

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Daniel Konicz
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę: Zamojskie Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne Energozam Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Komenda Wojewódzka Policji w Opolu z siedzibą w Opolu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 527 zł 26 gr (słownie: pięćset dwadzieścia siedem złotych 26/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Opolu z siedzibą w Opolu (dalej: „Zamawiający”) działając w imieniu i na rzecz:

1. Komendy Wojewódzkiej Policji w Bydgoszczy,
2. Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku,
3. Komendy Wojewódzkiej Policji w Gorzowie Wielkopolskim,
4. Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach,
5. Komendy Wojewódzkiej Policji w Kielcach,
6. Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie,
7. Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie,
8. Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi,
9. Komendy Wojewódzkiej Policji w Olsztynie,
10. Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu,
11. Komendy Wojewódzkiej Policji w Radomiu,
12. Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie,
13. Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie,
14. Komendy Wojewódzkiej Policji w Warszawie,
15. Komendy Wojewódzkiej Policji w Wrocławiu,
16. Komendy Wojewódzkiej Policji w Opolu,

prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa policyjnego samochodu nieoznakowanego”, nr sprawy WS-Z.2380.17.2019, zwane dalej: „postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2019 r. pod numerem 2019/S 099-239238. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 2 sierpnia 2019 r. wykonawca Zamojskie Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne Energozam Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, mimo, że była ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ);
2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91c-91e Pzp przez unieważnienie zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz unieważnienie aukcji, mimo, że aukcja odbyła się zgodnie z obowiązującymi przepisami;
3. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie zastosowania mimo uznania, że złożony przez Odwołującego wyciąg ze świadectwa zgodności WE pojazdu bazowego nie potwierdza spełniania wymagań technicznych dla pojazdu bazowego;
4. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zastosowania tego przepisu mimo wątpliwości Zamawiającego w zakresie właściwości pojazdu bazowego

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności:

1. odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia zaproszenia do aukcji nr A-55-2019,
3. unieważnienia przedmiotowej aukcji.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W ppkt. 1.3.2 Specyfikacji technicznej przewidziano, że: „Pojazd musi być budowany z wykorzystaniem pojazdu bazowego posiadającego homologację wystawioną zgodnie z Ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym lub Dyrektywą 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r., ustanawiającą ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów (Dz.U.UE.L.2007.263.1 z późn. zm.). Dokument potwierdzający spełnienie wymogu (kopia świadectwa zgodności WE pojazdu bazowego) musi być przedstawiony przez Wykonawcę w fazie składania oferty przetargowej”. W pkt. 1.3.12 specyfikacji wskazano, że: „Wykonawca musi potwierdzić spełnienie wymagań technicznych dla pojazdu bazowego zawartych w oficjalnych katalogach (w języku polskim) producenta/importera pojazdu, w celu umożliwienia weryfikacji przez Zamawiającego oferowanego pojazdu i spełnienia przez niego wymagań dot. parametrów technicznych i wyposażenia. Wykonawca zaznacza tylko te dane, które są zawarte w oficjalnym katalogu. Dokumenty te muszą być przedstawione przez Wykonawcę w fazie składania oferty przetargowej. Dokumenty te muszą być przedstawione przez Wykonawcę w fazie składania oferty przetargowej”.

Pkt. 1.4.21 specyfikacji określił wymóg: „Silnik spalinowy min. 4-cylindrowy (według danych z pkt 24 świadectwa zgodności WE) o zapłonie iskrowym (według danych z pkt 22 świadectwa zgodności WE) spełniający co najmniej normę emisji spalin Euro 6 na poziomie obowiązującym na dzień odbioru pojazdu (według danych z pkt 47 świadectwa zgodności WE). W podsumowaniu wymagań wymienionych w pkt 1.4 Specyfikacji Technicznej Zamawiający wskazał, że: „Spełnienie wszystkich wymogów określonych w pkt 1.4 musi być potwierdzone oświadczeniem Wykonawcy wystawionym na podstawie dokumentu wystawionego przez producenta/importera pojazdu bazowego potwierdzającego spełnienie wszystkich ww. wymagań oraz pozytywnym wynikiem oględzin dokonanych przez przedstawicieli Zamawiającego w fazie oceny projektu modyfikacji pojazdu”. Z opisu sposobu przygotowania ofert zawartego w rozdziale X SIWZ wynikało, że oferta miała zawierać m.in. wyciąg ze świadectwa zgodności WE pojazdu bazowego (pkt. X. 1.3) oraz oficjalny katalog (sporządzony w języku polskim) producenta/importera pojazdu bazowego z zaznaczeniem poszczególnych danych potwierdzających spełnienie wymagań technicznych określonych w pkt 1.4 specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik do SIWZ. Wykonawca miał zaznaczyć tylko te dane, które były zawarte w oficjalnym katalogu (pkt. X. 1.7).

Stosownie do postanowień rozdziału XIV SIWZ - po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zamierzał przeprowadzić aukcję elektroniczną. Odwołujący złożył ofertę, w której pojazdem bazowym jest Opel Astra. Do oferty załączone zostały wymagane dokumenty, w tym wyciąg ze świadectwa zgodności WE pojazdu bazowego oraz oficjalny katalog. W dniu 15 lipca 2019 r. Odwołujący otrzymał zaproszenie do aukcji elektronicznej w portalu Aukcji Urzędu Zamówień Publicznych, w której wziął udział. Aukcja została zamknięta 18 lipca 2019 r. Na podstawie jej wyników to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

23 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z pkt III i pkt. XIII ppkt 3.2-4 SIWZ oraz pkt 1.4.21. Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ i do wzoru umowy, Zamawiający wymagał, aby jednostka napędowa spełniała co najmniej normę emisji spalin Euro 6 na poziomie obowiązującym na dzień odbioru pojazdu (według danych z pkt 47 świadectwa zgodności WE), przy czym terminy odbioru wyznaczone zostały w dniach od 24 do 31 października 2019 r. oraz od 16 do 20 grudnia 2019 r. Zamawiający wskazał na załączone do oferty Odwołującego świadectwo zgodności

WE zaoferowanego pojazdu, które w pkt. 47 zawierało informację, że samochód spełnia normę emisji Euro 6 jednak na poziomie AG, który obowiązuje tylko do dnia 31 sierpnia 2019 r. Ze względu na powyższe poziom emisji Euro 6 w wyznaczonych terminach odbiorczych będzie nieaktualny. W rezultacie Zamawiający uznał, że oferowany pojazd nie spełniał wymagań postawionych specyfikacji technicznej. Zamawiający wskazał także, że podana w świadectwie homologacji wartość w pkt. nr 47 nie miała charakteru omyłki oraz dotyczyła

istotnej zmiany - kryteriów oceny ofert, tj. zużycia energii 18%, emisji dwutlenku węgla 18 %, emisji zanieczyszczeń 4 %, wobec czego nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. 30 lipca 2019 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności z dnia 15 lipca 2019 r. zaproszenia do aukcji nr A-55-2019 bez podania uzasadnienia, jedynie z adnotacją, że w konsekwencji unieważnienia przedmiotowej aukcji złożone w jej toku postąpienia i wynik nie są wiążące.

Zamawiający błędnie utożsamiał „poziom AG” z normą emisji spalin. Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał normy emisji spalin Euro 6 na poziomie obowiązującym na dzień odbioru pojazdu. Aktualne wartości graniczne emisji Euro 6 zawiera Rozporządzenie Komisji (UE) NR 459/2012 z dnia 29 maja 2012 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie Komisji (WE) nr 692/2008 w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 6). Nie ulegną one zmianie od 1 września 2019 r. Mając na uwadze powyższe dane wynikające z pkt 47 załączonej homologacji, tj. poziom emisji spalin: Euro 6 AG, odpowiadają normom emisji spalin Euro 6 na poziomie obowiązującym zarówno na dzień składania ofert, jak i na dzień odbioru pojazdów. Istnieje jedna, obowiązująca samochody osobowe norma Euro 6. Inne stosowane oznaczenia (Euro 6b, Euro 6c, Euro 6d, Euro 6d-TEMP, czy Euro 6.2) nie ustanowiły bardziej restrykcyjnych regulacji, tylko najczęściej zakres tolerancji dla odchyżeń od normy. Zarazem najistotniejszą dotychczas zmianą związaną z normą Euro 6, rzutującą na emisję zanieczyszczeń, było wprowadzenie WLTP (Worldwide Harmonized Light-Duty Vehicles Test Procedure - procedury badań wdrażającej światową zharmonizowaną procedurę badania pojazdów, zawierającą bardziej rygorystyczne i szczegółowe warunki przeprowadzania badań emisji na potrzeby homologacji typu) i RDE (metodyka badania emisji pojazdu w rzeczywistych warunkach jazdy) w ramach Euro 6d-TEMP.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że poziom AG będzie obowiązywał tylko do dnia 31 sierpnia 2019 r. oraz, że ten poziom emisji Euro 6 będzie nieaktualny w dacie odbioru zamówionych pojazdów. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący uznał, że Zamawiającemu chodziło o wymagania wynikające z Rozporządzenia Komisji (UE) 2018/1832 z dnia 5 listopada 2018 r. zmieniającego dyrektywę Parlamentu

Europejskiego i Rady 2007/46/WE, Rozporządzenie Komisji (WE) nr 692/2008 i Rozporządzenie Komisji (UE) 2017/1151 w celu udoskonalenia badań i procedur homologacji typu w odniesieniu do lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych, w tym badań i procedur dotyczących zgodności eksploatacyjnej i emisji zanieczyszczeń w rzeczywistych warunkach jazdy, a także wprowadzenia urządzeń służących do monitorowania zużycia paliwa i energii elektrycznej. Na mocy jego postanowień nowe pojazdy rejestrowane od 1 września 2019 r. powinny spełniać normy emisji „Euro 6dTEMP-EVAP-ISC” oraz normy układu OBD „Euro 6-2”. W rezultacie samochody zgodne z Euro 6d-TEMP-EVAP-ISC posiadać będą oznaczenie Euro 6DG i muszą być wyposażone w system EVAP (system pochłaniania oparów ze zbiornika paliwa mający na celu redukcję emisji oparów ze zbiornika do otoczenia). Nie można jednak było utożsamiać normy „Euro 6d-TEMP-EVAP-ISC” z opisaną w SIWZ „normą emisji spalin Euro 6”.

W złożonej wraz z ofertą Odwołującego homologacji wskazano na spełnianie normy Euro 6AG, co nie świadczyło o sprzeczności treści oferty z SIWZ, gdyż oznaczenie Euro 6AG stanowi potwierdzenie, że pojazd spełnia normy emisji spalin Euro 6. Natomiast norma Euro 6DG, która będzie obowiązywać od 1 września 2019 r., to badanie RDE NO_x w odniesieniu do tymczasowych współczynników zgodności, pełne wymogi Euro 6 dotyczące emisji z rury wydechowej (w tym PN RDE), 48-godzinna procedura badania emisji par i nowa procedura dotycząca zgodności eksploatacyjnej. W związku z powyższym pojazd spełniający normę Euro 6AG odpowiadał SIWZ, w której zawarto wyłącznie wymagania dotyczące emisji spalin (a nie szerzej - zanieczyszczeń), ale zasadniczo nie będzie mógł być zarejestrowany po 31 sierpnia 2019 r. Niemniej, niezależnie od brzmienia SIWZ, wykonawcy są zobowiązani stosownymi przepisami do dostarczenia Zamawiającemu samochodów spełniających normę Euro 6DG, co też Odwołujący zamierzał uczynić i takie zobowiązanie zaciągnął składając ofertę w przedmiotowym Postępowaniu. Dlatego odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bo pojazd bazowy Opel Astra spełniał wszystkie normy emisji spalin (czy szerzej zanieczyszczeń), także te obowiązujące od 1 września 2019 r.

Homologacja nie służyła potwierdzeniu żadnego z wymagań technicznych wymienionych w pkt 1.4, o czym świadczą wyraźnie postanowienia SIWZ oraz Specyfikacji Technicznej. Homologacja miała potwierdzać tylko wymaganie formalne z pkt. 1.3.2. Dla parametrów technicznych nadwozia adekwatne były katalog i oświadczenie. Zamawiający nie miał podstaw, aby ustalać normę emisji spalin Euro 6 na poziomie obowiązującym na dzień odbioru pojazdu w oparciu o świadectwo zgodności WE wystawione jedynie dla określonego typu pojazdu bazowego, a nie dotyczącego egzemplarzy będących przedmiotem przyszłych dostaw. Złożona homologacja nie definiowała bowiem treści oferty Odwołującego, której

przedmiotem były pojazdy zgodne z SIWZ, także w zakresie norm emisji spalin, które będą obowiązywać w dacie wydania samochodów stronie zamawiającej.

Jeśli Zamawiający stał na stanowisku, że homologacja miała stanowić potwierdzenie spełnienia wymagań technicznych zawartych w pkt 1.4 Specyfikacji Technicznej, to jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp podlegała ona uzupełnieniu na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący dysponował bowiem homologacją dla pojazdu bazowego Opel Astra już wyprodukowanego, spełniającego także normę Euro 6DG.

Zdaniem Odwołującego na przeszkodzie uzupełnieniu świadectwa nie stały zadeklarowane właściwości w zakresie zużycia energii i emisji dwutlenku węgla, które w aktualnie wytwarzanych pojazdach zaoferowanego typu są niższe, a więc lepsze niż zadeklarowane w ofercie.

W przypadku wątpliwości Zamawiającego wywołanych treścią świadectwa zgodności WE, co do typu lub wariantu zaoferowanego pojazdu nie powinien on z góry zakładać, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ lecz zażądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie ww. przepisu oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia zaproszenia do aukcji oraz aukcji nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla tych czynności. Zamawiający zapraszając do aukcji Odwołującego uznał, że jego oferta jest zgodna z SIWZ. Nie wiadomo jednak dlaczego po jej zamknięciu zrewidował swoją ocenę. Unieważnienie aukcji nie jest czynnością samoistną lecz wtórną konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie mógł swobodnie unieważniać aukcji elektronicznej. Podważenie aukcji możliwe było wyłącznie w przypadku naruszenia zasad jej prowadzenia określonych w szczególności w art. 91c-91e Pzp. W przedmiotowej sprawie nie wystąpiły żadne przyczyny techniczne. Podejmowanie decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu mogła nastąpić tylko w sytuacji, gdyby Zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w przepisach Pzp. Zgodnie z art. 91 d ust 1 Pzp, nawet w przypadku awarii systemu teleinformatycznego aukcja nie podlega unieważnieniu lub powtórzeniu, a jedynie ma miejsce jej kontynuowanie po usunięciu awarii, co świadczy o jednokrotności aukcji.

Zamawiający 19 sierpnia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o jego oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, wskazując ponadto: Świadectwo zgodności WE pełniło w postępowaniu co najmniej podwójną funkcję - określało zaoferowany przez wykonawcę przedmiot dostawy, jak również stanowiło dokument na potwierdzenie, że zaoferowane dostawy spełniały wymagania Zamawiającego. W pkt. X. 1.7 SIWZ, jak i w pkt. 1.3.12 Specyfikacji technicznej, Zamawiający wskazał, że „Wykonawca musi potwierdzić spełnienie wymagań technicznych dla pojazdu bazowego zawartych w oficjalnych katalogach (w języku polskim) producenta/importera pojazdu, w celu umożliwienia weryfikacji przez Zamawiającego oferowanego pojazdu i spełnienia przez niego wymagań dot. parametrów technicznych i wyposażenia. Wykonawca zaznacza tylko te dane, które są zawarte w oficjalnym katalogu Z treści tych postanowień wynika, że nie wszystkie wymagania Zamawiającego znajdują potwierdzenie w przedmiotowym katalogu. Katalog to dokument ogólny, opisujący kilka odmiennych wersji wyposażeniowych danego modelu i różnych jednostek napędowych. Jako taki nie zawiera szczegółowych danych do oceny konkretnego zaoferowanego wariantu pojazdu oraz potwierdzenia spełnienia wszystkich wymagań precyzowanych przez Zamawiającego. Powyższe zostało wprost opisane przez Zamawiającego — „Wykonawca zaznacza tylko te dane, które są zawarte w oficjalnym katalogu”. Zamawiający dążąc do oceny zgodności oferowanego samochodu, z wymaganą starannością i należytością zastrzegł możliwość oparcia się na katalogu, bazując jednak przede wszystkim na konkretnych i dokładnych danych zawartych w świadectwie zgodności WE.

Zgodnie z pkt XIII SIWZ parametry z pkt. 48 i 49 świadectwa zgodności WE stanowiły podstawę do wyliczenia punktacji jaką otrzymać miała dana oferta w kryteriach oceny ofert: „Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

- 1) Łączna cena ofertowa brutto — A,
- 2) Zużycie energii — B,
- 3) Emisja dwutlenku węgla (CO) — C,
- 4) Emisja zanieczyszczeń — D”.

Informacje podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert składane były wraz z ofertą i stanowiły podstawę do dokonania jej oceny. Oświadczenia i dokumenty służące ocenie

ofert w określonym kryterium nie mogą podlegać uzupełnieniu czy zmianie. Mając to na względzie Zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, w tym do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, z których wynika sposób spełniania kryteriów oceny ofert. Dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert otwierałoby wykonawcom możliwość uzupełniania ofert już po ich otwarciu o oświadczenia i dokumenty, które zapewniłyby im uzyskanie większej liczby punktów podczas oceny ofert, co stałoby w wyraźnej sprzeczności z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp. Wskazywane przez wykonawców w formularzu ofertowym parametry emisyjne, podlegające ocenie w ramach kryteriów były odpowiednio punktowane. Zdaniem Zamawiającego nie budziło wątpliwości, że zobowiązanie składane w ofercie w tym przedmiocie stanowiło jej treść i jako takie nie mogło podlegać uzupełnieniu czy zmianie po upływie terminu składania ofert. W konsekwencji Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia świadectwa zgodności WE podlegającego ocenie w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Złożone przez Odwołującego świadectwo zgodności WE potwierdzające spełnianie poziom emisji spalin Euro 6 AG dotyczyło pojazdu:

1. Marka: Opel
2. Typ: B-K
3. Wariant: CA042CB12
4. Wersja: BAIBAFKHG25, którego:
 - 1) Zużycie paliwa dla cyklu łączonego wynosi 5,5 l/100 km
 - 2) Emisja CO₂ dla cyklu łączonego wynosi 126 g/km
 - 3) Łączna emisja zanieczyszczeń wynosi 48,69 mg/km (w tym — tlenki azotu (NO_x — 20,8 mg/km; cząstki stałe — 0,59 mg/km; węglowodorów — (THC) 27,3 mg/km).

Właściwe świadectwo zgodności WE, potwierdzające spełnianie poziomu emisji spalin Euro 6 DG, które również było w dyspozycji Odwołującego, powinno być złożone wraz z ofertą dotyczyło następującego pojazdu:

1. Marka: Opel
2. Typ: B-K
3. Wariant CA0420B12
4. Wersja: BAIBAFKHG15, którego:
 - 1) Zużycie paliwa dla cyklu łączonego wynosi 5,3 l/100 km
 - 2) Emisja CO₂ dla cyklu łączonego wynosi 122 g/km
 - 3) Łączna emisja zanieczyszczeń wynosi 51,77 mg/km (w tym — tlenki azotu (NO_x — 23,5 mg/km; cząstki stałe — 0,37 mg/km; węglowodorów — (THC) 27,9 mg/km).

Zaakceptowanie nowego świadectwa zgodności prowadziłoby do zmiany punktacji ofert w kryteriach pozacenowych.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością wynikową i jej poprawność jest zależna od czynności ją poprzedzających. Odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp spowodowało, że aukcja elektroniczna, która wyłoniła, jako najwyższej ocenioną, ofertę tego wykonawcy, była czynnością wadliwą, więc winna zostać unieważniona i powtórzona. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej adresowane było wyłącznie do wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Wynika to z treści przepisu art. 91 a ust. 1 zdanie pierwsze in fine Pzp oraz art. 91 b ust. 1 in fine Pzp.

Na potwierdzenie zasadności czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, Zamawiający złożył opinię sporządzoną przez Kierownika ds. technicznych Centrum Ochrony Środowiska Instytutu Transportu Samochodowego, pana. S. T.

W odpowiedzi na stanowisko Zamawiającego, Odwołujący, w piśmie procesowym z 20 sierpnia 2019 r. zakwestionował słuszność stanowiska Zamawiającego, podtrzymując argumentację zawartą w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący w toku rozprawy wskazał

ponadto, że ww. opinia miała charakter opinii prywatnej i jako taka nie może być traktowana jako dowód o charakterze obiektywnym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba przeprowadziła dowód z wskazanych przez Strony dokumentów znajdujących się w aktach postępowania.

Zarzut nr 1

W okolicznościach przedmiotowej sprawy niesporne między stronami były następujące okoliczności:

1. Odwołujący wraz z ofertą złożył dokumenty potwierdzające, że oferowane przez niego pojazdy spełniają normę emisji Euro 6 na poziomie AG,
2. Zgodnie z wymogami SIWZ i Specyfikacji Technicznej obowiązkiem wykonawców było wykazanie, że oferowane przez nich pojazdy spełniać będą normę Euro 6 w wersji aktualnej na moment dostawy pojazdów na rzecz Zamawiającego, tj. Euro 6 DG,
3. Norma Euro 6 na poziomie AG obowiązywać będzie do 31 sierpnia 2019 r., od 1 września 2019 r. obowiązywać będzie norma Euro 6DG,
4. Ze względu na dodatkowe wymogi, dotyczące emisji oparów ze zbiornika paliwa, norma Euro 6 na poziomie DG jest bardziej restrykcyjna, niż norma Euro 6 na poziomie AG - norma Euro 6DG nie zawiera się w normie Euro 6AG.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie budzi wątpliwości fakt, że Odwołujący załączył do oferty świadectwo zgodności WE niezgodne z wymogami SIWZ i Specyfikacji technicznej. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie miało ustalenie, czy dopuszczalne w świetle przepisów Pzp było uzupełnienie przez Odwołującego dokumentów załączonych do oferty o nowe świadectwo zgodności WE, potwierdzające zgodność oferowanych pojazdów z normą Euro 6DG. Biorąc pod uwagę stanowiska stron wyrażone w pismach procesowych oraz w toku rozprawy, a także dokumentację postępowania Izba uznała, że ww. uzupełnienie nie było możliwe.

Zgodnie z punktem XIII SIWZ Zamawiający ustanowił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert, o łącznej wadze 40%:

1. Zużycie energii - 18%,
2. Emisja dwutlenku węgla - 18%,
3. Emisja zanieczyszczeń - 4%.

Zgodnie z punktem XIII.2.2 do XIII.2.4 wykonawca składając ofertę miał podać:

1. wartość zużycia paliwa w litrach/100 km oraz w litrach/1km, dla oferowanego pojazdu

bazowego w cyklu łączonym (mieszanym),

2. wartość emisji dwutlenku węgla (w g/km) dla oferowanego pojazdu bazowego w cyklu łączonym (mieszanym),

3. łączną wartość emisji zanieczyszczeń (w mg/km): tlenków azotu (NO_x), cząstek stałych oraz węglowodorów (THC) dla oferowanego pojazdu bazowego,

według danych zawartych w świadectwie zgodności WE.

Wskazane wyżej trzy parametry miały zostać wpisane do formularza oferty, zatem uzupełnienie świadectwa zgodności WE prowadzące do zmiany choćby jednej z ww. wartości oznaczałoby zmianę treści oferty i złamanie zakazu zawartego w art. 87 ust. 1, zd. drugie Pzp: „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, co do wysokości parametrów dotyczących zużycia energii, emisji dwutlenku węgla i emisji zanieczyszczeń oferowanych pojazdów wykazanych w świadectwie zgodności WE aktualnym do wymogów normy Euro 6DG.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ i nie było możliwości jej poprawy i doprowadzenia do stanu zgodności z SIWZ w drodze czynności zgodnych z przepisami Pzp. W tej sytuacji działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było prawidłowe.

Zarzut nr 2

Zamawiający, w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, 30 lipca 2019 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności z 16 lipca 2019 r. polegającej na zaproszeniu wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. Oceniając działania Zamawiającego związane z unieważnieniem przedmiotowego zaproszenia, Izba uznała, że były one prawidłowe.

Art. 91 b ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. A contrario zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu stanowi o wadliwości aukcji, w której wykonawca taki wziął udział. Pzp nie przewiduje trybu umożliwiającego usunięcie tego rodzaju wady, zatem jedyną możliwością jest unieważnienie aukcji, jak i zaproszenia do niej. Czynności przeprowadzone przez Zamawiającego po odrzuceniu oferty Odwołującego były w pełni zgodne z zaprezentowaną wyżej interpretacją art. 91 b ust. 1 Pzp. Z tego względu Izba uznała, że zarzut nr 2 nie potwierdził się i podlegał oddaleniu.

Zarzuty nr 3 i 4

W uzasadnieniu oddalenia zarzutu nr 1 Izba wskazała, że zmiana złożonego wraz z ofertą świadectwa zgodności WE w realiach przedmiotowego postępowania byłaby niedopuszczalna, ponieważ prowadziłaby do złamania zakazu zmian treści złożonej oferty wyrażonego w art. 87 ust. 1 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie zastosowania mimo, że złożony przez Odwołującego wyciąg ze świadectwa zgodności WE pojazdu bazowego nie potwierdzał spełniania wymagań technicznych dla pojazdu bazowego. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zastosowania mimo wątpliwości Zamawiającego w zakresie właściwości pojazdu bazowego. W ocenie Izby treść oferty Odwołującego była jednoznaczna i nie budziła wątpliwości, nie zaistniały zatem przesłanki mogące być podstawą do wezwania Odwołującego do wyjaśnień.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).