

WYROK

z dnia 29 września 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna . Packo

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr . Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bracia S. W. S. z siedzibą w Warszawie oraz Concept Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej**

w postępowaniu prowadzonym przez

Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Korporacja Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Z. Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bracia S. W. S. oraz Concept Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bracia S. W. S. oraz Concept Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bracia S. W. S. oraz Concept Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie: Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Straży Granicznej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę przewoźnych jednostek nadzoru” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 059-140925. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bracia S. W. S. oraz Concept Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który próbował wpłynąć na decyzje zamawiającego w sposób bezprawny oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 354 Kodeksu cywilnego, tj. zaniechanie weryfikacji, czy oferta wykonawcy spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez faktyczną możliwość wypełnienia wymagania z punktu II.1.14 opisu przedmiotu zamówienia pomimo tego, że w toku postępowania ujawniły się okoliczności wskazujące na ewidentny brak możliwości spełnienia tego wymagania w sposób deklarowany w ofercie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty, która nie spełnia wymagania powołanego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia,

3.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Korporacja Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Z. Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanych dalej „Konsorcjum Z.” lub „Przystępującym”, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum Z. z postępowania, odrzucenia oferty Konsorcjum Z., ponownej oceny ofert bez udziału oferty Konsorcjum Z., a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 10 sierpnia 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Konsorcjum Z.. Ustalenie wyniku postępowania jest ustaleniem powtórным, ze względu na orzeczenie KIO z 24 lipca 2020 r. w sprawach KIO 1319/20, KIO 1322/20 oraz KIO 1325/20. W pierwotnie ustalonym wyniku postępowania ofertą uznaną za najkorzystniejszą była oferta Odwołującego, zaś oferta Konsorcjum Z. była uznana za podlegającą odrzuceniu. KIO zanegowała zastosowaną przez Zamawiającego przesłankę odrzucenia oferty Konsorcjum Z., tj. podanie typu pojazdu po zabudowie niezgodnie z rozporządzeniem Komisji z 14 lipca 2011 r. nr 678/11, które ustalało ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i nakazała ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Z.. Orzeczenie KIO nie dotyczyło jednak innych aspektów z treści oferty Konsorcjum Z., gdyż te nie były objęte wcześniejszymi odwołaniami. W szczególności odwołania wobec czynności Zamawiającego dotyczących oferty Konsorcjum Z. nie wnosił Odwołujący ze względu na brak interesu w jego wniesieniu, gdyż oferta Odwołującego, niezależnie od sposobu oceny oferty Konsorcjum Z., była uznana za najkorzystniejszą. Ponadto Odwołujący nie dysponował pełną wiedzą o ofercie Konsorcjum Z., gdyż dokumenty dotyczące tej oferty zostały, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożone dopiero po uznaniu tej oferty za najwyżej ocenioną.

Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez KIO sprawia, że obecnie zaniechania Zamawiającego polegające na nieodrzućeniu oferty Konsorcjum Z. ze względu na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia godzą w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a datą, w której zaniechania te miały miejsce, jest ponowiona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w której zaniechań tych nie wyeliminowano. Ponadto w sprawie zaszyły nowe okoliczności, które w ocenie Odwołującego muszą być podstawą wykluczenia Konsorcjum Z. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Z., które próbowało wpłynąć na decyzje Zamawiającego w sposób bezprawny oraz rozpowszechniało nieprawdziwe informacje o innym przedsiębiorcy tj. Odwołującym, Odwołujący wskazał, że w toku rozprawy w sprawach KIO 1319/20, KIO 1322/20 oraz KIO 1325/20 przedstawiciel Konsorcjum Z., tj. występujący w

roli pełnomocnika Konsorcjum prezes zarządu jednego z konsorcjantów, J. B., złożył znieślawiające pismo o rzekomej zabronionej i bezprawnej współpracy między Zamawiającym a przedstawicielami firmy Odwołującego, polegającej m.in. na nielegalnym wglądzie przedstawicieli tej firmy do komputera Zamawiającego i innych nieformalnych kontaktach Odwołującego z Zamawiającym (pismo złożone w toku ww. postępowania odwoławczego sygn. KIO 1319/20, KIO 1322/20 oraz KIO 1325/20). Pismo to nie zawierało, a ze względu na nieprawdziwość zamieszczonych w nim twierdzeń zawierać nie mogło, żadnych dowodów na poparcie zawartych w nim pomówień.

W związku z tym 10 sierpnia 2020 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego oświadczenie o bezpodstawności podniesionych zarzutów i wpływie takiej czynności Konsorcjum Z. na dalszy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, ustalając wynik postępowania, nie zbadał tej bezprawnej czynności Konsorcjum Z. i mimo takiego obowiązku nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania.

Pismo złożone w toku postępowania przed KIO jest czynnością dokonaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a w trakcie jego składania postępowanie o udzielenie zamówienia toczyło się. Złożenie pisma tej treści stanowi pomówienie (znieślawienie w świetle art. 212 Kodeksu karnego), czyli czynność bezprawną skutkującą koniecznością wykluczenia oszczercy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poruszone w piśmie wątki rzekomej niedozwolonej współpracy między pomówionym wykonawcą a pomówionym Zamawiającym muszą być ocenione jako próba zastraszenia osób dokonujących czynności po stronie Zamawiającego, w nadziei, że osoby te, chcąc uniknąć dalszych bezpodstawnych pomówień, zweryfikują swoje oceny i wybiorą wykonawcę innego niż Odwołujący, aby w ten sposób zaprzeczyć tezom stawianym w piśmie. Już sama próba takiego wpływu, niezależnie od tego, czy osiągnęła ona zamierzony skutek, zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego.

Czynność złożenia ww. pisma jest jednocześnie naruszeniem art. 14 ust. 1 ustawy

Ozwalczaniu nieuczciwej konkurencji skutkującym koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pismo skierowane do szerokiego kręgu odbiorców - w praktyce nieograniczonego poprzez jawność protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz jawność rozprawy przed KIO - jest rozpowszechnianiem informacji. Informacje te są nieprawdziwe. Celem tego pisma, co wydaje się oczywiste, jest przysporzenie sobie korzyści i wyrządzenie szkody Odwołującemu poprzez nieuczciwe wyeliminowanie tego wykonawcy z przetargu (utrata korzyści)

1. uzyskanie zamówienia przez Konsorcjum Z.

W zakresie zarzutu zaniechania weryfikacji, czy oferta Przystępującego spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia pomimo tego, że w toku postępowania ujawniły się okoliczności wskazujące na brak możliwości spełnienia tego wymagania w sposób deklarowany w ofercie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Z., Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Z. w swojej ofercie wskazało, że posłuży się podwykonawcą M. P. To ten podwykonawca posiadał zgodę producenta pojazdu bazowego do wykonywania zabudów. Posiadanie takiej zgody było, zgodnie z punktem II.A.1.14 opisu przedmiotu zamówienia, niezbędnym wymogiem dla złożenia oferty. Wskutek zarzutu podniesionego w odwołaniu (już rozstrzygniętym przez KIO) składanym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Siltec Sp. z o.o. oraz M. P. stało się jasne, że skorzystanie z podwykonawstwa M. P. będzie niemożliwe. KIO słusznie oddaliła zarzut odwołania, który dotyczył tego zagadnienia, gdyż zarzut ten

sformułowano w ten sposób, że podwykonawca M. P. nieskutecznie udostępnił swoje kompetencje (w tym możliwość skorzystania ze zgody producenta pojazdu na zabudowę), bowiem zrobił to jedynie wobec jednego konsorcjanta. Samo to, w ocenie KIO, nie mogło być podstawą eliminacji oferty Konsorcjum Z.

Jednakże w toku rozprawy przed Izbą w sprawach KIO 1319/20, KIO 1322/20 oraz KIO 1325/20 pełnomocnik M. P. oświadczył, że pan P. nie podejmie współpracy z konsorcjum, w skład którego wchodzi, poza Z. Sp. z o.o., także inny podmiot, tj. Korporacja Wschód Sp. z o.o. Oświadczenie to i jego skutki umknęło uwadze Zamawiającego, a z jego treści wynika, że oferta Konsorcjum Z. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego wcześniej Zamawiający nie wiedział. Jednakże w chwili, w której informacje te posiadał, nie mógł uchylić się od uzyskania stosowanych wyjaśnień co do stanu faktycznego i interpretacji treści oferty w zakresie spełniania wymogu z punktu II.A.I.14 opisu przedmiotu zamówienia. Brak takiego wyjaśnienia prowadzi bowiem do przyjęcia oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, która jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący stwierdził, że stanowiący składnik przedmiotu zamówienia (przewoźnej jednostki nadzoru - PJN) pojazd bazowy nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W punkcie A.II. opisu przedmiotu zamówienia zatytułowanym „Ukompletowanie” na PJN składa się m.in: nośnik - pojazd bazowy, na którym zostaną zainstalowane wymagane przez Zamawiającego urządzenia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie dopuszcza możliwości przebudowy pojazdu bazowego stanowiąc jedynie, iż instalowane będą na nim urządzenia i dodatkowe wyposażenie. Jest to zgodne z wielokrotnie używaną później nomenklaturą „pojazd po zabudowie”, która wskazuje, iż przewidywana jest zmiana elementów nadwozia i instalacja wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia wyposażenia, a nie przebudowa nośnika. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w szeregu postanowieniach wskazał, jakie wymagania powinien spełniać zarówno pojazd bazowy, jak i pojazd po zabudowie. Podstawowe wymagania wobec pojazdu po zabudowie, Zamawiający zawarł m.in. w rozdziale B.III opisu przedmiotu zamówienia, zaś wymagania wobec pojazdu bazowego w rozdziale B.II opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z tymi wymaganiami pojazd bazowy musi być homologowany według określonej kategorii oraz zgodnie z punktem B.II.1, spełniać „inne wymagania określone przez zamawiającego”. Z kolei, zgodnie z punktem B.II.3 opisu przedmiotu zamówienia, homologacja pojazdu bazowego ma potwierdzać „spełnienie przez oferowaną wersję pojazdu bazowego wymaganych warunków technicznych”. Wymagania techniczne Zamawiający określił w rozdziale B.VII opisu przedmiotu zamówienia „Parametry techniczne” i te wymagania powinien spełniać homologowany pojazd bazowy.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekiwał także, aby - co oczywiste - wymagania techniczne spełniał także pojazd po zabudowie. Wymagał w tym celu (pkt B.VIII.XX pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia) złożenia odpowiedniego zaświadczenia. Takie wymagania wskazują, że Zamawiający na podstawie świadectwa homologacji sprawdza spełnienie warunków przez pojazd bazowy (tj. czy pojazd bazowy pozwala na osiągnięcie parametrów wymaganych od pojazdu po zabudowie), a następnie - weryfikacji po zabudowie, czy wymagania te nie zostały utracone wskutek zabudowy. Zabudowa nie może prowadzić do utraty homologacji przez pojazd (pkt B.VIII.XX pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia).

Jednym z wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych (pkt B.VN.VNI opisu przedmiotu zamówienia) był odpowiedni prześwit pod każdą z osi, co najmniej 240 mm (wersja specyfikacji istotnych warunków zamówienia po zmianach). Nie ulega wątpliwości, że oferowany przez Konsorcjum Z. pojazd bazowy, tj. Toyota Hilux typ ANP1, zgodnie z homologacją poświadczaną świadectwem zgodności WE dostarczoną przez Konsorcjum Z. wraz z ofertą, stosownie do punktu B II ppkt 3 opisu przedmiotu zamówienia, nie osiąga takiego prześwitu niezależnie od wersji. Oznacza to brak spełnienia wymagań z punktów B.II.1 i B.II.3 opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którymi już pojazd bazowy miał spełniać wymagania Zamawiającego oraz warunki techniczne. Pojazd ten ma prześwit pod tylną osią jedynie 227 mm, zaś pod przednią osią 239 mm, co potwierdza Toyota Poland (dokument taki złożyło Konsorcjum Z. w poprzednim postępowaniu odwoławczym). Fakt ten potwierdza także dołączona do niniejszego odwołania opinia rzeczoznawcy samochodowego z 21 maja 2020 r. W treści opinii rzeczoznawca, po dokonaniu badania kilku wersji pojazdu Toyota Hilux, stwierdził, iż prześwit pod tylną osią nigdy nie przekracza 228 mm. Już ten fakt jest wystarczający dla obligatoryjnego odrzucenia oferty Konsorcjum Z..

Wymagania dotyczące prześwitu w punkcie B.VII.VIII opisu przedmiotu zamówienia zamawiający odniósł do „pojazdu po zabudowie”, jednak ze względu na brak zgody na przebudowę pojazdu bazowego wymagania takie muszą dotyczyć już pojazdu bazowego. Zamawiający wskazał, że zabudowa nie może pogorszyć parametrów pojazdu bazowego uwidocznionych w dokumentach homologacyjnych.

Zwiększenie prześwitu pod osiami pojazdu można uzyskać jedynie poprzez zwiększenie średnicy kół lub całkowitą wymianę lub przebudowę zawieszenia. Zastosowanie większych kół wymagałoby kół o średnicy o 26 mm większej niż koła fabrycznie stosowane w typie pojazdu Toyota Hilux i dopuszczone świadectwem homologacji. Świadectwo przedstawione przez Konsorcjum Z. nie przewiduje możliwości zastosowania kół innych niż standardowe, gdyż podaje się w nim jedynie jeden dopuszczalny zespół opon, o wymiarach: 265/60R18 110H. Zastosowanie innych opon byłoby więc niezgodne z homologacją oraz zmieniałoby wiele innych właściwości pojazdu. Przy tak dużym zwiększeniu średnicy koła konieczne byłoby m.in. wycięcie nadkola i ingerencja w system trakcji pojazdu. Zmieniałaby się też wysokość pojazdu, co byłoby niezgodne z punktem B.VII.VI, zgodnie z którym wysokość ma być zgodna z dokumentacją homologacyjną. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie tylko nie przewiduje dopuszczenia zmiany wielkości kół na odbiegające od dokumentacji homologacyjnej pojazdu bazowego, ale w punkcie B.VNI.VN wskazuje, że ogumienie dostarczonego pojazdu musi być dopuszczone przez producenta pojazdu bazowego.

Z kolei ewentualna przebudowa zawieszenia zwiększająca prześwit pod tylną osią o 13 mm, tak, by spełnić warunki opisu przedmiotu zamówienia i uzyskać 240 mm, lub też o 27 mm, by spełnić założenie Konsorcjum Z. przedstawione w ofercie, zgodnie z którą deklarowano prześwit w wysokości „255 mm (+/-14 mm)”, stanowi poważną ingerencję w konstrukcję pojazdu bazowego, która spowoduje, iż pojazd taki nie będzie mieścił się w zakresie homologacji typu pojazdu wskazanego jako nośnik.

Zmiana prześwitu przez przebudowę zawieszenia niewątpliwie zmieni wysokość pojazdu, natomiast zgodnie z punktem B.VII.VI wysokość ta ma być zgodna z danymi zawartymi w dokumentacji homologacyjnej, która dla tego pojazdu zgodnie ze złożonym przez Konsorcjum Z. świadectwem zgodności wynosi 1815 mm.

W punkcie B.VII.VI opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wyraźnie zabronił jakichkolwiek zmian, które zmieniałyby wysokość pojazdu w stosunku do podanej w dokumentach homologacyjnych, tzn. ponad 1815 mm.

To, jaki nośnik dany oferent planuje zastosować, miał on potwierdzić przedstawiając odpowiednie dokumenty homologacyjne. Konsorcjum Z. wskazało konkretny typ Toyota Hilux poprzez przedstawienie wystawionego przez Toyotę świadectwa zgodności WE. W przypadku, gdyby Konsorcjum Z. przebudowało zawieszenie Toyoty Hilux, pojazd bazowy w efekcie uzyskany nie byłby już Toyotą Hilux zgodną z zaprezentowaną dokumentacją homologacyjną, ale innym pojazdem, który nie mieściłby się w typie pojazdu, dla którego wydano homologacyjne świadectwo zgodności.

W tym stanie rzeczy konieczne jest uznanie, że oferta bazująca na pojeździe Toyota Hilux nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby jednak możliwość zapewnienia prześwitu pod każdą z osi co najmniej 240 mm budziła wątpliwości - Odwołujący wniósł o powołanie biegłego z zakresu budowy pojazdów samochodowych w celu wykazania, że pojazd Toyota Hilux typ ANP1, tj. typ zgodny z homologacją poświadczaną świadectwem zgodności WE dostarczonym przez Konsorcjum Z. wraz z ofertą, nie może osiągnąć prześwitu w wysokości 240 mm pod każdą z osi pojazdu bez utraty parametrów homologowanych, wykazanych w świadectwie homologacji.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Z., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy

Ozwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Z. podało w ofercie, że pojazd oferowany po zabudowie to pojazd, którego typ określił jako TOYOTA model ZSKA MOBILE LR, a jako producenta wskazał Z. Sport Sp. z o.o. Nie ulega wątpliwości, że Toyota to marka innego producenta, a towar oferowany przez Konsorcjum Z.

1wyprodukowany przez producenta Z. Sport Sp. z o.o., to towar określony przez wykonawcę poprzez użycie nazwy właściwej dla towarów innego producenta - spółek grupy Toyota. Takie określenie swojego towaru i nazwy producenta w sposób oczywisty wprowadza w błąd, gdyż wykonawca w ofercie towar produkowany przez jednego producenta oznaczył nazwą stosowaną powszechnie jako oznaczenie towarów innego producenta. Nie wymaga dowodu, że pojazdy oznaczane jako TOYOTA to pojazdy, których producentem nie jest Z. Sport Sp. z o.o. Takie oznaczenie oferowanego

pojazdu w ofercie sprawia, że oferta ta narusza art. 3 ust. 2 w związku z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji musi być odrzucona ze względu na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z uwagi na fakt iż, odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W dalszej kolejności wniósł o jego oddalenie zasądzenie na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający wskazał, że dokonując wyboru oferty Konsorcjum Z., zrealizował orzeczenie KIO z 24 lipca 2020 r., sygn. KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20, w którym nakazano mu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przystępującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Z.. Merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania byłoby w istocie badaniem zarzutów, które zostały już rozstrzygnięte przez KIO 24 lipca 2020 r. Ocena składu orzekającego została precyzyjnie wyrażona i znalazła odzwierciedlenie zarówno w sentencji, jak i w uzasadnieniu orzeczenia, które Zamawiający zrealizował.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który próbował wpłynąć na decyzje zamawiającego w sposób bezprawny oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazał, że przedstawiciele Zamawiającego obecni na posiedzeniu KIO złożyli oświadczenie, że informacje przedstawione w treści oświadczenia pana B. są całkowicie nieprawdziwe. Ponadto przedłożone podczas rozprawy oświadczenie w żaden sposób nie wpłynęło na podejmowane przez Zamawiającego decyzje. Oświadczenie to oraz oświadczenie osób uczestniczących w rozprawie zostało skierowane do Biura Spraw Wewnętrznych Straży Granicznej celem podjęcia stosownych działań i ewentualnego skierowania sprawy na drogę postępowania cywilnego.

Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził ponadto, że zarzut dotyczący art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych jest on nieuprawniony. W ocenie Zamawiającego kwestionowane pismo było nieeleganckie, ale nie stanowi przesłanki wykluczenia wskazanej w tym przepisie, gdyż nie występują tam: próba wpłynięcia, bezprawność i czynność Zamawiającego. Pismo to zostało złożone podczas emocjonującej rozprawy. Ograniczenie liczby pełnomocników obecnych na sali powodowało komplikacje polegające na tym, iż nie wszyscy pełnomocnicy słyszeli przebieg całej rozprawy, wymieniali się informacjami na korytarzu przed salą. Zamawiający i Odwołujący byli po jednej stronie procesowej i prezentowali wspólne poglądy co do przedstawionych zarzutów, zatem wymieniali się informacjami. Opisane w piśmie wydarzenie było zwykłym wydarzeniem wynikającym z tego, że komputer Zamawiającego nie mógł się połączyć z Internetem, a urosło do wydarzenia wielkiej rangi. W wyroku KIO 156/17 wyjaśniono, co to jest bezprawność. Z protokołu z rozprawy z 21 lipca 2020 r. wynika, że pełnomocnik Odwołującego odniósł się do tej kwestii.

Pomimo nieeleganckiej formy pismo nie świadczy o nielegalności. Zgłoszenie sprawy do BSW wynika z procedur Straży Granicznej i jest tożsame z tym, co zostało zawarte w stanowisku Zamawiającego. Jeśli była to próba wpłynięcia, to nie na Zamawiającego, który zrealizował orzeczenie. Zauważa, że bezprawność to niezgodność z prawem, musi zatem wykazywać działanie sprzeczne z jakimś przepisem. Zamawiający natomiast przyjął przy ponownym badaniu ofert zasady, które wynikają z orzeczenia KIO 1319/20, KIO 1322, KIO 1325, w którym wskazano na zasady wynikające z założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. iż najpierw Zamawiający ocenia formularz oferty, potem prosi o świadectwo zgodności, a w trzecim etapie bada przy odbiorze. Zamawiający może opierać się na oświadczeniach wykonawcy i nie można negatywnie oceniać, że dokumentacja będzie dopiero na etapie odbioru.

Co do zarzutu 2. Zamawiający zauważył, że na str. 56-58 uzasadnienia Izba stwierdziła, że JEDZ Przystępującego ujawniło jedynie zamiar powierzenia prac podwykonawcy, który się zdezaktualizował, ale nie można stwierdzić, że bez

pana P. Przystępujący nie jest w stanie wykonać zamówienia. Na str. 10 protokołu z 21 lipca 2020 r. wskazano na oświadczenie Toyota Poland z 9 kwietnia 2020 r. i 18 czerwca 2020 r., z którego wynika, że Przystępujący posiada zezwolenie na zabudowę. Oświadczenie pana P. równoważne jest oświadczeniu Toyoty, zatem Zamawiający nie widział potrzeby wyjaśnienia kwestii, która została wyjaśniona podczas rozprawy. Zamawiający nie żądał udowodnienia spełnienia wymagania z punktu II.A.1.14 opisu przedmiotu zamówienia, będzie to badał dopiero na etapie odbioru, a obecnie opiera się na oświadczeniu, że zezwolenie takie Przystępujący posiada. Posiadanie zezwolenia na zabudowę wykonawca miał wykazać przy odbiorze.

Co do kwestii prześwitu Zamawiający stwierdził, że była już ona badana, przy czym przewoźna jednostka nadzoru będzie budowana wieloetapowo. Podobny zarzut pojawił się w stosunku do Odwołującego w odwołaniu KIO 1325/20. Wówczas Odwołujący wskazywał, jak spełni ten wymóg, Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał udokumentowania tej kwestii. Na str. 65 uzasadnienia wyroku KIO 1319/20, KIO 1322, KIO 1325 wskazano, że żądanie badania tej kwestii jest żądaniem, by Zamawiający zmienił sposób oceny wynikający ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli na podstawie oświadczenia. Natomiast z oświadczenia jednoznacznie wynika, że wykonawca oferuje prześwit spełniający wymagania Zamawiającego. W przypadku niespełnienia wymagania Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych.

Prześwit i wysokość Zamawiający podawał po zabudowie i nie ma to przełożenia na homologację pojazdów bazowych.

Podkreślił, że Zamawiający nie narzucał sposobu zabudowy.

Powołał się na wyrok KIO 1110/18, z którego wynika, że skoro Zamawiający w formularzu oczekiwał podania parametrów po zabudowie, to podane w ofercie parametry mają charakter deklaracji. Zamawiający zatem będzie weryfikować ich spełnienie na etapie realizacji. Według orzeczenia KIO 1319/20, KIO 1322, KIO 1325 na tym etapie Zamawiający nie weryfikuje tych parametrów, może tylko przyjąć, że to, co wykonawca oferuje, jest prawdziwe.

Zamawiany pojazd jest pojazdem do celów specjalnych, do którego odnosi się rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji i MON dotyczące pojazdów używanych przez Policję i inne służby, gdzie zawarto definicję pojazdu bazowego i specjalnego, który będzie potwierdzony homologacją pojazdu bazowego, a także dopuszczeniem jednostkowym. Pojazdu specjalnego zamawianego przez Zamawiającego na rynku nie ma i będzie on dopiero zabudowywany. Należy rozróżnić homologację typu pojazdu i homologację pojazdu jednostkowego. Z art. 70zn ust. 4 ustawy Prawo o ruchu drogowym wynika, że nie ma prawnego obowiązku dopuszczenia jednostkowego - to Zamawiający nałożył ten obowiązek.

Powołał się na art. 3 pkt 7 dyrektywy 2007/46/WE oraz art. 2 pkt 78 ustawy Prawo o ruchu drogowym - w stanie prawnym do 31 sierpnia 2020 r., natomiast od 1 września na § 3 pkt 3 rozporządzenia 2018/58 z 30 maja 2018 r.

Na pytanie, jakie parametry pojazdu bazowego wskazane w homologacji muszą być utrzymane w pojeździe po zabudowie, stwierdził, iż wskazane w punkcie B.VII.I i B.VN.N, jak też barwa pojazdu, natomiast w punkcie B.VN.VN wskazano na prześwit pod osiami. Stwierdza, iż cały punkt B ma określenie „Minimalne wymagania”, zatem pojazd po zabudowie może być zmieniony w stosunku do pojazdu bazowego i jego homologacji, jeśli nie pogorszą się jego parametry.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku dowodowego o powołanie biegłego jako bezpodstawnego i prowadzącego do przewlekłości postępowania. Podkreślił, iż w poprzednim postępowaniu odwoławczym Odwołujący wniósł o oddalenie takiego wniosku jako zbędnego.

Co do zarzutu 4. stwierdził, że pojawił się on już na wcześniejszym etapie postępowania, nawet sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie taką argumentację wskazywał. Zamawiający przyjął, że Przystępujący oferuje samochód Toyota i wskazanie nazwy producenta jest wskazaniem, że będzie on ingerował w Toyotę. Stwierdzenie, czy używanie nazwy Toyota jest zgodne z prawem, nie jest rolą Zamawiającego.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Korporacja Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Z. Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał, że Odwołujący przystąpił do postępowania KIO 1319/20, 1322/20, 1325/20 zakończonych wyrokiem z 24 lipca 2020 r. Tym samym podstawy dokonania czynności badania i oceny ofert z 10 sierpnia 2020 r., która to czynność została w całości wykonana zgodnie z treścią wyroku z 24 lipca 2020 r., w oparciu o kwestie podnoszone w tym postępowaniu, nie mogą obecnie podlegać kwestionowaniu przez Odwołującego w trybie złożonego odwołania.

Co do zarzutu 1. wskazał, że pismo stanowiące podstawę tego zarzutu zostało złożone na rozprawie 21 lipca 2020 r., lecz treść wyroku nie zawiera jakichkolwiek ustaleń i wytycznych w tym zakresie. Tym samym należy przyjąć, że Izba uznała okoliczność tę za nieistotną zarówno dla rozstrzygnięcia Izby, jak i dla ponownej oceny ofert przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający, który również kwestię tę uznał za nieistotną dla ponownej oceny ofert, wykonał tę czynność zgodnie z treścią wyroku Izby, a zatem w zakresie zarzutu 1. spełniona została przesłanka do odrzucenia odwołania Odwołującego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu 2. wskazał, że brak podwykonawstwa pana P. i oświadczenie tego podmiotu o braku aktualności jego oferty na podwykonawstwo dla Przystępującego, była przedmiotem rozpoznania Izby i Izba w uzasadnieniu wyroku z 24 lipca 2020 r. wypowiedziała się jednoznacznie wskazując, że: „Skład orzekający Izby zauważa nadto, że konsorcjum Z., poprzez oświadczenie Z. Sport Sp. z o.o. w dokumencie JEDZ ujawniło jedynie zamiar powierzenia podwykonawstwa S. M. P., który to zamiar się zdezaktualizował po terminie składania ofert wobec stanowiska M. P., iż oferta nie jest wiążąca wobec całego konsorcjum.” Tym samym okoliczność jakoby treść wyroku Izby z 24 lipca 2020 r. nie zawierała oceny braku zamiaru współpracy M. P. z Przystępującym jest bezpodstawna.

W protokole rozprawy z 20 lipca 2020 r. w sprawach KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20 znajduje się stanowisko pełnomocnika Przystępującego, gdzie pełnomocnik ten stwierdza, że „w momencie składania oferty dysponował skuteczną ofertą S. M. P.” oraz szczegółowe stanowisko wraz z przedstawieniem dowodów co do posiadania przez Przystępującego aktualnego samodzielnego zezwolenia na wykonanie zabudowy specjalnej dla potrzeb przetargu. Kwestia ta stanowiła również przedmiot stanowiska Przystępującego na rozprawie 21 lipca 2020 r. oraz dalszej argumentacji na rozprawie w tym dniu i okoliczności te nie zostały negatywnie ocenione przez Izbę w wyroku z 24 lipca 2020 r. W zakresie tej okoliczności czynności badania i oceny oferty z 10 sierpnia 2020 r. zostały wykonane w pełni zgodnie z treścią wyroku Izby z 24 lipca 2020 r. W wyroku tym bowiem w zakresie podwykonawstwa pana P. nie znalazła się jakakolwiek negatywna, w stosunku do oferty Przystępującego, ocena Izby. Więc i w tym zakresie zaistniała podstawa do zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawa dla odrzucenia odwołania Odwołującego.

Co do zarzutu 3. Przystępujący wskazał, że również w tym wypadku Zamawiający wykonał w pełni treść wyroku z 24 lipca 2020 r., bowiem okoliczności dotyczące uzyskania prześwitu były przedmiotem postępowania w tej sprawie. W uzasadnieniu tego wyroku nie zostały ujęte jakiekolwiek negatywne dla Przystępującego wytyczne w zakresie oceny przebudowy pojazdu bazowego i spełnienia wymogów prześwitu przy ponownej ocenie oferty. Ponadto kluczowe dla sprawy zagadnienie rozdziału, w tym w zakresie procedury homologacji, między pojazdem bazowym oraz pojazdem po zabudowie, nie zostało zakwestionowane przez Izbę, pomimo iż okoliczność związana m. in. ze spełnieniem wymogu prześwitu była przedmiotem rozpoznania Izby. Zamawiający w trakcie rozprawy z 20 lipca 2020 r. wskazał, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazywał ani nie ograniczał sposobu modyfikacji podwozia bazowego. Zamawiający również w tym zakresie dokonał czynności badania i oceny ofert z 10 sierpnia 2020 r. zgodnie z treścią wyroku z 24 lipca 2020 r., bowiem gdyby jakiekolwiek okoliczności w tym zakresie były istotne, znalazłyby odzwierciedlenie w wytycznych uzasadnienia wyroku z 24 lipca 2020 r., Zatem i w tym zakresie zaistniała podstawa do zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu 4. Przystępujący wskazał, że w postępowaniu toczącym się pod sygn. akt KIO 1319/20 używał już tego argumentu co do okoliczności dotyczących używania nazwy Toyota jako oznaczenia typu pojazdu po zabudowie. Do zarzutu tego pełnomocnik Przystępującego ustosunkował się wskazując, że w oświadczeniu Toyota Motor Poland z 3 czerwca 2020 r. nie odnoszono się do znaczenia jako nazwy handlowej, ale szerzej (w zakresie wszystkich określeń, które zawiera świadectwo zgodności, w szczególności TOYOTA), tym samym nie ma mowy o czynie nieuczciwej

konkurencji. W świetle wskazanych powyżej podstaw odrzucenia, gdyby powyższa okoliczność została uznana za istotną przez Izbę dla potrzeb ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej, znalazłaby ona odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku z 24 lipca 2020 r. Izba tego jednak nie uczyniła. W zakresie tej okoliczności czynność badania i oceny ofert z 10 sierpnia 2020 r. została wykonana w pełni zgodnie z treścią wyroku z 24 lipca 2020 r. i odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych również w tym zakresie.

Podczas rozprawy Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu 1. Przystępujący stwierdził, że zarzut dotyczy dokumentu z karty 302 postępowania odwoławczego KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20, a nie pisma z kart 304-306 „Pytania do Zamawiającego”. Jest to próba opierania zarzutu na dokumencie, do którego Odwołujący nie nawiązał w odwołaniu i próba rozszerzenia zarzutu. Kwestionowane oświadczenie p. B. z 21 lipca 2020 r. zostało złożone do akt sprawy KIO i było poddane kontroli składu orzekającego. Z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, że Izba nie ma prawa kontroli nad przebiegiem procesu. Oświadczenie to nie zostało w uzasadnieniu wyroku pominięte, gdyż Izba w punkcie 8. na str. 49 uzasadnienia się do niego odniosła i zdeprecjonowała jego wagę dla sprawy, nie stwierdziła też nielegalności. Jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie oświadczenie to w żaden sposób nie wpłynęło na decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący na rozprawie powołał się na argumenty, które pojawiły się w piśmie z 10 sierpnia 2020 r. Na str. 2. wskazano, że oczywiste jest, że przedstawiciele uczestników będących po tej samej stronie muszą ze sobą rozmawiać. Ani skład KIO, ani żadna ze stron nie nadała znaczenia temu pismu.

Wskazany art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mówi o rozpowszechnianiu, natomiast pismo zostało złożone do akt sprawy i adresem był skład orzekający oraz grono pełnomocników, więc nie było publicznego rozpowszechniania, lecz podanie informacji istotnej dla Przystępującego.

Odwołujący nie wykazał winy umyślnej po stronie Przystępującego, pismo służyło ochronie interesów konsorcjum Przystępującego. Było oświadczeniem w toku rozprawy i nie jest bezprawne.

J. B. wyjaśnił, że pismo „Pytania do Zamawiającego” zawiera pytania, które miał zadać podczas rozprawy KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20, natomiast został poproszony o ich przekazanie w celu przyspieszenia rozprawy. Były to pytania do Zamawiającego, a nie stanowisko Przystępującego. Co do pisma z 21 lipca 2020 r. stwierdził, iż będąc na korytarzu miał takie wrażenie, jakie zostało przedstawione w piśmie, bowiem przedstawiciel Zamawiającego siedział na podłodze i trzymał komputer, a przedstawiciele Odwołującego - według wrażenia p. B. - zaglądali do tego komputera. Natomiast rozmowa dotyczyła tego, czy konsorcjum Siltec skutecznie złożyło odwołanie i czy przesłało Zamawiającemu kopię odwołania w terminie. Rok wcześniej podczas rozprawy chciał przekazać Zamawiającemu materiały, ale przewodnicząca stwierdziła, że jest to niemożliwe do czasu podpisania umowy kontakty powinny być formalne.

J. B. oświadczył, że nie podejmował próby wpływania na Zamawiającego ani pozyskiwania informacji. Było to przekazywanie spostrzeżeń co do działań, które uznał za nieprawidłowe. Nie wie, kto był właścicielem komputera, który był w rękach pełnomocnika Zamawiającego.

Co do zarzutu 2. wskazał, iż na str. 56-58 uzasadnienia wyroku KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20 Izba wskazała, że Przystępujący miał prawo w ofercie powołać się na firmę p. P.ego jako podwykonawcy. Również z art. 36b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika prawo wykonawcy do samodzielnego wykonania zamówienia. Wyjaśnił, iż firma pana P.ego nie została przez Przystępującego wskazana jako podmiot, na zasoby którego wykonawca się powołuje celem wykazania warunków udziału w postępowaniu.

Kiedy podczas rozprawy wskazano, że pan P. nie ma zamiaru świadczyć usługi, Przystępujący złożył wnioski dowodowe w postaci oświadczeń z 9 kwietnia 2020 r. i 18 czerwca 2020 r. złożone w imieniu Toyota Motor Poland Co. Ltd spółka z o.o. Z oświadczenia z 18 czerwca 2020 r. wynika, że również spółka Z. Sport posiada uprawnienie do zabudowy modelu Toyota Hilux w niniejszym postępowaniu (karta 291), a także wyciąg z umowy pomiędzy Toyotą a firmą Z.. Na str. 49 uzasadnienia wyroku w punkcie 11. wskazano, że z dowodu tego wynika, że Przystępujący dysponuje uprawnieniem do zabudowy pojazdów. Z kolei z oświadczenia z 9 kwietnia 2020 r. (karta 280) wynika, jaki jest zakres uprawnień pana P.ego. Jest o tym mowa na stronie 48-49 uzasadnienia w punkcie 6. Z oświadczeń tych wynika tożsamość uprawnień obu firm. Przystępujący złożył nawet wyciąg umowy z Toyotą, aby nie było wątpliwości co do zakresu jego uprawnień. W odwołaniu nie ma nawiązania do punktu II.A.1.14 opisu przedmiotu zamówienia. Zakres

uprawnień jednego z konsorcjantów przedstawiono podczas rozprawy, ponieważ to podczas rozprawy przywołano deklarację, że pan P. nie będzie występował jako podwykonawca. Niezgodność ze specyfikacją odnosi się do prawidłowości oferty, a nie późniejszych oświadczeń planowanego podwykonawcy.

Co do zarzutu 3. Przystępujący podkreślił rozróżnienie pomiędzy pojazdem bazowym a pojazdem po zabudowie, które jest niezwykle istotne. Pojazd bazowy to standardowy pojazd katalogowy i żadne z pojazdów tego typu nie spełniają wymagań Zamawiającego, które zostaną spełnione dopiero przez przystosowanie. Zwrócił uwagę, iż na stronie 51-52 uzasadnienia wyroku KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20 Izba wskazała, że Odwołujący, wbrew brzmieniu wymogu dotyczącego pojazdu po zabudowie, wymogi odnosi do pojazdu bazowego. Wskazuje na punkt B.VN.VNI.1.1 opisu przedmiotu zamówienia mówiący o wymogu prześwitu, który dotyczy pojazdu po zabudowie. W punkcie B.VII.VI opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że wysokość pojazdu po zabudowie to maksymalnie 2100 mm. Przystępujący podczas poprzedniej rozprawy jako dowody złożył specyfikacje modyfikacji AT 35 i tabelę porównawczą, do której Izba odniosła się na str. 48 uzasadnienia wyroku w punkcie 3. Przystępujący już wtedy wskazywał, że zakres ingerencji wymaga przeprowadzenia homologacji po zabudowie. Punkt B.VIII.XX.2 opisu przedmiotu zamówienia stanowi, że wykonawca dostarczy wraz z pojazdami dopuszczenie indywidualne pojazdu.

Co do wniosku o powołanie biegłego stwierdził, że opinia ma być wydana wobec pojazdu, który jeszcze nie istnieje i co do którego nie istnieje dokumentacja homologacyjna, a nie można wyprowadzać wniosków dotyczących tego pojazdu z homologacji pojazdu bazowego, opinia dotyczyłaby bowiem pojazdu bazowego. Odwołujący odniósł się do rozwiązań technicznych, które sam proponuje. Na str. 49-50 uzasadnienia wyroku Izba wyjaśniła, dlaczego opinia biegłego nie ma znaczenia - sprawa ma bowiem charakter prawny, a nie techniczny.

Co do opinii dołączonej do odwołania stwierdził, że opinia ta jest bezprzedmiotowa, ponieważ dotyczy pojazdu bazowego, a nie zabudowanego.

Stwierdził, że Odwołujący nie złożył żadnego dowodu dotyczącego długości postępowania homologacyjnego, jak też, jak będzie wyglądał pojazd po zabudowie. Oceną bezpieczeństwa pojazdu po zabudowie zajmą się organy homologacyjne. Oczywiście jest, że producent pojazdu bazowego nie weźmie na siebie odpowiedzialności za pojazd zabudowany, bo nie produkuje pojazdów specjalnych. Nie ma pojazdu, który będzie spełniał wymogi bez zmiany homologacji. Przystępujący ma 20 lat doświadczenia i wykonał 3500 pojazdów specjalnych z homologacją i dopuszczeniem, nie ma więc mowy o niepewności kierowcy, jak zachowa się pojazd. W niniejszym przypadku będzie jedynie homologacja samochodu zabudowanego, w celu dokonania której należało będzie wykonać homologację częściową dotyczącą zmian w pojeździe. Przystępujący ma na tyle doświadczenia, że składa poprawne wnioski pozwalające na szybkie dokonanie homologacji, sumarycznie proces homologacji trwa 4 do 6 tygodni.

Wskazał, że na str. 35 uzasadnienia wyroku wskazano, iż Zamawiający nie narzucił sposobu zabudowy, a na str. 39 mowa o oczekiwaniach co do prześwitów, które dotyczą pojazdu po zabudowie. Na str. 70-71 uzasadnienia wskazano na sposób oceny.

Przystępujący nie zgadza się z koncepcją Odwołującego niezmienności pojazdu i jego parametrów opisanych w homologacji. O wymaganiach wobec pojazdu bazowego mówi punkt B.II.1 opisu przedmiotu zamówienia. Świadcstwo zgodności WE wskazuje na homologację typu N1G, zatem pojazd bazowy należy do kategorii wskazanej przez Zamawiającego. Gdyby dokumentacja pojazdu bazowego nie mogła ulec zmianie, to wymagania dotyczące pojazdu bazowego z punktu B.II.3 opisu przedmiotu zamówienia i zabudowanego z punktu B.VIII.XX.2 pokrywałyby się. Odwołujący snuje jedynie przypuszczenia co do pojazdu po zabudowie. Z uzasadnienia na str. 70-71 wyroku KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20 wynika, że nie można od Zamawiającego oczekiwać doprecyzowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na tym etapie postępowania.

Co do zarzutu 4. stwierdził, iż Odwołujący sam wskazał, że zarzut ten nie był powołany w odwołaniu konsorcjum Siltec, natomiast był zarzutem w odwołaniu Przystępującego, w którym również badano kwestię tego, czy Toyota jest zastrzeżonym znakiem towarowym. Konkluzja została zawarta na str. 33 uzasadnienia wyroku. Izba nie miała zastrzeżeń co do prawa własności, poza tym Przystępujący przedstawił pisma Zeszuły Sport do Toyoty z 2 czerwca 2020 r. (karta 274) oraz odpowiedź z 3 czerwca 2020 r. (karta 275), w której Toyota Motor Poland Co Ltd. sp. z o.o. wskazała, że Przystępujący może używać określeń zawartych w świadectwie zgodności WE Toyota Hilux. Zostało to

wskazane na str. 48 pkt 4 uzasadnienia wyroku KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20. Przystępujący był więc uprawniony do posługiwania się terminologią pojazdu bazowego, zaś zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd jest bezzasadny, ponieważ wiadomo było, kto jest producentem pojazdu bazowego, a kto zabudowanego. Wyrok KIO także w tym zakresie został przez Zamawiającego wykonany.

Każde konsorcjum tego typu Toyota działa przez swoje spółki na zasadzie licencjonowania. Również w materiałach homologacyjnych nie wskazano spółki-matki, lecz Toyotę Motor Europe NV S.A., a spółka ta jest wyłącznym współnikiem Toyota Motor Poland.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oraz Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na fakt, że zawarte w odwołaniu kwestie pojawiły się wcześniej w postępowaniu odwoławczym KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20.

Przywołany przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dotyczy on więc okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby lub sądu ze względu na to, że pojawiły się w odwołaniu w ramach zarzutów, żądań i ich uzasadnienia. Podobnie, jeśli chodzi o uwzględnienie odwołania przez zamawiającego, o którym mowa w końcowej części przepisu - również chodzi tu wyłącznie

Ozakres, który był zawarty w odwołaniu, a nie inne czynności powzięte przez zamawiającego z jego inicjatywy.

Podobnie, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Bada zatem

1rozstrzyga spór jedynie w zakresie, w jakim został uwidoczniiony w odwołaniu.

Tym samym wszystkie kwestie, które pojawiły się lub ujawniły podczas postępowania odwoławczego, kwestie poboczne i odmienne od dotychczasowego przebiegu postępowania przetargowego, które nie były związane bezpośrednio z rozstrzyganymi zarzutami, jak też nie były podstawą czynności Zamawiającego w postępowaniu przetargowym, będącej podstawą wniesienia odwołania, nie podlegały zakresowi wcześniejszego rozstrzygnięcia Izby, a tym samym i zakresowi dyspozycji przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem nawet jeśli Izba się do nich odniosła, to nie w znaczeniu wskazanym w art. 189 ust. 2 pkt 5 (czy też analogicznie pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych. Podobnie - jeśli się do nich nie odniosła, to niekoniecznie z tego powodu, że uznała je za nieistotne, ale że nie były powiązane z zarzutami rozpatrywanego odwołania/odwołań, więc nie mogły stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia.

Tym samym pismo pana B., sporządzone w dniu rozprawy, jak też oświadczenie pełnomocnika pana P. złożone podczas tej rozprawy, nie były przedmiotem rozstrzygnięcia wcześniejszych odwołań w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ miały miejsce długo po złożeniu tych odwołań - tym samym z oczywistych powodów nie były nimi objęte. Dodatkowo oświadczenie pana B. w ogóle nie było powiązane z treścią odwołań, zatem trudno zakładać, że wyrok z 24 lipca 2020 r. w ogóle się do niego odnosił. Poza tym 24 lipca 2020 r. Izba, nawet jeśli sama nie uznała przedmiotowego pisma za istotne, nie mogła mieć wiedzy, czy przedmiotowe pismo będzie miało dla Zamawiającego jakiegokolwiek znaczenie przy dokonywaniu późniejszych czynności, których dotyczy obecnie rozpoznawane odwołanie.

Podobnie, jeśli chodzi o kwestię czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie użycia znaku towarowego Toyoty. Fakt, że Zamawiający mógł się takim wnioskiem, czy „zarzutem” w stosunku do wykonawcy posłużyć w trakcie wcześniejszego postępowania odwoławczego w piśmie procesowym lub podczas rozprawy, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy KIO 1319/20, KIO 1322/20 i KIO 1325/20, ponieważ nie była to ani okoliczność wskazana w odwołaniu, ani okoliczność będąca podstawą czynności Zamawiającego dokonanej w postępowaniu przetargowym, np. odrzucenia oferty Przystępującego.

Tym samym, nawet jeśli kwestionowane obecnie okoliczności miały miejsce podczas poprzedniego postępowania odwoławczego lub były wypadkowo podnoszone, z formalnego punktu widzenia nie dotyczyły zakresu objętego rozpatrywanymi odwołaniami - którego granice zakreślają, jak wskazano powyżej, zarzuty, żądania i uzasadnienie odwołania.

Izba nie stwierdziła również podstaw do odrzucenia odwołania wskazanych w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. upływu ustawowego terminu na wniesienie odwołania, bowiem pomimo tego, że niektóre z tych zdarzeń miały miejsce w trakcie rozpraw 20 i 21 lipca 2020 r., to zarzuty odnoszą się do czynności Zamawiającego - ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w ramach której Zamawiający mógł uwzględnić, lub też nie, konsekwencje owych wydarzeń. Dodatkowo Izba wzięła też pod uwagę podnoszoną przez Odwołującego kwestię, że na wcześniejszym etapie postępowania jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a oferta Przystępującego odrzucona, zatem nie miał interesu we wniesieniu odwołania, który zaktualizował się dopiero z chwilą wyboru oferty Przystępującego.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia, treść złożonej przez Przystępującego oferty, treść pisma pana B. oraz treść oświadczenia pana P., jak też innych oświadczeń i dokumentów złożonych w postępowaniu odwoławczym KIO 1319/20, KIO 1322/20 i KIO 1325/20, nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowej przedstawionej przez Zamawiającego, akt postępowania odwoławczego KIO 1319/20, KIO 1322/20 i KIO 1325/20 posiadanych przez Izbę z urzędu oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który próbował wpłynąć na decyzje Zamawiającego w sposób bezprawny oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 354 Kodeksu cywilnego, tj. zaniechanie weryfikacji, czy oferta wykonawcy spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez faktyczną możliwość wypełnienia wymagania z punktu II.1.14 opisu przedmiotu zamówienia pomimo tego, że w toku postępowania ujawniły się okoliczności wskazujące na ewidentny brak możliwości spełnienia tego wymagania w sposób deklarowany w ofercie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty, która nie spełnia wymagania powołanego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia,
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Korporacja Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Z. Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanych dalej „Konsorcjum Z.” lub „Przystępującym”, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przywołane przepisy stanowią, co następuje.

Art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. 2. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od

pracy.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2.) lub jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3.).

Art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo 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 pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Natomiast 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.

Jak wskazuje art. 354 Kodeksu cywilnego: § 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który próbował wpłynąć na decyzje Zamawiającego w sposób bezprawny oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Przedmiotowe pismo J. B. ma następującą treść: „OŚWIADCZENIE. W trakcie wczorajszej rozprawy przed KIO wystąpiły następujące zdarzenia:

1.W trakcie wyjaśniania przez skład orzekający podstawy do uznania bądź odrzucenia wniosku Zamawiającego dotyczącego odrzucenia odwołania Konsorcjum Siltec-Steeler na korytarzu trwało wyjaśnianie przez przedstawicieli Zamawiającego z bezpośrednim udziałem i wglądem do komputera Zamawiającego przedstawicieli firmy Bracia S. Pana W. S. i Pana M. S.. Obaj ci Panowie aktywnie instruowali przedstawicieli Zamawiającego, w jaki sposób powinni udzielać informacji składowi orzekającemu KIO.

2.Z wypowiedzi Zastępcy procesowego Konsorcjum BSC wynika, że miał on dostęp do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum KW- Z., co przez naszego Zastępcę procesowego zostało zgłoszone do protokołu.

Przedstawione powyżej zdarzenia stanowią ewidentny dowód na nieformalne kontakty Zamawiającego z wybranym Wykonawcą i wynikający z tego konflikt interesów, do którego dopuścili się przedstawiciele komisji przetargowej.

Proszę o włączenie tego Oświadczenia do protokołu rozprawy, ponieważ nie mamy pewności, że wniosek naszego

zastępcy procesowego został zawarty w protokole.

3. Zastępca procesowy Konsorcjum BSC fałszywie oświadczył, że przy wykonaniu PJN producent drugiego etapu budowy firma Z. Sport Sp. z o.o. będzie stosowała swoją odmienną technologię, co uniemożliwia nazwanie typu pojazdu tak samo, jak w przypadku, gdyby ten etap wykonywała firma Steeler M. P.

Otóż oświadczam, że technologia ta jest technologią identyczną, ponieważ musi być to technologia udostępniona przez producenta pierwszego etapu budowy pojazdów, tj. Toyota Motor Corporation.

4. W związku z oświadczeniem zastępcy procesowego Konsorcjum BSC o niemożliwości przeprowadzenia homologacji na podstawie homologacji częściowych, traktujemy to oświadczenie jako próbę wprowadzenia w błąd składu orzekającego i wnosimy ponownie o powołanie biegłego rzeczoznawcy w celu wyjaśnienia naszych rozbieżnych stanowisk."

Z zakresu zarzutu można wnioskować, że dotyczy on kwestii poruszonych w punkcie 1. i 2. powyższego pisma.

Przebieg opisanego powyżej zdarzenia Zamawiający wyjaśnił w ten sposób, że ograniczenie liczby pełnomocników obecnych na sali powodowało komplikacje skutkujące tym, że wymieniali się oni informacjami na korytarzu przed salą. Zamawiający i Konsorcjum BSC (Odwołujący) byli po jednej stronie procesowej i prezentowali wspólne poglądy co do przedstawionych zarzutów, zatem wymieniali się informacjami. Natomiast kwestia korzystania z komputera wyglądała w ten sposób, że komputer Zamawiającego nie mógł się połączyć z Internetem, zatem Odwołujący użyczył mu swojego.

Pan B. wyjaśnił, że przedmiotowe pismo złożył, ponieważ, będąc na korytarzu miał takie wrażenie, jakie zostało przedstawione w piśmie, bowiem przedstawiciel Zamawiającego siedział na podłodze i trzymał komputer, a przedstawiciele Odwołującego zaglądali do tego komputera. Natomiast rozmowa dotyczyła tego, czy konsorcjum Siltec skutecznie złożyło odwołanie i czy przesłało Zamawiającemu kopię odwołania w terminie. Było to przekazanie spostrzeżeń co do działań, które uznał za nieprawidłowe i nie wie, kto był właścicielem komputera. Pan B. oświadczył też, że nie podejmował próby wpływania na Zamawiającego ani pozyskiwania informacji.

Przywołany jako podstawa prawna zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do sytuacji, w której podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jego bezprawne wpływanie lub próba takiego wpłynięcia na czynności zamawiającego lub pozyskania informacji poufnych, mogących dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Taka okoliczność w niniejszej sprawie nie została przez Izbę stwierdzona. Nie tylko bowiem Zamawiający zaprzeczył, by pismo to miało jakikolwiek wpływ na jego decyzje, a samo pismo uznał raczej za niegrzeczne niż bezprawne czy zawierające groźbę, lecz trudno także stwierdzić, że powyższe pismo, czy - takiego rodzaju pismo - miałoby skutkować w inny sposób niż ewentualnym wywołaniem irytacji pracowników Zamawiającego - a w szczególności, że mogłoby wywrzeć skutek w postaci ich zastraszenia w celu wyboru oferty Przystępującego lub nakłonienia do wyboru oferty Przystępującego. Przy czym należy zauważyć, że o wyborze oferty w postępowaniu przetargowym decydują nie pełnomocnicy procesowi, do których pismo się odnosiło, lecz członkowie komisji przetargowej oraz kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności.

Tym samym Izba nie znalazła realnych podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący, poprzez wskazywane pismo, czy to w sposób zamierzony, czy niezamierzony, nie tylko miał, ale choć mógłby mieć wpływ na czynności i decyzje Zamawiającego (pracowników Zamawiającego).

Również przywołany w zarzucie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odpowiada swoim zakresem dyspozycji stanowi faktycznemu (Odwołujący zresztą w zarzucie nie wskazał, w jaki sposób ten przepis został naruszony).

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się bowiem do złożenia oferty w postępowaniu w sposób, który stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Sama ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy też inne przepisy odnoszące się do uczciwej konkurencji nie mają bezpośredniego zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tym znaczeniu, że są do procedury wprowadzane poprzez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, które z danym zdarzeniem wiążą pewien skutek - tak jak w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 3, który z dokonaniem czynu nieuczciwej konkurencji wiąże skutek

w postaci odrzucenia oferty. Jednak skutek ten jest ograniczony, jak wskazano, do złożenia oferty w postępowaniu, a nie wszystkich czynności wykonawców podejmowanych w postępowaniu lub w związku z nim. Zatem więc nawet jeśli działanie Przystępującego oceniać negatywnie pod kątem czynu opisanego w przywołanym art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to - wobec istniejącego kształtu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - nie ma to przełożenia na sytuację tego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie było związane z samym złożeniem oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 354 Kodeksu cywilnego, tj. zaniechania weryfikacji, czy oferta wykonawcy spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez faktyczną możliwość wypełnienia wymagania z punktu II.1.14 (właściwie: II.A.1.14) opisu przedmiotu zamówienia pomimo tego, że w toku postępowania ujawniły się okoliczności wskazujące na brak możliwości spełnienia tego wymagania w sposób deklarowany w ofercie, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty, która nie spełnia wymagań powołanego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut ten związany jest z faktem, iż Zamawiający w punkcie II.A.1.14 opisu przedmiotu zamówienia wymagał, by wykonawca posiadał 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. Przystępujący wskazał w ofercie, iż przy realizacji zamówienia zamierza skorzystać z podwykonawcy w postaci firmy STEELER M. P., która - jak wynika z oświadczenia spółki Toyota Motor Poland - jest oficjalnym dostawcą i producentem akcesoriów do Toyoty Hilux oraz wykonuje zabudowy specjalne Toyoty Hilux zgodnie z technologią Toyoty i bez utraty gwarancji na pojazd bazowy. Natomiast podczas rozprawy w ramach postępowania odwoławczego pełnomocnik pana P. oświadczył, że firma STEELER M. P. nie będzie podwykonawcą konsorcjum Przystępującego.

Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, wymóg punktu II.A.1.14 opisu przedmiotu zamówienia dotyczy etapu realizacji zamówienia, a wykonawcy nie musieli udowadniać spełniania tego wymogu w chwili składania ofert. Po drugie, kwestia ta została wystarczająco wyjaśniona w postępowaniu odwoławczym KIO 1319/20, KIO 1322/20, KIO 1325/20, zatem nie widział potrzeby jej ponownego wyjaśniania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z ustalonego podczas rozprawy stanu faktycznego, w poprzednim postępowaniu odwoławczym pełnomocnik pana P. rzeczywiście oświadczył, że firma STEELER M. P. nie będzie podwykonawcą konsorcjum Przystępującego, Przystępujący natomiast złożył potwierdzenie w postaci oświadczenia firmy Toyota Motor Poland Co. Ltd z 18 czerwca 2020 r., że konsorcjant Przystępującego - Z. Sport Sp. z o.o. jest partnerem i producentem zabudów modelu Toyota Hilux dla potrzeb niniejszego przetargu, a zabudowy specjalne wykonywane przez firmę Z. Sport Sp. z o.o. są zgodne z technologią Toyoty i nie wpływają na utratę gwarancji na pojazd bazowy. Wskazał także, że może skorzystać również z innego podwykonawcy niż pan P.

Jak zostało ustalone w orzecznictwie, poza wyjątkami wynikającymi z przepisów prawa, jak np. art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub wymagań zamawiających zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy mają swobodę co do decyzji o osobach i zakresie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na żądanie zamawiającego powinni wskazać w ofercie tych podwykonawców, jednak - jak ustalono w orzecznictwie - nie jest to deklaracja, której w razie potrzeby nie można zmienić, w szczególności, kiedy po złożeniu oferty okaże się, że współpraca z danym podwykonawcą z różnych powodów nie może mieć miejsca.

Przystępujący udowodnił, że wymóg zawarty w punkcie II.A.1.14 opisu przedmiotu zamówienia spełnia w zakresie własnej zdolności (spółki Z. Sport), zatem w ocenie Izby nie ma podstaw do stwierdzenia, że istnieje w stosunku do niego brak możliwości spełnienia tego wymagania. Nawet jeśli spełnienie to nie będzie następowało w sposób, który został określony w ofercie, tj. przy udziale firmy STEELER M. P., to zmiana taka nie jest uznawana za naruszającą art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co zaś do regulacji Kodeksu cywilnego w zakresie zobowiązań, to, w ocenie Izby, sytuacja taka nie jest sprzeczna z tymi

regulacjami. Jak wynika z przywołanego w odwołaniu art. 354 Kodeksu cywilnego, § 1, dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego wskazuje, że zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Z kolei art. 356 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, że wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia.

Z zestawienia tych przepisów można więc wysnuć ogólną regułę, że dłużnik - choć obowiązek taki ma tylko w określonych okolicznościach - co do zasady ma prawo osobiście wykonać zobowiązanie. Samo zaś wykonanie czynności przez dłużnika, do których posiada wymagane zobowiązaniem uprawnienia lub kwalifikacje, nie przeczy celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego, czy zwyczajom. Jest więc spełniony cel wymogu punktu II.A.I.14 opisu przedmiotu zamówienia, tj. zapobieżenie utracie gwarancji producenta pojazdu bazowego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut ten również się nie potwierdził.

W opisie przedmiotu zamówienia, w przywołanych w odwołaniu punktach, Zamawiający zawarł następujące wymagania co do nośnika pojazdu i pojazdu po zabudowie.

A.I. PODSTAWOWE WYMAGANIA FUNKCJONALNO-UŻYTKOWE

A.II UKOMPLETOWANIE

Pojazd powinien być zbudowany co najmniej w oparciu o następujące elementy składowe:

1.Nośnik - pojazd bazowy, na którym zostaną zainstalowane wymagane przez zamawiającego urządzenia.

B.MINIMALNE WYMAGANIA DOTYCZĄCE NOŚNIKA POJAZDU/POJAZDU PO ZABUDOWIE

B. I. WYMAGANIA W ZAKRESIE WARUNKÓW EKSPLOATACJI POJAZDU Pojazd przeznaczony do wykonywania ustawowych zadań Straży Granicznej przez jednostki organizacyjne formacji. Pojazd musi być przystosowany do eksploatacji całorocznej w warunkach atmosferycznych spotykanych w strefach klimatycznych odpowiednich dla obszaru Polski. Pojazd będzie wykorzystywany do jazdy po drogach twardych, gruntowych, szutrowych w terenie podmokłym, górzystym oraz trudno dostępnym.

B.II. WYMAGANIA PODSTAWOWE DLA NOŚNIKA POJAZDU (POJAZDU BAZOWEGO)

1.Pojazd bazowy, na którym zostanie dokonana zabudowa musi być homologowany wg kat. M1G lub N1G jak też 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 lub BE - podwójna kabina). Nie dopuszcza się pojazdu o samonośnej konstrukcji nadwozia.

2.Pojazd fabrycznie nowy, wyprodukowany nie wcześniej niż w 2020 roku. Wszystkie pojazdy jednakowo skompletowane i wyposażone (z wyłączeniem producenta ogumienia).

3.Pojazd bazowy spełniający warunki techniczne obowiązujące w RP, potwierdzone świadectwem homologacji typu WE pojazdu lub świadectwem homologacji typu pojazdu. Zamawiający wymaga dostarczenia do oferty przykładowego świadectwa zgodności WE albo świadectwa zgodności wraz z oświadczeniem zawierającym dane i informacje o pojeździe niezbędne do rejestracji i ewidencji pojazdu bazowego lub równoważny dokument homologacyjny, potwierdzające spełnienie przez oferowaną wersję pojazdu bazowego wymaganych warunków technicznych.

W przypadku zaoferowania pojazdów homologowanych wg kategorii M1 lub N1, które nie są opisane w świadectwie homologacji typu WE pojazdu lub świadectwie homologacji typu pojazdu albo innym dokumencie homologacyjnym jako M1G lub N1G Wykonawca dodatkowo musi dostarczyć zaświadczenie wystawione przez jednostkę do tego uprawnioną, o której mowa w Obwieszczeniu Ministra Infrastruktury z dnia 29 listopada 2019 r. w sprawie wykazu jednostek uprawnionych do przeprowadzania badań homologacyjnych oraz badań potwierdzających spełnienie odpowiednich warunków lub wymagań technicznych danego pojazdu w celu dopuszczenia jednostkowego pojazdu albo dopuszczenia indywidualnego WE pojazdu (Dz. Urz. Ml.2019.52) potwierdzające, że oferowane pojazdy spełniają warunki

1wymagania techniczne kwalifikowalności do podkategorii M1G lub N1G.

B.III. WARUNKI TECHNICZNE DLA POJAZDU PO ZABUDOWIE

1. Pojazd używany do celów specjalnych, uprzywilejowany w ruchu drogowym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. z 2016 r. poz. 2022 z późn. zm.), wyposażony w:

1. Urządzenie wysyłające ostrzegawcze sygnały dźwiękowe o zmiennym tonie (co najmniej trzy rodzaje dźwięków), odporne na działanie czynników atmosferycznych, umieszczone w obszarze komory silnika w sposób uniemożliwiający zaleganie wody we wnętrzu urządzenia oraz nie utrudniający dostępu do innych zespołów/elementów wyposażenia pojazdu. Urządzenie musi wytwarzać dźwięki, których ekwiwalentny poziom ciśnienia, mierzony miernikiem poziomu dźwięku umieszczonym w odległości 7 m przed pojazdem, powinien zawierać się w granicach 93-112 dB(A) dla każdego rodzaju dźwięku.

2. Niebieską lampę pulsacyjną (ledową) wykonaną z poliwęglanu, z mocowaniem magnetycznym lub elektromagnetycznym do dachu pojazdu, umożliwiającym jazdę z maksymalną prędkością fabryczną pojazdu. Zasilanie z gniazda 12V.

3. Co najmniej dwie pary drzwi po lewej i prawej stronie i zapewniać możliwość przewozu co najmniej czterech osób.

4. Dodatkowe dwa światła uprzywilejowania pulsacyjne (ledowe) w przezroczystej obudowie emitujące barwę niebieską zamontowane w sposób dyskretny w przedniej części pojazdu w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym.

5. Manipulator do sterowania zespolonym urządzeniem rozgłoszeniowo-alarmowym z mikrofonem, zamontowany we wnętrzu pojazdu w sposób dyskretny, w miejscu łatwo dostępnym dla kierowcy i pasażera prawego przedniego siedzenia.

Działanie urządzeń sygnalizacji uprzywilejowania w ruchu drogowym musi spełniać warunki określone w w/w rozporządzeniu.

B.VII PARAMETRY TECHNICZNE B.VII.VI. Wysokość pojazdu po zabudowie

Nie większa niż 2100 mm zgodnie z danymi zawartymi w dokumentach homologacyjnych pojazdu. (obejmuje ewentualne urządzenia montowane dodatkowo powyżej płaszczyzny dachu z wyjątkiem anteny do środków łączności oraz lampy określonej w pkt. B.III.1.2 niniejszego OPZ oraz relingów przedziału technicznego).

B.VII.VIN. Zawieszenie

1. Wzmocnione, terenowe, które przy rzeczywistej masie całkowitej pojazdu po zabudowie zapewni:

1. Prześwit pod każdą z osi nie mniejszy niż 240 mm.

2. Kąt natarcia - nie mniejszy niż 31°.

3. Kąt zejścia - nie mniejszy niż 24°.

4. Kąt rampowy - nie mniejszy niż 24°.

5. Głębokość brodenia nie mniejsza niż 700 mm.

Wykonawca musi dostarczyć wraz z pojazdem zaświadczenie, o którym mowa w pkt. B.VIII.XX.2 i wystawione przez jednostkę do tego uprawnioną (wymienioną w pkt. B.II.3), potwierdzające, że oferowane pojazdy spełniają powyższe parametry.

B.VIII Wyposażenie B.VIII.XX. Dokumentacja pojazdu

1. Wykonawca dostarczy wraz z pojazdem dokumenty na podstawie, których dokonuje się pierwszej rejestracji pojazdu nowego na terytorium RP, zgodnie z postanowieniami art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. 2020 r., poz. 110 z późn. zm.).

2. Wykonawca dostarczy wraz z pojazdami zaświadczenie wystawione przez jednostkę do tego uprawnioną, o której mowa w Obwieszczeniu Ministra Infrastruktury z dnia 29 listopada 2019 r. w sprawie wykazu jednostek uprawnionych do przeprowadzania badań homologacyjnych oraz badań potwierdzających spełnienie odpowiednich warunków lub wymagań technicznych danego pojazdu w celu dopuszczenia jednostkowego pojazdu albo dopuszczenia indywidualnego WE pojazdu (Dz. Urz. MI.2019.52) potwierdzające, że pojazdy stanowiące przedmiot Umowy spełniają warunki i wymagania techniczne oraz funkcjonalności określone przez Zamawiającego w niniejszym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

3. Zaświadczenie musi zawierać wyniki przeprowadzonych badań i wskazywać wartości parametrów technicznych uzyskanych przez pojazd po zamontowaniu i dostosowaniu do wymagań Zamawiającego i wyposażenia

specjalistycznego. Zakres badań nie obejmuje sprawdzenia parametrów technicznych i użytkowych homologowanych urządzeń optoelektronicznych, środków łączności i urządzeń teleinformatycznych.

Niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Odwołujący upatrywał w niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia co do minimalnej wielkości prześwitu pod każdą z osi, tj. 240 mm oraz brakiem możliwości dokonania przebudowy pojazdu bez zmiany parametrów opisanych w homologacji pojazdu bazowego, a także z wprowadzonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zakazem tego typu zmian.

Nie jest sporne, że jako pojazd bazowy Przystępujący zaoferował Toyotę Hilux, która nie posiada takiego prześwitu. Przystępujący w trakcie rozprawy, jak też wcześniej, w postępowaniu odwoławczym KIO 1319/20, KIO 1322/20 i KIO 1325/20 zadeklarował, że dokona przebudowy pojazdu oraz uzyska dla niego wymaganą homologację.

Izba stwierdziła, że z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika wskazywany przez Odwołującego zakaz dokonania zmian pojazdu bazowego w zakładanym przez Przystępującego zakresie. Zamawiający co prawda nie wskazał, na jaki zakres zmian pojazdu bazowego zezwala, ale nie wskazał także, jakich zmian zakazuje. Tym samym - choć być może powinien - to nie uregulował tej kwestii, dając w tym zakresie wykonawcom swobodę decyzji.

Podobnie Zamawiający nie zawarł postanowień dotyczących zakazu zmiany parametrów w stosunku do zawartych w dokumentacji homologacyjnej pojazdu, czy też pomiędzy pojazdem przed zabudową i po zabudowie (w spornym zakresie). Co do wymogów dotyczących homologacji pojazdu bazowego wskazał bowiem, że pojazd bazowy, na którym zostanie dokonana zabudowa, musi być homologowany - ale w kontekście, że musi być homologowany według kategorii M1G lub N1G albo M1 lub N1, co wyraźnie wynika z postanowień punktów B.II.1 i B.II.3.

Co zaś do prześwitu, to wymóg ten został zawarty w punkcie B.VII.VIN.1 dotyczącym zawieszenia, w którym wskazał: „Wzmocnione, terenowe, które przy rzeczywistej masie całkowitej pojazdu po zabudowie zapewni: 1. Prześwit pod każdą osią nie mniejszy niż 240 mm, 2. Kąt natarcia...”.

Tym samym Izba nie stwierdziła w tym zakresie niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 3 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. jak można wnioskować z kontekstu zarzutu, dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji w postaci przedstawienia oferty zawierającej wprowadzające w błąd oznaczenie towarów, czyli takiego oznaczenia towarów, które może wprowadzić Zamawiającego w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.

Odwołujący czyn ten wywodzi z użycia w ofercie Przystępującego oznaczenia pojazdu TOYOTA.

W ofercie Przystępujący - wypełniając formularz przygotowany przez Zamawiającego w zakresie: „Oświadczamy, że zaoferowany przez nas pojazd po zabudowie . podać typ, model, nazwę producenta” - wskazał „Oświadczamy, że zaoferowany przez nas pojazd po zabudowie TOYOTA model ZSKA MOBILE LR, producent Z. SPORT Sp. z o.o.”

W ocenie Izby powyższe wskazanie w ofercie ani nie wprowadza Zamawiającego w błąd, ani nie oznacza uzurpowania sobie przez spółkę Z. Sport prawa do znaku towarowego Toyoty, czy też oznaczania swoich produktów ich nazwą.

Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W skrócie można wskazać, że oświadczenie powinno być rozumiane w pierwszym rzędzie tak, jak jest zwykle rozumiane, w sposób „normalny”, wynikający z logiki danych okoliczności.

W niniejszym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości, że jako pojazd bazowy został zaoferowany pojazd marki Toyota - Toyota Hilux, który zostanie przez Przystępującego zabudowany - czy to osobiście przez spółkę Z. Sport, czy też przy udziale podwykonawcy. Nie zmienia to jednak faktu, że zaoferowany pojazd bazowy jest pojazdem marki Toyota i takim pozostanie.

W taki sposób oświadczenie to rozumie Izba, i w taki sposób - jak wynika ze stanowiska Zamawiającego - rozumiał i rozumie je także Zamawiający. Nie ma także podstaw do stwierdzenia, że oświadczenie to w inny sposób rozumiał Przystępujący albo mogłaby zrozumieć firma Toyota.

Z związku z powyższym nie ma też podstaw do stwierdzenia, że powyższe oświadczenie wprowadziło odbiorcę w błąd.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie: