

WYROK
z dnia 5 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2014 r. przez wykonawcę **JLR Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Waszyngtona 50, 03-910 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Główna Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Dom Samochodowy GERMAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Strzegomska 139, 54-428 Wrocław,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę JLR Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Waszyngtona 50, 03-910 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu przez tego wykonawcę;

2.1) zasądza od wykonawcy JLR Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Waszyngtona 50, 03-910 Warszawa na rzecz zamawiającego Komenda Główna Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp lub ustawa) czynności zamawiającego polegających na:

- 1) braku odrzucenia oferty złożonej przez Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („Dom Samochodowy GERMAZ”), w konsekwencji dokonaniu oceny ofert z uwzględnieniem ofert niekwalifikujących się do objęcia oceną punktową i dalej, wybraniu oferty Dom Samochodowy GERMAZ jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) braku odrzucenia oferty złożonej przez Grupę PGD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Krakowie („Grupa PGD”), w konsekwencji dokonaniu oceny ofert niekwalifikujących się do objęcia oceną punktową;
- 3) braku wyboru oferty odwołującego jako oferty jedynie spełniającej wymogi SIWZ.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk):

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 Pzp przez nieodrzućenie oferty Dom Samochodowy GERMAZ, która winna podlegać odrzuceniu, jako oferta sprzeczna z SIWZ (warunkami technicznymi opisu przedmiot zamówienia);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 Pzp przez nieodrzućenie oferty Grupy PGD, która winna podlegać odrzuceniu, jako oferta sprzeczna z SIWZ (warunkami technicznymi opisu przedmiot zamówienia);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 Pzp w związku z art. 3 ust. 1, art. 10 ust. 1, art. 14 ust. 1 uznk przez dopuszczenie do oceny oferty Dom Samochodowy GERMAZ, która chociaż nie spełniała warunków SIWZ, była w ocenie zamawiającego korzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert niż oferta złożona przez odwołującego, podczas gdy oferta odwołującego, jako jedyna spełniała warunki SIWZ, co wpływało na charakterystykę złożonej oferty obniżając jej konkurencyjność punktową, czym zamawiający doprowadził do nierównego traktowania wykonawców [porównując i oceniając punktowo oferty Domu Samochodowego GERMAZ i Grupy PGD niespełniające warunków SIWZ (obejmujące najtańszą wersję modelu Mitsubishi Pajero, która to wersja charakteryzuje się również niższymi kryteriami zużycia energii, emisji CO₂, emisji zanieczyszczeń) z ofertą odwołującego spełniającą rygorystyczne warunki SIWZ], a także naruszenia zasad uczciwej konkurencji;

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 Pzp w związku z art. 3 ust. 1, art. 10 ust. 1, art. 14 ust. 1 uznk przez dopuszczenie do oceny oferty Grupy PGD, która chociaż nie spełniała warunków SIWZ, była w ocenie zamawiającego korzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert niż oferta złożona przez odwołującego, podczas gdy oferta złożona przez odwołującego jako jedyna spełniała warunki SIWZ, co wpływało na charakterystykę złożonej oferty obniżając jej konkurencyjność punktową, czym zamawiający doprowadził do nierównego traktowania wykonawców [porównując i oceniając punktowo oferty Domu Samochodowego GERMAZ i Grupy PGD nie spełniające warunków SIWZ (obejmujące najtańszą wersję modelu Mitsubishi Pajero, która to wersja charakteryzuje się również niższymi kryteriami zużycia energii, emisji CO₂, emisji zanieczyszczeń) z ofertą odwołującego się spełniającą rygorystyczne warunki SIWZ], a także naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Dom Samochodowy GERMAZ jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez Dom Samochodowy;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Grupę PGD;
- 4) powtórzenia oceny ofert, z uwzględnieniem jedynie oferty odwołującego;
- 5) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz wykonawcy.

Odwołujący wskazał zachowanie terminu do wniesienia odwołania (zawiadomienie o czynności zamawiającego w dniu 12 maja 2014 r.), przekazanie zamawiającemu kopii odwołania. Spełnienie przesłanki legitymującej odwołującego do wniesienia odwołania (interes we wniesieniu odwołania) uzasadnił: uwzględnienie zarzutów odwołania przez stwierdzenie naruszenia wskazanych przepisów ustawy, ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp i otwiera odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia publicznego. Gdyby zamawiający przeprowadził postępowania zgodnie z ustawą, odrzuciłby oferty złożone przez Dom Samochodowy GERMAZ i Grupę PGD, wybrałby ofertę odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

I. Zaniechanie odrzucenia oferty Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o.

Wybór oferty Dom Samochodowy GERMAZ jako oferty najkorzystniejszej pozostaje w sprzeczności z obowiązkiem zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców - Dom Samochodowy GERMAZ i Grupa PGD na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, ponieważ treść ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków i ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uzasadnienie odrzucenia oferty Domu Samochodowego GERMAZ i oferty Grupy PGD jest tożsame. Wynika to z faktu, że obie firmy złożyły oferty przedstawiając ten sam samochód tj. tej samej marki (Mitsubishi), ten sam model (Pajero, inna nazwa tego samego modelu to Montero), tę samą wersję (Invite).

1. Niezgodność ofert Domu Samochodowego GERMAZ i Grupy PGD z SIWZ.

Konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ koresponduje bezpośrednio z treścią art. 82 ust. 3 Pzp, który stanowi: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Ustawa Pzp nie różnicuje kryteriów technicznych opisanych w SIWZ jako warunków istotnych i nieistotnych. Wszystkie warunki wskazane SIWZ są z założenia warunkami istotnymi, a niespełnienie jakiegokolwiek warunku przez wykonawcę obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty.

Potraktowanie przez zamawiającego na etapie oceny ofert jednego ze wskazanych w SIWZ warunków jako w warunku mniej istotnego, a tym bardziej całkowite jego pominięcie, prowadzi do naruszenia art. 82 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący powołał się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1144/08.

W stanie faktycznym zaskarżonego postępowania, zamawiający oceniając oferty Domu Samochodowego GERMAZ i Grupy PGD pominął fakt, że oferty nie spełniają warunków technicznych opisu przedmiotu zamówienia, czym naruszył art. 82 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji doprowadził do nierównego traktowania wykonawców (odwołującego), którzy złożyli oferty dostosowane do warunków technicznych opisu przedmiotu zamówienia (a zatem ofertę m.in. droższą), co stanowi nierówne traktowanie i czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 3, 10 i 14 u.z.n.k.

A. Treść SIWZ (opis przedmiotu zamówienia).

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 1 warunków wyposażenia zamieścił wymóg: Siedzenia: „(...) wykonane z materiału odpornego na zabrudzenia i uszkodzenia mechaniczne, nienasiąkliwe (...)”. Dowód: -SIWZ; -modyfikacje SIWZ.

B. Treść odpowiedzi na zadane pytanie.

Powyższy warunek został sprecyzowany w trybie odpowiedzi na pytanie: „Czy Zamawiający dopuści samochód wyposażony w pokrowce foteli, które będą wykonane z materiału odpornego na zabrudzenia i uszkodzenia mechaniczne, nienasiąkliwe, łatwego do utrzymania w czystości, czy też ma być to tapicerka foteli zamontowana na stałe?”

Odpowiedź: „Zamawiający wyjaśnia, że zapis zawarty w Załączniku nr 1 do SIWZ w części IV „Wyposażenie” w pkt 2 „Siedzenia” odnosi się do fabrycznego pokrycia tapicerskiego wszystkich siedzeń w oferowanym pojeździe. Ponadto zawiadamiam, że treść udzielonych wyjaśnień stanowi integralną część SIWZ należy je uwzględnić przy przygotowywaniu oferty. Informuję również, że termin składania i otwarcia ofert nie ulega przedłużeniu.”

Dowód: -wyjaśnienia zamawiającego z dnia 20 marca 2014 r.; -pozostałe wyjaśnienia zamawiającego; -zeznania A. W..

C. Brak spełniania przez Dom Samochodowy GERMAZ i Grupę PGD wymogów technicznych przedmiotu zamówienia.

Zamawiający winien dopuścić do przetargu jedynie oferty obejmujące samochody, w których pokrycie siedzeń spełniało łącznie warunki pokrycia: a) nienasiąkliwe; b) fabryczne; c) wszystkich siedzeń.

Tymczasem zamawiający dopuścił do procedury przyzwania punktacji, oferty niespełniające powyższych wymogów technicznych, złożone przez Dom Samochodowy GERMAZ i Grupę PGD, obejmujące najtańszą wersję modelu Mitsubishi Pajero, która charakteryzuje się również niższymi kryteriami zużycia energii, emisji CO₂, emisji zanieczyszczeń.

Oferty złożone przez Dom Samochodowy GERMAZ i Grupę PGD (wyciąg z homologacji) jednoznacznie wskazują, że podmioty te złożyły oferty obejmujące ten sam samochód, model i wersję. Dowód: -zawiadomienie z dnia 12 maja 2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej; -oferta Domu Samochodowego GERMAZ Sp. z o.o.; -wyciąg z homologacji; -oferta Grupy PGD Sp. z o.o., -wyciąg z homologacji; -zeznania A. W.; -folder samochodu Mitsubishi Pajero.

Wersja Invite nie występuje fabrycznie z pokryciem tapicerskim siedzeń, które spełniałoby wymóg nienasiąkliwości (wprowadzony do SIWZ i sprecyzowany z trybie odpowiedzi zamawiającego na pytania - pkt I.1. A i B odwołania).

Wersja Invite występuje wyłącznie z pokryciem tkaninowym, nasiąkliwym (str. 26 folderu samochodu Mitsubishi Pajero Invite).

Nie ma możliwości zamówienia u dealera samochodów Mitsubishi Pajero Invite z inną tapicerką niż tkanina.

Istnieje możliwość modyfikacji jedynie w zakresie doboru akcesoriów. Dostosowanie modelu Mitsubishi Pajero do wymogów nasiąkliwość oznacza konieczność zamówienia wyższego modelu tego samochodu bądź konieczność dokonania modyfikacji wersji INVITE poza fabryką (co jest niedopuszczalne na gruncie SIWZ). Oznacza to, że obie oferty nie spełniają wymogów SIWZ. Dowód: -oferta Domu Samochodowego GERMAZ Sp. z o.o.; -oferta Grupy PGD Sp. z o.o.; -zeznania A. W.; -folder samochodu Mitsubishi Pajero.

W ofercie handlowej marki Mitsubishi są dostępne pojazdy model Pajero w wyższej wersji INSTYLE posiadające skórzaną tapicerkę foteli - zapewne spełniające wymóg fabrycznie zamontowanej tapicerki nienasiąkliwej - jednak samochody te posiadają wyższą cenę sprzedaży oraz wyższe parametry: zużycia paliwa (energii), emisji dwutlenku węgla, emisji zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów.

Dowód: -zeznania A. W.; -folder samochodu Mitsubishi Pajero.

Przedstawione parametry były przedmiotem oceny zgodnie z kryteriami wskazanymi w podtytule XVI SIWZ „Opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert”.

Dowód: -SIWZ; -zawiadomienie o wyborze oferty.

Oznacza to, że gdyby konkurenci odwołującego złożyli oferty obejmujące samochody Mitsubishi Pajero w wersji zgodnej z SIWZ (wymogi w zakresie pokrycia siedzeń), to ich oferty wypadłyby gorzej w zakresie wszystkich kryteriów oceny, tj. ceny, zużycia paliwa (energii), emisji dwutlenku węgla, emisji zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów, a łączna liczba punktów przyznana podczas oceny ofert uległaby obniżeniu.

Zamawiający jest obowiązany do dokonania weryfikacji zgodności złożonych ofert z warunkami SIWZ, przy zachowaniu należytej staranności. Czasami ocena zgodności treści oferty z treścią SIWZ musi być dokonana przez osoby posiadające specjalistyczną wiedzę lub doświadczenie, a czasami jedynie przez biegłych specjalistów. W żadnym wypadku zamawiający nie może poprzestać na oświadczeniach wykonawców, co do zrealizowania zamówienia zgodnie z SIWZ, lecz musi poddać kontroli merytorycznej złożone oferty.

Odwołujący wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 6 listopada 2009 r., sygn. akt XII Ga 317/09 - określenie przez zamawiającego norm, jakie spełniać mają stosowane przez oferentów środki techniczne ma za zadanie umożliwienie dokonania oceny faktycznej możliwości spełnienia przez oferentów wymogów zamawiającego (...). Nie można przyjąć, że niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym zakresie, mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 p.z.p.) oferenta do dostarczenia nowych charakterystyk środków, a więc w rzeczywistości drogą podmiiany tego środka, bądź też uznanie zaoferowania środka nie spełniającego wymogom z projektu umowy, jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., stanowiłoby to, w tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.) przez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczałoby całą istotę przetargu.

Złożone przez Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o. i Grupę PGD Sp. z o.o. oferty obejmujące Mitsubishi Pajero Invite: -nie podlegały sprostowaniu; -nie podlegały trybowi wyjaśnień; -winny podlegać odrzuceniu.

2. Złożenie ofert przez Dom Samochodowy GERMAZ i przez Grupę PGD, jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zacytował przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk): art. 3 ust. 1, art. 10 ust.1, art. 14 ust. 1.

Obaj wykonawcy - Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o. i Grupa PGD Sp. z o.o. - złożyli nieprawdziwe oświadczenia, że zrealizują zamówienie zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ przez dostawę samochodów Mitsubishi Pajero Invite, podczas gdy nie ma możliwości fabrycznego zamówienia Mitsubishi Pajero Invite z fabrycznym pokryciem tapicerskim siedzeń, które spełniałoby wymóg nienasiąkliwości.

3. Przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał wyrok Izby z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09 oraz zacytował wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 380/11 - główną ideą i podstawą ustanowienia Prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez uczestników postępowania zasad uczciwej konkurencji, w szczególności o tych zasadach stanowią przepisy art. 7, 15, 17, 24, 80 Pzp. Przepisy Pzp nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wprowadzają zasadę, że już w przypadku zajścia pewnych sytuacji faktycznych istnieje podstawa do wyłączenia lub wykluczenia wykonawcy z postępowania i wyłączenie to lub wykluczenie jest obowiązkiem skierowanym do zamawiającego - nakazem dokonania czynności wyłączenia lub wykluczenia wykonawcy.

II. Interes odwołującego.

Gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z ustawą, to zamawiający winien wybrać ofertę odwołującego.

1. Odrzucenie ofert konkurencyjnych.

Zamawiający objął oceną punktową, poza ofertą odwołującego, dwie oferty:

- ofertę złożoną przez Dom Samochodowy GERMAZ obejmującą samochód: „Marka Mitsubishi; typ: V80; wariant: V9524; wersja: BJCDA5A7BAAA; oznaczenie handlowe: Mitsubishi Pajero/Montero; rodzaj paliwa: DIESEL; pojemność skokowa silnika: 3200 cm₃; Moc silnika: 147 kW”;

- ofertę złożoną przez Grupę PGD obejmującą samochód: „Marka Mitsubishi; typ: V80; wariant: V9524; wersja: BJCDA5A7BAAA; silnik o zapłonie samoczynnym, czterosuwowy o pojemności skokowej 3200 cm₃ i mocy 147 kW; Mitsubishi Pajero 3,2 DiD wersja: Invite MT”. Dowód: -oferta Domu Samochodowego GERMAZ; -oferta Grupy PGD.

Obydwie oferty obejmują pojazdy marki Mitsubishi model Pajero Invite. Dla pojazdów tych dołączono wymagane kopie Świadectwa Zgodności WE - tej samej treści. Wskazane w nich parametry: zużycia paliwa oraz emisji dwutlenku węgla, są zgodne z przedstawionymi w folderach dla wersji Invite. W konsekwencji uwagi poczynione w pkt I odwołania dotyczą analogicznie oferty złożonej przez Grupę PGD Sp. z o.o. Oferta Grupy PGD Sp. z o.o. winna podlegać odrzuceniu, jako niespełniająca technicznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie fabrycznego pokrycia wszystkich siedzeń nienasiąkliwym tworzywem.

2. Wybór oferty odwołującego.

Jedyną ofertą spełniającą warunki art. 82 ust. 3 ustawy, który stanowi: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, jest oferta odwołującego.

W stanie faktycznym sprawy, uwzględnienie zarzutów odwołania przez stwierdzenie naruszenia wskazanych przepisów ustawy, ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp i otwiera odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł jak w *petitum*.

Załączniki do odwołania: -SIWZ z modyfikacjami; -ogłoszenie o zamówieniu z suplementem; -odpowiedzi zamawiającego na pytania; -zawiadomienie o wyborze oferty; -oferta Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o.; -oferta Grupa PGD Sp. z o.o. sp.k.; -dwa foldery Mitsubishi Pajero w oryginale; -oferta odwołującego.

Na rozprawie odwołujący złożył do akt sprawy opinię mgr inż. J. P. z Biura Rzeczoznawstwa Techniczno-Motoryzacyjnego z siedzibą w Warszawie.

II. Zamawiający - Komenda Główna Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie - nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

III. Wykonawca Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania oraz przeprowadzenie dowodów z przesłuchania: a) M. M., członka zarządu spółki - strony postępowania, na okoliczność charakterystyki siedzeń w oferowanych przez spółkę samochodach; b) W. P. - przedstawiciela generalnego dystrybutora marki Mitsubishi spółki MMC Car Poland sp. z o.o. - świadka, na okoliczność parametrów technicznych tapicerki w pojazdach Mitsubishi Pajero Invite oferowanych przez spółkę; dowodów z dokumentów i wyjaśnień wskazanych w piśmie oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa adwokackiego, nie przedkładając rachunków.

W uzasadnieniu pisma wykonawca wskazał argumentację w przedmiocie oddalenia odwołania z powodu braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia, z uwagi na brak podstaw do kwestionowania m.in. oferty wykonawcy Grupa PGD Sp. z o.o. (nieznajomość rodzaju tapicerki samochodowej oferowanej przez wykonawcę). W dalszej części pisma podniósł okoliczność użycia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia pojęć nieostrych i niejednoznacznych. Wskazał brak jakichkolwiek dowodów na poparcie twierdzeń odwołującego dotyczących niezgodności oferty spółki Grupa PGD z wymogami SIWZ oraz wskazał na zgodność swojej oferty w zakresie tapicerki samochodowej Mitsubishi Pajero model Invite zaoferowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Do pisma załączył: 1) oświadczenie generalnego dystrybutora pojazdów Mitsubishi spółki MMC Car Poland Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 29 maja 2014 r.; 2) folder reklamowy Mitsubishi Pajero (strona tytułowa, strona 28/29 opisująca tkaninę siedzeń, strona ostatnia zawierająca zastrzeżenia prawne); 3)-5) opinie Nadleśnictw: Przemków, Brzeziny, Rudka w sprawie nienasiąkliwości tapicerki z poliestru samochodu Mitsubishi Pajero wersja Invite; 6) opinię techniczną nr RM-04/05/2014 dr R. M. - Rzecznawcy Stowarzyszenia Rzecznawców Techniki Samochodowej i Ruchu Drogowego w Warszawie; 7) wydruk ze strony internetowej dystrybutora tkanin, firmy GRANT.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest:

- 1) dostawa 74 sztuk jednakowych fabrycznie nowych samochodów osobowo-terenowych (...) homologowanych wg kat. M1G lub wg kat. M1, o ile spełniają wszystkie kryteria do ich zakwalifikowania do podkategorii M1G, wyposażonych m.in. w urządzenia uprzywilejowania w ruch drogowym (...) oraz
- 2) jednorazowe szkolenie dla 6. przedstawicieli zamawiającego (w tym dla 5. mechaników Straży Granicznej) w zakresie obsługi dostarczonych pojazdów, wymiany części eksploatacyjnych i montażu dodatkowego wyposażenia bez ryzyka utraty gwarancji na pojazd.

W części podstawowej opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zamieścił wymagania:

- pojazdy muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż w 2013 r.;
- wszystkie dostarczone pojazdy muszą spełniać warunki techniczne obowiązujące na terenie RP, co zostanie potwierdzone w ofercie świadectwem homologacji typu WE pojazdu lub świadectwem homologacji typu pojazdu, a w przypadku zaoferowania pojazdów kategorii M1, które nie są opisane w świadectwie homologacji typu WE pojazdu lub świadectwie homologacji typu pojazdu jako M1G, również zaświadczeniem wystawionym przez jednostkę do tego uprawnioną, o której mowa (...) potwierdzającym, że oferowane pojazdy spełniają kryteria kwalifikacji do podkategorii M1G;
- wszystkie dostarczane pojazdy będą posiadać status pojazdu uprzywilejowanego w ruchu drogowym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2013 r. poz. 951, z późn. zm.) i będą wyposażone w urządzenia sygnalizacji uprzywilejowania w ruchu drogowym;
- wykonawca dostarczy wraz z pojazdem dokumenty na podstawie, których dokonuje się pierwszej rejestracji pojazdu, o których mowa w art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 1137, z późn. zm.).

Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały zamieszczone w OPZ - załącznik nr 1 i w projekcie umowy - załącznik nr 4 (pkt IV SIWZ Opis przedmiotu zamówienia). W załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ, w części IV - Wyposażenie, ppkt 2 - Siedzenia, zamawiający opisał wymóg następująco: miękkie, wykonane z materiału odpornego na zabrudzenia i uszkodzenia mechaniczne, nienasiąkliwego, łatwe do utrzymania w czystości, tapicerka koloru ciemnego.

Na pytanie dotyczące postanowień SIWZ - nr 5 „Czy zamawiający dopuści samochód wyposażony w pokrowce foteli, które będą wykonane z materiału odpornego na zabrudzenia i uszkodzenia mechaniczne, nienasiąkliwego, łatwego do utrzymania w czystości, czy też ma być to tapicerka foteli zamontowana na stałe?”

Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający wyjaśnia, że zapis zawarty w załączniku nr 1 do SIWZ w części IV „Wyposażenie” w pkt 2 „Siedzenia” odnosi się do fabrycznego pokrycia tapicerskiego wszystkich siedzeń w oferowanym pojeździe (pismo z dnia 20 marca 2014 r.).

Z powyższego wynika, że przedmiotem zamówienia są pojazdy o szczególnym statusie, dostosowane do specjalnych wymagań wyspecyfikowanych w SIWZ.

Kryteriami oceny ofert są: cena 85%, zużycie energii (Z) 5%, emisja dwutlenku węgla (E_1) 5%, emisja zanieczyszczeń (E_2) 5%.

W wyniku badania i oceny ofert, zamawiający ustalił następującą punktację ofert: przystępujący 100 pkt, Grupa PGD 99,13 pkt i odwołujący 79,16 pkt.

Wykonawcy - przystępujący (oferta wybrana) oraz Grupa PGD z drugą lokatą w rankingu ofert - zaoferowali pojazdy: marka Mitsubishi, oznaczenie handlowe: Mitsubishi Pajero, wersja: Invite.

Spór dotyczy wyposażenia pojazdu w siedzenia, w kontekście opisu wynikającego z SIWZ i odpowiedzi na pytanie nr 5, a mianowicie siedzenia mają mieć tapicerkę fabryczną charakteryzującą się przede wszystkim nienasiąkliwością, gdyż ten element zamieszczony w opisie części IV, pkt 2 OPZ, jest kwestionowany.

Odwołujący posługując się folderem reklamowym Mitsubishi Pajero z czerwca 2013 r., wydrukowanym w Polsce (mającym walor, zgodnie z określeniem wynikającym z jego treści, ulotki) uzyskanym od dealera Mitsubishi dowodził, że zaoferowany w ofertach wykonawców z pozycją 1 i 2 w rankingu ofert pojazd, jest niezgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ z tego powodu, że w opisie standardowego i opcjonalnego wyposażenia pojazdu - model Invite przy opisie foteli wskazano - Tkaninową tapicerkę foteli (str. 28 folderu), zatem tapicerka nie odpowiada opisowi zamieszczonemu w SIWZ, uzupełnionemu w odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 5, więc nie spełnia wymogu materiału nienasiąkliwego.

W zastrzeżeniach prawnych na ostatniej stronie (okładce) folderu zamieszczono informację, że wyposażenie pojazdu może być różne w różnych krajach i podlegać zmianom. MMC Car Poland sp. z o.o. zastrzegł sobie prawo wprowadzenia bez uprzedzenia zmian danych zawartych w ulotce, w tym parametrów technicznych, wyposażenia i specyfikacji pojazdów.

Ponadto, wskazano w folderze, że wszelkie informacje podane w ulotce nie stanowią oferty w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

W cenniku Mitsubishi Pajero ważnym od 01.05.2014 r., załączonym do odwołania jako drugi oryginalny folder, wskazano ceny pojazdu roku modelowego 2014, obu wersji wyposażenia - INVITE MT i INSTYLE AT.

W opinii rzeczoznawcy mgr inż. J. P. z 04.06.2014 r. złożonej przez odwołującego została przedstawiona ocena tapicerki materiałowej ze wskazaniem, że odporność na nasiąkanie nie jest możliwa do osiągnięcia w 100%, nawet przy użyciu środków impregnujących (pkt 2). W końcowym wniosku (pkt 5) wskazano, że Tkaninowa tapicerka foteli samochodowych jest nasiąkliwa i nie jest w pełni odporna na plamienie i uszkodzenia mechaniczne. Możliwe częściowe zmniejszenie nasiąkliwości nie eliminuje jej całkowicie. Ocena dotyczy niewątpliwie Tkaninowej tapicerki foteli, którą wskazano w folderze/ulotce Mitsubishi Pajero str. 28. Jednocześnie w pkt 3 opinii została opisana nienasiąkliwa tapicerka Land Rover Defender 110 - Vinyl.

Z zeznań świadka A. W. przesłuchanego na wniosek odwołującego na okoliczność tapicerki foteli, wynikają następujące fakty: wymagania specyfikacji może spełnić tapicerka typu skaj lub inna folia, a poliester wówczas, gdy jest pokryty dodatkową powłoką. Derma jest nienasiąkliwa i nieprzemakalna. Z występujących w ofercie handlowej dwóch wersji pojazdu INVITE MT i INSTYLE AT, z tapicerką foteli w dwóch wersjach: tkanina lub skóra, wymagania spełnia tapicerka pojazdu w drugiej wersji, aczkolwiek jest to pojazd droższy, przy czym różnica w cenie jest niewielka.

Świadek nie dysponował informacjami dotyczącymi możliwości zakupu 74 pojazdów z odpowiednim wyposażeniem oraz zmiany tapicerki na etapie fabrycznym i wpływu tego procesu na treść homologacji, wskazując, że jest to domena producenta. Nie kontaktował się z fabryką Mitsubishi w sprawie możliwych do zastosowania materiałów obiciowych foteli, również nie kontaktował się z generalnym dystrybutorem w sprawie możliwych rodzajów tapicerki, nie posiada znajomości rodzaju tapicerki w samochodach Mitsubishi przeznaczonych dla służb mundurowych.

Z zeznań świadka W. P. przesłuchanego na wniosek przystępującego wynika, że przedmiotem dostawy będą pojazdy oferowane w ofercie. Siedzenia produkowane fabrycznie będą wyposażone w tapicerkę wykonaną z materiału o nazwie poliester - produkt sztuczny, charakteryzujący się nienasiąkliwością, niepochłanianiem wody, służący również do wykonywania kurtek przeciwdeszczowych oraz żagli. W związku z niepochłanianiem wody materiał ten można uznać za nienasiąkliwy, zatem spełniający

wymagania zamawiającego. Materiał nie może być obecnie zaprezentowany, gdyż produkcja zostanie rozpoczęta wraz z przyjęciem zamówienia. Cykl produkcyjny pojazdów będących przedmiotem zamówienia rozpocznie się w połowie czerwca br. W wyposażeniu zamawianych samochodów będzie zastosowany poliester, ponieważ jest to najlepszy materiał do tego celu, będzie to jednak materiał nowszej generacji.

Na potrzeby obecnego przetargu zostały zarezerwowane przez przystępującego samochody (rezerwacja produkcji), zgodnie ze specyfikacją dla modelu 2015 z tapicerką wykonaną z nowszej generacji poliestru, nienasiąkliwą. Będzie to specjalna tapicerka na zamówienie wynikające z obecnego przetargu. Według wiedzy świadka wykonawca Grupa PGD również zarezerwował samochody z taką samą tapicerką, ponieważ zarezerwował ten sam model pojazdu.

W przedmiocie homologacji nie ma zmian, jeśli chodzi o model 2014, 2015. Dla modelu 2015 będzie ta sama homologacja, którą złożył przystępujący w ofercie i również parametry objęte homologacją. Tapicerka oraz trzy inne elementy objęte zmianą dla roku modelowego 2015 nie będą objęte koniecznością zmiany homologacji - nie wchodzi w skład parametrów objętych homologacją. Homologacja złożona w ofertach przystępującego i Grupy PGD będzie właściwa dla oferowanych pojazdów, będzie miała jedynie nadany zmieniony numer 2015.

Znany świadkowi katalog załączony do odwołania - Mitsubishi Pajero, nie wskazuje wersji pojazdu przeznaczonego dla służb mundurowych i wyposażenia sygnałowego typu koguty, również nie oferuje siedzeń wykonanych z materiału poliester właściwego dla służb mundurowych. Informacje zawarte w katalogu przeznaczone są dla indywidualnych klientów.

W opinii technicznej nr RM-04/05/2014 dr R. M. złożonej przez przystępującego wydanej na podstawie oględzin pojazdu samochodowego marki: Mitsubishi V80 Pajero/Montero M1G, informacji uzyskanych od producenta pojazdu i użytkowników pojazdu wynika, że pokrycie siedzeń w samochodzie wykonane jest z materiału poliester, charakteryzującego się m.in. nienasiąkliwością.

W opinii końcowej jej autor potwierdził, że tapicerka siedzeń w opisanym samochodzie M1G w wersji INVITE odznacza się dużą wytrzymałością na uszkodzenia mechaniczne, w tym na rozerwanie, zginanie i ścieranie, odpornością na zabrudzenia, działanie światła i czynników chemicznych, jest nienasiąkliwa, łatwa do utrzymania w czystości i odporna biologicznie.

Generalny dystrybutor pojazdów Mitsubishi i przedstawiciel marki Mitsubishi w Polsce w piśmie z dnia 29 maja 2014 r. wskazał:

a) przy tak dużej skali zamówienia jak 74 sztuki Pojazdu, fabryczne pokrycie tapicerskie siedzeń może być konfigurowane przez fabrykę Mitsubishi odmiennie niż w przypadku

konfiguracji podstawowej wskazywanej w standardowych folderach sprzedażowych dla modelu Mitsubishi Pajero;

b) zamówione Pojazdy Mitsubishi Pajero Invite dla celów Przetargu będą pojazdami z roku modelowego 2015, który obecnie nie jest dostępny na rynku. Pojazdy te będą charakteryzowały się zmianami w stosunku do pojazdów z poprzedniego roku modelowego, w tym będą posiadały tapicerkę siedzeń pokrytą Poliesterem kolejnej generacji. Użyty materiał będzie nie tylko posiadał wszelkie parametry dotychczasowej tapicerki z Poliester w zakresie odporności na zabrudzenie, uszkodzenia mechaniczne oraz w zakresie nienasiąkliwości, ale parametry te będą dodatkowo wzmocnione w zakresie m.in. nienasiąkliwości. Taki wybór tapicerki został dokonany przez Dział Techniczny Mitsubishi, aby zapewnić zgodność parametrów tapicerki z wymogami SIWZ Przetargu, w tym ze wskazanym tam wymogiem nienasiąkliwości;

c) Dział Techniczny Mitsubishi zwrócił uwagę, że chociaż nie istnieją kryteria prawne/techniczne parametru „nienasiąkliwości” wskazywanego w warunkach przetargów publicznych, to materiał jakim jest Poliester jest znany ze swoich właściwości w zakresie nienasiąkliwości, w tym jest używany nie tylko w zakresie odpornych tapicerek samochodowych, ale także chociażby w przeciwdeszczowej odzieży sportowej;

d) Dział Techniczny Mitsubishi potwierdził, że tapicerka z Poliester, poprzedniej generacji, była stosowana w wielu wcześniejszych przetargach publicznych, gdzie w stosunku do tapicerki samochodowej występował wymóg jej „nienasiąkliwości” i dotychczas, użytkownicy pojazdów Mitsubishi, które wygrały takie przetarg posiadając tapicerkę z Poliester, nie zgłaszali jakichkolwiek zastrzeżeń. Natomiast tak jak zostało wskazane powyżej, zamówione Pojazdy będą posiadały tapicerkę kolejnej generacji, posiadającą jeszcze wyższe parametry w zakresie nienasiąkliwości.

Opinie Nadleśnictw: Przemków, Brzeziny, Rudka potwierdziły nienasiąkliwość tapicerki z poliester samochodu Mitsubishi Pajero wersja Invite MT.

M. M. - członek zarządu spółki Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o. przesłuchany w charakterze przedstawiciela strony przedstawił doświadczenie Firmy, jako dostawcy i producenta samochodów specjalnych dla wielu służb, wojska. Potwierdził, że zaoferowane pojazdy spełniają wymagania zamawiającego. Zmiany mające na celu dostosowanie pojazdów dla potrzeb zamawiającego wyspecyfikowanych w SIWZ zostaną wykonane przez przystępującego, natomiast wyposażenie fabryczne m.in. fotele, zostanie wykonane na etapie produkcji bezpośrednio u producenta.

Oceniając materiał dowodowy Izba uznała.

Wykonawca - Dom Samochodowy GERMAZ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na skutek spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania (przystępujący).

Wbrew wnioskowi zamawiającego i przystępującego Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp - ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W wyniku badania i oceny ofert, oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji pod względem ilości uzyskanych punktów, odwołujący zakwestionował obie oferty poprzedzające w rankingu ofert ofertę odwołującego, zatem trudno uznać, że odwołujący nie spełnia przesłanki materialnoprawnej przesądzającej o posiadaniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego: -z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, -wnioskowanych przez odwołującego i przystępującego dokumentów, -zeznań świadków, -przesłuchania strony - przystępujący, Izba rozpoznając odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów, uznała, że odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, nie wykazał ziszczenia się przesłanki z art. 192 ust. 2 Pzp (Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia).

Postępowanie dowodowe przeprowadzone na wniosek odwołującego potwierdziło, że pojazdy prezentowane w materiałach reklamowych (folderach/ulotkach) przeznaczone dla powszechnego odbioru są wyposażone w siedzenia z tkaninową tapicerką samochodową, która nie spełnia wymagań nienasiąkliwości.

Natomiast dowody przedstawione przez przystępującego potwierdziły, że pojazdy produkowane na zamówienie z wyposażeniem wyspecyfikowanym przez konkretnego odbiorcę, w szczególności w sytuacji większej dostawy, mogą być konfigurowane odmiennie niż w standardowych folderach sprzedażowych dla modelu Mitsubishi Pajero (deklaracja dotyczy pojazdów zaoferowanych przez wykonawców - przystępującego i Grupa PGD Sp. z o.o. sp.k.).

Przystępujący potwierdził w sposób niewątpliwy dostawę pojazdów zgodną z wymaganiami zamawiającego - siedzenia wykonane fabrycznie z materiału nienasiąkliwego - poliester

(potwierdzenie, w szczególności generalnego dystrybutora pojazdów Mitsubishi i przedstawiciela marki Mitsubishi w Polsce.

Izba wskazuje, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest radykalnym sposobem eliminacji wykonawcy z postępowania, stanowiącym obowiązek zamawiającego, o ile wystąpią okoliczności wypełniające przesłanki określone w tym przepisie. Zatem, przyczyny uznania treści oferty za niezgodną z treścią SIWZ muszą być niewątpliwe i w zakresie istotnych zobowiązań wykonawcy.

Zarzut dotyczący tapicerki foteli, uzasadniany informacjami wynikającymi z komercyjnych folderów/ulotek, nie może stanowić podstawy odrzucenia ofert wykonawców oferujących pojazd bazowy dostosowany do wymagań zamawiającego (dostawa najpóźniej w ciągu 6 miesięcy od dnia podpisania umowy), a więc pojazd z fabrycznym pokryciem tapicerskim siedzeń - poliester - odpornym na zabrudzenia, uszkodzenia mechaniczne, spełniającym wymagania nienasiąkliwości.

Z tych względów Izba uznała, że w postępowaniu odwoławczym nie udowodniono naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazanych w odwołaniu.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący: