

Sygn. akt: KIO 1352/17

Sygn. akt: KIO 1439/17

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 28 lipca 2017 r. i w dniu 2 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 3 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1352/17 oraz w dniu 13 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1439/17 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **CHR Żagiel Auto sp. z o.o. ul. Roztocze 4, (20-722 Lublin)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Komenda Główna Policji ul. Puławska 148/150, (02-642 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Auto Fus Group sp. j, (d. Auto Fus T. Fus sp. j.) ul. Ostrobramska 73, 04-175 Warszawa** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1352/17 oraz o sygn. akt: KIO 1439/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1352/17 oraz odwołanie o sygn. akt: KIO 1439/17;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **CHR Żagiel Auto sp. z o.o. ul. Roztocze 4, (20-722 Lublin)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania łączną kwotę **30.000 zł** (słownie: trzydzieści tysięcy zł zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **CHR Żagiel Auto sp. z o.o. ul. Roztocze 4, (20-722 Lublin)** tytułem wpisu od każdego z odwołań o sygn. akt: KIO 1352/17 oraz o sygn. akt: KIO 1439/17.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 1352/17

Sygn. akt: KIO 1439/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [ustawa Pzp], o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy na dostawę o nazwie nadanej przez zamawiającego: „Zakup 140 szt. radiowozów nieoznakowanych z videorejestраторami dla służby ruchu drogowego” - nr referencyjny ZP-17-018UN. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 06 kwietnia 2017 r. nr 2017/S 068-128062. Odwołania zostały wniesione przez wykonawcę: CHR Żagiel Auto sp. z o.o. z Lublina Odwołujący]:

- ✓ pierwsze z odwołań - sygn. akt: KIO 1352/17 – w dniu 3 lipca 2017 r. od decyzji zamawiającego przekazanej wykonawcy w piśmie z dnia 22/06/2017,
- ✓ drugie - sygn. akt: KIO 1439/17 – w dniu 13 lipca 2017 r. - od decyzji zamawiającego przekazanej wykonawcy w piśmie z dnia 03/07/2017.

Odwołania powyższe - zarządzeniem z dnia 18 lipca 2017 r. Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanym na podstawie art. 186 ust.1 zdanie drugie ustawy Pzp - zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego – zarówno w sprawie o sygn. akt: KIO 1352/17 oraz o sygn. akt: KIO 1439/17 - przystąpił wykonawca Auto Fus Group sp. j, (d. Auto Fus T. Fus sp. j.) z Warszawy [Przystępujący].

Sygn. akt: KIO 1352/17

W odwołaniu z dnia 3 lipca 2017 r. wniesionym – jak podał Odwołujący - od czynności i zaniechań zamawiającego wykonawca kwestionuje:

1. wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą;
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Auto FUS T.Fus sp.j. (dalej: Auto FUS),
3. zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Jego zdaniem powyższe czynności i zaniechania naruszają przepisy ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania czynności wezwania do uzupełnień z należytą starannością, a co za tym idzie uprawniony jest do wykluczenia Odwołującego z

Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na nieterminowe uzupełnienia, pomimo wyznaczenia terminu na uzupełnienie, z pominięciem informacji, że w przypadku uzupełnień drogą pocztową należy uwzględnić dwu (2) dniowe opóźnienia spowodowane indywidualnymi (nietypowymi) procedurami pocztowymi, które stosują się do Zamawiającego;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania czynności wezwania do uzupełnień z należytą starannością, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania odrzucenia oferty Auto FUS, pomimo że nie można zidentyfikować, która wersja BMW 3 330i xDrive została zaoferowana, oraz pomimo że wykonawca ten zaoferował jako pojazd bazowy samochód, który nie jest zgodny z ofertą handlową dla klientów indywidualnych,

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do uznania, że pomimo iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega wykluczeniu, Zamawiający może zaniechać wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, choć - zgodnie z kryteriami oceny ofert - winna zostać wybrana ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. ponowne dokonanie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem:
 - 2.1. dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Auto FUS
 - 2.2. włączenia w skład oferty Odwołującego uzupełnionych dokumentów, z uznaniem, iż uzupełnienie nastąpiło z zachowaniem terminu,
3. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W szczególności podał, że: „Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto, Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, tak jak to nakazują przepisy ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, jest bowiem ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i

innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, określonych w SIWZ". Skutkiem zaniechania należytego wezwania do uzupełnień Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz szansę na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

A. Odnośnie zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania podał:

1. W dniu 06 czerwca 2017r. Zamawiający przekazał Odwołującemu wezwanie do uzupełnień. W treści wezwania Zamawiający nie wskazał, że istnieją ograniczenia w komunikacji z nim, właściwe w przypadku wyboru komunikacją drogą pocztową. Mając zaś na uwadze, że odpowiedź na pismo wymagała fizycznego dostarczenia do wyznaczonej daty brakujących dokumentów, jasne było, że odpowiedź wykonawcy mogła zostać dostarczona wyłącznie w jednej z 3 form: osobiście, za pośrednictwem poczty, za pośrednictwem firmy kurierskiej. Co prawda dwóch (2) z sześciu (6) wykonawców biorących udział w Postępowaniu ma siedzibę w Warszawie, zatem ewentualne uzupełnienia oferty mogą bez zbytnich uciążliwości zostać dostarczone osobiście, jednakże pozostałych czterech (4) wykonawców ma siedzibę w różnych innych miastach, na terenie całej Polski, zatem z doświadczenia Zamawiający powinien był wiedzieć, że tacy wykonawcy uzupełniają ofertę drogą pocztową lub korzystając z firm kurierskich. Zatajenie zatem informacji, że w przypadku przesłania uzupełnień drogą pocztową wykonawca powinien był doliczyć dodatkowo min. 2 dni na doręczenie przesyłki, obciąża Zamawiającego. Wykluczenie Odwołującego z uwagi na opóźnienie w przekazaniu uzupełnień, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, nie stanowi działania zgodnego z prawem, a zatem nie zasługuje na ochronę Krajowej Izby Odwoławczej.

2. Odwołujący podkreśla, że w dniu 9 czerwca 2017r. przesłał za pośrednictwem Poczty Polskiej nową treść Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oraz informację o braku przynależności do grupy kapitałowej z innymi uczestnikami przedmiotowego postępowania, listem poleconym, priorytetowym. Termin doręczenia tej przesyłki został wyznaczony na najpóźniej dzień 12 czerwca 2017r - tj. jeden dzień roboczy po dniu nadania, jeżeli przesyłka zostaje nadana do godz. 15:00. Choć przesyłka została odebrana przez listonosza z siedziby Odwołującego na podstawie łączącej Odwołującego z Poczta Polską umowy, przed 14 godz., to jednak w urzędzie pocztowym została zarejestrowana po 19

godzinie. Zatem, z uwagi na fakt, że formalnie przesyłka została nadana po godz. 15:00, jej doręczenie miało nastąpić w poniedziałek 12 czerwca 2017r. (Dowód nr 1: Informacja o terminach doręczenia listu poleconego priorytetowego)

3. Zgodnie z zapewnianymi terminami, Urząd Poczty Warszawa 113 dokonał próby doręczenia przesyłki w dniu 12.06.2017r. o godz. 10:11. Zgodnie z informacją wskazaną w Śledzeniu przesyłki we wskazanym czasie została przez UP Warszawa 113, podjęta cyt. „Próba doręczenia - dostanie” (Dowód nr 2: Śledzenie przesyłki - Tracking). O statusie przesyłki Odwołujący dowiedział się 12.06.2017r. w godzinach popołudniowych (informacja ta nie jest wprowadzana w czasie rzeczywistym, lecz z niewielkim opóźnieniem) i od tego czasu podjął działania mające na celu wyjaśnienie sytuacji i upewnienie się, że przesyłka zostanie doręczona adresatowi do 13.06.2017r. do godz. 10.30. W rozmowie telefonicznej z Biurem Obsługi Klienta Poczty Polskiej SA personel wskazał, że przesyłka znajduje się w UP Warszawa 113, oraz że przesyłka ta z pewnością zostanie doręczona do godz. 10.30 do Komendy Głównej Policji na ul. Puławskiej (a nie na Domaniewską, zgodnie z adresem na kopercie). O problemie z doręczeniem przesyłki został poinformowany Zamawiający (tj. KGP Biuro Finansów Wydział Zamówień Publicznych! Funduszy Pomocowych - rozmowa telefoniczna: 22 6011615). Odwołujący dopiero w wyniku rozmów z personelem Poczty Polskiej powziął informację, że powodem opóźnień w doręczeniu jego przesyłki jest umowa podpisana przez Zamawiającego z Poczta Polska. Mianowicie, przesyłki adresowane do Komendy Głównej Policji oraz do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji - niezależnie od tego na jaki adres w Warszawie są nadawane - dostarczane są w pierwszej kolejności do centrali: w przypadku Zamawiającego do kancelarii na ul. Puławskiej 148/150. Najpierw zatem rozdzielnia kieruje przesyłki zgodnie ze wskazanym przez nadawcę kodem pocztowym, następnie przesyłka jest przekazywana do UP Warszawa 13 (a w przypadku MSWiA do UP Warszawa 12), który to urząd pocztowy przekazuje całość korespondencji adresowanej na Komendę Główną Policji na ul. Puławskiej 148/150, gdzie korespondencja jest ewidencjonowana, dzielona na widziały, a następnie przekazywana do odpowiedniego wydziału z listą przesyłek, które danego dnia są przekazywane. Zatem, po trafieniu do jednostki poczty, przesyłki są wewnętrznie przekazywane zgodnie z dodatkowymi umowami, tak aby tylko te dwa urzędy pocztowe doręczały całość korespondencji na dwa główne adresy ww. jednostek. Korespondencja zaadresowana na wskazany w S1WZ adres do korespondencji (ul. Domaniewska 36/38) idzie dłużej, gdyż dodatkowo jest przekazywana pomiędzy urzędami pocztowymi.

4. Zamawiający w żaden sposób nie poinformował wykonawców, że istnieją dodatkowe porozumienia, wymuszające dodatkowy obieg przesyłek pocztowych, co wpływa na terminy doręczenia przesyłek. Odwołujący powziął tę informację dopiero w dniu 12.06.2017r., gdy z własnej inicjatywy badał powody, dlaczego pomimo próby dostarczenia przesyłki do

Zamawiającego, faktyczne doręczenie nie nastąpiło. Wówczas Pani naczelnik z UP Warszawa 113 wyjaśniła, że przesyłka znajduje się w „węźle pocztowym rozdzielającym pocztę nadchodzącą do KGP oraz MSWiA na podstawie specjalnego porozumienia pomiędzy MSWiA (KGP) oraz Poczta Polska SA" oraz wskazała, że porozumienie to zawiera treść o przekierowywaniu korespondencji nadchodzącej na adres 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38 do UP Warszawa 13, skąd poczta kierowana jest do centrali Komendy Głównej Policji, tj. na adres ul. Puławskiej 148/150. W odpowiedzi na oświadczenie Odwołującego, że dla nadawcy kluczowe jest, aby przesyłka rzeczywiście dotarła do adresata do jutra (13.06.2017) do godz. 10.30, gdyż zawiera ona uzupełnienie dokumentów składanych w przetargu publicznym, Pani naczelnik oświadczyła, że już nie jedną taką rozmowę odbyła, gdyż po wejściu w życie wspomnianych porozumień, tj. ok. 1,5 roku temu, przedsiębiorcy stale dzwonią do urzędu pocztowego z zapytaniami, w jakim terminie mogą spodziewać się doręczenia własnych przesyłek pocztowych, sfrustrowani okolicznością, że z uwagi na dodatkowe, nieznane im porozumienia oferty i uzupełnienia nie docierają do Komendy Głównej Policji na ul. Domaniewska 36/38 w terminach wynikających z informacji udostępnianej przez Poczta Polska. Zatem, Zamawiający już od ok. 1,5 roku zdaje sobie sprawę, że wykonawcy w kolejnych przetargach nie dochowują terminów na np. uzupełnienia, lecz przez cały ten czas Zamawiający nie uznaje za stosowne poinformowanie wykonawców o opóźnieniach w doręczeniu przesyłek przez Poczta Polska, z uwagi na wspomniane indywidualne porozumienia. I choć informacja ta ma często dla wykonawców kluczowe znaczenie przy możliwości konwalidowania własnych czynności, Zamawiający od 1,5 roku nie widzi potrzeby, aby uświadamiać wykonawców o specyficznej procedurze, którą powinni byli wziąć pod uwagę przy korzystaniu z usług Poczty Polskiej.

5. Zamawiający stara się wyrzeć wrażenie, że to indywidualna sytuacja Odwołującego spowodowała doręczenie przesyłki pocztowej 2 dni po pierwszej próbie doręczenia, a 1 dzień po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na dokonanie tej czynności. W informacji o wykluczeniu Odwołującego powołuje się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, w których Izba orzekła, że Zamawiający, określając termin na uzupełnienie nie może kierować się interesem i sytuacją każdego wykonawcy z osobna. Tymczasem, sytuacja faktyczna zaistniała w niniejszym Postępowaniu jest zupełnie inna niż sytuacje, które badała Izba w przywołanych przez Zamawiającego wyrokach. To nie indywidualna sytuacja Odwołującego spowodowała niedochowanie przez niego terminu na doręczenie uzupełnień, lecz generalne regulacje, wiążące Zamawiającego z Poczta Polska, które mają zastosowanie do każdego wykonawcy, który przesyła ofertę czy też uzupełnienia do Wydziału Zamówień Publicznych i Funduszy Pomocowych na ul. Domaniewska 36/38, w Warszawie, tj. jednostki odpowiedzialnej za prowadzenie wszystkich przetargów w imieniu i na rzecz Komendy Głównej Policji. Zatem, to nie należyta staranność Odwołującego

powinna być badana (która nota bene została dochowana), lecz należyta staranność Zamawiającego w przygotowaniu treści wezwania do uzupełnień. Wykonawcy mają bowiem prawo działać w zaufaniu do Zamawiającego, i mają prawo polegać na treści wystosowanych go nich wezwań.

6. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że rygor należytej staranności w zakresie wezwania do uzupełnień wymusza na zamawiającym konkretyzację zakresów, które podlegają uzupełnieniom i wyczerpujące i precyzyjne formułowanie treści, tak aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie zachowanie doprowadzi do zgodności ich oferty z treścią SIWZ. Podobną miarę należytej staranności należy przykładać do strony formalnej wezwania. Skoro Zamawiający zawarł dodatkowe porozumienia z Poczta Polska, które wpływają na terminy dostarczanych przesyłek, oraz skoro od tych terminów uzależniona jest możliwość skutecznego wykazywania się, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a wykonawca nie podlega wykluczeniu, to Zamawiający powinien był poinformować o tej istotnej okoliczności wykonawców, tak aby mogli uwzględnić ją w swoich działaniach. Należy zauważyć, że Odwołujący wykazał się należyłą starannością przy obliczaniu terminów doręczenia uzupełnień, gdyż zapewnił sobie doręczenie na jeden dzień roboczy przed wyznaczonym przez Zamawiającego terminem. Gdyby Zamawiający również dochował należytej staranności, to poinformowałby wykonawców, że doręczenie przesyłek drogą pocztową odbywa się w sposób niestandardowy. Wówczas Odwołujący dokonałby uzupełnień osobiście dowożąc uzupełnienia, a nie korzystając z usług Poczty Polskiej (z uwagi na liczne, złe doświadczenia z firmami kurierskimi, Odwołujący nie korzysta z usług tych firm przy przekazywaniu dokumentów w toku przetargów publicznych). Zamawiający nie przekazał jednak tej istotnej informacji wykonawcom, a negatywnymi konsekwencjami za swoje zaniechanie obciąża Odwołującego.

7. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że to przez pryzmat profesjonalizmu Zamawiającego (lub jego braku) oraz przez pryzmat działań podejmowanych w zaufaniu do Zamawiającego należy oceniać czynności wykonawców. Przykładowo, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie IX Wydział Gospodarczy z dnia 17 stycznia 2014 r. w sprawie sygn. akt IX Ga 392/13, Izba orzekła: „Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sadu Okręgowego w Lublinie (...) W ocenie Sądu, nie może budzić żadnych wątpliwości, że odwołując się wykonawca potwierdził wolę ubiegania się o udzielenie zamówienia, a zatem wyraził wolę związania złożoną ofertą. Równocześnie Sad podkreślił również znaczenie wydanego uprzednio w toku postępowania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, nakazującego unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, wskazując, że wykonawca ten dysponując rozstrzygnięciem Krajowej izby Odwoławczej oczekiwał na wykonanie tego rozstrzygnięcia przez zamawiającego i miał prawo pozostawać w zaufaniu do zamawiającego, będącego jednostką organizacyjną Gminy, jako podstawowej

jednostki samorządu terytorialnego (art. 164 ust 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, uchwała nr 496/ (...) Rady Miasta z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie utworzenia jednostki budżetowej). Zdaniem Sadu, zaufanie takie w państwie prawa winno być rzeczą naturalną i w żadnym razie oczekiwanie wykonawcy na dalsze czynności zamawiającego, wbrew zarzutom zamawiającego, nie może świadczyć o braku profesjonalizmu odwołującego się wykonawcy. Sąd podkreślił, że zamawiający podnosząc zarzut, że wykonawca - jako profesjonalista - winien dbać o własne interesy, zdawał się zapominać, że to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bezstronność i obiektywizm, wykonawca nie musiał zatem, wobec bezczynności zamawiającego, podejmować żadnych działań zmierzających do przedłużenia terminu związania oferta" (wyrok, z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 111/16). Również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 października 2014 r. w spr. V Ca 2266/14 „zamawiający to podmiot profesjonalny, posługujący się obsługą specjalistów i co więcej działający w sztywnych ramach ustawy prawo zamówień publicznych”.

8. W punkcie 8 stanowiska w zakresie tego zarzutu przytoczył orzecznictwo KIO, w tym: sygn. akt KIO 85/11 oraz sygn. akt KIO 2764/10 podkreślają, że: wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy dokonywaniu czynności o szczególnej doniosłości dla wykonawców, stanowiącej opis warunków udziału w postępowaniu. Oraz, że nieprecyzyjność wymagań zamawiającego, nie może zaś powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, jeżeli dostosował się do wytycznych w taki sposób, w jaki racjonalnie rozumując, miał podstawy aby uznać warunki za spełnione.

9. Z powyżej przytoczonych względów, brak jest podstaw do wyciągania jakichkolwiek negatywnych skutków wobec Odwołującego i jego oferty, z uwagi na niemożność dostarczenia uzupełnień za pośrednictwem Poczty Polskiej w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Zamawiający nie dał wyrazu w wezwaniu do uzupełnień, że skorzystanie z usług Poczty Polskiej z uwagi na zawarte z nią porozumienia wiąże się z koniecznością doliczenia dodatkowych dwóch dni na doręczenie. Zatem, na obecnym etapie niedopuszczalne jest obciążanie Odwołującego negatywnymi konsekwencjami tego zaniechania, tj. wykluczanie Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Dlatego też, wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jest nielegalne, a czynność Zamawiającego nie zasługuje na ochronę.

B. Odnośnie zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty Auto Fus stwierdził:

10. Zgodnie z treścią SIWZ, oferowany przez wykonawców w Postępowaniu samochód musi posiadać (i) cechy typowe dla pojazdów zgodnych z ofertą wyposażenia ofertowanego dla odbiorców indywidualnych, które częściowo pokrywają się z (ii) wyposażeniem minimalne firmowe (markowe) dla pojazdu bazowego, określone w SIWZ, oraz dodatkowo z (iii) wyposażenia dodatkowego, uwzględniającego specyfikę radiowozów policyjnych, określone w SIWZ, wyprodukowane przez producenta wyposażenia specjalistycznego (niemarkowe). Tak określony zespół cech można przedstawić w graficznie w sposób następujący:

11. Wskazany przez Auto FUS pojazd, BMW 3 330i xDrive, występuje w 4 wersjach - Advantage, Sport Line, Luxury Line oraz M Sport (wersja Advantage jest wersją najniższą, zaś wersja M Sport jest wersją najwyższą). Auto FUS nie określił we własnej ofercie, jaką wersją BMW 3 330i xDrive oferuje. Z uwagi na już na ten jeden fakt, stwierdzić należy, że oferta Auto FUS jest niezgodna z SIWZ, gdyż nie można jednoznacznie wskazać, jaki pojazd bazowy, zgodny z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych, jest przedmiotem oferty, zaś zgodnie z ust. 1.3.11 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowany samochód miał być zbudowany na pojeździe bazowym zgodnym z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych. Niemożność wskazania na podstawie złożonej oferty, jaki dokładnie pojazd został zaoferowany jako pojazd bazowy stanowi, niezgodność o jej niezgodności z treścią SIWZ, przez co oferta Auto FUS podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

12. W tym punkcie wskazał na wyrok KIO 542/11, w którym Izba stwierdziła, że: "treść wymaganych specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu stanowi merytoryczną treść oferty poprzez wskazanie nazw, symboli i szczegółowej konfiguracji parametrów technicznych konkretnego zaoferowanego sprzętu. Brak powyższych informacji uniemożliwia bowiem ustalenie, jaki sprzęt jest zaoferowany przez wykonawcę, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia". Także na wyrok KIO 2419/13, gdzie Izba uzasadniała niemożność poprawienia braku określenia cech umożliwiających konkretne wskazanie oferowanego sprzętu w trybie poprawienia omyłek (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp): „W świetle zastanych postanowień SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców dokładnego sprecyzowania i opisanie oferowanego świadczenia, a nie jedynie zaciągnięcia ogólnego zobowiązania, że wykonają zamówienie zgodnie z SIWZ. Natomiast odwołujący w treści swojej oferty nie sprecyzował oferowanego przedmiotu świadczenia w zakresie elementów dostawy wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 04.10.2013 r. - zarówno w odniesieniu do sprzętu, jak oferowanych licencji na oprogramowanie. Uzupełnienie treści oferty o tak rozległy zakres informacji służących określeniu oferowanego przedmiotu świadczenia nie sposób uznać za nieistotną zmianę treści oferty, a tym samym dokonana w

ten sposób poprawka nie wypełnia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wbrew twierdzeniom odwołującego, w odniesieniu do większości pozycji z tabeli Formularza cenowego, nie jest możliwe ustalenie, co dokładnie zostało zaoferowane na podstawie danych wynikających z całości oferty oraz jej zestawienia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Tym samym postulowane przez odwołującego wyjaśnienie i poprawienie treści oferty w tym zakresie nie jest możliwe. Powyższe musiałyby w tym przypadku polegać na zapytaniu przez zamawiającego, jaki sprzęt i jakie licencje zostały zaoferowane, a następnie wpisaniu tego typu informacji uzyskanych od wykonawcy, do oferty. Ponadto zakres tych informacji, kreowanych niejako de novo et ex nihilo przez wykonawcę, dotyczyłby zasadniczych elementów dostawy (podstawowej części przedmiotu zamówienia).

13. Przedmiotowego braku nie można uzupełnić również poprzez uzupełnienia. Jeżeli Zamawiający wymaga zaoferowania samochodu na pojeździe bazowym, oznacza to, że wykonawcy zobowiązani byli do wyartykułowania, nie tylko który model został zaoferowany, lecz również sprecyzowanie zaoferowanej wersji. Nie ulega wątpliwości, że informacje takie stanowią część zobowiązania wykonawcy, a tym samym jego oferty i nie mogą polegać na uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można zatem uznać informacji o zaoferowanej wersji BMW 3 330i xDrive, za oświadczenie stanowiące dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tak właśnie orzekła Izba w cytowanym wyroku KIO 542/11: „Należy stwierdzić, że są to informacje określające wprost przedmiot oferty i składające się na jej treść, natomiast nie są to oświadczenia lub dokumenty mające potwierdzić, że oferowany sprzęt spełnia wymogi postawione przez zamawiającego. (...) Zważywszy, że przedmiotowe informacje stanowią treść oferty, objęte są one regulacjami art. 87 ust. 1 ustawy, zatem zasadne jest uznanie, że nie ma do nich zastosowania przepis art. 25 ust. 1 i art 26 ust 3 ustawy, a tym samym zarzut zaniechania ich zastosowania jest nieuprawniony. Izba zauważa przy tym, że wymóg opisanie, poprzez specyfikacje techniczne, oferowanego przedmiotu dostaw wynika wprost z postanowień siwz, a ustalenia tego nie zmienia fakt, iż został on sformułowany nie w formularzu oferty, lecz załączniku do niej oraz w instrukcji dla wykonawców w części mającej określać opis warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów. Wobec powyższego, Izba uznaje, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w częściach, w których została złożona, jest uzasadniona przepisem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp”.

14. Odwołujący podkreśla, że informacji o tym, jaka wersja BMW 3 330i xDrive została zaoferowana nie można wywnioskować z danych pośrednich. Auto FUS potwierdził bowiem, że zaoferowany produkt posiada całe wyposażenie minimalne poprzez stworzenie tabeli oferowanego wyposażenia oraz wprowadzenie zaznaczeń w katalogu pojazdu; jednakże nie potwierdził, że pojazd bazowy posiada cechy zgodne z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych. Innymi słowy, Auto FUS nie zaoferował pojazdu

bazowego, który byłby dostępny odbiorcom indywidualnym, gdyż każda z wersji BMW 3 330i xDrive jest bogatsza niż minimum zaoferowane przez Auto FUS. Celem udowodnienia powyższego, Odwołujący przedstawił porównanie BMW 3 330i xDrive w najniższej wersji Advantage z wyposażeniem BMW 3 330i xDrive zaoferowanym przez Auto FUS.

15. Powyższe porównanie ma wskazywać na dwie okoliczności: Po pierwsze, z przedstawionej w ofercie Auto FUS listy zaoferowanego wyposażenia minimalnego oraz z katalogu, gdzie Auto FUS częściowo uzupełnił informację wskazane w stworzonej przez siebie liście, nie wynika która wersja BMW 3 330i xDrive została zaoferowana, a po drugie, nie można potwierdzić, że zaoferowane BMW 3 330i xDrive jest zbudowane na pojeździe bazowym, który pochodzi z oferty handlowej wyposażenia oferowanej dla odbiorców indywidualnych, gdyż nie posiada wszystkich cechy chociażby najniższej wersji pojazdu bazowego. Przy czym, Odwołujący zauważa, że okoliczność ta nie musi być przypadkowym przeoczeniem, lecz może wynikać ze strategii Auto FUS na wygranie przedmiotowego przetargu.

16. Choć samochód Skoda Superb jest o 1 klasę wyższa BMW serii 3 (porównywalną klasą do Skody Superb jest BMW serii 5 czy Mercedes klasy E), to jednak zgodnie z piramidą prestiżu, Skoda plasuje się niżej niż BMW. Cena poszczególnego samochodu jest zaś uwarunkowana nie tylko klasą danego samochodu czy jego wersją, lecz również marką. I tak, o ile Skoda Superb w wersji Active zaoferowanej przez Odwołującego w ofercie indywidualnej kosztuje 136.130,00 PLN (cena ofertowa: 202.121,00 PLN szt.), o tyle BMW 3 330i xDrive w wersji najniższej, tj. Advantage, kosztuje 179.800,00 PLN (cena ofertowa: 193.000,00 PLN szt.). Z powyższego widać, że cena Skody Superb po dołożeniu wyposażenia minimalnego, niepokrywającego się z wyposażeniem pojazdu bazowego (koszt indywidualny) oraz po dołożeniu wyposażenia typowego dla radiowozów (koszt taki sam dla obydwójgu wykonawców, gdyż zarówno Odwołujący jak i Auto FUS korzystają z tego samego podwykonawcy - ok. 85.977,00 PLN) wzrosła o 66.082,00 PLN, tj. o 48,5%. Zaś cena BMW 3 330i xDrive po doposażeniu samochodu w ten sam sposób wzrosła o 13.200 PLN, tj. o 7,3%. Oznacza to, że cena Skody Superb wersja Active z wyposażeniem minimalnym żądanym przez Zamawiającego, lecz bez wyposażenia specjalistycznego wynosi 116.235,00 PLN, zaś BMW 3 330i xDrive (wersja nieznana) z wyposażeniem minimalnym żądanym przez Zamawiającego, lecz bez wyposażenia specjalistycznego wynosi 107.023,00 PLN. Dalej, oznacza to, Odwołujący udzielił rabatu na poziomie ok. 14,6%, zaś Auto FUS ok. 40,5%. Tak znaczna różnica w cenie może wskazywać właśnie na fakt, że Auto FUS celowo nie zaoferował wskazanych w ust. 14 powyżej funkcjonalności, o których mowa w kolumnie trzeciej, gdyż w ten sposób planował wygenerować obniżenie kosztów produkcji zaoferowanego pojazdu. Jednakże, BMW 3 330i xDrive bez omawianego wyposażenia, które posiada każdy dostępny w indywidualnej ofercie handlowej model nawet

w najniższej wersji, nie spełnia warunku „pojazdu bazowego”, o którym mowa w ust. 1.3.11 Załącznika nr 2 do SIWZ.

17. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że Zamawiający nie jest w stanie określić, jaka wersja BMW 3 330i xDrive została przez Auto FUS zaoferowana. Tym samym, Auto FUS nie zaoferował pojazdu bazowy, zgodnego z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych, gdyż brakuje w ofercie Auto FUS szeregu funkcjonalności charakterystycznych nawet dla najniższej wersji tego modelu. Zatem, oferta Auto FUS jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 1439/17

Odwołanie zostało wniesione na czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, o których – jak podał wykonawca - został poinformowany 3 lipca 2017 r., a polegające na:

1. bezzasadnym uznaniu, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania oraz uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą,
2. zaniechaniu wykluczenia Auto FUS oraz uznania tej oferty za odrzuconą,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Auto FUS,
4. zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższe czynności i zaniechania, zdaniem Odwołującego, naruszają:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem jej art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz art. 24 ust. 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania czynności wezwania do uzupełnień z należytą starannością, a co za tym idzie uprawniony jest do wykluczenia Odwołującego z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na nieterminowe uzupełnienia, pomimo wyznaczenia terminu na uzupełnienie, z pominięciem informacji, że w przypadku uzupełnień drogą pocztową należy uwzględnić dwu (2) dniowe opóźnienia spowodowane indywidualnymi (nietypowymi) procedurami pocztowymi, które stosują się do Zamawiającego;

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem jej art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust 4 ustawy Pzp oraz w związku z naruszeniem § 14 ust. 2 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania czynności badania i oceny oferty Auto FUS z należytą starannością, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania wykluczenia Auto FUS z Postępowania oraz zaniechania uznania oferty Auto FUS za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten nie złożył zaświadczenia z KRK dla prokurenta wraz z uzupełnieniami w dniu 28 czerwca 2017r., lecz w późniejszym terminie

(powtórne uzupełnienie oferty), oraz pomimo że zaświadczenie z KRK dla prokurenta zostało złożone w kopii, bez potwierdzenia jej zgodności kopii z oryginałem przez reprezentanta lub umocowanego pełnomocnika Auto FUS;

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem jej art. 22 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 14 w związku z art. 26 ust. 1 oraz naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania czynności badania i oceny oferty Auto FUS z należytą starannością, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uznania, że zaświadczenie z KRK dla prokurenta z dnia 29 czerwca 2017r. nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania czynności wezwania do uzupełnień z należytą starannością, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania odrzucenia oferty Auto FUS, pomimo że nie można zidentyfikować, która wersja BMW 3 330i xDrive została zaoferowana, oraz pomimo że wykonawca ten zaoferował jako pojazd bazowy samochód, który nie jest zgodny z ofertą handlową dla klientów indywidualnych,

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) tej ustawy [uznk] – z uwagi na wybranie jako najkorzystniejszej oferty Auto FUS, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie pojazdu BMW 3 330i x Drive w wersji, której nie sposób zidentyfikować i stwierdzić czy zawiera wyposażenie minimalne żądane przez Zamawiającego, takie jakie jest oferowane klientom indywidualnym, wobec czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Auto FUS,

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk – z uwagi na wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Auto FUS, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie ceny dumpingowej za pojazd BMW 3 330i x Drive w wersji, której nie sposób zidentyfikować, z wyposażeniem minimalnym żądanym przez Zamawiającego, lecz bez wyposażenia specjalistycznego za 107.023,00 PLN podczas, gdy ten sam pojazd w ofercie indywidualnej w wersji najniższej, tj. Advantage, kosztuje 179.800,00 PLN, wobec czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Auto FUS,

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Auto Fus do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że cena oferty tego wykonawcy wydaje się rażąco niska,

8. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - z uwagi na błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do uznania, że pomimo iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega

odrzuceniu, Zamawiający może zaniechać wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, choć - zgodnie z kryteriami oceny ofert - powinna zostać wybrana oferta najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Auto FUS;
2. ponowne dokonanie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem:
 - 2.1. dokonania czynności wykluczenia Auto FUS z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia,
 - 2.2. dokonania czynności odrzucenia oferty Auto FUS z uwagi na:
 - 2.2.1. niezgodność złożonej oferty z treścią SIWZ,
 - 2.2.2. fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - 2.3. wezwania wykonawcy Auto FUS do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
3. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący także w tym przypadku wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto, w dniu 03 lipca 2017r. Odwołujący złożył odwołanie (sygn. akt KIO 1352/17), w którym postawił zarzut bezpodstawnego wykluczenia go z Postępowania, oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty Auto FUS. Odwołujący w sposób ciągły przedsięwzięcie stosowne kroki, w celu zapewnienia sobie możliwości realizacji zamówienia. Dodatkowo, w chwili rozpatrywania niniejszego odwołania, odwołanie o sygn. akt KIO 1352/17 będzie najprawdopodobniej już rozstrzygnięte, dzięki czemu jasne będzie, że Odwołujący nie pozostaje wykluczony, lecz jest pełnoprawnym wykonawcą. Ponadto, Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, tak jak to nakazują przepisy ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, jest bowiem ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, określonych w SIWZ. Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie ofert wraz z informacją, ile punktów otrzymałyby poszczególne oferty, gdyby żadna z nich nie podlegała odrzuceniu, ani żaden wykonawca nie podlegał wykluczeniu, wraz z zaznaczeniem przy „sumie punktów”, które oferty nie powinny być punktowane, podając że zaniechanie należytego wezwania do uzupełnień oraz zaniechanie wykluczenia Auto FUS i odrzucenia oferty Auto FUS Zamawiający doprowadziło do sytuacji, w której

Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz szansę na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (iucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podał w szczególności:

A. Nienależyte wezwanie do uzupełnień - brak podstaw do wykluczenia Odwołującego

1. W dniu 03 lipca 2017r. odwołujący złożył odwołanie wykazując brak podstaw do wykluczenia go z Postępowania. Kwestia ta zostanie rozstrzygnięta w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1352/17.

2. Odwołujący zaznaczył, że nie można zgodzić się z oceną Zamawiającego, w zakresie wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Zamawiający uznał, że to indywidualna sytuacja Odwołującego spowodowała doręczenie przesyłki pocztowej 2 dni po pierwszej próbie doręczenia, a 1 dzień po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na uzupełnienie oferty. W informacji o wykluczeniu Odwołującego powołuje się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, w których Izba orzekła, że Zamawiający, określając termin na uzupełnienie nie może kierować się interesem i sytuacją każdego wykonawcy z osobna. Tymczasem, sytuacja faktyczna zaistniała w niniejszym Postępowaniu jest zupełnie inna niż sytuacje, które badała Izba w przywołanych przez Zamawiającego wyrokach. To nie indywidualna sytuacja Odwołującego spowodowała niedochowanie przez niego terminu na doręczenie uzupełnień, lecz generalne regulacje, wiążące Zamawiającego z Poczta Polska, które mają zastosowanie do każdego wykonawcy, który przesyła ofertę czy też uzupełnienia do Wydziału Zamówień Publicznych i Funduszy Pomocowych na ul. Domaniewska 36/38, w Warszawie, tj. jednostki odpowiedzialnej za prowadzenie wszystkich przetargów w imieniu i na rzecz Komendy Głównej Policji. Zatem, to nie należyta staranność Odwołującego powinna być badana (która nota bene została dochowana), lecz należyta staranność Zamawiającego w przygotowaniu treści wezwania do uzupełnień. Wykonawcy mają bowiem prawo działać w zaufaniu do Zamawiającego, i mają prawo polegać na treści wystosowanych go nich wezwań.

3. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że rygor należytej staranności w zakresie wezwania do uzupełnień wymusza na zamawiającym konkretyzację zakresów, które podlegają uzupełnieniom i wyczerpujące i precyzyjne formułowanie treści, tak aby

wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie zachowanie doprowadzi do zgodności ich oferty z treścią SIWZ. Podobną miarę należytej staranności należy przykładać do strony formalnej wezwania. Skoro Zamawiający zawarł dodatkowe porozumienia z Poczta Polska, które wpływają na terminy dostarczanych przesyłek, oraz skoro od tych terminów uzależniona jest możliwość skutecznego wykazywania się, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a wykonawca nie podlega wykluczeniu, to Zamawiający powinien był poinformować o tej istotnej okoliczności wykonawców, tak aby mogli uwzględnić ją w swoich działaniach. Należy zauważyć, że Odwołujący wykazał się należyłą starannością przy obliczaniu terminów doręczenia uzupełnień, gdyż zapewnił sobie doręczenie na jeden dzień roboczy przed wyznaczonym przez Zamawiającego terminem. Gdyby Zamawiający również dochował należytej staranności, to poinformowałby wykonawców, że doręczenie przesyłek drogą pocztową odbywa się w sposób niestandardowy. Wówczas Odwołujący dokonałby uzupełnień osobiście dowożąc uzupełnienia, a nie korzystając z usług Poczty Polskiej (z uwagi na liczne, złe doświadczenia z firmami kurierskimi, Odwołujący nie korzysta z usług tych firm przy przekazywaniu dokumentów w toku przetargów publicznych). Zamawiający nie przekazał jednak tej istotnej informacji wykonawcom, a negatywnymi konsekwencjami za swoje zaniechanie obciąża Odwołującego.

B. Zaniechanie wykluczenia Auto Fus - wielokrotne uzupełnienia, niewłaściwa forma dokumentu

4. W dniu 22 czerwca 2017r. Zamawiający wezwał Auto FUS, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów w zakresie wykazania przez Auto FUS spełnienia warunku udziału w postępowaniu, oraz do złożenia dokumentów własnych oraz wskazanego podwykonawcy, w zakresie wykazania, iż oba te podmioty nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, Termin na złożenie tych dokumentów u Zamawiającego mijał 04 lipca 2017r. Auto FUS złożyło dokumenty w dniu 27 czerwca 2017r. Dokumenty te były jednak niekompletne - brakowało w nich zaświadczenia z KRK dla prokurenta Auto FUS oraz wszystkich żądanych dokumentów od podwykonawcy. Dlatego też w dniu 28 czerwca 2017r. Auto FUS dokonał uzupełnień oferty. Uzupełnienie w dalszym ciągu nie konwalidowało oferty, więc w dniu 29 czerwca 2017. Auto Fus dokonał kolejnych uzupełnień. Oba uzupełnienia nastąpiły z własnej inicjatywy. W udostępnionej w dniu 07 lipca 2017r. dokumentacji postępowania brak jest bowiem wezwania do uzupełnień,

5. Odwołujący wskazał na potwierdzoną przez KIO dopuszczalność samodzielnego uzupełnienia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez jego uczestników oraz brak podstaw do odmowy dokonania oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na podstawie samodzielnie złożonego oświadczenia lub dokumentu (wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10; KIO/UZP 1333/09). W takim przypadku jednak Izba podkreśla, że „samodzielne wniesienie przez wykonawcę

dokumentów może narazić wykonawcę na późniejszą blokadę możliwości zastosowania art. 26 ust 3 Pzp do danego zakresu braków w ofercie. Podobnie np, wyrok KIO z 13 września 2011 r.f sygn. akt KIO 1837/11, KIO 1841/11, KIO 1853/11, KIO 1854/11, KIO 1855/11
^Uzupełnienie dokumentów bez wezwania zamawiającego, obciąża ryzykiem wykonawcę, który nie będzie mógł być ponownie wezwany do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów, co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców«" {wyrok KIO z dnia 27 maja 2015r., sygn. akt KIO 1009/15).

6. Podobnie Izba orzekła w wyroku sygn. akt: KIO 1169/11, gdzie KIO stwierdziła, że: „wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednakże ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust 1 ustawy przez wykonawcę. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku. W wezwaniu bowiem do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia zamawiający wskazuje, co powoduje, że dokument złożony jest błędny, albo jakiego dokumentu brak we wniosku wykonawcy. Natomiast samodzielnie wykonawca składając dokument taką wiedzą nie dysponuje i może jedynie domyślać się, w czym tkwi wadliwość złożonego przez niego wniosku. Jednak niedopuszczalne byłoby przyjęcie, że wobec braku wiedzy o stanowisku zamawiającego, wykonawca może wykorzystywać brak zakazu samodzielnego składania dokumentu w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz".

7. Również w orzeczeniach o sygn. akt: KIO 268/13, KIO 270/13 KIO uznała, że: „(...) brak jest ustawowego zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. przez wykonawcę. Ratio legis przepisu art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. sprowadza się bowiem do tego, żeby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Tym samym w sytuacji samodzielnego, bez wezwania (czynności obligatoryjnej) ze strony zamawiającego uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonywanie takiego obowiązku przez Zamawiającego uznać należy za bezprzedmiotowe. Ponowne wezwanie mogłoby pozostawać w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, umożliwiając skorzystanie z ponownej, możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów pomimo, iż wykonawca dokonał takiego uzupełnienia pomimo braku wezwania,".

8. Również w orzecznictwie sądów powszechnych potwierdzono dopuszczalność samodzielnego uzupełniania oferty. Przykładowo, w wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt XIX Ga 162/10 sąd orzekł, że „uwzględnienie zarzutu odwołania o braku wymaganego oświadczenia nie skutkowałoby (...) wykluczeniem wykonawcy, ale koniecznością skierowania do niego wezwania. Dopiero niezastosowanie się do wezwania uprawniałoby do wykluczenia wykonawcy. Ponieważ jednak dokument ten został już uzupełniony samodzielnie (...), zbędne jest obecnie ponowne wzywanie do złożenia tego oświadczenia {...}. Brak byłoby zatem podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z powodu braków dokumentów przy ewentualnym ponownym badaniu ofert, a zatem należałoby uznać, że uchybienie wykonawcy nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania”.

9. Uzupełnienia złożone przez Auto FUS w dniu 28 lipca 2017r. obciążone były wadą. Auto FUS złożył bowiem dokumenty dotyczące się podwykonawcy TRANSMED P. G., jednakże uzupełnienie nie zawierało zaświadczenia z KRK dotyczącego prokurenta Auto FUS,

Pani K. F.. Zatem, Auto FUS powtórnie uzupełnił własną ofertę - w dnia 29 czerwca 2017r. złożył u Zamawiającego zaświadczenie z KRK dla Pani K. F. (datowane na dzień 29.06.2017r.). Takie powtórne uzupełnienie własnej oferty nie jest dopuszczalne. Tak samo bowiem jak przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykląda się wąsko i nie może być podstawą do wzywania do uzupełnień więcej niż raz, tak również w przypadku samodzielnego uzupełnienia braków, przysługuje wykonawcy tylko jednokrotna próba konwalidowania oferty. Nie można przy tym zapominać, że Auto FUS jest profesjonalnym podmiotem gospodarczym, jest doświadczonego wykonawcom również występującym przed KIO, wreszcie ma bardzo profesjonalną obsługę prawną, z tych też względów nie można akceptować niestarannego działania takiego podmiotu, wreszcie akceptować stworzenie tylko Jemu warunków do wielokrotnego uzupełniania dokumentów, gdy wszyscy inni wykonawcy w krajowym systemie zamówień publicznych takich przywilejów są pozbawieni. W wyroku sygn. akt: KIO 302/15, sygn. akt: KIO 303/15 Izba podkreśliła „(...) jednocześnie nie należy pomijać, że przepis art. 26 ust 3 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp w sytuacji, w której nie zostały one przedłożone wraz z oferta albo nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże rzeczona instytucja jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, stanowiącym jednocześnie wyłom od wskazanej reguły, zatem nie może być interpretowana w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. Takiej wykładni przeczy również przepis art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie

wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ciężar odpowiedzialności za właściwe przygotowanie wniosku i oferty spoczywa na wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony, a tym bardziej zobowiązany, do podejmowania czynności w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopóty, dopóki wykonawca nie usunie wszystkich błędów. Wyjątkowy charakter procedury uzupełniania oferty, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dał asumpt do ukształtowania w orzecznictwie poglądu, że wezwanie może być kierowane do wykonawcy jednokrotnie w danym przedmiocie, a brak adekwatnej reakcji ze strony wykonawcy obciąża tegoż i jednocześnie nie stanowi podstawy do podejmowania dalszych działań przez zamawiającego. (...) Godzi się również dostrzec, że transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasada równego traktowania wykonawców, obliguje zamawiającego do stosowania jednakowych procedur względem wszystkich wykonawców i do realizowania obowiązków wynikających z przepisów prawa. Zamawiający posiada określone instrumenty służące konwalidowaniu błędów czy też niedokładności pojawiających się w ofertach, ale ich wykorzystanie uwarunkowane jest określonymi przesłankami".

10. W przypadku samodzielnego uzupełnienia dokumentacji ofertowej zastosowanie mają te same zasady co w przypadku wezwania do uzupełnień. Wszyscy wykonawcy muszą być równo traktowani. Wykonawcy, którzy zdecydowali się na uzupełnienie oferty z własnej inicjatywy nie mogą bowiem być w lepszej sytuacji względem wykonawców, którzy uzupełnienia dokonali na wezwanie. Przytoczone orzecznictwo wprost wskazuje, że wykonawcy samodzielnie uzupełniający ofertę, muszą się liczyć z niekorzystnymi skutkami tej czynności, związanymi z brakiem instrukcji, co dokładnie i w jaki sposób powinni złożyć, aby skutecznie konwalidować ofertę. Zatem, uzupełnienie dokumentacji przez Auto FUS z dnia 28 czerwca 2017r. wyczerpało dalszą możliwość powtórnego uzupełnienia oferty.

11. Treść pisma z dnia 22 czerwca 2017 r., zawierającego wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, została bardzo klarownie sformułowana. Zamawiający wyszczególnił bowiem dwa zakresy dokumentów, które powinny być złożone. Pierwszy zakres dotyczył dokumentów, o których mowa „w Rozdz. VII ust. 5 pkt 5.1 i 5.2 w zakresie dotyczącym Wykonawcy" (pogrubienie - tekst oryginalny) odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), a drugi, o których mowa „w Rozdz. VII ust 5 pkt 5.2 SIWZ w zakresie dotyczącym Wykonawcy oraz podwykonawcy" (pogrubienie oraz podkreślenie-tekst oryginalny).

12. Zamawiający nawet poprzez stosowanie pogrubień i podkreśleń tekstu zwracał uwagę Zamawiającego, że część z wymienionych dokumentów winien złożyć nie tylko w zakresie własnej działalności gospodarczej, lecz również w zakresie działalności wykazanego podwykonawcy. Również w odniesieniu do zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego Zamawiający nie poprzestał na ogólnym odesłaniu do art. 24 ustawy Pzp, lecz wskazał wszystkie punkty, tyżące się karalności, które powinien uwzględnić Auto FUS, tj. ust. 1 pkt

13, 14, 21 oraz ust. 5 pkt 5 i pkt 6 art. 24 ustawy Pzp. Zaś przytoczony art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp dotyczy właśnie obowiązku wykazywania braku podstaw do wykluczenia z uwagi na praworządność prokurenta wykonawcy. Mając zatem wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 22 czerwca 2017r., Auto FUS dysponował 4-ro stronicową, precyzyjną listą zawierającą spis dokumentów, które powinien był złożyć, w celu skutecznego wykazania braku podstaw do wykluczenia. Samodzielne uzupełnienie nie nastąpiło zatem bez jakiegokolwiek instrukcji Zamawiającego, jakich dokumentów oczekiwał od Auto FUS, lecz Auto FUS dysponował stosowną instrukcją, którą mógł traktować jako listę kontrolną (tzw. „checklistę”).

13. Zaświadczenie z KRK dotyczące Pani K. F., złożone w ramach powtórnych uzupełnień, zostało złożone w kopii zamiast w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Odwołujący dokonał wglądu w dokumentację postępowania i sprawdził formę złożonego dokumentu, poprzez wykonanie trzech prób rozmazania pieczętek przybitych w KRK (z oznaczeniem „NIE FIGURUJE”, datą i potwierdzeniem dokonania opłaty). Napisy te nie rozmazały się, co świadczy o tym, że jest to wydruk, a nie odbita pieczęć. Równocześnie, Odwołujący wykonał próbę rozmazania dwóch pieczętek potwierdzających wpłynięcie dokumentu do Kancelarii Biura Finansów KGP oraz do Wydziału Zamówień publicznych i Funduszy Pomocowych Biura Finansów KGP - z obydwu pieczętek tusz się rozmazał. Mając na uwadze fakt, że wszystkie pieczętki zostały przybite w tym samym dniu, lecz w trzech różnych jednostkach, oraz że tylko pieczętki przybite w Krajowym Rejestrze Karnym nie poddają się działaniu wody i nie rozmazują się, stwierdzić należy, że świadczy to o tym, że zaświadczenie z KRK dotyczące prokurenta Auto FUS zostało złożone w kopii,

14. Odwołujący wniósł o przekazanie dokumentu Centralnemu Laboratorium Policji w celu weryfikacji, czy zaświadczenie z KRK dotyczące Pani K. F., z dnia 29.06.2017r., złożone w toku Postępowania Zamawiającemu w dniu 29.06.2017r., jest kopią czy też zostało złożone w oryginale lub o powołanie biegłego z zakresu dokumentów w celu zbadania dokumentu na ww. okoliczność. W przypadku ewentualnego odrzucenia wniosku dowodowego o powołanie biegłego, Odwołujący wnosi o dopuszczenie przeprowadzenia eksperymentu procesowego, polegającego na podjęciu przez Odwołującego kolejnej próby rozmazania (1) pieczętek przybitych w KRK, rozmazania pieczętki przybitej w KGP przy ul. Puławskiej (Kancelaria Biura Finansów KGP) oraz rozmazania pieczętki przybitej w KGP przy ul. Domaniewskiej (Wydział Zamówień publicznych i Funduszy Pomocowych Biura Finansów KGP), w celu wykazania, że tylko dwie ostatnie pieczętki są oryginalne, zaś pozostała część dokumentu jest kolorową kopią oryginału.

15. W świetle przepisów ustawy Pzp, utrwalonego orzecznictwa oraz z uwagi na faktyczne okoliczności przywołane powyższej, powtórne uzupełnienia dokumentów z dnia 29 czerwca 2017r., nie może być traktowane jako legalne (skuteczne) konwalidowanie czynności z dnia

27 czerwca 2017r. oraz z dnia 28 czerwca 2017r. roku. Wyłącznie dokumenty złożone przy pierwszym uzupełnieniu z dnia 28 czerwca 2017r. mogą i powinny być traktowane jako część oferty Auto FUS. W takim stanie rzeczy, stwierdzić należy, że Auto FUS nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, gdyż oferta jego nie zawiera potwierdzenia, że prokurent Auto FUS nie jest karalny w zakresie wskazany ustawą Pzp. Dodatkowo, również z uwagi na złożenie zaświadczenia z KRK dla Pani K. F. w kopii, dokument ten nie potwierdza braków podstaw do wykluczenia Auto FUS z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z pryncypialną zasadą sformułowaną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy". Zamawiający nie jest zatem uprawniony do pominięcia faktu, że zaświadczenie z KRK dotyczące Pani K. F. wpłynęło nie wraz ze złożonymi dokumentami w dniu 27 czerwca 2017r., ani nie wraz z uzupełnieniami z dnia 28 czerwca 2017r., lecz w toku powtórnych uzupełnień, tj. w dniu 29 czerwca 2017r. Zamawiający nie jest również uprawniony do pominięcia faktu, że zaświadczenie to zostało złożone w niewłaściwej formie, zatem nie może wywołać skutków prawnych przewidzianych dla oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

C. Zaniechanie wykluczenia Auto Fus - KRK z daty po terminie wezwania z art. 26 ust. 1

16. Pomimo, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy wezwani na podstawie tego przepisu do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, są uprawnieni do złożenia „aktualnych” oświadczeń i informacji, to jednak nie można przepisu tego nadinterpretować jako dopuszczenie składania dokumentów, które nie potwierdzają, że oświadczenia zawarte w JEDZ są prawdziwe. Jak wskazuje Izba w tegorocznym wyroku z dnia 8 marca 2016r., sygn. akt 266/17 „Izba jednak nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że w związku z uwzględnieniem omawianego zarzutu, dopuszczalnym byłoby uzupełnienie dokumentu informacji z KRK o niekaralności prokurenta przystępującego - z datą bieżącą, (...) Nadal wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, co pod rygorem odpowiedzialności wynikającej z przepisów odrębnych, i wykluczenia z postępowania - potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, a taki stan ma się utrzymywać aż do zawarcia umowy”. Dalej Izba wyklada, że zamawiający powinni przyjmować dokumenty wystawione z data bieżąca, ale jednocześnie takie, które w swojej treści potwierdzają spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty - „Przykładowo, zaświadczenie o niezaleganiu z uiszczaniem podatków według stanu z rejestru na oznaczony dzień składania ofert, chociaż termin wystawienia danego zaświadczenia może być późniejszy. Jeżeli przystępujący FR Protection Poland Sp. z o.o, na wezwanie zamawiającego uzyska i przedstawi informacje z KRK z data bieżącą, potwierdzającą niekaralność prokurenta p. T. na dzień 26 października 2016 r., to taki dokument będzie

odpowiedni. Jeżeli między datą złożenia oferty a data wezwania, o którym mowa w art 26 ust. X Pzp nastąpiłaby by zmiana na stanowisku prokurenta, również dopuszczalne byłoby uzupełnienie zaświadczenia z KRK dla nowej osoby z datą bieżąca" (tamże).

17. Izba we wskazanym wyroku wyjaśniła, że do wniosków powyższych doszła r.n.in. na podstawie analizy orzecznictwa Trybunału Europejskiego Unii Europejskiej, przytaczając wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova), Choć wyrok ten dotyczy trybu uzupełnień, to jednak z uwagi na generalne zasady w nim wykazane ma zastawanie również do składania dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też Odwołujący cytuje poniżej odnośne fragmenty wyroku TS UE: „(6) Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art.45 -50 lub o ich wyjaśnienie. (...) (28) Jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest zapewnienie swobody świadczeń usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów i kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości.

(29) Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich mają doprowadzić. (39) Instytucja zamawiająca może, więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczególności informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdanie finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń". Z powyższych względów Trybunał (dziesiąta Izba) orzeka, co następuje: „Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Zadanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane."

18. Izba, w cytowanym wyżej wyroku KIO 366/17 z 8 marca 2017r. doszła do wniosków, które Odwołujący w całości przyjmuje za własne: „Z powyższego wynika, że prawo unijne ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni, która jest wiążąca dla Krajowej Izby Odwoławczej, wyklucza interpretacje prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni

zgodnej z dyrektywą. Rzeczą wykonawcy było zadbanie o to, aby dysponować standardowo wymaganym dokumentem informacji z KRK...& niekaralności prokurenta, wystawionego z odpowiednią datą. Procedura uzupełniania dokumentów nie odnosi się do pozyskiwania przez wykonawcę nowych dokumentów wymaganych w przetargu, ale do dołączenia dokumentów, które były w dyspozycji wykonawcy w dacie złożenia ofert, i w oparciu o te dokumenty złożył on oświadczenie, że nie zachodzą wobec niego ustawowe podstawy wykluczenia, ale jedynie przez przeoczenie nie zostały załączone w zbiorze oferty, skoro zamawiający ustanowił takie warunki w SiWZ. Zarzut powyższy mimo częściowego uwzględnienia przez zamawiającego - został podtrzymany przez odwołującego i znalazł również częściowe potwierdzenie postępowaniu odwoławczym, z tego względu Izba uwzględniła odwołanie".

19. Stan faktyczno-prawny badany przez Izbę w sprawie KIO 366/17 ma ściśle przełożenie na stan faktyczno-prawny istniejący w Postępowaniu. Izba potwierdziła, że jeżeli wykonawca składa zaświadczenie z KRK po dacie składania ofert, to nie może ono być z datą bieżącą, gdyż nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert. Taka wykładnia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jest zgodna z orzecznictwem TS UE, a przepisy krajowe nie mogą być wykładane w oderwaniu od wykładni unijnej- Z tego względu uznać należy, że Auto FUS, dokonując uzupełnień oferty z własnej inicjatywy w dniu 29 czerwca 2017r. (tj. zaświadczenia z KRK dla Pani K. F., datowanego na dzień 29.06.2017r.) nie wykazało skutecznie, iż w dniu 22 maja 2017r. Auto FUS nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

20. W w okolicznościach sprawy nie da się przyjąć, iż Auto FUS dochowała należytej staranności wymaganej od profesjonalisty co do wykazania - na wezwanie zamawiającego - spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym. Z uwagi na zasady ograniczające zamawiającego a sformułowane w art. 7 ust, 1 i 3 Pzp, nie może On akceptować sytuacji gdzie profesjonalny wykonawca jakim niewątpliwie jest Auto FUS zachowuje się dowolnie w przetargu, tak jakby rygory formalne w tej procedurze nie istniały. A zatem, skoro Auto FUS złożyła nieprawidłowe dokumenty z przyczyn ją obciążających, to istotne dla rozstrzygnięcia ma ustalenie właściwego rozumienia pojęcia „niezłożenia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego", w tym jeśli dodatkowo uwzględnić nieprawidłową formę uzupełnionych dokumentów, to ewidentnie nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu i powinna być wykluczona a jej oferta odrzucona.

D. Zaniechanie odrzucenia oferty Auto Fus - niezgodność z treścią siwz

21. Zgodnie z treścią SIWZ, oferowany przez wykonawców w Postępowaniu samochód musi posiadać (i) cechy typowe dla pojazdów zgodnych z ofertą wyposażenia ofertowanego dla odbiorców indywidualnych, które częściowo pokrywają się z (ii) wyposażeniem minimalne

firmowe (markowe) dla pojazdu bazowego, określone w SIWZ, oraz dodatkowo z (iii) wyposażenia dodatkowego, uwzględniającego specyfikę radiowozów policyjnych, określone w SIWZ, wyprodukowane przez producenta wyposażenia specjalistycznego (niemarkowe). Tak określony zespół cech, co przedstawił graficznie z uwzględnieniem wymagań z części technicznej dokumentacji.

22. Wskazany przez Auto FUS pojazd, BMW 3 330i xDrive, występuje w 4 wersjach - Advantage, Sport Linę, Luxury Linę oraz M Sport (wersja Advantage jest wersją najniższą, zaś wersja M Sport jest wersją najwyższą). Auto FUS nie określił we własnej ofercie, jaką wersją BMW 3 330i x Drive oferuje. Z uwagi już na ten jeden fakt, stwierdzić należy, że oferta Auto FUS jest niezgodna z SIWZ, gdyż nie można jednoznacznie wskazać, jaki pojazd bazowy, zgodny z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych, jest przedmiotem oferty, zaś zgodnie z ust. 1.3.11 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowany samochód miał być zbudowany na pojeździe bazowym zgodnym z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych. Niemożność wskazania na podstawie złożonej oferty, jaki dokładnie pojazd został zaoferowany jako pojazd bazowy stanowi, o jej niezgodności z treścią SIWZ, przez co oferta Auto FUS podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

23. Wskazał na wyrok KIO 542/11, w którym Izba stwierdziła, że: "treść wymaganych specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu stanowi merytoryczną treść oferty poprzez wskazanie nazw, symboli i szczegółowej konfiguracji parametrów technicznych konkretnego zaoferowanego sprzętu. Brak powyższych informacji uniemożliwił bowiem ustalenie, jaki sprzęt jest zaoferowany przez wykonawcę, a w konsekwencji rzeczywiste badanie godności treści oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia". Także na wyrok KIO 2419/13, gdzie Izba uzasadniała niemożność poprawienia braku określenia cech umożliwiających konkretne wskazanie oferowanego sprzętu w trybie poprawienia omyłek (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp): „W świetle zastanych postanowień SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców dokładnego sprecyzowania i opisanie oferowanego świadczenia, a nie jedynie zaciągnięcia ogólnego zobowiązania, że wykonają zamówienie zgodnie z SIWZ, Natomiast odwołujący w treści swojej oferty nie sprecyzował oferowanego przedmiotu świadczenia w zakresie elementów dostawy wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 04.10.2013r. - w odniesieniu do sprzętu, jak i oferowanych licencji na oprogramowanie. Uzupełnienie treści oferty o tak rozległy zakres informacji służących określeniu oferowanego przedmiotu świadczenia nie sposób uznać za nieistotną zmianę treści oferty, a tym samym dokonana w ten sposób poprawka nie wypełnia dyspozycji art, 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wbrew twierdzeniom odwołującego, w odniesieniu do większości pozycji z tabeli Formularza cenowego, nie jest możliwe ustalenie, co dokładnie zostało zaoferowane na podstawie danych wynikających z całości oferty oraz jej zestawienia z opisem przedmiotu zamówienia

zawartym w SIWZ. Tym samym postulowane przez odwołującego wyjaśnienie i poprawienie treści oferty w tym zakresie nie jest możliwe. Powyższe musiałyby w tym przypadku polegać na zapytaniu przez zamawiającego, jaki sprzęt i jakie licencje zostały zaoferowane, a następnie wpisaniu tego typu informacji uzyskanych od wykonawcy, do oferty. Ponadto zakres tych informacji, kreowanych niejako de novo et ex nihilo przez wykonawcę, dotyczyłby zasadniczych elementów dostawy (podstawowej części przedmiotu zamówienia).

24. Przedmiotowego braku nie można uzupełnić również poprzez uzupełnienia. Jeżeli Zamawiający wymaga zaoferowania samochodu na pojeździe bazowym, oznacza to, że wykonawcy zobowiązani byli do wyartykułowania, nie tylko który model został zaoferowany, lecz również sprecyzowanie zaoferowanej wersji. Tym samym oferta Auto Fus jest także nieporównywalna, i nieweryfikowalna przez Zamawiającego, a każde nadpisywanie obecnie brakujących informacji będzie przejawem negocjacji wykonawcy z zamawiającym,

25. Informacje takie stanowią część zobowiązania wykonawcy, a tym samym jego oferty i nie mogą polegać na uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można zatem uznać informacji o zaoferowanej wersji BMW 3 3301 xDrive, za oświadczenie stanowiące dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał na wyrok KIO 542/11: „Należy stwierdzić, że są to informacje określające wprost przedmiot oferty i składające się na jej treść, natomiast nie są to oświadczenia lub dokumenty mające potwierdzić, że oferowany sprzęt spełnia wymogi postawione przez zamawiającego. (...) Zważywszy, że przedmiotowe informacje stanowią treść oferty, objęte są one regulacjami art. 87 ust 1 ustawy, zatem zasadne jest uznanie, że nie ma do nich zastosowania przepis art. 25 ust. 1 i art. 2§ ust. 3 ustawy, a tym samym zarzut zaniechania ich zastosowania jest nieuprawniony. Izba zauważa przy tym, że wymóg opisanie, poprzez specyfikacje techniczne, oferowanego przedmiotu dostaw wynika wprost z postanowień siwz, a ustalenia tego nie zmienia fakt, iż został on sformułowany nie w formularzu oferty, lecz załączniku do niej oraz w instrukcji dla wykonawców w części mającej określać opis warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów. Wobec powyższego, Izba uznaje, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w częściach, w których została złożona, jest uzasadniona przepisem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp”.

26. Odwołujący podkreśla, że informacji o tym, jaka wersja niż BMW 3 3301 x Drive została zaoferowana nie można wywnioskować z danych pośrednich. Auto FUS potwierdził bowiem, że zaoferowany produkt posiada całe wyposażenie minimalne poprzez stworzenie tabeli oferowanego wyposażenia oraz wprowadzenie zaznaczeń w katalogu pojazdu; jednakże nie potwierdził, że pojazd bazowy posiada cechy zgodne z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych, innymi słowy, Auto FUS nie zaoferował pojazdu bazowego, który byłby dostępny odbiorcom indywidualnym, gdyż każda z wersji BMW 3 330i x Drive jest bogatsza niż minimum zaoferowane przez Auto FUS. Celem udowodnienia

powyższego, odwołujący przedstawił porównanie BMW 3 330i xDrive w najniższej wersji Advantage z wyposażeniem BMW 3 330i xDrive zaoferowanym przez Auto FUS.

27. Zestawienie tabelaryczne wskazuje na dwie okoliczności: po pierwsze, z przedstawionej w ofercie Auto FUS listy zaoferowanego wyposażenia minimalnego oraz z katalogu, gdzie Auto FUS częściowo uzupełnił informację wskazane w stworzonej przez siebie liście, nie wynika która wersja BMW 3 330i xDrive została zaoferowana, a po drugie, nie można potwierdzić, że zaoferowane BMW 3 330S xDrive jest zbudowane na pojeździe bazowym, który pochodzi z oferty handlowej wyposażenia oferowanej dla odbiorców indywidualnych, gdyż nie posiada wszystkich cech chociażby najniższej wersji pojazdu bazowego. Przy czym, Odwołujący zauważa, że okoliczność ta nie musi być przypadkowym przeoczeniem, lecz może wynikać ze strategii Auto FUS na wygranie przedmiotowego przetargu.

28. Powołał się na wyrok KIO 916/17, „Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli - jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia - powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego”.

29. Także na wyrok KIO 989/15 i KIO 989/17, w którym nadmieniono, że „(...) charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia - powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust 2,

dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego",

30. Samochód Skoda Superb jest o 1 klasę wyższy od BMW serii 3 (porównywalną klasą do Skody Superb jest BMW serii 5 czy Mercedes klasy E), to jednak zgodnie z piramidą prestiżu, Skoda plasuje się niżej niż BMW. Cena poszczególnego samochodu jest zaś uwarunkowana nie tylko klasą danego samochodu czy jego wersją, lecz również marką. I tak, o ile Skoda Superb w wersji Active zaoferowanej przez Odwołującego w ofercie indywidualnej kosztuje 136.130,00 PLN (cena ofertowa: 202.121,00 PLN szt.), o tyle BMW 3 330i xDrive w wersji najniższej, tj. Advantage, kosztuje 179.800,00 PLN (cena ofertowa: 193.000,00 PLN szt). Z powyższego widać, że cena Skody Superb po dołożeniu wyposażenia minimalnego, niepokrywającego się z wyposażeniem pojazdu bazowego (koszt indywidualny) oraz po dołożeniu wyposażenia typowego dla radiowozów (koszt taki sam dla obydwu wykonawców, gdyż zarówno Odwołujący jak i Auto FUS przy wycenie korzystali z ofert Transmed P. G. - ok. 85.977,00 PLN) wzrosła o 66.082,00 PLN, tj. o 48,5%. Zaś cena BMW 3 330i xDrive po doposażeniu samochodu w ten sam sposób wzrosła o 13.200 PLN, tj. o 7,3%, Oznacza to, że cena Skody Superb wersja Active z wyposażeniem minimalnym żądanym przez Zamawiającego, lecz bez wyposażenia specjalistycznego wynosi 116.235,00 PLN, zaś BMW 3 330i xDrive (wersja nieznaną) z wyposażeniem minimalnym żądanym przez Zamawiającego, lecz bez wyposażenia specjalistycznego wynosi 107.023,00 PLN . Dalej, oznacza to, Odwołujący udzielił rabatu na poziomie ok. 14,6%, zaś Auto FUS ok. 40,5%. Tak znaczna różnica w cenie może wskazywać właśnie na fakt, że Auto FUS celowo nie zaoferował wskazanych w ust. 21 powyżej funkcjonalności, o których mowa w kolumnie trzeciej, gdyż w ten sposób planował wygenerować obniżenie kosztów produkcji zaoferowanego pojazdu. Jednakże, BMW 3 330i xDrive bez omawianego wyposażenia, które posiada każdy dostępny w indywidualnej ofercie handlowej model nawet w najniższej wersji, nie spełnia warunku „pojazdu bazowego”, o którym mowa w ust. 1,3.11 Załącznika nr 2 do SIWZ.

E. Zaniechanie odrzucenia oferty AUTO FUS - czyn nieuczciwej konkurencji

31. Stosownie do brzmienia art- 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Artykuł 3 ust. 2 uznk określa w sposób przykładowy czyny nieuczciwej konkurencji, a art. 5 - 17 f uznk doprecyzowują przykładowo stypizowane w uznk

czynny nieuczciwej konkurencji. Okoliczność, że jakaś czynność nie została uszczegółowiona w uznk jako czyn nieuczciwej konkurencji nie świadczy o tym, że w danym przypadku nie mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Czyn ten w każdym przypadku musi być oceniany przez pryzmat art. 3 ust 1 uznk, a przywołany przepis wymaga kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: 1) musi być działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami oraz 2) zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk postanowiono, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

32. W wyroku KIO 1852/14 i KIO 1853/14 potwierdzono, że „Przepis art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (klauzula generalna). W ustępie 2 artykułu wskazano czyny, będące w szczególności czynami nieuczciwej konkurencji (przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji), natomiast w art. 5-17d ustawy wyszczególniono poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji (stypizowano czyny mające swe źródło w art. 3 ustawy). Czynem nieuczciwej konkurencji, jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim uznk) lub dobre obyczaje, przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta (Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt I ACa 93/08). Dobre obyczaje, to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. Uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawo (Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt VACa 371/07)".

33. Skoda Superb oferowana przez Odwołującego jest o 1 klasę wyższa niż BMW serii 3 (porównywalną klasą do Skody Superb jest BMW serii 5 czy Mercedes klasy E), to jednak zgodnie z piramidą prestiżu, Skoda plasuje się niżej niż BMW. Cena poszczególnego samochodu jest zaś uwarunkowana nie tylko klasą danego samochodu czy jego wersją, lecz również marką. I tak, o ile Skoda Superb w wersji Active zaoferowanej przez Odwołującego w ofercie indywidualnej kosztuje 136.130,00 PLN (cena ofertowa: 202.121,00 PLN szt.), o tyle BMW 3 330i xDrive w wersji najniższej, tj. Advantage, kosztuje 179.800,00 PLN (cena ofertowa: 193.000,00 PLN szt.). Z powyższego widać, że cena Skody Superb po dołożeniu wyposażenia minimalnego, niepokrywającego się z wyposażeniem pojazdu bazowego (koszt indywidualny) oraz po dołożeniu wyposażenia typowego dla radiowozów (koszt taki sam dla obydwu wykonawców, gdyż zarówno Odwołujący jak i Auto FUS przy wycenie korzystali z ofert Transmed P. G. - ok. 85.977,00 PLN) wzrosła o 66.082,00 PLN, tj. o 48,5%. Zaś cena BMW 3 330i xDrive po doposażeniu samochodu w ten sam sposób wzrosła o 13.200 PLN, tj.

o 7,3%. Oznacza to, że cena Skody Superb wersja Active z wyposażeniem minimalnym żądanym przez Zamawiającego, lecz bez wyposażenia specjalistycznego wynosi 116.235,00 PLN, zaś BMW 3 330i xDrive (wersja nieznana) z wyposażeniem minimalnym żądanym przez Zamawiającego, lecz bez wyposażenia specjalistycznego wynosi 107.023,00 PLN. Dalej, oznacza to, Odwołujący udzielił rabatu na poziomie ok. 14,6%, zaś Auto FUS ok. 40,5%. Tak znaczna różnica w cenie może wskazywać właśnie na fakt, że Auto FUS celowo nie zaoferował wskazanych w ust. 21 powyżej funkcjonalności, o których mowa w kolumnie trzeciej, gdyż w ten sposób planował wygenerować obniżenie kosztów produkcji zaoferowanego pojazdu. Jednakże, BMW 3 330i xDrive bez omawianego wyposażenia, które posiada każdy dostępny w indywidualnej ofercie handlowej model nawet w najniższej wersji, nie spełnia warunku „pojazdu bazowego”, o którym mowa w ust. 1.3.11 Załącznika nr 2 do SIWZ.

34. Jednocześnie zakładając hipotetycznie, że Auto FUS chciałby dostarczyć Zamawiającemu BMW 3 330i x Drive w wersji najniższej, tj. Advantage z wyposażeniem jakie posiada każdy dostępny w indywidualnej ofercie handlowej model, który dla klienta indywidualnego kosztuje 179.800,00 PLN, należy założyć, że Auto FUS zaoferował go w cenie nierynkowej, nierealnej, za którą nie można zrealizować przedmiotu zamówienia, kierując się prestiżem przedmiotowego zamówienia i chęcią uzyskania stosownych referencji. Auto FUS zrezygnował z zysku po to, aby móc w swoim portfolio zamówień pochwalić się wykonaniem zamówienia na rzecz Komendy Głównej Policji. Takie postępowanie jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami oraz interesem innych wykonawców. Inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, którzy rzetelnie wycenili oferowane przez siebie pojazdy, na skutek postępowania Auto FUS zostali pozbawieni możliwości uczciwego uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe świadczy o zmateralizowaniu się normy prawnej wyrażonej w art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku ze względu na oferowanie dostawy pojazdów poniżej kosztów ich wytworzenia (nawet zakładając, że Auto FUS oferuje najniższą wersję BMW 3 330i xDrive) czym dąży do eliminacji innych przedsiębiorców.

35. Jak się powszechnie przyjmuje w doktrynie i orzecznictwie z czynem nieuczciwej konkurencji spotkamy się w sytuacji, w której cena oferty jest nierealna w odniesieniu do przedmiotu i zakresu zamówienia, dzięki czemu w postępowaniu może zostać uplasowana na pierwszym miejscu. Należy pamiętać, że mając na uwadze podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych opisaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oczywiste jest, iż cena powinna być oszacowana rzetelnie, z uwzględnieniem wszelkich wymagań przedmiotu zamówienia, ale nigdy nie poniżej kosztów wytworzenia. Jeżeli przedmiotowa okoliczność wystąpi, tj. wykonawca zaoferuje cenę poniżej kosztów wytworzenia, będziemy mieli do

czynienia z ceną dumpingową, z którą konkurować muszą inni wykonawcy. Jak zostało podniesione w wyroku KIO o sygn. akt KIO: 2814/11 takim działaniom „nie można przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowania działań, które mają na celu eliminację konkurencji i utrzymanie dotychczasowego stanu prawnego”.

36. Także w wyroku KIO 7/13 zostało stwierdzone, że „Odwołujący, w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych ukształtował wysokości prowizji, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację. Na rynku niespotykana jest bowiem zarówno prowizja za usługi pośrednictwa w organizacji szkoleń, sympozjów na poziomie 81% za wydarzenia o wartości do 20.000 zł. Nie występuje również zjawisko organizowania np. trzydniowych konferencji praktycznie za darmo (prowizja rzędu 0,01%). Nie występuje również zjawisko, aby na rynku oferowane były stawki prowizji różniące się pomiędzy sobą aż o ok. 8000 razy, w zależności od wartości wydarzeń, które się organizuje. Ukształtowanie przez odwołującego wysokości prowizji na takich poziomach miało na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości prowizji przez odwołującego miało na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na najniższą możliwą prowizję w dwóch kryteriach ofert (prowizja 2b i 2c) uzyska on maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostaną pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nie naruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust, 1 ww. ustawy, gdyż działanie odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Dostrzeżenia wymagało, że żaden z wykonawców, którzy skalkulowali swoje prowizje w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z usługą pośrednictwa w zorganizowaniu wydarzenia, nie byli w stanie konkurować z odwołującym. Nawet jeśli zaoferowali stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania”.

37. Dodatkowo, że faktem notoryjnym jest, iż BMW (z uwagi na swoją markę) w ofercie dla klienta indywidualnego jest droższe niż Skoda. Niniejsze jest kolejną okolicznością świadczącą o tym, że Auto FUS w przedmiotowym postępowaniu stosuje cenę dumpingową

w celu dodania do swojego portfolio zamówienia zrealizowanego na rzecz Komendy Głównej Policji.

38. Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z ostatnich wyroków o sygn. akt KIO 473/17 stwierdziła: „Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępowania od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania”.

39. Skalkulowanie przez Auto FUS ceny za oferowany pojazd dla Komendy Głównej Policji (nawet w wersji najniższej) z 40,5% rabatem w porównaniu do identycznych pojazdów oferowanych klientom indywidualnym wydaje się niemożliwe i nierealne. Udzielając takiego rabatu Zamawiającemu, Auto FUS nie osiągnie żadnego zysku, wręcz przeciwnie poniesie stratę na realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie można jednak wykluczyć, że podejmowane przez niego czynności są celowe i w tenże sposób podmiot dąży do wyeliminowania konkurencji. Już w wyroku o sygn. akt KIO/UZP1951/09 Izba orzekła, że „Z treści art 15 ust 1 pkt 1 uznk wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W dyspozycji tego przepisu mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku - usług - poniżej kosztów ich świadczenia. Po drugie zaś niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż usług ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług, W świetle powyższego niedozwolone jest takie zaniżanie sprzedaży usług, które prowadzi do eliminacji z rynku danych usług konkretnego wykonawcy, czy też wykonawców”.

40. Podobnie w wyroku KIO 396/16 nadmieniono, że „Wykonawcy, których odrzucenie ofert nakazała Izba musieli mieć świadomość, że zaoferowanie stułetniego oraz dwudziestoletniego okresu gwarancji jest oderwane od realiów przedmiotowego zamówienia i nie będzie wiązać się w rzeczywistości z możliwością wykonywania świadczeń gwarancyjnych w takim okresie. Innymi słowy, wybrany Wykonawca oraz wykonawca BTH zaoferowali udzielenie gwarancji na okres, o którym wiedzieli, że nie będzie się on wiązał z koniecznością świadczeń na rzecz Zamawiającego. Za tak określonym zobowiązaniem nie stoi odpowiadający jego treści realny obowiązek wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego. Zatem zobowiązanie to miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych

punktów przy ocenie ofert, nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Celem takiego działania nie było bowiem konkutowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz zabieg dający wykonawcom sztuczną przewagę nad konkurentami. Takiemu zachowaniu Zamawiający zobowiązany jest przeciwdziałać, odrzucając ofertą”.

41. Przytoczył również stanowisko Sądu Okręgowego w Rzeszowie wyrażone w wyroku z 27 maja 2010 r. (sygn. akt I C 3/09), że o tym, czy postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami ustalonymi ustawą decyduje treść dokumentów, gdyż jedną z najważniejszych cech postępowania w sprawach udzielenia zamówienia publicznego jest pisemność i jawność. Wola stron postępowania o udzielenie zamówienia jest jego istotnym elementem, ale nie jest dopuszczalne interpretowanie zgodnego zamiaru stron czy dokonywanie interpretacji złożonych oświadczeń wbrew ich treści. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takim pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli realizacji celów gospodarczych za środki publiczne.

42. Reasumując stwierdził, że oferta Auto FUS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a więc podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Auto FUS zaoferował bowiem 1) cenę za realizację przedmiotowego zamówienia (nawet zakładając, że oferuje pojazd BMW 3 330i x Drive w wersji najniższej Advantage) poniżej kosztów jego wytworzenia (zaoferowanie Zamawiającemu przedmiotowego pojedynczego pojazdu za cenę 107.023,00 złotych podczas gdy cena identycznego pojazdu dla klienta indywidualnego to 179.800,00 złotych) 2) poprzez swoje działanie dąży do wyeliminowania konkurencji z dostępu do danego rynku dostaw. Działanie takie jako niedopuszczalne w świetle ustawy zarówno Pzp jak i uznk powinno spotkać się w odpowiednią sankcją w postaci odrzucenia oferty Auto FUS.

F. Zaniechanie wezwania AUTO FUS do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

43. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu {...).

44. Obecne brzmienie ustawy Pzp w zakresie przesłanek obligujących Zamawiającego do skorzystania z procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy obiektywnie można stwierdzić, że cena zaoferowana przez wykonawcę wydają się rażąco niskie i powinny obiektywnie budzić wątpliwości Zamawiającego.

45. Biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia Zamawiający i wymóg wskazany w z ust. 1.3.11 Załącznika nr 2 do SIWZ, aby zaoferowany samochód miał być zbudowany na pojeździe bazowym zgodnym z ofertą handlową wyposażenia oferowaną dla odbiorców indywidualnych Zamawiający winien w szczególności wziąć pod uwagę ceny oferowane przez producenta dla klientów indywidualnych ponieważ bez wątplenia stanowią one pewien wyznacznik ceny poszczególnych zaoferowanych przez wykonawców pojazdów bazowych.

46. Podkreślenia wymaga, że BMW 3 330i x Drive w najniższej wersji, tj. Advantage, kosztuje 179.800,00 PLN. Do powyższej ceny należy doliczyć koszt minimalnego wymaganego wyposażenia, które nie pokrywa się z wyposażeniem pojazdu bazowego oraz wyposażenia typowego dla radiowozu, którego koszt to około 85.977,00 PLN.

47. Mając na uwadze powyższe Zamawiający działający z należytą starannością winien porównać wskazane powyżej ceny z ceną ofertową w wysokości 193.000,00 PLN za pojazd ponieważ są to informacje ogólne dostępne, które bezsprzecznie wskazują, że wykonawca Auto Fus dokonał obniżenia swojej ceny o co najmniej 72.777,00 zł na każdym oferowanym pojeździe, co daje obniżkę na poziomie około 27% nie wliczając nawet kosztów minimalnego wymaganego wyposażenia, które nie znajduje się w pojeździe bazowym we wskazanej wersji. Tak istotna różnica w cenie w sposób bezsprzeczny powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, w szczególności biorąc pod uwagę opisane powyżej różnice w cenach występujących u pozostałych wykonawców. Wskazane powyżej okoliczności winny zatem doprowadzić do wezwania wykonawcy Auto Fus do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca - Auto FUS, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wniósł o oddalenie obu odwołań, zarówno co do zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego, jak i co do podstaw odrzucenia jego oferty.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

Sygn. akt: KIO 1352/17

W tym odwołaniu wniesionym w dniu 3 lipca 2017 r. wykonawca CHR Żagiel Auto sp. z o.o. z Lublina powołując się na powiadomienie z dnia 22/06/2017 r. podniósł dwa kluczowe zarzuty: Pierwszy, niezasadnego wykluczenia wykonawcy z postępowania; Drugi, zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą wykonawcy Auto Fus Group sp. j. z Warszawy.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów, Izba stwierdza, że w piśmie z dnia 22.06.2017 r., [l.dz. 5631/17 – pismo przekazane mailem, na co wskazano w odwołaniu] Zamawiający powołując się na art. 92 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp poinformował wykonawców o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania Odwołującego oraz drugiego z wykonawców – P. sp. z o.o. sp. komandytowa z Wejherowa. W uzasadnieniu decyzji dotyczącej Odwołującego podał, że na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp: (...) w dniu 06.06.2017 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdz. VI ust. 1 SIWZ oraz braku podstaw wykluczenia. Zamawiający wezwał do uzupełnienia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp oraz Oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, w tym posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż: 10 000.000,00 PLN. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że dokumenty należy złożyć w terminie do dnia 13.06.2017 r. do godz. 10:00, dodając że niedostarczenie przedmiotowych dokumentów w wyznaczonym terminie spowoduje wykluczenie z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp. Dokumenty złożone przez Państwa w ramach uzupełnienia wpłynęły do Zamawiającego w dniu 14.06.2017 r. a więc z uchybieniem terminu”. Wskazał na orzecznictwo KIO (KIO 728/12; KIO 369/12) podkreślając, że zakreślając termin na uzupełnienie dokumentów/oświadczeń/pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązany był uwzględniać okoliczności obiektywne dla wszystkich wykonawców, a nie okoliczności związane z indywidualną sytuacją jednego wykonawcy, gdyż takie zachowanie prowadziłoby do naruszenia zasady wyrażonej w art 7 ust. 1 Pzp. Dalej podał, że „Dochowując należytej staranności wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien wziąć pod uwagę wszystkie ewentualne przeszkody (jak np. dni wolne od pracy w miejscu jego siedziby). W przedmiotowym postępowaniu wyznaczono aż 6 dni na uzupełnienie dokumentów i termin ten obowiązywał wszystkich wykonawców”. Podniósł, że żaden z wykonawców nie kwestionował terminu na uzupełnienie dokumentów oraz, że zamawiający uprawniony jest do zmiany pierwotnie ustalonego przez siebie terminu na uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp, o ile nie doszło do upływu wyznaczonego terminu. W reasumpcji decyzji podał, że pismo Odwołującego (...) dotyczące opóźnienia w dystrybucji przesyłki u operatora pocztowego Poczta Polska SA, wpłynęło do Zamawiającego w dniu 13.06-2017r. o godz. 13:14 korespondencją mailową, a więc po upływie wyznaczonego terminu. Zamawiający nie może udzielić prolongaty terminu, który już upłynął, zwłaszcza w sytuacji, gdy inni uczestnicy

postępowania uzupełnili dokumenty w wyznaczonym terminie. Gdyby Zamawiający uwzględnił Państwa prośbę, wówczas prowadziłoby to nierównego traktowania wobec pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu”. W świetle powyższego Zamawiający uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Izba, w okolicznościach faktycznych tej sprawy, stwierdza brak podstaw do kwestionowania decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp. Wykonawca był bowiem zobowiązany złożyć wymagane dokumenty w wyznaczonym terminie określonym w wezwaniu. Zamawiający niewątpliwie jest uprawniony do zmiany pierwotnie ustalonego przez siebie terminu na uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp, samodzielnie lub na wniosek zainteresowanego wykonawcy, jednakże do upływu wyznaczonego terminu. Tak jak podał Zamawiający, pismo dotyczące opóźnienia w dystrybucji przesyłki u operatora pocztowego Poczta Polska S.A. wpłynęło do Zamawiającego korespondencją mailową po upływie wyznaczonego terminu - w dniu 13.06.2017r. o godz. 13:14. Zamawiający – tak jak podał w uzasadnieniu decyzji - nie mógł udzielić prolongaty terminu, który już upłynął, zwłaszcza w sytuacji, gdy inni uczestnicy postępowania uzupełnili dokumenty w wyznaczonym terminie. Uwzględnienie wniosku i zmiana terminu prowadziłoby to nierównego traktowania pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Okoliczności podnoszone w odwołaniu, a dotyczące procedur odbioru poczty przez komórki w jednostce zamawiającego są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Przede wszystkim, jak słusznie podnosiła strona zamawiająca [Zamawiający i Przystępujący] wykonawcy mieli pełną swobodę w wyborze metody dostarczenia dokumentów. Odwołujący korzystając z tej swobody zdecydował się na wybór usług Poczty Polskiej S.A., i przekazał uzupełniane dokumenty listem poleconym – priorytetem, zakładając, że Poczta Polska S.A. dostarczy przesyłkę w określonym czasie (w przeciwieństwie do np. usług kurierskich), podczas gdy wskazywane przez tego operatora terminy doręczeń mają charakter jedynie poglądowy – są to przewidywane terminy doręczeń przesyłek. Odwołujący zatem w wymaganym terminie nie wykazał spełnienia warunków udziału i tym samym Zamawiający zobowiązany był podjąć decyzję o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Izba dodatkowo zauważa, że treść wezwania jest jednoznaczna – nie uchybia wymaganym standardom, stąd też zarzut i żądanie, aby w przypadku uzupełnień drogą pocztową uwzględniane było dwu (2) dniowe opóźnienie spowodowane indywidualnymi (nietypowymi) procedurami pocztowymi, które - zdaniem wykonawcy - stosują się do Zamawiającego - niczym nie jest, ani udowodnione ani usprawiedliwione. Z kolei, jeżeli by przyjąć, że zarzut ten jest skierowany do treści wezwania z dnia 6/06/2017 to należałoby taki zarzut pozostawić bez rozpoznania jako wniesiony po terminie wymaganym art. 182 ust.2 pkt 1 Pzp.

Izba stwierdza także, że wobec powyższych ustaleń, także nie podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem został oparty na błędnym przeświadczeniu, że w stosunku do Odwołującego podjęto niesłusznie decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Odnosnie zarzutu skierowanego do oferty wykonawcy Auto FUS - zaniechania odrzucenia tej oferty - Izba zwraca uwagę, że drugie z pism z dnia 22 czerwca 2017r. adresowane tylko do wykonawcy Auto FUS zawiera wezwanie do złożenia dokumentów (art. 26 ust.1 ustawy Pzp) z uwagi na to, że ta oferta została najwyżej oceniona. Te dokumenty dotyczyły, co prawda sytuacji podmiotowej wykonawcy Auto FUS w zakresie wymaganym w rozdziale VII ust.5 pkt 5.1. i 5.2. specyfikacji, jednakże ta okoliczność wskazywała, że oferta, jako niepodlegająca odrzuceniu w zakresie wskazanym w art. 89 ust.1 Pzp została zakwalifikowana jako zgodna z wymaganiami dokumentacji.

Zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy Auto FUS - w zakresie zaskarżonym - na podstawie sformułowanych w specyfikacji wymagań, w tym jej załącznika nr 1 [Formularz oferty] i nr 2 [Specyfikacja techniczna dla pojazdu nieoznakowanego w policyjnej wersji RD-Video]. Oferta tego wykonawcy jest zgodna z wymaganiami, o których mowa w odwołaniu, a podnoszone zarzuty są wynikiem rozumienia postanowień SIWZ, innego niż wynika to z treści specyfikacji. W zakresie spornym Izba wskazuje:

- (1)Zgodnie z rozdziałem VII specyfikacji z jego punktem 2: *„W celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego Wykonawca składa wraz z ofertą:*
- 2.1. szczegółowy opis oferowanego pojazdu potwierdzający spełnienie wszystkich wymagań technicznych dla pojazdu bazowego określonych w pkt 1.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.*
 - 2.2. katalogi (sporządzone w języku polskim) producenta/importera pojazdu, w których Wykonawca zaznaczy dane techniczne oraz wyposażenie oferowanego pojazdu bazowego w odniesieniu do wymagań określonych w pkt 1.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ;*
 - 2.3. kopię świadectwa zgodności WE pojazdu bazowego (zob. Rozdział V pkt 1.3.2 – Opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 2 do SIWZ) (...).*

(2) W formularzu ofertowym według załącznika nr 1 do siwz w ramach punktu 3: *„Oferujemy dostawę 140 sztuk radiowozów nieoznakowanych z videorejestраторami (rok*

produkcji pojazdu bazowego zgodny z rokiem dostawy) wykonawca zobowiązany był wskazać:

- A. Markę –Typ – Wariant – Oznaczenie handlowe – „zgodnie ze świadectwem zgodności WE pojazdu bazowego”, jak wskazano w opisie pod tabelą. Z oświadczeniem, że pojazd spełnia „wszystkie wymagania określone w załączniku nr 2 do SIWZ”.
- B. Parametry oferowanego pojazdu do wyliczenia punktacji określonej w Rozdz. XIV SIWZ w zakresie: Masa pojazdu gotowego do jazdy - Maksymalna moc netto silnika - Pojemność silnika - Prędkość maksymalna – także [stosownie do wskazówki na str 3 formularza] - „zgodnie ze świadectwem zgodności WE pojazdu bazowego”.

(3) Zgodnie z pkt 1.3.12 Specyfikacji technicznej (załącznik nr 2 do SIWZ): „Wykonawca musi potwierdzić spełnienie wszystkich wymagań technicznych dla pojazdu bazowego określonych w pkt 1.4 w formie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz poprzez zaznaczenie poszczególnych danych w oficjalnych katalogach (wydanych w języku polskim) producenta/importera pojazdu, zawierających dane techniczne oraz wyposażenie pojazdu bazowego. Dokumenty te muszą być przedstawione przez Wykonawcę w fazie składania oferty przetargowej”. Z kolei we wskazanym punkcie 1.4. „Wymagania techniczne do pojazdu bazowego” zostały sformułowane w 8 obszarach, a mianowicie: dla nadwozia, dla silnika i układu zasilania, dla układu hamulcowego, dla układu kierowniczego, dla układu napędowego, dla kół jezdnych, dla instalacji elektrycznej, dla wyposażenia pojazdu i dla kolorystyki”.

Izba stwierdza ponadto, że pojęcie pojazdu bazowego nie zostało wprost [samodzielnie] zdefiniowane w specyfikacji, także takiej definicji nie można odnaleźć w prawie polskim, czy europejskim]. Stąd też w tym postępowaniu wskazówką, co do znaczenia pojęcia „pojazd bazowy”, może być pkt 3 Formularza ofertowego, w którym zostały sformułowane wymagane informacje dla pojazdu bazowego. Zgodnie z tym punktem przez pojazd bazowy należało rozumieć samochód danej marki, typu, wariantu, posiadający określone oznaczenie handlowe. A pod tabelą zawarto uwagę, że te dane mają być podane „zgodnie ze świadectwem zgodności WE” pojazdu bazowego]. Wymagane informacje dla każdego pojazdu posiadającego homologację zawarte są w pierwszej części świadectwa zgodności WE. W przypadku oferty Przystępującego jest to pojazd marki - BMW, typu - 3L, w wariantcie - 8B11 i o oznaczeniu handlowym - 330i xDrive. Tak jak wskazywała strona zamawiająca - w świadectwo zgodności WE zawiera opis techniczny pojazdu, określający rozmiary, masę, konstrukcję silnika, osiągi, stopień emisji spalin i hałasu. Dokument ten jest uzyskiwany w związku z homologacją tj. procedurą warunkującą dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego. Stąd też nie wskazuje się w nim ani konkretnego wyposażenia, ani tym

bardziej tzw. linii wyposażenia (czyli oznaczenia marketingowego określającego pakiet wyposażenia) danego pojazdu. Z tego też względu, nie są zasadne dalsze twierdzenia odwołania, nie dokonania czynności wezwania do uzupełnień z należytą starannością, zaniechania odrzucenia oferty Auto FUS, oparte na argumentacji, „że nie można zidentyfikować, która wersja BMW 3 330i xDrive została zaoferowana” oraz „że wykonawca ten zaoferował jako pojazd bazowy samochód, który nie jest zgodny z ofertą handlową dla klientów indywidualnych”.

Izba w konkluzji stwierdza, że wobec powyższych ustaleń podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO 1439/17

W tym odwołaniu wniesionym w dniu 13 lipca 2017 r. wykonawca CHR Żagiel Auto sp. z o.o. z Lublina powołując się na powiadomienie z dnia 03/07/2017 r. podniósł: ponownie [jak w odwołaniu z 3/07/17] zarzut: (1) wykluczenia Odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp i (2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Auto FUS z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał ponadto na kolejne dwa zarzuty: Pierwszy z nich, zaniechanie z naruszeniem art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust 4 ustawy Pzp wykluczenia wykonawcy Auto FUS i uznania w zw. z tym jego oferty za odrzuconą. Drugi zarzut, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Auto FUS z naruszeniem: (1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) tej ustawy [uznk] i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, że zarzut wykluczenia Odwołującego z postępowania, jak i zarzuty skierowane do oferty wykonawcy Auto FUS, w jej części merytorycznej nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Zarzuty te są podniesione po terminie wymaganym ustawą Pzp w jej art. 182 ust.1 pkt 1 i ust.3 pkt 1.

Co do podstaw wykluczenia wykonawcy, zarzut został podniesiony w odwołaniu z dnia 3 lipca 2017 r. i rozstrzygnięty w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1352/17 i tym samym zarzut ten pozostawiono bez rozpoznania, jako wniesiony po terminie wymaganym art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Odnośnie zarzutów skierowanych do oferty Auto FUS i podstaw jej odrzucenia Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że tak jak wynika z ustaleń w sprawie KIO 1352/17 informację o okolicznościach dotyczących podstaw odrzucenia oferty Auto FUS wnoszący odwołanie mógł powziąć w dniu 22/06/2017 z pisma skierowanego do Auto FUS, w którym wobec najwyższej oceny jego oferty został wezwany do złożenia

dokumentów w zakresie właściwości wykonawcy określonych w rozdziale VII ust.5 pkt 5.1. i 5.2. specyfikacji. Jednocześnie, tak jak podniosła Izba to wezwanie wskazywało również, że ta oferta, jako niepodlegająca odrzuceniu w zakresie wskazanym w art. 89 ust.1 Pzp została zakwalifikowana jako zgodna z wymaganiami dokumentacji. Izba w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy znk i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dodatkowo podkreśla i wskazuje na zastosowanie w tym przypadku reguły z art. 182 ust.3 pkt 1 Pzp i stwierdza, że o tych okolicznościach, podobnie jak o okolicznościach związanych z częścią techniczną oferty wykonawca mógł poznać wiadomość w dniu 22 czerwca br, którym Zamawiający wezwał wykonawcę Auto FUS do dokumentów wymaganych od wykonawcy rekomendowanej oferty. Tym samym zarówno zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp – rozstrzygnięty w sprawie KIO 1352/17, jak dwa pozostałe zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy znk i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpoznany przez Izbę zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Auto FUS z postępowania art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem jej art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust 4 ustawy Pzp oraz w związku z naruszeniem § 14 ust. 2 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – podlega oddaleniu.

Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca br. wezwał wykonawcę Auto FUS do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w Postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, a nie w trybie uzupełniania dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią wezwania, dokumenty miały zostać złożone w terminie do 4 lipca 2017 r., godz. 11.00. Wszystkie wymagane dokumenty zostały złożone partiami kolejno w dniach 26, 27 i 28 czerwca. Tym samym wykonawca wykonał zobowiązanie Zamawiającego do dostarczenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przed upływem wskazanego terminu. Stąd też nie było podstaw do zastosowania procedury uzupełniania dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Tak jak słusznie zauważył Przystępujący żaden przepis Pzp nie zabrania wykonawcom składania dokumentów etapami. Istotne jest jedynie to, aby wszystkie dokumenty zostały złożone przed upływem terminu określonego przez Zamawiającego, natomiast bez znaczenia pozostaje, czy dokumenty zostały dostarczone w jednej czy w kilku przesyłkach i, czy dotarły jednego dnia lub też w ciągu kilku dni. Przystępujący był zobowiązany dostarczyć dokumenty wskazane w wezwaniu do dnia 4 lipca br., a zatem mógł je złożyć wcześniej i to partiami. Omawiana w odwołaniu zasada „jednokrotnego” wezwania i uzupełniania dokumentów

obowiązuje wyłącznie na gruncie trybu art. 26 ust. 3 Pzp, czyli w trybie, którego Zamawiający w stosunku do Przystępującego w ogóle nie zastosował. Przystępujący dostarczył wymagane dokumenty na pierwsze wezwanie Zamawiającego i w terminie przez niego wskazanym. Dokumenty złożone w dniu 27 i 28 czerwca nie stanowiły uzupełnienia dokumentów złożonych w dniu 26 czerwca, lecz były kontynuacją wykonania zobowiązania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp jeszcze przed upływem terminu wyznaczonego na 4 lipca br.

Odnośnie zarzutu podnoszonego wobec zaświadczenia o niekaralności dla p. K. F. – prokurenta, Izba stwierdza, że to zaświadczenie zostało wystawione na 6 miesięcy przed terminem składania ofert, a wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował jego treści. Żądając wykluczenia na tej podstawie wykonawcy Auto FUS powoływał się na jego zdaniem wadliwą formę wskazując na kopię dokumentu w miejsce oryginału. Izba przede wszystkim stwierdza, że takie dokumenty jak sporne zaświadczenie mogą być przedkładane w formie kopii, do potwierdzenia której za zgodność z oryginałem jest uprawniony sam wykonawca. Tym samym przedłożenie kopii bez takiego potwierdzenia może być sanowane w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, co wnoszący odwołanie pomija. Izba stwierdza także, że twierdzenia Odwołującego oparte na analizie zamieszczonych na spornym dokumencie pieczętek, w tym tych z dekretacji Zamawiającego, nie są przekonujące, albowiem ta argumentacja mogła również świadczyć o gorszej jakości tuszu, którego używa Zamawiający. Izba zwraca uwagę, postępowanie odwoławcze przed KIO jest że zgodnie z regułą art. 190 ust.1 ustawy Pzp postępowaniem kontradyktoryjnym (spornym). Z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na potwierdzenie okoliczności, z których wywodzą określone skutki prawne. Co do zasady ciężar dowodzenia spoczywa na odwołującym, który nie może w każdym przypadku przerzucać na zamawiającego ciężaru dowodzenia, podnosząc zarzuty oparte na domniemaniach wykonawcy. Hipotetyczne twierdzenia, w tym przypadku, że dokument przedstawiono w kopii, a nie w oryginale, nie stanowią dowodu w sprawie. Z tych też względów zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Auto FUS oparty na powyższych okolicznościach nie podlega uwzględnieniu.

Izba jednocześnie [wobec podnoszonego przez stronę zamawiającą zarzutu braku interesu wymaganego art. 179 ustawy Pzp we wnoszeniu odwołań przez wykluczonego wykonawcę CHR Żagiel] stwierdza, że ten zarzut jest niesłuszny. Interes w uzyskaniu zamówienia ma istnieć w dacie wnoszenia odwołania i niewątpliwie, w tym postępowaniu wykonawca domagając się przywrócenia go do postępowania i żądając wyboru jego oferty posiadał legitymację procesową do wnoszenia odwołań wymaganą art. 179 ust.1 ustawy

Pzp. Dalsze czynności, w tym rozstrzygnięcie KIO w dniu 3/08/2017, co do zasadności decyzji w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania nie mogły pozbawiać wykonawcy prawa do wnoszenia zarówno odwołania z dnia 3/07/2017, jak i odwołania z dnia 13/07/2017, które zarządzeniem z dnia 18/07/2017r. Prezesa KIO zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji, oddalając obydwa odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz odpowiednio w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 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 (Dz.U. Nr 41 poz. 238 ze zm.). Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o umorzeniu kosztów w zakresie jednego z połączonych - zarządzeniem z dnia 18 lipca 2017 r. Prezesa KIO - odwołań w sprawie KIO sygn. akt: 1439/17, albowiem przede wszystkim brak jest podstawy prawnej do takiej decyzji w świetle regulacji ustawy Pzp.

.....