

Sygn. akt: KIO 820/18

**WYROK**  
**z dnia 18 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27.04.2018 r.** przez wykonawcę **Hitachi Capital Polska Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3, 01-248 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Leasing pojazdów osobowych i użytkowych o DMS do 3,5 t. dla PGNiG Obrót Detaliczny sp. z o.o.”

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Hitachi Capital Polska Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hitachi Capital Polska Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. 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**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 18 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 820/18**

Zamawiający – PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3, 01-248 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Leasing pojazdów osobowych i użytkowych o DMS do 3,5 t. dla PGNiG Obrót Detaliczny sp. z o.o.”

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 16.12.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 242 – 504329.

W dniu **18.04.2018** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27.04.2018** r. w przez wykonawcę Hitachi Capital Polska Sp. z o.o. od następujących czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu:

- 1)** czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu złożonej przez Prime Cór Management S.A.;
- 2)** czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3)** zaniechania przez Zamawiającego dokonania poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie dotyczącym załącznika nr 2 do SIWZ, tj. danych identyfikacyjnych w zakresie pojazdu typu VAN (kolumna 13 - 15) oraz typu MPV (kolumna 16 - 17), poprzez brak wzajemnej zmiany danych z wersetów 8 - 11, wpisanych w ww. kolumnach;
- 4)** zaniechania wyjaśnienia oferty Odwołującego w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ, tj. pojazdu typu VAN (kolumna 13 - 15) oraz typu MPV (kolumna 16, 17), w sytuacji gdy Zamawiający miał wiedzę o omyłce zaistniałej w ofercie Odwołującego i zaniechał wyjaśnień w zakresie wartości kosztowych oraz tego, czy ww. uchybienie jest omyłką.

Jak wskazał Odwołujący powyższe czynności Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) PZP poprzez dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, którego podstawą było błędne przyjęcie, że w ofercie Odwołującego nie popełniono omyłki podlegającej obligatoryjnemu poprawieniu, podczas gdy

bezsprzeczonym jest, że w załączniku nr 2 do SIWZ tj. pojazdu typu VAN (kolumna 13 - 15) oraz typu MPV (kolumna 16 - 17), doszło do Omyłki polegającej na zamianie danych z wersetów 8 - 11, co nie miało wpływu na wartość i zgodność oferty Odwołującego, jak też z uwagi na to, że ww. omyłka nie miała wpływu na dane wskazane w wersetach od 12 do 26, a tym samym nie doszło też do błędu w obliczeniu kosztów;

**2.** art. 87 ust. 2 pkt 1) lub 3) PZP poprzez zaniechanie dokonania poprawy oczywistej omyłki lub innej omyłki w zakresie oferty Odwołującego - załącznika nr 2 do SIWZ, tj. pojazdu typu VAN (kolumna 13 - 15) oraz typu MPV (kolumna 16 - 17), poprzez brak wzajemnej zmiany danych z wersetów 8 - 11, wpisanych w ww. kolumnach, a o tej omyłce Zamawiający miał wiedzę, co wynika z treści informacji o odrzuceniu;

**3.** art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie dokonania wyjaśnień oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym danych kosztowych wskazanych w załączniku nr 2 do SIWZ (oferty Odwołującego)' pod wersetami od 12 do 26, co do kolumn 13 - 17 oraz w zakresie objętym zarzutem z pkt II, o ile Zamawiający miałby jakieś wątpliwości, podczas gdy Zamawiający wiedząc, iż Odwołujący pod wersetami 8 11 dokonał omyłkowej zamiany oferowanych modeli, zaniechał tych wyjaśnień tj., czy ww.' omyłka miała wpływ na ww. pozycje kosztowe;

**4.** art. 91 PZP w zw. z art. 2 pkt 5) PZP poprzez dokonanie wyboru - oferty najkorzystniejszej bez uwzględnienia oferty niepodlegającej odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonania poprawy omyłki w ofercie Odwołującego poprzez zamianę zapisu z załącznika nr 2 do SIWZ, co do pojazdu typu VAN (kolumna 13, 14, 15) oraz typu MPV (kolumna 16, 17), w zakresie danych z wersetów 8, 9, 10 i 11
4. ewentualnie dokonania wyjaśnień oferty Odwołującego;
5. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na wstępie uzasadnienia zostało wskazane, że interes Odwołującego został naruszony przez Zamawiającego w Postępowaniu, ponieważ czynności i zaniechania objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący złożył ważną ofertę, która została jedynie obarczona drobnymi błędami, kwalifikującymi się do poprawy w ramach art. 87 ust. 2 PZP. Mimo to Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Gdyby oferta Odwołującego nie została niezasadnie odrzucona, to zostałaby sklasyfikowana na 1 miejscu w kryterium oceny ofert, a tym samym byłaby najkorzystniejsza. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego. wskazanych przepisów PZP, Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez

nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie jemu. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego Odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 PZP.

Nadto, koszt brutto oferty aktualnie sklasyfikowanej na 1 miejscu wynosi 19 665 505,46 zł, a koszt brutto oferty Odwołującego 19 452 592,93 zł. Wobec tego, gdyby nie doszło do odrzucenia oferty Odwołującego, to właśnie jego oferta zostałaby uznana jako najkorzystniejsza.

#### Termin na wniesienie odwołania

W ocenie Odwołującego termin na wniesienie odwołania został zachowany, gdyż zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo Zamawiającego z X.) zostało przekazane Odwołującemu w dniu 18 kwietnia 2018 r. (przesłanie maila i umieszczenie na stronie), a zatem termin na złożenie odwołania kończył się 28 kwietnia 2018 r. Wobec faktu, iż ten dzień przypada na sobotę, to termin na złożenie odwołania upływa 30 kwietnia 2018 r. (art. 185 ust. 8 PZP).

#### Uzasadnienie odwołania

1. Powyżej przedstawiono sporny fragment załącznika nr 2 do SIWZ.
2. Zamawiający prowadzi Postępowanie, w ramach którego złożono 3 oferty, w tym oferta Odwołującego.
3. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, iż jest ona niezgodna z SIWZ, mimo iż w informacji o odrzuceniu sam wskazał, że doszło do zamiany w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ, tj. w zakresie pojazdu typu VAN (kolumna 13, 14, 15) oraz typu MPV (kolumna 16, -17). Zamawiający potwierdził zatem, że popełniona w ofercie omyłka jest łatwo identyfikowalna i nie wymaga żadnych szczególnych kwalifikacji by ją dostrzec. W szczególności, istnienie omyłki nie wymaga uzyskania jakichkolwiek informacji od wykonawcy by ustalić jaka powinna być prawidłowa treść oferty, a zatem w ocenie Odwołującego jego oferta kwalifikowała się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 PZP, czego to Zamawiający nie dokonał.
4. Zamawiający w informacji o odrzuceniu wskazał, że z uwagi ww. zamianę koszty wskazane pod wersetami od 11 do 26 zostały wadliwie wyliczone, zaniechał jednakże dokonywania poprawy, ewentualnie wyjaśnień w tym zakresie.
5. Spór dotyczy załącznika nr 2 do SIWZ załączonego do oferty Odwołującego. Sporne kwestie zostały zaznaczone w ww. tabeli kolorem żółtym. W tym też zakresie doszło do omyłki. Wobec tego Zamawiający winien dokonać zamiany tych danych oznaczonych na żółto, tj. wpisać dane identyfikacyjne Partner Teepe w typie 'MPV, dane identyfikacyjne

Traveller w typie Van, czyli dokonać prostej ich zamiany. Omyłka ta jest skutkiem jedynie błędnego wpisania danych identyfikacyjnych pojazdu. Odwołujący wpisał dla pojazdu typu VAN nazwę Peugeot Teepe, a dla pojazdu typu MPV nazwę Peugeot Traveller, podczas gdy powinno być odwrotnie, a wiedza, który z tych pojazdów jest Vanem, a który pojazdem MPV jest wiedzą oczywistą, niespecjalistyczną i możliwą do ustalenia w sposób pewny przy użyciu najprostszych źródeł informacji o pojazdach marki Peugeot.

6. Co więcej, Odwołujący w załączniku nr 8 do SIWZ — w zakresie dotyczącym VAN i MPV nie popełnił już tej omyłki, gdyż w zakresie VAN wskazał Peugeot Traveller Business Standard, a w zakresie MPV wskazał Peugeot Partner Teepe, czyli zgodnie z SIWZ. Zestawiając ze sobą załącznik nr 2 i 8 do SIWZ wprost widać, że Odwołujący zaoferował pojazdy zgodnie z załącznikiem nr 8, a jedynie w załączniku nr 2 doszło do drobnej omyłki w wypełnieniu formularza. Dokonując badania i oceny oferty Zamawiający, zdaniem Odwołującego, winien brać pod uwagę całą treść oferty, a nie tylko jej część. Oferta Odwołującego zawiera wszystkie istotne elementy zawarte w SIWZ. Ofertę należy rozumieć w sposób określony w art. 56 k.c., z którego wynika wymóg uwzględnienia przy wykładni oświadczenia woli okoliczności złożenia tego oświadczenia. Należy mieć zatem na uwadze wszystkie części oferty i traktować je jako całość. Nadto Zamawiający - winien zastosować do wykładni oferty Odwołującego art. 65 k.c., a zatem wyklądać ofertę zgodnie z celem oświadczenia Odwołującego, zawartym w ofercie.

7. W ocenie Odwołującego logicznym jest też, że Peugeot Teepe nie jest pojazdem typu VAN, a Peugeot Traveller nie jest pojazdem typu MPV (co wskazał sam Zamawiający w informacji o odrzuceniu).

9. MPV (z angielskiego Multi Purpose Vehicle) to określenie stosowane zamiennie z terminem „minivan”. Samochody typu MPV charakteryzują się wysokim nadwoziem, udanie rozplanowanym wnętrzem, a także licznymi rozwiązaniami poprawiającymi praktyczność. Wprost widać, że Peugeot Traveller nie jest MPV. Na powyższe wskazał też Zamawiający w informacji o wyborze na str. 4.

10. Odwołujący przedłoży dowody Świadczące o tym, że wartości kosztowe podane dla Peugeot Teepe oraz Peugeot Traveller zostały w załączniku nr 2 podane prawidłowo, a zatem że istnieje błąd jedynie co do oznaczenia pojazdu. Tym samym, Zamawiający nie musi przenosić żadnych pozycji kosztowych wobec stwierdzonej omyłki. Dla pojazdu • typu VAN wyceniono 3 pozycje, które dotyczą w rzeczywistości pojazdu Peugeot Traveller oraz wyceniono 2 pozycje dla pojazdu Peugeot Teepe.

11. Nie jest zatem tak, zdaniem Odwołującego, iż niewłaściwe przepisanie rodzajów pojazdów do odpowiednich kolumn skutkowało błędem w obliczeniu kosztu dla powyższych pojazdów jak również kosztu całkowitego w ofercie. Nie było zatem podstaw do stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 PZP.

12. Mając na uwadze powyższe, oferta Odwołującego w zakresie dotyczącym wyliczenia kosztów, jest zgodna z Rozdziałem 15 SIWZ (Sposób obliczenia kosztu). Co więcej, w formularzu ofertowym Odwołujący wskazał, że „Powyższy koszt uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Koszt oferty został określony na podstawie Formularza cenowego załączonego do oferty (wartości z wiersza nr 30 „[PLN/okres obowiązywania umowy]” oraz wiersz 31 „[PLN/okres obowiązywania umowy + VAT 23 %]”

13. Zdaniem Odwołującego wskazać należy na orzecznictwo dotyczące nawet art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP, zgodnie z którym „Artykuł 87 ust, 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”, Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych.” (Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., XII Ga 429/09). W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy przyjął, iż pojęcie „omyłki” nie może być utożsamiane ze świadomym działaniem wykonawcy. Tym samym, Sąd Okręgowy doszedł do konstatacji, że omyłka podlegająca poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP musi wynikać z błędu wykonawcy, którego intencją było złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ. Istotne w tym zakresie jest uznanie przez KIO w wyroku z 17 kwietnia 2015 r. (KIO 674/15), że dopuszczalne jest przyjęcie rozszerzającej interpretacji art. 87 ust, 2 pkt PZP\_, w tym zastosowanie tego przepisu w sytuacji gdy niezgodność oferty , z SIWZ wynika ze świadomego działania wykonawcy. Skoro zatem można dokonać poprawienia większego uchybienia, skutkującego niezgodnością z SIWZ (por. art, 87 ust. 2 pkt 3), to i można dokonać mniejszej oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1) PZP.

14. Co więcej, jak wskazano w wyroku KIO z 2 marca 2017 r. (KIO 281/17) poprawie mogą podlegać tylko omyłki wykonawcy popełnione w ofercie. Za omyłkę zgodnie z treścią słownika PWN, a także linią orzecniczą sądów oraz KIO, jak też doktryny, uznaje się «spostreżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie». Tak więc omyłką jest to błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty, nie mający celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści.

15. W wyroku KIO z 22 lipca 2015 r. (KIO 1472/15) wskazano, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

16. Następnie Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 4 lutego 2009 r. (XII Ga 13/09) podkreślenia wymaga, że użyty przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 PZP zwrot "zamawiający poprawia"- nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody w tym zakresie zamawiającego.

17. Zwrócić należy też uwagę, iż ustawodawca w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nałożył na zamawiającego obowiązek poprawienia omyłek nie stanowiących oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Jeżeli zatem Zamawiający ma obowiązek poprawiania innych, omyłek w rozumieniu ww. przepisu, to ma też obowiązek poprawiania omyłek błahych zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 PZP. Czymże bowiem jest zamiana w tabeli dwóch wartości poprzez zastąpienie wzajemną zmianę ich umiejscowienia?

18. Jak wskazał Odwołujący przyjmuje się też, że poprawienie omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP, czy nawet po uzyskaniu przez zamawiającego informacji z innych źródeł. Tak m.in. KIO w wyroku z 13 czerwca 2017 r. (KIO 1088/17): "Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione".

19. Zdaniem Odwołującego skoro wskazano na kwestię wyjaśnień z art. 87 ust. 1 PZP, to zauważyć należy, że o ile Zamawiający na skutek dostrzeżenia ww. oczywistej omyłki miał jakieś wątpliwości, co do oferty Odwołującego, to winien wezwać go do wyjaśnień w tym zakresie (choć sądząc z wiedzy zaprezentowanej w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający bez konieczności wyjaśnień wiedział gdzie popełniono omyłkę),

20. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 PZP stanowią wykładnię oświadczenia woli - oferty i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty i są konieczne w celu weryfikacji stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP. Wezwanie do wyjaśnień treści oferty . stanowi uprawnienie zamawiającego, zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu. Należy jednak mieć na względzie, że zamawiający dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Tym



samym, zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych. Zamawiający, nawet korzystając z informacji pochodzących z innych źródeł niż wykonawca, nie może pominąć fazy wyjaśnienia treści oferty z wykonawcą, gdyż to wykonawca jest autorem oferty i podmiotem, który łączy z zamawiającym stosunek prawny związany ze złożeniem oferty w postępowaniu (analogicznie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy innego dokumentu, który wymaga wyjaśnienia). Zatem, jeżeli Zamawiający wyjaśnia lub weryfikuje pewne kwestie związane z otrzymaną ofertą, skierowanie prośby o wyjaśnienia do wykonawcy, który ją złożył, jest obowiązkowe.

21. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nawet gdyby miał wątpliwości (których w ocenie Odwołującego mieć nie powinien i sam mógł ustalić rzeczywistą treść oferty i poprawić omyłki), czy może dokonać poprawek w trybie art. 87 ust. 2 PZP, czy ma odrzucić ofertę Odwołującego, winien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą, czego zaniechał.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł jak na wstępie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. W treści odwołania zaskarżono powyższą czynność kwestionując jej prawidłowość. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie dopuściła w ramach postępowania wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcy Prime Car Managment S.A., ul. Polanki 4, 80-308 Gdańsk. Izba uwzględniła w tym zakresie opozycję zgłoszoną na etapie posiedzenia z udziałem Stron przez Odwołującego. Wskazał on, że nie dochowano wymogów formalnych przystąpienia, gdyż nie otrzymał On jego kopii. Pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia z udziałem Stron wykonawca Prime Car Managment S.A., ul. Polanki 4, 80-308 Gdańsk nie stawił się na posiedzenie. Wraz z wniesionym przystąpieniem nie załączył również dowodu przekazania kopii przystąpienia Odwołującemu ograniczając się do dołączenia do przystąpienia dwóch egzemplarzy jego odpisów. Tym samym Izba uznała przystąpienie za nieskuteczne przychyłając się do opozycji zgłoszonej przez Odwołującego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba dopuściła również dowody z dokumentów złożone przez Zamawiającego w postaci kart katalogowych i cennikowych pojazdów marki Peugeot na okoliczność ich katalogowej wartości.

Dodatkowo Izba dopuściła i przeprowadziła, na okoliczność wartości rynkowej pojazdów Peugeot Partner Teepe oraz Peugeot Traveller (w konfiguracji wskazanej w ofercie Odwołującego) przedstawione przez Zamawiającego dowody w postaci kart katalogowych producenta oraz wartości tych pojazdów znajdujących się w ofertach pozostałych wykonawców, w których wartość początkowa tych pojazdów była identyczna z ujętymi w kartach katalogowych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w treści SIWZ w rozdziale 4 zatytułowanym „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ORAZ TERMIN REALIZACJI” w następujący sposób dookreślił przedmiot zamówienia:

4.1. Przedmiotem zamówienia jest:

4.1.1. świadczenie na rzecz Zamawiającego dostawy pojazdów, które może być uznane za leasing operacyjny dla celów podatkowych (wg ust. o podatku dochodowym od osób prawnych) i leasing finansowy dla celów rachunkowych (wg MSR);

4.1.2. Świadczenie opisane w pkt. 4.1.1. będzie obejmowało także serwis z uwzględnieniem zarządzania ogumieniem przez cały okres trwania umowy;

4.1.3. Celem zamówienia jest pozyskanie łącznie 265 szt. nowych pojazdów (osobowych i użytkowych) z uwzględnieniem oklejenia wg wzorów Zamawiającego. Dobór modeli pojazdów spełniających wytyczne Zamawiającego będzie leżał w gestii Wykonawcy;

4.1.4. Ubezpieczenie oraz zakup paliwa będą co do zasady leżały w gestii Zamawiającego;

4.1.5. W ramach usługi serwisowej Wykonawca zapewni usługę monitoringu pojazdów (GPS) wg wytycznych Zamawiającego; 4.1.6. Odbiór pojazdów odbywać się będzie w następujących lokalizacjach: Warszawa, Wrocław, Zabrze, Tarnów, Gdańsk, Poznań.

Szczegółowy opis zamówienia oraz sposób realizacji zamówienia określa Załącznik nr 6 do SIWZ [Projekt Umowy].

4.2. Przedmiot zamówienia jest określony we wspólnym słowniku CPV kodem: 34110000.

4.3. Termin realizacji przedmiotu zamówienia.

4.3.1. Umowa zostanie zawarta na czas określony do upływu od 48 do 60 miesięcy (zwany w Umowie „Okresem Leasingu”) liczonych odrębnie dla Pojazdów Danego Segmentu zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 8 do Umowy. Okres Leasingu rozpoczyna się w dniu przekazania Korzystającemu sprawnych i zgodnych z wymogami Umowy Pojazdów Danego Segmentu i liczony jest odrębnie dla każdego Pojazdu. Okres Leasingu kończy się po upływie od 48 do 60 miesięcy od dnia odbioru Pojazdów Danego Segmentu.

4.3.2. Szczegółowe postanowienia dotyczące terminu realizacji zamówienia określa Załącznik nr 6 do SIWZ [Projekt Umowy].

4.4. Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji. Zamawiający w ramach prawa opcji zastrzega sobie w okresie realizacji Umowy prawo rozszerzenia przedmiotu zamówienia do łącznej wartości netto nie przekraczającej 10% wartości netto Umowy.

4.5. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia oferty częściowej.

4.6. Zamawiający nie dopuszcza złożenia oferty wariantowej.

4.7. Zamawiający nie przewiduje zawarcia umowy ramowej, o której mowa w art. 99-101 ustawy Pzp.

W rozdziale 11 SIWZ zatytułowanym „Sposób przygotowania oferty” Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

11.5. Oferta musi zawierać co najmniej:

11.5.1. wypełniony Formularz ofertowy, który stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ;

11.5.2. wypełniony Formularz cenowy, który stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ;

11.5.3. specyfikacje wszystkich pojazdów, które zostaną ujęte w ofercie, uzupełnione zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ.

11.5.4. oświadczenia i dokumenty wskazane w SIWZ;

11.7. Treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej SIWZ oraz treści zawartej w formularzach stanowiących załączniki do SIWZ.

## 15. SPOSÓB OBLICZENIA KOSZTU

15.1. Podany w ofercie koszt musi być wyrażony w polskich złotych. Koszt oferty wskazany w Formularzu ofertowym musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Zamawiający z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę.

15.2. Zamawiający rozumie jako koszt sumę rat (opłat) leasingowych wraz z opłatą wstępną (jednorazową opłatą administracyjną doliczaną przy płatności do pierwszej raty leasingowej) oraz wszystkimi innymi opłatami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia określonego w Załączniku nr 6 do SIWZ.

15.3. Koszt należy przedstawić w sposób określony w Formularzu cenowym. Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia wszystkich pól wymaganych w formularzu.

15.4. Koszt netto oferty należy przenieść z Formularza cenowego,

15.5. Koszt podany w ofercie musi być wyrażony w wartości netto (bez podatku VAT) oraz brutto (z podatkiem VAT), koszt określony w ofercie musi być wynikiem kalkulacji przedstawionej w Formularzu cenowym, sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ.

15.6. Koszt oferty winien zawierać należny VAT. Prawidłowe ustalenie VAT należy do obowiązków Wykonawcy – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r., poz. 710 ze zm.)

15.7. Koszty określone przez Wykonawcę będą obowiązywać przez cały okres obowiązywania Umowy i nie będą podlegały zmianom, z zastrzeżeniem postanowień Umowy.

15.8. Wszystkie koszty i wartości kwotowe należy przedstawić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

15.9. Wartość (kwotę) podatku VAT zaokrągla się do pełnego grosza w taki sposób, że końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.

15.10. W przypadku jeśli Wykonawca poda koszt oferty w Formularzu Ofertowym lub poszczególne koszty w Formularzu cenowym z dokładnością większą niż do drugiego miejsca po przecinku lub dokona ich nieprawidłowego zaokrąglenia, to ten sposób wyliczenia ceny zostanie uznany za oczywistą omyłkę rachunkową. Zamawiający dokona przeliczenia podanych w ofercie cen do dwóch miejsc po przecinku, stosując zasadę: podane w ofercie kwoty zostaną zaokrąglone do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza zostaną pominięte, a końcówki 0,5 grosza i wyżej zostaną zaokrąglone do 1 grosza.

15.11. Koszt oferty /wartość brutto i netto/ winien być wyrażony w złotych polskich cyfrowo.

15.12. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w Załączniku nr 6 do SIWZ (projekt Umowy).

15.13. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą prowadzone będą w walucie polskiej.

Jednocześnie Izba ustaliła, że zgodnie z treścią rozdziału 16 SIWZ zatytułowanego „Kryteria oraz sposób oceny ofert” 1 kryterium jest koszt w postaci sumy rat z opłatami, gdzie zostało wskazane, że w tym kryterium Zamawiający przyzna punkty na podstawie uzupełnionego przez wykonawcę formularza cenowego.

Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ stanowiącym projekt umowy zawarł następujące postanowienia, istotne w kontekście istniejącego sporu:

## § 1. PRZEDMIOT UMOWY

1. Przedmiotem niniejszej Umowy jest:

a) nabycie przez Finansującego fabrycznie nowych pojazdów (zwanych na potrzeby niniejszej Umowy „Pojazdami”) wymienionych w Załączniku nr 4 do Umowy w ramach leasingu operacyjnego dla celów podatkowych w rozumieniu art. 17a pkt. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tj. Dz.U. z 2016 r., poz. 1888 ze zm. – dalej jako „ustawa o pdop”) i finansowego dla celów rachunkowych (wg MSR 17) z opcją wykupu;

b) usługa serwisu Pojazdów, zarządzanie i monitoring Pojazdów GPS (bez identyfikacji kierowcy).

2. Korzystający w ramach prawa opcji zastrzega sobie w okresie realizacji Umowy prawo rozszerzenia przedmiotu umowy, do łącznej wartości netto nie przekraczającej 10% wartości netto wskazanej w § 11 ust. 1 lit. a).

## § 2. TERMIN REALIZACJI UMOWY

1. Umowa zostaje zawarta na czas określony do upływu od 48 do 60 miesięcy (zwany w niniejszej Umowie „Okresem Leasingu”) liczonych odrębnie dla Pojazdów Danego Segmentu zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 8 do niniejszej Umowy.

## § 4. PRAWO NABYCIA POJAZDÓW

§ 1. Korzystający zastrzega sobie prawo nabycia części lub wszystkich Pojazdów za cenę określoną w ust. 3 niniejszego paragrafu.

2. W przypadku podjęcia decyzji o zamiarze skorzystania z prawa nabycia Pojazdów Danego Segmentu Korzystający zobowiązany jest zawiadomić Finansującego w formie pisemnej o tym zamiarze oraz o zakresie realizacji prawa nabycia Pojazdów Danego Segmentu w terminie do 30 dni przed upływem Okresu Leasingu.

3. Nabycie przez Korzystającego wybranych Pojazdów nastąpi na podstawie umowy sprzedaży podpisanej przez Korzystającego i Finansującego, za cenę ustaloną w formularzu cenowym stanowiącym zał. nr 8 do niniejszej Umowy jednakże nie mniejszą niż wartość hipotetyczna Pojazdu netto.

## § 11 WYNAGRODZENIE

4. Wynagrodzenie Finansującego z tytułu opłat leasingowych a także usług serwisu oraz pozostałych usług wynikających z niniejszej Umowy, będzie płatne w okresach miesięcznych zgodnie z harmonogramem płatności, który stanowi Załącznik nr 18 do niniejszej Umowy z zastrzeżeniem, że łączne wynagrodzenie Finansującego nie może przekroczyć wynagrodzenia netto określonego w ust. 1 lit. a) powyżej, a w przypadku skorzystania przez Korzystającego z prawa opcji, o którym mowa w § 1 ust. 2 - nie może przekroczyć wynagrodzenia netto określonego w ust. 1 lit. b) powyżej.

6. Dla każdego Pojazdu suma ustalonych w niniejszej Umowie opłat leasingowych, pomniejszona o podatek od towarów i usług (VAT) oraz o podatki, które z tytułu posiadania lub własności ciąży na Finansującym, powiększona o ustaloną wartość odkupu Pojazdu odpowiadać będzie co najmniej wartości początkowej tego pojazdu, przy czym w sumie opłat leasingowych nie uwzględnia się opłat serwisowych (w tym za monitoring) i wynagrodzenia za zarządzanie i ewentualnie inne usługi.

8. Rozliczenie opłat za przekroczenie limitu kilometrów oraz opłat za niewykorzystanie limitu kilometrów będzie kształtować się zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 8 do niniejszej Umowy. Rozliczenie nastąpi wraz z zakończeniem Okresu Leasingu dla wszystkich Pojazdów. Przekroczenie limitu przebiegu Pojazdu będzie rozliczane w systemie pulowym tzn. dla wszystkich Pojazdów łącznie. Finansujący zsumuje limity przebiegów wszystkich leasingowanych Pojazdów oraz rzeczywiste przebiegi każdego z Pojazdów w Okresie Leasingu danego Pojazdu i na podstawie różnicy tych sum wyliczy, o ile został przekroczony /nie został przekroczony limit dla wszystkich Pojazdów łącznie.

11. Finansujący zobowiązany jest wystawiać faktury VAT, odrębnie dla każdej jednostki organizacyjnej Korzystającego (Centrali i Regionów) zgodnie z Załącznikiem nr 4 do niniejszej Umowy, według poniższych wytycznych:

- a) na fakturze zostaną uwzględnione MPK zgodnie z wytycznymi Korzystającego;
- b) na fakturze zostanie uwzględniony nadany przez Korzystającego numer Umowy i data jej zawarcia, nazwisko osoby odpowiedzialnej za realizację umowy ze strony Korzystającego;
- c) na fakturze zostanie uwzględniony termin płatności zgodnie z Umową;
- d) Korzystający akceptuje odbiór faktur (w formie elektronicznej);

14. Finansujący i Korzystający oświadczają, że są zarejestrowani jako podatnicy VAT czynni.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 19.452.592,93 zł brutto. Wraz z ofertą Odwołujący złożył formularz cenowy w ramach którego doszło do przypisania w załączniku nr 2 do SIWZ do poszczególnych typów pojazdów (typu VAN i typu MPV – minivan) modeli w postaci odpowiednio Peugeot Partner Teepe oraz Peugeot Traveller wraz z danymi tych pojazdów (wiersze 8 – 11). Jednocześnie dla pojazdu VAN odwołujący przyjął katalogową wartość netto przed rabatem w wysokości 63.597,15 zł, zaś dla pojazdu MPV (minivan) katalogową wartość netto przed rabatem w wysokości 140.836,99 zł. Powyższe wartości w ww. formularzu cenowym stanowiły podstawę do określenia przez wykonawcę wysokości udzielonego upustu (odpowiednio dla VAN 31,23277% i dla MPV 46,45441%), oraz wyliczenie odrębnie dla każdego pojazdu wysokości miesięcznych rat kapitałowych i odsetkowych, wynagrodzenia za usługi serwisowe oraz wynagrodzenia za usługi monitoringu. Dodatkowo należy wskazać, że dla pojazdu VAN doszło do wyliczenia ww. jednostkowych wartości dla limitów kilometrów na poziomie 20.000, 30.000 i 40.000 km, zaś dla pojazdu MPV na poziomie 20.000 i 30.000 km. Jednocześnie wraz z ofertą Odwołujący złożył załącznik nr 8 do SIWZ – specyfikacja pojazdów, z którego wynika, że dla pojazdu VAN został przyporządkowany model Peugeot Traveller, zaś dla pojazdy MPV model Peugeot Partner Teepe.

Zamawiający pismem z dnia 18.04.2018 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp wskazując, iż jest ona niezgodna z SIWZ, gdyż w załączniku nr 2 do SIWZ, tj. w zakresie pojazdu typu VAN (kolumna 13, 14, 15) oraz typu MPV (kolumna 16, - 17) błędnie wskazano dane i typy pojazdów. Zamawiający w powyższej informacji o odrzuceniu wskazał także, że z uwagi ww. zamianę koszty wskazane pod wersetami od 11 do 26 zostały wyliczone wadliwie

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

## **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanym przez Izbę stanie faktycznym kwestia bezsporną była okoliczność obejmująca, omyłkowe jak wskazał Odwołujący, przypisanie w załączniku nr 2 do SIWZ (formularz cenowy) do poszczególnych typów pojazdów (typu VAN i typu MPV – minivan) niewłaściwych modeli w postaci odpowiednio Peugeot Partner Teepe oraz Peugeot Traveller wraz z danymi tych pojazdów (wiersze 8 – 11). Zdaniem Odwołującego omyłka ta była możliwa do poprawienia, zaś z dalszego stanowiska Odwołującego wynika, że nie miała ona wpływu na prawidłowość wyliczenia wynagrodzenia i jego poszczególnych składników, w tym prawidłowo określono dla tych dwóch typów pojazdów ich katalogową wartość netto. Na powyższą okoliczność Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów, składając na etapie rozprawy oświadczenie w tym zakresie. Zamawiający stał na stanowisku, że błąd ten jest niemożliwy do poprawienia, zaś katalogowa wartość początkowa pojazdu została ujęta w formularzu cenowym w sposób nieprawidłowy, co jednocześnie stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ oraz jednocześnie w konsekwencji błąd w obliczeniu ceny. Na okoliczność wartości rynkowej ww. pojazdów Zamawiający przedstawił dowody w postaci kart katalogowych producenta oraz odniósł te wartości do ofert pozostałych wykonawców, w których wartość początkowa tych pojazdów była identyczna z ujętymi w kartach katalogowych. Aby dokonać oceny istniejącego w sprawie sporu Izba uznała za konieczne odniesienie się do charakteru przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest leasing pojazdów przeznaczonych dla jego jednostek organizacyjnych. W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z umową nazwaną w postaci umowy leasingu. Istota tej umowy została określona w art. 709<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. *Przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez*



*finansującego*. (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 459).

Jak wynika z powyższej definicji elementem przedmiotowo istotnym umowy leasingu jest zapłata przez korzystającego (leasingobiorcę – Zamawiającego) ceny (wynagrodzenia) w ratach. Tym samym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, dla prawidłowego funkcjonowania tej umowy istotne jest nie tylko określenie globalnego (całościowego) wynagrodzenia, lecz również jego poszczególnych składników. Stanowisko Zamawiającego, co do znaczenia wynagrodzenia całkowitego, byłoby możliwe do zaakceptowania, gdybyśmy w niniejszym wypadku mieli do czynienia z umową sprzedaży lub umową dostawy w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks cywilny – o ile ceny jednostkowe poszczególnych pojazdów nie byłyby istotne dla Zamawiającego ze względów rachunkowych i podatkowych (np. ze względu na odliczenia podatkowe, w tym możliwość amortyzacji poszczególnych pojazdów w poszczególnych oddziałach). Wszakże wówczas organy podatkowe mogłyby kwestionować wartości amortyzacyjne poszczególnych pojazdów przez np. zakwestionowanie niemalże dwukrotnie wyższej wartości początkowej pojazdu typu minivan. Wszakże podstawy odliczeń podatkowych oraz odpisów amortyzacyjnych są przez organy podatkowe akceptowane, o ile wartości środków transportu podlegających tym odliczeniom i odpisom są wartościami rynkowymi i zgodnymi np. z powszechnie dostępnymi cennikami. Zgodnie bowiem z treścią art. 22g ust. 8 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, *jeżeli nie można ustalić ceny nabycia środka trwałego przed dniem wpisania go do ewidencji środków trwałych, za wartość początkową przyjmuje się wartość wynikającą z wyceny dokonanej przez podatnika, z uwzględnieniem cen rynkowych środków trwałych tego samego rodzaju z grudnia roku poprzedzającego rok założenia ewidencji oraz stanu i stopnia ich zużycia*.

Tym samym nie sposób przychylić się do argumentacji Odwołującego, z której wynika, że bez znaczenia dla prawidłowości sporządzenia oferty pozostają dane początkowe zawarte w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ i jednocześnie załącznik nr 8 do umowy), w tym również wartości cząstkowe w postaci np. miesięcznych rat kapitałowych oraz odsetkowych. Znaczenie tych elementów oświadczenia woli Odwołującego zostanie szczegółowo omówione w dalszej części uzasadnienia.

Dookreślenie przez Odwołującego w formularzu cenowym wysokości rat kapitałowych oraz odsetkowych, w tym ich wysokość uzależniona dla poszczególnych pojazdów od wysokości przebiegu stanowi, w ocenie Izby, przedmiotowo istotny element umowy (*essentialia negotii*), umożliwiający leasingobiorcy - korzystającemu (w tym przypadku Zamawiającemu) prawidłowe księgowo zakwalifikowanie tego świadczenia jako leasing finansowy dla celów rachunkowych (vide pkt 4.1.1. SIWZ) i jako leasing operacyjny dla celów podatkowych (vide 4.1.1. SIWZ), co jednocześnie pozwala na prawidłowe odliczenie podatku od towarów i usług.

Jak wynika z ustaleń Izby Zamawiający jest spółką kapitałową, która z samego faktu bycia spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, jest czynnym podatnikiem VAT i prowadzi pełną księgowość (vide oświadczenie zawarte w § 11 ust. 14 projektu umowy).

Izba uznała za niewiarygodne twierdzenia Odwołującego, że ceny nabycia przez Niego pojazdów są takie, jak wskazane w załączniku nr 2 do SIWZ (formularz cenowy). Po pierwsze Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów, czego wymaga charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, mający swoje zasadnicze źródło w przepisach regulujących postępowanie cywilne. W ramach tak ukształtowanej procedury to strony są obarczone obowiązkiem wykazania, a tym samym udowodnienia faktów i twierdzeń z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp – zasada dotycząca ciężaru dowodu). Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obciążenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Po drugie dowody na przeciwną okoliczność zostały przedstawione przez Zamawiającego. Otóż wykazał On jakie są ceny nabycia tego rodzaju pojazdów, przedstawiając na tą okoliczność katalogi producenta, oraz odnosząc się do cen wskazanych w ofertach pozostałych wykonawców. Tej ostatniej informacji nie sposób, jak wskazywał w toku rozprawy Odwołujący, uznać za niewiarygodną i nieprzydatną w procesie dowodzenia, gdyż w ocenie Izby ma ona pełnoprawne znaczenie dowodowe. Zaoferowanie identycznych cen dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przez producenta (lub jego przedstawiciela, dealera) świadczy bowiem o dobrych praktykach kupieckich oraz o respektowaniu przez te podmioty zasad uczciwej konkurencji. Fakt wykazany przez Zamawiającego należy również pozytywnie ocenić poddając go badaniu pod względem logicznym. Jest bowiem zgodne z doświadczeniem życiowym i zasadami logicznego rozumowania, że pojazd typu MPV (minivan) jest pojazdem tańszym niż pojazd typu VAN – a nie odwrotnie. Przeciwnie stanowisko Odwołującego nie wytrzymuje zatem konfrontacji z doświadczeniem życiowym i zasadami logicznego rozumowania.

O znaczeniu tego załącznika (formularz cenowy – załącznik nr 2 do SIWZ) świadczy również fakt, że jest on nie tylko załącznikiem do SIWZ ale również załącznikiem nr 8 do umowy (vide pkt 4.3.1. SIWZ) – a więc będzie on stanowił podstawę do określania w cyklach miesięcznych rat leasingowych odrębnie dla każdej kategorii pojazdów (vide § 11 ust. 4 projektu umowy), rozłożonych, co również jest istotne, na różne okresy (vide pkt 4.3.1. SIWZ) w zależności od typu pojazdu (na okresy 48 i 60 miesięcy). Należy również wskazać, iż pojazdy te są przeznaczone dla poszczególnych oddziałów (jednostek organizacyjnych) Zamawiającego (vide załącznik nr 2 do SIWZ – formularz cenowy oraz § 11 ust. 11 projektu umowy), które mogą prowadzić odrębne księgi rachunkowe i być traktowane jako odrębni podatnicy. W związku z tym faktem wyodrębnienia rachunkowego poszczególnych jednostek organizacyjnych Zamawiający może prowadzić wyodrębnioną rachunkowość i sporządzać odrębny bilans dla każdej jednostki (będzie ona zakładem samobilansującym). O powyższym świadczy fakt, że zgodnie z § 11 ust. 11 projektu umowy *Finansujący zobowiązany jest wystawiać faktury VAT, odrębnie dla każdej jednostki organizacyjnej Korzystającego (Centrali i Regionów) zgodnie z Załącznikiem nr 4 do niniejszej Umowy (...)*. Powyższe oznacza, że np. pojazdy typu MPV (minivan) będą mogły być nabywane, w ramach opcji wykupu, w pojedynczych egzemplarzach dla poszczególnych jednostek organizacyjnych i tym samym ujmowane jako środki trwałe, a gdyby nabycie pojazdu nastąpiło przed jego całkowitą amortyzacją, mogłyby podlegać amortyzacji, dla której istotne jest, ze względów wskazanych powyżej, właściwe, tj. realne określenie wartości pojazdu.

O znaczeniu poprawności dokonanych operacji matematycznych w formularzu cenowym, w tym o konieczności przyjęcia właściwych danych wyjściowych i założeń świadczą również postanowienia projektu umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) związanych z prawem opcji (vide § 1 ust. 2 projektu umowy), odrębnego dla poszczególnych typów pojazdu terminu realizacji umowy (vide § 2 projektu umowy), opcji wykupu (vide § 4 ust. 1 – 3 projektu umowy) oraz przypadków związanych z przekroczeniem lub niewykorzystaniem limitów kilometrów (vide § 11 ust. 8 projektu umowy). W ramach prawa opcji to dane ujęte w formularzu cenowym będą stanowiły podstawę rozszerzenia zakresu przedmiotowego umowy. Analogiczna sytuacja występuje w przypadku opcji wykupu, gdzie w § 4 ust. 3 projektu umowy zostało wskazane, że: *Nabycie przez Korzystającego wybranych Pojazdów nastąpi na podstawie umowy sprzedaży podpisanej przez Korzystającego i Finansującego, za cenę ustaloną w formularzu cenowym stanowiącym zał. nr 8 do niniejszej Umowy jednakże nie mniejszą niż wartość hipotetyczna Pojazdu netto*. (podkreślenie Izby). Najistotniejszym postanowieniem umowy, w ramach którego brak dookreślenia dla pojazdu VAN cen jednostkowych rat kapitałowych i rat odsetkowych dla przebiegu 40 000 km jest § 11 ust. 8 projektu umowy, który stanowi, że: *Rozliczenie opłat za przekroczenie limitu kilometrów oraz opłat za niewykorzystanie limitu kilometrów będzie kształtować się zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik*

*nr 8 do niniejszej Umowy. Rozliczenie nastąpi wraz z zakończeniem Okresu Leasingu dla wszystkich Pojazdów. Przekroczenie limitu przebiegu Pojazdu będzie rozliczane w systemie pulowym tzn. dla wszystkich Pojazdów łącznie. Finansujący zsumuje limity przebiegów wszystkich leasingowanych Pojazdów oraz rzeczywiste przebiegi każdego z Pojazdów w Okresie Leasingu danego Pojazdu i na podstawie różnicy tych sum wyliczy, o ile został przekroczony /nie został przekroczony limit dla wszystkich Pojazdów łącznie. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że nie jest On w stanie w sposób samodzielny określić tej wartości dla pojazdu VAN dla przebiegu 40 000 km, gdyż Odwołujący określił tą wartość tylko dla pojazdu MPV, czego Zamawiający nie wymagał.*

Wszystkie ww. postanowienia umowy powodują, że ich właściwa realizacja na etapie wykonania umowy jest możliwa tylko i wyłącznie wówczas, gdy wykonawca w sposób prawidłowy ujął w formularzu cenowym katalogową wartość początkową netto każdego pojazdu i tym samym określił, w oparciu o tą wartość początkową, wysokość poszczególnych opłat, w tym wysokość rat kapitałowych i odsetkowych dla każdego pojazdu z uwzględnieniem limitów kilometrów.

Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że nie miał on podstaw do samodzielnego poprawienia nieprawidłowości w ustaleniu wysokości poszczególnych rat leasingowych. O ile dostrzeżenie błędu w obliczeniu ceny, ze względu na niewłaściwe przypisanie modeli i typów pojazdów do poszczególnych segmentów było możliwe po skonfrontowaniu treści załącznika nr 2 do SIWZ (formularz cenowy) i załącznika nr 8 do SIWZ (specyfikacja techniczna pojazdów) to brak jest możliwości dokonania przez Zamawiającego w sposób samodzielny korekty poszczególnych składników wynagrodzenia. Jak wyżej wskazano, zgodzić się zatem należy w tym zakresie z Zamawiającym, że nie posiadał on danych do określenia wysokości raty kapitałowej i raty odsetkowej dla pojazdu typu VAN dla przebiegu 40 000 km. Zgodzić się również należy z Zamawiającym, że w załączniku nr 8 do SIWZ brak było informacji pozwalających na ustalenia właściwych dla poszczególnych pojazdów poziomów emisji CO<sub>2</sub>. W ocenie Izby, z przyczyn wskazanych powyżej, nie można przyjąć stanowiska Odwołującego, że poprawienie omyłki mogłoby się ograniczyć do danych zawartych w wierszach 8 – 11 załącznika nr 2 do SIWZ. Zdaniem Izby Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny stanowiący jednocześnie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż w sposób nieprawidłowy przypisał poszczególne modele samochodów do ich kategorii, co w konsekwencji pociągnęło za sobą błędne przyporządkowanie wartości katalogowej ceny netto pojazdu. W tym wypadku Izba wskazuje, że obowiązkiem wykonawców, zgodnie z literalnym brzmieniem wiersza nr 12 załącznika nr 2 do SIWZ (formularz cenowy), było wpisanie nie jakiegokolwiek wartości, lecz katalogowej ceny netto pojazdu (podkreślenie Izby). Powyższe dane stanowiły podstawę do określenia dla poszczególnych typów pojazdów wysokości rat kapitałowych i rat odsetkowych – które to uprawnienia wpisują się w

przypisaną wyłącznie wykonawcy sferę ofertowania (a więc składania oświadczenia woli w procesie złożenia oferty). Ingerencja Zamawiającego w te dane, czy też zastępowanie wykonawcy przy ich składaniu, jest niedopuszczalna – nawet jeżeli jest ona poprzedzona wyjaśnieniami. Otóż wykonawcy nie mogą po terminie składania ofert dokonywać modyfikacji, czy też wręcz dookreślenia i precyzowania swoich oświadczeń woli. Dopuszczenie do tego rodzaju praktyk stanowiłoby niedozwolone prawem negocjacje w rozumieniu art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Izba w sposób negatywny oceniła tym samym propozycję Odwołującego w zakresie zmiany danych z wierszy 8 – 11 z jednoczesnym pozostawieniem bez zmian danych z wierszy od 12 do 28. Przeszkodą dla takiego działania jest istotność danych zawartych w tych ostatnich wierszach załącznik nr 2 do SIWZ (formularz cenowy) oraz fakt, iż dane te powinny być poprzedzone poprawnie wprowadzonymi danymi początkowymi, w szczególności rzeczywistą (katalogową) wartością początkową dla każdego typu pojazdu. Jednocześnie dane zawarte w wierszach 17 - 21 stanowią klasyczne oświadczenia woli wykonawcy, których modyfikacja, czy też zastąpienie przez podmiot zamawiający jest niemożliwe. To wykonawca bowiem ustala wysokość raty kapitałowej, a w szczególności raty odsetkowej, wynagrodzenia za usługi serwisowe, za usługi monitoringu pojazdów GPS oraz wysokość jednorazowej opłaty administracyjnej. Jak wynika z analizy tych danych wskazane tam wartości różnią się nie tylko pomiędzy poszczególnymi typami pojazdów, co wydaje się oczywiste, ale różnią się również dla tego samego pojazdu w zależności od jego przebiegu (vide wiersze 17 i 18 wysokość rat kapitałowych i odsetkowych). Jak słusznie wskazywał Zamawiający nie posiada On żadnych danych dla określenia samoistnie wysokości raty kapitałowej i odsetkowej dla pojazdu VAN przy przebiegu 40 000 km. W kontekście przywołanych wyżej postanowień umowy odnoszących się do prawa opcji, terminu realizacji umowy, sposobu płatności rat leasingowych, prawa wykupu, czy też wreszcie wyliczenia wartości wynagrodzenia Finansującego wykonawcy w przypadku przekroczenia lub niewykorzystania limitów kilometrów za najistotniejszy dokument należy uznać formularz cenowy, stanowiący jednocześnie załącznik nr 8 do umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że błędne przypisanie typu pojazdu do poszczególnych segmentów (VAN i MPV) z jednoczesnym błędnym określeniem jego katalogowej wartości netto doprowadziło, że mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodność ta odnosi się m.in. do pkt 11.7. SIWZ, który stanowi, że: *Treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej SIWZ oraz treści zawartej w formularzach stanowiących załączniki do SIWZ.* Z samej treści formularza cenowego wynikał, że dla każdego pojazdu należy określić jego początkową katalogową wartość netto.

Jednocześnie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, gdyż zgodnie z treścią pkt 15.5. SIWZ koszt podany w ofercie musi być wyrażony w wartości netto (bez podatku VAT)

oraz brutto (z podatkiem VAT), koszt określony w ofercie musi być wynikiem kalkulacji przedstawionej w Formularzu cenowym, sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ.

Tym samym Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy, nie mając jednocześnie podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji do poprawienia stwierdzonych w formularzu cenowym błędów, gdyż treść art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp umożliwia poprawienie stwierdzonych omyłek, i to takich które nadają się do samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego i jednocześnie nie prowadzą do istotnej zmiany treści oferty – z którą to okolicznością nie mieliśmy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 17.04.2018 r. była czynnością prawidłową – a zatem nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

