Sygn. akt: KIO 643/16

WYROK
z dnia 10 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek-Bujak
Marzena Ordysińska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **25 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Porsche Inter Auto Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w **Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Biuro Ochrony Rządu** z siedzibą w **Warszawie**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Auto Fus T. Fus Sp. j.** z siedzibą w **Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Porsche Inter Auto Polska Sp. z o.o.** z siedzibą 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 **Porsche Inter Auto Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w **Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Porsche Inter Auto Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w **Warszawie** na rzecz zamawiającego **Biuro Ochrony Rządu** z siedzibą w **Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące złotych 00 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

……

……..

Sygn. akt KIO 643/16

Uzasadnienie

Zamawiający - Biuro Ochrony Rządu ul. Podchorążych 38 00-463 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 20 sztuk samochodów osobowych, nr sprawy 1/2016/ZP, ogłoszenie z dnia 16 stycznia 2016 roku, numer 2016/S 011-014858.

Odwołujący - Porsche Inter Auto Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego:
- wyboru oferty najkorzystniejszej tj. wyboru oferty numer 1 Wykonawcy Auto Fus T. Fus spółka jawna z siedzibą w Warszawie (04-175) ul. Ostrobramska 73.
- zaniechania odrzucenia oferty numer 1 Wykonawcy Auto Fus T. Fus spółka jawna, jako nieodpowiadającej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Auto Fus T. Fus sj. z siedzibą w Warszawie w sytuacji, gdy treść tej oferty nie odpowiada treści siwz, w tym załącznika numer 1a i 4, a w szczególności oferta przewiduje ograniczenia w zakresie czynności serwisowych zarówno co do rodzaju tych czynności jak również uzależnia serwis od limitu przebiegu kilometrów, podczas gdy zgodnie ze specyfikacją wykonawca winien zaoferować bezwarunkowe i nielimitowane usługi serwisowe w okresie udzielonej gwarancji.
Na podstawie art. 192 ust. 3 punkt 1 ustawy pzp wnosi o uwzględnienie odwołania Porsche Inter Auto Polska sp. z o.o. i nakazanie Zamawiającemu:
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty Auto Fus T. Fus spółka jawna z siedzibą w Warszawie,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- wybór oferty Porsche Inter Auto Polska spółka z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.
Naruszenie przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i doprowadziło do nieprawidłowego wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna była zostać odrzucona.
W przypadku odrzucenia przez Zamawiającego oferty Auto Fus T. Fus sp. j. - niezgodnej z treścią siwz, oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W postępowaniu zostały złożone oferty trzech Wykonawców: Auto Fus T. Fus spółka jawna z siedzibą w Warszawie, Zeszuta spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Porsche Inter Auto Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie.
Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 30 marca 2016 roku unieważniła czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. Porsche Inter Auto Polska sp. z o.o., unieważniła czynność odrzucenia ofert Auto Fus T. Fus spółka jawna, nakazała wezwanie Auto Fus T. Fus sj. do złożenia wyjaśnień do treści oferty oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 8 kwietnia 2016 roku Zamawiający wezwał Auto Fus T. Fus sp. j. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty zgodnie z orzeczeniem Izby, a także dodatkowo wezwał do złożenia wyjaśnień odnośnie zakresu napraw i obsług w zaoferowanym okresie gwarancji mechanicznej. Auto Fus T. Fus sp. j. złożyło wyjaśnienia w piśmie z dnia 11 kwietnia 2016 roku.
Po ponownym rozpatrzeniu sprawy Biuro Ochrony Rządu wybrało jako najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy Auto Fus T. Fus sp. j., uznając, iż otrzymała ona maksymalną liczbę punktów — 100. Oferta wykonawcy Zeszuta sp. z o.o. otrzymała 71,93 punktów, zaś oferta Porsche Inter Auto Polska sp. z o.o. otrzymała 81,52 punktów.
Postępowanie Biura Ochrony Rządu należy uznać za nieprawidłowe, przez wzgląd na poniższe:
W ocenie Odwołującego oferta złożona przez Auto Fus T. Fus sp. j. nie odpowiada treści siwz w zakresie dotyczącym oczekiwanych przez Zamawiającego obsług i napraw serwisowych w okresie obowiązywania gwarancji. W związku z powyższym Zamawiający winien odrzucić ofertę Auto Fus T. Fus sp. j. i dokonać wyboru oferty Odwołującego — jako najkorzystniejszej.
Oczekiwania Zamawiającego wyrażone w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - w zakresie napraw i obsług serwisowych.
W wyżej wskazanym zakresie Zamawiający określił swoje wymagania w siwz, w stanowiących jej integralną część załącznikach: numer 1a — parametry techniczne samochodu osobowego oraz numer 4 — Wzór Umowy.
Punktem wyjścia do dalszych wywodów jest wskazanie, że zgodnie z § 1 ust. 3 Wzoru Umowy Wykonawca gwarantuje, że samochody są wolne od wad konstrukcyjnych, materiałowych, wykonawczych i prawnych oraz spełniają warunki, o których mowa w ustawie Prawo o ruchu drogowym i przepisach wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy.
Jak wynika natomiast z § 6 ustęp 6 Wzoru Umowy Zamawiający oczekuje, że przez cały

---

okres na który zostanie udzielona gwarancja stan określony wyżej zostanie utrzymany kosztem i staraniem Wykonawcy. Jedynym wyłączeniem tego obowiązku jest okoliczność, że

stan pojazdu zostanie pogorszony na skutek nieprawidłowej eksploatacji.
Zgodnie z punktem 75 załącznika numer 1a do SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do wykonania postanowień gwarancyjnych i serwisowych na własny koszt; koszty uwzględniają również użyte w wyżej wskazanych czynnościach materiały niezbędne do ich prawidłowego wykonania.
Prowadzi to do wniosku, że zgodnie z siwz Zamawiający oczekuje zarówno świadczeń o charakterze gwarancyjnym jak i serwisowym, co znajduje potwierdzenie w treści § 6 Wzoru Umowy.
W pierwszych pięciu ustępach § 6 Wzoru Umowy Wykonawca składa oświadczenia o okresie objęcia gwarancją poszczególnych elementów pojazdów, zaś zgodnie z § 6 ustęp 6 zdanie tegoż Wzoru Umowy Wykonawca w okresie trwania gwarancji na własny koszt wykona wszystkie czynności serwisowe niezbędne do przywrócenia sprawności i stanu technicznego określonego w § 1 ustęp 3, z uwzględnieniem stanu wyeksploatowania samochodów określonych w § 1. To postanowienie umowne przewiduje też, iż koszty (poniesione przez Wykonawcę) uwzględniają również użyte w wyżej wskazanych czynnościach materiały niezbędne do ich prawidłowego wykonania.
Oznacza to, że Zamawiający oczekuje zarówno świadczeń o charakterze gwarancyjnym (usunięcie wad, usterek) jak i serwisowych, związanych z bieżącą eksploatacją i normalnym zużyciem eksploatacyjnym. Zamawiający oczekuje, że Wykonawca będzie podejmował na własny koszt w okresie gwarancji wszelkie czynności serwisowe tak, aby przez cały ten okres pojazdy spełniały warunki dopuszczenia do poruszania się na drogach publicznych, o których mowa w ustawie Prawo o ruchu drogowym i przepisach wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy.
Tytułem przykładu należy wskazano, że § 2 ust. 1 pkt 3 c i e Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa I Gospodarki Morskiej z dnia 26 czerwca 2012 roku w sprawie zakresu i sposobu przeprowadzania badań technicznych pojazdów oraz wzorów dokumentów stosowanych przy tych badaniach (wydane na podstawie art. 81 ust. 15 ustawy - Prawo o ruchu drogowym — czyli akty o których mowa w § 1 ust. 3 Wzoru Umowy) okresowe badanie techniczne pojazdu obejmuje sprawdzenie i ocenę prawidłowości działania poszczególnych zespołów i układów pojazdu, w szczególności pod względem bezpieczeństwa jazdy i ochrony środowiska, w tym m.in. sprawdzenie i ocenę stanu technicznego, skuteczności i równomierności działania hamulców oraz stanu technicznego zawieszenia. Mając na uwadze wytyczne, usterki o charakterze eksploatacyjnym ujawnione w trakcie przeprowadzania badania technicznego mogą dyskwalifikować pojazd z jego

---

używania w ruchu drogowym, czyli w przypadku braku serwisowania w okresie gwarancji nie zostanie spełniony warunek o którym mowa w paragrafie 1 ustępie 3 Wzoru Umowy.
Odwołujący nie ma wątpliwości, że tak sformułowane oczekiwania nie dopuszczają do złożenia oferty ograniczonej przedmiotowo lub warunkowanej limitem kilometrów.
Powyższe określenie wymagań SIWZ znajduje również potwierdzenie w poniżej wskazanych wyjaśnieniach treści SIWZ.
W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 22 lutego 2016 roku Zamawiający wskazał, że „wykonanie czynności obsługowo - naprawczych w okresie udzielonej gwarancji mechanicznej leży po stronie Wykonawcy, z wyłączeniem uszkodzeń powstałych w wyniku w wyniku niewłaściwej eksploatacji.”
Z wyjaśnień Zamawiającego treści SIWZ z dnia 5 lutego 2016 roku, udzielonych na zapytanie m.in. w przedmiocie tego czy w ramach gwarancji Zamawiający wymaga bezpłatnej wymiany szyby stłuczonej np. w wyniku uderzenia kamienia, czy zwierzęcia, Zamawiający wyjaśnił także, że gwarancja winna obejmować wszystkie wady i uszkodzenia oraz, że powołując się na § 6 ustęp 6 Wzoru Umowy w okresie gwarancji Wykonawca jest zobowiązany do wykonania na własny koszt wszystkich czynności serwisowych niezbędnych do przywrócenia sprawności i stanu technicznego pojazdu.

Treść oferty Auto Fus T. Fus sp. j. w zakresie napraw i obsług serwisowych.

Oferta Auto Fus T. Fus sp. j. zawiera uwarunkowania i ograniczenia, sprzeczne z wyżej wskazanymi treściami siwz. W punkcie 6 oferty złożonej przez Auto Fus T. Fus sp. j. zawarte jest oświadczenie wskazujące, zgodnie z oczekiwanym przez Zamawiającego podziałem, na czynności gwarancyjne i serwisowe w ten sposób, iż podpunkty a) — e) wskazują na odpowiednie czynności gwarancyjne, zaś podpunkt f) dotyczy czynności serwisowych.
We wspomnianym wyżej podpunkcie f) punktu 6 Oferty Auto Fus T. Fus sp. j. wskazany został Pakiet Serwisowy BMW Service Inclusive Plus 07UB (zwany dalej „Pakietem”) — z

ograniczeniem na okres 6 lat lub 120.000 km, zależnie, co nastąpi pierwsze. Dodatkowo załącznikami do oferty są dokumenty — Gwarancja, i Zakres Usług BMW Service Inclusive Plus, Zakres Usług BMW Repair Inclusive, które zawierają ograniczenia przedmiotowe oraz precyzują zakres czynności serwisowych świadczonych w ramach Pakietu.
W załączonym jako część oferty dokumencie gwarancji Wykonawca przewidział szereg ograniczeń, między innymi w punkcie 7 i 8, gdzie wskazano, że:
„7. Gwarancja nie obejmuje: a) normalnego zużycia podzespołów pojazdu związanych ze starzeniem się pojazdu takich jak: wytarcie, odkształcenie, naturalne odbarwienie, zmiany faktury tapicerki tekstylnej i skórzanej, korozji powierzchniowej elementów innych niż zewnętrzne elementy nadwozia, a w szczególności układów wydechowych, elementów zawieszenia oraz innych niezabezpieczonych elementów pojazdu, b) uszkodzeń powstałych na skutek użytkowania pojazdu w sposób niezgodny z Instrukcją Obsługi pojazdu

---

oraz wypadków losowych (kolizje drogowe, pożar, kradzież, włamanie itp-). c) uszkodzeń oraz korozji powierzchni nadwozia spowodowanych przez środowisko takich jak: odpady agresywne, kwaśne deszcze, żywice drzew, ptasie odchody itp.) grad, kamienie, sól, wyładowania atmosferyczne, powodzie itp., d) kosztów standardowej obsługi przeprowadzonej przez Dealera BMW, czynności i regulacyjnych programowania sterowników wykonywanych zgodnie z Systemem Przeglądów Technicznych producenta pojazdu, jak również kosztów materiałów eksploatacyjnych.
8. Gwarancja nie obejmuje również:
a) uszkodzeń opon, w które oryginalnie został wyposażony nowy pojazd (opony są objęte gwarancją producenta opon udzieloną na okres wskazany przez producenta opon),
b) perforacji nadwozia pojazdu (nadwozie pojazdu jest objęte gwarancją producenta pojazdu udzieloną na okres 12 lat, pod warunkiem dokonywania każdorazowo odpłatnych napraw powłoki lakierniczej zalecanych podczas okresowych przeglądów technicznych pojazdu przez Dealerów BMW).
Pakiet serwisowy BMW Service Inclusive Plus 07UB, stanowiący część oferty, przewiduje jedynie wymienione tam usługi sprowadzające się w istocie do przeglądów (serwis olejowy, wymiana mikrofiltra, filtra paliwa, filtra powietrza i świec zapłonowych), wymiany płynu hamulcowego, przeglądu pojazdu w zakresie zgodnym z KSD oraz dodatkowe prace serwisowe określone w instrukcji serwisowej oraz wymiany części (przednich i tylnych klocków hamulcowych, przednich i tylnych tarcz hamulcowych, sprzęgła, piór wycieraczek).
Z dokumentu Zakres Usług BMW Repair Inclusive wynika, iż Pakiet Naprawczy BMW nie obejmuje normalnego zużycia podzespołów pojazdu związanych ze starzeniem się pojazdu oraz jego przebiegiem, takich jak:
- uszkodzeń lakieru, osłon, paneli, elementów szklanych oraz korozji powierzchniowej takich elementów jak układ wydechowy, elementy zawieszenia, układu hamulcowego itp.,- wytarcia, odkształcenia, naturalnego odbarwienia, zmiany faktury tapicerki i elementów wewnętrznego wyposażenia samochodu itp., - normalnego zużycia akumulatorów rozruchowych, - opon oraz wyważania i uszkodzenia kół.
Pakiet Naprawczy BMW nie obejmuje również: naprawy uszkodzeń powstałych na skutek użytkowania pojazdu w sposób niezgodny z Instrukcją. Obsługi pojazdu oraz wypadków losowych (kolizje drogowe, pożar, kradzież, włamanie itp.) oraz uszkodzeń za które odpowiedzialny jest użytkownik pojazdu (np. usterki z powodowane zanieczyszczeniami w układzie paliwa), kosztów standardowej obsługi przeprowadzonej przez Dealera BMW, czynności regulacyjnych i programowania sterowników wykonywanych zgodnie z Systemem Przeglądów Technicznych producenta pojazdu, jak również kosztów materiałów eksploatacyjnych, naprawy akcesoriów niezamontowanych fabrycznie.

Jak wynika z powyższego gwarancja nie obejmuje chociażby elementów układu hamulcowego i zawieszenia. Wskazać należy, iż rozporządzenie jw. Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej przewiduje, że zakres okresowego badania technicznego pojazdu i działania obejmuje sprawdzenie ocenę prawidłowości poszczególnych zespołów i układów w pojazdu, pod względem szczególności bezpieczeństwa jazdy i ochrony środowiska, w tym sprawdzenie i ocenę stanu technicznego, skuteczności i równomierności działania hamulców oraz stanu technicznego zawieszenia (§ 2 ustęp 1 punkt 3 litera c i e). W związku z powyższym ewentualne usterki w zakresie układu hamulcowego czy zawieszenia ujawnione w trakcie przeprowadzania badania technicznego

mogą dyskwalifikować pojazd z jego używania w ruchu drogowym.
Powyższe oznacza, że oferta złożona przez Auto Fus T. Fus sp. j. nie spełnia warunków wskazanych w § 6 ustęp 6 w związku z § 1 ustęp 3 Wzoru Umowy, w myśl których Wykonawca ma wykonać na własny koszt wszystkie czynności serwisowe niezbędne do przywrócenia sprawności i stanu technicznego określonego w przepisach Prawa o ruchu drogowym oraz przepisach wykonawczych do tej ustawy, a zatem we wskazanych wyżej rozporządzeniu. Oferowany Pakiet nie obejmuje także naprawy uszkodzeń powstałych na skutek wypadków losowych.
Przede wszystkim jednak, jak wynika z punktu 6 f) oferty Pakiet Serwisowy BMW Inclusive Plus 07UB zostanie udzielony na okres sześciu lat lub 120 tysięcy kilometrów, zależnie co nastąpi pierwsze.
W związku z powyższym ograniczeniem limitu kilometrów oraz dokumentami zawierającymi ograniczenia w czynnościach serwisowych, Zamawiający powziął uzasadnioną wątpliwość co do treści złożonej oferty, a w szczególności oferowanego zakresu obsług i napraw. W celu ustalenia treści oferty w tym zakresie, Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 8 kwietnia 2016 roku do Auto Fus T. Fus sp. j. o wyjaśnienia związane z obsługami i naprawami w okresie gwarancyjnym.
Ze złożonych przez Auto Fus T. Fus sp. j. w dniu -11 kwietnia 2016 roku wyjaśnień wynika, że "Pakiet Serwisowy BMW Service Plus 07UB", o którym mowa w punkcie 6 litera f) oferty (zwany w dalszej części niniejszego pisma "Pakietem"), nie ma związku z udzieloną gwarancją mechaniczną, lecz stanowi dodatkowy pakiet przeglądów serwisowo-eksploatacyjnych, przewidujący bezpłatną obsługę eksploatacyjną dostarczonych pojazdów przez 6 lat lub 120.000 km (zależnie, co nastąpi pierwsze).
Z wyjaśnień wynika, że Auto Fus T. Fus sp. j. deklaruje wykonanie wymaganej obsługi i napraw jedynie w zakresie objętym gwarancją. Tymczasem serwis nie jest gwarancją i zgodnie z ofertą tego Wykonawcy został ograniczony zarówno w zakresie limitu kilometrów jak i w zakresie przedmiotowym.

Z punktu widzenia niniejszej sprawy, a w szczególności oceny, czy oferta odpowiada treści siwz, najistotniejsze jest jednak precyzyjne wyjaśnienie przez Auto Fus T. Fus sp. j. stosunku pomiędzy zakresem czynności gwarancyjnych a czynnościami serwisowymi objętymi zaoferowanym Pakietem. Wynika z nich jednoznacznie, że Pakiet przewiduje wyłącznie obsługę eksploatacyjną pojazdów, nieobjęta udzieloną gwarancją.

Niezgodność treści oferty Auto Fus T. Fus sp. j. z treścią siwz.

Wyjaśnienia uzyskane przez Zamawiającego oznaczają wprost, że zgodnie z oświadczeniem Auto Fus T. Fus sp. j. zaoferowana gwarancja nie obejmuje czynności serwisowych wskazanych w Pakiecie — to jest w szczególności przeglądy, prace serwisowe, wymiany klocków lub tarcz hamulcowych, sprzęgła. Oznacza to niewątpliwie, że Auto Fus T. Fus sp. j. nie zaoferował napraw i obsług serwisowych oraz zapewnienia stosownych części na własny koszt w sposób pełny i bezwarunkowy (bez limitu kilometrów), tak jak oczekiwał tego Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Mając na względzie powyższe należy wskazać, że Zamawiający wymaga zapewnienia przez wykonawcę takiego serwisowania samochodów, które zapewni możliwość używania samochodów zgodnie z ich przeznaczeniem, warunkiem takiego korzystania jest pozytywna ocena okresowego badania technicznego, przez cały okres objęcia samochodów gwarancją, przy jednoczesnym wykonywaniu usług w ramach serwisu na koszt Wykonawcy.
Oznacza to, że bez żadnych wątpliwości i po uzyskaniu dodatkowy wyjaśnień oferta Auto Fus T. Fus sp. j. jako sprzeczna z treścią SIWZ powinna zostać odrzucona. Sprzeczność ta jest o tyle istotna, że dotyczy żywotnych i wprost wyartykułowanych interesów Zamawiającego — polegających na dysponowaniu przez cały okres gwarancyjny pojazdami w stanie technicznym wymaganym przepisami prawa i serwisowanymi w tym okresie bez ograniczeń na koszt Wykonawcy. Wobec powyższego jako zgodna z treścią siwz winna zostać wybrana oferta Odwołującego. Istotnym jest to, że Odwołujący kalkulując ofertę uwzględnił ponoszenie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego kosztów czynności serwisowych i utrzymania pojazdów w stanie zgodnym z przepisami prawa przez cały okres gwarancyjny.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca Auto Fus T. Fus sp. j. z siedzibą w Warszawie wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp jako wniesionego po upływie 10 dniowego termin

określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.
Wskazał, że wniesione dnia 25 kwietnia 2016 r. odwołanie jako podstawę faktyczną zarzutów podaje rzekomą niezgodność oferty przystępującego z treścią siwz. Odwołanie odnosi się jedynie do kwestii udzielonej przez przystępującego gwarancji mechanicznej na zespoły i

---

podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne i opiera się w tym zakresie wyłącznie na treści oferty przystępującego.
Przystępujący stwierdził, że odwołujący pomija fakt, że informację o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej przekazano wykonawcom już dnia 8 marca 2016 r. Dokonano wówczas wyboru oferty Porsche Inter Auto sp. z o.o. i sklasyfikowano na drugim miejscu ofertę Zeszuta sp. z o.o. i jednocześnie odrzucono ofertę Auto Fus T. Fus sp. j. z powodu niezgodności z siwz dot. Poz. 70 (brak wskazania producenta urządzeń sygnalizacji) oraz 76 (brak wskazania adresu punktu serwisowego) załącznika nr 1a do siwz. Od chwili przekazania powyższych wiadomości zainteresowanym wykonawcom, w tym odwołującemu biec rozpoczął termin na wniesienie ewentualnych odwołań na czynności badania i oceny ofert, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty lub zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy (w tym również z innych przyczyn niż wskazane w ww. decyzji z Nida 8 marca 2016 r.
Odwołanie w tym terminie wniósł przystępujący; zostało ono uwzględnione przez KIO wyrokiem z 30 marca 2016 sygn akt KIO 391/16 nakazującym zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień do treści ofert odnośnie pozycji 70 i 76 na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, a następnie przeprowadzenie ponownej oceny złożonych ofert. W wyniku nakazanych czynności zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.
Przystępujący podkreśla, że czynność badania ofert pod kątem zgodności z treścią siwz została zakończona 8 marca 2016 r. Wówczas bowiem zamawiający podał, że dwie z trzech złożonych ofert są zgodne z siwz i podlegają klasyfikacji punktowej, natomiast trzecia – przystępującego podlega odrzuceniu. Oznaczało to, że zamawiający nie dostrzega innych podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, w tym innych niezgodności z treścią siwz niż wskazane w informacji o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej.
Wobec powyższego termin na zakwestionowanie czynności badania i oceny ofert rozpoczął bieg 8 marca 2016 r. Obecne odwołanie należy uznać za spóźnione, bowiem dotyczy już wcześniej dokonanej czynności, jaką było uznanie oferty przystępującego za niezgodną z treścią siwz wyłącznie wskutek nieprawidłowości wypełnienia poz. 70 i 76 zał. 1a do siwz, a tym samym za zgodną z siwz w pozostałym zakresie.
Ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej nie ma przy tym znaczenia; ta czynności została podjęta w tramach wykonania wyroku KIO, zgodnie z którym zamawiający oceniał ofertę przystępującego po uzyskaniu stosownych wyjaśnień dotyczących dwóch pozycji formularza. Nie można twierdzić, że zamawiający był zobowiązany do dokonania ponownego badania w pełnym zakresie wszystkich złożonych ofert; przeciwnie – zakończony proces badania ofert został uzupełniony o jedyny brakujący element (wezwanie do wyjaśnień i poprawienie treści).

Odwołujący nie kwestionuje treści wyjaśnień dot. Poz. 70 oraz 76, lecz swoje odwołanie opiera wyłącznie na brzmieniu oferty przystępującego dotyczącej gwarancji mechanicznej, znanej mu już od momentu składania ofert, co do której zgłasza spóźniony zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty.
Takie działanie odwołującego przystępujący uznaje za próbę obejścia przepisów o terminie wnoszenia odwołań i pozostające w sprzeczności z zasadą koncentracji środków odwoławczych. Na poparcie stanowiska wskazał na orzecznictwo KIO.
Wskazał także na orzecznictwo KIO, w którym wskazywano, że wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania na zaniechanie odrzucenia ofert konkurencyjnych wykonawców również wtedy, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą (połączone KIO 800, 803, 804 i 807/12).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.
Wskazał na postanowienia Rozdziału 3 pkt 4 ppkt 1 siwz stwierdził, że „wymaga, aby samochody objęte były gwarancją bez limitu przebiegu kilometrów na okres:
1/ gwarancja mechaniczna na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne min. 24 miesiące”.

W tym zakresie sformułował dnia 22.02.2016 r. wyjaśnienia: „/…/ Wykonanie czynności obsługowo – naprawczych w okresie udzielonej gwarancji mechanicznej leży po stronie Wykonawcy, z wyłączeniem uszkodzeń powstałych w wyniku niewłaściwej eksploatacji.”
Dodatkowo w zał. 1a do siwz w pkt 75 zamawiający zażądał wypełnienia kolumny 5 tj. wpisania „tak” albo „nie” w zależności od tego, czy spełnia czy nie spełnia wymagań siwz. Pozycja ta opisana została jako: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania postanowień gwarancyjnych i serwisowych na własny koszt. Koszty uwzględniają również użyte w ww. czynnościach materiały niezbędne do ich prawidłowego wykonania.”
Wykonawca Auto Fus T. Fus sp. jawna w złożonej ofercie w pkt 6 lit a) zaoferował gwarancję mechaniczną na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne na okres 72 miesięcy, jednocześnie w pkt 6 lit f) zaoferował Pakiet Serwisowy BMW Service Inclusive Plus 07UB na okres 6 lat (słownie: sześć) lub 120 tys. km, zależnie, co nastąpi pierwsze. Wykonawca do oferty dołączył także dokumenty (gwarancja, zakres usług BMW Repair Inclusive, zakres usług BMW SERVICE INCLUSIVE PLUS), które nie były wymagane przez zamawiającego, a które w swej treści zawierały ograniczenie prac serwisowych oraz ograniczenie maksymalnego przebiegu do 120 tys. km.
W załączniku do oferty (parametry techniczne samochodu osobowego) w pkt 75 wykonawca wpisał słowo TAK, zatem zobowiązał się do wykonania postanowień gwarancyjnych i serwisowych na własny koszt. Koszty uwzględniają również użyte w ww. czynnościach materiały niezbędne do ich prawidłowego wykonania. Ponadto składając ofertę wykonawca

---

oświadczył /…/ „zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach zawartych w siwz w miejscu i terminie wskazanym przez zamawiającego.
W toku badania ofert zamawiający powziął wątpliwość, czy wykonawca w okresie zaoferowanych 72 miesięcy podejmuje się wykonywania wszystkich wymaganych obsług i napraw (z wyłączeniem uszkodzeń powstałych w wyniku niewłaściwej eksploatacji) bez limitu kilometrów i na własny koszt, co było określone w siwz, wyjaśniane w trakcie postępowania i wymagane przez zamawiającego. Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień tj.: „proszę o złożenie wyjaśnień, czy wykonawca w okresie trwania 72 miesięcznej gwarancji mechanicznej na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne wykona na własny koszt wszystkie wymagane obsługi i naprawy bez limitu kilometrów?”
W wyjaśnieniu złożonym dnia 12 kwietnia 2016 r. wykonawca oświadczył, że udzielił 72 miesięcznej gwarancji mechanicznej na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne bez limitu kilometrów. Wykonawca potwierdza, że wykona na własny koszt wszystkie wymagane obsługi i naprawy objęte gwarancją zgodnie z wymaganiami siwz i bez limitu kilometrów. Natomiast Pakiet Serwisowy BMW Service Inclusive Plus nie ma związku z udzieloną gwarancją mechaniczną, lecz stanowi dodatkowy pakiet przeglądów serwisowo – eksploatacyjnych.
W świetle wyjaśnień zamawiający nie miał wątpliwości, że wykonawca wykona na własny koszt w ramach zaoferowanej 72 miesięcznej gwarancji mechanicznej na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne wszystkie wymagane obsługi i naprawy bez limitu kilometrów, co jest zgodne z wymaganiami określonymi w siwz.
Z uwagi na powyższe zamawiający uznał, że treść oferty jest zgodna z treścią siwz.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska w sprawie.

Odwołujący poparł odwołanie z zawartą w nim argumentacją. Stwierdził ponadto, iż wyjaśnienia przystępującego udzielone na wezwanie zamawiającego w sprawie okresu gwarancji oraz jej zakresu zawarte w piśmie z 11.04.2016 r. złożone zamawiającemu w dniu następnym potwierdzają zasadność zarzutów. Wskazał w szczególności na treść zdania drugiego pkt 3, w którym wykonawca deklaruje, iż wykona na własny koszt wszystkie wymagane obsługi i naprawy objęte powyższą gwarancją zgodnie z wymaganiami SIWZ i bez limitu kilometrów. Zdanie ostatnie tych wyjaśnień potwierdza, że czynności serwisowe nie są objęte udzieloną gwarancją. Zwrócił uwagę, że uzasadnione wątpliwości

---

zamawiającego nie zostały rozwiane treścią otrzymanych wyjaśnień. Ponownie wskazał na różnice pomiędzy opisem gwarancji a opisem serwisu, w tym co do zakresu jak i okresu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem, jak w złożonym piśmie.

Stwierdził, że wykonawca zobowiązał się do wykonania postanowień serwisowych i gwarancyjnych treścią deklaracji w załączniku 1a do oferty pkt 75. Z otrzymanych od przystępującego wyjaśnień wynika, że zadeklarował on dodatkowo usługi serwisowe niezależnie od zadeklarowanych w ofercie. Stwierdził, że obydwie oferty tj. odwołującego i przystępującego spełniają postawione w SIWZ warunki.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania. Potwierdził poprawność złożonej oferty, gdzie w załączniku 1a zadeklarował wykonanie postanowień gwarancyjnych i serwisowych (pkt 75). Podtrzymał stwierdzenie, iż w wyjaśnieniach potwierdził, iż opisany w ofercie pakiet serwisowy stanowi dodatkowe, nieobowiązkowe świadczenie, pakiet ten nie modyfikował i nie ograniczał zobowiązania gwarancyjnego opisanego w formularzu oferty i potwierdzonego w wyjaśnieniach. Stwierdził, iż zaoferowany pakiet serwisowy w zasadzie dotyczy zdarzeń i czynności nieobjętych gwarancją np. skutków nieprawidłowej eksploatacji, które gwarancja objęte nie są.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego i złożonych przez ten podmiot wyjaśnień, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że wbrew treści wniosku przystępującego, nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, w szczególności na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp tj. jako odwołania wniesionego po upływie 10 dniowego termin określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Rozpatrywane odwołanie dotyczy konkretnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty tj. zdarzeń stanowiących następstwo wykonania wyroku sygn. akt KIO 391/16, w którym nakazano unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty obecnego przystępującego, przeprowadzenie wobec tego wykonawcy postępowania wyjaśniającego w zakresie dwóch pozycji oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny

---

ofert. Jest niesporne, że informację o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej przekazano wykonawcom 8 marca 2016 r. i dokonano wówczas wyboru oferty Porsche Inter Auto sp. z o.o. i sklasyfikowano na drugim miejscu ofertę Zeszuta sp. z o.o. i jednocześnie odrzucono ofertę Auto Fus T. Fus sp. j. z powodu niezgodności z siwz dot. Poz. 70 (brak wskazania producenta urządzeń sygnalizacji) oraz 76 (brak wskazania adresu punktu serwisowego) załącznika nr 1a do siwz. Powyższe czynności zostały jednak w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w wyniku wyroku Izby sygn. akt KIO 391/16 skutecznie unieważnione. Nieuzasadnione jest w rozpatrywanym stanie faktycznym twierdzenie, że od chwili pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej biec rozpoczął termin na wniesienie ewentualnych odwołań na czynności badania i oceny ofert w toku ponowionych czynności.

W ocenie składu orzekającego wykonawca, którego oferta została pierwotnie wybrana nie legitymował się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w tym we wniesieniu odwołania na zaniechanie odrzucenia ofert konkurencyjnych wykonawców. W obowiązującym stanie prawnym twierdzenie o zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej w rozumieniu wskazanym przez przystępującego nie znajduje podstaw.

Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 9 stycznia 2015 r.,sygn. akt X Ga 343/14, w którym Sąd uznał, iż przy pierwszej czynności wyboru oferty skarżącego nie był on uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż nie doszło do szkody odwołującego, ponieważ wobec wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej został osiągnięty dla skarżącego na tamtym etapie cel postępowania. Ocena ofert niżej sklasyfikowanych (odrzuconych) nie mogła wyrządzić szkody, a wobec tego brak było przesłanek do odrzucenia odwołania na powtórzone czynności. Odmienne stanowisko prowadziłoby do sytuacji, w której każdy z wykonawców z obawy przed zaskarżeniem jego pozycji na liście przez innego wykonawcę powinien był być skarżyć niedoskonałości każdej z ofert złożonych w postępowaniu. Sąd uznał, że dopiero gdy zamawiający dokona ponownej oceny wniosków, co w niniejszej sprawie miało miejsce, na tą czynność będzie przysługiwało odwołującemu prawo wniesienia odwołania, a termin na wniesienie odwołania od tej czynności reguluje art. 182 ust. 1 pkt 1 – rozpocznie bieg od

przesłania informacji o nowej czynności.

Odnośnie zarzutów merytorycznych podniesionych wobec oferty wybranej decyzją zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2016 r. jako najkorzystniejsza, skład orzekający stwierdza, że zamawiający podejmując tę decyzję nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania.

Stwierdzenie niniejsze uzasadniają następujące okoliczności.
Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w rozdziale trzecim (3.). Opis przedmiotu zamówienia w pkt 4 sformułowano wymóg o treści: „Zamawiający wymaga, aby samochody objęte były gwarancją bez limitu przebiegu kilometrów na okres:
1/ gwarancja mechaniczna na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne min. 24 miesiące”/…/.
W odniesieniu do tego wymogu sformułował także dnia 22 lutego 2016 r. wyjaśnienia: „/…/ Wykonanie czynności obsługowo – naprawczych w okresie udzielonej gwarancji mechanicznej leży po stronie Wykonawcy, z wyłączeniem uszkodzeń powstałych w wyniku niewłaściwej eksploatacji.”
Ponadto w zał. 1a do siwz w pkt 75 zamawiający zażądał wypełnienia kolumny 5 tj. wpisania „tak” albo „nie” w zależności od tego, czy spełnia czy nie spełnia wymagań siwz.
Pozycja ta opisana została jako: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania postanowień gwarancyjnych i serwisowych na własny koszt. Koszty uwzględniają również użyte w ww. czynnościach materiały niezbędne do ich prawidłowego wykonania.”

Izba zauważa, że w zakresie napraw serwisowych opis dokonany przez zamawiającego we wskazanych zapisach siwz nie jest jednoznaczny w tym sensie, że we wzorze umowy pojawia się oświadczenie niespójne z opisem przedmiotu zamówienia, nie mogło to jednak podważać jednoznacznego potwierdzenia w formularzu oferty, że wykonawca wykona nieodpłatnie naprawy w ramach gwarancji i serwisu w okresie 72 miesięcy bez limitu kilometrów.

Wykonawca Auto Fus T. Fus sp. jawna w złożonej ofercie w pkt 6 lit a) formularza ofertowego (s. 1 wg wzoru z załącznika nr 1 do siwz) zaoferował gwarancję mechaniczną na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne na okres 72 miesięcy. Jednocześnie w pkt 6 lit f) zaoferował Pakiet Serwisowy BMW Service Inclusive Plus 07UB na okres 6 lat (słownie: sześć) lub 120 tys. km, zależnie, co nastąpi pierwsze. Wykonawca do oferty dołączył także dokumenty (gwarancja, zakres usług BMW Repair Inclusive, zakres usług BMW SERVICE INCLUSIVE PLUS), które nie były wymagane przez zamawiającego, a które w swej treści zawierały ograniczenie prac serwisowych oraz ograniczenie maksymalnego przebiegu do 120 tys. km.
Ponadto w załączniku nr 1a do oferty (parametry techniczne samochodu osobowego) zawierającym w formie tabelarycznej wymogi oraz miejsce na oświadczenie wykonawcy, w pkt 75 wykonawca wpisał słowo TAK, co oznacza, że zobowiązał się do wykonania postanowień gwarancyjnych i serwisowych na własny koszt z uwagi na treść postawionego

---

w tym miejscu wymogu. W tym samym miejscu zawarte jest oświadczenie o treści: „Koszty uwzględniają również użyte w ww. czynnościach materiały niezbędne do ich prawidłowego wykonania.”
Ponadto składając ofertę wykonawca oświadczył /…/ „zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach zawartych w siwz w miejscu i terminie wskazanym przez zamawiającego.
Tytułem przypomnienia wskazać można, że w toku badania ofert zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień o treści.: „proszę o złożenie wyjaśnień, czy wykonawca w okresie trwania 72 miesięcznej gwarancji mechanicznej na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne wykona na własny koszt wszystkie wymagane obsługi i naprawy bez limitu kilometrów?”
W wyjaśnieniu z dnia 11 kwietnia złożonym zamawiającemu dnia 12 kwietnia 2016 r. wykonawca oświadczył, że udzielił 72 miesięcznej gwarancji mechanicznej na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne bez limitu kilometrów. Wykonawca

potwierdza, że wykona na własny koszt wszystkie wymagane obsługi i naprawy objęte gwarancją zgodnie z wymaganiami siwz i bez limitu kilometrów. Natomiast Pakiet Serwisowy BMW Service Inclusive Plus nie ma związku z udzieloną gwarancją mechaniczną, lecz stanowi dodatkowy pakiet przeglądów serwisowo – eksploatacyjnych.
Analizowana treść oferty wraz z powołanymi wyjaśnieniami wskazuje, w ocenie składu orzekającego, że wykonawca jednoznacznie potwierdził, że wykona na własny koszt w ramach zaoferowanej 72 miesięcznej gwarancji mechanicznej na zespoły i podzespoły mechaniczne, elektryczne, elektroniczne wszystkie wymagane obsługi i naprawy bez limitu kilometrów. Powyższe jest zgodne z wymaganiami określonymi w siwz.
Powyższe ustalenie oznacza także zgodność z postanowieniami wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do siwz, którą wykonawcy zobowiązywali się podpisać, w tym w szczególności w § 1 ust. 3 zawierającym gwarancję spełniania warunków określonych w przepisach Prawa o ruchu drogowym. Zakres czynności serwisowych i ich powiązanie z gwarancją określa § 6 ust. 6, w którym wykonawca zobowiązuje się do wykonania postanowień gwarancji, a „w okresie trwania gwarancji na własny koszt wykona wszystkie czynności serwisowe niezbędne do przywrócenia sprawności i stanu technicznego określonego w § 1 ust. 3, z uwzględnieniem stanu wyeksploatowania samochodów określonych w § 1. Koszty uwzględniają również użyte w ww. czynnościach materiały niezbędne do ich prawidłowego wykonania.”
Podsumowując, stwierdzić należy , że oświadczenie dotyczące firmowego Pakietu Serwisowego było nadmiarowym, tj. wykraczającym poza zakres świadczenia ujętego w oświadczeniu o udzieleniu gwarancji i zobowiązania do nieodpłatnego wykonania napraw, a tym samym pozostaje indyferentne dla oceny oferty pod kątem jej zgodności z siwz.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

……..

……..

.....……..