

Sygn. akt: KIO 1075/24

## WYROK

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Maksym Smorczewski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 roku przez wykonawcę **MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – 2. Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie**

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawca **M.I. M.Ś. Spółka komandytowo-akcyjna w Górze Kalwarii**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Skarb Państwa – 2. Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy **MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie** na rzecz zamawiającego – **Skarbu Państwa – 2. Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

.....  
.....  
.....

Sygn. akt: KIO 1075/24

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – 2. Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia – mikrobusów w latach 2024 – 2025.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 kwietnia 2024 roku przez wykonawcę **MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od:

1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy: M.I., M.Ś. S.K.A. (dalej jako: "Modesto") pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. jako niezgodna z warunkami zamówienia;

2)zaniechania czynności odrzucenia oferty Modesto z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem V ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ"), Rozdziałem II pkt 4) Załącznika nr 1 do SWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: "OPZ") oraz § 5 ust. 3 Załącznika nr 6 do SWZ - Wzór Umowy (dalej jako: "Wzór Umowy");

3)ewentualnie zaniechania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. w zw. z art. art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. pomimo, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4)zaniechania czynności prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1 ) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Modesto z postępowania pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, tj. rozdziałem V ust. 1 SWZ, rozdziałem II pkt 4 OPZ oraz § 5 ust. 3 Wzoru Umowy;

2)ewentualnie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3)art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyborunajkorzystniejszej, tj. oferty Modesto;

2) odrzucenie oferty Modesto jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.;

3) ewentualnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p.;

4) przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p. ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający ich nie naruszył, oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Co, za tym idzie, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w przypadku uwzględnienia odwołania szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną – oferta odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści — przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący podniósł, że posiada również interes w unieważnieniu postępowania, gdyż będzie on miał możliwość wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu wszczętym przez zamawiającego, które będzie prowadzone z poszanowaniem naczelných zasad zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący przed złożeniem oferty w postępowaniu, nie zwrócił się do zamawiającego z oficjalnym wnioskiem o wydanie uzgodnienia zastosowania paliwa F-34 w dostarczanych pojazdach, jak również nie przedstawił zaleceń producenckich i procedury postępowania. A zatem nie dochował wymaganych w SWZ formalności w tym zakresie. Przystępujący w ramach zadawanych do zamawiającego przez Platformę Zakupową pytań do SWZ zwrócił się o udzielenie następującej odpowiedzi: (...)W nawiązaniu do powyższego zapisu czy Zamawiający uzna w/w warunek za spełniony w przypadku gdy do pojazdów oferowanych przez Wykonawcę, w celu spełnienia wymagania w zakresie możliwości ewentualnego zasilania paliwem „F-34”, należy zastosować do wyżej wymienionego materiału pędnego dodatek NYCO 1750, który umożliwia stosowanie paliwa lotniczego F-34 lub F-35

*(stosowanego w samolotach myśliwskich, transportowych, śmigłowcach) na sprzęcie lądowym. Jego działanie poprawia jakość paliwa stosowanego w silnikach diesla samochodów ciężarowych i cystern (wzmocnienie smarowania i poprawa wskaźnika cetanowego), w oparciu o koncepcję „Single Fuel Concept”. NYCO 1750 stosowany jest w wielu armiach na świecie.”. Zamawiający udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą: Zamawiający informuje, że w porozumieniu z Instytucją Ekspertką wyraża zgodę na dopuszczenie do zaferowania pojazdów zgodnie z propozycją potencjalnego Wykonawcy, pod warunkiem przedstawienia szczegółowej (pełnej) instrukcji (algorytmu) postępowania w trakcie przygotowania oraz po zastosowaniu paliwa F-34 w pojeździe. Szczegółowy sposób postępowania przed i po zastosowaniu paliwa F-34 muszą być zawarte w instrukcji obsługi lub użytkownika pojazdu oraz znajdować się w widocznym miejscu (np. naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu*

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie opublikował na Platformie Zakupowej powyższej odpowiedzi pomimo, że pytanie zostało zadane w trybie przepisu art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie do SWZ nie może zostać uznana za udzielenie uzgodnienia, ale wyłącznie za udzielenie odpowiedzi na to pytanie. Intencją przystępującego było bowiem uzyskanie odpowiedzi na wątpliwości powzięte w związku z analizą dokumentacji przetargowej, o czym świadczy chociażby tytuł pisma.

Odwołujący zauważył, że taki sam wymóg uzyskania uzgodnienia zastosowania paliwa F-34 w dostarczanych dla wojska pojazdach jest zawierany we wszystkich dokumentach przetargowych w postępowaniach prowadzonych przez jednostki wojskowe na zakup samochodów (postanowienia w SWZ mają tę samą treść). Praktyką jest, że wykonawcy przed złożeniem oferty w postępowaniach składają oficjalne wnioski o wydanie "uzgodnienia". Jak wynika z SWZ warunkiem uzyskania uzgodnienia jest wskazanie zaleceń producenta, czyli informacji, że (i) producent dopuszcza zastosowanie tego rodzaju paliwa, a także (ii) określa instrukcję postępowania w przypadku jego zastosowania. Wnioski wykonawców zawsze zawierają opis stosownych procedur.

Odwołujący zauważył, że w Rozdziale II pkt 4 OPZ wskazano, że uzgodnienie jest niezbędne "Jeżeli producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania ww. paliwem do turbinowych silników lotniczych od spełnienia określonych wymagań lub od określonego sposobu postępowania (zarówno ze strony producenta jak i ze strony użytkownika)". W pytaniu do SWZ przystępującego brak jest natomiast jakiegokolwiek wzmianki na temat "zaleceń producenta". Pytanie miało charakter ogólny, blankietowy i dotyczyło hipotetycznej możliwości zastosowania rozwiązania, o którym mowa w pytaniu. Pytanie nie odnosiło się natomiast do zastosowania paliwa przez pojazd określonego producenta.

Odwołujący podniósł, że przystępujący nie jest producentem samochodów, ale firmą zajmującą się zabudowywaniem pojazdów bazowych i dystrybucją kompletnych pojazdów różnych marek.

Odwołujący wskazał, że zamawiający z nieznanymi przyczyn uznał udzieloną w dniu 22 stycznia 2024 r. przystępującemu odpowiedź jako "uzgodnienie". W ocenie odwołującego takie działanie stanowiło rażące naruszenie określonej w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozostali potencjalni oferenci, w tym odwołujący, byli obowiązani uzyskać uzgodnienie w formalnym trybie przewidzianym w SWZ. Przystępujący uzyskał "uzgodnienie" poza trybem określonym w SWZ, co umożliwiło temu wykonawcy udział w postępowaniu na preferencyjnych warunkach, tj. obejścia ścieżki uzyskiwania zaleceń producenta oraz ponoszenia ryzyka odmowy udzielenia uzgodnienia.

Odwołujący zauważył, że zamawiający dokonując badania i oceny oferty Modesto pominął treść udzielonej w dniu 22 stycznia 2024 r. odpowiedzi, tj. fakt, że Instytucja Ekspertka postawiła Modesto warunek — przekazanie instrukcji postępowania zastosowania paliwa F-34. Odwołujący zauważył, że instrukcja nie została przekazana zarówno przed złożeniem oferty w postępowaniu, jak i w treści oświadczenia o przystosowaniu samochodów do zastosowania paliwa F-34 (którego wzór stanowił Załącznik nr 3a do SWZ). W miejscu, gdzie w oświadczeniu powinny zostać zawarte "opis postępowania" przystępujący odwołał się do pisma zamawiającego z dnia 22 stycznia 2024 r., w którym to nie przedstawiono instrukcji postępowania dotyczącej dostosowania. Przystępujący nie dochował zatem wymogów organu wydającego uzgodnienie. Nieprzedstawienie procedury prowadziło do rezultatu, że wydane warunkowo "uzgodnienie" przestało mieć moc prawną.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z Rozdziałem II pkt 4) OPZ: "Koszty związane z ewentualnym przystosowaniem pojazdów do zasilania ww. paliwem (np. konieczność przeprowadzenia wymiany filtrów paliwa, stosowanie dodatków do paliwa F-34, konieczność zastosowania dodatkowego urządzenia i/lub narzędzi niezbędnych do przystosowania pojazdów itp.), przed ich dostawą do Zamawiającego". Z oświadczenia przystępującego w ogóle nie

wynika, czy będzie istniała konieczność dostosowania pojazdów do korzystania z paliwa F-34, a jeśli tak — to w jakim zakresie. Brak tych informacji może skutkować tym, że wykonawca będzie uchylał się od ponoszenia kosztów z tym związanych, a więc dopuści się nienależytego wykonania umowy. Zamawiający nie jest zatem w stanie oszacować potencjalnych ryzyk jakie wiążą się z udzieleniem przystępującemu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferowanych pojazdów z wymaganiami SWZ, odwołujący podniósł, że zamawiający w Rozdziale X ust. 1 OPZ wymagał dostarczenia pojazdu wyposażonego w silnik wysokoprężny: "Pojazdy muszą być wyposażone w silnik wysokoprężny o mocy minimum 109 kW spełniający normę emisji spalin minimum Euro 6 (lub Euro VI), połączony z ręcznie sterowaną lub automatyczną skrzynią biegów o minimum 5 przełożeniach do przodu".

Odwołujący stwierdził, że silniki wysokoprężne nie umożliwiają zasilania pojazdów paliwem turbinowym F-34. Aby wykorzystać paliwo F-34 należy wprowadzić zmiany do źródła lub sposobu zasilania pojazdu. Dlatego też zamawiający określił w SWZ wymóg przedstawienia sposobu postępowania z paliwem F-34 oraz uzyskania stosownych uzgodnień w tym zakresie. Zaoferowany przez przystępującego model pojazdu - Volkswagen SY1NE Crafter również nie wykorzystuje i nie jest przystosowany do zasilania paliwem F-34. Volkswagen AG jako producent w instrukcji obsługi pojazdu (dostępnej na oficjalnej stronie producenta) wyraźnie wskazał, w jakich normach można stosować paliwa przy użytkowaniu pojazdu - są to normy EN 590 w aktualnej wersji oraz DIN EN 590. Paliwo F34 nie podlega żadnej z tych norm, gdyż produkowane jest na podstawie normy obronnej NO-91-A258-2. Z dostępnych na stronie producenta informacji wynika, że producent nie przewiduje możliwości dostosowania pojazdu Volkswagen SYI NE Crafter do paliwa turbinowego: Rodzaj paliwa przeznaczony do tankowania zależy od typu silnika samochodzie. Na klapie wlewu paliwa znajduje się fabryczna tabliczka z informacjami o minimalnym wymaganym rodzaju paliwa do pojazdu. Oznaczenie i ramka wskazują, które paliwa są odpowiednie dla danego samochodu. Chodzi o minimalny wymóg. Nie wolno tankować innych paliw.

W ocenie odwołującego z pytania nr 3 przystępującego do SWZ, a także z samej oferty tego wykonawcy, nie wynika, że producent dopuszcza możliwość zastosowania paliwa F-34 w swoich pojazdach. Co więcej, z dokumentów nie wynika także, że proponowany przez przystępującego sposób postępowania stanowi "zalecenie producentkie". W pytaniu do SWZ odwołano się do „Single Fuel Concept” oraz wskazano, że "NYCO 1750 stosowany jest w wielu armiach na świecie".

Odwołujący wskazał, że „Single Fuel Concept” jest to koncepcja, której celem jest maksymalizacja interoperacyjności sprzętu poprzez wykorzystanie jednego paliwa, czyli F-34, na polu walki w lądowych wojskowych samolotach, pojazdach i sprzęcie. Koncepcja ta ma się nijak do zaleceń producenta pojazdów stosowanych przez "zwykłych" użytkowników (Volkswagen Crafter nie jest przecież pojazdem wojskowym). Z kolei NYCO 1750 poprawia jakość paliwa stosowanego w silnikach wysokoprężnych, ale samochodów ciężarowych i cystern (zwiększenie smarowania i poprawa indeksu cetanowego). Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa mikrobusów. Przyjęte przez przystępującego rozwiązanie jest zatem obiektywnie nieprawidłowe do rodzaju oraz przeznaczenia zamawianych pojazdów. W ocenie odwołującego powyższe pozwala na sformułowanie stanowiska, że zalecany przez przystępującego sposób wykorzystania paliwa F-34 nie może zostać wykorzystany w oferowanych pojazdach. W konsekwencji przystępujący oferuje dostawę pojazdów niespełniających wymagań określonych w SWZ. Oferta przystępującego powinna zatem zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego niemożliwości udzielenia gwarancji producenta, odwołujący wskazał, że zamawiający we wzorze umowy wskazał, że wymaga dostarczenia wraz z pojazdami dokumentów potwierdzających udzielenie przez producenta pojazdów stosowanej gwarancji. W § 4 ust. 9 lit. a wzoru umowy wskazano, że: "Wykonawca wraz z dostawą przedmiotu Umowy zobowiązany jest dostarczyć książki gwarancyjne wyrobów wraz z informacją o warunkach udzielonej gwarancji oraz sposobie postępowania w przypadku konieczności uruchomienia procedury gwarancyjnej przed producentem (po jednym egzemplarzu na pojazd)." W § 5 ust. 3 Wzoru Umowy zamawiający wymaga zapewnienia objęcia pojazdów gwarancją producenta: "Niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę, Zamawiającemu przysługują wszelkie uprawnienia wynikające z gwarancji producenta sprzętu dostarczanego w ramach niniejszej Umowy. Wykonawca wyda Zamawiającemu wraz z przedmiotem Umowy dokument gwarancyjny zawierający oświadczenie gwarancyjne producenta sprzętu."

Odwołujący podniósł, że w instrukcji obsługi pojazdu Volkswagen SY1NE Crafter zostały wymienione elementy konstrukcji i wyposażenia pojazdu, których samodzielna wymiana jest dopuszczalna przez producenta, i dla których to elementów producent opisał zasady oraz warunki wymiany i zmiany. Wśród wymienionych elementów nie wskazano zmiany źródła zasilania na paliwo turbinowe F-34. W konsekwencji przystępujący, aby dostarczyć pojazdy spełniające

wymagania określone w SWZ będzie zobowiązany do dostosowania pojazdów do wykorzystania paliwa turbinowego F-34 na własny koszt i ryzyko, bez udziału producenta. Dostosowanie zasilania pojazdu do paliwa turbinowego F34 będzie następować w sposób niezgodny z zaleceniami producenta i będzie powodować naruszenie opisanych w instrukcji obsługi pojazdów warunków gwarancji. Przystępujący nie będzie zatem w stanie obiektywnie wypełnić wymogów określonych w § 5 ust. 3 Wzoru Umowy.

W ocenie odwołującego oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.. Co więcej zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania w poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określone w art. 16 pkt 1 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy P,z,p, tj. zaniechania unieważnienia postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą, odwołujący podniósł, że przystępujący w dniu 12 stycznia 2024 r. wystosował do zamawiającego wniosek o udzielenie odpowiedzi na trzy pytania. Zamawiający w dniu 22 stycznia 2024 r. opublikował na Platformie Zakupowej odpowiedzi jedynie na dwa pytania (nr 1 i nr 2). Odpowiedź na trzecie pytanie została przekazana wyłącznie przystępującemu, z pominięciem pozostałych oferentów. Odpowiedź dotyczyła natomiast istotnej dla postępowania kwestii, albowiem odnosiło się do jednej z dopuszczalnych opcji zastosowania paliwa F-34 w pojazdach i *de facto* stanowiła uzupełnienie Rozdziału II pkt 4 OPZ. Brak publikacji odpowiedzi na pytanie nr 3 do SWZ stanowiło rażące naruszenie procedury powadzenia postępowania, ponieważ:

a.spowodowało, że każdy z wykonawców przygotował i skalkulował ofertę w oparciu o odmienny zakres informacji (koszty dostosowania pojazdów do stosowania paliwa F-34);

b.ograniczyło dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadając wiedzę o możliwości wykorzystania paliwa NYCO 1750 złożyliby ofertę w postępowaniu;

c.pozbawiło odwołującego możliwości złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na treść udzielonej odpowiedzi. Uwzględnienie odwołania przez Izbę skutecznie uniemożliwiłby przystępującemu udział w postępowaniu oraz zwiększyło szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia.

W ocenie odwołującego działanie zamawiającego spowodowało również, że przystępujący wziął udział w postępowaniu na preferencyjnych zasadach, ponieważ nie był zobowiązana do ubiegania się o wydanie stosownego "uzgodnienia", skoro zamawiający wydał je bez uprzedniego złożenia wniosku i przedstawienia zaleceń producenta. Stanowiło to jawny przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Na tym etapie postępowania nie ma możliwości konwalidowania wadliwych czynności zamawiającego, co skutkuje wadą postępowania, której nie można usunąć. Okoliczność, iż doszło do stworzenia nierównych ram uczestnictwa dla wykonawców w postępowaniu (nieporównywalność ofert) powoduje, że zawarta z przystępującym umowa w sprawie zamówienia publicznego byłaby umową nieważną.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 kwietnia 2024 roku zamawiający wniósł o:

1)dopuszczenie dowodu z zeznań świadka – p.P. (P.G.) Szefostwo Służby Czołgowo — Samochodowej Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych — w celu wykazania następujących faktów:

a)dokonania uzgodnienia przez zamawiającego z przystępującym w zakresie przystosowania dostarczanych przez przystępującego pojazdów do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 SWZ i Rozdziałem 11 pkt 4 opz;

b)trybu dokonywania ww. uzgodnień w ramach postępowania;

c)roli Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych w działalności zakupowej zamawiającego.

2)dopuszczenie dowodu z dokumentów: wniosku o dokonanie uzgodnień oferenta Benepol i pisma Zamawiającego o dokonanie uzgodnienia z dnia 22.01.2024, nr RTD/1445/2023/161/22.01.2024, w celu wykazania następujących faktów:

a)dokonania uzgodnienia w takim samym trybie i o takiej samej treści jak z przystępującym;

b)równego traktowania wykonawców w ramach postępowania przez zamawiającego.

3)oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego;

4)zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wywołanych wniesieniem odwołania.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie ma żadnej pewności, czy przypadku uwzględnienia odwołania i uznania jego oferty jako najkorzystniejszej, zamówienie zostanie jemu udzielone. Wskazał, że zgodnie z treścią informacji zamieszczonej na platformie zakupowej zamawiającego zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę brutto dla zamówienia podstawowego w roku 2024 - 6.063.000,00 zł, a w roku 2025 - 6.379.000,00 zł. Oferta odwołującego w zakresie ceny brutto jest 0 7.016.412,00 zł droższa od oferty przystępującego. Cena żadnej z ofert nie mieściła się w budżecie zamawiającego na realizację tego zamówienia. Zamawiający w celu udzielenia zamówienia wykonawcy z ofertą najkorzystniejszą zobowiązany był wystąpić o zwiększenie środków na realizację tego zamówienia. Zamawiający zwrócił się o dofinansowanie środków celem wyboru oferty przystępującego, która na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SWZ została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający zauważył, że jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U.2023, poz. 1720 — dalej jako UFP). Zamawiający ma status jednostki gospodarki budżetowej wchodzącej w skład sektora finansów publicznych (zob. art. 9 pkt 6 UFP) i wydatkuje środki publiczne w oparciu o plan finansowy. W związku z tym wydatkowane przez niego środki muszą być dokonywane zgodnie z zasadami wydatkowania środków publicznych. zauważył, że nawet jeśli złożone odwołanie zostanie uwzględnione, a oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, to odwołujący nie ma żadnej pewności, że zamówienie zostanie jemu udzielone. Oferta odwołującego, tak samo jak oferta złożona przez przystępującego nie tylko nie mieści się w środkach pierwotnie przeznaczonych na realizację zamówienia, ale znacznie (ponad 7 milionów) przekracza założony na sfinansowanie zadania budżet zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, zamawiający stwierdził, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, zamawiający stwierdził, że wbrew stanowisku odwołującego, z treści Rozdziału II pkt 4 OPZ nie wynika, że „aby uzyskać uzgodnienie należało zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem, w którym należało przedstawić zalecenia producenckie zastosowania paliwa F-34 w wykorzystywanym w pojeździe źródle zasilania (np. przedstawienie opisu i proporcji mieszanek paliw z paliwem F — 34), jak i rekomendacje co do sposobu użytkowania pojazdu (np. wykorzystanie tego paliwa F — 34 Wmusza konieczność dokonania dodatkowych przeglądów itp.)”. Oferenci zainteresowani uzyskaniem zamówienia, mogli zwrócić się do zamawiającego o dokonanie uzgodnienia, jak również w przypadku wystąpienia pytań, czy też wątpliwości, mogli, tak jak w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ na podstawie art. 135 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, że odwołujący w odwołaniu nie neguje możliwości takiego ukształtowania SWZ. Stwierdził, że zamawiający w żadnym innym rozdziale SWZ nie przewidział innej możliwości kontaktowania się między stronami w tym postępowaniu. Platforma Zakupowa, a w sytuacjach awaryjnych – korespondencja e-mail, to jedyny kanał komunikacji na linii zamawiający – oferent, oferent – zamawiający. Oferent zwracający się do zamawiającego czy to o dokonanie uzgodnienia, czy też chcąc zadać pytanie w celu wyjaśnienia treści SWZ, zwraca się do zamawiającego poprzez zakładkę na platformie zakupowej „pytania do postępowania”. Zamawiający jako organizator i gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjął, że uzgodnienie dokonywane przez każdego oferenta nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w rozumieniu art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p.. Tym samym zamawiający nie ma obowiązku udzielania i publikowania do nich odpowiedzi na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy P.z.p.. Zamawiający pismami z dnia 22 stycznia 2024 r. przekazał odwołującemu i przystępującemu dokonane uzgodnienia.

Zamawiający przywołał art. 65 Kodeksu cywilnego, odnoszącego się do zasad wykładni oświadczeń woli, i podniósł, że oświadczeniem woli jest każde zachowanie, z którego wynika wola wywołania skutków prawnych (art. 60 K.c.). Treść oświadczenia woli stanowi decydujący czynnik wpływający na skutki czynności prawnej. Oświadczenie woli może wywołać skutki prawne tylko wtedy, jeśli dotrze do adresata i będzie on w stanie zrozumieć skierowany do niego komunikat. Osoba składająca oświadczenie woli oraz adresat (odbiorca) oświadczenia mogą odmiennie rozumieć jego treść, naturalne jest, że podmioty prawa nadają oświadczeniu znaczenie najbardziej odpowiadające ich interesowi. Zamawiający podniósł, że oświadczenia woli należy tłumaczyć stosownie do okoliczności, w których zostały złożone (tzw. kontekst sytuacyjny). Uwzględnić należy zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, pozostające w związku z towarzyszącymi okolicznościami (kontekstem), w jakich dochodzi do złożenia oświadczenia woli. Oceny należy dokonywać przy uwzględnieniu zwyczajów istniejących w momencie dokonywania czynności prawnej. Osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie. Do oceny prawidłowości interpretacji dokonanej przez odbiorcę oświadczenia należy stosować w drodze analogii art. 355 K.c. i ustaloną w nim miarę należytej staranności Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, zamawiający stwierdził, że celem przystępującego było dokonanie uzgodnienia celem złożenia oferty w tym postępowaniu. Niezrozumiałym jest dla

zamawiającego stwierdzenie odwołującego, że „Intencją Modesto było bowiem uzyskanie odpowiedzi na wątpliwości powzięte w związku z analizą dokumentacji przetargowej”. Zamawiający jako odbiorca oświadczenia przesłanego przez przystępującego prawidłowo zidentyfikował, że skierowane do niego pismo stanowiło w rzeczywistości wniosek o dokonanie uzgodnienia, a nie pytanie do treści SWZ. Zamawiający zauważył, przyjął taki sam sposób postępowania w odniesieniu do wszystkich uzgodnień dokonanych w tym postępowaniu. Zamawiający nie opublikował odpowiedzi ani na wnioskiwane przez odwołującego uzgodnienie, ani na uzgodnienie dokonane przez przystępującego. Zamawiający zakwalifikował pismo przesłane przez przystępującego na podstawie jego treści, a nie wskazanej podstawy prawnej, co jest zgodne z zaprezentowaną tzw. kombinowaną metodą wykładni oświadczeń woli.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z procedurą uzgodnienia zawartą w SWZ i OPZ, potencjalny oferent, który jest zainteresowany złożeniem oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, zobowiązany jest dokonać uzgodnienia z Szefostwem Służby Czołgowo-Samochodowej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, tylko i wyłącznie poprzez zamawiającego, przed złożeniem oferty. Zatem uzgodnienie nie jest dokonywane bezpośrednio na linii Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych – wykonawca, tylko przy udziale zamawiającego, który jest pośrednikiem w tej procedurze. Jeśli uzgodnienie byłoby dokonane bezpośrednio na linii Inspektorat – oferent, to złożona przez tego oferenta oferta zostałaby odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający podniósł, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, jakoby na gruncie SWZ zamawiający przewidział konieczność zwrócenia się do zamawiającego z oficjalnym wnioskiem o wydanie uzgodnienia, jak również aby SWZ zawierał określone wymogi formalne, które musi zachować oferent zwracając się do zamawiającego w tym zakresie. Próżno szukać w treści SWZ sformułowania „oficjalny wniosek o wydanie uzgodnienia”. To odwołujący w swoim piśmie z dnia 15 stycznia 2024 r. zwraca się do Zamawiającego w ten sposób, że „(...) występujemy z wnioskiem o uzgodnienie dodatkowych wymagań związanych z przygotowaniem i eksploatacją pojazdów do ewentualnego zasilania paliwem F34”. Logika działań podejmowanych przez odwołującego i argumentacja zawarta w treści złożonego przez odwołującego odwołania sprowadza się tego, że jeśli konkurujący z odwołującym wykonawca dokonał np. uzgodnienia w inny sposób niż odwołujący, to jego działania są nieprawidłowe. Odwołujący w swoim odwołaniu wielokrotnie dokonuje nadinterpretacji postanowień SWZ, tworząc w ten sposób nowy stan faktyczny, który w żaden sposób nie przystaje do realiów tej sprawy.

Zamawiający zauważył, że nie budzi wątpliwości fakt, że na gruncie SWZ, jak również w ustawie P.z.p. nie została sformułowana definicja „producenta”. Termin producent nie jest terminem jednoznacznym. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, „Producent — ten kto coś produkuje, Producentem nie może być zatem „koncern”, gdyż pod tym pojęciem należy rozumieć „zjednoczenie przedsiębiorstw o odrębnej osobowości prawnej”. Zamawiający stoi na stanowisku, że dla przedmiotowej sprawy kluczowa jest definicja producenta zawarta w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającym dyrektywę 2007/46/WE. Art. 3 pkt 40 tego rozporządzenia stanowi, że „producent” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która jest odpowiedzialna za wszystkie aspekty homologacji typu pojazdu, układu, komponentu lub oddzielnego zespołu technicznego, lub indywidualnego dopuszczenia pojazdu lub procedurę uzyskiwania zezwoleń dla części i wyposażenia, za zapewnienie zgodności produkcji oraz za kwestie dotyczące nadzoru rynku w odniesieniu do tych wyprodukowanych pojazdów, układów, komponentów, oddzielnych zespołów technicznych, części i wyposażenia, bez względu na to, czy osoba ta bezpośrednio uczestniczy we wszystkich etapach projektowania i budowy tych pojazdów, układów, komponentów lub oddzielnych zespołów technicznych”.

Zamawiający wskazał, że pojazdy stanowiące przedmiot zamówienia, nie są asortymentem powszechnie dostępnym. Wymagania zawarte w OPZ nie pozwalają na dostawę pojazdów bezpośrednio od dealera samochodowego, który prowadzi salon samochodowy danej marki. W związku z tym, oferent zainteresowany udziałem w postępowaniu i realizacją zamówienia na rzecz zamawiającego zobowiązany jest dokonać przystosowania pojazdu/wykonania zabudowy zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ. Zatem działalność odwołującego polega na nabywaniu pojazdów od dealerów samochodowych, a następnie dostosowaniu ich do wymagań zamawiającego. Takie szerokie rozumienie producenta jest uzasadnione prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem naczelnych zasad ustawy P.z.p. wyrażonych w art. 16 ustawy P.z.p., a zwłaszcza uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do instrukcji, która ma zawierać szczegółowy sposób postępowania przed i po zastosowaniu paliwa F - 34 i zarzutu czynionego przez odwołującego, że „Instrukcja nie została przekazana zarówno przed złożeniem oferty w Postępowaniu, jak i w treści oświadczenia o przystosowaniu samochodów do zastosowania paliwem F-34 – pkt.

27 odwołania, zamawiający podniósł, że SWZ nie zawierała szczegółowych wymogów w tym zakresie. Jak wynika z treści rozdziału II ust. 4 OPZ: „(...) powyższe wymagania (sposób postępowania) muszą być zawarte w instrukcji obsługi lub użytkownika pojazdu oraz muszą znajdować się w widocznym miejscu (np.: naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu”. Takie sformułowanie w treści OPZ jednoznacznie wskazuje, że konieczność dostarczenia instrukcji zostaje *de facto* przeniesiona na etap realizacji umowy (odbior pojazdów przez zamawiającego). Potwierdzeniem stanowiska zamawiającego jest treść odpowiedzi udzielonej odwołującemu i przystępującemu w skierowanych do nich uzgodnieniach. Jednocześnie zamawiający wskazuje, że zgodnie z treścią Rozdziału V ust. 1 SWZ — „ Po uzgodnieniu, powyższe wymagania (sposób postępowania) muszą być zawarte w instrukcji obsługi lub użytkownika pojazdu oraz muszą znajdować się w widocznym miejscu (np.: naklejka, tabliczka) czy wewnątrz kabiny pojazdu”, to na etapie realizacji umowy (etap odbioru pojazdów) zamawiający będzie weryfikował, czy określone instrukcje zostały przekazane i jaka jest ich treść. Oznacza to, że w sytuacji niewywiązania się wykonawcy z ww. obowiązków wynikających z SWZ, umowa nie zostanie zrealizowana, a tym samym nie dojdzie do naruszenia interesu zamawiającego.

Odnosząc się do uzgodnienia stosowania dodatku NYCO 1750 do paliwa, zamawiający stwierdził, że nie można mówić o uzgodnieniu blankietowym czy pustym, ponieważ sposób stosowania tego dodatku jest powszechnie dostępny i znany. Nadto, wskazać należy, że wbrew twierdzeniom odwołującego dodatek NYCO 1750 nie tylko może być stosowany tylko do samochodów ciężarowych i cystern. Zamawiający wskazał, że NYCO 1750 ma zastosowanie w sprzęcie lądowym. Termin „sprzęt lądowy” jest nazwą ogólną, której zakres nie jest wyczerpujący, tzn. że istnieje bardzo wiele desygnatów tego pojęcia. Wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest prawdą, że silniki o zapłonie samoczynnym (potocznie zwane wysokoprężnymi) – nie są w stanie pracować przy zasilaniu paliwem F-34. Dlatego też zamawiający w dokumentacji postępowania wymaga, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia uzgodnił możliwość stosowania paliwa F-34 w oferowanych przez niego pojazdach. Zamawiający wskazał, że przywołana przez odwołującego instrukcja pojazdu dostępna na stronie internetowej producenta ma zastosowanie w pojazdach użytkowanych prywatnie lub jako samochody flotowe. W żaden sposób nie można jej odnosić do pojazdów wykorzystywanych przez jednostki wojskowe, w tym przez zamawiającego, w celu realizacji zadań z zakresu obronności i bezpieczeństwa państwa. Zamawiający podniósł, że wykorzystanie tego paliwa (F-34) następuje w sytuacjach wyjątkowych, a prawdopodobieństwo jej zaistnienia występuje wyłącznie w odniesieniu do pojazdów użytkowanych przez jednostki wojskowe. Mając powyższe na uwadze, zamawiający stwierdził, że brak jest zasadności umieszczania takich informacji w standardowych instrukcjach obsługi. Tym samym argumentacja Spółki która oparta jest na informacjach zawartych w ogólnodostępnych instrukcjach obsługi pojazdów przeznaczonych do użytku cywilnego nie może być uznana za właściwą i trafną.

Odnosząc się do zarzutu niemożności udzielenia przez odwołującego gwarancji producenta, co ma z kolei stanowić podstawę do odrzucenia jego oferty, zamawiający stwierdził, że wskazane przez odwołującego postanowienie wzoru umowy (§ 5 ust. 3 wzoru umowy), nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.). Realizacja wskazanych powyżej postanowień umowy następuje dopiero na etapie jej realizacji, co wynika wprost z jego brzmienia: „Wykonawca wyda Zamawiającemu wraz z przedmiotem Umowy dokument gwarancyjny (. .)”. Przejęcie w tym zakresie argumentacji odwołującego musiałoby doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający musiałby hipotetycznie przyjąć, że przystępujący nie spełni określonych wymagań co do których oświadczył, że zostaną przez niego spełnione i bez weryfikacji tego zapewnienia miałby odrzucić ofertę przystępującego. W ocenie zamawiającego takie działanie byłoby niedopuszczalne i stanowiłoby naruszenie przepisów prawa.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p., zamawiający podniósł, że art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. pozostaje w ścisłym związku z art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p. Ostatni z przytoczonych przepisów zawiera zamknięty i ściśle określony katalog przypadków, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Zamawiający wskazał, że sformułowanie „unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego” jest pojęciem ustawowym. Przesłanki unieważnienia umowy zostały wyczerpująco wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p.. W związku z tym, tylko i wyłącznie przesłanki unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p. mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p.. Dodatkowo zamawiający zauważył, że na gruncie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wskazywała konsekwentnie na ścisły związek pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 a art. 146 ww. ustawy (np. wyrok z dnia 29 kwietnia 2015, sygn. akt KIO 782/15). Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r., III CZP 78/04, wskazał, że katalog przesłanek wymienionych w art. 93 ustawy z 2004 roku (obecnie art. 255 ustawy P.z.p.)

stanowiących przyczynę unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Ustawa nie przewiduje bowiem innych przesłanek unieważnienia, poza wskazanymi w omawianym przepisie i powinny być one traktowane jako wyjątkowy sposób zakończenia postępowania.

W ocenie zamawiającego, w świetle podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia przez zamawiającego wymienionych przepisów ustawy P.z.p. oraz powołanych okoliczności, nie ulega wątpliwości, iż zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy P.z.p. Tym samym postępowanie nie może zostać unieważnione jako obciążone wadą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M.I. M.Ś. Spółka komandytowo-akcyjna w Górze Kalwarii (dalej: przystępujący). Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 16 kwietnia 2024 roku wniósł o: oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodów:

- 1) Świadczenie zgodności Volkswagen/Modesto SYN1E – na okoliczność, że Modesto jest producentem samochodu Volkswagen/Modesto SYN1E Crafter;
- 2) Oświadczenie Volkswagen Group Polska sp. z o.o. (błędnie datowane 18.04.2024), podpisane 11.04.2024 r. – na okoliczność, że odwołujący i przystępujący zaoferowali ten sam typ samochodu podstawowego oraz z tym samym silnikiem
- 3) Świadczenie zgodności MAN SYN1E TGE 3.180 – na okoliczność, że zaoferowany przez odwołującego pojazd wyposażony jest w silnik produkcji Volkswagen AG, o tych samych parametrach co silnik w pojeździe zaoferowanym przez przystępującego;
- 4) Komplektacja pojazdu Volkswagen Crafter – na okoliczność, że zaoferowany przez przystępującego pojazd wyposażony jest w silnik produkcji Volkswagen AG, o tych samych parametrach co silnik w pojeździe zaoferowanym przez odwołującego;
- 5) Artykuł „MAN TGE czyli Volkswagen Crafter w przebraniu”, dostęp 16.04.2024 r.; 6809107413919361a - na okoliczność, że odwołujący i przystępujący zaoferowali ten sam typ samochodu podstawowego oraz z tym samym silnikiem
- 6) Charakterystyka MAN TGE i Volkswagen Crafter na stronie (dostęp 16.04.2024 r.): <https://truck-man.pl/content/15-man-tge-vw-crafter> - na okoliczność, że odwołujący i przystępujący zaoferowali ten sam typ samochodu podstawowego oraz z tym samym silnikiem;
- 7) Opinia Instytutu Transportu Samochodowego nr 2325/ITS/24 – na okoliczność, że dodatek do paliwa NYCO 1750 może być użyty do paliwa lotniczego F-34 i F-35, co umożliwia stosowanie takiej mieszanki w silnikach wysokoprężnych urządzeń lądowych i pojazdów.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia — mikrobusów o parametrach określonych w SWZ.

Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę brutto dla zamówienia podstawowego w roku 2024 - 6.063.000,00 zł, a w roku 2025 - 6.379.000,00 zł (dowód: *protokół nr 3 z posiedzenia komisji – otwarcie ofert z dnia 29 stycznia 2024 roku*).

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 4) OPZ: *Pojazdy muszą być przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych zgodnym z NO-91-A258-2:2018 „Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34.” lub równoważną. Przyjmuje się za wystarczające przedstawienie przez Wykonawcę pisemnego potwierdzenia o przystosowaniu pojazdu do ewentualnego zasilania paliwem F-34.*

Zgodnie z rozdziałem V SWZ „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych”:

1. *W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania oraz cechy, Zamawiający wymaga złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:*

- *oświadczenie Wykonawcy, że zaoferowane pojazdy są przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych zgodnym z NO-91-A258-2:2018 „Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34.”; NO-91-A258-2:2018/A1 „NO-91-A258-2:2018 Materiały pędne i smary.*

*Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34" lub równoważną.*

*Przyjmuje się za wystarczające przedstawienie przez Wykonawcę pisemnego potwierdzenia o przystosowaniu pojazdu do ewentualnego zasilania paliwem F-34.*

*Jeżeli producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania ww. paliwem do turbinowych silników lotniczych od spełnienia określonych wymagań lub od określonego sposobu postępowania (zarówno ze strony producenta jak i ze strony użytkownika), to należy je wcześniej uzgodnić z SSCz.-Sam. IWsp SZ, tylko i wyłącznie poprzez Zamawiającego, przed złożeniem oferty.*

*Koszty związane z ewentualnym przystosowaniem pojazdów do zasilania ww. paliwem, przed ich dostawą do Zamawiającego, ponosi Wykonawca umowy.*

*Po uzgodnieniu, powyższe wymagania (sposób postępowania) muszą być zawarte w instrukcji obsługi lub użytkownika pojazdu oraz muszą znajdować się w widocznym miejscu (np.: naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu.*

*W celu potwierdzenia powyższego warunku: Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 3A do SWZ.*

*Uwaga: W przypadku braku uzgodnienia (jeżeli jest wymagane) i przedstawienia przez Wykonawcę pisemnego potwierdzenia o przystosowaniu pojazdu do ewentualnego zasilania paliwem F-34, Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuci ofertę Wykonawcy.*

*2.Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą (dowód: SWZ).*

*Zgodnie z pkt. II ust. 4 OPZ (stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ) 4.:*

*Pojazdy muszą być przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych zgodnym z NO-91-A258-2:2018 „Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34.” lub równoważną. Przyjmuje się za wystarczające przedstawienie przez Wykonawcę pisemnego potwierdzenia o przystosowaniu pojazdu do ewentualnego zasilania paliwem F-34 Jeżeli producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania ww. paliwem do turbinowych silników lotniczych od spełnienia określonych wymagań lub od określonego sposobu postępowania (zarówno ze strony producenta jak i ze strony użytkownika), to należy je wcześniej uzgodnić z SSCz.-Sam. IWsp SZ, tylko i wyłącznie poprzez Zamawiającego, przed złożeniem oferty. Koszty związane z ewentualnym przystosowaniem pojazdów do zasilania ww. paliwem , przed ich dostawą do Zamawiającego, ponosi Wykonawca umowy. Po uzgodnieniu, powyższe wymagania (sposób postępowania) muszą być zawarte w instrukcji obsługi lub użytkownika pojazdu oraz muszą znajdować się w widocznym miejscu (np.: naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu. (dowód: OPZ).*

*Zgodnie z § 5 ust. 3 Wzoru Umowy: "Niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę, Zamawiającemu przysługują wszelkie uprawnienia wynikające z gwarancji producenta sprzętu dostarczanego w ramach niniejszej Umowy. Wykonawca wyda Zamawiającemu wraz z przedmiotem Umowy dokument gwarancyjny zawierający oświadczenie gwarancyjne producenta sprzętu." (dowód Wzór Umowy – załącznik nr 6 do SWZ).*

*Pismem z dnia 11 stycznia 2024 roku odwołujący zwrócił się do zamawiającego z następującym wnioskiem:*

**WNIOSEK**

*Dotyczy: wyjaśnienia zapisów zawartych przez Zamawiającego w SIWZ i załącznikach do sma w postępowaniu na „DOSTAWA SAMOCHODÓW OGÓLNEGO PRZEZNACZENIA - MIKROBUSÓW' — numer postępow D/227/2023 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego*

*Szanowni Państwo,*

*W imieniu M.I. M.Ś. Spółka komandytowo-akcyjna, zwracamy się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 i odpowiedzi na poniższe pytania. ( ... )*

*Pytanie nr 3*

*Dotyczy: WET— wymagania odnośnie warunków eksploatacji*

*Zamawiający w WET w rozdziale II pkt. 4 wymaga aby pojazdy były przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych zgodnym z NO-91A258-2:2018 „Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników*

lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34.", NO-91-A258-2:2018/A1 „NO-91-A258-2.2018 Materiały pędne i smary. Paliwo do turbinowych silników lotniczych. Część 2: Paliwo kod NATO F-34" lub równoważną. Ponadto Zamawiający wymaga w przypadku gdy producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania ww paliwem do turbinowych silników lotniczych od spełnienia określonych wymagań lub od określonego sposobu postępowania to należy je wcześniej uzgodnić z SSCz.-Sam. IWsp SZ, tylko i wyłącznie poprzez Zamawiającego, przed złożeniem oferty.

W nawiązaniu do powyższego zapisu czy Zamawiający uzna w/w warunek za spełniony w przypadku gdy do pojazdów oferowanych przez Wykonawcę, w celu spełnienia wymagania w zakresie możliwości ewentualnego zasilania paliwem „F-34”, należy zastosować do wyżej wymienionego materiału pędnego dodatek NYCO 1750, który umożliwia stosowanie paliwa lotniczego F-34 lub F-35 (stosowanego w samolotach myśliwskich, transportowych, śmigłowcach) na sprzęcie lądowym. Jego działanie poprawia jakość paliwa stosowanego w silnikach diesla samochodów ciężarowych i cystem (wzmocnienie smarowania i poprawa wskaźnika cetanowego), w oparciu o koncepcję „Single Fuel Concept”. NYCO 1750 stosowany jest w wielu armiach na świecie.” (dowód: pismo z dnia 11 stycznia 2024 roku).

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2024 r. przesłał do Modesto pismo stanowiące odpowiedź na powyższe pytanie:

Zamawiający informuje, że w porozumieniu z Instytucją Ekspercką wyraża zgodę na dopuszczenie do zaferowania pojazdów zgodnie z propozycją potencjalnego Wykonawcy, pod warunkiem przedstawienia szczegółowej (pełnej) instrukcji (algorytmu) postępowania w trakcie przygotowania oraz po zastosowaniu paliwa F-34 w pojeździe.

Szczegółowy sposób postępowania przed i po zastosowaniu paliwa F-34 muszą być zawarte w instrukcji obsługiowania lub użytkownika pojazdu oraz znajdować się w widocznym miejscu (np. naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu (dowód: pismo z dnia 22 stycznia 2024 roku).

Z analogicznym wnioskiem jak przystępujący zwrócił się do zamawiającego wykonawca Benepol. Zamawiający w dniu 22 stycznia 2024 roku udzielił temu wykonawcy identycznej odpowiedzi jak przystępującemu (dowód: pismo zamawiającego z dnia 22 stycznia 2024 roku).

Pismem z dnia 16 stycznia 2024 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego, wskazując:

Działając w imieniu Spółki pod firmą MAN Truck & Bus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy przy Alei Katowickiej 9, 05-830 Nadarzyn wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 42934, posiadającą numer NIP: 534-216-93-25, REGON: 017366742, kapitał zakładowy: 55.215.500,- złotych, (zw. dalej „Wykonawcą”), zgodnie z zapisem zawartym w rozdziale V pkt.1 SWZ w/w postępowania, jako potencjalny wykonawca, występujemy z wnioskiem o uzgodnienie dodatkowych wymagań związanych z przygotowaniem i eksploatacją pojazdów do ewentualnego zasilania paliwem F34. Dodatkowe wymagania proponowane przez producenta:

W przypadku ewentualnego stosowania do zasilania pojazdu paliwa do turbinowych silników lotniczych F34 należy użyć dodatku uszlachetniającego CETAN R lub odpowiednik, w ilości 0,15% w stosunku do paliwa (1,5 litra CETAN na 1000 litrów paliwa) oraz dodatek oleju silnikowego w normie VW 504.00/507.00 w ilości 2% w stosunku do paliwa. Zastawanie wielofunkcyjnego pakietu uszlachetniającego CETAN R do ON paliwa pozwala na poprawę następujących właściwości olejów napędowych: smarnych, przeciwutleniających, przeciwkorozyjnych, antysypniających, ekologicznych oraz liczby cetanowej paliwa (dowód: pismo z dnia 16 stycznia 2024 roku).

Pismem z dnia 22 stycznia 2024 roku zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający informuje, że w porozumieniu z Instytucją Ekspercką wyraża zgodę na dopuszczenie do zaferowania pojazdów zgodnie z propozycją potencjalnego Wykonawcy, pod warunkiem przedstawienia szczegółowej (pełnej) instrukcji (algorytmu) postępowania w trakcie przygotowania oraz po zastosowaniu paliwa F-34 w pojeździe. Szczegółowy sposób postępowania przed i po zastosowaniu paliwa F-34 muszą być zawarte w instrukcji obsługiowania lub użytkownika pojazdu oraz znajdować się w widocznym miejscu (np. naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu (dowód: pismo z 22 stycznia 2024 roku).

W postępowaniu złożono dwie oferty:

Numer oferty	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Oferowana cena
	MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. Z O.O. 05-830 Nadarzyn, Wolica, Al. Katowicka 9	netto: 32 926 400,00 zł brutto: 40 499 472,00 zł

2	MODESTO IWONA ŚLASKA, MAREK ŚLASKI SPÓŁKA KOMANDYTOWO-AKCYJNA 05-530 Góra Kalwaria, ul. Grójecka 54	netto: 27 222 000,00 zł brutto: 33 483 060,00 zł
---	--	---

*Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 29 stycznia 2024 roku*

Odwołujący zaoferował pojazdy: Producent: Volkswagen AG, marka: Volkswagen, typ: SY1NE, model: Crafter, rodzaj skrzyni biegów: manualna 6-cio biegowa+ bieg wsteczny (*dowód: formularz ofertowy przystępującego*).

Do oferty przystępujący dołączył oświadczenie o możliwości wykorzystania paliwa F-34 przez oferowane pojazdy. W dokumencie wskazano, że pojazdy są (i) przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem F-34, (ii) producent uzależnia możliwość ewentualnego zasilania tym paliwem od określonych wymagań lub określonego sposobu postępowania oraz, że (iii) wykonawca uzgodnił sposób postępowania z zamawiającym. W oświadczeniu wskazano określone wymagania / sposób postępowania: „zgodnie z odpowiedzią z Zamawiającego z dnia 22.01.2024” (*dowód: oświadczenie z dnia 26 stycznia 2024 roku w ofercie przystępującego*).

Pismem z dnia 21 marca 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (*dowód: pismo z dnia 21 marca 2024 roku*).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 212/18, iż nie podważa istnienia interesu okoliczność, że oferta odwołującego jest droższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w takim przypadku jest uprawniony do zwiększenia swego budżetu. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby, do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności, czy zamawiający nie zwiększyłby kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

Na wstępie Izba wskazuje, że przeprowadziła dowody z dokumentów zamówienia oraz dokumentów sporządzonych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (wskazanych w części uzasadnienia odnoszącej się do ustalonego stanu faktycznego), a także z dokumentów wskazanych i opisanych niżej, przy rozstrzygnięciu poszczególnych zarzutów i na okoliczności wskazywane na ich poparcie.

Izba odmówiła przeprowadzenia zawnioskowanych przez odwołującego dowodów:

- z pisma odwołującego z dnia 21 lutego 2024 roku z załącznikiem w postaci pierwszej strony świadectwa z badań oraz korespondencji e-mailowej na okoliczność wykazania, że zostały przeprowadzone przez firmę MAN badania na okoliczność wykazania możliwości zastosowania paliwa F34. W ocenie Izby przedmiotem wnioskowanego dowodu miałyby być fakty niemające dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.);
- z wydruku ze strony internetowej Modesto Polska, na okoliczność wykazania, że Modesto nie jest producentem pojazdów w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/858 z dn. 30.05.2018 roku w sp. homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i przyczep komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniające rozporządzenie WE nr 715/2007 i WE nr 715/2007 i WE nr 595/2009 uchylającą dyrektywę 2007/46/WE. W ocenie Izby przedmiotem wnioskowanego dowodu miałyby być fakty niemające dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.);
- z oferty MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., na okoliczność wykazania, że producentem pojazdów MAN jest firma MAN oraz że pojazdy produkowane przez firmę MAN oraz oferowane przez przystępującego to nie jest to samo (argumentacja jak wyżej);
- z kserokopii dowodu rejestracyjnego pojazdu o numerze rejestracyjnym WPR0965T, na okoliczność wykazania, że firma Modesto nie jest producentem pojazdów, a jest nim firma Volkswagen oraz że w dowodzie rejestracyjnym wpisany jest producent pojazdów. Izba podkreśla, że dowód rejestracyjny, którego wzór stanowi załącznik do rozporządzenia

Ministra Infrastruktury z dnia 31 sierpnia 2022 r. w sprawie rejestracji i oznaczania pojazdów, wymagań dla tablic rejestracyjnych oraz wzorów innych dokumentów związanych z rejestracją pojazdów (Dz. U. poz. 1847) nie zawiera informacji o producencie pojazdu, zatem Izba uznała, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki (argumentacja na podstawie art. 541 ustawy P.z.p.);

- z zestawienia pytań, jakie zostały zawarte w postępowaniu na okoliczność wykazania, że przystępujący oraz firma Benepol złożyły 3 takie same pytania do specyfikacji, co oznacza, że były ze sobą w kontakcie. W ocenie Izby przedmiotem wnioskowanego dowodu miałyby być fakty nie mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.).

Izba odmówiła przeprowadzenia zawnioskowanego przez zamawiającego dowodu z zeznań świadka, Pana P.G. na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie, wskazując, że okoliczności, jakie miałyby być stwierdzone zeznaniami świadka, mogą zostać ustalone na podstawie dokumentów postępowania (dot. okoliczności wskazanych w pkt. a i b tezy dowodowej; argumentacja na podstawie art. 541 ustawy P.z.p.) bądź nie mają dla rozstrzygnięcia odwołania istotnego znaczenia (dot. okoliczności wskazanej w pkt. c tezy dowodowej; argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.).

Izba odmówiła przeprowadzenia zawnioskowanych przez przystępującego dowodów:

- z oświadczenia Volkswagen Group Polska sp. z o.o. (błędnie datowane 18.04.2024), podpisane 11.04.2024 r. – na okoliczność, że odwołujący i przystępujący zaoferowali ten sam typ samochodu podstawowego oraz z tym samym silnikiem
- ze świadectwa zgodności MAN SYN1E TGE 3.180 – na okoliczność, że zaoferowany przez odwołującego pojazd wyposażony jest w silnik produkcji Volkswagen AG, o tych samych parametrach co silnik w pojeździe zaoferowanym przez przystępującego;
- z kompletacji pojazdu Volkswagen Crafter – na okoliczność, że zaoferowany przez przystępującego pojazd wyposażony jest w silnik produkcji Volkswagen AG, o tych samych parametrach co silnik w pojeździe zaoferowanym przez odwołującego;
- z artykułu „MAN TGE czyli Volkswagen Crafter w przebraniu”, dostęp 16.04.2024 r.; 6809107413919361a - na okoliczność, że odwołujący i przystępujący zaoferowali ten sam typ samochodu podstawowego oraz z tym samym silnikiem;
- z charakterystyki MAN TGE i Volkswagen Crafter na stronie (dostęp 16.04.2024 r.): <https://truck-man.pl/content/15-man-tge-vw-crafter> - na okoliczność, że odwołujący i przystępujący zaoferowali ten sam typ samochodu podstawowego oraz z tym samym silnikiem.

W ocenie Izby przedmiotem wnioskowanych przez przystępującego dowodów miałyby być fakty nie mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.).

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Modesto z postępowania pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem V ust. 1 SWZ, Rozdziałem II pkt 4 OPZ oraz § 5 ust. 3 Wzoru Umowy.

W zakresie tego zarzutu odwołujący wskazał na następujące niezgodności:

- brak uzyskania przez Modesto uzgodnienia zasilania pojazdów paliwem turbinowym F-34,
- niezgodność oferowanych pojazdów z wymaganiami SWZ,
- niemożliwość udzielenia gwarancji producenta.

Odnosząc się do powyższego, Izba wskazuje, co następuje:

W ocenie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Modesto z postępowania pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że przystępujący nie uzyskał uzgodnienia zasilania paliwem turbinowym, nie zasługuje na uwzględnienie.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami było to, że wykonawcy powinni byli zaoferować pojazdy przystosowane do ewentualnego zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych, natomiast w sytuacji, w której producent pojazdów uzależnia możliwość ewentualnego zasilania ww. paliwem do turbinowych silników lotniczych od spełnienia określonych wymagań lub od określonego sposobu postępowania (zarówno ze strony producenta jak i ze

strony użytkownika), należało je wcześniej uzgodnić z SSCz.-Sam. IWsp SZ, tylko i wyłącznie poprzez zamawiającego, przed złożeniem oferty.

Odwołujący podniósł, że z rozdz. II pkt 4 OPZ wynikał obowiązek zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem, w którym należało przedstawić zalecenia producenckie zastosowania paliwa F-34 w wykorzystywanym w pojeździe źródle zasilania (np. przedstawienie opisu i proporcji mieszanek paliw z paliwem f-34), jak i rekomendacje co do sposobu użytkowania pojazdu (np. wykorzystanie paliwa F-34 wymusza konieczność dokonania dodatkowych przeglądów itp.). Odwołujący stwierdził, że przystępujący przed złożeniem oferty w postępowaniu, nie zwrócił się do zamawiającego z oficjalnym wnioskiem, jak również nie przedstawił zaleceń producenckich / procedury postępowania, a zatem nie dochował wymaganych w SWZ formalności w tym zakresie. Ponadto wskazał, że przystępujący nie jest producentem samochodów, ale firmą zajmującą się zabudowywaniem pojazdów bazowych i dystrybucją kompletnych pojazdów różnych marek.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Z analizy wskazanego wyżej postanowienia OPZ nie wynika obowiązek zwrócenia się do zamawiającego z oficjalnym wnioskiem. Zamawiający nie wskazał w tym zakresie żadnej szczególnej procedury. Do procedury takiej nie odwołał się również odwołujący wskazując jedynie, że praktyką jest, że wykonawcy składają oficjalne wnioski o wydanie uzgodnienia, zawierające opis stosownych procedur. Ze stanowiska odwołującego wynika zatem, że oficjalne występowanie o wydanie uzgodnienia wynika z praktyki, nie zaś z określonych ściśle i wskazanych w SWZ procedur. Tym samym, skoro SWZ nie zawierała procedury występowania o uzgodnienia, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SWZ w przypadku wykonawcy, który nie zwrócił się do zamawiającego z oficjalnym wnioskiem. Podkreślić należy, że żaden z wykonawców nie zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o doprecyzowanie postanowień SWZ w zakresie procesu dokonywania uzgodnień, o których mowa w rozdz. V SWZ i pkt. II ust. 4 OPZ, jak również nie złożył odwołań na wskazane postanowienia tychże dokumentów.

Brak jest również podstaw do stwierdzenia, iż przystępujący nie przedstawił „zaleceń producenta”. W szczególności podkreślić należy, iż zamawiający również i w tym przypadku nie sformułował żadnych wymagań w zakresie treści tego rodzaju wymagań. Tym samym uprawnione jest stanowisko, że warunek taki spełnia każda treść, z której można wywnioskować, na czym polegać ma szczególne postępowanie w przypadku konieczności zastosowania paliwa do turbinowych silników lotniczych. Informacja taka została zawarta w pytaniu nr 3 skierowanym przez przystępującego do zamawiającego. Jednocześnie zamawiający nie wymagał w SWZ podawania takich informacji, których brak odwołujący zarzuca przystępującemu, tj. opis i proporcja zastosowanych mieszanek czy rekomendacje co do sposobu użytkowania pojazdu. Brak precyzji treści SWZ (w tym OPZ) w tym zakresie powoduje, że odwołującemu nie można skutecznie zarzucić, że w pytaniu dotyczącym uzgodnień nie ujął takich czy innych danych. Podkreślenia również wymaga, iż zamawiający uznał, że pytanie zadane przez przystępującego wyczerpuje przesłanki wskazane w rozdz. V SWZ i pkt. II ust. 4 OPZ. W sytuacji, w której zamawiający nie sformułował innych wymagań w zakresie treści wniosku o uzgodnienia i jednocześnie uznał, iż treść pytania zadanego przez przystępującego umożliwia dokonanie uzgodnień, brak jest podstaw do stwierdzenia, że uzgodnienie zostało dokonane niezgodnie z SWZ.

Jednocześnie Izba wskazuje, że ze wskazanych wyżej postanowień SWZ nie wynikało, że wykonawcy obowiązani byli przedstawiać jakiegokolwiek dokumenty pochodzące bezpośrednio od producenta i zawierające wymogi w zakresie używania paliwa F-34. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika jedynie, że – w sytuacji, w której istnieje obiektywna, ustalona przez producenta, konieczność spełnienia takich wymagań – należy je wcześniej uzgodnić. Obowiązek dokonania uzgodnień spoczywał na wykonawcy, nie zaś na producencie.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w definicja „producenta” zawarta w art. 3 pkt 40 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniające rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylające dyrektywę 2007/46/WE (Dz.U. UE. L 151/1) oraz w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 168/2013 z dnia 15 stycznia 2013 r. (Dz.U.UE.L60/52) w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów dwu- lub trzykołowych oraz czterokołowców jest bardzo szeroka i obejmuje również przystępującego, który wykonuje czynności związane z zabudową pojazdu podstawowego, którego producentem jest Volkswagen AG, co potwierdza także złożone przez przystępującego Świadectwo zgodności Volkswagen/Modesto SYN1E.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż przystępujący nie mógł uzyskać uzgodnień, o których mowa w rozdz. V SWZ i pkt. II ust. 4 OPZ, ponieważ jego wniosek był w istocie pytaniem do SWZ, wystosowanym na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba wskazuje, iż – mimo że przystępujący w pierwszej części pisma wniósł o wyjaśnienie

treści SWZ – to z samej treści pytania można wywieść wniosek, iż w istocie zwrócił się do zamawiającego o dokonanie uzgodnień. Wskazuje na to fakt, iż przystępujący przytoczył w piśmie treść pkt. II ust. 4 OPZ, stanowiący o konieczności dokonania uzgodnień, a następnie wskazał, na czym miałyby polegać dostosowanie zaoferowanych pojazdów do zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych. Treść zadanego pytania nie odnosiła się do treści SWZ, ale wyłącznie do przedmiotu zamówienia oferowanego przez przystępującego. Podkreślić przy tym należy, że kluczowym elementem decydującym o charakterze pisma jest jego treść, a nie oznaczenie.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że zamawiający, dokonując badania i oceny oferty przystępującego, pominął treść udzielonej w dniu 22 stycznia 2024 roku odpowiedzi, tj. fakt, że Instytucja Ekspercka postawiła przystępującemu warunek – przekazania instrukcji postępowania zastosowania paliwa F-34. Odwołujący stwierdził, że instrukcja nie została przekazana zarówno przed złożeniem oferty w postępowaniu, jak i w treści oświadczenia o przystosowaniu samochodów do zastosowania paliwa F-34.

Argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje na treść pisma z dnia 22 stycznia 2024 roku, w którym zamawiający wskazał, że (...) w porozumieniu z Instytucją Ekspercką wyraża zgodę na dopuszczenie do zaoferowania pojazdów zgodnie z propozycją potencjalnego Wykonawcy, pod warunkiem przedstawienia szczegółowej (pełnej) instrukcji (algorytmu) postępowania w trakcie przygotowania oraz po zastosowaniu paliwa F-34 w pojeździe.

W tym samym piśmie zamawiający zawarł klauzulę, stanowiącą powtórzenie treści fragmentu pkt. II ust. 4 OPZ, zgodnie z którym: *Szczegółowy sposób postępowania przed i po zastosowaniu paliwa F-34 muszą być zawarte w instrukcji obsługi lub użytkownika pojazdu oraz znajdować się w widocznym miejscu (np. naklejka, tabliczka) wewnątrz kabiny pojazdu.*

Izba wskazuje, że ani z treści pisma z dnia 22 stycznia 2024 roku, ani też z treści OPZ bądź innego postanowienia SWZ, nie wynikał obowiązek złożenia instrukcji przed terminem składania ofert ani też wraz z ofertą. Dokument tego rodzaju nie został także wymieniony w rozdz. V SWZ – Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych. Podkreślenia wymaga natomiast, iż – co do zasady – instrukcję obsługi przekazuje się wraz z przedmiotem zamówienia. W rozpoznawanym przypadku brak jest podstaw, by stwierdzić, że przystępującego obowiązywał inny termin do złożenia wskazanej instrukcji.

Odnosząc się natomiast do argumentu odwołującego, iż brak wymaganych informacji w zakresie przystosowania pojazdów do zasilania paliwem do turbinowych silników lotniczych może skutkować uchylaniem się od ponoszenia kosztów takiego przystosowania, Izba wskazuje, że zgodnie z pkt. II ust. 4 OPZ, koszty związane z ewentualnym przystosowaniem pojazdów do zasilania ww. paliwem (...) przed ich dostawą do zamawiającego, ponosi wykonawca umowy. Podniesiony w tym zakresie zarzut nie dotyczy zatem czynności (zaniechania) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale etapu związanego z realizacją przedmiotu zamówienia. Rozstrzygnięcie tego rodzaju zarzutu wykracza zatem poza zakres rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Modesto z postępowania pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że przystępujący zaoferował pojazdy niezgodne z wymaganiami SWZ.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w Rozdziale X ust. 1 OPZ wymagał dostarczenia pojazdu wyposażonego w silnik wysokoprężny: "Pojazdy muszą być wyposażone w silnik wysokoprężny o mocy minimum 109 kW spełniający normę emisji spalin minimum Euro 6 (lub Euro VI), połączony z ręcznie sterowaną lub automatyczną skrzynią biegów o minimum 5 przełożeniach do przodu".

Odwołujący wskazał, że silniki wysokoprężne nie umożliwiają zasilania pojazdów paliwem turbinowym F-34. Aby wykorzystać paliwo F-34 należy wprowadzić zmiany do źródła lub sposobu zasilania pojazdu. Dlatego też zamawiający określił w SWZ wymóg przedstawienia sposobu postępowania z paliwem F-34 oraz uzyskania stosownych uzgodnień w tym zakresie. W ocenie odwołującego zaoferowany przez Modesto model pojazdu - Volkswagen SYI NE Crafter również nie wykorzystuje i nie jest przystosowany do zasilania paliwem F-34. Volkswagen AG jako producent w instrukcji obsługi pojazdu (dostępnej na oficjalnej stronie producenta) wyraźnie wskazał, w jakich normach można stosować paliwa przy użytkowaniu pojazdu - są to normy EN 590 w aktualnej wersji oraz DIN EN 590. Paliwo F34 nie podlega żadnej z tych norm. gdyż produkowane jest na podstawie normy obronnej NO-91-A258-2. Ponadto odwołujący wskazał, że z dostępnych na stronie producenta informacji wynika, że producent nie przewiduje możliwości dostosowania pojazdu zaoferowanego przez przystępującego do paliwa turbinowego.

Argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności Izba wskazuje, że z żadnych

dokumentów postępowania nie wynika konieczność potwierdzania możliwości zastosowania paliwa turbinowego w ogólnie dostępnej instrukcji obsługi pojazdu oraz ze stron internetowych producenta. Wskazać należy, że zarówno instrukcja obsługi pojazdu, jak i strona internetowa producenta, na ogół zawierają podstawowe informacje, dotyczące pojazdów dostępnych w powszechnej sprzedaży i niewymagających dostosowania do użytkowania w specjalnych warunkach.

Odwołujący podniósł, także, iż NYCO 1750 poprawia jakość paliwa stosowanego w silnikach wysokoprężnych, ale samochodów ciężarowych i cystern (zwiększenie smarowania i poprawa indeksu cetanowego). Przedmiotem zamówienia jest natomiast dostawa mikrobusów. Przyjęte przez Modesto rozwiązanie jest zatem obiektywnie nieprawidłowe do rodzaju oraz przeznaczenia zamawianych pojazdów.

Odwołujący wniósł natomiast o przeprowadzenie dowodu ze złożonej przez siebie opinii certyfikowanego rzeczoznawcy samochodowego na okoliczność wykazania, że dodatek NYCO 1750 nie jest przeznaczony do silników samochodowych osobowych i lekkich samochodów użytkowych/ciężarowych o homologacji M1/N1, których silniki zostały zaprojektowane dla normy Euro6, a więc takiego pojazdu, jaki zaoferował przystępujący. Z kolei przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu ze złożonej przez siebie opinii Instytutu Transportu Samochodowego, w której – na podstawie karty produktu NYCO 1750 – stwierdzono, że dodatek NYCO 1750 może być użyty do paliwa lotniczego F-34 lub F-35, co umożliwia stosowanie takiej mieszanki w silnikach wysokoprężnych urządzeń lądowych i pojazdów.

Izba przeprowadziła dowód ze wskazanych wyżej opinii, wskazując jednocześnie, że tego rodzaju opinie prywatne, złożone w postępowaniu odwoławczym, nie są opiniami biegłego. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 września 1956 r., stwierdził, że: „Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego, choćby nim był stały biegły sądowy, sporządzona na piśmie na polecenie strony i złożona do akt sądowych” (sygn. akt: III CR 121/56). Niemniej jednak opinie te nie są w ogóle pozbawione znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Stanowią one dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r. stwierdził, że: „przedstawianie przez strony prywatnych opinii, do których stosuje się art. 253 k.p.c. jest zjawiskiem procesowym coraz częstszym. Niewątpliwie nie będąc dowodem z opinii biegłego (...) stanowią one, jak trafnie podniesiono w literaturze, element materiału procesowego i powinny być udostępnione stronie przeciwnej. Prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron przed wszczęciem procesu, czy w jego toku są wyjaśnieniem, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, ich stanowiska (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r. II CR 260/74 LexPolonica nr 322007).

Z analizy treści wskazanych opinii wynikają rozbieżne stanowiska. Z opinii sporządzonej przez certyfikowanego rzeczoznawcę samochodowego z dnia 12 kwietnia 2024 roku rozdz. 5 „Opinia” ust. 4 wynika, że „Dodatek NYCO 1750 nie jest przeznaczony do silników samochodów osobowych i lekkich samochodów użytkowych o homologacjach M1/N1, których silniki zostały zaprojektowane dla normy Euro 6”. Z kolei autorzy opinii Instytutu Transportu Samochodowego w treści opinii powołują się na kartę produktu NYCO 1750, z której wynika, że dodatek NYCO 1750 może być użyty do paliwa lotniczego F-34 lub F-35, co umożliwia stosowanie takiej mieszanki w silnikach wysokoprężnych urządzeń lądowych i pojazdów.

W ocenie Izby ocena podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga zatem wiadomości specjalnych. Dla wykazania jego zasadności niezbędnym byłoby przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., na odwołującym. Odwołujący nie wnioskował o przeprowadzenie takiego rodzaju dowodu, zatem Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Modesto z postępowania pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na niemożliwość udzielenia gwarancji producenta.

Odwołujący wskazał, że w § 5 ust. 3 Wzoru Umowy zamawiający wymagał zapewnienia objęcia pojazdów gwarancją producenta:

"Niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez Wykonawcę, Zamawiającemu przysługują wszelkie uprawnienia wynikające z gwarancji producenta sprzętu dostarczanego w ramach niniejszej Umowy. Wykonawca wyda Zamawiającemu wraz z przedmiotem Umowy dokument gwarancyjny zawierający oświadczenie gwarancyjne producenta sprzętu."

Odwołujący podniósł, że przystępujący, aby dostarczyć pojazdy spełniające wymagania określone w SWZ, będzie zobowiązany do dostosowania pojazdów do wykorzystania paliwa turbinowego F-34 na własny koszt i ryzyko, bez udziału producenta. Dostosowanie zasilania pojazdu do paliwa turbinowego F34 będzie następować w sposób niezgodny

z zaleceniami producenta i będzie powodować naruszenie opisanych w instrukcji obsługi pojazdów warunków gwarancji. Modesto nie będzie zatem w stanie obiektywnie wypełnić wymogów określonych w § 5 ust. 3 Wzoru Umowy.

Argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Z przytoczonego wyżej postanowienia umownego wynika, że dokument gwarancyjny ma zostać dostarczony zamawiającemu na etapie realizacji przedmiotu umowy. Niemożność realizacji przedmiotu umowy nie jest równoznaczna z niegodnością treści oferty z warunkami zamówienia, zatem w tym zakresie nie zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jako uzasadnienie zarzutu odwołujący podniósł okoliczność, że zamawiający nie udostępnił wykonawcom odpowiedzi na zadane przez przystępującego pytanie dotyczące treści SWZ, co:

a.spowodowało, że każdy z wykonawców przygotował i skalkulował ofertę w oparciu o odmienny zakres informacji (koszty dostosowania pojazdów do stosowania paliwa F-34);

b.oograniczyło dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadając wiedzę o możliwości wykorzystania paliwa NYCO 1750 złożyliby ofertę w postępowaniu;

c.pozbawiło odwołującego możliwości złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na treść udzielonej odpowiedzi. Uwzględnienie odwołania przez Izbę skutecznie uniemożliwiłoby Modesto udział w postępowaniu oraz zwiększyło szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia.

d. spowodowało, że firma Modesto wzięła udział w postępowaniu na preferencyjnych zasadach, ponieważ nie była zobowiązana do ubiegania się o wydanie stosownego uzgodnienia.

Wskazany zarzut nawiązuje do zarzutu niezgodności oferty przystępującego z treścią SWZ w zakresie niedokonania wymaganych w postępowaniu uzgodnień. W związku z tym, że Izba uznała ów zarzut za nieuzasadniony i stwierdziła, iż zamawiający był uprawniony do tego, by zadane przez przystępującego pytanie potraktować jako uzgodnienie i udzielić odpowiedzi w tym zakresie wyłącznie przystępującemu, brak jest podstaw do stwierdzenia, iż w rozpoznawanym przypadku zaszyły przesłanki do stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Powyższy zarzut stanowił konsekwencję innych zarzutów podniesionych w odwołaniu i z powołaniem na te same okoliczności faktyczne. Izba wskazuje, że wobec oddalenia pozostałych zarzutów, również i ten nie znajduje uzasadnienia w ustalonym stanie faktycznym.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 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:.....

.....

.....