WYROK
z dnia 24 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:Ewa Kisiel
Katarzyna Poprawa

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 i 21 lipca 2020 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 roku przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Korporacja Wschód Sp. z o.o. (lider) oraz Z. Sport Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Warszawie (04-703) (sygn. akt KIO 1319/20),
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Siltec Sp. z o.o. (lider) oraz M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. z siedzibą dla lidera w Pruszkowie (05-800) (sygn. akt KIO 1322/20),
C.wykonawcę BIT S.A. z siedzibą w Warszawie (00-854) (sygn. akt KIO 1325/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie (02-765)
przy udziale:
A.
1.wykonawcy BIT S.A. z siedzibą w Warszawie (00-854),
2.wykonawców ..... wspólnie ubiegających . się o . udzielenie ..... zamówienia . - konsorcjum w składzie: Bracia S. W. S. (lider) oraz Concept z siedzibą dla lidera w Warszawie (00-545),
3.wykonawców ..... wspólnie ubiegających . się o . udzielenie ..... zamówienia . - konsorcjum w składzie: Siltec Sp. z o.o. (lider) oraz M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. z siedzibą dla lidera w Pruszkowie (05-800),
zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1319/20 po stronie zamawiającego,

B.
1.wykonawców ..... wspólnie ubiegających . się o . udzielenie ..... zamówienia . - konsorcjum w składzie: Bracia S. W. S. (lider) oraz Concept z siedzibą dla lidera w Warszawie (00-545),
2.wykonawców ..... wspólnie ubiegających . się o . udzielenie ..... zamówienia . - konsorcjum w składzie: Korporacja Wschód Sp. z o.o. (lider) oraz Z. Sport Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Warszawie (04-703),
zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1322/20 po stronie zamawiającego,

C.
1.wykonawców ..... wspólnie ubiegających . się o . udzielenie ..... zamówienia ..... - . konsorcjum w składzie: Bracia S. W. S. (lider) oraz Concept z siedzibą dla lidera w Warszawie (00-545),
zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1325/20 po stronie zamawiającego,
2.wykonawców ..... wspólnie ubiegających . się . o . udzielenie ..... zamówienia ..... - . konsorcjum w składzie: Korporacja Wschód Sp. z o.o. (lider) oraz Z. Sport Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Warszawie (04-703),

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1325/20 po stronie odwołującego,

3.wykonawców ..... wspólnie ubiegających . się o . udzielenie ..... zamówienia ..... - . konsorcjum w składzie: Siltec Sp. z o.o. (lider) oraz M.P., . prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. z siedzibą dla lidera w Pruszkowie (05-800),

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1325/20 po stronie odwołującego

orzeka:

1.

A.uwzględnia odwołanie w ..... sprawie o ..... sygn. . akt .... KIO . 1319/20 w zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się 0udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Korporacja Wschód Sp. z o.o. (lider) oraz Z. Sport Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Warszawie(04-703)

1nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty tych wykonawców oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ich oferty;

oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

B.uwzględnia odwołanie w ..... sprawie o ..... sygn. . akt .... KIO . 1322/20 w zakresie zarzutu zaniechaniaudostępnienia ..... wyjaśnień . z dnia ..... 15 . maja .... 2020 r. wraz z załącznikami złożonychzamawiającemu przez ..... wykonawców ..... wspólnie ... ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Korporacja Wschód Sp. z o.o. (lider) oraz Z. Sport Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Warszawie (04-703)

i

nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert oraz udostępnienie wykonawcom tych wyjaśnień;

oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

C.oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1325/20,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie (02-765) [sygn. akt KIO 1319/20] oraz wykonawcę BIT S.A. z siedzibą w Warszawie (00-854) [sygn. akt KIO 1325/20] i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), w tym:

2.1.1.kwotę 15 000 zł 00 gr (słowie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Korporacja Wschód Sp. z o.o. (lider) oraz Z. Sport Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Warszawie (04-703) tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 1319/20),

2.1.2.kwotę 15 000 zł 00 gr (słowie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Siltec Sp. z o.o. (lider) oraz M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. z siedzibą dla lidera w Pruszkowie (05-800) tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 1322/20),

2.1.3.kwotę 15 000 zł 00 gr (słowie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BIT S.A. z siedzibą w Warszawie (00-854) tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 1325/20),

2.2. zasądzaod . zamawiającego ..... Komendy ..... Głównej ..... Straży . Granicznej ..... z .. siedzibą w Warszawie (02-765) [sygn. akt KIO 1319/20 i KIO 1322/20] oraz od wykonawcy BIT S.A. zsiedzibą w Warszawie ..... (00-854) [sygn. akt KIO 1325/20] kwotę 40 800 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy osiemset złotych), w tym:

2.2.1.zasądza . od zamawiającego ..... Komendy ..... Głównej ..... Straży . Granicznej ..... z .. siedzibą wWarszawie ..... (02-765) .. na . rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się

oudzielenie ..... zamówienia .. - . konsorcjum w składzie: ..... Korporacja Wschód Sp. z o.o. (lider) oraz Z. Sport Sp. z o.o. z siedzibą dla lideraw Warszawie (04-703) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1319/20),

2.2.2.zasądza . od zamawiającego ..... Komendy ..... Głównej ..... Straży . Granicznej ..... z .. siedzibą wWarszawie ..... (02-765) .. na . rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Siltec Sp. z o.o. (lider) oraz M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. z siedzibą dla lidera w Pruszkowie (05-800) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1322/20),

2.2.3. zasądza od wykonawcy BIT S.A. z siedzibą w Warszawie (00-854) na rzecz zamawiającego Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie (02-765) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) 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:

Członkowie:

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

sprawa KIO 1319/20

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę przewoźnych jednostek nadzoru" (dalej „PJN"), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Komendę Główną Straży Granicznej (dalej „zamawiający") wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Korporacja Wschód Sp. z o.o. oraz Z. Sport Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Z.") wnieśli odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) (dalej „ustawa Pzp"):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty konsorcjum Z. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"), podczas gdy typ pojazdu po zabudowie jest dowolnie określany przez producenta tego pojazdu, a konsorcjum Z. było uprawnione do posługiwania się na tę potrzebę kodem „TOYOTA",
2. art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze, poprzez nieskorzystanie przez zamawiającego z procedury wyjaśnień w zakresie oferty konsorcjum Z. dotyczącej oznaczenia typu pojazdu po zabudowie, jeśli zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, poprzez niezgodne z powyższymi regulacjami zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Bracia S. W. S. oraz Concept (dalej „przystępujący BSC") i uznanie, że treść złożonej oferty odpowiadała wymaganiom treści SIWZ, podczas gdy treść oferty przystępującego BSC tych wymogów nie spełniała, ponieważ wykonawca ten w sposób nieprawidłowy wskazał nazwę producenta oraz typ pojazdu po zabudowie, a także zaznaczył nieprawidłowo w część II *pkt. A JEDZ w miejscu odpowiedzi na pytanie „czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie (np. w ramach krajowego systemu (wstępnego kwalifikowania)" odpowiedź „Tak", podczas gdy w tej części powinien odpowiedzieć „nie dotyczy",*
4. art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 82 ust. 3, poprzez niezgodne z powyższymi regulacjami zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BIT S.A. (dalej „wykonawca BIT") i uznanie, że treść złożonej oferty odpowiadała wymaganiom

treści SIWZ, podczas gdy wykonawca BIT w sposób nieprawidłowy wskazał nazwę producenta oraz typ pojazdu po zabudowie w pkt 4 Formularza ofertowego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do błędnego rozważenia oferty wykonawcy BIT w ramach postępowania przetargowego i wyboru rzekomo najkorzystniejszej oferty,

5. art. 7 ust. 1 i 3 poprzez:

(i) przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiający się w odrzuceniu oferty konsorcjum Z. przy równoczesnym zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego BSC i wykonawcę BIT, pomimo, że w sposób nieprawidłowy wskazali nazwę producenta i typu pojazdu po zabudowie,

(ii) brak przejrzystości w ocenie ofert - dowolną zmianę podstaw prawnych swojego rozstrzygnięcia (zmiana podstawy decyzji z dnia 26 maja 2020 r. na podstawę wskazaną w decyzji z dnia 3 czerwca 2020 r.), co spowodowało dowolny dobór podstawy prawnej rozstrzygnięcia dla potrzeb wyboru oferty przystępującego BSC, preferowanego przez zamawiającego i odrzucenia ofert bardziej korzystnych,

(iii) zaniechanie odniesienia się do treści zarzutów konsorcjum Z. do treści oferty przystępującego BSC z dnia 20 maja 2020 r. oraz do treści zarzutów konsorcjum Z. w piśmie Nr 90/20 z dnia 7 maja 2020 r.,

6. art. 38 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez opublikowanie przez zamawiającego pisma z odpowiedziami na zapytania do treści SIWZ w dniu 2 kwietnia 2020 r. bez uprzedniego usunięcia nagłówka pisma, ujawniającego, że źródłem zapytania było konsorcjum Z., podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było udostępnienie treści zapytań wraz z wyjaśnieniami bez ujawniania źródła zapytania, co skutkowało naruszeniem przez zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a w konsekwencji doprowadziło do dokonania w dniu 3 czerwca 2020 r. zaskarżonej czynności naruszającej uczciwą konkurencję,

7. art. 29 ust. 1 i 2, poprzez brak wskazania w SIWZ podstawy prawnej postępowania, która to podstawa została dowolnie wskazana dopiero w czynności zamawiającego z dnia 26 maja 2020 r., a następnie dowolnie zmieniona czynnością zamawiającego z dnia 3 czerwca 2020 r., które to działanie miało na celu odrzucenie oferty konsorcjum Z.,

8. art. 91 ust. 1 i 2, poprzez naruszenie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty przy wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego BSC zamiast oferty konsorcjum Z., podczas gdy poprawne przeprowadzenie postępowania powinno doprowadzić, według kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ, do wyboru oferty konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej,

9. art. 96 ust. 1 pkt. 7 i ust. 2 oraz § 2 ust. 2 i § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r., Dz. U. z dnia 28 lipca 2016 r. poz. 1128) (dalej „rozporządzenie"), poprzez:

i. zaniechanie odniesienia się w protokole postępowania do treści zarzutów konsorcjum Z. co do treści oferty przystępującego BSC z dnia 20 maja 2020 r., co w konsekwencji doprowadziło do dokonania zaskarżonej czynności naruszającej uczciwą konkurencję,

ii. sporządzenie protokołu niepełnego, a także niezgodnego z obowiązującym Wzorem protokołu stanowiącym Załącznik do rozporządzenia,

10. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie podania właściwej podstawy odrzucenia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się

0udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Siltec Sp. z o.o. (lider) oraz M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. (dalej „konsorcjum Siltec")

1wykonawcy Works 11 Sp. z o.o. (dalej „wykonawca „Works") pomimo, że zamawiający posiadał informację o nieprawidłowościach obydwu ofert,

11. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie precyzyjnego wskazania w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty konsorcjum Z., że w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, w pkt. 4 zamawiający wymagał podania informacji o pojeździe po zabudowie, a nie o *„pojeździe"* w ogólności.

W razie nieprzyjęcia zasadności zarzutu nr 1, konsorcjum Z. zarzuciło zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp (zarzut ewentualny):

12. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. ..... 87 .. ust. .. 1 . zdanie pierwsze, ... poprzez zaniechanie poprawienia w oferciekonsorcjum Z. innych niż pisarskie i ... rachunkowe, omyłek

w zakresie doprecyzowania oznaczenia typu pojazdu po zabudowie, co nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, a tym samym było, zgodnie z ustawą Pzp, nie tylko dopuszczalne, ale również wymagane,

W razie nieprzyjęcia zasadności zarzutu nr 1, a przyjęcia zasadności zarzutu nr 12 zarówno odnośnie do oferty konsorcjum Z., jak i innych oferentów konsorcjum Z. zarzuciło zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp (zarzut ewentualny):

13. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. ..... 87 .. ust. .. 1 . zdanie pierwsze, ... poprzez zaniechanie poprawienia w oferciekonsorcjum Z., jak . i innych oferentów ..... innych niż pisarskie i rachunkowe, omyłek w zakresie doprecyzowania oznaczenia typu pojazdu po zabudowie co nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, a tym samym było, zgodnie z ustawą Pzp, nie tylko dopuszczalne, ale również wymagane.

W razie nieprzyjęcia zasadności zarzutów nr 1, 12 i 13 konsorcjum Z. zarzuciło zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp (zarzuty ewentualne):

14. art. 93 ust 1 pkt 1, poprzez dokonanie oceny złożonych ofert i wybór oferty przystępującego BSC jako oferty najkorzystniejszej w następstwie niedostrzeżenia podstaw do odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego BSC i wykonawcę BIT, podczas gdy skutkiem prawidłowo przeprowadzonego postępowania powinno być unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do błędnego wyboru oferty niesłusznie uznanej za najkorzystniejszą;
15. art. 93 ust. 1 pkt 7, poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego BSC i wykonawcy BIT pomimo, iż oferty te obarczone były niepodlegającą usunięcia wadą (błędne wskazanie producenta i typu w ofercie) co skutkowało tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Konsorcjum Z. zarzuciło także zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17, poprzez zaniechanie wykluczenia wszystkich, poza konsorcjum Z., wykonawców pomimo nieprawidłowości w oświadczeniach tych wykonawców wskazanym w zarzutach 3, 4 i 10.

Konsorcjum Z. wniosło o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, ewentualnie unieważnienie postępowania (w przypadku stwierdzenia podstaw do odrzucenia wszystkich ofert).

Konsorcjum wniosło także o:

1. dopuszczenie wniosków dowodowych zawartych w dokumentacji przetargowej oraz przedłożonych w trakcie rozprawy,
2. zasądzenie na jego rzecz od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki samochodowej na okoliczność czy: (i) poprzez zabudowę pojazdu bazowego zgodnie z SIWZ zmianie ulega typ pojazdu względem pojazdu bazowego; (ii) czy typ pojazdu po zabudowie dokonanej zgodnie z SIWZ (pojazdu skompletowanego) określa producent pojazdu po zabudowie, i czy co do tego określenia producent pojazdu po zabudowie ma dowolność; wyznaczenie i przeprowadzenie rozprawy,
4. wyłączenie z udziału w rozprawie przystępujących ze względu na to, że w trakcie rozprawy będą podnoszone informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa konsorcjum Z..

Konsorcjum podkreśliło konieczność rozróżnienia znaczeń: pojazd bazowy oraz pojazd po zabudowie, wskazując że pojazd bazowy to pojazd katalogowy, powszechnie dostępny na rynku, na bazie którego produkowany jest przez innego producenta nowy pojazd, zaś pojazd po zabudowie to docelowy przedmiot zamówienia, tj. wyprodukowany jako nowy pojazd zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Wskazało, że pojazdy te mają różnych producentów - pojazd bazowy z nadwoziem typu pick-up spełniający wymagania zamawiającego jest zakupywany u producenta danej marki i to ten producent nadaje typ danego pojazdu bazowego, natomiast producentem pojazdu po zabudowie jest z reguły inny podmiot, tj. podmiot, który dokonuje zabudowy specjalnej.

Oświadczyło, że producentem pojazdu po zabudowie konsorcjum Z. jest Z. Sport Sp. z o.o., jak zostało wskazane w pkt. 4 oferty tego konsorcjum.

Zdaniem konsorcjum Z. gdyby zamawiający chciał przeprowadzić postępowanie w sposób zgodny z ustawą Pzp, to jest przejrzysty, mógł, podobnie jak zrobił to w roku 2018 (10/BF/BTiZ/18), wymagać podania typu pojazdu bazowego, a nie typu pojazdu po zabudowie.

Zaznaczyło, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty konsorcjum zamawiający posłużył się nieprecyzyjnym sformułowaniem, że wymagał podania informacji o *„pojeździe",* zamiast „o pojeździe po zabudowie".

W odniesieniu do bezpodstawnego do odrzucenia jego oferty konsorcjum Z. podkreślił, że podawane przez wykonawców informacje miały dotyczyć oferowanego *„pojazdu po zabudowie".*

Wskazało, że typ pojazdu bazowego oraz typ pojazdu po zabudowie to dwa odrębne typy pojazdów w rozumieniu:

1. zarówno art. 3 pkt 17 Dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r. ustanawiającej ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów z dnia 5 września 2007 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 263, str. 1, ze zm.) [dyrektywa 2007/46/WE] oraz art. 2 pkt 78 Prawa o ruchu drogowym z dnia 20 czerwca 1997 r. (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 110, ze zm.), tj. w stanie prawnym obowiązującym do dnia 31 sierpnia 2020 r., jak i
2. art. 3 pkt 32 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającego dyrektywę 2007/46/WE z dnia 30 maja 2018 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 151, str. 1, ze zm.), tj. w stanie prawnym obowiązującym od dnia 1 września 2020 r. (rozporządzenie 2018/858).

Stwierdziło, że zgodnie z dyrektywą 2007/46/WE (przywołaną przez zamawiającego) to „producent przypisuje każdemu typowi, wariantowi i wersji pojazdu kod alfanumeryczny składający się z rzymskich liter lub cyfr arabskich" (załącznik U część B pkt 7.3.1 dyrektywy 2007/46/WE). Stwierdził dalej, że analogiczna regulacja znajduje się w rozporządzeniu 2018/858, które zastąpi dyrektywą 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r. od dnia 1 września 2020 r., a będzie miało zastosowanie do homologacji pojazdów od dnia 5 lipca 2020 r. (Artykułu 91) - Załącznik 1 CZĘŚĆ B pkt. 7.3.1. stanowi bowiem analogicznie„Producent przypisuje każdemu typowi pojazdu, wariantowi i wersji kod alfanumeryczny składający się z rzymskich liter lub cyfr arabskich."

Na powyższej podstawie uznało, że jako producent pojazdu po zabudowie był zobowiązany do nadania nowego oznaczenia typu dla pojazdu po zabudowie.

Podało, że producent pojazdu po zabudowie ma przy tym dowolność w nadawaniu oznaczeń - konsorcjum mogło oznaczyć typ pojazdu po zabudowie kodem „TOYOTA".

Oceniło, że zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie do podejmowania czynności służących ochronie prawa ochronnego na znak towarowych podmiotu trzeciego, wskazując że zgodnie z art. 296 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2020 r. poz. 286) ewentualne roszczenia przeciwko osobie naruszającej prawo ochronne na znak towarowy może podnosić jedynie osoba, której prawo ochronne przysługuje lub osoba, której ustawa na to zezwala (np. licencjobiorca wyłączny, zastawnik czy użytkownik).

Konsorcjum Z. stanęło na stanowisku, że zamawiający nie jest upoważniony do kontrolowania, czy oznaczenie typu pojazdu nadane przez producenta pojazdu po zabudowie stanowi zastrzeżony znak towarowy należący do innego podmiotu, a odrzucenie oferty konsorcjum Z. z powołaniem się na ww. okoliczność jest oczywiście bezprawne i nie znajduje uzasadnienia.

Zdaniem konsorcjum Z. w celu jeszcze większego utrudnienia analizy i oceny swoich decyzji zamawiający wprowadził d uzasadnienia podstawy odrzucenia ofert przepisy unijne nie mające związku z niniejszym postępowaniem, bowiem odnoszące się do pojazdów o podwoziu samonośnym, a po stwierdzeniu, że argument ten jest nietrafiony jak również, że przywołana podstawa prawna nie weszła jeszcze w życie, zamawiający przytoczył regulację prawną, której okres ważności upłynie dnia 30 sierpnia 2020 r., tj. przed terminem dostawy.

Uznało, że trudno doszukać się w takim sposobie postępowania zamawiającego zgodności z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowało, że odrzucenie jego oferty było nieuzasadnione i naruszało art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a konsorcjum to, jako producent pojazdu po zabudowie, było upoważnione do dowolnego oznaczenia oferowanego typu pojazdu - wskazanie w pkt. 4 Formularza ofertowego kodu „TOYOTA" czyniło zadość wymaganiu wpisania typu pojazdu przez wykonawcę, a tym samym treść złożonej przez konsorcjum Z. oferty była zgodna z treścią SIWZ.

Cytując brzmienia art. 87 ust 2 pkt 3, podniósł, że to właśnie na podstawie drugiej części tego przepisu zamawiający był zobligowany poprawić *„3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty", jeżeli jego zdaniem takie omyłki wystąpiły.*

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BSC albo wykluczenia tego wykonawcy z powodu braku wskazania producenta pojazdu bazowego konsorcjum Z. uznało, że oferta tego wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ - w ofercie podano *„Ford, typ 2 AB, model Ranger"*, a słowo *„Ford"* nie jest nazwą żadnego z producentów pojazdów, w związku z czym nie daje możliwości identyfikacji żadnego z nich i brak ten nie podlega uzupełnieniu.

Uzupełniło, że ani producent o nazwie Ford Polska sp. z o.o., ani producent o nazwie Ford Motor Company of Australia Limited nie ma w swojej ofercie pojazdu po zabudowie zgodnego z wymogami SIWZ.

W ocenie konsorcjum Z. skoro treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, a Formularz ofertowy stanowi część SIWZ (jako jego załącznik), to oferta powinna mieć wszystkie wskazane elementy wskazane w Formularzu.

Powołało się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zapadły w sprawie o sygn. akt KIO KIO 620/16), zgodnie z którym: „Złożenie oferty bez podania nazwy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, jeżeli zamawiający żądał podania nazwy producenta w ofercie, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp"

Jednocześnie konsorcjum Z. podniosło, że nie ma możliwości uzupełnienia braku co do wskazania producenta w drodze wyjaśnień wykonawcy po terminie złożenia ofert, bowiem uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty, w odpowiedzi na wezwanie, stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp - oznaczałoby to w istocie zmianę treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

W odniesieniu do braku wskazania typu pojazdu po zabudowie przez przystępującego BSC konsorcjum Z. podniosło także, że typ pojazdu bazowego marki Ford wskazany w pkt. 4 oferty przystępującego BSC, tj. typ 2 AB jest powszechnym typem pojazdu bazowego marki Ford, co - zdaniem konsorcjum Z. - oznacza, że tym samym nie może być typem pojazdu po zabudowie, ponieważ po zabudowie dochodzi do zmiany typu pojazdu.

Wedle wiedzy konsorcjum Z. producent pojazdu po zabudowie ma dowolność w oznaczeniu typu tego pojazdu, ale nie może powielać oznaczenia typu pojazdu bazowego, jeśli obydwa pojazdy należą do innych typów wobec czego podanie przez przystępującego BSC typu pojazdu po zabudowie tożsamego z typem pojazdu bazowego jest błędem.

W odniesieniu do błędu w JEDZ przystępującego BSC konsorcjum Z. wskazało, że oferta przystępującego BSC winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż w część II A JEDZ w miejscu odpowiedzi na pytanie *„czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie (np. w ramach krajowego systemu (wstępnego kwalifikowania)"* konsorcjum BSC powinno odpowiedzieć *„nie dotyczy"*, a nie zaznaczyć odpowiedź *„Tak"*, a to z tego powodu, że Polski ustawodawca nie skorzystał z możliwości ustanowienia, na podstawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65), urzędowych wykazów zatwierdzonych wykonawców, a tym samym polscy wykonawcy w tej podsekcji zaznaczają opcję *„Nie dotyczy■"* i pozostawiają dalszą część podsekcji niewypełnioną.

Uzupełniło, że jest to zgodne z instrukcją wypełnienia tej części JEDZ na stronie Urzędu Zamówień Publicznych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wiedzy zamawiającego o podstawie do odrzucenia ofert: przystępującego BSC, jak konsorcjum Siltec i wykonawcy Works konsorcjum podało, że pismem *z dnia 20 maja 2020 r,* a wcześniej pismem z dnia 7 maja 2020 r. poinformowało zamawiającego o błędnym wskazaniu producenta pojazdu po zabudowie przez ww. przystępującego, jak również przez konsorcjum Siltec i wykonawcę Works, jak i skutkach takiej treści ofert, tj. konieczności ich odrzucenia.

Podało, że powyższe nie zostało uwzględnione przez zamawiającego, tj. zamawiający nie odrzucił oferty

przystępującego BSC, choć był do tego zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Podniosło nadto, że odrzucając oferty: konsorcjum Siltec i wykonawcy Works zamawiający nie przywołał właściwej podstawy prawnej.

Stwierdziło, że zgodnie z art. 24 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podsumowało, że powyższe nieprawidłowości w oświadczeniach przystępującego BSC powinny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy, bowiem wprowadziły zamawiającego w błąd mający istotne znaczenie dla wyniku postępowania.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BIT albo wykluczenia tego wykonawcy konsorcjum Z. podniosło, że oferta ta nie odpowiadała treści SIWZ, poprzez brak wskazania w pkt. 4 Formularza oferty, zgodnie z jego wymaganiami, producenta pojazdu po zabudowie - wykonawca BIT wskazał następujące dane producenta pojazdu po zabudowie: TOYOTA HILUX AN1P (EU, N) Toyota Motor Europe.

W ocenie konsorcjum Z. wykonawca BIT błędnie wskazał zarówno producenta, jak i typ pojazdu po zabudowie - wskazanie producenta, poprzez „Toyota Motor Europe" nie jest wskazaniem producenta z odpowiedniej pełnej nazwy, w rezultacie czego nie wiadomo, o jaki podmiot chodzi. Odwołało się do argumentacji dotyczącej przystępującego BSC co do oznaczenia producenta pojazdu po zabudowie - brak prawidłowego wskazania producenta pojazdu po zabudowie powoduje nieusuwalna wadę oferty wykonawcy BIT.

Uzupełniło, że żadna spółka koncernu Toyota nie jest producentem i nie posiada w ofercie fabrycznego pojazdu - przewoźna jednostka nadzoru typ/model TOYOTA HILUX AN1P, a w ofercie posiada jedynie pojazdy bazowe TOYOTA HILUX.

Podsumowało, że brak podania prawidłowego typu i modelu pojazdu po zabudowie, poprzez podanie modelu i typu pojazdu bazowego, podlegającego dopiero ewentualnej zabudowie jest nieusuwalną wadą oferty nie podlegającą uzupełnieniu, a więc i z tego powodu oferta wykonawcy BIT powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie ewentualnych podstaw do wykluczenia powołał się na wcześniej prezentowaną już argumentację.

W odniesieniu do naruszenie przez zamawiającego zasady przejrzystości podał, że 3 czerwca 2020 r. zamawiający wystosował do niego ponowne zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, a to w związku z powzięciem informacji dotyczącej terminu stosowania *„Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30.05.2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych (...)"* przywołanego w poprzedniej ocenie ofert z dnia 26 maja 2020 r.

Podkreśliło, że w uzasadnieniu wyboru z 3 czerwca 2020 r. zamawiający powołał się na inną podstawę prawną, co w ocenie konsorcjum Z. oznacza, że zamawiający w sposób dowolny stosuje podstawę prawną, byle tylko uzasadnić bezpodstawne odrzucenie jego oferty, tym bardziej, że podstawy prawnej, wskazanej w rozstrzygnięciach z 26 maja 2020 r. i 3 czerwca 2020 r. nie ujawnił w treści SIWZ.

Stwierdziło, że skutkowało to brakiem przejrzystości kryteriów postępowania.

Podkreślając, że różnice do wejścia w życie obu aktów i ich obowiązywania podniosło, że nie jest jasne, czy kryteria oceny ofert przyjmowane przez zamawiającego od początku postępowania, opierały się na stanie prawnym aktualnym na dzień złożenia ofert, czy też na dzień dostawy przedmiotu zamówienia.

Podsumowało, że powyższe skutkuje brakiem precyzyjności i jasności reguł postępowania przetargowego i naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniosło także, że sporządzony przez zamawiającego protokół jest niepełny i w związku z tym niezgodny z obowiązującym Wzorem protokołu stanowiącym Załącznik do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., ponieważ zgodnie z § 2 ust. 2 oraz § 2 ust. 2 pkt 2 tego rozporządzenia oraz art. 96 ust. 2 ustawy Pzp protokół *„powinien posiadać załączone „oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez Zamawiającego i Wykonawców oraz umowę w sprawie zamówienia publicznego a ponadto - wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz poprawiania omyłek w ofercie (pkt 16 i pkt 27 wzoru protokołu)"".*

Stwierdziło, że protokół takich wymaganych załączników nie zawiera, ponieważ z pisma zamawiającego Nr KG-BF-ZP.3710.5.2020 z 09.06.2020 r. wynika, że dokumentacja postępowania jest kompletna. Jednocześnie stwierdził, że w dokumentacji przetargowej dokumenty te istnieją więc powinny zostać załączone do protokołu.

W ocenie konsorcjum Z. zasada przejrzystości została naruszona poprzez brak ujawnienia w stosownych protokołach oceny zastrzeżeń wskazanych przez to konsorcjum co do ofert przystępującego BSC, konsorcjum Siltec i wykonawców BIT oraz Works oraz brak jasności podstaw prawnych postępowania i wskutek powyższego jasności wymagań co do treści oferty, co doprowadziło do zachwiania zasady konkurencyjności i wyboru oferty, która powinna ulec odrzuceniu.

W odniesieniu do ujawnienia autora pytania konsorcjum Z. podało, że zamawiający w piśmie „Odpowiedzi na pytania wra z modyfikacją SIWZ" opublikowanym

2

kwietnia 2020 r. o godz. 13:39 na portalu SMARTPZP, do którego dostęp mieli wszyscy potencjalni wykonawcy, zaniechał usunięcia nagłówka, ujawniającego, że nadawcą zapytań było konsorcjum Z..

Wskazało, że ujawnienie przez zamawiającego źródła zapytania stanowi naruszenie art. 38 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ - zdaniem konsorcjum Z. - nie ulega wątpliwości, że uprzednie usunięcie przez zamawiającego danych potencjalnego wykonawcy, który jest nadawcą zapytań do treści SIWZ, jest istotne z punktu widzenia obowiązku zapewnienia uczciwej konkurencji.

Stanęło na stanowisku, że czynność zamawiającego skutkowała nie tylko naruszeniem obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, ale również naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zauważyło, że zamawiający otrzymał zapytania do treści SIWZ nie tylko od konsorcjum Z., ale również od innych potencjalnych wykonawców, natomiast do ujawnienia źródła zapytania doszło wyłącznie w stosunku do zapytań sformułowanych przez konsorcjum Z..

Uznało, że ujawnienie go jako źródła zapytania umożliwiło innym oferentom przewidzenie treści jego oferty, w tym jaki pojazd bazowy może on zaoferować, a tym samym skonstruowanie swoje oferty jako bardziej konkurencyjnej.

Powołało się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2011 r. zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 928/11, zgodnie z którym: „Pozostali oferenci, w związku ze szczegółowością pytań zadanych przez odwołującego; uzyskali zatem faktyczną wiedzę w przedmiocie kształtu i warunków oferty odwołującego, [...] Wiedza bowiem pozostałych oferentów o zakresie oferty Odwołującego pozwala na korzystniejsze skonstruowanie ofert przez pozostałych oferentów."

Skonstatowało, że wiedza o powyższych aspektach oferty konsorcjum Z. wskazuje na możliwość przewidzenia treści jego oferty, a tym samym wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej.

Konsorcjum Z. wskazało, że nawet gdyby przyjąć, (co kwestionuje), że typ pojazdu został uznany przez zamawiającego jako zawierający omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ to zamawiający powinien był potraktować ją jako omyłkę, która powinna była zostać poddana poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako omyłka nie powodującą istotnych zmian w treści oferty.

Uzupełniło, że w przypadku wątpliwości zamawiający mógł skorzystać dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Stwierdziło, że poprawienie innych omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nawet po uzyskaniu przez zamawiającego informacji z innych źródeł.

Oceniło, że w przypadku jego oferty co do typu pojazdu po zabudowie, omyłka miała charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów.

Konsorcjum Z. wskazało, że brak uzyskania wyjaśnienia w tym zakresie stanowił naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - uzyskując stosowane wyjaśnienia, zamawiający może dopiero ocenić, czy poprawa spowoduje istotną zmianę w treści oferty.

Zdaniem konsorcjum Z. ewentualne korekty w zakresie typu pojazdu po zabudowie nie spowodowałyby zmiany treści oferty, tj. przedmiot oferty i zakres świadczenia konsorcjum Z. pozostawał taki sam.

Na wypadek nieprzyjęcia przez Izbę zasadności zarzutów nr 1, 12 i 13 odwołania konsorcjum Z. uznało za celowe i konieczne zgłoszenie zarzutów nr 14 i 15 odwołania.

Podniosło, że z uwagi na istotne uchybienia pozostałych ofert, skutkiem prawidłowo przeprowadzonego postępowania powinno być unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do błędnego wyboru oferty niesłusznie uznanej za

najkorzystniejszą.

Uznało, że w obecnym stanie rzeczy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wskutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie odpowiada wymaganiom treści SIWZ.

Jeżeli bowiem przyjąć - wywodziło konsorcjum Z. - że jego oferta jest obarczona wadą, której zamawiający nie mógł naprawić, to w takim stanie rzeczy postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co powinno skutkować unieważnieniem postępowania.

sprawa KIO 1322/20

W tym samym postępowaniu odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Siltec Sp. z o.o. oraz M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. (dalej „konsorcjum Siltec"), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą Pzp,
2. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy
   0 zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993r. (t.j. z dnia 16 maja 2019 r. ze zm.), poprzez zaniechanie udostępnienia konsorcjum Siltec wyjaśnień złożonych przez wykonawców „konsorcjum Z.) na wezwanie zamawiającego z dnia 12 maja 2020 r., pomimo, iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a konsorcjum Z. nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Z. z postępowania pomimo, iż nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez jego niezastosowanie
   1zaniechanie wykluczenia konsorcjum Z. z postępowania pomimo, iż:

• w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia wymagania postawione wykonawcom lub

• w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie warunków udziału w postępowaniu,

5. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Z. pomimo, iż winno być wykluczone z postępowania,
6. art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Siltec do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy brak tych wyjaśnień doprowadził do odrzucenia oferty konsorcjum Siltec,
7. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez niezasadne odrzucenie oferty konsorcjum Z. pomimo, iż treść oferty jest zgodna z SIWZ,
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum BSC i konsorcjum Z. pomimo tego, iż treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ,
9. art. 89 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Z. pomimo tego, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
10. art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Z. pomimo tego, iż konsorcjum winno być wykluczone z postępowania.
11. art. 91 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z ustawą Pzp i SIWZ,
12. art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie podania wszystkich ww. powodów odrzucenia oferty konsorcjum Z..

Konsorcjum Siltec wniosło o przeprowadzenie dowodów z Protokołu postępowania wraz z załącznikami, a w szczególności z SIWZ wraz z jej modyfikacjami i wyjaśnieniami, oferty konsorcjum Z. oraz pism złożonych po terminie składania ofert, a w szczególności wyjaśnień złożonych w toku postępowania, oferty złożonej przez konsorcjum BSC oraz pism złożonych po terminie składania ofert, a także dokumentów przedstawionych na rozprawie.

Konsorcjum Siltec wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

3.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,

4.odrzucenie oferty konsorcjum BSC,

5.utrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty konsorcjum Z. i uzupełnienie informacji o powodach odrzucenia tej oferty,

6.uznania oferty konsorcjum Siltec za najkorzystniejszą.

Konsorcjum Siltec stanęło na stanowisku, że zamawiający dokonał nieuzasadnionej i niedopuszczalnej reinterpretacji SIWZ, co doprowadziło go do mylnego przekonania o konieczności odrzucenia jego oferty.

Podniosło, że zamawiający w SIWZ nie powoływał się na żadne rozporządzenie co do rozumienia typu pojazdu oraz, że przywołana przez zamawiającego „definicja" typu nie da się zastosować do wypełnienia formularza oferty, gdyż mówi jedynie o tym, iż typ obejmuje samochody o wspólnych cechach.

Oceniło, że opis w pkt. 4 jego Formularza ofertowego jest kompletny i wystarczający do zdefiniowania oferowanego pojazdu.

Stwierdziło, że żaden producent samochodów nie produkuje seryjnie pojazdów

0cechach wymaganych przez zamawiającego - pojazdy te powstają poprzez zabudowę pojazdów bazowych, to pojazd bazowy w wyniku dokonywanych modyfikacji nabywa cech pożądanych przez zamawiającego tak co do parametrów jezdnych np. prześwit, jak

1wyposażenia np. wyciągarka czy kamera.

Wskazało, że zamawiający posługuje się słowem „pojazd" w odniesieniu do nośnika czyli pojazdu bazowego i wszystkich elementów wyposażenia, co oznacza, że w pkt 4 Formularza oferty należało podać dane samochodu bazowego [pkt II.A.L14 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ") str. 7] - *„Wykonawca musi posiadać zezwolenie od Producenta pojazdu bazowego lub Generalnego importera w Polsce do dokonywania zabudowy/zmian konstrukcyjnych zgodnie z jego technologią, bez utraty gwarancji na pojazd bazowy celem spełnienia wymagań Zamawiającego.)*

W ocenie konsorcjum Siltec z przywołanego fragmentu SIWZ wynika, że:

1.zamawiający *a priori* zakłada, że na PJN będzie przebudowany inny pojazd (pojazd bazowy),

2.wykonawca musi wykonać zabudowę i zmiany konstrukcyjne wedle technologii producenta samochodu bazowego,

3.zabudowa i zmiany konstrukcyjne nie mogą skutkować utratą gwarancji udzielaną przez producenta samochodu bazowego.

Podkreśliło, że zamawiający w OPZ rozróżnia wymagania dla pojazdu bazowego i dla pojazdu po zabudowie.

Wskazało, że w odniesieniu do pojazdu bazowego zamawiający wymagał, aby spełniał warunki techniczne obowiązujące w RP, potwierdzone świadectwem homologacji typu WE pojazdu lub świadectwem homologacji typu pojazdu oraz wymagał dołączenia do oferty przykładowego świadectwa (...) zawierającym dane (...) pojazdu bazowego (...), potwierdzające spełnienie przez oferowaną wersję pojazdu bazowego wymaganych warunków technicznych.

Na powyższej podstawie uznało, że zamawiający musi mieć informacje na temat samochodu bazowego choćby po to, by zweryfikować spełnienie wymagań dotyczących co najmniej:

- posiadania przez wykonawcę dostępu do technologii producenta samochodu bazowego, czyli musi wiedzieć kto jest tym producentem,
- wykonania przez wykonawcę zabudowy i dokonania zmian konstrukcyjnych bez utraty gwarancji udzielanej przez producenta samochodu bazowego.

Podkreśliło, że wymóg co do gwarancji jest niezależny od innych wymagań dotyczących gwarancji m.in. wymagania dotyczącego gwarancji na cały pojazd tj. nośnik i wszystkie elementy wyposażenia oraz wymagania co do warunków serwisowania nośnika oraz, że w OPZ w opisie pojazdu po zabudowie zamawiający nie posługuje się pojęciem pick-up choć określa parametry techniczne *vide* pkt B.VII. OPZ.

Stwierdziło na powyższej podstawie, że w pkt. 4 Formularza oferty każdy wykonawca musiał oświadczyć, iż oferuje nośnik opisany poprzez podanie typu, modelu i producenta pojazdu, który po dokonanej zabudowie będzie PJN-em spełniającym wymagania zamawiającego - w pkt 4 należało podać dane pojazdu bazowego (nośnika).

Podniosło, co do wskazania przez zamawiającego, że błędnym jest określenie typu poprzez wskazanie, iż jest to

pick-up, że uszło uwadze zamawiającego, iż wcześniej posługiwał się słowem pick-up na określenie typu nadwozia pojazdu (pkt II.B.II pkt 1 OPZ, pismo z 5 maja 2020 r. - odpowiedź na pytanie 52 Zamawiający również używa słowa pick-up).

Stwierdziło, że zamawiający w SIWZ używał określenia pick-up dla oznaczenia typu nadwozia samochodu, wobec czego użycie określenia „typ" w jakimkolwiek innym znaczeniu jest sprzeczne z nomenklaturą stosowaną przez zamawiającego w SIWZ.

Oświadczyło, że potwierdziło w ofercie, że taki właśnie typ - czyli pick-up - oferuje.

Konsorcjum Siltec podniosło także, że w informacji o odrzuceniu jego oferty zamawiający wskazał, iż wymaganie co do podania typu należało rozumieć jako wymóg podania typu pojazdu, co nie wynika z SIWZ w tym z Rozdziału IV, z OPZ i z przygotowanego przez zamawiającego Formularza oferty.

W ocenie konsorcjum Siltec w Formularzu oferty zamawiający użył słów *typ, model, producent,* nie zaznaczając, iż chodzi o typ pojazdu bazowego tak jak nie zaznaczył, że chodzi
0typ nadwozia.

Podkreśliło, że zamawiający nigdy nie odsyłał do Rozporządzenie Komisji (UE) nr 678/2011 z dnia 14 lipca 2011 r. zastępującym załącznik II i zmieniającym załączniki IV, IX
1XI do dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów (dyrektywa ramowa) (Dz. U. UE L z dnia 15 lipca 2011 r.) *[rozporządzenie 678"]* wobec czego nie można twierdzić, że oferta, w której wskazano typ nadwozia nie odpowiada treścią wymaganiom SIWZ - w pkt B.II.I. OPZ zamawiający wymagał zaoferowania nośnika *o nadwoziu typu pick-up,* a potwierdzenie tego musiało znaleźć się w pkt. 4 Formularza.

Podsumowało, iż z tego względu, że zamawiający wymagał w Formularzu oferty podania „typu" bez jakiegokolwiek doprecyzowania co rozumie pod tym pojęciem, to użycie określenia „pick-up" jest poprawne i dopuszczalne.

Uzupełniło, że o ile zamawiający chciał, by w Formularzu oferty znaczenie słowa „typ" było inne niż wcześniej wskazywał w SIWZ to winien tę wolę jednoznacznie i wyraźnie wyartykułować.

Podało, że rozporządzenie 678 zawiera rozliczne definicje i wymagania dotyczące i związane z procesem homologacji, słowo pick- up używane jest dla określenia typu nadwozia. Podało dalej, że rozporządzenie 678 stanowi:

- *Część C. Definicje typów nadwozia. 0. Zagadnienie ogólne. 0.5. 1. Pojazdy należące do kategorii MI. Nr ref. 1.7. Kod: AG, Nazwa: Pick-up. Definicja:pojazd zdefiniowany w normie ISO nr 3833-1977 pkt 3.LI.4.1. Przedział bagażowy musi być jednak zupełnie oddzielony od przedziału pasażerskiego. Dodatkowo punkt odniesienia miejsca siedzącego kierowcy nie musi znajdować się przynajmniej 750 mm nad powierzchnią podparcia pojazdu.*
- Część C. Definicje typów nadwozia. 0. Zagadnienie ogólne. 0.5. 1. Pojazdy należące do kategorii NI, N2 lub N3. Nr ref. 3.5. Kod: BE Nazwa: Pick-up, Definicja:*pojazd o masie maksymalnej nieprzekraczającej 3500 kg, w którym miejsca siedzące i powierzchnia załadunkowa nie znajdują się w obrębie jednej jednostki.*

Stwierdziło, że w obu przypadkach cechą charakterystyczną jest to, że skrzynia ładunkowa znajduje się za kabina pasażerską.

Wskazało, że wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zgodnie SIWZ miał złożyć m.in.*Przykładowe świadectwo zgodności WE albo świadectwa zgodności wraz z oświadczeniem zawierającym dane i informacje niezbędne do rejestracji i ewidencji pojazdu bazowego lub równoważny dokument homologacyjny, potwierdzający spełnienie przez oferowaną wersję pojazdu bazowego warunków technicznych. (...),* zaś wraz z pojazdem dokumenty, na podstawie których dokonuje się pierwszej rejestracji pojazdu nowego na terytorium RP oraz potwierdzające, że pojazdy stanowiące przedmiot umowy spełniają warunki i wymagania techniczne oraz funkcjonalności określone przez zamawiającego w OPZ.

Konsorcjum Siltec zajęło stanowisko, że z układu SIWZ i ujawnionych tam wymagań wynika, iż oferta każdego z wykonawców była „oceniana" etapami - pierwszy etap to treść samego Formularza oferty, drugi to składane na wezwanie m.in. przykładowe świadectwo zgodności WE, trzeci to dokumenty „do pierwszej rejestracji", potwierdzające spełnienie warunków i wymagań technicznych przekazywane podczas odbioru PJN, a w konsekwencji, że w tych okolicznościach nie można postawić tezy, iż w postępowaniu już z treści oferty musi wynikać potwierdzenie spełniania wszystkich wymagań zamawiającego, a zatem nie można stwierdzić, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ z tego powodu, iż

nie zawiera wymaganych informacji.

Oświadczyło, że pojazd przez niego oferowany spełnia wymagania wskazane w OPZ, a zatem odrzucenie oferty jest niezasadne.

Zdaniem konsorcjum Siltec jego oferta zawiera wskazanie typu.

Wskazało, że „typ pojazdu" obejmuje pojazdy, dla których wspólne są wszystkie następujące cechy:

a)nazwa przedsiębiorstwa producenta,

b)projekt i montaż podstawowych części karoserii w przypadku nadwozia samonośnego,

c)projekt i konstrukcja podstawowych elementów tworzących podwozie w przypadku nadwozia innego niż samonośne,

d)w przypadku pojazdów budowanych wieloetapowo - producent i typ pojazdu na poprzednim etapie.

Stwierdziło, że oferta konsorcjum Siltec zawiera te informacje, ponieważ:

a)wskazuje producenta, czyli Toyota Motor Corporation,

b)wymaganie b) jest bezprzedmiotowe bo dotyczy nadwozia samonośnego, a zamawiający wykluczył stosowanie tego rozwiązania,

c)określenie Toyota Hilux oznacza pojazdy o wspólnym projekcie i konstrukcji podstawowych elementów tworzących podwozie,

Stwierdziło, że zamawiający wymagał danych dla pojazdu bazowego, który nie jest budowany etapowo, jeżeli jednak przyjąć, że oznaczenie miałoby dotyczyć PJN (po zabudowie) to wskazanie producenta i typu byłoby takie samo, czyli Toyota Hilux.

Konsorcjum Siltec podsumowało, że skoro Zamawiający ma informacje wskazane w SIWZ to odrzucenie jego oferty jest niezasadne.

Podniosło, że zamawiający nie wskazał *in concreto,* z którym punktem SIWZ jego oferta jest niezgodna, a - wedle konsorcjum Siltec -Formularz oferty został wypełniony prawidłowo.

Uzupełniło, że jeżeli zamawiający nie mógł doszukać się w jego ofercie informacji, które go interesują, miał wątpliwości co do treści jego oferty to winien żądać wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Konsorcjum Siltec podkreśliło, że zamawiający nie zakwestionował poprawności oferty co do samej zasady i nie zakwestionował oferowanego samochodu, a jedynym zastrzeżeniem jest to, że rzekomo nie wskazano typu pojazdu wymaganego przez SIWZ.

Uznało, że zamawiający nie wykazał, by oferta konsorcjum Siltec miała braki w znaczeniu materialnoprawnym, a mimo to ofertę odrzucił.

Oceniło, że zasada zgodnie, z którą zamawiający winien wyjaśnić treść oferty, o ile brak takich wyjaśnień prowadzić będzie do odrzucenia oferty jest dominująca w orzecznictwie,

W odniesieniu do zaniechania odrzucenie oferty konsorcjum BSC konsorcjum Siltec podało, że konsorcjum BSC w Formularzu ofertowym w pkt. 4 nie podało wymaganej informacji co do producenta oferowanego pojazdu, ponieważ wskazało jedynie słowo „Ford", które nie jest oznaczeniem producenta, wobec czego oferta konsorcjum BSC nie odpowiada treści SIWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt *2* ustawy Pzp.

Konsorcjum Siltec podało również, że zamawiający wymagał, aby w Formularzu ofertowym w pkt. 6 wykonawcy podali producenta, markę i typ kamery termowizyjnej, która będzie zastosowana w ramach zabudowy pojazdu, podnoszą że konsorcjum BSC nie podało w swej ofercie wymaganych informacji, wobec czego treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i powinna także z tego powodu być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazało, że konsorcjum BSC, definiując oferowaną kamerę termowizyjną podało jedynie, że oferuje: FLIR, HRC-U - w tym przypadku brak pełnego oznaczenia uniemożliwia zweryfikowania zgodności oferowanej kamery z wymaganiami zamawiającego i samo w sobie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ oferta nie zawiera wszystkich wymaganych informacji, które w sposób jednoznaczny były żądane przez zamawiającego.

Oświadczyło, że po skorzystaniu z wyszukiwarki internetowej można odnaleźć ofertę FLIR Systems Incorporation

spółki prawa amerykańskiego z siedzibą główną w Wilsonville

Dane zawarte na tej ww. stronie wskazują, iż FLIR Systems Inc. ma w swojej ofercie różniące się parametrami technicznymi kamery termowizyjne oznaczone: Ranger HRC-E, Ranger HRC-S, Ranger HRC-U, Ranger HRC-X,

Stwierdziło, że FLIR Systems Inc. nie oferuje kamer oznaczonych jako: FLIR, HRC-U dlatego należy założyć, iż w ofercie wskazano produkt innego producenta, którego nie można zidentyfikować.

Uzupełnił, że parametry kamery miały być potwierdzone wynikami badań laboratoryjnych i konsorcjum BSC przesłało zamawiającemu sprawozdanie z badań nr 03/PB09/PCA/2020 z dnia 11 marca 2020r.

Podniosło, że ww. sprawozdanie nie wskazuje producenta kamery - sprawozdanie podaje, że w dniach 6-11 marca 2020 r. przeprowadzono badanie dotyczące kamery termowizyjnej FLIR Ranger HRC - U, a zatem sprawozdanie dotyczy innej kamery niż ta wskazana w ofercie: FLIR, HRC - U.

Stanęło na stanowisku, że brak ww. informacji żądanych przez zamawiającego nie może być sanowany, poprzez zadanie pytania o producenta oferowanego pojazdu oraz o producenta, markę i typ kamery, ponieważ doprowadziłoby to do uzupełnienia oferty o dane, których nie zostały podane wprost i jednocześnie nie można ich wywnioskować - uzupełnienie oferty byłoby w rzeczywistości negocjacjami dotyczącymi treści złożonej oferty co jest niedopuszczalne w świetle dyspozycji art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenie konsorcjum Z. podało, że konsorcjum to wskazało w swej ofercie, że oferuje pojazd po zabudowie Toyota model ZSKA MOBILE LR, Producent Z. Sport Sp. z o.o. oraz to, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom - jednym z podwykonawców miałby być M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler, który jest jednocześnie członkiem odwołującego się konsorcjum Siltec (M. P. w ramach prowadzonej działalności miałby wykonać *dostawy* pojazdu bazowego wraz z zabudową przystosowaną do integracji systemowej oraz zabezpieczenie serwisu pojazdu).

Oświadczyło, że pismem z dnia 8 maja 2020 r. poinformowało zamawiającego o tym, że:

- konsorcjum Z. nigdy nie prosiło M. P. o złożenie oferty podwykonawczej i oferta taka nie została złożona ani na prośbę konsorcjum, ani z własnej inicjatywy M. P.,
- M. P. nie składał konsorcjum Z. ani propozycji, ani wiążącej oferty na dostawę pojazdu bazowego wraz z zabudową przystosowaną do integracji systemowej oraz zabezpieczenie serwisu pojazdu,
- M. P. nigdy nie wyraził zgody, by być podwykonawcą konsorcjum Z..

Wskazało w dalszej kolejności, że zamawiający wezwał konsorcjum Z. do wyjaśnień, które nie zostały konsorcjum Siltec udostępnione.

Stanęło na stanowisku, że jeżeli zatem M. P., choć nie deklarował takiej woli, został wskazany jako podwykonawca konsorcjum Z., to jest to wprowadzenie zamawiającego w błąd skutkujące koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Oświadczyło, że wskazany przez konsorcjum Z. w pkt. 4 Formularza oferty pojazd po zabudowie (Toyota model ZSKA MOBILE LR, Producent: Z. Sport sp. z o.o.) nie jest mu znany i żadne dostępne informacje nie potwierdzają istnienia takiego samochodu, podkreślając że istotne jest to, że zabudowa ma być dokonana na bazie samochodu Toyota.

Wyjaśniło, że zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał zezwolenie od producenta pojazdu bazowego lub generalnego importera w Polsce do dokonywania zabudowy/zmian konstrukcyjnych zgodnie z jego technologią, bez utraty gwarancji na pojazd bazowy.

Podniosło, że konsorcjum Z. łącznie ani spółki je tworzące oddzielnie nie posiadają, wedle jego wiedzy takiego zezwolenia, natomiast stosowną autoryzację i zezwolenie ma M. P. - innymi słowy bez podmiotu posiadającego zezwolenie konsorcjum Z. nie jest w stanie wykonać zamówienia w sposób zgodny z OPZ wobec czego powołanie się na to, iż podwykonawca będzie M. P. wprowadza w błąd co do warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W ocenie konsorcjum Siltec nawet jeśli uznać, iż nie ma przesłanek do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp to konsorcjum Z. winno być wykluczone z postępowania bowiem wprowadziło zamawiającego w błąd, podając informację o podwykonawcy, a zatem zastosowanie będzie miał przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pz i w konsekwencji należy odrzucić ofertę tego konsorcjum.

Konsorcjum Siltec oceniło nadto, iż powołanie się na podwykonastwo M. P. uzasadnia też odrzucenie oferty

Konsorcjum Z. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dlatego, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Podało, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest *działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a* zgodnie z art. 14 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest *rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody* i dotyczące m.in. wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach oraz sytuacji gospodarczej lub prawnej.

Stanęło na stanowisku, iż wskazanie w ofercie podwykonawcy w sytuacji, gdy podwykonawca ten nie potwierdził przyjęcia takiego zamówienia jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i wprowadza w błąd co najmniej co do relacji z M. P.

Podniosło wreszcie, że konsorcjum Z. wadliwie wypełniło Formularz ofertowy i nie podało typu i modelu samochodu bazowego, w konsekwencji czego ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do niezasadnego utajnienie informacji przez konsorcjum Z. konsorcjum Siltec podniosło, że postępowanie o zamówienie jest jawne i utajnienie informacji jest wyjątkiem od zasady wobec czego przesłanki utajnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Podniosło także, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który zastrzeżenia dokonuje - w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji.

Podkreśliło, że obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym, który zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazało, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ww. ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności - określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
2. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
3. podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie konsorcjum Siltec zamawiający nie uwzględnił specyficznej sytuacji, że zastrzeżone informacje dotyczą M. P. - członka konsorcjum Siltec, a zatem ma on wiedzę na temat spraw „utajnionych" przez konsorcjum Z..

Podniosło, że nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - utrzymanie takiego zastrzeżenia stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie konsorcjum Siltec zakres zastrzeżonych przez konsorcjum Z. informacji świadczy o działaniu nakierowanym nie na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ale na utrudnienie uczciwej konkurencji i uniemożliwienie M. P. weryfikację prawdziwości oświadczeń tam zawartych, co nie powinno być przez zamawiającego akceptowane.

Uzupełniło, że nieuzasadnione jest zastrzeżenie całości wyjaśnień - utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Stanęło na stanowisku, odnosząc się do uzasadnienia tajemnicy przez konsorcjum Z., że są one ogólne i teoretyczne - konsorcjum Z. nie wskazało, że informacje objęte ochroną mają wartość gospodarczą.

sprawa KIO 1325/20

W tym samym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca BIT S.A. (dalej nadal „wykonawca „BIT" albo „odwołujący BIT"), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Bracia S. W. S. oraz Concept (dalej nadal „przystępujący BSC"), która nie odpowiada treści SIWZ, przy czym niezgodność nie ma charakteru omyłki podlegającej poprawieniu przez zamawiającego,
2. art. 91 ust. 1, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyborze oferty przystępującego BSC, podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący BIT wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty przystępującego BSC,
3. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, której kopia stanowi akta sprawy odwoławczej oraz dokumentów wskazanych w treści odwołania, a nadto o zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczonego wpisu oraz jego uzasadnionych kosztów.

Odwołujący BIT podał, że zgodnie z SIWZ *pojazd bazowy, na którym zostanie dokonana zabudowa musi być homologowany wg kategorii M1G lub N1G* albo homologowany wg kategorii M1 lub N1, o ile spełnia wszystkie warunki i wymagania techniczne do jego zakwalifikowania do podkategorii pojazdów terenowych (symbol G) oraz inne wymagania określone przez zamawiającego o nadwoziu typu pick-up (AG, BA lub BE - podwójna kabina,
0ile przedział bagażowy jest całkowicie oddzielony od przedziału pasażerskiego, *DMC pojazdu nie przekracza 3500 kg* i miejsca siedzące oraz powierzchnia załadunkowa nie znajdują się w obrębie jednej jednostki). Podał także, że pojazd bazowy ma spełniać warunki techniczne obowiązujące *w* RP, potwierdzone świadectwem homologacji typu WE pojazdu lub świadectwem homologacji typu pojazdu - zamawiający wymaga przykładowego *świadectwa zgodności WE* albo świadectwa zgodności wraz z oświadczeniem zawierającym dane
1informacje o pojeździć niezbędne do rejestracji i ewidencji pojazdu bazowego łub równoważny dokument homologacyjny, *potwierdzające spełnienie przez oferowaną wersję pojazdu bazowego wymaganych warunków technicznych.*

W odniesieniu do pojazdu po zabudowie podał, że zamawiający wymagał, aby *rzeczywista masa całkowita nie przekroczyła 95% dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu bazowego* przy uwzględnieniu 400 kg wagi 4 osób (po 100 kg) oraz wagi paliwa w ilości odpowiadającej pojemności fabrycznego zbiornika paliwa i wagi płynów eksploatacyjnych zgodnych z zaleceniami producenta pojazdu bazowego, a nadto - co do zawieszenia - *prześwitu pod każdą z osi nie mniejszego niż 240 mm.*

Odwołujący BIT podkreślił, że prześwit był zarówno wymogiem przedmiotowym jak i kryterium wyboru o wadze 10%. - punkty w tym kryterium miały być przyznawane w oparciu o informacje zawarte w złożonej ofercie, w następujący sposób: prześwit powyżej 240 mm - 10 pkt, prześwit 240 mm - 0 pkt.

Wskazał, że konsorcjum BSC zaoferowało pojazd producenta Ford, typ 2AB, model Ranger i oświadczyło, że oferowany pojazd po zabudowie posiada prześwit 242 mm oraz złożyło świadectwo zgodności WE pojazdu producenta Ford, typ 2AB, model Ranger, wariant YN2X4P, wersja 51DBAEE4, homologowanego w kategorii N1G, o dopuszczalnej masie całkowitej 3270kg, co - według odwołującego 3 - przy założeniu spełnienia wymogu podwójnej kabiny - odpowiada nazwie handlowej pojazdu bazowego LIMITED lub WILDTRAK, o czym świadczą parametry w złożonym Świadectwie Zgodności WE: poz. 5 „Długość: 5359 mm", poz. 16.1 „Technicznie dopuszczalna maksymalna masa całkowita pojazdu: 3270 kg", poz. 16.2 „Technicznie dopuszczalna masa przypadająca na każdą z osi: 1, 1480 kg, 2. 1850 kg, 3. — kg", poz. 30 „Rozstaw kół osi 1. 1560 mm, 2. 1560 mm 3. —mm").

Odwołujący BIT stwierdził, że ww. dokument homologacyjny potwierdza, że pojazd bazowy w ofercie przystępującego BSC spełnia określone OPZ wymagania podstawowe dla nośnika, tj. wymóg homologacji w odpowiedniej kategorii oraz maksymalnej DMC, precyzuje wariant i wersję zaoferowanego pojazdu bazowego, co pozwala na weryfikację, czy zaoferowany pojazd bazowy spełni wymagany parametr prześwitu.

Stanął na stanowisku, że zamawiający takiej weryfikacji nie dokonał, przyjmując bezkrytycznie wartość prześwitu podaną w formularzu ofertowym; nie wzywał przystępującego BSC do wyjaśnień w tym ani w żadnym innym zakresie i w

konsekwencji uznał, że zaoferowany pojazd spełnia wymóg prześwitu 240mm oraz przyznał mu maksymalną ocenę 10 punktów za wpisany w formularzu ofertowym prześwit 242 mm.

Podniósł, że zaoferowany przez przystępującego BSC pojazd bazowy o DMC wynoszącej 3270 kg ma prześwit wynoszący jedynie 237mm dowody:
„Nowy Ford Raneer Katalog (PDF 10MB) " - wyciąg data dostępu: 15.06.2020 r.,
tryb dostępu:pl/content/dam/guxeu/pt/pt_pt/documents/brochures/cars/ BRO- newJord_ranger.pdf)
Nowy Ford Ranger Dane techniczne *"* data dostępu: 15.06.2020 r. tryb dostępu:
PL-newjord_ranger_and_ranger_raptor.pdf

Skonstatował, że prześwit zaoferowanego przez konsorcjum BSC pojazdu po zabudowie musi być mniejszy niż 242 mm i mniejszy niż minimalnie wymagany 240 mm, skoro pojazd bazowy ma prześwit wynoszący 237 mm.
Podniósł także, że pojazd bazowy nie spełnia parametru kąta natarcia, tj. 29° względem wymaganego 31°.

Podsumował, że treść oferty przystępującego BSC jest niezgodna w sposób istotny z treścią SIWZ - oferta ta podlega odrzuceniu i nie może być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Uzupełnił, że pozostawia ocenie zamawiającego - w świetle przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - wprowadzenie zamawiającego przez konsorcjum BSC w błąd co do istotnej cechy oferowanego pojazdu.

Odwołujący BIT załączył także do odwołania*przykładowe Świadectwo Zgodności WE pojazdu producenta Ford typ 2AB model Ranger wersja 50EEAEF6 (nazwa handlowa „RAPTOR"), zaprezentował wyliczenia dotyczące Raptora, prowadzącego go do wniosku, że* pojazd bazowy Ford Ranger w żadnej wersji nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego, niezależnie, czy będzie to wersja RAPTOR czy jakakolwiek inna.

Jak stwierdził, uprzedzając taktykę procesową przystępującego BSC, która opierałaby się na tezie o zaoferowaniu pojazdu bazowego z założeniem kompletnej modyfikacji jego fabrycznego zawieszenia, ocenił, że - niezależnie od strony technicznej - takie działanie byłoby niewykonalne pod względem kosztów złożonych do wyceny oferty, czy w ogóle będących w dyspozycji przystępującego BSC (a nawet dostępnych komukolwiek przy założeniu ekonomicznej opłacalności takiego przedsięwzięcia).

Podniósł, że pomijając nawet aspekt techniczny i ekonomiczny, formularz ofertowy przystępującego BSC wyraźnie wskazuje na pojazd producenta Ford, typ 2AB, modelRanger i o takim pojeździe bazowym mowa w złożonym Świadectwie Zgodności WE, a nie o pojeździe innego typu, skonstruowanym „na bazie pojazdu producenta Ford model Ranger typ 2AB" przez innego producenta.

Uzupełnił, że zgodnie z OPZ wykonawca musi posiadać zezwolenie od producenta pojazdu bazowego lub Generalnego importera w Polsce do wykonywania zabudowy/zmian konstrukcyjnych zgodnie z jego technologią, bez utraty gwarancji na pojazd bazowy celem spełnienia wymagań zamawiającego, podnosząc, że przystępujący BSC nie wskazało siebie jako producenta pojazdu bazowego, udzielającego gwarancji, więc samo sobie takiej zgody udzielić nie może.
Stwierdził, że nie jest możliwe, by przystępujący BSC posiadał zezwolenie producenta Ford na wymianę fabrycznego zawieszenia bez utraty gwarancji na pojazd bazowy.

Podniósł wreszcie, że zgodnie z OPZ zamawiający wymaga zapewnienia przez wykonawcę w okresie obowiązywania gwarancji na oferowane pojazdy, dostępu do serwisów pojazdu bazowego na terytorium RP w promieniu max. do 150 km od siedzib jednostek organizacyjnych Straży Granicznej, stwierdzając, że nawet gdyby przystępujący BSC wpisał w ofercie siebie jako producenta pojazdu bazowego udzielającego gwarancji na pojazd zbudowany na bazie pojazdu Ford, to nie dysponuje siecią serwisową spełniającą wymagania zamawiającego, zaś Ford, który taką sieć posiada, nie może zapewnić serwisu pojazdu, który posiada zupełnie inne zawieszenie niż pojazd bazowy, tj. zawieszenie zbudowane w oparciu o podzespoły niefabryczne, niedostępne w sieci serwisowej producenta Ford.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 23 czerwca 2020 r. - dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołania - trzy pisma zamawiającego z dnia 17 lipca 2020 r., Pisma konsorcjum Siltec z dnia 20 lipca 2020 r., dokumentów i materiałów złożonych przez uczestników postępowania odwoławczego, wskazanych w dalszej części uzasadnienia, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy w dniach 20 i 21 lipca 2020 r. skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

sygn. akt KIO 1319/20

Zarzut (pierwszy) bezpodstawnego odrzucenia oferty konsorcjum Z. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oznaczenia typu pojazdu, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa przewoźnych jednostek nadzoru (dalej „PJN") zgodnie z wymaganiami zawartymi w OPZpisie Przedmiotu Zamówienia (dalej nadal „OPZ").

W rozdziale I pkt 5 SIWZ zamawiający podał: „Realizacja zamówienia będzie odbywać się zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi na terenie Rzeczpospolitej Polskiej."

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, zamawiający ustalił następującą treść pkt. 4: „Oświadczamy, że oferowany przez nas pojazd po zabudowie
(podać typ, model, nazwę producenta)
posiada następujące parametry:
prześwit powyżej 270 mm. - 10 pkt (prześwit wynosi*mm.)*
prześwit 270 mm. - 0 pkt
**należy wskazać wyłącznie jedną z ww. pozycji - we właściwy kwadrat wpisać znak „x".*

Odwołujący w swoim Formularzu ofertowym w pkt. 4 oświadczył: „oferowany przez nas pojazd po zabudowie TOYOTA model ZSKA MOBILE LR, Producent: Z. SPORT Sp. z o.o. posiada następujące parametry: (...)"

Pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając że nie podał wymaganego typu pojazdu zgodnie z definicją Rozporządzenia komisji (UE) nr 678/11 z dnia 14 lipca 2011 r. zastępującym załącznik II i zmieniającym załączniki IV, IX, XI do dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep (Dz. U. UE L z dnia 15 lipca 2011 r.) w części B pkt 3.1.1. -*„Zapis „TOYOTA"jest zastrzeżonym znakiem towarowym firmy zarejestrowanej w sierpniu 1937 r. jako Toyota Motor Corporation".*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), jaki spoczywa na zamawiającym oznacza m.in. badanie i ocenę ofert przez zamawiającego w sposób przewidziany w SIWZ.

W opracowanej na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ zamawiający nie wskazał, co podnosili w złożonych środkach ochrony prawnej odwołujący i uczestnicy w toku rozprawy, że „typ pojazdu" wykonawcy mają rozumieć (a zamawiający zbada i oceni oferty tak to rozumiejąc) zgodnie z ww. Rozporządzeniem.

Zamawiający tak w Odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie prezentował stanowisko, że rozumienie „typu pojazdu" zgodnie z ww. Rozporządzenia wynika z postanowienia rozdziału I pkt 5 SIWZ.

Skład orzekający Izby stanowiska zamawiającego nie podzielił z następujących względów.

Po pierwsze, w rozdziale I pkt 5 SIWZ mowa jedynie ogólnie o przepisach prawa obowiązujących na terenie RP. Porównawczo stwierdzić należy, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum Z. zamawiający nie tylko wskazał jakie przepisy zastosował (które konkretnie Rozporządzenie), ale uznał także za konieczne przywołanie brzmienia całego pkt 3.1.1. części B Rozporządzenia.

Po wtóre, zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum Z. nie wskazał

rozdziału I pkt 5 SIWZ jako tej treści SIWZ, z którą treść oferty konsorcjum Z. jest sprzeczna.

Po trzecie, w rozdziale I pkt 5 SIWZ mowa nie o etapie przygotowywania ofert, nie o etapie badania i oceny ofert, ale o - bez wątpienia odrębnym - etapie realizacji zamówienia, który nie stanowi już postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To bowiem - co wynika z definicji legalnej z art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp - kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (poprzedzając bezpośrednio etap realizacji zamówienia).

Po czwarte, brak precyzji w SIWZ co do tego, wedle którego aktu prawnego należy definiować pojęcia (zwroty czy sformułowania) z SIWZ może mieć zasadnicze znaczenie dla oceny poprawności ofert wykonawców, ponieważ akt zmieniony, czy zastępujący uprzednio obowiązujący może te same pojęcia definiować zupełnie inaczej. Bez znaczenia, z perspektywy poprawności oceny przez zamawiającego ofert wykonawców w świetle SIWZ pozostaje, czy ów nowy akt, czy akt zmieniony „pozostaje przy starym definiowaniu pojęć. Chodzi bowiem o zgodność badania i oceny ofert w sposób ściśle wynikający z opracowanej przez zamawiającego SIWZ, wedle której wykonawcy przygotowali swoje oferty.

Powyższe oznacza, że zamawiający ani sam nie definiując w SIWZ, jak rozumieć „typ pojazdu", ani nie odwołując się w SIWZ do konkretnych regulacji prawnych, pozostawił wykonawcom dowolność co do sposobu rozumienia „typu pojazdu".

Brak w SIWZ treści odnoszących się do „typu pojazdu" przesądza o tym, że stwierdzenie niezgodności treści oferty z SIWZ, a tym samym odrzucenie oferty z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp co do oznaczenia typu pojazdu rozumianego jak w ww. Rozporządzeniu, nie jest możliwe.

Dostrzegając brak precyzji zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 3 czerwca 2020 r., polegający na tym, że zamawiający posłużył się sformułowaniem „typ pojazdu" choć w pkt. 4 Formularza ofertowego mowa jest o „pojeździe po zabudowie", skład orzekający Izby ocenił, że ma to drugorzędne znaczenie. Typ pojazdu (jako sformułowanie szersze wobec „typ pojazdu po zabudowie") odnosił się do „typu pojazdu po zabudowie".

Zamawiający bezpodstawnie zatem odrzucił ofertę konsorcjum Z., które, korzystając z wynikającej z SIWZ dowolności co do sposobu rozumienia „typu pojazdu" oznaczył typ zaoferowanego przez siebie pojazdu po zabudowie jako „TOYOTA", co przesądza o przypisaniu zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Rozważenia co do zasadności dokonywanie jakichkolwiek poprawek w ofercie konsorcjum Z. w zakresie dotyczącym oznaczenia typu pojazdu po zabudowie było w tych okolicznościach bezprzedmiotowe.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut zaniechania wezwania konsorcjum Z. do złożenia wyjaśnień dotyczących oznaczenia typu pojazdu po zabudowie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający nie wzywał konsorcjum Z. do wyjaśnienia treści oferty (pkt 4 Formularza ofertowego) w zakresie oznaczenia typu pojazdu po zabudowie.

Wezwanie zamawiającego z dnia 12 maja 2020 r. skierowane do konsorcjum Z. na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczyło innej kwestii - oczekiwania zamawiającego odniesienia się przez to konsorcjum do pisma konkurencyjnego wykonawcy.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Konsorcjum Z. ani nie twierdziło, że zamawiający miał wątpliwości co do treści jego oferty (i nie rozwiał ich poprzez zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), ani nie twierdził, że zamawiający winien jakiekolwiek wątpliwości mieć, w szczególności oceniając treść oferty konsorcjum Z. co do oznaczenia typu pojazdu po zabudowie.

Skoro tak i skoro sam zamawiający nie twierdził, że miał jakiekolwiek wątpliwości co do oznaczenia typu pojazdu po zabudowie w ofercie konsorcjum Z., to wzywanie go do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie było przedmiotowe.

Nie sposób zatem przypisać zamawiającemu zaniechanie wezwania konsorcjum Z. do złożenia wyjaśnień.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BSC z tego powodu, że wykonawca ten w sposób nieprawidłowy wskazał nazwę producenta oraz typ pojazdu po zabudowie, a także zaznaczył nieprawidłowo w część II pkt. A JEDZ w miejscu odpowiedzi na pytanie*„czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie (np. w ramach krajowego systemu (wstępnego kwalifikowania)"* odpowiedź „*Tak*•". podczas gdy w tej części powinien odpowiedzieć „nie dotyczy" nie potwierdził się.

Skład orzekający Izy ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynionego w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne.

Dodatkowo skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przystępujący BSC w swoim Formularzu ofertowym w pkt. 4 oświadczył: oferowany przez nas pojazd po zabudowie Ford, typ 2AB, model Ranger posiada następujące parametry:
(■■■)"

W dokumencie JEDZ obu członków konsorcjum przystępującego BSC zaznaczono w część II A w miejscu odpowiedzi na pytanie „W stosownych przypadkach, czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie (np. w ramach krajowego systemu (wstępnego kwalifikowania)' odpowiedź „Tak'.

Pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający zawiadomił konsorcjum Z. o wyborze - jako oferty najkorzystniejszej - oferty przystępującego BSC.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Konsorcjum Z. twierdziło, że oznaczenie z pkt. 4 Formularza ofertowego przystępującego BSC dotyczy pojazdu bazowego, a nie - jak wymagał zamawiający - pojazdu po zabudowie.

Twierdzenie to pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczenia przystępującego BSC z pkt. 4 Formularza ofertowego. Ani na etapie postępowania przed zamawiającym, ani przed Izbą przystępujący BSC nie oświadczył, że w Formularzy ofertowym w pkt. 4 podał oznaczenie typu pojazdu bazowego.

Konsorcjum Z., powołując się na własne badania i doświadczenie przyjęło, że dla podniesienia prześwitu pojazdu po zabudowie do wysokości wymaganej przez zamawiającego konieczna jest istotna ingerencja (istotna modyfikacja) w pojazd bazowy (str. 10 Protokołu z rozprawy z dnia 20 lipca 2020 r.), powodująca zmianę oznaczenia typu pojazdu po zabudowie, stąd oznaczenie pojazdu po zabudowie nie może być tożsame z pojazdem bazowym (str. 9 odwołania, trzy ostatnie zdania) - jak w przypadku przystępującego BSC.

Podnieść jednak należy, że konsorcjum Z. nie wykazało, że dla podniesienia prześwitu pojazdu po zabudowie do wysokości wymaganej przez zamawiającego konieczna jest istotna ingerencja w pojazd bazowy. Bezspornym przy tym było, że zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu zabudowy.

Jak trafnie podniósł wykonawca BIT w toku rozprawy „oile Odwołujący nie dysponuje dokumentami na potwierdzenie zakresu ingerencji w pojazdy bazowe przez innych wykonawców, to nie jest w stanie wykazać, że nieprawidłowo oznaczyli oni typ pojazdów" (str. 10 Protokołu rozprawy z dnia 20 lipca 2020 r.).

To, że Ford Polska nie jest producentem przewoźnych jednostek nadzoru o parametrach jak w SIWZ nie było sporne (przyznał to zamawiający i przystępujący - odpowiednio str. 9 Protokołu rozprawy z dnia 20 lipca 2020 r.) i nie miało znaczenia dla rozpoznania sprawy, a to wobec przyjętego przez przystępującego BSC sposobu zabudowy, nie ingerującego istotnie w pojazd bazowy i nie powodującego zmiany oznaczenia typu pojazdu (konsorcjum Z. niczego przeciwnego nie wykazało).

Innymi słowy, konsorcjum Z. nie wykazało, że w przypadku konsorcjum BSC po zabudowie dojdzie do zmiany typu pojazdu.

Skład orzekający Izby za aktualną uznaje argumentację zaprezentowaną już w odniesieniu do zarzutu pierwszego, która prowadzić musi do wniosku, że zamawiający ani sam nie definiując w SIWZ, jak rozumieć „typ pojazdu", ani nie odwołując się w SIWZ do konkretnych regulacji prawnych, pozostawił wykonawcom dowolność co do sposobu rozumienia „typu pojazdu". Brak w SIWZ treści odnoszących się do „typu pojazdu" przesądza w dalszej kolejności o tym, że stwierdzenie niezgodności treści oferty z SIWZ, a tym samym odrzucenie oferty z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp co do oznaczenia typu, nie jest możliwe.

Podobnie jak w przypadku „typu" (o czym była już mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego), tak w przypadku modelu i nazwy producenta pojazdu po zabudowie zamawiający nie zdefiniował w SIWZ, jak je rozumieć, czy też informacji o jakim stopniu szczegółowości oczekuje.

W ocenie składu orzekającego Izby oznacza to także i w tym przypadku pozostawioną wykonawcom dowolność co sposobu podania oczekiwanych informacji.

Skład orzekający Izby, wobec braku jakichkolwiek uregulowań w tym zakresie w SIWZ, za zasadne uznał odwołanie się do potocznego rozumienia słowa producent (producent to po prostu *„ten, kto coś produkuje"* - bez odwoływania się w szczególności do formy prawnej wytwórcy, czy miejsce wytworzenia), którego zastosowanie prowadzi do wniosku, że w rozmowach życia codziennego zdanie: *„Kupiłam/kupiłem samochód Toyota"* nie pozostawia wątpliwości co do producenta zakupionego pojazdu i wrażenia niedosytu informacji.

Dostrzec także należy, że z tego względu, że w języku polskim „marka" to „znak fabryczny, firmowy umieszczany umieszczany na wyrobach danej fabryki, danej firmy określający producenta tych wyrobów, wskazujący ich jakość, chroniący je przed naśladownictwem", uprawnionym jest wniosek, ze wskazanie marki to wskazanie producenta.

Nie sposób przy tym pominąć, że jako „Ford", a zatem bardzo krótko (i tak jak w Formularzu ofertowym przystępującego BSC) została wskazana marka w złożonym przez konsorcjum BSC świadectwie zgodności WE, które należy zakwalifikować jako swego rodzaju dokument urzędowy.

Wobec powyższego oznaczenie w pkt. 4 Formularza ofertowego przystępującego BSC pojazdu po zabudowie jako Ford, typ 2AB, model Ranger skład orzekający Izby uznał za wystarczające i zgodne z SIWZ.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska konsorcjum Z., iż wpisanie w dokumencie JEDZ obu członków konsorcjum przystępującego BSC w część II A w miejscu odpowiedzi na pytanie *„W stosownych przypadkach, czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie (np. w ramach krajowego systemu (wstępnego kwalifikowania)'* odpowiedzi *„Tak',* zamiast „nie dotyczy" winno skutkować odrzuceniem oferty przystępującego BSC w następstwie podania informacji wprowadzających w błąd (konsorcjum Z. twierdziło nawet, że były to informacje, które wprowadziły zamawiającego w błąd - str. 10 odwołania drugi akapit zdanie ostatnie).

Podnieść należy, abstrahując nawet od tego, że konsorcjum Z. nie wykazało, że przystępujący BSC działał w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (co także jest konieczne w świetle przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp), to nie wykazał także jaki wpływ (abstrahując tym razem od tego, że musi to być wpływ istotny) na decyzje zamawiającego miało to, że zamiast odpowiedzi „nie dotyczy" wpisano „TAK".

Oczywistym jest, wobec braku w Polsce „urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców", że wpisanie odpowiedzi „TAK" zamiast „nie dotyczy" nie może mieć żadnego wpływu na decyzje „polskiego zamawiającego".

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BIT z tego powodu, że wykonawca ten w sposób nieprawidłowy wskazał nazwę producenta oraz typ pojazdu po zabudowie w pkt 4 Formularza ofertowego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do błędnego rozważenia oferty tego wykonawcy w ramach postępowania przetargowego i wyboru rzekomo najkorzystniejszej oferty nie potwierdził się.

Skład orzekający Izy ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynionego w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne.

Dodatkowo skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Wykonawca BIT w swoim Formularzu ofertowym w pkt. 4 oświadczył:„oferowany przez nas pojazd po zabudowie TOYOTA HILUX AN1P (EU,N) Toyota Motor Europe posiada następujące parametry: (...)"

Pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający zawiadomił konsorcjum Z. o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego BSC oraz o ofertach odrzuconych, wśród których nie było oferty wykonawcy BIT.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby za aktualną uznaje argumentację zaprezentowaną w odniesieniu do zarzutu poprzedniego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BSC i na jej podstawie uznaje, że oznaczenie w pkt. 4 Formularza ofertowego wykonawcy BIT pojazdu po zabudowie jako *TOYOTA HILUX AN1P (EU,N) Toyota Motor Europe*

było wystarczające i zgodne z SIWZ.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że stanowisko konsorcjum Z., że zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BIT doprowadziło do wyboru rzekomo najkorzystniejszej oferty jest błędne, ponieważ oferta przystępującego BSC - w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert - jest korzystniejsza od oferty wykonawcy BIT, a zatem jej odrzucenie albo poddanie ocenie z zastosowaniem tych kryteriów pozostaje bez znaczenia dla uznania oferty przystępującego BSC za najkorzystniejszą.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 poprzez:

(iv)przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniaiacy zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiający się w odrzuceniu oferty konsorcjum Z. przy równoczesnym zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego BSC i wykonawcę BIT, pomimo, że w sposób nieprawidłowy wskazali nazwę producenta i typu pojazdu po zabudowie ,

(v)brak przejrzystości w ocenie ofert - dowolną zmianę podstaw prawnych swojego rozstrzygnięcia (zmiana podstawy decyzji z dnia 26 maja 2020 r. na podstawę wskazaną w decyzji z dnia 3 czerwca 2020 r.), co spowodowało dowolny dobór podstawy prawnej rozstrzygnięcia dla potrzeb wyboru oferty przystępującego BSC, preferowanego przez zamawiającego i odrzucenia ofert bardziej korzystnych,

(vi)zaniechanie odniesienia się do treści zarzutów konsorcjum Z. do treści oferty przystępującego BSC z dnia 20 maja 2020 r. oraz do treści zarzutów konsorcjum Z. w piśmie Nr 90/20 z dnia 7 maja 2020 r.,

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 26 maja 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. W tym samym piśmie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu ofert 3 wykonawców - konsorcjum Z., konsorcjum Siltec oraz wykonawcy Works - powołując się każdorazowo (przy definiowaniu typu pojazdu) na Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów.

Czynności zamawiającego z dnia 26 maja 2020 r., tj. wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie 3 ww. ofert zostały unieważnione, poprzez ponowienie przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, o czym zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 3 czerwca 2020 r., na wstępie którego wskazał: „(...) *Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu* (...)".

W zawiadomieniu z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający, informując o odrzuceniu ofert tych samych 3 wykonawców powołał się każdorazowo (przy definiowaniu typu pojazdu) na Rozporządzenie kr 678/2011 z dnia 14 lipca 2011 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

(i)

W zarzucie odwołujące się konsorcjum Z. skorelowało („zblokowało") czynność odrzucenia jego oferty z zaniechaniem odrzucenia ofert: przystępującego BSC i wykonawcy BIT.

Skład orzekający Izby ocenił już powyżej, że zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert: przystępującego BSC i wykonawcy BIT się nie potwierdziły.

Wobec braku podstaw do odrzucenia ofert ww. dwóch wykonawców oraz „zblokowania: zarzutu z bezpodstawnością odrzucenia oferty konsorcjum Z. skład orzekający Izby uznał, że zarzut w zakresie litery „i" nie potwierdził się.

Uzupełniająco skład orzekający Izby zauważa, że uznając zasadność zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty konsorcjum Z. z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przypisał zamawiającemu naruszenie nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 2, ale także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

(ii)

Skoro czynności zamawiającego z dnia 26 maja 2020 r. zostały unieważnione to należy uznać je za nieistniejące, a w konsekwencji, że nie doszło do jakiejkolwiek zmiany.

Przesądza to o niezasadności zarzutu w zakresie litery „ii", który - co warte odnotowania - nie dotyczył oparcia się przez zamawiającego, przy definiowaniu typu pojazdu, na akcie, którego nie wskazał w SIWZ, ale dotyczył li tylko zmiany aktów w pismach z 26 maja 2020 r. i 3 czerwca 2020 r.

(iii)

Skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten się nie potwierdził - argumentacja przedstawiona przez skład orzekający Izby co do zarzutu zaniechania odniesienia się przez zamawiającego w protokole postępowania do treści zarzutów konsorcjum Z. z dnia 20 maja 2020 r. (o czym niżej) jest aktualna także dla tego zarzutu (i to tak w przypadku pisma konsorcjum Z. z dnia 7 maja 2020 r. dotyczącego konsorcjum Siltec oraz Works, jak i pisma z dnia 20 maja 2020 r. dotyczącego przystępującego BSC.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut opublikowania przez zamawiającego pisma z odpowiedziami na zapytania do treści SIWZ w dniu 2 kwietnia 2020 r. bez uprzedniego usunięcia nagłówka pisma, ujawniającego, że źródłem zapytania było konsorcjum Z., podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było udostępnienie treści zapytań wraz z wyjaśnieniami bez ujawniania źródła zapytania, co skutkowało naruszeniem przez zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a w konsekwencji doprowadziło do dokonania w dniu 3 czerwca 2020 r. zaskarżonej czynności naruszającej uczciwą konkurencję jako spóźniony nie mógł zostać poddany ocenie składu orzekającego Izby.

Jak wynika to już z treści samego zarzutu zarzut dotyczy czynności zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2020 r.

Ponieważ termin wniesienia odwołania wobec tej czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (powyżej progów) wynosił 10 dni (art. 182 ust. 2 pkt pkt 1 ustawy Pzp), to wniesienie odwołania wobec tejże czynności dopiero w czerwcu 2020 r. należy uznać za dalece spóźnione, co przesądza o niemożności poddania zarzutu ocenie składu orzekającego Izby.

Zarzut zaniechania wskazania w SIWZ podstawy prawnej postępowania, która to podstawa została dowolnie wskazana dopiero w czynności zamawiającego z dnia 26 maja 2020 r., a następnie dowolnie zmieniona czynnością zamawiającego z dnia 3 czerwca 2020 r., które to działanie miało na celu odrzucenie oferty konsorcjum Z. jako spóźniony nie mógł zostać poddany ocenie składu orzekającego Izby.

SIWZ przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została udostępniona wykonawcom w marcu 2020 r. (ogłoszenie o zamówieniu z 24 marca 2020 r. - Dz.U./S S59 140925-2020-PL).

Ponieważ termin wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ w przedmiotowym postępowaniu (powyżej progów) wynosił 10 dni (art. 182 ust. 2 pkt pkt 1 ustawy Pzp), to wniesienie odwołania wobec postanowień tejże SIWZ (zaniechania zamawiającego co do ujęcia w SIWZ postanowień) dopiero w czerwcu 2020 r. należy uznać za dalece spóźnione, co
przesądza o niemożności poddania zarzutu ocenie składu orzekającego Izby.

Zarzut naruszenia kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty przy wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego BSC zamiast oferty konsorcjum Z., podczas gdy poprawne przeprowadzenie postępowania powinno doprowadzić, według kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ, do wyboru oferty konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający ustalił trzy kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. cenę (waga 60%), gwarancję (waga 30%) oraz prześwit (waga 10%).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.", zaś zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2 ustawy Pzp *„Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności (...)".*

Konsorcjum nie wskazało w jaki sposób zamawiający *„naruszył kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty’,* tj. czy którekolwiek z ustalonych przez siebie ww. kryteriów pominął, ocenił ofertę w którymkolwiek kryterium z zastosowaniem innej niż wskazana w SIWZ waga tego kryterium, czy może zastosował inne kryterium/kryteria niż te wskazane w SIWZ. Nie zaprezentował także w konsekwencji żadnej argumentacji, czy dowodów.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Uzupełniająco skład orzekający Izby zauważa, że jeśli intencją zgłoszenia tego zarzutu było przypisanie zamawiającemu naruszeń w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BSC i bezpodstawnego odrzucenia oferty konsorcjum Z., to zarzuty takie zostały podniesione w odwołaniu konsorcjum Z. odrębnie i odrębnie zostały przez skład orzekający Izby rozpoznane.

Zarzut zaniechania odniesienia się w protokole postępowania do treści zarzutów konsorcjum Z. z dnia 20 maja 2020 r. co do treści oferty przystępującego BSC, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania zaskarżonej czynności naruszającej uczciwą konkurencję oraz sporządzenie protokołu niepełnego, a także niezgodnego z obowiązującym wzorem protokołu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r. konsorcjum Z. zwróciło się do zamawiającego z wnioskiem „o *udostępnienie do wglądu wszystkich ofert z przetargu nr 5/BF/BTiZ/20.”*

Pismem z dnia 7 maja 2020 r. konsorcjum Z. przedstawiło swoją opinię co do istnienie nieprawidłowości w ofercie konsorcjum Siltec oraz wykonawców BIT i Works (niezgodności treści ofert z treścią SIWZ), żądając wyboru oferty konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20 maja 2020 r. konsorcjum Z. przedstawiło swoją opinię co do istnienie nieprawidłowości w ofercie przystępującego BSC (niezgodność treści oferty z treścią SIWZ), żądając wyboru oferty konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 27 maja 2020 r. konsorcjum Z. zwróciło się do zamawiającego o „umożliwienie wglądu i skopiowanie dokumentacji przetargowej wraz z protokołem komisji przetargowej i korespondencją (nie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa) pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcami.”, uzasadniając oczekiwanie udostępnienia dokumentacji przetargowej 10-dniowym terminem na skorzystanie ze środków ochrony prawnej („Ze względu na 10 dniowy okres przysługujący na skorzystanie bądź nie ze środka ochrony prawnej, proszę o umożliwienie w/w przeglądu w bieżącym tygodniu”).

Pismem z dnia 28 maja 2020 r. konsorcjum Z. zwróciło się do zamawiającego „o udostępnienie wszystkich protokołów z posiedzeń Komisji w przedmiotowej sprawie, a nie tylko Protokołu Końcowego”.

W zawiadomieniu z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający wskazał, że odrzucił oferty: konsorcjum Z., konsorcjum Siltec i wykonawcy Works.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujące się konsorcjum Z. postawiło zarzut, że prowadzony przez zamawiającego protokół jest niepełny, ponieważ protokół ten „powinien posiadać załączone „oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez Zamawiającego*i Wykonawcę oraz umowę w sprawie zamówienia publicznego - a ponadto - wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz poprawiania omyłek w ofercie (pkt 16 i 27 protokołu). Protokół Zamawiającego takich wymaganych załączników nie zawiera, ponieważ z pisma Zamawiającego Nr KG-BF-ZP.3710.5.2020 z dnia 09.06.2020 (pismo w aktach postepowania) wynika, że dokumentacja postępowania jest kompletna. Jednocześnie w dokumentacji przetargowej, dokumenty te istnieją więc powinny być załączone do protokołu. (...) W ocenie Odwołującego powyższa zasadna została naruszona poprzez brak ujawnienia w stosownych protokołach oceny zastrzeżeń wskazanych przez Odwołującego co do ofert Konsorcjum BSC, BIT, SILTEC-STEELER i WORKS 11 (...)” [str. 12 odwołania akapit trzeci, czwarty i szósty).*

Zarzut nie jest jasny.

Z jednej strony konsorcjum Z. zarzuca, że wymienionych przez niego dokumentów (m.in. oferty, opinie, umowa) protokół zamawiającego - jako załączników - nie zawiera.

Z drugiej strony twierdzi, że „w dokumentacji przetargowej dokumenty te istnieją więc powinny być załączone do protokołu”.

Abstrahując od wyartykułowania przez konsorcjum Z. oczekiwania, aby protokół - jako załącznik - obejmował już umowę w sytuacji, gdy w przedmiotowym postępowaniu
0udzielenie zamówienia publicznego do zawarcia umowy jeszcze nie doszło, a nawet od twierdzenia, że istnieje ona w dokumentacji postępowania, zarzut jawi się jako czysto techniczny - skoro bowiem istnieje protokół i owe dokumenty, to „problemem' wedle konsorcjum Z. jest „brak ich połączenia".

Z akapitu szóstego na stronie 12 odwołania zdaje się wynikać coś innego, to jest, że w istocie chodzi o to, że zamawiający „nie poświęcił' wskazanym w pismach z 7 i 20 maja 2020 r. „nieprawidłowościom" odrębnego pisma, które - jako załącznik - stałoby się częścią protokołu.

Niezależnie od tego, w jaki sposób rozumieć postawiony zarzut, nie zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszym przypadku stwierdzić należy, że kwestią kluczową i przesądzającą jest istnienie tak protokołu, jak i dokumentów kwalifikowanych przez przepisy jako załączniki do protokołu (co twierdzi samo konsorcjum Z.). Przypomnieć bowiem w tym miejscu należy, że dokumenty te stają się załącznikami do protokołu „z mocy prawa" - art. 96 ust. 2 ustawy Pzp brzmi: *„Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego*
1wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu."

Podkreślić przy tym należy, że konsorcjum Z. nie twierdziło, że pomimo, iż załączniki te istnieją, nie zostały mu udostępnione.

W drugim przypadku, skład orzekający Izby wskazuje, że konsorcjum Z. nie zaprezentowało żadnej argumentacji, przemawiającej za istnieniem obowiązku zamawiającego, polegającego na odrębnym odniesieniu się do każdego z pism wykonawcy (tu: do informacji o dostrzeżonych w ofertach konkurencyjnych wykonawców nieprawidłowościach).

Obowiązku takiego nie uzasadnia zakres informacji, jakie zamawiający ma podać we wskazanych przez konsorcjum Z. punktach protokołu, tj. 16 i 27 - punkty 16 i 27 to odpowiednio wskazanie, że zamawiający wzywał wykonawcę/wykonawców do złożenia wyjaśnień na
podstawie art. 87 ust. 1 lub dokonał poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy /w
ofertach wykonawców na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp [pkt 16] oraz lista załączników do protokołu (miejsce, w którym załączniki te należy wymienić) [pkt27].

Konsorcjum Z. nie podało, na czym niekompletność - braki miałyby polegać w przypadku wskazanych przez siebie punktów. Dostrzec przy tym należy, że zarzut nie dotyczy zaniechania wezwania któregokolwiek wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy też zaniechania poprawienia omyłek w ofertach.

Podnieść pomimo powyższego należy, że zamawiający w istocie odniósł się do oceny konsorcjum Z. oferty przystępującego BSC, zawartej w piśmie z dnia 20 maja 2020 r.

Nastąpiło to w zawiadomieniu z dnia 3 czerwca 2020 r., w którym zamawiający podał, że oferta przystępującego BSC „spełnia wymagania formalno-prawne oraz techniczne Zamawiającego zawarte w SIWZ i została wybrana jako najkorzystniejsza".

Nie można inaczej ocenić powyższego stanowiska zamawiającego niż w ten sposób, że zamawiający nie dopatrzył się w ofercie przystępującego BSC żadnych nieprawidłowości. Kwestią zupełnie odrębną pozostaje stopień szczegółowości owego odniesienia - także i tego jednak przepisy o zamówieniach publicznych nie regulują, a zatem nie sposób w tym aspekcie przypisać zamawiającemu dopuszczenie się jakiegokolwiek naruszenia.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania podania właściwej podstawy odrzucenia ofert konsorcjum Siltec i wykonawcy Works 11 pomimo, że zamawiający posiadał informację o nieprawidłowościach obydwu ofert nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 7 maja 2020 r. konsorcjum Z. przedstawiło swoją opinię co do istnienie nieprawidłowości w ofercie konsorcjum Siltec oraz wykonawców BIT i Works (niezgodności treści ofert z treścią SIWZ), żądając wyboru oferty konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20 maja 2020 r. konsorcjum Z. przedstawiło swoją opinię co do istnienie nieprawidłowości w

ofercie przystępującego BSC (niezgodność treści oferty z treścią SIWZ), żądając wyboru oferty konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej.

W obu ww. pismach jako podstawę prawną odrzucenia ofert ze względu na niezgodność treści ofert z treścią SIWZ wykonawców konsorcjum Z. wskazało art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zawiadomieniu z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający wskazał, że wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na str. 10 odwołania, akapit drugi konsorcjum Z. doprecyzowało, że chodzi 0zaniechanie podania przez zamawiającego właściwej podstawy prawnej odrzucenia ofert konsorcjum Siltec i Works („*Jednocześnie odrzucając oferty Wykonawców SILTEC-STEELER 1WORKS 11 nie przywołał właściwej podstawy prawnej").*

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby podkreśla, że zarzut dotyczy wyłącznie ofert: konsorcjum Siltec i Works (pisma z 7 i 20 maja 2020 r. dotyczyły dodatkowo wykonawcy BIT oraz przystępującego BSC).

Bezsprzecznie w zawiadomieniu z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający podał jako podstawę odrzucenia wszystkich podlegających odrzuceniu ofert (tj. konsorcjum Z., konsorcjum Siltec, Works) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Konsorcjum Z. także jako podstawę prawną odrzucenia ofert konsorcjum Siltec i Works wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazane podstawy prawne są zatem tożsame.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania precyzyjnego wskazania w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty konsorcjum Z., że w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, w pkt. 4 zamawiający wymagał podania informacji o *„pojeździe po zabudowie",* a nie o *„pojeździe"* w ogólności, czym zamawiający naruszył 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, zamawiający ustalił następującą treść pkt. 4: „Oświadczamy, że oferowany przez nas pojazd po zabudowie*(...)".*

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty konsorcjum Z. zamawiający oświadczył: „We wzorze formularza ofertowego (...) Zamawiający wymagał podania informacji o pojeździe" oraz „Zgodnie z definicją „typu pojazdu" zawartą w treści ww. Rozporządzenia, Wykonawca nie podał wymaganego typu pojazdu. "

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zestawienie treści pkt 4 opracowanego przez zamawiającego wzoru Formularza ofertowego z treścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty konsorcjum Z. nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w pierwszym przypadku mowa o *„typie pojazdu po zabudowie",* w drugim o *„typie pojazdu".*

Podnieść jednak po pierwsze należy, że owa odmienność nie czyniła różnicy co do powodów odrzucenia oferty konsorcjum Z.. Skoro bowiem zamawiający ogólnie wskazał *„typ pojazdu',* to uznać należy, że jest to sformułowanie szersze wobec *„typu pojazdu bazowego",* czy *„typu pojazdu po zabudowie",* abstrahując od oceny, który typ pojazdu rozporządzenie, na które powołał się zamawiający definiuje.

Podnieść po wtóre należy, że owa odmienność nie powodowała także trudności w poznaniu przez konsorcjum Z powodów odrzucenia jego oferty i na tej podstawie zgłoszenia w odwołaniu zarzutu bezpodstawnego odrzucenia ofert konsorcjum Z.

z

adekwatną argumentacją.

Podnieść wreszcie należy, że konsorcjum Z. w swoim odwołaniu nie przedstawiło żadnej argumentacji odnoszącej się do tego zarzutu, a to na odwołującym się konsorcjum Z. spoczywał ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty

S zaniechania poprawienia w ofercie konsorcjum Z. innych niż pisarskie i rachunkowe, omyłek w zakresie doprecyzowania oznaczenia typu pojazdu po zabudowie, co nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, a tym samym było, zgodnie z ustawą Pzp, nie tylko dopuszczalne, ale również wymagane,

S zaniechania poprawienia w ofercie konsorcjum Z., jak i innych oferentów innych niż pisarskie i rachunkowe, omyłek w zakresie doprecyzowania oznaczenia typu pojazdu po zabudowie co nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, a tym samym było, zgodnie z ustawą Pzp, nie tylko dopuszczalne, ale również wymagane,

S oceny przez zamawiającego złożonych ofert i wybór oferty przystępującego BSC jako oferty najkorzystniejszej w następstwie niedostrzeżenia podstaw do odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego BSC i wykonawcę BIT, podczas gdy skutkiem prawidłowo przeprowadzonego postępowania powinno być unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do błędnego wyboru oferty niesłusznie uznanej za najkorzystniejszą,

S zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego BSC i wykonawcy BIT pomimo, iż oferty te obarczone były niepodlegającą usunięcia wadą (błędne wskazanie producenta i typu w ofercie) co skutkowało tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

zostały postawione jako zarzuty ewentualne (na wypadek, gdyby skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu pierwszego albo odpowiednio 1, 12 i 13).

Wobec oceny składu orzekającego Izby, że zarzut pierwszy się potwierdził, zarzutów ewentualnych, zgodnie z dyspozycją odwołującego się konsorcjum Z., skład orzekający Izby, nie rozpoznał.

Zarzut zaniechania wykluczenia wszystkich wykonawców, poza konsorcjum Z. pomimo nieprawidłowości w oświadczeniach co do nazwy producenta oraz typu pojazdu po zabudowie (oferty konsorcjum BSC i wykonawcy BIT), zaznaczenia nieprawidłowej odpowiedzi w JEDZ (oferta konsorcjum BSC) oraz niewłaściwej podstawy odrzucenia ofert (konsorcjum Siltec i Works) pomimo, że zamawiający posiadał wiedzę o nieprawidłowościach obu ofert nie potwierdził się.

Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert: konsorcjum BSC, konsorcjum Siltec, wykonawcy BIT i wykonawcy Works, które się nie potwierdziły.

Wobec tego skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Uzupełniająco podnieść należy, że w odniesieniu do tego zarzutu konsorcjum Z. w swoim odwołaniu nie przedstawiło żadnej argumentacji, błędnie przyjmując, że przedstawienie zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji zawsze prowadzić musi do wykluczenia wykonawcy, niezależnie od wystąpienia pozostałych przesłanek, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 (lekkomyślność lub niedbalstwo, istotny wpływ na decyzje zamawiającego), a to przecież na odwołującym się konsorcjum Z. spoczywał ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze).

Za taką argumentację nie sposób uznać dwóch zdań na str. 10 odwołania, z których pierwsze wskazuje na treść przepisu, drugie jest wnioskiem „końcowym" (i to dotyczących wyłącznie konsorcjum BSC, podczas gdy w zarzucie mowa także o innych wykonawcach), iż „*powyższe nieprawidłowości w oświadczeniach Konsorcjum BSC powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy, bowiem wprowadziły Zamawiającego w błąd mający istotne znaczenie dla wyniku postępowania"*

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Odnosząc się do złożonych na rozprawie przez konsorcjum Z. dokumentów, skład orzekający Izby wskazuje, co następuje.

1. pismo Z. Sport Sp. z o.o. z dnia 30 kwietnia 2020 r. do Toyota Motor Poland z Warszawy (1) oraz odpowiedź na to pismo z dnia 5 maja 2020 r. (2) złożone na okoliczność, że żadna ze spółek koncernu Toyota nie wykonuje pojazdu po zabudowie, odpowiadającego wymogom niniejszego przetargu były bezprzedmiotowe, a to wobec braku sporu między stronami w tym zakresie,
2. pismo Auto Podlasie Sp. z o.o. z Łodzi z dnia 19 czerwca 2020 r. (3) na okoliczność, że oznaczenie typu AN1T (EU, N) jest oznaczeniem typu pojazdu bazowego było nieprzydatne, a to wobec tego, że konsorcjum Z. nie wykazało, że oznaczenie typu pojazdu po zabudowie nie może być tożsame z oznaczeniem typu pojazdu bazowego (przy braku istotnych modyfikacji) oraz wobec wynikającej z SIWZ dowolności w oznaczeniu typu pojazdu po

zabudowie,

3. specyfikacja modyfikacji AT35 (4) na okoliczność istotnej ingerencji projektu i konstrukcji podstawowych elementów tworzących podwozie wymaganych dla pojazdów w przedmiotowym przetargu oraz na okoliczność, że pojazd po zabudowie należy do innego typu niż pojazd przed zabudową oraz tabela porównawcza pojazdu bazowego z pojazdem po zabudowie (5) na okoliczność zakresu istotnych ingerencji w projekt i konstrukcję podstawowych elementów tworzących podwozie wymaganych w przetargu oraz na okoliczność, że pojazd po zabudowie należy do innego typu niż przed zabudową były nieprzydatne, a to wobec wynikającej z SIWZ dowolności w oznaczeniu typu pojazdu po zabudowie oraz tego, że specyfikacja modyfikacji AT35 dotyczyła jedynie ingerencji w pojazd bazowy założonych przez konsorcjum Z. przy braku wykazania, że tożsame ingerencje przyjęli pozostali wykonawcy,

4. pismo Z. Sport Sp. z o.o. z dnia 2 czerwca 2020 r. do Toyota Motor Poland z Warszawy (6) oraz „Potwierdzenie" Toyota Motor Poland z Warszawy z dnia 3 czerwca 2020 r. (7) oraz Świadectwo zgodności WE (8) na okoliczność, że konsorcjum Z. było uprawnione do oznaczeniu typu pojazdu po zabudowie słowem „Toyota" było zbędne, a to wobec wynikającej z SIWZ dowolności w oznaczeniu typu pojazdu po zabudowie,

5. pismo Z. Sport. Sp. z o.o. z 7 maja 2020 r. do Bemo Motors (9) wraz z odpowiedziami na to pismo w formie wiadomości e-mail z dnia 7 maja 2020 r. godz. 13:30, 12:46, 12:05, 7:46 (10) na okoliczność, że podmioty z grupy Ford nie produkują pojazdu po zabudowie odpowiadającego wymogom przetargu były bezprzedmiotowe, a to wobec braku sporu między stronami w tym zakresie,

6. oświadczenie Toyota Motor Poland z 9 kwietnia 2020 r. (11) i 18 czerwca 2020 r. (12) na okoliczność, że zarówno M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P., jak również Z. Sport Sp. z o.o. posiadają upoważnienie do dokonania zabudowy specjalnej wymaganej w tutejszym przetargu były bezprzedmiotowe, a to wobec braku w którymkolwiek z odwołań zarzutu, że M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P. nie posiada takiego upoważnienie oraz wobec braku w którymkolwiek z odwołań zarzutu, że także Z. Sport Sp. z o.o. takiego upoważnienia nie posiada,

7. informacja opowiadającą odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców z dnia 15 lipca 2020 r. dotycząca Ford Distribution (13) na okoliczność nazwy rejestrowej spółki była bezprzedmiotowa, a to wobec braku sporu co do tego,

8. oświadczenie lidera konsorcjum Z. (14) na okoliczność przebiegu zdarzeń, o których mowa w oświadczeniu zostało złożone „jedynie" z wnioskiem o jego załączenie do protokołu rozprawy bez wskazania tezy dowodowej,

9. wiadomość e-mail pomiędzy osobą ze strony Toyota a Z. Sport. Sp. z o.o. (15) na okoliczność prześwitu w katalogowym pojeździe Toyota Hilux była nieprzydatna, a to wobec tego, że oczekiwania zamawiającego co do prześwitu dotyczyły nie pojazdu katalogowego (bazowego), ale pojazdu po zabudowie, a przy tym konsorcjum Z. nie wykazało, że pojazd po zabudowie nie może cechować się prześwitem wyższym niż pojazd bazowy po modyfikacjach, które nie powodują zmiany oznaczenie typu pojazdu bazowego i po zabudowie.

10. oferta złożona w postępowaniu w sprawie 10/PF/BTIZ/18 z 2018 roku (16), tj. oferta konsorcjum Siltec Sp. z o.o. i Z. Sp. z o.o. na okoliczność dowolności zamawiającego w ocenie spełnienia wymogów co do oznaczenia typu pojazdu po zabudowie była nieprzydatna, ponieważ czynności zamawiającego w innym postępowaniu nie przesądzają o zgodności czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a nawet gdyby przyjąć tożsamość stanów faktycznych - pozostają poza kognicją składu orzekającego Izby rozpoznającego odwołania złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (a nie w postępowaniu z 2018 r.),

11. wyciąg z umowy pomiędzy Z. Sport Sp. z o.o. a Toyota Motor Company Ltd. Sp. z o.o. (17) na okoliczność, że Z. Sport Sp. z o.o. jest *„pełnoprawnym producentem pojazdów po zabudowie na pojeździe bazowym Toyota Hilux'* był bezprzedmiotowy, a to wobec braku w którymkolwiek z odwołań zarzutu, że Z. Sport Sp. z o.o. takim producentem nie jest.

Skład orzekający Izby oddalił wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki

samochodowej na okoliczności czy: (i) poprzez zabudowę pojazdu bazowego zgodnie z SIWZ zmianie ulega typ pojazdu względem pojazdu bazowego, (ii) czy typ pojazdu po zabudowie dokonanej zgodnie z SIWZ (pojazdu skompletowanego) określa producent pojazdu po zabudowie, (iii) i czy co do tego określenia producent pojazdu po zabudowie ma dowolność oraz z opinii biegłego rzeczoznawcy, uznając, że zmierzają one do przewlekłości postępowania i nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z tego względu, iż kwestie wymagające rozstrzygnięcia Izby są natury prawnej, a nie technicznej.

Odnosząc się do złożonych na rozprawie przez konsorcjum BSC materiałów i dokumentów, tj. internetowego wykazu spółek zawierających w nazwie „Ford" oraz informacji z KRS Ford Polska Sp. z o.o. na okoliczność, że nie jest możliwym wskazanie producenta „z dokładnością" co do nazwy spółki skład orzekający Izby wskazuje, że były one zbędne, a to wobec wynikającej z SIWZ dowolności co do stopnia precyzji oznaczenia producenta.

svan. akt KIO 1322/20

Zarzuty:

- bezpodstawnego odrzucenia oferty konsorcjum Siltec pomimo, że treść tej oferty jest zgodna z obowiązująca w postępowaniu SIWZ,
- zaniechania wezwania konosrcjum Siltec do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy brak tych wyjaśnień doprowadził do odrzucenia oferty konsorcjum Siltec potwierdziły się, jednak wobec przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zdanie pierwsze nie mogą prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu pierwszego (co do treści SIWZ) z odwołania konsorcjum Z. pozostają aktualne.

Dodatkowo skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Konsorcjum Siltec w swoim Formularzu ofertowym w pkt. 4 oświadczyło: „oferowany przez nas pojazd po zabudowie Pick-up, Toyota Hilux, Toyota Motor Corporation posiada następujące parametry: (...)"

Zamawiający nie wzywał konsorcjum Siltec do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanego w Formularzu ofertowym typu pojazdu.

Pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. zamawiający zawiadomił konsorcjum Siltec o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając że nie podał wymaganego typu pojazdu zgodnie z definicją Rozporządzenia komisji (UE) nr 678/11 z dnia 14 lipca 2011 r. zastępującym załącznik II i zmieniającym załączniki IV, IX, XI do dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep (Dz. U. UE L z dnia 15 lipca 2011 r.) w części B pkt 3.1.1. -*„Zapis „Pick-up nie wskazuje typu pojazdu tylko typ nadwozia zdefiniowany w treści załącznika II część C pkt 3.5 jako (...)".*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Brzmienie pkt. 4 Formularza ofertowego nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zamawiający oczekiwał od wykonawców podania typu pojazdu po zabudowie. Skoro bowiem pozostawione w tym formularzu wykonawcom miejsce na podanie typu, modelu i producenta poprzedza wskazanie „pojazdu po zabudowie" to nie można zasadnie twierdzić, że zamawiający oczekiwał podania typu pojazdu bazowego.

Wniosek, aby wykonawcy podali typ pojazdu po zabudowie jest oczywisty także z perspektywy oczekiwania zamawiającego podania przez wykonawców parametru prześwitu, który - czego konsorcjum Siltec nie kwestionowało - miał odnosić się do pojazdu po zabudowie. Jest to zrozumiałe z perspektywy ustalania kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a nie „wstępnego etapu" jego budowy (pojazdu bazowego).

Konsorcjum Siltec w Formularzu ofertowym, co oświadczyło wielokrotnie, wskazało typ pojazdu bazowego.

I choć, o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1319/20 - skład orzekający Izby rozważania tam poczynione uznaje za aktualne także w odniesieniu do tego zarzutu, zamawiający ani sam nie definiując w SIWZ, jak rozumieć „typ", ani nie odwołując się w SIWZ do konkretnych regulacji prawnych, pozostawił wykonawcom dowolność co do sposobu jego rozumienia, to o dowolności w zakresie tego, czy należało podać typ pojazdu bazowego, czy po zabudowie nie może być mowy.

Jak bowiem skład orzekający Izby już wskazał brzmienie pkt. 4 Formularza ofertowego nie pozostawiało

wątpliwości co do tego, że należało podać typ pojazdu po zabudowie oraz, że parametr prześwitu, stanowiący także pozacenowe kryterium oceny ofert o niewątpliwie materialnoprawnym znaczeniu - miał odnosić się do pojazdu po zabudowie.

Skład orzekający Izby wskazuje w tym miejscu, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zdanie pierwsze „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postepowania o udzielenie zamówienia."

O ile wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień co do samego typu byłoby zasadne w przypadku, gdyby w Formularzu ofertowym wskazał on typ pojazdu po zabudowie, o tyle obecnie, wobec ustalenia, że konsorcjum Siltec wskazało typ pojazdu bazowego (i takie wskazanie uznawało za prawidłowe w świetle SIWZ), kierowanie do niego wezwania jest bezcelowe.

Niezależnie bowiem od uznania, że konsorcjum Siltec - wobec wynikającej z SIWZ dowolności - mogło oznaczyć typ jako „Pick-up", to ustalenie, że konsorcjum Siltec podało typ pojazdu bazowego oznacza, że konsorcjum to złożyło ofertę niezgodną co do treści z SIWZ.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie, pomimo potwierdzenia się zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia konsorcjum Z.,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Z.

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W dokumencie JEDZ (część II. D) członek konsorcjum Z., tj. Z.Sport Sp. z o.o. *oświadczył, że zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo (zaznaczył TAK), wpisując po „Jeżeli tak i o ile to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców". „Z zakresu dostawy pojazdu bazowego wraz z zabudową przystosowaną do integracji systemowej oraz zabezpieczenia serwisu pojazdu bazowego zgodnie z A.I.14 OPZ będzie firma STEELER M. P, ul. Grodzieńska 206, 16-100 Sokółka".*

Pismem z dnia 11 maja 2020 r. odwołujący zawiadomił zamawiającego, że.

- konsorcjum Z. nigdy nie prosiło M. P. o złożenie oferty podwykonawczej i oferta taka nie została złożona ani na prośbę konsorcjum, aniz inicjatywy własnej,
- M. P. nie składał konsorcjum Z. ani propozycji, ani tym bardziej wiążącej oferty na dostawę pojazdu bazowego wraz z zabudową przystosowaną do integracji systemowej oraz zabezpieczenie serwisu pojazdu zgodnie z A.I.14 SIWZ,
- M. P. nigdy nie wyraził zgody na to by być podwykonawcą konsorcjum Z..

Pismem z dnia 12 maja 2020 r. zamawiający wezwał konsorcjum Z. do złożenia, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień - dotyczyło oczekiwania zamawiającego odniesienia się przez konsorcjum Z. do pisma odwołującego z dnia 11 maja 2020 r.

Przystępujący Z. udzielił wyjaśnień przy piśmie z dnia 15 maja 2020 r. (zastrzegając je uprzednio, pismem z dnia 13 maja 2020 r., jako te, które zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne i nie udostępnił pozostałym wykonawcom treści wyjaśnień (oraz załączników do nich).

Konsorcjum Z. wyjaśniło, że.

- jeden z członków konsorcjum prowadził rozmowy w sprawie oferty odnośnie do tego przetargu z przedstawicielem Steeler,
- oferta została złożona 9 kwietnia 2020 r. o godz. 13^{09} w postaci elektronicznej przez przedstawiciela *Steeler - osobę wskazaną z imienia i nazwiska „przy pełnej wiedzy M. P., który był załączany w kopii elektronicznej korespondencji dotyczącej oferty" - złożono załącznik nr 1,*
- 9 kwietnia 2020 r. o godz. 14^{15} członek konsorcjum Z. potwierdził otrzymanie oferty oraz wystosował *„mailowe pytania dotyczące przedmiotowego przetargu"* - złożono załącznik nr 2,
- 9 kwietnia 2020 r. o godz. 16^{06} Steeler udzielił odpowiedzi - złożono załącznik nr 3,

- *9 kwietnia 2020 r. o 16[11] „Kierownik Działu Sprzedaży i Rozwoju firmy STEELER przesłał" członkowi konsorcjum Z. przykładowe świadectwo zgodności, potwierdzające zgodność oferowanego pojazdu z wymaganiami zamawiającego" — złożono załącznik nr 4,*
- Cena „została ustalona korespondencja e-mail" z 10 kwietnia 2020 r. godz. 9[56] i 11[44] - - złożono załączniki nr 5 i 6.

Dodatkowo konsorcjum Z. wyjaśniło, że „na etapie badania rynku i w celu zapewnienia bezpieczeństwa dostawy' członek konsorcjum wystąpił „równolegle z ustnym zapytaniem ofertowym" do dwóch innych podmiotów (wskazując ich nazwy i adresy), prezentując wyniki tych rozmów, tj. pozyskane oferty/kalkulacje - złożono załącznik nr 8-11.

W podsumowaniu konsorcjum Z. stwierdziło, że „we współpracy z wymienionymi podwykonawcami posiada zabezpieczenie w postaci wiążącej rezerwacji na pojazdy bazowe".

Załącznik nr 7 to kserokopie zdjęć ekranu telefonu komórkowego z wiadomościami via komunikator WhatsApp m.in. z wiadomością z 29 kwietnia od osoby wskazanej z imienia i nazwiska w ww. korespondencji elektronicznej (przedstawiciel Steeler) o treści: *„Gratulacje".*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) [dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"] stanowi, że „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby fizycznej pełniącej funkcje publiczną, a także zakazana lub nieuczciwa reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczone towary lub wykonane usługi."

Nadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest „rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody."

W świetle zacytowanego powyżej brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie budzi żadnych wątpliwości, że zamawiający, dokonując oceny ofert każdorazowo ma obowiązek zbadać, czy złożenie którejkolwiek z nich nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ warunkuje to wywiązanie się przez zamawiającego z obowiązku wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyłają przepisy Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (w tym art. 14 ust. 1).

Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie, obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Wart przywołania jest także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. o sygn. akt: V ACa 371/07, zgodnie z którym "Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania,

którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo".

Stanowisko konsorcjum Siltec, które legło u podstaw sformułowania zarzutu sprowadza się do tego, że konsorcjum Z. nie mogło złożyć oferty „opartej o ofertę podwykonawczą", jaką od M. P., prowadzącego działalność pod firmą Steeler M. P. otrzymał tylko jeden z członków tego konsorcjum, tj. Z. Sport Sp. z o.o., a składając ją, konsorcjum Z. dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum Siltec dopatrzyło się w działaniach konsorcjum Z. sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz wprowadzenia w błąd co do *„oświadczenia o podwykonawstwie"* (tak w Piśmie odwołującego z 20 lipca 2020 r. str. 4 część VI pkt 2 lit. b) oraz co do *„relacji z Panem M. P."* (tak w odwołaniu na str. 17 część VI pkt 2 zdanie ostatnie).

W swoim stanowisku pisemnym z dnia 20 lipca 2020 r. konsorcjum Siltec podjęło próbę niedopuszczalnego (ze względu na upływ terminu na wniesienie odwołania) rozszerzenia zarzutu o przypisanie konsorcjum Z. czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na ujawnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa M. P. *(„Pozyskanie, a następnie przekazanie osobie nieuprawnionej danych przedstawionych przez M. P. oraz wskazanie M. P. jako podwykonawcę pomimo tego, że nie złożył on takiej deklaracji (tj. co do bycia podwykonawcą Konsorcjum KW- Z) jest naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jest (...)"* - str. 5 część VII pkt 7), o czym w odwołaniu nie było mowy.

W odwołaniu konsorcjum Siltec wskazało jedynie na działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości (odpowiednio art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), prezentując odnośną argumentację, nie wskazując jednak w okolicznościach faktycznych nic na temat nieuprawnionego ujawnienia tajemnicy oraz, nie wskazując w okolicznościach prawnych art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ze względu na przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym *„Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu."* skład orzekający Izby nie rozpoznał zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Z. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp rozszerzonego o ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa M. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Steeler M. P..

Skład orzekający Izby stanowiska konsorcjum Siltec, iż działania konsorcjum Z.
pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz wprowadzają w błąd co do „oświadczenia o podwykonawstwie" i co do „relacji z Panem M. P." nie podzieliłz
następujących względów.

Po pierwsze, „motorem" działań przedsiębiorców jest osiąganie zysków - temu służyć ma oferowanie swoich towarów i usług. W tym kontekście założenie, że przedsiębiorca chce osiągnąć zysk jedynie poprzez relacje handlowe z konkretnym podmiotem (tu z Z. Sport Sp. z o.o., ale już nie z konsorcjum zawiązanym przez ten podmiot z innym) jest nieracjonalne.

Po wtóre, wskazanie w ofercie konsorcjum Z. podwykonawstwa Steeler M. P., czego konsekwencją miało być zlecenie mu tego podwykonawstwa nie prowadziło do jego szkody, a przeciwnie - do przysporzenia; żadnej szkody, o której mowa w przepisie art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji konsorcjum nie wskazało (tym bardziej nie wykazało).

Po trzecie, w załączonej przez konsorcjum Z. korespondencji elektronicznej (Z. Sport Sp. z o.o. z przedstawicielem Steeler M. P.) brak jakiegokolwiek zastrzeżenia poufności, czy generalnie zastrzeżeń jakiejkolwiek natury.

Po czwarte, konsorcjum Siltec ani nie udowodniło, ani nie uprawdopodobniło, że dochowanie standardu relacji biznesowych (dobry obyczaj) w sytuacji oparcia oferty konsorcjum na ofercie „pozyskanej" przez jednego z członków konsorcjum, wymaga, „rozszerzenia" oferty o innego członka konsorcjum / pozostałych członków konsorcjum.

Po piąte, złożenie oferty Z. Sport Sp. z o.o. przez Steeler M. P.i

prowadzenie dalszych ustaleń (09-10.04.2020 r.) na krótko przed złożeniem przez samego M. P. oferty w konsorcjum z Siltec Sp. z o.o. (termin składania ofert upłynął 28.04.2020 r.) budzić może wątpliwości co do rzeczywistych intencji złożenia oferty konsorcjum Z. przez M. P., a co ukazuje także standard relacji biznesowych M. P., który, sam nie ujawniając zamiaru złożenia oferty z innym podmiotem
w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie
zamówienia publicznego, oczekuje jednocześnie od Z. Sport Sp. z o.o., że poinformuje go o zamiarze złożenia oferty w konsorcjum
z Korporacją Wschód Sp. z o.o.

Po szóste, Z. Sport Sp. z o.o. nie „odstąpił" oferty Steeler M. P. Korporacji Wschód Sp. z o.o. (wykonawca ten samodzielnie nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu z powołaniem się na podwykonawstwo M. P.), ale z niej „skorzystał" (tyle, że w konsorcjum).

Po siódme, to Z. Sport Sp. z o.o. wskazało w swoim dokumencie JEDZ jako podwykonawcę M. P., co jest zasadne i zrozumiałe w kontekście podziału zadań pomiędzy członków konsorcjum i uprzedniego pozyskania oferty od Steeler M. P..

Po ósme, reakcja co do rzekomo naruszających uczciwą konkurencję działań konsorcjum Z. ze strony M. P. nastąpił dopiero w połowie czerwca 2020 roku (w ramach odwołania), podczas, gdy - jak wynika ze złożonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania - konsorcjum, którego członkiem jest Steeler M. P. już
w dniu otwarcia
ofert, tj. 28 kwietnia 2020 r. wystąpiło do zamawiającego z wnioskiem o ich udostępnienie, oferty te zostały mu udostępnione, a w rezultacie konsorcjum Siltec złożyło do zamawiającego pismo z dnia 11 maja 2020 r. (opisane w zarzucie dotyczących zaniechania udostępnienia wyjaśnień konsorcjum Z.), nie dopatrując się i nie sygnalizując zamawiającemu wystąpienia po stronie konsorcjum Z. żadnych naruszających prawo lub dobre obyczaje działań.

Ocena konsorcjum Siltec o działaniu konsorcjum Z. w sprzeczności z dobrymi obyczajami i wprowadzeniu w błąd co do podwykonawstwa została nadto dokonana na podstawie błędnego, zdaniem składu orzekającego Izby, przyjęcia, że z działań członka konsorcjum nie może korzystać konsorcjum.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko konsorcjum Z., zaprezentowane zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2020 r., zgodnie z którym: „(...) Konsorcjum nie jest podmiotem, który podlegałby rejestracji, a jego powstanie opiera się o zasadę swobody umów. Oznacza to, że działając na zewnątrz podmioty wchodzące w skład Konsorcjum, poza zakresem art. 23 ust. 2 Pzp, mogą podejmować działania samodzielnie i z zadań lub zapewnień złożonych jednemu członkowi Konsorcjum, mogą korzystać tak jakby złożone one zostały właśnie całemu konsorcjum." (str. 2 pierwszy akapit).

Wobec uznania, że konsorcjum Z. mogło złożyć ofertę opartą na podwykonawstwie Steeler M. P., skład orzekający Izby uznał, że konsorcjum Z. nie działało niezgodnie z dobrymi obyczajami i nie przedstawiło informacji wprowadzających w błąd zamawiającego co
do podwykonawstwa, a w konsekwencji, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty tego konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a także wykluczenia konsorcjum Z. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Skoro bowiem nie były to informacje wprowadzające w błąd to wskazany przepis ustawy, zgodnie z którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postepowaniu o udzielenie zamówienia", i to niezależnie od wystąpienia pozostałych przesłanek, o których mowa w tym przepisie, nie znajduje zastosowania.

Skład orzekający Izby zauważa nadto, że konsorcjum Z., poprzez oświadczenie Z. Sport Sp. z o.o. w dokumencie JEDZ ujawniło jedynie zamiar powierzenia podwykonawstwa Steeler M. P., który to zamiar się zdezaktualizował po terminie składania ofert wobec stanowiska M. P., iż jego oferta nie jest wiążąca wobec całego konsorcjum.

Odwołujący postawił także zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum Z. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, nie uzasadniając jednak zupełnie dlaczego w ogóle wymóg z pkt II.A. I.14 OPZ traktuje jako warunek udziału w postępowaniu (którego nie spełnienie przez wykonawcę musiałoby prowadzić do wykluczenia), co do którego spełnienia konsorcjum Z. miałoby zamawiającego wprowadzać w błąd.

Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że konsorcjum Siltec gołosłownie twierdziło, że bez M. P., posiadającego zezwolenie od producenta pojazdu bazowego (tj. produkcji Toyota w przypadku konsorcjum Z.) lub Generalnego importera w Polsce do dokonywania zabudowy/zmian konstrukcyjnych zgodnie z jego technologią bez utraty gwarancji na pojazd bazowy (wymóg zamawiającego z OPZ) nie jest w stanie wykonać zamówienia.

Konsorcjum Siltec bezpodstawnie założyło, że konsorcjum Z. nie może skorzystać z innego podwykonawcy, nie twierdząc nawet jednocześnie, że na rynku nie ma innych podmiotów posiadających niezbędne zezwolenie (abstrahując od prawdziwości twierdzenia, że żaden z członków konsorcjum Z. nie posiada takiego zezwolenia oraz oceny, czy w świetle SIWZ posiadanie takiego zezwolenia było niezbędne w dacie składania ofert).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty się nie potwierdziły.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum BSC pomimo tego, że treść oferty tego konsorcjum co do wskazania producenta oferowanego pojazdu oraz producenta, marki i typu kamery termowizyjnej jest niezgodna z treścią SIWZ przy braku możliwości sanowania tej niezgodności nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, zamawiający ustalił następującą treść pkt. 4: „Oświadczamy, że oferowany przez nas pojazd po zabudowie *(podać typ, model, nazwę producenta)* *posiada następujące parametry: (...)”*

Dodatkowo wzór Formularza ofertowego zawierał w pkt. 6 następującą treść:
„W ramach zabudowy zostanie zastosowana kamera termowizyjna:

(podać typ, model, nazwę producenta)

W Formularzu ofertowym w pkt. 4 przystępujący BSC oświadczył: ”Oświadczamy, że oferowany przez nas pojazd po zabudowie Ford, typ 2AB, model Ranger (...)”

W Formularzu ofertowym w pkt. 6 przystępujący BSC oświadczył: ”Wramach zabudowy zostanie zastosowana kamera termowizyjna; FLIR, HRC-U.”

Pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. wykonawcy zostali zawiadomieni przez zamawiającego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty przystępującego BSC.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Podobnie jak w przypadku „typu” (o czym była już mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego w sprawie o sygn. akt KIO 1319/20) tak w przypadku modelu i nazwy producenta pojazdu po zabudowie, a także producenta, marki i typu kamery termowizyjnej zamawiający nie zdefiniował w SIWZ, jak je rozumieć, czy też informacji o jakim stopniu szczegółowości oczekuje.

W ocenie składu orzekającego Izby oznacza to także i w tym przypadku pozostawioną wykonawcom dowolność co sposobu podania oczekiwanych informacji, z tym wszakże zastrzeżeniem, że w przypadku kamery termowizyjnej treść oferty winna dawać możliwość - chodzi przecież o produkt istniejący już na rynku - jej identyfikacji.

Skład orzekający Izby, wobec braku jakichkolwiek uregulowań w tym zakresie w SIWZ, za zasadne uznał odwołanie się do potocznego rozumienia słowa producent (producent to po prostu *„ten, kto coś produkuje”* - bez odwoływania się w szczególności do formy prawnej wytwórcy, czy miejsce wytworzenia), którego zastosowanie prowadzi do wniosku, że w rozmowach życia codziennego zdanie: *„Kupiłam/kupiłem samochód Ford’* nie pozostawia wątpliwości co do producenta zakupionego pojazdu i wrażenia niedosytu informacji.

Dostrzec należy, że z tego względu, że w języku polskim „marka” to *„znak fabryczny, firmowy umieszczany umieszczany na wyrobach danej fabryki, danej firmy określający producenta tych wyrobów, wskazujący ich jakość, chroniący je przed naśladownictwem”, uprawnionym jest wniosek, ze wskazanie marki to wskazanie producenta.*

Tak też krótko - jako „Ford” została wskazana marka w złożonym przez konsorcjum BSC świadectwie zgodności WE, które należy zakwalifikować jako swego rodzaju dokument urzędowy.

Konsekwencją tożsamości producenta i marki jako oznaczeń niosących ten sam przekaz jest stwierdzenie, w

odniesieniu do oczekiwanych przez zamawiającego w pkt. 6 Formularza ofertowego danych co do kamery termowizyjnej, że zamawiający oczekiwał podania producenta/marki oferowanej kamery oraz jej typu. Potwierdzeniem tegoż jest oferta samego konsorcjum Siltec, który w pkt. 6 Formularza ofertowego podał dwie przedzielone przecinkiem informacje, tj. „Flir Systems Inc., Flir Ranger HRC-U".

Zdaniem składu orzekającego Izby identyfikacja producenta/marki kamery termowizyjnej, poprzez oznaczenie „FLIR" nie nastręcza jakichkolwiek trudności.

Jak podało konsorcjum Siltec *„Po skorzystaniu z wyszukiwarki internetowej można odnaleźć ofertę FLIR Systems Incorporation spółki prawa amerykańskiego z siedzibą główną w Wilsonville (...)"* [str. 13 odwołania część IV pkt 4 lit. b], nie twierdząc przy tym, że wpisanie „Flir" w wyszukiwarce prowadzi także do uzyskania innych wyników - ofert kamer termowizyjnych innych producentów. Nie ma zatem „zagrożenia", że pod oznaczeniem FLIR kryje się inny producent kamer termowizyjnych niż Flir Systems Incorporation.

Przechodząc do kwestii oznaczenia typu zaoferowanej przez przystępującego BSC kamery termowizyjnej, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że jej oznaczenie jako „HRC-U" w Formularzu ofertowym przystępującego BSC jest wystarczające.

Skoro bowiem zamawiający nie wprowadził w zakresie sposobu oznaczenia typu kamery termowizyjnej żadnych oczekiwań, to nie można zasadnie twierdzić, *„oferta nie zawiera wszystkich wymaganych informacji, które w sposób jednoznaczny były żądane przez Zamawiającego"* (str. 13 odwołania część IV pkt 4 lit. a), nie pomijając przy tym (byłoby to niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy), że oznaczenie kamery termowizyjnej co do typu w Formularzu ofertowym się znajduje (i jest to „HRC-U").

Przechodząc do oceny oznaczenia typu kamery z perspektywy możliwości identyfikacji kamery termowizyjnej zaoferowanej przez przystępującego BSC, skład orzekający Izby wskazuje, że konsorcjum Siltec podało, że FLIR Systems Inc. ma w swojej ofercie różniące się parametrami technicznymi kamery termowizyjne oznaczone jak niżej:

- Ranger HRC-E,
- Ranger HRC-S,
- Ranger HRC-U,
- Ranger HRC-X" (str. 13 odwołania część IV pkt 4 lit. b)

oraz twierdził, iż „FLIR Systems Inc. nie oferuje kamer oznaczonych jako: (...)
HRC-U dlatego należy założyć, iż w ofercie wskazano produkt innego producenta, którego
nie można zidentyfikować." (str. 13 odwołania część IV pkt 4 lit. c).

Innymi słowy, konsorcjum Siltec twierdziło, że oznaczenie „HRC-U" z oferty nie jest wystarczające wobec oznaczenia producenta „Ranger HRC-U", a także, że identyfikacja kamery termowizyjnej innego producenta (skoro nie jest to kamera FLIR) Systems Inc.), rzekomo zaoferowana przez przystępującego BSC, nie jest możliwa.

Skład orzekający Izby oceny takiej nie podzielił, ponieważ oznaczenie „HRC-U" nie występuje w przypadku innej kamery niż Ranger (niczego przeciwnego konsorcjum Siltec ani nie twierdziło, ani tym bardziej nie wykazało), a skoro tak to mamy do czynienia li tylko z niezgodnością formalną, która nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty przystępującego BSC z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, tj. co do meritum.

W konsekwencji stwierdzić należy, że złożone przez przystępującego BSC zamawiającemu sprawozdanie z badań nr 03/PB09/PCA/2020 z dnia 11 marca 2020 r. z Instytutu Optoelektroniki Wojskowej Akademii Technicznej z Warszawy (00-908), odnoszące się do FLIR Ranger HRC-U dotyczy kamery HRC-U, ponieważ jest to ten sam typ kamery termowizyjnej.

Uzupełniająco, w odniesieniu do kwestii oznaczenia producenta/marki kamery termowizyjnej, dostrzec należy, że w ww. sprawozdaniu podano „*FLIR*", a nie „*FLIR Systems Inc."*

Tym samym, wobec poprawności wskazanych przez przystępującego BSC oznaczeń zarówno w pkt. 4, jak i pkt. 6 Formularza ofertowego rozważania co do potrzeby sanowania tego formularza z wykorzystaniem „narzędzi" przewidzianych w ustawie Pzp jest bezprzedmiotowe.

Uzupełniająco skład orzekający Izy wskazuje, że złożona na rozprawie przez konsorcjum BSC oferta, jaką otrzymał od producenta FLIR także zawiera oznaczenie „HRC-U" (str. 8, 9, 10), co potwierdza, że oznaczenie kamery termowizyjnej było wystarczające do jej identyfikacji.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego BSC.

Zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Z. na wezwanie zamawiającego z dnia 12 maja 2020 r., czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 11 maja 2020 r. odwołujący zawiadomił zamawiającego, że:

- konsorcjum Z. nigdy nie prosiło M. P. o złożenie oferty podwykonawczej i oferta taka nie została złożona ani na prośbę konsorcjum, aniz inicjatywy własnej,
- M. P. nie składał konsocjum Z. ani propozycji, ani tym bardziej wiążącej oferty na dostawę pojazdu bazowego wraz z zabudową przystosowaną do integracji systemowej oraz zabezpieczenie serwisu pojazdu zgodnie z A.I.14 SIWZ,
- M. P. nigdy nie wyraził zgody na to by być podwykonawcą konsorcjum Z..

Pismem z dnia 12 maja 2020 r. zamawiający wezwał konsorcjum Z., w następstwie pisma odwołującego z dnia 11 maja 2020 r. dotyczącego podwykonawstwa w ofercie konsorcjum Z., do złożenia - na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień. Wezwanie to dotyczyło oczekiwania zamawiającego odniesienia się przez konsorcjum Z. do pisma odwołującego z dnia 11 maja 2020 r.

13 maja 2020 r. konsorcjum Z. złożyło, liczące pięć i pół strony pismo.

Strona 1 i 2 (bez ostatnich 8 wierszy) to *„Zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa”*, w którym konsorcjum Z. prezentuje przepisy znajdujące (w jego ocenie) zastosowanie oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (cytuje fragmenty 3 wyroków).

Ostatnie 8 wierszy strony 2, strona 3 i dwa wiersze strony 4 to „Uzasadnienie 1. Uwagi wstępne.” Tytuł tej części wystarczająco charakteryzuje jej zawartość, stanowiąc w istocie kontynuację „podbudowy teoretycznej” z strony 1 i 2 (przepisy, orzeczenia TS UE, uwagi co do powinności zamawiającego przy ocenie zastrzeżeń). Część ta kończy się zdaniem: „W świetle powyższego należy więc stwierdzić, że - jak wykażemy w dalszej części niniejszego pisma - informacje zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa spełniają wymogi pozwalające na uznanie ich za informacje poufne i powinny być jako takie traktowane przez Zamawiającego, a ich nieuprawnione ujawnienia może narazić Wykonawcę na szkodę."

Strona 4 (bez 2 pierwszych i 3 ostatnich wierszy) to „2. Informacje, które zostaną zawarte w wyjaśnieniach dotyczących treści złożonej oferty”, tj. następująca treść: „Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia czy firma STEELER M. P. złożył Wykonawcy ofertę podwykonawczą, co wymaga podania informacji na temat poszczególnych elementów cenotwórczych w tym: kalkulację ceny z wykazaniem cen elementów ofertowych, przeglądów, wykonywanych prac, długości okresu gwarancji, realizacji warunków gwarancyjnych, cen materiałów eksploatacyjnych.

Powyższe informacje stanowią wartość gospodarczą obu współpracujących firm, przekładając się na ich pozycję na rynku konkurencyjnym.

Charakter informacji dotyczący organizacji współpracy obu firm jest powszechnie uznawany za wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, podlegającą zastrzeżeniu ich poufności, tj. objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Bezpośrednie zagrożenie naszych interesów w przypadku ujawnienia informacji, które zostaną przedstawione w Wyjaśnieniach polega na możliwości wykorzystania przez konkurentów (innych przedsiębiorców działających na rynku).

Sposób w jaki odtajnienie powyższych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zagraża interesowi Wykonawcy związany jest bezpośrednio z charakterem tych informacji, jako posiadających wartość gospodarczą. Nie można uznać, że informacje objęte tajemnicą, a należące choć do jednej ze wskazanych wyżej grup nie mają wartości gospodarczej. Każda w nich samodzielnie, jak również w powiązaniu z inną ma określoną wartość gospodarczą. Ich ewentualne odtajnienie mogłoby spowodować, że stracą one wartość ekonomiczną powodując zaoszczędzenie wydatków ponoszonych przez wykonawców prowadzących działalność konkurencyjną względem Wykonawcy na opracowanie koncepcji technicznej, technologicznej czy organizacyjnej, procedur negocjacyjnych, a tym samym kosztem wiedzy i doświadczenia i wypracowanego przez wykonawcę know-how, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz godzący w interesy wykonawcy, które podlegają ochronie prawnej

Strona 4 (trzy ostanie wiersze), 5 i prawie połowa strony 6 (12 wierszy) to „3.Brak ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa."

Do pisma z dnia 13 maja 2020 r. konsorcjum Z. nie załączyło żadnych dokumentów czy materiałów.

Przystępujący Z. udzielił wyjaśnień przy piśmie z dnia 15 maja 2020 r.

Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne i nie udostępnił pozostałym wykonawcom treści wyjaśnień (oraz załączników do nich).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp brzmi: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu."

Sięgając do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do art. 11 ust. 2, stwierdzić należy, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie o sygn. akt KIO 1322/20 poza sporem było to, kiedy konsorcjum Z. zastrzegło informacje (zastrzeżenie nie było spóźnione) oraz to, że czy były to informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (nie były).

Sporne było to, czy konsorcjum Z., jak wymaga tego przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykazało, że informacje podane w wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2020 r. (pismo wraz z załącznikami) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem czy zastrzeżenie było skuteczne.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2017 r., zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2087/17 skład orzekajacy Izby wskazuje: „(...) przywołana powyżej regulacja, jakkolwiek umożliwia przedsiębiorcy ochronę informacji wrażliwych, stanowiąc wyłom od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej warunkuje skorzystanie z tego przywileju wykazaniem *(podkreślenie Izby), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji, która weszła w życie 19 października 2014 r. (ustawa z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2014.1232) stwierdzono wręcz, że zmiana przepisu art. 8 ust. 3 Pzp ma przeciwdziałać patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, „którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego." (uzasadnienie do projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 1653, Sejm RP VII Kadencji).*

W konsekwencji stwierdzić należy, że aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiekolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Zaznaczyć na marginesie należy, że rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym.

Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby zaprzeczenie wspomnianemu ratio legis komentowanego przepisu. ”

Podkreślenia wymaga, że „Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (...)”[za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2016 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16].

Warto także w tym miejscy przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku z dnia 14 listopada 2017 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 2267/17, KIO 2290/17:„(...) Bez wątpienia sformułowanie „wykazał” ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał” nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił”, to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił”” oraz wyroku z dnia 30 marca 2017 r. - sygn. akt KIO 464/17, w którym stwierdzono „I choć ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek „jedynie” wykazania (nie zaś obowiązek udowodnienia), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to obowiązek ten nie może sprowadzać się do złożenia przez wykonawcę oświadczeń, czy zapewnień, a to ze względu na rozumienia wyrazu „wykazać” w języku polskim, tj. jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący. Wykonawcy wolno wiec zrobić więcej, tj. udowodnić, ze zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak nie wolno mu - o ile informacje mają pozostać niedostępne dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zrobić mniej niż wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa".

Jak stwierdziło to już samo konsorcjum Z. w piśmie z dnia 13 maja 2020 r. (taki jest wydźwięk powyżej zacytowanego zdania z przełomu stron 3 i 4) część tego pisma, której celem miało być wykazanie zasadności zastrzeżenia informacji w piśmie z dnia 15 maja 2020 r. to część na stronach 4,5 i połowie strony 6.

Odnosząc się do tejże części, skład orzekający Izby stwierdził, że - jak trafnie podsumowało konsorcjum Siltec całą treść pisma z dnia 13 maja 2020 r. - uzasadnienie tam ujęte jest „ogólne i teoretyczne” (str. 19 odwołania część VII pkt 11).

Ocena, że jest to zastrzeżenie ogólne i teoretyczne uzasadniona jest brakiem powiązania pomiędzy treścią zastrzeżeń a informacjami zawartymi w wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2020 r. (i załącznikach).

To rolą i obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego informacje jest wykazanie zasadności zastrzeżeń stąd nie może on oczekiwać, że zamawiający samodzielnie rozszyfruje o jakich konkretnie informacjach mowa lub, że będzie kierował do wykonawcy dalsze zapytania.

Kluczowe zdanie tej części uzasadnienia, tj. „*Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia czy firma STEELER M. P. złożył Wykonawcy ofertę podwykonawczą, co wymaga podania informacji na temat poszczególnych elementów cenotwórczych w tym: kalkulację ceny z wykazaniem cen elementów ofertowych, przeglądów, wykonywanych prac, długości okresu gwarancji, realizacji warunków gwarancyjnych, cen materiałów eksploatacyjnych,,* ma w istocie (po raz kolejny) charakter ogólny, ponieważ ze zdania tego nie wynika nawet, czy i które informacje ze wskazanej „listy” (kalkulacja ceny z wykazaniem cen elementów ofertowych, przeglądów, wykonywanych prac, długości okresu gwarancji, realizacji warunków gwarancyjnych, cen materiałów eksploatacyjnych) oferta podwykonawcza firmy M. P. zawiera, a jedynie, że tego rodzaju informacji wymagają oczekiwane przez zamawiającego wyjaśnienia.

Nie sposób także nie dostrzec, że załączniki do pisma z dnia 15 maja 2020 r. to nie tylko dokumenty pochodzące z firmy M. P., ale także od innych podmiotów. W piśmie z dnia 13 maja 2020 r. załączniki te zostały całkowicie pominięte, a przecież także (na wniosek konsorcjum Z.) nie zostały udostępnione.

Konsorcjum nie wyjaśniło dalej, dlaczego np. informacje o długości gwarancji „*stanowią wartość gospodarczą*” i to „obu współpracujących firm” i dlaczego przekładają się na pozycję ich obu na rynku konkurencyjnym.

Nie jest także wiadomym, które informacje z „listy” miałyby dotyczyć organizacji współpracy obu firm.

Nie jest nadto wiadomym o jakim bezpośrednim zagrożeniu interesów mowa w przypadku ujawnienia informacji.

Dalsza treść zastrzeżeń w omawianej części, choć w zamyśle konsorcjum Z. miała wykazywać zasadność

zastrzeżenia konkretnych informacji, ponownie ma charakter ogólny, edukacyjny. („Sposób w jaki odtajnienie powyższych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zagraża interesowi Wykonawcy związany jest bezpośrednio z charakterem tych informacji, jako posiadających wartość gospodarczą. Nie można uznać, że informacje objęte tajemnicą, a należące choć do jednej ze wskazanych wyżej grup nie mają wartości gospodarczej. Każda w nich samodzielnie, jak również w powiązaniu z inną ma określoną wartość gospodarczą. Ich ewentualne odtajnienie mogłoby spowodować, że stracą one wartość ekonomiczną powodując zaoszczędzenie wydatków ponoszonych przez wykonawców prowadzących działalność konkurencyjną względem Wykonawcy na opracowanie koncepcji technicznej, technologicznej czy organizacyjnej, procedur negocjacyjnych, a tym samym kosztem wiedzy i doświadczenia i wypracowanego przez wykonawcę know-how, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz godzący w interesy wykonawcy, które podlegają ochronie prawnej.").

Z tego względu, iż w świetle pisma konsorcjum Z. z 13 maja 2020 r. nie można uznać, że konsorcjum to wykazało, że informacje z pisma z 15 maja 2020 r. są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi lub innymi (skoro właściwie nie wiadomo jakie to informacje), posiadającymi wartość gospodarczą, rozważanie czy konsorcjum podjęło wystarczające działania w celu utrzymania ich w poufności (czemu poświęcono kolejne strony pisma) pozostaje już bez znaczenia.

Zwrócić ponownie należy uwagę na spoczywający na konsorcjum Z. ciężar wykazania, któremu konsorcjum to ni sprostało, składając zamawiającemu uzasadnienie ogólne i nie składając żadnych dokumentów/materiałów dotyczącycl czy to charakteru zastrzeganych informacji, ich wartości gospodarczej, czy starań, jakie podjęło w celu utrzymania ich v poufności, choć - jak wynika z ostatniego akapitu na str. 5 pisma z dnia
13 maja
2020 r. i przebiegu rozprawy - jakieś procedury, co najmniej w Korporacji Wschód Sp. z o.o., istnieją.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do uznania, że konsorcjum Z. wykazało, że iż zastrzegane przez to konsorcjum informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym uznał, że bezzasadnie odmówił ich udostępnienia.

Wobec potwierdzenia się tego zarzutu skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu udostępnienie wykonawcom wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Z. pismem z dnia 15 maja 2020 r. (wraz z załącznikami), uznając, że naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), ponieważ inni wykonawcy będą mogli dopiero po zapoznaniu się z treścią tych wyjaśnień (wraz z załącznikami) poddać ocenie, czy oferta tego konsorcjum jest zgodna z treścią SIWZ.

Zarzut dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z ustawą Pzp i SIWZ się nie potwierdził.

Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BSC. Skoro jednak zarzut ten się nie potwierdził, to skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się także ten zarzut, a zamawiającemu nie można przypisać naruszenia przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania podania wszystkich powodów odrzucenia oferty konsorcjum Z. się nie potwierdził.

Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Z. (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5) oraz w następstwie zaniechania wykluczenia tego konsorcjum (na podstawie art. 24 ust. 12, 16 i 17 ustawy Pzp).

Skoro jednak zarzuty te się nie potwierdziły, to skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się także ten zarzut, a zamawiającemu nie można przypisać naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wskazania przez konsorcjum Siltec (str. 3 odwołania część III pkt 10) jako jednej z podstaw odrzucenia oferty konsorcjum Z. (w wyniku wykluczenia) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skład orzekający Izby zauważa, że przepis ten znajduje zastosowania w przypadku, gdy oferta została złożona przez wykonawcę uprzednio wykluczonego (co może dotyczyć przetargu ograniczonego, ale nie przetargu nieograniczonego).

Odnosząc się do złożonych na rozprawie przez konsorcjum Siltec dokumentów, skład orzekający Izby wskazuje,

co następuje.

1. oświadczenia z dnia 1 i 2 czerwca 2020 r. Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Komunikacji RP (1) (2) na okoliczność, że podanie oznaczenia typ „pick-up" jest zgodne z wymaganiami przedmiotowego postępowania były zbędne, a to wobec wynikającej z SIWZ dowolności w oznaczeniu typu pojazdu po zabudowie,
2. korespondencja pomiędzy członkiem konsorcjum Siltec a Z. Sport Sp. z o.o. (3) była nieprzydatna, a to wobec braku tezy dowodowej.

Odnosząc się do złożonych na rozprawie przez konsorcjum BSC materiałów i dokumentu, tj. wyciągu ze strony internetowej (różne Toyoty Hilux - 4 różne zdjęcia) (1) oraz świadectwa zgodności WE Toyota (2) na okoliczność, że nie jest możliwym wskazanie producenta „z dokładnością" co do nazwy spółki oraz, że Toyota Hilux może być oznaczana nie tylko jako AN1P, ale również jako inne typy było zbędne, a to wobec wynikającej z SIWZ dowolności co do stopnia precyzji oznaczenia producenta i typu pojazdu po zabudowie.

Odnosząc się do złożonej na rozprawie przez konsorcjum BSC oferty, jaką otrzymał od producenta FLIR (3) na okoliczność prawidłowego oznaczenia producenta kamery termowizyjnej, skład orzekający Izby wskazuje, że była ona w tym kontekście zbędna, a to wobec wynikającej z SIWZ dowolności co do stopnia precyzji oznaczenia producenta.

sygn. akt KIO 1325/20

Zarzut zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp względem oferty przystępującego BSC", która nie odpowiada treści SIWZ, przy czym niezgodność ta nie ma charakteru omyki podlegającej poprawieniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W części B rozdział VII.VI11 OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający podał wymóg co do zawieszenia pojazdu bazowego - prześwitu pod każdą osią, tj. nie mniejszy niż 240 mm (po modyfikacji) oraz kąta natarcia, tj. nie mniejszy niż 31°.

W rozdziale XVIII pkt 1 SIWZ ustalił, jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert, prześwit, przypisując mu znaczenie 10% i podając w pkt. 1.3., że punkty w tym kryterium zostaną przyznane w oparciu o informacje zawarte w złożonej ofercie: za prześwit powyżej 240 mm (po modyfikacji) - 10 pkt, za prześwit wynoszący 240 mm - 0 pkt.

W Formularzu ofertowym w pkt. 4 przystępujący BSC oświadczył: oferowany przez nas pojazd po zabudowie Ford, typ 2AB, model Ranger posiada następujące parametry: prześwit powyżej 240 mm. - 10 pkt (prześwit wynosi 242 mm.)"

Pismem z dnia 21 maja 2020 r. przystępujący BSC został zawiadomiony przez zamawiającego, że jego oferta została oceniona najwyżej („otrzymała w rankingu złożonych ofert najwyższą punktację tj. 100 pkt.") oraz wezwany, na podstawie art. 26 ust.1 ustawy Pzp do złożenia m.in. „Przykładowego świadectwo zgodności WE wraz z oświadczeniem zawierającym dane i informacje o pojeździe niezbędne do rejestracji i ewidencji pojazdu bazowego lub równoważny dokument homologacyjny, potwierdzające spełnienie przez oferowaną wersje pojazdu bazowego wymaganych warunków technicznych" - „w celu potwierdzenia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego"

Przystępujący BSC, przy piśmie z dnia 22 maja 2020 r., złożył zamawiającemu Świadectwo zgodności WE dla pojazdu marki Ford typu 2AB wariantu YN2X4P wersji 51DBAEE4 oznaczeniu handlowym Ranger.

Pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. wykonawcy zostali zawiadomieni przez zamawiającego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty przystępującego BSC.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut sprowadza się do tego, że zaoferowany przez przystępującego BSC pojazd po zabudowie nie spełnia wymogu, będącego jednocześnie jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert, co do prześwitu pod każdą osią, a także nie spełnia wymogu co do kąta natarcia, ponieważ pojazd bazowy w ww. wariancie i wersji (będący podstawą do zabudowy) posiada prześwit wynoszący jedynie 237 mm (zamiast wymaganego powyżej 240 mm i wskazanego w ofercie przystępującego BSC 242 mm) i kąt natarcia 29° (zamiast wymaganego 31°) w sytuacji, gdy modyfikacja fabrycznego zawieszenia pojazdu bazowego, która miałaby prowadzić do podniesienia obu parametrów do wymaganych wielkości, tak ze względów ekonomicznych, jak i technicznych nie jest możliwa, a z czym zresztą (z modyfikacją fabrycznego zawieszenia) wiązałaby się utratą gwarancji producenta i serwisu (a przystępujący BSC własnego serwisu „w *promieniu 150 km od siedzib jednostek Straży Granicznej"* - jak wymaga zamawiający w części B rozdział VIII. XVIII OPZ - nie posiada).

Odwołujący, który postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BSC i domaga się nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności winien choćby uprawdopodobnić (jak uczynił to w odniesieniu do rzeczywistej masy całkowitej PJN na bazie wersji Raptor), że „bez utraty homologacji" np. poprzez zastosowanie większych kół (jak wskazał przystępujący BSC) nie jest technicznie możliwe osiągnięcie prześwitu 242 mm i kata natarcia 31°.

Skład orzekający Izby zauważa, że ocena odwołującego co do braku staranności zamawiającego w badaniu i ocenie oferty przystępującego (jak trafnie podnosił przystępujący BSC na rozprawie takiego zarzutu odwołujący odwołaniem nie objął) i oczekiwanie „większej staranności" zmierza w istocie do tego, aby zamawiający zmienił wynikający z SIWZ sposób oceny w szczególności w zakresie prześwitu. Skoro bowiem zamawiający wprost wskazał w rozdziale XVI11 pkt 1.3., że punkty w tym kryterium zostaną przyznane w oparciu o informacje zawarte w złożonej ofercie - w oparciu o oświadczenie wykonawcy, i tak też przyznał punkty, oceniając ofertę przystępującego BSC, to o braku staranności - w świetle SIWZ - nie może być mowy.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego BSC.

Zarzut niewłaściwego zastosowania art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na wyborze oferty podlegającej odrzuceniu nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BSC, skład orzekający Izby ocenił, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Skoro bowiem oferta odwołującego nie podlega odrzucenia to mogła i została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 189 ust. 1 tejże ustawy skład orzekający Izby wydał wyrok łączny w sprawach o sygn. akt KIO 1319/20, KIO 1322/20 i KIO 1325/20.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

Członkowie