

Sygn. akt KIO/KD 12/19

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 15 lutego 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 24 stycznia 2019 r., pismem z dnia 24 stycznia 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**3 Regionalną Bazę Logistyczną 30-901 Kraków, ul. Montelupich 3**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/ DKZP/ WKZ2/ 421/ 30 (12)/ 18/ SM z dnia 16 stycznia 2019 r., w przedmiocie zamówienia publicznego pn:

**„Dostawa pojazdów samochodowych czterokołowych typu quad i motocykli – zadanie nr 1”**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**  
**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Osiecka**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej  
Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Zamawiający: 3 Regionalna Baza Logistyczna 30-901 Kraków, ul. Montelupich 3 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa pojazdów samochodowych czterokołowych typu quad i motocykli – zadanie nr 1” – dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - dalej: „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną, w konsekwencji której, na podstawie art. 154 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 87 ust.1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP ustalił, co następuje: Zamawiający - 3 Regionalna Baza Logistyczna 30-901 Kraków, ul. Montelupich 3 w dniu 10 kwietnia 2015 r. - wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pojazdów samochodowych czterokołowych typu quad i motocykli w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający podzielił zamówienie na dwa zadania: w zakresie zadania pierwszego była dostawa pojazdów samochodowych czterokołowych typu quad w ilości 48 szt., przedmiotem zadania drugiego była dostawa motocykli w ilości 96 szt. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2017 r. pod numerem 2017/S 077-148457. SIWZ została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 21 kwietnia 2017 r. do dnia 19 czerwca 2017 r.

Zamawiający, w Rozdziale VI SIWZ - Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w punkcie 10 zamieścił wykaz dokumentów i oświadczeń składanych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Jednocześnie zapisał, że poniższe dokumenty składa tylko ten Wykonawca, którego oferta w wyniku oceny ofert uznana zostanie za najkorzystniejszą, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w oznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od daty otrzymania wezwania, wymieniając: dokument stwierdzający, że system zarządzania jakością wykonawcy spełnia wymagania zawarte w AQAP 2130, bądź oświadczenia, że system zarządzania jakością danego Wykonawcy spełnia wymagania zawarte w AQAP 2130; oświadczenie, że Wykonawca wyraża zgodę na przeprowadzenie odbioru wojskowego zgodnie z AQAP 2130. (załącznik nr 14). Ponadto, w Rozdziale VII wskazał, że oprócz dokumentów wymienionych w Rozdziale VI Wykonawca

zobowiązany będzie przedłożyć: (i) Wypełniony druk „Oferta” – załącznik nr 1 do SIWZ; (ii) Wypełniony formularz cenowy – załącznik nr 11 do SIWZ (w zakresie zadań, których realizację wykonawca oferuje); oświadczenie (pkt 7 w druku OFERTA), że pojazdy spełniają określone w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. „Prawo o ruchu drogowym” (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r. poz. 1137 z późn. zm.); (iii) oświadczenie (pkt 8 w druku OFERTA), że pojazdy spełniają wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (tekst jednolity: Dz. U. z 2015r. poz. 305); (iv) oświadczenie (pkt 10 w druku OFERTA), że pojazdy spełniają wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z 23 maja 2012 r. w sprawie rejestracji pojazdów Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz pojazdów należących do obcych sił zbrojnych przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie umów międzynarodowych (Dz. U. z 2012 r. poz. 623); (v) oświadczenie (pkt 9 w druku OFERTA), że pojazdy spełniają wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 17 czerwca 2013 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych mających dwa lub trzy koła, niektórych pojazdów samochodowych mających cztery koła, motorowerów oraz ich przedmiotów wyposażenia lub części (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r. poz. 1818); (vi) oświadczenie (pkt 11 w druku OFERTA), że oferowane pojazdy spełniają wymagania określone w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 168/2013 z dnia 15 stycznia 2013 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów dwu- lub trzykołowych oraz czterokołowców; (vii) oświadczenie (pkt 12 w druku OFERTA), że oferowane pojazdy spełniają wymagania decyzji nr 3/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 3 stycznia 2014 r. w sprawie wytycznych określających wymagania w zakresie znakowania kodem kreskowym wyrobów dostarczanych do resortu obrony narodowej. Załączniki do SIWZ stanowiły: Załącznik nr 1 – Druk „Oferta”; Załącznik nr 2 – Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ); Załącznik nr 3 – Wymagania Eksploatacyjno -Techniczne (zadanie 1 - quady); Załącznik nr 4 – Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (zadanie 2 - motocykle); Załącznik nr 5 – Wymagania jakościowe (zadanie nr 1 – quady); Załącznik nr 6 – Wymagania jakościowe (zadanie nr 2 – motocykle); Załącznik nr 7 – Karta głównych informacji o pojeździe (dotyczy obu zadań); Załącznik nr 8 – Definicje w zakresie certyfikacji; Załącznik nr 9 – Instrukcja do certyfikacji transportem lotniczym; Załącznik nr 10 – Formularz danych pojazdu wojskowego; Załącznik nr 11 – Formularz cenowy; Załącznik nr 12 – Istotne postanowienia umowy (dotyczy zadania 1 - quady); Załącznik nr 13 – Istotne postanowienia umowy (dotyczy zadania 2 - motocykle); Załącznik nr 14 – Oświadczenie dotyczące odbioru przez RPW.

W przedmiotowym postępowaniu, dla zadania pierwszego, ofertę złożył Wykonawca:

CONCEPT Sp. z o.o. (dalej „CONCEPT”), który zaproponował wykonanie zamówienia za cenę 3.117.312,00 zł. brutto.

Zamawiający, pismem z 26 czerwca 2017 r., działając w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę CONCEPT do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty uzasadniając, że w złożonej ofercie nie podał marki oferowanego pojazdu oraz danych technicznych, które określone zostały we wzorze stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ, a które to dane potwierdzać miały że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania stawiane mu w przedmiotowym postępowaniu. W treści wezwania Zamawiający doprecyzował, że pod pojęciem przesłania wyjaśnień w powyżej kwestii rozumie dostarczenie wypełnionego załącznika nr 10 do SIWZ - Formularz danych pojazdu wojskowego do wyznaczenia wojskowej klasy obciążeń (MLC). Na koniec poinformował Wykonawcę, że brak odpowiedzi na wezwanie będzie skutkował odrzuceniem jego oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z 26 czerwca 2017 r., Wykonawca CONCEPT przesłał Zamawiającemu żądane wyjaśnienia w postaci wypełnionego załącznika nr 10 do SIWZ w którym zawarł między innymi dane dotyczące marki, typu i modelu oferowanego pojazdu.

Zamawiający, pismem z 22 sierpnia 2017 r., poinformował Wykonawcę CONCEPT, że dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Z wykonawcą tym została zawarta umowa nr 499/3RBLog/08/2017 w dniu 1 września 2017 r.

Wobec powyższych ustaleń, Prezes UZP zauważył, że Wykonawca CONCEPT złożył w niniejszym postępowaniu ofertę dla zadania nr 1 a na etapie składania ofert przedłożył wszystkie dokumenty wymagane w SIWZ. Na tej podstawie Zamawiający nie był jednak w stanie przesądzić czy pojazdy oferowane przez Wykonawcę spełniają wymagania opisane przez Zamawiającego, albowiem w ofercie nie wskazał marki, typu czy modelu quadów, ani też nie opisał ich parametrów technicznych. Te dane zawierał załącznik nr 10 do SIWZ, który jednak nie był wymagany przez Zamawiającego na etapie składania ofert. Jak zauważył Prezes UZP był to w istocie jedyny dokument precyzujący treść oferty, w tym takie elementy jak przedmiot świadczenia Wykonawcy tj. typ i model oferowanego quada. Tymczasem z samej oferty musi jednoznacznie wynikać jakie produkty i rozwiązania oferuje Wykonawca tak, aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność ofert pod kątem spełnienia wymagań opisanych w SIWZ. Załącznik nr 10 do SIWZ był jedynym dokumentem, na podstawie którego Zamawiający mógł stwierdzić jaki produkt Wykonawca oferuje, stanowił on doprecyzowanie treści oferty. Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, należało stwierdzić, że pominięcie przez Zamawiającego w treści SIWZ obowiązku zgłoszenia przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia załącznika nr 10 do SIWZ stanowiło niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanka unieważnienia postępowania składa się zatem z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy Pzp regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania), po drugie wada ta skutkować ma niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie może to być jakakolwiek wada, ale wada powodująca niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Z kolei przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy zawarte zostały w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Wszystkie przypadki naruszeń wymienione w tym artykule stanowią wadę postępowania opisaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Ponadto, w myśl art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu, jeśli naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Oznacza to, że błędy podczas przygotowania lub prowadzenia postępowania, które miały lub mogły mieć wpływ na jego wynik i są nieusuwalne skutkują koniecznością unieważnienia postępowania. Wada postępowania musi oddziaływać na ważność zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego i uniemożliwiać zawarcie ważnej umowy w postępowaniu. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z 4 listopada 2005 r. sygn. akt II Ca 941/05 wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Prezes UZP stwierdził również, że Zamawiający nie mógł konwalidować nieprawidłowości popełnionych na etapie przygotowania przedmiotowego postępowania. Załącznik nr 10 do SIWZ miał bowiem znaczenie kluczowe dla oceny czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ, na jego podstawie dokonywana był ocena czy dany typ i model pojazdu faktycznie posiada parametry opisywane w SIWZ. Jako stanowiący doprecyzowanie treści złożonej przez Wykonawcę oferty nie mógł on być następnie uzupełniony przez samego Wykonawcę. Dlatego też należy uznać, że wezwanie Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia tego załącznika już po upływie terminu składania ofert, było działaniem wykraczającym poza wskazaną w tym przepisie normę, a tym samym niezgodnym z ustawą Pzp. Prezes UZP podkreślił ponadto, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może, w toku badania i oceny ofert, żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Tym samym jeśli Zamawiający poweźmie pewne wątpliwości co do

treści złożonej oferty może skorzystać z tej normy z zastrzeżeniem jednak, że niemożliwe jest prowadzenie z Wykonawcą negocjacji co do treści złożonej oferty oraz dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy też uzupełnień, poza czynnościami określonymi w art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp. Negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień może polegać między innymi na wprowadzaniu do oferty nowej treści tj. takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Jako przykład wskazać można sytuację, gdy brak jest oznaczenia modelu oferowanego urządzenia i model ten nie wynika z pozostałych informacji zawartych w ofercie. Niedopuszczalnym działaniem wówczas będzie wzywianie Wykonawcy do wyjaśnień mających na celu uzupełnienie tej informacji.

Zdaniem Prezesa UZP, w przedmiotowej sprawie, wykonawca CONCEPT, na wezwanie Zamawiającego, uzupełnił dokument – załącznik nr 10 do SIWZ, który powinien stanowić integralną część oferty tego Wykonawcy i winien zostać złożony wraz z ofertą. Powyższy formularz precyzował parametry techniczne pojazdu takie jak: marka, model, typ, rok produkcji oferowanego quada, a parametry te pozwalały ocenić czy Wykonawca ten zaoferował produkt wymagany przez Zamawiającego w SIWZ. Ani z treści oferty, ani też z żadnego innego dokumentu składanego wraz z ofertą, nie sposób było wywieść jakimi parametrami charakteryzuje się oferowany przez Wykonawcę CONCEPT pojazd. Wezwanie natomiast do uzupełnienia tego załącznika po upływie terminu składania ofert stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w związku z nieuprawnioną zmianą treści oferty.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy i 24 stycznia 2019 złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, w których polemizował ze stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Prezesa UZP. Podnosił, między innymi, że wszczynając przedmiotowe Postępowanie nie miał oczekiwać odnośnie tego, czy w wyniku przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego otrzyma gotowy, dostępny na rynku produkt czy też pojazd zostanie dopiero wytworzony i dostosowany do opisu stanowiącego przedmiot zamówienia. Zamawiający nie miał w szczególności oczekiwać co do tego czy w wyniku postępowania kupi pojazd już istniejący na rynku i wprowadzony do seryjnej produkcji czy też otrzyma pojazd, który zostanie dopiero zaprojektowany specjalnie na potrzeby Zamawiającego, a więc nie będzie to określony model lub typ pojazdu. Wymagania, które spełniać miał produkt oferowany przez Wykonawcę składającego ofertę opisane zostały w stanowiących integralną część SIWZ załącznikach: Załączniku nr 3 - Wymagania eksploatacyjno - techniczne (WET). Zamawiający podkreślał, że zgodnie z zapisami SIWZ wymagał, aby oferta została sporządzona przez Wykonawców na druku oferta a załączony

do niej był formularz ofertowy sporządzony według wzoru Zamawiającego. W obu tych dokumentach nie było informacji o marce pojazdu ani jego typie. Wykonawca CONCEPT, jako jedyny, złożył ofertę dla zadania nr 1, złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ dokumenty, podpisał się pod oświadczeniem na druku oferta, deklarując, że zaoferowane przez niego quady będą nowe, nieużywane, pochodzące z 2017 r. i zgodne z wymaganiami opisywanymi w SIWZ. W dalszej części Zamawiający stwierdzał, że na podstawie tak złożonego oświadczenia miał możliwość ustalić, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie stawiane przez Zamawiającego wymagania. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy CONCEPT prosząc o podanie marki i modelu oferowanego pojazdu, gdyż otrzymał w tej sprawie wnioski od innego podmiotu. Przesłanie przedmiotowego pisma miało jednak na celu jedynie pozyskanie stosownych informacji, nie było to jednak niezbędne do dokonania oceny złożonej oferty.

Odnosząc się do roli, jaką pełnił w postępowaniu załącznik nr 10 do SIWZ o nazwie „Formularz danych pojazdu wojskowego” wskazywał, że nie był to jedyny dokument precyzujący treść oferty Wykonawcy. W jego ocenie treść oferty wynikała bowiem z oświadczenia złożonego na druku oferta. Celem załączenia do SIWZ załącznika nr 10 było (zgodnie z treścią części I pkt 4 załącznika nr 3 do SIWZ) poinformowanie Wykonawcy, że po podpisaniu umowy jego obowiązkiem będzie wypełnienie formularza o tej treści i przekazanie go do Wojskowego Instytutu Techniki Pancernej i Samochodowej, celem nadania pojazdowi klasy MLC. Klasa MLC jest to parametr wyrażony liczbowo, który określa obciążenie pojazdu wywieranego na drogę po której pojazd się porusza oraz nośność budowli inżynierskiej w zakresie możliwości przemieszczania kolumn pojazdów wojskowych, a wyznaczenie owej klasy dla pojazdu jest niezbędne w celu ustalenia, czy dany pojazd może wjechać na konkretnie oznaczoną budowlę wojskową (np. niektóre mosty i drogi publiczne).

Zamawiający wskazał, że nie oczekiwał złożenia załącznika nr 10 wraz z ofertą. Wobec treści oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w ofercie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi SIWZ wezwanie do wyjaśnień, skierowane do Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, było podyktowane jedynie chęcią udzielenia odpowiedzi na pytanie innego podmiotu co do tego jaki model i typ pojazdu jest przez Wykonawcę CONCEPT oferowany. Udzielone wyjaśnienia, w ocenie Zamawiającego, w żaden sposób nie zmieniały treści złożonej oferty, jak też w żaden sposób nie stanowiły negocjacji jej treści pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Tym samym nieuprawniony jest wniosek, że Zamawiający kierując to wezwanie naruszył art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1, z powodu

pominięcia w treści SIWZ obowiązku dołączenia do oferty Wykonawcy załącznika nr 10 o nazwie „Formularz danych pojazdu wojskowego”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 3 do SIWZ – Wymagania eksploatacyjno - techniczne (WET). W treści tych wymogów, jak również w treści formularza oferty, nie było obowiązku podania modelu i typu oferowanego pojazdu typu quad. Tym samym brak tych informacji w ofercie nie mógł stanowić przesłanki do odrzucenia treści oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto, wbrew ustaleniom poczynionym w toku kontroli przez Prezesa UZP, Zamawiający stwierdził, że miał możliwość dokonania oceny czy oferowany przez Wykonawcę pojazd spełnia jego wymagania, a uczynił to na podstawie zawartego w treści oferty oświadczenia. Oczywiście podanie typu i modelu quada ułatwiłoby Zamawiającemu dokonanie oceny oferty pod kątem spełniania wymagań SIWZ, jednakże dopuszczalnym jest dokonanie takiej oceny na podstawie oświadczeń własnych, składanych przez Wykonawcę.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli. W konsekwencji, zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Ustalenia faktyczne Prezesa UZP budziły wątpliwości Zamawiającego o tyle, o ile nie zgadzał się z wnioskami Prezesa UZP dotyczącymi znaczenia, jakie w przedmiotowym postępowaniu miał załącznik nr 10 do SIWZ, w którym to Wykonawca deklarował jaki model i typ pojazdu faktycznie oferuje.

Izba podzieliła w całości stanowisko Prezesa UZP co do stwierdzonych naruszeń.

Odnosząc się do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp skład orzekający zwraca uwagę, że przepis ten stanowi, iż w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji



dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten ma zatem zastosowanie do sytuacji, w których treść oferty Wykonawcy budzi wątpliwości ze względu na przykładowo: wewnętrzną sprzeczność albo niedoprecyzowanie. Nie ulega wątpliwości, a Zamawiający tego nie kwestionował, że na podstawie złożonego przez Wykonawcę w treści oferty oświadczenia, nie sposób było ustalić jaki typ/ model pojazdu typu quad Wykonawca oferuje. Wezwanie tego Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziło więc w istocie do uzupełnienia treści złożonej wcześniej oferty, albowiem wskazywało konkretny model oferowanego pojazdu (nie jest wykluczone, że parametry opisywane przez Zamawiającego w załączniku nr 3 do SIWZ – Wymagania eksploatacyjno - techniczne (WET) spełniało kilka modeli pojazdów). Wykonawca uzupełnił zatem swoją ofertę, precyzując przedmiot oferowanego przez siebie świadczenia. Skład orzekający pragnie podkreślić, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, w której treść złożonej oferty nasuwałaby tego rodzaju wątpliwości, że niemożliwym byłoby rozstrzygnięcie co do treści oświadczenia złożonego przez Wykonawcę. Służy on zatem wyłącznie temu, żeby niejasności, które powstały na kanwie oferty, ale wynikające z jej treści, nie obciążały automatycznie Wykonawcy (tak też w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 521/18).

W niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Treść oświadczenia złożonego przez Wykonawcę CONCEPT w ofercie potwierdza jedynie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Załącznik nr 10 do SIWZ (którego złożenia Zamawiający nie wymagał wraz z ofertą) był w istocie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, także niezbędny do oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Stanowisko to potwierdza sam Zamawiający, albowiem w notatce służbowej, sporządzonej przez pracowników Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2017 r. na okoliczność oceny złożonej oferty w niniejszym postępowaniu wskazano, że: „Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy faktycznie oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania, ponieważ Wykonawca nie wskazał w ofercie ani marki oferowanych quadów, ani nie opisał podstawowych parametrów technicznych oferowanych pojazdów, zgodnie z formularzem danych pojazdu będących załącznikiem nr 10 do SIWZ”. Z treści notatki wynika również, że z tego powodu należy wezwać Wykonawcę do złożenia tego załącznika oraz, że Zamawiający rozważył unieważnienie przedmiotowego postępowania, w przypadku gdy Wykonawca nie udzieli stosownych wyjaśnień. Z uwagi na powyższe Zamawiający podjął decyzję o wezwaniu Wykonawcy, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, a faktycznie wskazania parametrów oferowanego pojazdu, poprzez uzupełnienie treści oferty o załącznik nr 10 do SIWZ –

Formularz danych pojazdu wojskowego do wyznaczenia wojskowej klasy obciążeń (MLC). Co więcej, Zamawiający w treści przedmiotowego wezwania, zawarł informację, że niezastosowanie się przez Wykonawcę do przedmiotowego wezwania będzie skutkowało odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu zauważyć, że Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że jego zastosowanie prowadziło do uzupełnienia treści oferty, co jest niedopuszczalne. Jak wskazano bowiem wyżej, potrzeba wyjaśnienia musi wynikać z treści zawartych w samej ofercie a z oświadczenia złożonego w Formularzu oferty nie wynikało jaki przedmiot zamówienia Wykonawca CONCEPT oferuje.

Skład orzekający za nietrafione uznał także argumenty Zamawiającego, że wskazanie parametrów pojazdu nie było niezbędne na etapie składania ofert, a dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W treści załącznika nr 13 do SIWZ (wzór umowy) w §2 – Przedmiot umowy, ust. 2 Zamawiający zawarł następujący zapis: „Zgodnie ze złożoną ofertą w ramach niniejszej umowy dostarczane będą pojazdy: producent ..., marka ..., typ ..., model ..., silnik (moc) ..., rodzaj skrzyni biegów ..., kolor ...”. Dane te zawierał załącznik nr 10 do SIWZ a na informacje przekazane w tym załączniku miały zostać zamieszczone w treści zawieranej z Wykonawcą umowy.

Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego, jakoby w niniejszej sprawie nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania, określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z cytowanym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnia się w przypadku, gdy jest one obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do jej zastosowania konieczne jest zatem ustalenie, że: (i) doszło w danym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), przy czym błędy popełnione w danym postępowaniu muszą mieć istotne znaczenie, a zatem wpływać na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy; (ii) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia a zatem jeśli wada jest usuwalna – konieczne jest jej naprawienie i w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania); (iii) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady a brakiem możliwości zawarcia umowy). Z kolei wady postępowania, z powodu wystąpienia których umowa może podlegać unieważnieniu, ustawodawca wskazał w przepisie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowią one konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów regulujących prowadzenie postępowania, których

uchybień dopuścił się Zamawiający. Należy zwrócić uwagę na użyty w tym przepisie tryb dokonany wskazanych tam uchybień, co oznacza, że mają one charakter nieodwracalnych. W świetle tego przepisu umowa – co do zasady (z zastrzeżeniem okoliczności określonych w ust. 2) – podlega unieważnieniu. Zwrócić należy też uwagę na to, że wymieniony katalog uchybień wad postępowania określony cytowanym artykułem nie ma charakteru zamkniętego. Unieważnienie postępowania może nastąpić również z powołaniem się na okoliczności określone art. 146 ust. 6 ustawy Pzp tj. dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Słusznie przyjmuje się bowiem, że jeżeli w takim przypadku Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy Zamawiający, stwierdzając wystąpienie wady postępowania, mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, może unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 7 ustawy Pzp. Wpływ na wynik postępowania mają z kolei wszelkie przypadki istotnego naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, także takie które w wyniku błędnego sformułowania przez Zamawiającego zapisów SIWZ powoduje niemożność wyłonienia Wykonawcy w postępowaniu. Należało zatem podzielić stanowisko Prezesa UZP stwierdzające, że Zamawiający błędnie sformułował zapisy SIWZ, pomijając zapis wskazujący na obowiązek załączenia wraz z ofertą dokumentu, który zgodnie z zamysłem Zamawiającego miał precyzować treść oferty (wskazywać model, typ oferowanego quada). W rezultacie spowodowało to, że Zamawiający nie był w stanie ocenić czy oferta Wykonawcy CONCEPT spełnia wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym zaistniała przesłanka dla uznania, że niniejsze postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji zaistniała przesłanka opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania dla zadania nr 1.

Reasumując, naruszenia przepisów ustawy Pzp, stwierdzone przez Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej wystąpiły w kontrolowanym postępowaniu, dlatego stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli odnośnie uchybień Zamawiającego w tym zakresie były prawidłowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....