych samochodów winna być określona jako cena łączna „bez podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U z 2017 r., poz. 1221) Tym samym zamawiający przesądził kwestię podatku VAT, co oznacza, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy było działaniem jak najbardziej uprawnionym. Stanowisko to wydaje się tym bardziej słuszne, iż zamawiający w treści siwz Rozdział XIII pkt 5 wskazał, że cena odkupu nie może być niższa niż minimalna łączna kwota tj. 472.800 PLN”. W przekonaniu zamawiającego wykonawcy, którzy przystępowali do przedmiotowego postępowania nie mogli zaoferować ceny, która dyskwalifikowałaby ich ofertę już na samym początku postępowania. Celem bowiem postępowania jest udzielenie zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego. Odwołujący nie przekonał zamawiającego, iż podejmowane przez niego czynności w zakresie dotyczącym oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert czy też

poprawienie „innej omyłki” naruszają przepisy . Wręcz przeciwnie — działania zamawiającego ocenia przez pryzmat doktryny i orzecznictwa, były jak najbardziej słuszne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez brak odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania w oparciu o zarzut z pkt 6 odwołania (naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy).

Powyższy zarzut nie może być rozpatrywany w związku z przedmiotowym odwołaniem, bowiem przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie ma zastosowania do postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Tymczasem przedmiotowe postępowanie prowadzone jest właśnie w takim trybie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Ustawodawca wyraźnie rozróżnia dwa stany prawne: odrzucenie oferty i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 ustawy i dotyczy to przetargu nieograniczonego. Natomiast w postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków i ofert, wykluczenie wykonawcy z postępowania nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy (tak w wyroku KIO z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIOfUZP 1339/08).

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez niewykluczanie wykonawcy M.IR. P. Spółka Jawna M. P. i R. P. z postępowania pomimo, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący sformułował powyższy zarzut w odniesieniu do złożonego na wezwanie zamawiającego, wyciągu ze świadectwa homologacji. Na skutek odwołania zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 tj. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy , przez wezwanie pismem z dnia 10 maja 2018 r. Wykonawcy M.IR. Prasek Spółka Jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do złożenia wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego, a w konsekwencji unieważnił czynność wezwania do uzupełnienia tego dokumentu. Oznacza to tyle, iż argumentacja w zakresie nieprawdziwych informacji, która opierała się przede wszystkim na danych/wartościach wynikających z uzupełnionego wyciągu ze świadectwa homologacji, na dzień rozpatrywania przedmiotowego odwołania, jest niezasadna. Przedmiotowy dokument nie może być brany pod uwagę jako wiążący. Z tego samego powodu także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy . IR. P. Spółka Jawna M. P. i R. P. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie części I pkt I Formularza ofertowego tj. wskazanej wartości emisji CO₂ (głon) 121 oraz średniego zużycia paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z

wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego 5,8311/100 km, a także w zakresie Załącznika nr 4 do siwz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia część II pkt 7 tj. wskazanej emisji dwutlenku węgla (CO₂) maksymalnie nie więcej niż 130 CO₂ /km, nie może się ostać. Przy okazji zamawiający wskazał na niekonsekwencję odwołującego, który z jednej strony zarzuca zamawiającemu zastosowanie procedury w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a z drugiej wskazuje na jego zaniechanie w odniesieniu do innych elementów oferty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami i wyjaśnieniami, oferty przystępującego, wezwania do uzupełnienia tej oferty z dnia 10 maja 2018r., odpowiedzi z dnia 15 maja 2018r., poprawy oferty z dnia 21 maja 2018r., zgody na poprawę z dnia 22 maja 2018r., informacji o wyniku postępowania.

Z treści siwz Izba poczyniła następujące ustalenia:

Zamawiający wymagał, aby:

Rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia.

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 25 sztuk fabrycznie nowych pojazdów przystosowanych i spełniających wymagania do prowadzenia egzaminów na prawo jazdy kategorii „B” zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022 z późn. zm.) oraz 1 szt. samochodu służącego do celów służbowych.

Pojazdy przeznaczone do prowadzenia egzaminów na prawo jazdy kategorii „B” muszą być jednej marki, typu, modelu i wersji wyposażenia oraz koloru.

2. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjął, jako formę częściowego rozliczenia odkupienie używanych samochodów osobowych w ilości 24 sztuk, o wartości minimum 472.800,00- zł. (szczegółowy wykaz w załączniku nr 4 do siwz – opisie przedmiotu zamówienia)

Zamawiający informuje, że wartość ww. samochodów, a tym samym kwota, jaką Wykonawca zapłaci Zamawiającemu, nie może być niższa od kwoty wyceny podanej w załączniku nr 4 do SIWZ.

Rozdział VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

4. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, przed udzieleniem Zamówienia, na wezwanie Zamawiającego, w terminie określonym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, przedłoży aktualne na dzień złożenia następujące dokumenty lub oświadczenia:

e) dokumenty potwierdzające dane techniczne wymagane w opisie przedmiotu zamówienia stanowiący Załącznik nr 4 do siwz. (opisy techniczne, katalogi itp.)

Rozdział X. Opis sposobu przygotowywania ofert.

2. Wymogi formalne:

2.1 Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

- a) dowód wniesienia wadium;
- b) wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, zawierający w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto i warunki płatności, okres gwarancji, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń;
- c) oświadczenie Wykonawcy dotyczące spełnienia parametrów technicznych – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia sporządzone wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do niniejszej Specyfikacji
- d) oświadczenia wymienione w rozdziale VI. 1-4 sporządzone z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 2 SIWZ w formie jednolitego dokumentu (JEDZ);
- e) wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzony w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów o których mowa w pkt. I opisu przedmiotu zamówienia) dokument ma umożliwić dokonanie oceny oferty w kryteriach opisanych w rozdziale XIII SIWZ.

Rozdział XII. Opis sposobu obliczania ceny.

1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia, o której mowa w rozdziale III niniejszej SIWZ.

2. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ.

Rozdział XIII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Łączna cena ofertowa brutto (C) o wadze 50%

Łączna cena odkupu użytkowanych samochodów brutto (CO) o wadze 10% 10 Cena badanej oferty

Okres gwarancji pełnej (G) o wadze 24%

Zużycie energii (ZE) o wadze 6% obliczonej wzorem: ZE wynosi: najmniejsza wielkość zużycia energii spośród ofert ważnych podzielona przez wielkość zużycia energii oferty ocenianej i pomnożona przez 6 pkt.

Emisja CO₂ (E) o wadze 5% obliczonej wzorem E wynosi: najniższa emisja CO₂ spośród ofert ważnych podzielona przez emisję CO₂ oferty ocenianej i pomnożona przez 5 pkt.

Emisje zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów (Z) o wadze 5%

5. Ocena punktowa w kryterium „Łączna cena odkupu użytkowanych samochodów” dokonana zostanie na podstawie łącznej ceny odkupu samochodów użytkowanych wskazanej przez Wykonawcę w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej. Cena odkupu nie może być niższa niż minimalna łączna kwota tj. 472.800 PLN

6. Ocena punktowa w kryterium „Okres gwarancji pełnej ” dokonana zostanie na podstawie okresu gwarancji zaoferowanych przez Wykonawcę w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej

Uwaga: Minimalny okres gwarancji wymagany przez Zamawiającego wynosi 36 miesięcy. Zamawiający dokona oceny tego kryterium w zakresie od 36 do 60 miesięcy. Zaoferowany przez Wykonawcę dłuższy niż 60 miesięcy okres gwarancji nie będzie dodatkowo punktowany. Jeżeli Wykonawca zaoferuje okres gwarancji krótszy niż 36 miesięcy, jego oferta zostanie odrzucona, jako niezgodna z SIWZ.

7. Ocena punktowa w kryterium „Zużycie energii” dokonana zostanie na podstawie Zużycia energii (dla pojazdów o których mowa w pkt. I opisu przedmiotu zamówienia) zaoferowanej przez Wykonawcę w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej.

Wartość zużycia energii będzie wyliczona zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 r. nr 96, poz. 559), tj. jako iloczyn uśrednionego zużycia paliwa w cyklu miejskim (l/km) i wartości energetycznej paliwa (32 MJ/l dla benzyny).

W ofercie Wykonawca wpisuje wartość energetyczną paliwa (kolumna 3) wyliczoną na podstawie tabeli: Średnie zużycie paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego [l/100km] - x

Zużycie energii [MJ/100km] – 32, Wartość energetyczna paliwa [MJ/l] = zużycie energii (ZE) – x*32

8. Ocena punktowa w kryterium „Emisja CO₂” (dla pojazdów o których mowa w pkt. I opisu przedmiotu zamówienia) dokonana zostanie na podstawie Emisji CO₂ zaoferowanej przez Wykonawcę w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej.

Emisja CO₂ będzie wyliczona zgodnie z § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 nr 96, poz. 559) wielkość emisji dwutlenku węgla wyraża się w gramach na kilometr. W ofercie Wykonawca wpisuje: wartość uśrednioną emisji dwutlenku węgla zgodnie z wyciągiem świadectwa homologacji samochodu bazowego [g/km]

W formularzu ofertowym w pkt. I zamawiający wymagał podania:

- (E) - wartość emisji CO₂ [g/km],

- o (Z) - wartości emisji zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów

[g/km],

- o (ZE) - zużyciu energii [MJ/100 km]:

Średnie zużycie paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego [l/100km], Wartość energetyczna paliwa [MJ/l] - 32

(ZE) Zużycie energii [MJ/100km]

W formularzu ofertowym zamawiający przewidział:

II.1. Oferujemy łączną cenę odkupu 23 szt. dotychczas użytkowanych przez Zamawiającego pojazdów marki HYUNDAI i20 oraz 1 szt. pojazdu marki NISSAN –Micra

za łączną cenę

bez podatku VAT na podstawie art. 43, ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221,)

III.2. Oferowana cena zamówienia stanowi pełną wartość brutto dostarczonych nowych samochodów zgodnych z opisem zawartym w części I niniejszego formularza oraz części I i II załącznika nr 4 do SIWZ pomniejszoną o wartość sprzedanych przez WORD użytkowanych dotychczas samochodów osobowych opisanych w części II niniejszego formularza oraz części III i IV załącznika nr 4 do SIWZ i wynosi: zł. (słownie:złotych).

W załączniku nr 4 zamawiający w pkt. 13 wskazał emisja dwutlenku węgla (CO₂) w cyklu łączonym nie więcej niż 130g CO₂/km. Natomiast w pkt. 14 lit. b - zużycie energii w cyklu miejskim dla kat B na 100 km do wartości 224 MJ

W ofercie przystępującego znajdują się następujące informacje:

W formularzu ofertowym na str. 1 podano I. – E – wartość emisji CO₂ (g/km) 121,

Na str. 2 ZE – zużycie energii MJ/100km średnie zużycie paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego [l/100km] – 5,83, Wartość energetyczna paliwa [MJ/l] – 32, (ZE) Zużycie energii [MJ/100km] – 186,53

Za łączną cenę dla 25 sztuk 1 242 500zł. brutto i 1 szt. nowego samochodu osobowego 85 300zł. brutto. W pkt. II na str. 2 i 3 zaoferowano odkup 23 sztuk samochodów użytkowanych HYUNDAI i20 i 1 szt. Nissan – Micra przez zamawiającego za cenę 394 146,34zł. bez podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług.

W pkt. III.2 na str. 3 przystępujący wskazał że oferowana cena zamówienia brutto dostarczonych nowych samochodów pomniejszona o wartość sprzedanych samochodów wynosi 843 000zł.

Na str. 8 oferty w załączniku nr 4 podano łączną kwotę odkupu w wysokości 484 800zł. brutto.

Na str. 17 – 18 oferty załączono dane homologacyjne przedstawianego samochodu w przetargu WORD RADOM 08.05.2018, z których wynika, że Emisja CO₂ wynosiła 121, a zużycie paliwa l/100km w cyklu mieszanym 5,829.

W dniu 10 maja 2018r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego oraz o wyjaśnienie rozbieżności dotyczących formularza ofertowego:

- w części II pkt. 1 jest podana suma za łączną cenę odkupu 23 szt. HYUNDAI i20 i 1 szt. Nissan-Micra za łączną cenę 394 146,34zł., a w części III. pkt. 2 - 843 000zł.

Zamawiający prosił o podanie w jaki sposób została policzona kwota w części III, jeżeli w części I oferowaną cenę zakupu 25 szt. pojazdów podano 1 242 500zł. oraz 1 szt. samochodu służbowego 85 300zł. Zamawiający podał, że dodatkowo przystępujący w części III załącznika nr 4 do siwz podał wartość odkupu na kwotę 484 800zł.

W dniu 15 maja 2018r. przystępujący złożył wyciąg ze świadectwa homologacji oraz wyjaśnił, że w części II pkt 1 formularza ofertowego sam zamawiający wymagał podania sumy za odkup samochodów dotychczas używanych przez WORD pomniejszoną o podatek VAT, stąd suma 394 146,34zł. netto, co daje 484 300zł. brutto. Przystępujący wskazał, że zamawiający jest podmiotem, który jest zwolniony z płatności podatku VAT, dlatego cena netto jest równa brutto, w związku z tym przystępujący poinformował, że oferuje całkowitą cenę odkupu za dotychczas użytkowane pojazdy w wysokości 484 800zł. brutto. W części III pkt. 2 wykonawca wyliczył cenę w następujący sposób:

Cena całkowita za 25 szt. samochodów – 1 242 500zł.

Cena całkowita za 1 szt. samochodu – 85 300zł.

Suma całkowita: 1 327 800zł.

Całkowita suma za odkup używanych samochodów 484 800zł.

Oferowana cena zamówienia pomniejszona o całkowitą kwotę oferowaną za dotychczas użytkowane samochody 1 327 800zł. odejmując 484 800zł. wynosi 843 000zł.

Ze świadectwa homologacji wynika, że dla emisji CO₂ w cyklu łączonym podano jako najmniejszą wartość 121 g/km, a największą 132 g/km, zaś zużycie paliwa w cyklu łączonym najmniejsze 5,3 l/100km, największe -5,8 l/100km.

W dniu 21 maja 2018r. zamawiający poinformował przystępującego, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprawia w części II.1 formularza ofertowego łączną cenę odkupu 23 szt. samochodów użytkowanych przez WORD i 1 szt. samochodu użytkowanego przez WORD z kwoty 394 146,34 na kwotę 484 800zł.

Przystępujący w dniu 22 maja 2018r. wyraził zgodę na dokonanie poprawy.

Izba ustaliła, że zamawiający zamierzał oceniać kryteria pozacenowe w oparciu o dane ustalane na podstawie wyciągu ze świadectwa homologacji i miał zamiar badać zużycie energii na podstawie średniego zużycia paliwa w cyklu miejskim, choć do wzoru wymagał podstawienia wartości w cyklu mieszanym, mimo, że w załączniku nr 4 interesowało go zużycie energii w cyklu miejskim. Przystępujący podał wyższą wartość zużycia paliwa w cyklu

mieszanym w formularzu ofertowym tj. 5,83 l/100 km niż wynika to ze świadectwa homologacji, gdzie wartość najmniejsza to 5,3, a największa 5,8 l/100 km, zatem średnia to – 5,55 l/100km. Izba ustaliła, że w kryterium emisja CO₂ zamawiający podał jedynie, że chodzi mu o uśrednioną wartość emisji CO₂, zaś z załącznika nr 4 wynika, że chodziło mu o emisję CO₂ w cyklu łączonym.

Przystępujący w formularzu ofertowym podał wartość 121g/km, zaś ze świadectwa homologacji wynika, że wartość najmniejsza w tym cyklu to 121 g/km, a największa to 132g/km, zatem wartość uśredniona to 126,5 g/km.

Zamawiający nie ustalał tych rozbieżności.

Izba ustaliła także, iż sam odwołujący do swojej oferty nie załączył wyciągu ze świadectwa homologacji i był do uzupełnienia tego braku wzywany w dniu 10 maja 2018r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w związku z nieuzyskaniem zamówienia, co wypełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwania przez zamawiającego pismem z dnia 10 maja 2018 r. wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do złożenia wyciągu ze świadectwa homologacji sporządzonego w języku polskim dla samochodu bazowego (dotyczy samochodów, o których mowa w części I opisu przedmiotu zamówienia)

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy, który stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Przepis art. 186 ust. 4a ustawy nie odnosi się wprost do sytuacji, w której po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, ale nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, jednakże regulacja całego art. 186 ustawy do tej konkretnej sytuacji procesowej w żadnym miejscu się nie odnosi, zatem konieczne stało się wypełnienie powyższej luki prawnej przepisem ustawy najbardziej zbliżonym do zaistniałej sytuacji procesowej. Ta sytuacja przedstawia się bowiem z następujący sposób, wprawdzie

przystępujący przystąpił po stronie zamawiającego, który wbrew interesowi przystępującego uwzględnił jeden z postawionych przez odwołującego zarzutów, a więc usunął spór pomiędzy zamawiającym i odwołującym, a jednocześnie przystępujący nie bronił swego interesu przez wniesienie sprzeciwu wobec uwzględnienia częściowego zarzutów. W ocenie Izby to zdarzenie procesowe jest zbliżone do hipotezy art. 186 ust. 4a ustawy o braku przystępującego, który gdy nie przystąpi także nie chroni swojego interesu. Dlatego Izba nie skierowała uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu do rozpoznania na rozprawie stosując dyspozycję art. 186 ust. 4a ustawy. W tym stanie rzeczy konieczne stało się rozstrzygnięcie o częściowym umorzeniu postępowania na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy, biorąc także pod uwagę wytyczne Sądu Najwyższego, że sentencja orzeczenia Izby powinna odnosić się do całości odwołania wykonawcy. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musiała znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17, a także w wyrokach sygn.. akt KIO 1908/17 i KIO 2448/17.

Ponadto zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach, - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np.

postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Dodatkowo pominięcie postanowienia o umorzeniu postępowania w sentencji wyroku, może prowadzić do sytuacji pozbawienia stron lub uczestnika postępowania prawa do sądu. Przykładowo na czynność częściowego umorzenia jak w niniejszej sprawie przysługuje bowiem sprzeciw wykonawcy, zawarcie zatem jedynie w uzasadnieniu wyroku informacji o uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów w części, przy jednoczesnym nieprawidłowym ustaleniu przez Izbę, że nie został wniesiony sprzeciw, powoduje, że uczestnik postępowania zostaje pozbawiony możliwości eliminacji tego błędu proceduralnego Izby w drodze kontroli instancyjnej, gdyż w sentencji orzeczenia brak jest substratu zaskarżenia. Natomiast w sytuacji, gdy Izba w wyroku postanowieniem częściowym umorzy postępowanie, mimo skutecznego wniesienia sprzeciwu, uczestnikowi prawo skarżenia tej części orzeczenia będzie w ocenie Izby przysługiwało.

Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, ma charakter merytoryczny. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 sentencji ma charakter formalny, gdyż dotyczy umorzenia postępowania, wobec uwzględnienia zarzutów w części nie objętej sprzeciwem, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Izba nie może rozpoznać merytorycznie zarzutu uwzględnionego przez zamawiającego w sytuacji braku sprzeciwu po stronie przystępującego po stronie zamawiającego, dlatego Izba nie może odnieść się do argumentacji odwołującego dotyczącej nieprawidłowego uwzględnienia przez zamawiającego tego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ustawy przez wezwania przez zamawiającego pismem z dnia 10 maja 2018 r. wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do wyjaśnienia rozbieżności dotyczących formularza ofertowego w zakresie części II pkt 1 oraz części III pkt 2 dotyczących oferowanej ceny,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego. W ofercie przystępującego zaistniała wewnętrzna rozbieżność co do wysokości ceny odkupu pomiędzy formularzem ofertowym, a wypełnionym załącznikiem nr 4, a także rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą brutto wskazaną w pkt. III formularza ofertowego, a wartością wynikającą z działań matematycznych dokonanych na podstawie opisu pkt. III formularza ofertowego

opartych na dany zawartych wyłącznie w formularzu ofertowym. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert, pod tym wszakże warunkiem, że nie wolno mu prowadzić negocjacji z wykonawcą, ani z zastrzeżeniem m. in. art. 87 ust. 2 ustawy dokonywać jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zamawiający badając, która cena odkupu podana przez odwołującego jest ceną rzeczywiście przez niego oferowaną powziął wątpliwość, co do ceny zawartej w formularzu ofertowym, gdyż cena ta była inna niż w załączniku nr 4, a nadto zastosowanie ceny z formularza ofertowego nie dawało wyniku, który został przez tego wykonawcę podany w pkt. III, podczas, gdy zastosowanie wartości z załącznika nr 4 powodowało, że wynik z pkt. III formularza ofertowego był prawidłowy. Tym samym obie wartości tkwiły w treści złożonej oferty, zamawiający ustalając, która z nich jest rzeczywistą ceną odkupu nie dokonywał negocjacji z wykonawcą, ani nie zmieniał treści oferty. W konsekwencji miał prawo do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez poprawienie przez zamawiającego pismem z dnia 21 maja 2018 r. w ofercie wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty ” tj. w zakresie części II pkt 1 Formularza ofertowego,

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie ze zdaniem 2 art. 87 ust. 1 ustawy zmiany treści oferty są dopuszczalne jedynie jeśli wynikają z ust. 1a i 2 tegoż artykułu. Bezsporne jest, że w formularzu ofertowym w pkt. II przystępujący podał kwotę niższą niż wymagana przez zamawiającego, co było niezgodne z siwz, jednocześnie jednak w załączniku nr 4 przystępujący podał cenę odkupu wyższą od wymaganej przez zamawiającego, co było zgodne z siwz. Uwzględnienie wartości z załącznika nr 4 w formularzu ofertowym w pkt. II nie prowadziło do istotnej zmiany treści oferty, gdyż usuwało jedynie wewnętrzną sprzeczność oferty, a także likwidowało oczywistą omyłkę rachunkową w formularzu ofertowym polegającą na tym, że odjęcie od wartości cen sprzedaży pojazdów z pkt. I formularza ofertowego ceny odkupu z pkt. II formularza ofertowego nie dawało ceny łącznej z pkt. III formularza ofertowego. Zamawiający w ocenie Izby był w stanie samodzielnie ustalić wewnętrzne rozbieżności w treści oferty, a także ustalić, że jedynie przy podstawieniu do wzoru z pkt. III formularza ofertowego wartości wynikającej z załącznika nr 4 oferta przystępującego jest poprawna rachunkowo bez zmiany całości ceny jaką zamawiający miałby zapłacić przystępującemu z pkt. III formularza ofertowego w przypadku wyboru jego oferty. Dodatkowo zamawiający potwierdził tok swojego rozumowania wyjaśnieniami wykonawcy, a dokonana poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty, bo prawidłowa wartość także w tej treści się mieściła. Tym samym rację

ma zamawiający twierdząc, że dokonana przez niego poprawa oferty przystępującego była zgodna z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak odrzucenia oferty wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu w przedmiotowym postępowaniu pomimo, iż treść oferty powyższego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz, jednak zastrzega, że ofertę można odrzucić o ile nie nadaje się ona do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba rozstrzygając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie uwzględniła go dochodząc do przekonania, że możliwe i dopuszczalne było dokonanie poprawy pkt. II formularza ofertowego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W konsekwencji zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w odniesieniu do ceny odkupu nie było możliwe i zamawiający prawidłowo nie zastosował tego przepisu.

W odniesieniu do możliwości odrzucenia oferty z uwagi na brak załączenia do niej wyciągu ze świadectwa homologacji, co podnosił odwołujący, to w ocenie Izby możliwości takiej przeczą postanowienia siwz. Jak wynika z ustalonej treści siwz i zgodnych oświadczeń stron w toku postępowania odwoławczego wyciąg ze świadectwa homologacji służył wyłącznie umożliwieniu dokonania oceny w kryteriach opisanych w rozdziale XIII siwz – pkt. X.2 lit. e siwz i był dokumentem, który wykonawcy mieli załączyć do oferty. Zgodnie z rozdziałem XIII pkt. 7 tabela wykonawca w ofercie zamieszczał średnie zużycie paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego (l/km) i zgodnie z rozdziałem XIII pkt. 8 siwz wykonawca umieszczał w ofercie wartość uśrednioną emisji dwutlenku węgla zgodnie z wyciągiem świadectwa homologacji samochodu bazowego (g/km). Również do świadectwa homologacji odnosi się par. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011r. (Dz. U. z 2011r. nr 96 poz. 559), na które wprost powoływał się zamawiający we wskazanych punktach rozdziału XIII siwz. Przepis ten stanowi, że w przypadku, o którym mowa w § 4 pkt 1 (który to przepis stanowi o kryteriach oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N), zamawiający przy ocenie ofert bierze pod uwagę w szczególności:

- 1) wielkość zużywanej energii, zmierzoną według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, a w przypadku pojazdów nieobjętych tą procedurą - określoną według innej metody pomiaru zużycia paliwa lub zużycia energii elektrycznej, zapewniającej porównywalność ofert;
- 2) wielkość emisji dwutlenku węgla, zmierzoną według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, a w przypadku pojazdów nieobjętych tą procedurą - określoną według innej

metody pomiaru emisji, zapewniającej porównywalność ofert;

3) wyrażone łącznie lub oddzielnie wielkości emisji tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów (niemetanowych albo ich sumy), zmierzone według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, zapewniającej porównywalność ofert.

Tym samym dla weryfikacji prawidłowości podania wartości w formularzu ofertowym w pkt I zamawiający potrzebował ustalić, czy dane te są podane zgodnie z procedurą ustaloną dla celów badań homologacyjnych. Zamawiający zatem nie mógł przyznać punktów w kryteriach pozacenowych dla wartości ustalonych na podstawie nieznanej procedury pomiaru. Jednocześnie na potwierdzenie spełniania parametrów technicznych zamawiający wymagał oświadczenia wykonawcy – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do siwz.

Tym samym w przypadku braku wyciągu ze świadectwa homologacji treść oferty nadal odpowiadała treści siwz, bo zawierała informacje wymagane przez zamawiającego przy każdym z kryteriów pozacenowych. Jednak zamawiający nie mogąc wobec braku świadectwa homologacji tych informacji potwierdzić, powinien był uznać je za nie podane, gdyż mogły być ustalone nieporównywalnymi procedurami. Zamawiający wiedział natomiast, że zaoferowany pojazd bazowy spełnia jego parametry techniczne, gdyż przystępujący złożył wypełniony i podpisany przez siebie załącznik nr 4 do siwz, a tym samym zamawiający wiedział, że zaoferowany mu pojazd musi spełniać parametry minimalne opisane w pkt. 13 i 14 a i b załącznika nr 4 do siwz, co powodowało, że oferta w swej treści odpowiadała treści siwz. Nie był jednak w stanie ustalić ich jednoznacznych wartości, gdyż nie mógł zweryfikować poprawności danych podanych w formularzu ofertowym w pkt. I. Tym samym Izba nie ustaliła treści siwz, której złożona oferta by nie odpowiadała. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, że brak wyciągu ze świadectwa homologacji wywoływał jedynie skutki w zakresie punktacji ofert. Zamawiający nie określił konsekwencji braku możliwości weryfikacji danych ocenianych w proekologicznych kryteriach pozacenowych w przeciwieństwie do okresu gwarancji pełnej. Tym samym w tych kryteriach możliwa była ocena w przedziale od 0 do 5 pkt. dla emisji CO₂ i Emisji zanieczyszczeń i w przedziale od 0 do 6 pkt. dla zużycia energii. Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust, 1 pkt 6 ustawy przez brak odrzucenia oferty wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu w przedmiotowym postępowaniu pomimo tego, że zawiera błędy w obliczeniu ceny,

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Słusznie podnosi zamawiający, że w przedmiotowej siwz zamawiający określił obowiązującą go stawkę podatku VAT, gdyż w sporządzonym przez siebie formularzu ofertowym w pkt. II.1 wyraźnie odwołał się do art. 43 ust. 1 pkt 2 ustawy o

podatku od towarów i usług, który stanowi, że zwalnia się od podatku dostawę towarów wykorzystywanych wyłącznie na cele działalności zwolnionej od podatku, jeżeli z tytułu nabycia, importu lub wytworzenia tych towarów nie przysługiwało dokonującemu ich dostawy prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego. Oznacza to, że w treści siwz zamawiający wskazał na przysługujące zwolnienie podatkowe. Zgodnie z uchwałą SN z dnia 20 października 2011r. w przypadku wskazania obowiązującej stawki VAT przez zamawiającego w siwz możliwe jest dokonanie poprawy podanej ceny w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co zamawiający uczynił. Jednocześnie z wyjaśnień przystępującego wynika, że ma on świadomość, że odkup samochodów użytkowanych przez WORD jest dla zamawiającego zwolniony z opodatkowania, tym samym błędna była prezentacja ceny 484 800 w pkt. II, jako ceny netto 394 146, 34zł. Zamawiający jak już Izba ustaliła dokonał poprawy zaoferowanej ceny i ta poprawa była prawidłowym zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy znajdującym także odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Izba zatem nie dopatrzyła się u zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez niewykluczenie wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu z przedmiotowego postępowania pomimo, że powyższy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez brak odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania w oparciu o zarzut powyżej

Zarzuty nie potwierdziły się. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Izba przy rozstrzyganiu zarzutu bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Rzeczywiście Izba ustaliła, że występują rozbieżności pomiędzy wyciągiem ze świadectwa homologacji, a informacjami podanymi w ofercie przystępującego w formularzu ofertowym pkt. I.1 i zamawiający nie badał tych rozbieżności. Jednakże Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, co do charakteru dokumentu jakim był w tym postępowaniu wyciąg ze świadectwa homologacji. Dokument ten miał służyć sprawdzeniu według jakiej procedury zmierzono wartości podane w formularzu ofertowym. Tym samym nie był to dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Na chwilę orzekania zamawiający dysponuje tak informacjami z formularza ofertowego jak i ze świadectwa homologacji i dokonywał oceny ofert z uwzględnieniem informacji podanych w formularzu ofertowym. Uchylenie przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jeszcze nie nastąpiło, co uprawnia Izbę do oceny postawionego zarzutu. Clu przepisu

art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy stanowi konieczność wykazania, że informacje wprowadzające w błąd miałyby istotny wpływ na wyniki postępowania jednakże z ustaleń faktycznych wynika, że przystępujący podał wyższą wartość zużycia paliwa w cyklu mieszanym w formularzu ofertowym tj. 5,83 l/100 km niż wynika to ze świadectwa homologacji, gdzie wartość najmniejsza to 5,3, a największa 5,8 l/100 km, zatem średnia to – 5,55 l/100km. Izba ustaliła, że w kryterium emisja CO₂ zamawiający podał jedynie, że chodzi mu o uśrednioną wartość emisji CO₂, zaś z załącznika nr 4 wynika, że chodziło mu o emisję CO₂ w cyklu łączonym. Przystępujący w formularzu ofertowym podał wartość 121g/km, zaś ze świadectwa homologacji wynika, że wartość najmniejsza w tym cyklu to 121 g/km, a największa to 132g/km, zatem wartość uśredniona to 126,5 g/km. Gdyby przez pryzmat tych wartości obliczyć ocenę oferty przystępującego, to w kryterium zużycie energii uzyskałby o 0,30 pkt. więcej, a w kryterium emisji CO₂ mniej o 0,19 pkt, co łącznie dawałoby wyższą punktację u przystępującego o 0,11 pkt, a zatem nadal byłby on korzystniejszy od odwołującego przy czym nie tak jak obecnie o 0,80 pkt, ale o 0,91 pkt. Tym samym uwzględnienie informacji wynikających ze świadectwa homologacji nie mogło wprowadzić zamawiającego w taki błąd, który miałby istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17 i art. 24 ust. 4 nie potwierdził się. Izba podzieliła w całości argumentację zamawiającego, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ma zastosowanie do postępowań wieloetapowych.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy M i R spółka jawna M. P. i R. P. z siedzibą w Radomiu do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie części I pkt I Formularza ofertowego tj. wskazanej wartości emisji Co₂ (g/km) 121 oraz średniego zużycia paliwa na 100 km w cyklu mieszanym zgodnie z wyciągiem ze świadectwa homologacji samochodu bazowego 5,83 l/100 km, a także w zakresie załącznika nr 4 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia część II pkt 7 tj. wskazanej emisji dwutlenku węgla (Co₂) maksymalnie nie więcej niż 130 g Co₂/km

Zarzut nie potwierdził się. Na podstawie danych z formularza ofertowego i wyciągu ze świadectwa homologacji zamawiający mógł samodzielnie dokonać ustaleń czy wykonawca prawidłowo wyliczył wartości poddawane ocenie oraz mógł ustalić wpływ tych informacji na treść złożonej oferty. Tym samym w ocenie Izby brak było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie z przedstawionym rachunkiem z ograniczeniem do kwoty dopuszczonej ww. rozporządzeniem.

Przewodniczący: