Sygn. akt: KIO 3285/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez wykonawcę Allies Incorporated sp. z o. o. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Integrated Solutions sp. z o. o. w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Integrated Solutions sp. z o. o. w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności treści oferty z załącznikiem nr 6 do SWZ, w części dotyczącej napędu pojazdu,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Allies Incorporated sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego w Warszawie na rzecz wykonawcy Allies Incorporated sp. z o. o. w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 3285/24

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

Skarb Państwa – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa i wykonanie Systemu Monitorowania Stanu Środowiska Elektromagnetycznego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 marca 2024 r., Dz.U. S: 57/2024, nr 166051-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 9 września 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Allies Incorporated sp. z o. o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez Integrated Solutions, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ nie zapewnia pojazdu z napędem na cztery koła dla mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego co, wobec dostępności produkcyjnej tego typu pojazdów, pozostawało wiążącym wymaganiem w postępowaniu („zarzut główny”),

ewentualnie, w przypadku uznania, że oferta Integrated Solutions nie podlega odrzuceniu: b) art. 255 pkt 6) Pzp w zw. z art. 99 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy było ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do

nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu („zarzut ewentualny").

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) w stosunku do zarzutu głównego – unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ponowienia badania i oceny ofert oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Integrated Solutions jako niezgodnej z warunkami zamówienia, dla którego prowadzone jest postępowanie,

2) w stosunku do zarzutu ewentualnego – unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6) Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia obowiązującym w postępowaniu („OPZ") na omawiany system mają składać się następujące komponenty (moduły):

- mobilna stacja monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego,
- moduł stacjonarny,
- moduł przenośny,
- oprogramowanie dla systemu.

Odwołujący wskazał, że z punktu widzenia odwołania kluczowe znaczenie ma pierwszy ze wskazanych powyżej elementów – mobilna stacja monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego („mobilna stacja"). Odwołujący argumentował, że szczegółowe wymagania dla poszczególnych elementów zamówienia zostały wskazane w OPZ stanowiącym załącznik Nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SWZ").

Kolejno odwołujący wskazał, że zgodnie z pierwotnym OPZ zamawiający w ramach Mobilnej Stacji wymagał, aby była ona dostarczona na pojeździe typu Furgon albo Van wskazując również szereg szczegółowych wymagań. Wśród nich znalazł się m.in. wymóg, aby Mobilna Stacja była dostarczona na pojeździe posiadającym napęd na cztery koła:

Skrzynia biegów/Napęd	1. Manualna lub automatyczna skrzynia biegów posiadająca nie mniej niż 5 przełożeń do jazdy do przodu i nie mniej niż jedno przełożenie do jazdy do tyłu 2. Napęd na cztery koła.

Kolejno odwołujący wskazał, że w dniu 23 kwietnia 2024 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania do SWZ. Wśród nich znalazła się również odpowiedź na pytanie nr 3. Wniosek nr 3 z dnia 22.04.2024 r.:

Czy z uwagi na brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 przed producentów pojazdów bazowych, Zamawiający dopuści do zaoferowania pojazd z napędem 4x2 (napęd na tylne koła)?

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia:

W przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przez Wykonawcę pojazdu z napędem na tylne koła.

Kolejno odwołujący wskazał, że powyższa odpowiedź doprowadziła do zmiany SWZ z 26 kwietnia 2024 r., w wyniku której przedmiotowe wymaganie OPZ dotyczące Stacji Mobilnej nabrało następującego brzmienia:

Skrzynia biegów/Napęd	1. Manualna lub automatyczna skrzynia biegów posiadająca nie mniej niż 5 przełożeń do jazdy do przodu i nie mniej niż jedno przełożenie do jazdy do tyłu 2. Preferowany napęd na cztery koła. W przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 Zamawiający dopuszcza możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylne koła.

Zdaniem odwołującego w świetle powyższego należy uznać, że z dniem 23 kwietnia 2024 r. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania w ramach Mobilnej Stacji pojazdu z napędem na tylne koła wyłącznie pod warunkiem braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4. Termin składania ofert ostatecznie upłynął 15 maja 2024 r. We wskazanym terminie swoje oferty złożyło 4 wykonawców:

- IBKOL Sp. z o.o. („IBKOL"),
- Kenbit Sp. z o.o. („KENBIT"),
- Integrated Solutions, oraz
- Odwołujący.

Kolejno odwołujący wskazał, że na dzień składania ofert w postępowaniu wymagane treścią OPZ pojazdy z napędem 4x4 jak najbardziej były dostępne produkcyjnie. Według odwołującego o powyższym świadczy fakt zaoferowania takich pojazdów przez wszystkich pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. jego, KENBIT oraz IBKOL, co obrazuje poniższa tabela:

Nazwa oferenta	Zaoferowany pojazd / spełnienie parametru dot. napędu 4x4
IBKOL	Ford Transit MCA 2.0 New EcoBlue 165 KM AWD Van / napęd 4x4
KENBIT	Volkswagen Crafter SYCB 8Z, 2,0 TDI, 4motion / napęd 4x4
Odwołujący	MAN TGE 3.180 4x4, napęd 4x4

Odwołujący podniósł, że jedynym oferentem, który nie zaoferował pojazdu spełniającego wymóg posiadania napędu 4x4 było Integrated Solutions – zaoferowany został pojazd z napędem na tylne koła.

Odwołujący podniósł także, że pojazdy z napędem wymaganym przez zamawiającego (4x4) są, co do zasady, droższe niż pojazd zaoferowany przez Integrated Solutions (z napędem wyłącznie na tylne koła), a zatem wykonawca ten (postępując niezgodnie z SWZ) zaoferował Zamawiającemu rozwiązanie tańsze niż jego konkurenci.

Kolejno odwołujący wskazał, że 20 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Integrated Solutions w trybie art. 233 ust. 1 Pzp do przedstawienia wyjaśnień treści złożonej oferty, w tym w zakresie spełnienia wymogu zaoferowania pojazdu z napędem 4x4. Kolejno odwołujący wskazał, że w dniu 25 czerwca 2024 r. Integrated Solutions przedstawiło swoje wyjaśnienia. W kontekście zaoferowanego pojazdu i jego napędu wykonawca ten wyjaśnił, że przecież Zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylną oś w przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdu z napędem 4x4. W dalszej części, celem wykazania owego braku dostępności produkcyjnej Integrated Solutions wskazało:

 W momencie składania oferty Wykonawca nie miał dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4, która pozwalałaby na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności z zachowaniem terminów realizacji zamówienia i bez utraty gwarancji producenta pojazdów.

 (…) Wykonawca zwrócił się o oferty jedynie do firm specjalizujących się w zabudowach pojazdów dla służb zapewniających bezpieczeństwo państwa oraz bezpieczeństwo publiczne. (…)

 Spośród wyspecjalizowanych i sprawdzonych producentów jedynie firma Z. przedstawiła ofertę na zabudowę pojazdów zgodnie z warunkami zamówienia. (…)

 Firma Z. jest też producentem zabudów specjalnych, uprawnionym do dokonywania zabudowy bez utraty gwarancji producenta pojazdu. (...)

 Pojazdy z napędem 4x4 nie były jednak dostępne produkcyjnie u tego producenta w takim znaczeniu, że nie mógł on zaoferować realizacji dostawy, wraz z zabudową, w terminie umożliwiającym realizację zamówienia zgodnie z warunkami SWZ, tj. 12 miesięcy, na bazie pojazdu z napędem 4x4 i z tego względu dostawca ten zaoferował pojazd z napędem na tylną oś i takie rozwiązanie znalazło się w ofercie Wykonawcy.

Odwołujący wskazał także, że podsumowując, Integrated Solutions stwierdziło, że z uwagi na brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4, Wykonawca był uprawniony do zaoferowania pojazdu z napędem na tylną oś. Na potwierdzenie powyższego do wyjaśnień dołączono (i) oświadczenie Z. z 19 czerwca 2024 r. oraz (ii) ofertę Z. z 8 maja 2024 r. na dostarczenie pojazdu wraz z zabudową.

Według odwołującego w tym kontekście w szczególności warto zwrócić uwagę, na treść oświadczenia Z. złożonego 19 czerwca 2024 r. (tj. ponad miesiąc od upływu terminu składania ofert), w którym podmiot ten wskazuje:

 Jesteśmy producentem zabudów specjalnych m.in. na pojazdach marki Mercedes-Benz (…).

 (…) otrzymaliśmy informację od generalnego importera marki Mercedes-Benz na Polskę, tj. Mercedes-Benz Polska o braku dostępności w ofercie napędu 4x4 dla pojazdu Mercedes-Benz Sprinter do końca bieżącego roku, co praktycznie wyklucza ten typ pojazdu z oferty. (…) Dlatego też w naszej ofercie proponujemy pojazd Mercedes Sprinter 517 CDI z napędem na tylną oś. (…).

Zdaniem odwołującego, w świetle przedstawionego powyżej opisu stanu faktycznego należy stwierdzić, że wymagany w ramach Postępowania pojazd dla Mobilnej Stacji typu Furgon albo Van miał spełniać poniższe wymagania:

 posiadać napęd 4x4 albo

 posiadać napęd wyłącznie na tylne koła, pod warunkiem braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4.

Według odwołującego zamawiający nie dopuścił pojazdu z napędem na tylne koła jako równoważnego do pojazdu z

napędem 4x4. Byłoby to zupełnie nieuzasadnione, chociażby z punktu widzenia porównywalności ofert (zob. punkt 1.15 treści uzasadnienia niniejszego odwołania). Zdaniem odwołującego zamawiający jedynie, biorąc pod uwagę sygnalizowane przez jednego z wykonawców ryzyko braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 u producentów pojazdów bazowych (zob. punkt 1.6. treści uzasadnienia odwołania) oraz mając na uwadze strategiczny charakter zamówienia (zob. punkt 1.1. treści uzasadnienia odwołania) chciał się zabezpieczyć przed sytuacją niemożności nabycia produktu w pełni zgodnego z wymaganiami z OPZ.

Odwołujący argumentował, że nic w tym dziwnego, bowiem tego typu sytuacje zdarzały się w praktyce w przeszłości na rynku motoryzacyjnym. Dla przykładu odwołujący wymieniał następujące:

 Globalny niedobór półprzewodników (2020-2021) - w latach 2020-2021 branża

motoryzacyjna zmagała się z globalnym niedoborem półprzewodników, które są kluczowe dla produkcji nowoczesnych pojazdów, w tym samochodów 4x4. Ten kryzys miał wpływ na produkcję wielu modeli samochodów, prowadząc do opóźnień i wstrzymania produkcji w niektórych fabrykach. W rezultacie klienci musieli dłużej czekać na nowe pojazdy lub w ogóle nie mogli ich nabyć.

 Problemy z dostawami surowców i materiałów - w różnych okresach historycznych, takich jak wojny czy sankcje ekonomiczne, produkcja pojazdów 4x4 mogła być ograniczona z powodu niedoborów kluczowych surowców, jak stal, guma czy inne materiały niezbędne do produkcji.

 Pandemia COVID-19 (2020) - pandemia COVID-19 spowodowała czasowe zamknięcie wielu fabryk samochodowych na całym świecie, co spowodowało poważne zakłócenia w produkcji pojazdów, w tym pojazdów 4x4. Oprócz tego, przerwane łańcuchy dostaw oraz zmniejszona siła robocza przyczyniły się do opóźnień w produkcji i dostawach.

 Wzrost popytu - w pewnych okresach wzrost popytu na pojazdy 4x4, szczególnie na rynkach rozwijających się lub w specyficznych segmentach (np. pojazdy terenowe), mógł przekraczać możliwości produkcyjne, prowadząc do ich czasowej niedostępności.

Zdaniem odwołującego każda z tych sytuacji pokazuje, że brak dostępności produkcyjnej pojazdów 4x4 (oraz innych pojazdów) jest zjawiskiem, które może mieć różne przyczyny, wynikające zarówno z czynników wewnętrznych w branży motoryzacyjnej, jak i zewnętrznych zdarzeń globalnych. Nie budzi zatem wątpliwości, że Zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylne koła tylko w przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 rozumianej jako (zgodnie z kontekstem zadanego pytania, które doprowadziło do zmiany SWZ w tym zakresie – zob. punkt 1.6. treści uzasadnienia niniejszego odwołania) brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 producentów pojazdów bazowych. Według odwołującego chodziło tu o niemożność zaoferowania tego typu pojazdów przez wszystkich producentów (a nie jednego dowolnie wybranego) pojazdów bazowych (a nie producenta zabudowy na tych pojazdach) z powodu ograniczeń w produkcji.

Tymczasem, celem wykazania spełnienia warunku, od którego Zamawiający uzależnił możliwość zaoferowania pojazdu z napędem na tylne koła, Integrated Solutions powołało się na:

(i) własny brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 oraz

(ii) brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 firmy Z. będącej producentem zabudów specjalnych.

Zdaniem odwołującego wątpliwości w ogóle budzi prawdziwość stwierdzenia wskazanego w pkt (ii) powyżej, bowiem zgodnie z oświadczeniem Z. z 19 czerwca 2024 r. podmiot ten nie oświadczył o braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4, a jedynie o braku dostępności w ofercie Mercedes-Benz Polska napędu 4x4 dla pojazdu Mercedes-Benz Sprinter. Nie można przy tym wykluczyć, że w przypadku pojazdów Mercedes-Benz Sprinter w dniu 19 czerwca 2024 r., czy też w dniu 15 maja 2024 r. zaistniał brak dostępności produkcyjnej jednakże „brak dostępności produkcyjnej pojazdów Mercedes-Benz Sprinter z napędem 4x4" to nie to samo co „brak dostępności produkcyjnej jakiegokolwiek innego pojazdu spełniającego wymagania Zamawiającego z napędem 4x4".

Odwołujący argumentował, że nigdzie w dokumentach zamówienia Zamawiający nie wymagał zaoferowania mu pojazdu Mercedes-Benz Sprinter, ani żadnego innego pojazdu marki Mercedes-Benz. Tym samym, nawet chwilowy brak dostępności pojazdu Mercedes-Benz Sprinter (i to nie wiadomo na którą datę – czy na datę składania ofert tj. 15 maja 2024 r., czy na datę złożenia oświadczenia Z. tj. 19 czerwca 2024 r.) nie skutkował umożliwieniem zaoferowania pojazdu z innym napędem niż oczekiwany przez Zamawiającego w pierwszej kolejności.

Zdaniem odwołującego oczywistym jest, że nie wszyscy producenci w danej chwili mogą posiadać pełną dostępność produkcyjną swoich pojazdów. W tym sensie, nawet jeżeli w dniu składania ofert nie było możliwe zaoferowanie Zamawiającemu pojazdu marki Mercedes-Benz, to nic nie stało na przeszkodzie, aby Integrated Solutions (w związku z dostępnością produkcyjną innych pojazdów spełniających wymagania Zamawiającego) zaoferował pojazd innej marki, spełniający także wymóg posiadania napędu 4x4, jak uczynili to wszyscy pozostali oferenci biorący udział w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że na podstawie pozyskanych ofert przed dniem terminu składania ofert w Postępowaniu może potwierdzić, że pojazdy z napędem 4x4 spełniające wymagania Zamawiającego były jak najbardziej dostępne produkcyjnie. Zdaniem odwołującego Integrated Solutions nawet nie kryje faktu, że w ogóle podmiot ten nie dokonał w tym zakresie rozeznania, bowiem zwrócił się o oferty jedynie do firm specjalizujących się w zabudowach pojazdów i to

jeszcze wyłącznie tych, których uznał za „sprawdzonych”. W świetle powyższego, Integrated Solution zgodnie z brzmieniem OPZ nie mógł zaoferować Zamawiającemu pojazdu z napędem wyłącznie na tylne koła. W konsekwencji złożona przez Integrated Solutions oferta jest jednoznacznie sprzeczna z wymogiem zapewnienia dla Mobilnej Stacji pojazdu z napędem 4x4 i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Zdaniem odwołującego powyższe jest tym bardziej uzasadnione, że pozostali wykonawcy potwierdzili spełnienie omawianego wymagania Zamawiającego i złożyli zgodne z nim oferty. W konsekwencji, uznanie, że oferta Integrated Solutions pozostaje w zgodzie z wymaganiami OPZ byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

Uprzedzając ewentualną argumentację drugiej strony, odwołujący podniósł, że zaistniałej w ofercie Integrated Solutions wadliwości nie można już na obecnym etapie postępowania poprawić w oparciu o mechanizmy prawne przewidziane w art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, z jednego zasadniczego powodu. Przywołany przepis prawa uprawnia bowiem Zamawiającego do poprawienia w ofercie wykonawcy jedynie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Odwołujący podkreślał, że za omyłkę nie można uznać zamierzonego działania wykonawcy. Jeżeli zatem wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy (a na to wskazują wprost przedstawione przez Integrated Solutions wyjaśnienia z 25 czerwca 2024 r.), to nie można takiej niezgodności uznać za omyłkę. Zdaniem odwołującego powyższa okoliczność ostatecznie już przekreśla możliwości konwalidowania oferty Integrated Solutions i czyni koniecznym jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego odwołania odwołujący, wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności, odwołujący wskazał na zaistnienie w takim wypadku niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku bowiem uznania, że zarówno oferta

Integrated Solutions (zawierająca pojazd z napędem wyłącznie na tylne koła), jak i oferty pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (zawierające pojazd z napędem 4x4) spełniają warunki zamówienia, będziemy mieli do czynienia z nieporównywalnością ofert. Odwołujący argumentował, że w przypadku napędu wyłącznie na tylne koła oraz napędu 4x4 nie można mówić w żadnym wypadku o równoważności, ani pod kątem technicznym (co jest oczywiste), ani kosztowym (pojazdy z napędem na tylne koła są tańsze od tożsamego typu z napędem 4x4). Skoro zatem zamawiający rzekomo dopuścił możliwość wyceny dwóch zupełnie odmiennych, nawzajem wykluczających się zakresów zamówienia, to oferty, w ramach których wykonawcy wycenili pojazd z napędem 4x4 (a wyłącznie do czego zdaniem odwołującego byli zobowiązani) nie mogą być porównywalne z ofertą Integrated Solutions, w ramach której ujęto pojazd z napędem na tylne koła. Odwołujący argumentował, że w przypadku zatem oddalenia zarzutu głównego odwołania, Izba powinna szczegółowo zbadać kwestię zaistnienia w postępowaniu wady dotyczącej niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Przy czym odwołujący wskazał, że na tym etapie postępowania wada ta nie może być usunięta, z uwagi na zakaz zmiany treści SWZ po upływie terminu składania ofert (a contrario art. 137 ust. 1 Pzp). W takiej sytuacji zatem postępowanie powinno podlegać unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6) Pzp, a czego zamawiający zaniechał.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Integrated Solutions sp. z o. o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 99 ust. 1 Pzp stanowi, że Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Art. 255 pkt 6 Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i wykonanie Systemu Monitorowania Stanu Środowiska Elektromagnetycznego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji zawiera Załącznik Nr 6 do

SWZ – Opis przedmiotu zamówienia. Opis ten należy odczytywać wraz ze zmianami treści SWZ będącymi np. wynikiem udzielonych odpowiedzi na zapytania Wykonawców. (por. rozdział III pkt 2 i 3 SWZ).

Kolejno ustalono, że w myśl załącznika nr 6 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) elementem przedmiotu zamówienia była m.in. Mobilna stacja monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego. zamawiający wymagał, aby Mobilna stacja monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego spełniała wymóg:

Skrzynia biegów/ napęd	1. Manualna lub automatyczna skrzynia biegów posiadająca nie mniej niż 5 przełożeń do jazdy do przodu i nie mniej niż jedno przełożenie do jazdy do tyłu. 2. Napęd na cztery koła.

Kolejno ustalono, że w dniu 23 kwietnia 2024 r. zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SWZ.

Wniosek nr 3 z dnia 22.04.2024 r.:

Czy z uwagi na brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 przed producentów pojazdów bazowych, Zamawiający dopuści do zaoferowania pojazd z napędem 4x2 (napęd na tylne koła)?

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia:

W przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przez Wykonawcę pojazdu z napędem na tylne koła.

(por. odpowiedzi na pytania z dnia 23 kwietnia 2024 r., w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w dniu 26 kwietnia 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji załącznika nr 6 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia), w wyniku której zamawiający wymagał, aby Mobilna stacja monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego spełniała wymóg:

Skrzynia biegów/ napęd	1. Manualna lub automatyczna skrzynia biegów posiadająca nie mniej niż 5 przełożeń do jazdy do przodu i nie mniej niż jedno przełożenie do jazdy do tyłu. 2. Preferowany napęd na cztery koła. W przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 Zamawiający dopuszcza możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylne koła.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert, ofertę zamawiającemu złożyli zamawiającemu wykonawcy: IBKOL Sp. z o.o., odwołujący, przystępujący, KENBIT sp. z o.o. (por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że wykonawcy zaoferowali zamawiającemu:

Nazwa oferenta	Zaoferowany pojazd / spełnienie parametru dot. napędu 4x4
IBKOL sp. z o.o.	Ford Transit MCA 2.0 New EcoBlue 165 KM AWD Van / napęd 4x4
KENBIT sp. z o.o.	Volkswagen Crafter SYCB 8Z, 2,0 TDI, 4motion / napęd 4x4
Odwołujący	MAN TGE 3.180 4x4, napęd 4x4
Przystępujący	Mercedes Sprinter 517, Napęd na tylne koła

(por. oferty wykonawców, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 20 czerwca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w związku z zarzutem wskazanym w odwołaniu odwołującego, w tym m.in. dotyczącego wątpliwości w zakresie spełniania przez ofertę przystępującego wymagań co do zapewnienia pojazdu z napędem na cztery koła dla mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego.

(por. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 25 czerwca 2024 r. W wyjaśnieniach tych wskazał m.in. co następuje:

Wykonawca oświadcza, że zaoferował samochód z napędem na tylną oś, gdyż było to dopuszczone w świetle odpowiedzi Zamawiającego nr 3 z dn. 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylną oś w przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdu z napędem 4x4.

W momencie składania oferty Wykonawca nie miał dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4, która pozwalałaby na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności z zachowaniem terminów realizacji zamówienia i bez utraty gwarancji producenta pojazdów.

Z uwagi na kluczowy charakter przedmiotu zamówienia dla bezpieczeństwa państwa, w szczególności z uwagi na napiętą sytuację geopolityczną, w tym przede wszystkim z uwagi na wojnę trwającą na Ukrainie, Wykonawca zwrócił się o oferty jedynie do firm specjalizujących się w zabudowach pojazdów dla służb zapewniających bezpieczeństwo państwa oraz bezpieczeństwo publiczne. Ze względów, o których mowa powyżej, w ocenie Wykonawcy, nierzetelne byłoby pozyskiwanie pojazdów od niesprawdzonych kooperantów, nie dających rękojmi wyprodukowania zabudów zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego.

Spośród wyspecjalizowanych i sprawdzonych producentów jedynie firma Z. przedstawiła ofertę na zabudowę pojazdów zgodnie z warunkami zamówienia. Firma Z. jest renomowanym dostawcą zabudów specjalnych na pojazdach dla instytucji związanych z bezpieczeństwem państwa i bezpieczeństwem publicznym takich jak Żandarmeria Wojskowa, Straż Graniczna, Służba Więzienna, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i wiele innych.

Firma Z. jest też producentem zabudów specjalnych, uprawnionym do dokonywania zabudowy bez utraty gwarancji producenta pojazdu. Jest to producent z którym Wykonawca od lat współpracuje i daje on rękojmię dostarczenia pojazdów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego.

Pojazdy z napędem 4x4 nie były jednak dostępne produkcyjnie u tego producenta w takim znaczeniu, że nie mógł on zaoferować realizacji dostawy, wraz z zabudową, w terminie

umożliwiającym realizację zamówienia zgodnie z warunkami SWZ, tj. 12 miesięcy, na bazie pojazdu z napędem 4x4 i z tego względu dostawca ten zaoferował pojazd z napędem na tylną oś i takie rozwiązanie znalazło się w ofercie Wykonawcy.

W związku z powyższym, zgodnie z warunkami zamówienia Wykonawca zaoferował pojazd z napędem na tylną oś, aby dostosować się do wymagań czasowych Zamawiającego, co było dopuszczalne w świetle odpowiedzi nr 3 z 22 kwietnia 2024 r.

Dowód: oświadczenie firmy Z. dotyczące braku dostępności pojazdów z napędem 4x4 w okresie umożliwiającym zabudowę w terminie określonym w warunkach zamówienia.

Dowód: oferta firmy Z. na dostarczenie pojazdu wraz z zabudową.

Wobec powyższego, opisana w treści uzasadnienia zarzutu rzekoma niezgodność z warunkami zamówienia, polegająca na nieuprawnionym zaoferowaniu pojazdu z napędem na tylną oś nie miała miejsca, gdyż, z uwagi na brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4, Wykonawca był uprawniony do zaoferowania pojazdu z napędem na tylną oś.

Do wyjaśnień załączono oświadczenie firmy Z. sp. z o.o. w Warszawie z dnia 19 czerwca 2024 r. W oświadczeniu tym wskazano, co następuje.

oświadczamy, że jesteśmy producentem zabudów specjalnych m.in. na pojazdach marki Mercedes-Benz z upoważnieniem do dokonywania zmian konstrukcyjnych w pojazdach z zachowaniem praw gwarancyjnych.

(…) otrzymaliśmy informację od generalnego importera marki Mercedes-Benz na Polskę, tj. Mercedes-Benz Polska o braku dostępności w ofercie napędu 4x4 dla pojazdu Mercedes-Benz Sprinter do końca bieżącego roku, co praktycznie wyklucza ten typ pojazdu z oferty. Brak jest informacji co do 2025 r. Tym bardziej, że na wykonanie przez nas zlecenia musimy doliczyć ok. 4 miesięcy na jego zabudowę.

Dlatego też w naszej ofercie proponujemy pojazd Mercedes Sprinter 517 CDI z napędem na tylną oś. (…).

Do wyjaśnień załączono także ofertę firmy Z. sp. z o.o. w Warszawie z dnia 8 maja 2024 r. na pojazd Mercedes -Benz Sprinter 517.

(por. wyjaśnienia przystępującego z dnia 25 czerwca 2024 r. z załącznikami, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 28 sierpnia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

(por. ww. zawiadomienie z dnia 28 sierpnia 2024 r., w aktach sprawy na nośniku

elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Izba oddaliła wniosek przystępującego o uznanie zarzutu głównego za spóźniony. W swym piśmie procesowym przystępujący podniósł, że podstawą wniesienia odwołania w ramach zarzutu głównego jest zaniechanie odrzucenia jego oferty z uwagi na jej niezgodność z dokumentami zamówienia. Zdaniem przystępującego takie zaniechanie należało identyfikować już 30 lipca 2024 r., kiedy zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (a więc wyłącznie z uwagi na ocenę wyjaśnień ceny oferty

przystępującego).

Wniosek przystępującego okazał się chybiony.

Izba stwierdziła, że 30 lipca 2024 r. oferta odwołującego miała status oferty wybranej jako najkorzystniejsza, a oferta przystępującego została przez zamawiającego odrzucona. W tej sytuacji odwołujący nie wykazałby przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomiką postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny

ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych czy już odrzuconych z innych powodów niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej.

Zdaniem izby, dopiero gdy w wyniku powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego utraciła status najkorzystniejszej, a taki status uzyskała oferta przystępującego, odwołującemu przysługuje legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż dopiero teraz mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wielokrotnie wcześniej w orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok KIO sygn. akt 1374/19, wyrok KIO sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16, wyrok KIO 183/16, wyrok KIO sygn. akt: KIO 245/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 305/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 2777/13, wyrok KIO sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/12, wyrok KIO sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20, wyrok KIO sygn. akt 498/21).

Stanowisko to jest prezentowane także w orzecznictwie sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzecznictwem Izby. Jak wskazał Sad Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejsza, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o odstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C".

Wobec powyższego zarzut główny nie mógł zostać uznany za spóźniony.

Odwołanie okazało się zasadne.

Zamawiający pierwotnie wymagał, aby zamawiana mobilna stacja była dostarczona na pojeździe typu Furgon albo Van wskazując również szereg szczegółowych wymagań. Wśród nich znalazł się m.in. wymóg, aby stacja ta była dostarczona na pojeździe posiadającym napęd na cztery koła:

Skrzynia biegów/Napęd	1. Manualna lub automatyczna skrzynia biegów posiadająca nie mniej niż 5 przełożeń do jazdy do przodu i nie mniej niż jedno przełożenie do jazdy do tyłu 2. Napęd na cztery koła.

23 kwietnia 2024 r. zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania dotyczące SWZ. Wśród nich znalazła się również odpowiedź na pytanie nr 3.

Wniosek nr 3 z dnia 22.04.2024 r.:

Czy z uwagi na brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 przed producentów pojazdów bazowych, Zamawiający dopuści do zaoferowania pojazd z napędem 4x2 (napęd na tylne koła)?

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia:

W przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przez Wykonawcę pojazdu z napędem na tylne koła.

Odpowiedź ta doprowadziła do zmiany SWZ z 26 kwietnia 2024 r., w wyniku której omawiane wymaganie otrzymało brzmienie:

Skrzynia biegów/Napęd	1. Manualna lub automatyczna skrzynia biegów posiadająca nie mniej niż 5 przełożeń do jazdy do przodu i nie mniej niż jedno przełożenie do jazdy do tyłu 2. Preferowany napęd na cztery koła. W przypadku braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 Zamawiający dopuszcza możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylne koła.

Spór pomiędzy stronami wymagał przede wszystkim dokonania wykładni postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Jak wynikało z przytoczonych wyżej postanowień pierwotnej specyfikacji warunków zamówienia zamawiający bezwzględnie wymagał, aby mobilna stacja była dostarczona na

pojeździe typu Furgon albo Van wyposażonym w napęd 4 x 4. W trakcie postępowania jeden z wykonawców zadał pytanie dotyczące tego wymogu. Dokładna analiza pytania prowadziła do wniosku, że celem pytającego wykonawcy było bezwarunkowe dopuszczenie możliwości zaoferowania pojazdów z napędem na tylne koła. Świadczyła o tym treść pytania: Czy z uwagi na brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 przed producentów pojazdów bazowych, Zamawiający dopuści do zaoferowania pojazd z napędem 4x2 (napęd na tylne koła)?

Jednakże zamawiający udzielił odpowiedzi, która nie umożliwiła wykonawcom bezwarunkowo zaoferowania pojazdów z napędem na tylne koła. Analiza odpowiedzi na pytanie i zmienionej treści SWZ prowadziła do wniosku, że możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylne koła zamawiający ograniczył wyłącznie do sytuacji braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4.

Zdaniem izby postanowienia zdania pierwszego i zdania drugiego zmienionej SWZ należało poddać łącznej interpretacji. W szczególności słowo „preferowany", którego zamawiający użył w zdaniu pierwszym w odniesieniu do napędu na cztery koła oznaczało, że w przypadku tego napędu wykonawca był uprawiony do jego zaoferowania bezwarunkowo. Natomiast w przypadku pojazdu z napędem na tylne koła, możliwość jego zaoferowania została ograniczona jedynie do sytuacji braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4. Wobec powyższego należało uznać, że właśnie w tym wyrażała się preferencja zamawiającego dla pojazdu z napędem na cztery koła. Zamawiający nie dopuścił jednak pojazdu z napędem na tylne koła jako równoważnego do pojazdu z napędem 4x4.

W dalszej kolejności należało dokonać wykładni warunku, od zaistnienia którego zamawiający uzależnił możliwość wykorzystania pojazdu z napędem na tylne koła. Jak wskazano wcześniej, możliwość taka została ograniczona wyłącznie do sytuacji braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4. Literalna wykładnia postanowienia prowadziła po pierwsze do wniosku, że zamawiający posłużył się w postanowieniu liczbą mnogą „pojazdów", a nie liczbą pojedynczą „pojazdu". W konsekwencji należało przyjąć, że niedostępność produkcyjna jednego pojazdu z napędem na cztery koła, wybranego przez wykonawcę spośród całej gamy takich pojazdów dostępnych na rynku, była niewystarczająca.

Również wykładnia celowościowa udzielonej odpowiedzi i dokonanej w ślad za nią zmiany SWZ wskazywała na konieczność takiej interpretacji spornego wymogu. Jak już wcześniej wyjaśniono, zadający pytanie zamierzał doprowadzić do sytuacji, w której zaoferowanie pojazdu z napędem na tylne koła byłoby możliwe bezwarunkowo. Zamawiający nie zgodził się jednak na tę sugestię, gdyż przesądził, że preferował będzie pojazd z napędem 4 x 4, a możliwość zaoferowania pojazdu z napędem na tylne koła ograniczył do opisanej

przez siebie sytuacji. Należało się zastanowić, jaki był cel udzielonej odpowiedzi i dokonanej modyfikacji. Zdaniem izby skoro zamawiający pozostawił preferencje dla napędu 4 x 4, to ewidentnie zamierzał jedynie zapobiec sytuacji, w której z uwagi na brak generalnej dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4, nie będzie możliwości złożenia jakiejkolwiek oferty. Jednocześnie w odpowiedzi i zmienionej SWZ zamawiający nie wskazał, że chodzi o niedostępność produkcyjną jednego pojazdu wybranego przez wykonawcę spośród całej gamy pojazdów dostępnych na rynku. Nie chodziło także o niedostępność produkcyjną pojazdów z napędem 4x4 u kontrahentów, z którymi wykonawca współpracuje. Zamawiający, jak wskazano wcześniej, uzależnił tę możliwość od niedostępności produkcyjnej „pojazdów", używając słowa „pojazd" w liczbie mnogiej. Niedostępność zatem miała mieć charakter generalny i

obiektywny, a nie subiektywny i indywidualny.

Kolejno izba stwierdziła, że na dzień składania ofert pojazdy z napędem 4x4, spełniające inne wymogi SWZ, były dostępne produkcyjnie. Świadczył o tym fakt zaoferowania takich pojazdów przez wszystkich bez wyjątku pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący zaoferował pojazd MAN TGE 3.180 4x4, napęd 4x4, wykonawca Kenbit sp. z o.o. pojazd Volkswagen Crafter SYCB 8Z, 2,0 TDI, 4motion / napęd 4x4, wykonawca Ibkol sp. z o.o. – pojazd Ford Transit MCA 2.0 New EcoBlue 165 KM AWD Van / napęd 4x4.

Jak słusznie wskazał przystępujący w swym piśmie procesowym, zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą żadnych środków dowodowych celem wykazania braku dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 na wypadek zaoferowania pojazdu z napędem jedynie na tylne koła. Powyższe nie oznaczało jednak, że w razie wątpliwości co do spełniania tego warunku, kwestia ta nie powinna być przedmiotem wyjaśnień. Ponieważ na dzień składania ofert pojazdy z napędem 4x4, spełniające inne wymogi SWZ, były dostępne produkcyjnie, co można było ustalić w oparciu o oferty złożone przez konkurentów przystępującego, a mimo to przystępujący zaoferował pojazd z napędem jedynie na tylne koła, zamawiający prawidłowo wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Analiza wyjaśnień przystępującego prowadziła jednak do wniosku, że przystępujący nie odnosił się w nich do kwestii braku dostępności produkcyjnej pojazdów, lecz do własnej niedostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4 x 4. Świadczyło o tym sformułowanie: W momencie składania oferty Wykonawca nie miał dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4, która pozwalałaby na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności z zachowaniem terminów realizacji zamówienia i bez utraty gwarancji producenta pojazdów.

W swych wyjaśnieniach przystępujący powołał się także na brak dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4x4 w firmie Z. sp. z o.o. będącej producentem zabudów specjalnych. Ponadto, jak wynikało z załącznika do wyjaśnień przystępującego firma Z., referowała jedynie do braku dostępności w ofercie do końca bieżącego roku napędu 4x4 wyłącznie dla pojazdu Mercedes-Benz Sprinter.

Dodatkowo, na etapie rozprawy przystępujący złożył następujące dowody:

1) korespondencja z producentem pojazdów specjalnych Szczęśniak Pojazdy Specjalne sp. z o.o. z dnia 26 września 2024 r.,

2) korespondencja z producentem pojazdów specjalnych WISS Samochody Specjalne sp. z o.o. z dnia 25 września 2024 r.,

3) korespondencja z producentem pojazdów specjalnych AMZ Kutno S.A.

W dwóch pierwszych dowodach jako powód odmowy podano brak możliwości zrealizowania zabudowy specjalnej na podwoziu 4x4 dla bliżej niezidentyfikowanego pojazdu. Jednakże, w przypadku tych dowodów wątpliwości co do ich wiarygodności wzbudzał fakt, że pochodziły z okresu po terminie składania ofert. Z kolei w trzecim dowodzie, jako powód podano zbytnie obłożenie kontrahenta inną produkcją, a nie brak dostępności produkcyjnej bliżej niezidentyfikowanego pojazdu z napędem 4x4. Zdaniem izby w oparciu o ww. dowody przystępujący zdołał co najwyżej wykazać dodatkowo, że zwracał się z prośbą o złożenie oferty również do ww. kontrahentów, jednakże firmy te nie były w stanie złożyć mu oferty.

Przystępujący złożył także na rozprawie oświadczenie firmy Z. sp. z o.o. z 24 września 2024 r., z którego wynikało, że jedynym pojazdem z gamy pojazdów dostawczych oferowanej przez Mercedes-Benz spełniającym minimalne wymagania OPZ i SWZ jest Mercedes-Benz Sprinter. Dodatkowo przystępujący złożył w charakterze dowodu korespondencję z przedstawicielem Mercedes-Benz M. P. z 8 maja 2024 r. oraz 17 września 2024 r. W oparciu o te dowody przystępujący wykazał jedynie, że wyłącznie w odniesieniu do pojazdu Mercedes Benz Sprinter w wersji z napędem 4x4 brak było jego dostępności produkcyjnej.

Wyjaśnienia i dowody złożone przez przystępującego w toku postępowania przed zamawiającym, uzupełnione dodatkowo o dowody złożone przez niego na rozprawie, nie świadczyły jednak o braku generalnej i obiektywnej dostępności produkcyjnej pojazdów z napędem 4 x 4 spełniających wymogi OPZ. Okoliczność przeciwna wynikała bowiem z treści ofert pozostałych wykonawców, którzy takie pojazdy zaoferowali. Dowody przedstawione przez przystępującego świadczyły zatem jedynie o niedostępności produkcyjnej pojazdu Mercedes Benz Sprinter w wersji z napędem 4x4. Powyższe nie uprawniało jednak przystępującego do zaoferowania stacji na bazie pojazdu z napędem jedynie na tylne koła.

W konsekwencji izba stwierdziła, że zamawiający z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego i wybrał tę ofertę jako

najkorzystniejszą pomimo niespełnienia warunku co do zaoferowania pojazdu z napędem na tylne koła.

Tym samym zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 16 Pzp. Zdaniem izby godzi w tę zasadę odstąpienie od egzekwowania wobec jednego z wykonawców wyraźnych wymagań specyfikacji na etapie badania i oceny ofert. Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby zamawiający przestrzegał postanowień specyfikacji wiążących zarówno jego samego jak i wykonawców. Co więcej, odstępowanie od egzekwowania niektórych wymagań na etapie badania i oceny ofert zaprzecza także zasadzie równego traktowania

wobec wykonawców, którzy z uwagi na niespełnienie wymogu nie zdecydowali się ofertować w postępowaniu. W sytuacji gdyby jednak wiedzieli, że wymogu takiego nie ma, być może byliby w stanie złożyć zamawiającemu ofertę.

Zdaniem izby bez znaczenia okazała się okoliczność, że gdyby przystępujący miał możliwość i zaoferował pojazd Mercedes Benz Sprinter w wersji z napędem 4x4, to skutkowałoby to zwiększeniem ceny ofertowej jedynie o około 60 tysięcy złotych i w tej sytuacji jego oferta byłaby w dalszym ciągu korzystniejsza od oferty odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert. Powyższe wynikało ze złożonych przez przystępującego dowodów: korespondencji mejlowej z firmą Z. sp. z o.o. z dnia 26 września 2024 r. oraz symulacji punktacji postępowania (dowody nr 8 i nr 9 złożone przez przystępującego na rozprawie).

Jak wskazano wcześniej, przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucać oferty niezgodne z warunkami zamówienia, co jest także przejawem egzekwowania zasady równego traktowania wykonawców. Zdaniem izby oferta przystępującego nie podlega poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika z powołanego przepisu możliwość skorzystania z jego dobrodziejstwa dotyczy „omyłek" polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Za omyłkę w rozumieniu tego przepisu nie można uznać sytuacji, w której wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy. Ponadto poprawa oferty przystępującego doprowadziłaby do jej istotnej zmiany. W wyniku poprawy omyłki przystępujący musiałby dostarczyć zamawiającemu całkowicie inny pojazd, niż będący przedmiotem jego oferty. Jak wskazuje się zaś w orzecznictwie TSUE zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów. TSUE stwierdził także, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). (por. wyrok Trybunału dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16). Wobec powyższego izba stwierdziła, że okoliczności wykazane przez

przystępującego dowodami nr 8 i 9 nie mogły sanować treści jego oferty na zasadzie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że zasadny okazał się zarzut główny, to jest zarzut naruszania art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Wobec potwierdzenia się zarzutu głównego brak było podstaw do rozpoznawania przez izbę zarzutu ewentualnego. Jak wynikało bowiem z treści odwołania, zarzut ten został postawiony przez odwołującego wyłącznie na wypadek uznania przez izbę, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, 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). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego i wybrał ja jako najkorzystniejszą.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty z załącznikiem nr 6 do SWZ, w części dotyczącej napędu pojazdu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada

odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..…