

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 13 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Corpo Flota sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wynajem długoterminowy pojazdów samochodowych* (nr postępowania ICZ2b-231-07/15) prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy: **Volkswagen Leasing GmbH sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – Corpo Flotę sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Corpo Flotę sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **odwołującego – Corpo Floty sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego – PKP Polskich Linii Kolejowych S.A z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Sygn. akt KIO 1731/15

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1731/15

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi pn. *Wynajem długoterminowy pojazdów samochodowych* (nr postępowania ICZ2b-231-07/15).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S_072-128155, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.zamowienia.plk-sa.pl}, na której udostępnił również

od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

3 sierpnia 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – Corpo Flocie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również: „Corpo Flota”) zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 oferty złożonej przez Volkswagen Leasing GmbH sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (dalej również: „Volkswagen Leasing”).

13 sierpnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp (lista zarzutów):

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Volkswagen Leasing, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Art. 87 ust. 1 – przez dokonanie zmiany w treści oferty polegającej na zaoferowaniu innego pojazdu aniżeli pierwotnie wskazany w ofercie.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 – przez kilkukrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co powoduje nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

3

Sygn. akt KIO 1731/15

4. Art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 – gdyż Wykonawca Volkswagen Leasing złożył nieprawdziwe informacje w zakresie przynależności do grupy kapitałowej, na co zostały Zamawiającemu przedstawione stosowne dowody w odwołaniu z 25 czerwca 2015 r. Zamawiający dysponując tym materiałem, zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów, a nawet zaniechał wezwania Wykonawcy Volkswagen Leasing do złożenia wyjaśnień dotyczących przynależności do grupy kapitałowej, pomimo że wykonawca złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, a zgromadzony materiał dowodowy jednoznacznie dowodzi, że Volkswagen Leasing należy do grupy kapitałowej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania 1 (lista żądań):

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzucenia oferty Wykonawcy Volkswagen Leasing na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.
3. Wykluczenia Wykonawcy Volkswagen Leasing na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.
Alternatywnie – wezwania do uzupełnienia dokumentu bądź złożenia wyjaśnień w zakresie przynależności do grupy kapitałowej.
4. Ponownego badania i oceny ofert.
5. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco przedstawił okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania:

- przedmiotem zamówienia w zadaniu 1 jest wynajem długoterminowy 287 fabrycznie nowych (rok produkcji 2015) samochodów wraz z serwisem na okres 48 miesięcy;
- 16 czerwca 2015 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Volkswagen Leasing;
- 25 czerwca 2015 r. na powyższy wybór oferty – która zarówno merytorycznie, jak formalnie nie spełniała wymagań SIWZ – Odwołujący wniósł odwołanie;
- 30 czerwca 2015 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i o ponownym przeprowadzeniu procedury badania i oceny złożonych ofert;
- w związku z decyzją Zamawiającego Odwołujący wycofał złożone odwołanie;
- 3 sierpnia 2015 r. dokonano ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Sygn. akt KIO 1731/15

Odwołujący podał, że w dziale IX pkt 5 ppkt 11 (str. 8) SIWZ Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia, że zaoferowane pojazdy samochodowe spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, wykonawca przedłożył wraz z ofertą specyfikacje techniczne oferowanych pojazdów samochodowych, z których to miało wynikać spełnienie wymaganych w załączniku nr 1 do SIWZ parametrów. W pkt 1 lit. n tego załącznika Zamawiający wymagał zaoferowania inteligentnego systemu parkowania dla pojazdu w segmencie I typ 1.

Odwołujący podniósł, że zgodnie ze wszystkimi standardami obowiązującymi na rynku oraz specyfikacjami technicznymi samochodów dotyczącymi wyposażenia seryjnego, możliwy jest zakup samochodu z różnymi opcjami wspomagającymi parkowanie: (1) system nie zawierający żadnego wspomagania, (2) czujniki parkowania, (3) czujniki parkowania wraz z kamerą cofania, (4) inteligentny system parkowania. Wobec tego wymagania Zamawiającego zostały precyzyjnie określone w SIWZ i nie pozostawiało wątpliwości co do konieczności zaoferowania inteligentnego systemu parkowania, przez który należy rozumieć funkcjonalność polegającą na możliwości wykonania manewru parkowania bez czynnego udziału kierowcy, tj. bez konieczności użycia kierownicy, jedynie po uprzednim wciśnięciu przycisku, pojazd sam rozpoznaje miejsce i dokonuje wpasowania.

Odwołujący podał, że Wykonawca VW Leasing w segmencie I typ 1 zaoferował pojazd VW Passat Limousine Highline 2.0 TSI 220 KM DSG.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowany pojazd wyposażony jest nie w inteligentny system parkowania, a w system parkowania wspomagany przez czujniki parkowania i kamerę cofania.

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdzają pierwotnie złożone specyfikacje techniczne pojazdu, w których wyszczególniono czujniki parkowania z przodu i z tyłu, z wizualizacją na ekranie radia, co nie jest równoznaczne funkcjonalnie z inteligentnym systemem parkowania.

Ponadto 8 lipca 2015 r. z dołączonej i uzupełnionej 8 lipca 2015 r. specyfikacji technicznej wynika zaoferowanie systemu: *Rear Assist – kamera cofania (inteligentny system parkowania czujniki parkowania przód i tył z kamerą cofania rzucające obraz na monitor środkowy [Uwaga! dostępne tylko z systemem ZCB lub PNC/TRE/ZC8/YOU/WE lub ZNC/TTQ/YOU]*.

Według Odwołującego VW Leasing nazwał tym samym jeden ze standardów wspomaganie parkowania, jakim jest posiadanie przez samochód kamery cofania oraz czujników parkowania, jako inteligentny system parkowania. Jednakże ten ostatni stanowi

Sygn. akt KIO 1731/15

odmienne od oferowanego przez VW Leasing rozwiązanie, które zapewnia pełną automatyzację wykonywanego manewru, eliminuje możliwość popełnienia błędu przez kierowcę, a przede wszystkim znacznie poprawia komfort parkowania. Jest rozwiązanie bardziej pożądane na rynku niż zwykłe systemy, a jednocześnie znacznie droższe od nich.

Zdaniem Odwołującego jego stanowisko potwierdza również opis systemu parkowania Rear Assist udostępniony przez VW, według którego jest to nazwa asystenta parkowania, który opiera się na działaniu kamery cofania zintegrowanej z pokrywą bagażnika. Włączenie wstecznego biegu powoduje wyświetlenie na ekranie systemu radiowego lub radiowo-nawigacyjnego obrazu z kamery. Tryb pracy – w zależności od parkowania poprzecznego lub parkowania wzdłużnego – określa się za pomocą przycisków obsługi radia lub nawigacji. Po wyłączeniu biegu wstecznego, kamera cofania jeszcze przez 9 sekund pokazuje przestrzeń za samochodem. Asystent parkowania umożliwia wyświetlenie realnego obrazu za samochodem i pozwala na bezpieczne cofanie i precyzyjne parkowanie tyłem.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z opisami VW inteligentny system parkowania nazywa się Park Assist. Działa on w następujący sposób: jadąc samochodem

z maksymalną prędkością 30 km/h, po uruchomieniu systemu, przestrzeń z boku pojazdu jest skanowana za pomocą specjalnych czujników. Jeśli długość luki parkingowej jest wystarczająca, system informuje o tym kierowcę, a po zaakceptowaniu przez niego miejsca, samochód sam oblicza i pokazuje na umieszczonym na desce rozdzielczej wyświetlaczu idealną drogę do przeprowadzenia manewru. Jedynym zadaniem kierowcy, jest odpowiednie ustawienie samochodu w stosunku do drogi (pozycję startową parkowania wskazuje system), włączenie wstecznego biegu i kontrola prędkości. Park Assisst cały manewr wykonuje sam (przejmuje kontrolę nad układem kierowniczym). Cała operacja trwa zaledwie 15 sekund.

Odwołujący podsumował, że oba systemy znacznie różnią się od siebie i tylko Park Assisst może być uznany za inteligentny system parkowania, a jego zaoferowanie implikowałoby również dużo wyższe koszty oferty aniżeli zaoferowanie pojazdu z systemem Rear Assisst.

{ad pkt 1 listy zarzutów – brak jednoznacznego wskazania maksymalnej pojemności zbiornika paliwa}

Odwołujący podał, że w załączniku nr 1 do SIWZ dla pojazdu z segmentu II typ 6 w pkt 9 lit. z określono następująco wymaganie: *zbiornik paliwa max. 90 litrów (liczba ta musi wynikać ze świadectwa zgodności WE).*

6

Sygn. akt KIO 1731/15

Odwołujący podał, że Wykonawca VW Leasing załączył do oferty homologację, z której powyższy parametr nie wynika. Co więcej, 31 lipca 2015 r. został wezwany do przedstawienia w formie załącznika, w szczególności wyciągu do świadectwa homologacji dla homologacji całopojazdowej krajowej lub świadectwa zgodności WE dla homologacji całopojazdowej wspólnotowej potwierdzającej, że oferowane pojazdy dla zadania nr 1 segment II typ 6 spełniają wymagania SIWZ. W odpowiedzi Wykonawca przedłożył świadectwo zgodności, jednakże z załączonego dokumentu nie wynika spełnianie wymogu maksymalnej pojemności zbiornika paliwa – 90 litrów.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany pojazd Crafter podwójna kabina z wywrotem, może zostać dostarczony ze zbiornikiem 75 lub 100 litrów. Stąd też nie można uznać w sposób dorozumiany, że zaoferowany pojazd spełnia wymagania dotyczące maksymalnej pojemności zbiornika.

{ad pkt 2 listy zarzutów – zaoferowanie innego pojazdu aniżeli pierwotnie wskazany w ofercie}

Odwołujący podał, że w zadaniu 1 segment II typ 2 Wykonawca VW Leasing zaoferował pojazd Transporter Kombi 2.0 TDI 150 KM, model bazowy: 7EJ131/Z1B/ZR9/3SJ/5YE/ZSA/3UC/3VF/4FN/WF9/0WQ/2MQ/1S6.

Odwołujący stwierdził, że podany model bazowy oznaczał model T5, wycofany z produkcji, co wskazywało, że zaoferowano samochód którego dostarczenie nie będzie możliwe, biorąc pod uwagę bezwzględne wymaganie, żeby pojazdy zostały wyprodukowane w 2015 roku.

W wyniku uzupełnienia dokumentacji technicznej z 8 lipca 2015 r., Wykonawca zaoferował inny model bazowy pojazdu Transporter Kombi 2.0 TDI 150 KM: SGJ1F1/WF9/KH1/ZE8/ZS9/Z1B/1G2/0WQ/1S6/3B4/3M9/3S1/3UE/3VF/4FN/2MQ.

Odwołujący zarzucił, że zmiana modelu bazowego oznacza *de facto* zmianę treści oferty. Kluczowe w tym przypadku jest wskazanie konkretnego, przypisanego modelu bazowego, który identyfikuje zaoferowany pojazd, czyli przedmiot zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie można przyjąć, iż każdy Transporter Kombi 2.0 TDI 150KM podany z samej nazwy, spełnia wymagania Zamawiającego, gdyż możliwe jest to dopiero po zidentyfikowaniu konkretnego modelu bazowego. Dokonana przez Wykonawcę VW Leasing zmiana doprowadziła do niedozwolonej modyfikacji treści oferty, co przesądza według Odwołującego o nierównym traktowaniu Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

7

Sygn. akt KIO 1731/15

{ad pkt 3 listy zarzutów – kilkakrotne wzywanie do uzupełnienia dokumentów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiając kolejno pismami z 3, 24 i 31 lipca 2015 r. wzywał Wykonawcę VW Leasing do uzupełnienia tych samych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

3 lipca Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień, informuje, że w wyniku oceny Państwa oferty złożonej w postępowaniu na „Wynajem długoterminowy pojazdów samochodowych”, działając na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wzywa do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w poniższym zakresie: (...)

2) Ponadto, z dołączonych do oferty świadectw zgodności WE i specyfikacji technicznej nie wynika, że zaoferowane przez Państwa pojazdy samochodowe spełniają wszystkie wymienione w Opisie przedmiotu zamówienia parametry. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wzywa do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż zaoferowane samochody spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego tj. uzupełnienia specyfikacji technicznych oferowanych pojazdów samochodowych.

Powyższe dokumenty muszą potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert tj. 20.05.2015 r.

Odwołujący stwierdził, że kolejne wezwanie z 24 lipca zawierało wskazanie parametrów technicznych, które nie zostały wykazane przez Wykonawcę w ofercie, *ale już uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 lipca 2015 r.:*

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IX pkt 5 ppkt 11 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), Wykonawcy, w celu potwierdzenia, że oferowane pojazdy spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, zostali zobowiązani do przedstawienia specyfikacji technicznych oferowanych pojazdów samochodowych.

Jednocześnie w Załączniku nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – Zadanie nr 1, Zamawiający wskazał wymagania dla pojazdów samochodowych.

Zamawiający wskazuje ponadto, że w odniesieniu do części parametrów, Zamawiający wymagał, aby potwierdzenie ich spełnienia wynikało ze świadectwa zgodności WE.

Mając na uwadze fakt, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 03.07.2015 r. było zbyt ogólne i nie wskazywało, które parametry techniczne i funkcjonalności pojazdów nie zostały potwierdzone przez odpowiednio specyfikacje techniczne i świadectwa zgodności WE, Zamawiający - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo

Sygn. akt KIO 1731/15

zamówień publicznych (Dz.U. 2013r., Nr 907 ze zm.), wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane pojazdy spełniają następujące wymagania Zamawiającego: (...)

Ostatnie wezwanie z 31 lipca dotyczyło przedstawienia w formie załącznika, w szczególności wyciągu do świadectwa homologacji dla homologacji całopojazdowej krajowej lub świadectwa zgodności WE dla homologacji całopojazdowej wspólnotowej potwierdzającej, że oferowane pojazdy dla zadania nr 1 segment II typ 6 spełniają wymagania SIWZ:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A (...), wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane pojazdy dla Zadania nr 1, Segment II typ 6, spełniają następujące wymagania Zamawiającego, tj. posiadają: Świadectwa homologacji dla homologacji całopojazdowej krajowej lub świadectwa zgodności WE dla homologacji całopojazdowej wspólnotowej.

Powyższe dokumenty muszą potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert tj. 20.05.2015r. (...)

Odwołujący zarzucił, że działanie Zamawiającego polegające na kilkakrotnym wzywaniu do uzupełnienia tego samego dokumentu przeczy zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ustawodawca przewidział bowiem jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nie zaś kilkakrotne – pomimo niepotwierdzenia

spełniania warunków – dopytywanie wykonawcy o parametry oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający sam niejako dążył do potwierdzenia spełnienia wymogów przez Wykonawcę VW Leasing. To nie Wykonawca wykazał więc spełnienie przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu, do czego obliguje go art. 24 ust 2 pkt 4 pzp, tylko Zamawiający, nie zważając na przepisy ustawy pzp, podejmował czynności mające na celu udowodnienie prawidłowości i skuteczności oferty.

{ad pkt 4 listy zarzutów – złożenie nieprawdziwych informacji
o braku przynależności do grupy kapitałowej}

Odwołujący zrelacjonował, że pomimo przedstawienia, przy okazji poprzedniego odwołania, obszernego materiału dowodowego w postaci sprawozdania finansowego spółki Volkswagen Leasing GmbH sp. z o.o. oddział w Polsce i opinii biegłego rewidenta, Zamawiający nie podjął żadnych czynności mających na celu wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy dokumentami jednoznacznie wskazującymi, że wykonawca należy do grupy kapitałowej a oświadczeniem temu przeczącym.

9

Sygn. akt KIO 1731/15

{a)definicja grupy kapitałowej}

Odwołujący zaprezentował w odwołaniu następujący wywód odnośnie definicji grupy kapitałowej.

Art. 24 ust. 2 pkt. 5 definiuje grupę kapitałową przez odesłanie do innego aktu prawnego tj. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2015 r. poz. 184; dalej również: „uokik”). Legalną definicję grupy kapitałowej zawarto w art. 4 pkt 14 tej ustawy i *rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Z powyższego wynika, że do grupy kapitałowej należy zaliczyć przedsiębiorcę, który dominuje w grupie (kontroluje) oraz kontrolowane podmioty. Uwzględniać przy tym należy przede wszystkim struktury wielostopniowe gdzie firma A kontroluje B, a firma B kontroluje C. Należy zatem ustalić, kiedy można uznać, że przedsiębiorca jest kontrolowany przez innego przedsiębiorcę. W art. 4 pkt. 4 uokik znajduje się definicja pojęcia „przejęcia kontroli” – rozumie się przez to:*

- *wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień,*
- *które osobno albo łącznie,*
- *przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych,*
- *umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:*
 - a) *dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,*
 - b) *uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,*
 - c) *członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),*
 - d) *dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,*
 - e) *prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),*
 - f) *umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę”*

10

Ustawa wskazuje zatem przykłady sytuacji, w których występuje przejęcie kontroli. Użycie słów „w szczególności” oznacza, że nie jest to katalog zamknięty. Spełnienie któregoś z ww. warunków może zatem oznaczać, że dany podmiot należy do grupy kapitałowej. Kluczowym elementem dla przynależności do grupy kapitałowej jest więc istnienie podmiotu dominującego i podmiotów zależnych.

Zgodnie z art. 26 ust. 2d pzp wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Odwołujący podał, że Volkswagen Leasing złożył wraz z ofertą oświadczenie o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

{b) Volkswagen Leasing (...) a grupa kapitałowa w świetle dokumentów Spółki}

Odwołujący zarzucił, że w świetle dokumentów Spółki Volkswagen Leasing oświadczenie to jest nieprawdziwe.

Po pierwsze – powołał się na następujące zapisy *Raportu z badania sprawozdania finansowego za okres obrotowy od 1 stycznia do 30 maja 2014 r.*:

Jednostkami powiązаныmi ze Spółką są: Porsche Automobil Holding SE – jednostka dominująca najwyższego szczebla {;} Volkswagen Leasing GmbH – jednostka dominująca oraz spółki należące do Grupy Kapitałowej jednostki dominującej w stosunku do Spółki. Spółka wchodzi w skład grupy kapitałowej, w której jednostka dominująca wyższego szczebla sporządza skonsolidowane sprawozdanie finansowe zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej (MSSF) zatwierdzonymi przez Unię Europejską.

Zdaniem Odwołującego niepodważalny dowód na to, iż Spółka należy do grupy kapitałowej i takie też oświadczenie powinna złożyć w analizowanej ofercie.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w sprawozdaniu finansowym wspomina się o „zarządzaniu wewnętrznym”, w miejscu gdzie pada stwierdzenie, że *Volkswagen Leasing GmbH uwzględniono w sporządzonym zgodnie z MSSF skonsolidowanym sprawozdaniu finansowym Volkswagen Financial Service AG. Zarządzanie wewnętrzne spółkami Grupy – a zatem także Volkswagen Leasing GmbH – opiera się na danych zgodnych z MSSF.*

Odwołujący podkreślił, że informacja o konsolidacji sprawozdania finansowego, jednoznacznie wskazuje na istnienie większej liczby jednostek w grupie, stąd potrzeba konsolidacji tegoż sprawozdania.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że ze sprawozdania finansowego można dowiedzieć się o transakcjach z podmiotami powiązаныmi, co także wskazuje na istnienie grupy kapitałowej.

Sygn. akt KIO 1731/15

Jak stanowi pkt 29 *Noty do sprawozdania finansowego*:

Jednostkami powiązаныmi ze Spółką na dzień bilansowy są: • Volkswagen Leasing GmbH – jednostka dominująca • Volkswagen International Finance N.V. – pozostały podmiot powiązany • Volkswagen Bank Polska S.A. – pozostały podmiot powiązany • Volkswagen Bank GmbH – pozostały podmiot powiązany • Volkswagen AG PKW – pozostały podmiot powiązany • Volkswagen Serwis Ubezpieczeniowy Sp. z o.o. – pozostały podmiot powiązany • Man SE Truck & Bus TK. - pozostały podmiot powiązany • Scania AB – pozostały podmiot powiązany • Scania Financial Services TK – pozostały podmiot powiązany • Volkswagen Group Polska Sp. z o.o. – pozostały podmiot powiązany • Volkswagen Poznań Sp. z o.o. – pozostały podmiot powiązany

Jednostką dominującą, w stosunku do Spółki jest Volkswagen Leasing GmbH z siedzibą w Braunschweigu, Niemcy. Jednostką najwyższego szczebla Grupy jest Porsche Automobil Holding SE z siedzibą w Stuttgarcie, Niemcy.

Spółka współpracuje z poniżej wymienionymi podmiotami z Grupy:

– Volkswagen Financial Service AG – w ramach programu emisji dłużnych papierów wartościowych prowadzonego przez spółki Koncernu Volkswagen AG, Volkswagen Financial Service AG gwarantuje wykup wyemitowanych papierów dłużnych Spółki, z tego tytułu Spółka obciążana jest kosztami prowizji od objętych gwarancją emisji papierów wartościowych. W dniu 15 grudnia 2008 roku pomiędzy spółkami została zawarta umowa poręczenia. Zgodnie z postanowieniami umowy poręczyciele zobowiązują się wykonać

wszelkich zobowiązań pieniężnych Dłużnika wynikających z zwartych umów leasingu, w szczególności opłaty leasingowe oraz odszkodowania, w przypadku niewykonania zobowiązania przez dłużnika.

– Volkswagen Bank Polska S.A. – ponieważ Spółka zatrudnia 2 pracowników, obsługa przedsiębiorstwa Spółki prowadzona jest przez Volkswagen Bank Polska S.A. na podstawie umowy o współpracy zawartej pomiędzy spółkami. Ponadto Spółka współpracuje z Volkswagen Bank Polska S.A. w zakresie rozliczeń prowizji dla sprzedawców, produktów finansowych Koncernu. Współpraca ta polega na zawieraniu przez Volkswagen Bank Polska S.A. umów zleceń ze sprzedawcami produktów finansowych, a następnie comiesięcznym obciążaniem Spółki kosztami dotyczącymi pośrednictwa w zawieraniu umów leasingu.

– Volkswagen Serwis Ubezpieczeniowy Sp. z o.o. - w ramach prowadzonej działalności leasingowej Spółka współpracuje z Volkswagen Serwis Ubezpieczeniowy Sp. z o.o. w zakresie ubezpieczeń komunikacyjnych przedmiotów umów leasingu oraz od ryzyka finansowego (RSV/GAP).

W dniu 2 kwietnia 2003 roku pomiędzy Volkswagen Leasing Polska Sp. z o.o. a Volkswagen

12

Sygn. akt KIO 1731/15

Serwis Ubezpieczeniowy Sp. z o.o. została zawarta umowa faktoringu. Zgodnie z treścią umowy, w momencie, gdy Volkswagen Leasing Polska Sp. z o.o. odzyska wierzytelności w kwocie przewyższającej cenę nabycia tych wierzytelności, Spółki dokonają podziału uzyskanej nadwyżki w proporcji 10/90. Uzyskane przez Volkswagen Leasing Polska Sp. z o.o. 90% nadwyżki będzie stanowić jego wynagrodzenie z tytułu usług finansowych.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że zgodnie z notą do sprawozdania finansowego Spółka stosuje wszystkie standardy i zmiany do standardów, jakie były obowiązujące na dzień 30 maja 2014r., tj. między innymi: a) MSSF 10 „Skonsolidowane sprawozdanie finansowe”, b) MSSF 11 „Wspólne porozumienia”, c) MSSF 12 „Ujawnianie udziałów w innych jednostkach” – w odwołaniu wskazano, że jest to nowy standard, który dotyczy jednostek posiadających udziały w jednostce zależnej, wspólnym porozumieniu, jednostce stowarzyszonej lub w niekonsolidowanych jednostkach strukturalnych, d) zmieniony MSR 27 „Jednostkowe sprawozdania finansowe” – w odwołaniu wskazano, że celem zmienionego MSR 27 jest określenie wymogów ujawniania i prezentacji inwestycji w jednostki zależne, wspólne przedsięwzięcia oraz jednostki stowarzyszone w sytuacji gdy jednostka sporządza jednostkowe sprawozdanie finansowe.

Odwołujący podsumował, że przywołane powyżej zapisy ze sprawozdania finansowego Spółki jednoznacznie potwierdzają, iż Volkswagen Leasing należy do grupy kapitałowej. Wykonawca winien więc był złożyć oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej oraz listę podmiotów występujących w grupie. Każde twierdzenie przeciwne winno zostać przez Zamawiającego wyjaśnione i zweryfikowane, co nie zostało uczynione w ramach procedury wyjaśniającej na etapie badania i oceny złożonych ofert.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 17 lipca 2015 r. kopii odwołania, 20 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Volkswagen Leasing GmbH sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, ale nie uznał jego zarzutów.

13

Sygn. akt KIO 1731/15

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba rozważyła na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego zgłoszony na tym posiedzeniu przez Zamawiającego, a poparty przez Przystępującego, wniosek o odrzucenie odwołania, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego wielokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, z uwagi na podniesienie pozostałych zarzutów z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp. Wnioskodawcy podnieśli następujące okoliczności. Zarzuty dotyczące inteligentnego systemu parkowania, zmiany treści oferty oraz grupy kapitałowej były podniesione w poprzednim odwołaniu, które zostało wycofane przez Corpo Flotę. Z kolei zarzut dotyczący zbiornika paliwa mógł być i powinien podniesiony w poprzednim odwołaniu, a ponadto dotyczy okoliczności, która została potwierdzona na skutek wezwania i uzupełnienia, które miały miejsce przed wniesieniem poprzedniego odwołania.

Izba ustaliła, że Corpo Flota wniosła poprzednie odwołanie 25 czerwca 2015 r., które zawierało takie zarzuty, jak to twierdzono powyżej. Po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił Volkswagen Leasing. 30 czerwca 2015 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie obejmującą wyłącznie informację o unieważnieniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Volkswagen Leasing. 8 lipca 2015 r. Corpo Flota wycofała odwołanie, co stało się podstawą do umorzenia przez Izbę postanowieniem z 9 lipca 2015 r. postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1345/15.

Izba stwierdziła na podstawie dokumentacji postępowania, że podstawa faktyczna wszystkich zarzutów odwołania, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego nieprawdziwego oświadczenia dotyczącego grupy kapitałowej, obejmuje również dokumenty złożone w rezultacie wezwań do uzupełnień (dotyczy to również zarzutu związanego ze zbiornikiem paliwa), które nastąpiły w ramach powtórzonych czynności po unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty Volkswagen Leasing jako najkorzystniejszej. Nie można zatem stwierdzić, że zarzuty te zostały podniesione po terminie, gdyż dotyczą stanu rzeczy, który został ustalony powtórным wyborem oferty Volkswagen Leasing jako najkorzystniejszej.

Z kolei dla zarzutu dotyczącego nieprawdziwych informacji ma szczególne znaczenie, że enigmatyczna odpowiedź na poprzednie odwołanie mogła być poczytywana jako

Sygn. akt KIO 1731/15

uwzględnienie w całości zarzutów odwołania, skoro Zamawiający zdecydował się unieważnić jako wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty, a tym samym otworzyć sobie możliwość badania oferty Volkswagen Leasing w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Corpo Flota nie miała interesu w popieraniu odwołania od czynności, która została następnie przez Zamawiającego unieważniona, a obecnie wniesione odwołanie dotyczy stanu rzeczy, który został ustalony w ramach powtórzonych czynności, a zatem odwołanie wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu od zawiadomienia o wyniku powtórzonych czynności nie podlega odrzuceniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, a Zamawiający wniósł o jego oddalenie, co poparł Przystępujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia,

gdyż złożył drugą spośród dwóch ofert złożonych na zadanie nr 1. Odwołujący, który kwestionuje zaniechanie wykluczenia Przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty, wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie znalazł potwierdzenia żaden z tych zarzutów.

15

Sygn. akt KIO 1731/15

I. zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. oraz niedopuszczalnej zmiany treści oferty {ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności.

Natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Samo nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp

16

Sygn. akt KIO 1731/15

mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem,

że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczone są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp 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.

Z art. 87 ust. 1 zdanie 2 pzp wynika, że ewentualne próby zmiany przez wykonawcę treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne). Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w następujących wyrokach: z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09) i 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11). W tym ostatnim orzeczeniu oraz w wyroku z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11) wyrażono również słuszny pogląd, że dla oceny prawidłowości skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp istotne jest, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia dla dokonanego wezwania, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia z wyjaśnianiem treści informacji już w niej zawartych.

Izba ustaliła wstępnie, co następuje:

- Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu wymagał od wykonawców sprecyzowania w formularzu oferty marki, typu, modelu oferowanego dla danego segmentu i typu opisu przedmiotu zamówienia {rozdział XV pkt 3 s.i.w.z. odsyłający do formularza oferty stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z.};
- w powyższym zakresie oferta została przez Volkswagen sprecyzowana i nie podlegała

17

Sygn. akt KIO 1731/15

wyjaśnieniom ani poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp {formularz oferty Volkswagen Leasing; dokumentacja postępowania};

- Zamawiający na potwierdzenie, że sprecyzowane co do marki, typu i modelu samochodu spełniają wszystkie szczegółowe wymagania określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) wymagał załączenia do oferty specyfikacji technicznych oferowanych samochodów, przy czym w załączniku nr 1 do s.i.w.z. przy niektórych szczegółowych parametrach znalazło się wskazanie, że parametr musi wynikać ze świadectwa zgodności WE {rozdział IX pkt 5 ppkt 11 s.i.w.z. oraz załącznik nr 1 do s.i.w.z.};
- w zakresie powyższych dokumentów Zamawiający wzywał w trybie art. 26 ust. 3 pzp zarówno Corpo Flotę, jak i Volkswagen Leasing {dokumentacja postępowania}.

I.1.1) zarzut niezaoferowania inteligentnego systemu parkowania

Niesporne były następujące okoliczności:

- w załączniku nr 1 wymagano wyposażenia samochodu osobowego o nadwoziu sedan/liftback (segment I typ 1) m.in. w czujniki parkowania przednie i tylne {lit. n} oraz inteligentny system parkowania {lit. n};
- powyższe wymagania nie były przedmiotem wyjaśnień treści s.i.w.z.
- Volkswagen Leasing zaoferował dla segmentu I typu 1 Volkswagena Passata limuzynę Highline 2.0 TSI 220 KM DSG {formularz oferty, str. 5 oferty}
- według załączonej do oferty specyfikacji technicznej dla tego pojazdu jest on standardowo wyposażony w czujniki parkowania z przodu i z tyłu z wizualizacją na ekranie radia {specyfikacja techniczna, str. 15 oferty}, a dodatkowo został wyposażony w system Rear Assist – kamerę cofania {specyfikacja techniczna, str. 17 oferty};
- w uzupełnionej pismem z 8 lipca 2015 r. specyfikacji technicznej uzupełniono opis tego drugiego elementu wyposażenia przez dopisanie w nawiasie: *inteligentny system parkowania*

czujniki parkowania przód i tył z kamerą cofania rzucający obraz na monitor środkowy {str. 4 specyfikacji technicznej dla zadania I segmentu I typu 1}.

Ponadto Izba stwierdziła na podstawie dowodów złożonych przez Przystępującego oraz korzystając ze wskazań doświadczenia życiowego, że na dzień orzekania na rynku motoryzacyjnym określenie „inteligentny system parkowania” nie funkcjonuje jako standard oznaczający automatyczny system parkowania, który po uruchomieniu przejmuje kontrolę nad układem kierowniczym i wykonuje manewr parkowania za kierowcę, którego zadanie

18

Sygn. akt KIO 1731/15

ogranicza się do ustawienia pojazdu w pozycji wyjściowej, wrzucenia odpowiedniego biegu i kontroli prędkości {czyli rozwiązania typu Park Assist u Volkswagena}. Natomiast na rynku funkcjonuje wiele różnych rozwiązań wspomagających kierowcę podczas parkowania pojazdów, które wymagają w większym lub mniejszym stopniu jego udziału przy wykonywaniu tego parametru. Dla celów marketingowych mianem inteligentnych są określane również zarówno rozwiązania oparte na kamerze cofania i wyświetlaniu na bieżąco na monitorze widoku oraz dodatkowych informacji ułatwiających wykonanie manewru parkowania {wydruk ze strony internetowej BMW Polska}, a nawet bez tego ostatniego elementu {folder reklamowy dotyczący samochodu Kia Sportage}, jak i rozwiązania oparte na czujnikach ultradźwiękowych mierzących odstęp od możliwych przeszkód, sygnalizujące narastającym dźwiękiem zbliżanie się do przeszkody oraz pokazujących odstęp na monitorze {Park Distance Control – wydruk ze strony internetowej BMW Polska}, a nawet bez tego ostatniego elementu {4 *Sondy inteligentny system cofania parking i Assistance* – wydruk ze strony <http://pl.focalprice.com>}.

Volkswagen w oficjalnie używanej terminologii nie używa określenia „inteligentny system parkowania” dla żadnego z trzech oferowanych jako element wyposażenia pojazdów systemów wspomagających kierowcę podczas parkowania pojazdu (oprócz Rear Assist i Park Assist, jest to Area View z kamerą cofania Rear Assist – system oparty o cztery kamery umieszczone w pokrywie bagażnika, lusterkach bocznych oraz przednim zderzaku, które dzięki odpowiedniej obróbce cyfrowej symulują widok auta z lotu ptaka, wizualizując kierowcy otoczenie pojazdu z każdej strony) {oświadczenie Volkswagena Group Polska}.

Zawarty w odwołaniu opis działania systemów Rear Assist i Park Assist jest adekwatny, z tym że w odniesieniu do tego pierwszego wymaga następującego uzupełnienia. Na obraz z kamery widoczny na ekranie nanoszone są linie pokazujące optymalną drogę, którą powinien poruszać się samochód. Kształt linii jest uzależniony od kąta skrętu kierownicy. Kierowca widzi w czasie rzeczywistym jak skręt kierownicy wpływa na pokazywany przez system tor jazdy. Występują trzy kolory linii: zielony – pokazuje optymalny tor jazdy, gwarantujący bezpieczne i optymalne zaparkowanie pojazdu, pomarańczowy – ostrzega kierowcę o zagrożeniu wynikającym z kontynuowania manewru parkowania oraz czerwony – ostrzega o kolizyjnym torze jazdy {oświadczenie Volkswagena Group Polska}.

W opinii Volkswagen Group Polska „inteligentny system parkowania” oznacza taką funkcjonalność, która w czasie wykonywania manewru parkowania skanuje otoczenie, ostrzega przed przeszkodą na torze jazdy oraz dokonuje graficznego przedstawienia odległości od przeszkody na ekranie radia lub nawigacji, co zapewnia każdy z trzech

19

Sygn. akt KIO 1731/15

powyższych systemów wspomagających parkowanie. Volkswagen dopiero pracuje nad systemem, który sam zaparkuje samochód dzięki wykorzystaniu jazdy autonomicznej – bez udziału kierowcy, który nie będzie musiał nawet znajdować się w pojeździe podczas wykonywania manewru parkowania {oświadczenie Volkswagena Group Polska}.

Rear Assist – kamera cofania i Park Assist jako element opcjonalnego wyposażenia modelu Passat przy poziomie wyposażenia funkcjonującego pod nazwą handlową Highline (a takie zostało wskazane przez obu Wykonawców) według cennika Volkswagena mają zbliżoną cenę – odpowiednio 1660 zł i 1020 zł {oświadczenie Volkswagena Group Polska};

cennik dla Nowego Passata Limousine}

Ponadto zdaniem składu orzekającego o tym, że określenie „inteligentny system parkowania” nie ma jeszcze skryształowanego znaczenia na rynku motoryzacyjnym świadczy fakt, że nie doczekał się jeszcze funkcjonującego powszechnie skrótu (który zapewne nie będzie pochodził od określenia w języku polskim), w przeciwieństwie do takich systemów podwyższających bezpieczeństwo prowadzenia pojazdu jak ABS, ASR, ESP czy EBD, co do których można powiedzieć, że mają ustalone i powszechnie znane znaczenie.

W sytuacji gdy s.i.w.z. zawierała lakoniczne określenie wymaganego parametru, który nigdzie nie został sprecyzowany, ani nie był przedmiotem wyjaśnień, Odwołujący musiałby wykazać ponad wszelką wątpliwość, że określenie „inteligentny system parkowania” ma przynajmniej dla podmiotów profesjonalnych funkcjonujących na rynku motoryzacyjnym takie znaczenie, jakie opisał w odwołaniu. Pomimo zasugerowania w odwołaniu, że wynika to z wszystkich standardów obowiązujących na rynku oraz specyfikacji technicznych samochodów, Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów na istnienie takich standardów. Odwołujący wykazał jedynie, że w jednym jedynym artykule zamieszczonym na blogu dealera Volkswagena, zostało użyte określenie „inteligentny system parkowania”. Uszło uwadze Odwołującego, że zarówno tytuł artykułu {„V-Charge: Volkswagen wprowadza systemy automatycznego parkowania i ładowania samochodów elektrycznych} jak i jego treść dotyczą unijnego projektu badawczego (jedynie przy okazji wspomniano o wcześniejszych, doświadczalnych pojazdach Volkswagena), dzięki któremu już w niedalekiej przyszłości auta będą mogły zupełnie samodzielnie parkować, czyli w ogóle bez udziału kierowcy (tzw. pojazdy autonomiczne), a tak rozumianą „inteligencją” nie cechuje się również aktualnie oferowany system Park Assist. W oczywisty sposób Odwołujący nie udźwignął spoczywającego na nim na mocy art. 190 ust. 1 pzp ciężaru udowodnienia swoich twierdzeń.

Wobec tego określenie „inteligentny system parkowania”, jako enigmatyczne i niejednoznaczne, nie może być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, który działał

20

Sygn. akt KIO 1731/15

w dobrej wierze. Odwołujący i Przystępujący odmiennie zinterpretowali kryjące się za tym określeniem oczekiwania Zamawiającego, ale żaden z nich nie nadużył tej sytuacji, gdyż zaoferowali rozwiązania wspomagające parkowania o porównywalnej wartości wyrażonej w pieniądzu i użytkowej, które marketingowo można określić mianem inteligentnych. Skoro Zamawiający ograniczył się do tego typu określenia, musi zaakceptować różne rozwiązania, nawet jeżeli jego intencją było otrzymanie rozwiązania takiego, jakie zaoferował Odwołujący, lub takiego, jakie zaoferował Przystępujący {na tą drugą możliwość wskazywałoby stanowisko prezentowane przez Zamawiającego na rozprawie}.

Z powyższych względów zarzut wystąpienia w powyższym zakresie niezgodności treści oferty Volkswagen Leasing z treścią s.i.w.z. jest bezzasadny.

I.1.2) zarzut braku jednoznacznego wskazania maksymalnej pojemności zbiornika

Niesporne były lub okazały się następujące okoliczności:

- w załączniku nr 1 wymagano wyposażenia samochodu ciężarowego o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t i nadwoziu z podwójną kabiną 7-osobową z zabudową typu wywrotka i plandeką (segment II typ 6) m.in. w maksymalnie 90 litrowy zbiornik paliwa, przy czym zastrzeżono, że liczba ta musi wynikać ze świadectwa zgodności WE {lit. z};
- Volkswagen Leasing zaoferował dla segmentu II typu 6 Volkswagena Craftera z podwójną kabiną i wywrotem 2.0 TDI 136 KM {formularz oferty, str. 5 oferty};
- pismem z 5 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp Volkswagen Leasing m.in. do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające, że powyższy pojazd posiada zbiornik paliwa o pojemności maksimum 90 litrów, gdyż z załączonych do oferty świadectw zgodności WE i specyfikacji technicznych nie wynika, że parametr ten jest spełniony {pkt 2 zadanie nr 1 pkt 6 wezwania};
- w uzupełnionym pismem z 9 czerwca 2015 r. świadectwie zgodności dla pojazdu niekompletnego znalazło się potwierdzenie, że pojemność zbiornika paliwa wynosi 75 litrów {dokument opatrzony u góry ręcznym dopiskiem „Z 1 SII T6”};
- pismem z 31 lipca 2015 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp Volkswagen Leasing

do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że powyższy pojazd posiada świadectwo homologacji dla homologacji całopojazdowej krajowej lub świadectwa zgodności dla homologacji całopojazdowej wspólnotowej;
– Volkswagen Leasing do pisma z 3 sierpnia 2015 r. załączył, oprócz świadectwa zgodności WE dla pojazdu skompletowanego i świadectwa homologacji typu WE dla pojazdu kompletnego, ponownie świadectwo zgodności dla pojazdu niekompletnego, tym razem bez

21

Sygn. akt KIO 1731/15

informacji potwierdzającej pojemność zbiornika paliwa.

Izba stwierdziła, że podniesiony w odwołaniu zarzut opiera się na błędnych, bo niekompletnych ustaleniach faktycznych. Odwołujący przeoczył, że wywiedziony w odwołaniu brak został już dawno uzupełniony, w ramach wezwania, które miało miejsce jeszcze przed pierwszym wyborem oferty Volkswagen Leasing jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby nie ma podstaw, aby uznać to potwierdzenie za niebyłe lub nieaktualne, tylko z tego powodu, że później złożone świadectwo zgodności dla pojazdu niekompletnego nie zawiera informacji dotyczącej pojemności zbiornika. Zamawiający, który dysponował już wymaganym dokumentem, miał podstawy uznać później zgłoszony dokument za zbędny, zwłaszcza że został złożony w odpowiedzi na wezwanie, które dotyczyło dokumentów dotyczących tzw. pojazdu kompletnego, czyli z zabudową typu wywrotka. Przede wszystkim nie sposób na tak wątej podstawie wywodzić zaistnienia niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., gdyż kwestia ta mogłaby podlegać ewentualnie wyjaśnieniom, gdyby Zamawiający powziął wątpliwości w tym zakresie.

Izba zważyła również, że sam Odwołujący nie miał pewności, czy przedmiotem oferty jest pojazd w wersji niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego, co uniemożliwia stwierdzenie niezgodności w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, która musi mieć charakter – jak to powyżej wskazano – zidentyfikowany, jednoznaczny, niepodważalny i nieusuwalny.

Ponadto Izba ustaliła, że łącznie w postępowaniu w zakresie segmentu II typu 6 zostały złożone trzy niemal identyczne świadectwa zgodności na pojazdy niekompletne, wszystkie z widniejącą datą 14 maja 2015 r. i Poznaniem jako miejscem wystawienia, wystawione przez Volkswagen Group Polska dla pojazdu o nazwie handlowej Crafter, typ: 2FJE2, wariant: FD4C1350E, wersja: MED24SA7, różniące się wyłącznie zakresem informacji zamieszczonych w pkt 52 *Uwagi* pod 4-wierszową zbitką uwag do wcześniejszych pkt, tj.: wersja bez dodatkowych informacji, wersja z informacją o pojemności zbiornika {dokument załączony do oferty Corpo Floty} oraz wersja, w której dodatkowo jest informacja o liczbie miejsc i podwoziu z podwójną kabiną do dalszej zabudowy nadwozia lub innej.

Najwyraźniej niektóre potwierdzenia oczekiwane i wymagane przez Zamawiającego w s.i.w.z. nie mieszczą się w zakresie standardowej treści tego dokumentu.

I.2. zarzut zaoferowania przez Volkswagen Leasing innego pojazdu niż pierwotnie wskazany w ofercie {ad pkt 2 listy zarzutów}

Niesporne były lub okazały się następujące okoliczności:

22

Sygn. akt KIO 1731/15

– na wstępie załącznika nr 1 w ramach określenia generalnego zakresu zobowiązania wykonawcy zamówienia wskazano m.in., że przedmiot zamówienia dotyczy długoterminowego wynajmu fabrycznie nowych pojazdów wyprodukowanych w 2015 r.;

– Volkswagen Leasing zaferował dla segmentu II typu 2 Volkswagena Transportera T6 kombi 2.0 TDI 150 KM {formularz oferty, str. 5 oferty};

– w załączonej do oferty specyfikacji technicznej znalazło się opisane w odwołaniu oznaczenie modelu bazowego {specyfikacja techniczna, str. 41 oferty};

– w uzupełnionej pismem z 8 lipca 2015 r. specyfikacji technicznej zmieniono oznaczenie modelu bazowego na opisane w odwołaniu {str. 1 specyfikacji technicznej dla zadania I segmentu I typu 2};

– oznaczenie modelu bazowego ze specyfikacji technicznej załączonej do odwołania

dotyczy modelu T5, który był produkowany w 2014 r., natomiast oznaczenie modelu bazowego z uzupełnionej specyfikacji technicznej – modelu T6, aktualnie znajdującego się w produkcji {okoliczność niesporna};
– Zamawiający nie mógł na podstawie oznaczeń przywołanych w odwołaniu stwierdzić tych zależności, gdyż opisane w odwołaniu oznaczenia za pomocą ciągu znaków (liter i cyfr) nie identyfikuje w oczywisty sposób roku produkcji.

Również ten zarzut odwołania opiera się na błędnych ustaleniach faktycznych, gdyż w odwołaniu pominięto zupełnie okoliczność, że z treści oferty Volkswagen Leasing wprost wynika, że jej przedmiotem jest pojazd o oznaczeniu T6, czyli taki, jaki miał być zaoferowany według Odwołującego. Umknęło również uwadze Odwołującego, że rok produkcji, o którym mowa na wstępie załącznika nie stanowi parametru technicznego, do którego odnosiło się (wyrażone w rozdziale IX pkt 5 ppkt 11 s.i.w.z.) żądanie Zamawiającego, aby wykonawcy złożyli na potwierdzenie, że oferowane pojazdy samochodowe spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego specyfikacje techniczne oferowanych pojazdów samochodowych.

W tych okolicznościach nie sposób twierdzić, że doszło do jakiegokolwiek zmiany treści oferty, gdyż od początku oferowany był pojazd z wymaganego roku produkcji. Doszło jedynie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 pzp dokumentu załączonego do oferty w zakresie stosowanego przez producenta wewnętrznego kodowego oznaczenia modelu bazowego, które ma w sobie zakodowany rok produkcji. Ponieważ Zamawiający nie wymagał podania takiego oznaczenia, ani potwierdzenia w jakiś szczególny sposób roku produkcji oferowanych pojazdów, nie sposób twierdzić, że takie uzupełnienie doprowadziło do jakiegokolwiek zmiany treści oferty, a tym bardziej do naruszenia zakazów wynikających z

23

Sygn. akt KIO 1731/15

art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Z tych względów zarzut zawarty w odwołaniu uznano za bezzasadny.

II. zarzut niedopuszczalnego kilkukrotnego wzywania Volkswagen Leasing do uzupełnienia dokumentów {ad pkt 3 listy zarzutów}

Zamieszczone w odwołaniu cytaty pochodzą z trzech kolejnych wezwań, jakie Zamawiający 3, 24 i 31 lipca skierował w trybie art. 26 ust. 3 pzp do Volkswagen Leasing, jednak w odwołaniu przemilczano następujące istotne okoliczności:

- pierwsze z powyższych wezwań nastąpiło bezpośrednio po unieważnieniu pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty i miało charakter ogólnikowy, w analogiczny sposób została również wezwana do uzupełnień Corpo Flota {pisma Zamawiającego z 3 lipca 2015 r.};
- po tym, jak w odpowiedzi na to wezwanie Volkswagen Leasing zwrócił uwagę na lakoniczność wezwania {pismo z 8 lipca 2015 r.}, w kolejnej turze wezwań, również w stosunku do Corpo Floty, Zamawiający sprecyzował zakres wezwań przez wskazanie w odniesieniu do każdego pojazdu jakiego wymagania nie znalazł potwierdzenia w dotychczas złożonych dokumentach {pisma Zamawiającego z 24 lipca 2015 r.};
- wezwanie z 31 lipca 2015 r. odnosiło się do innego wymagania niż poprzednie wezwanie, a mianowicie do wynikającego z pkt 2.3 formularza oferty żądania (potwierzonego w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 11 maja 2015 r. w odpowiedzi na pytanie nr 17), aby na potwierdzenie zadeklarowanego w ofercie zużycia paliwa w cyklu mieszanym na 100 km załączyć do oferty wyciąg ze świadectwa homologacji dla homologacji całopojazdowej krajowej lub świadectwo zgodności WE dla homologacji całopojazdowej wspólnotowej.

W powyższych okolicznościach o powtórnym wzywaniu do uzupełnienia tych samych dokumentów można mówić zestawiając zakres pierwszego wezwania, które dotyczyło wszystkich dokumentów żądanych według rozdziału IX pkt 5 ppkt 11 s.i.w.z., z kolejnymi, które wskazywały stwierdzone przez Zamawiającego braki. Abstrahując od okoliczności, że w ten sam sposób wzywani byli obaj Wykonawcy, powyższe dowodzi nieadekwatności zarzutu odwołania, gdyż pierwotne wezwania (po unieważnieniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty) były nieprawidłowe.

Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp służyć ma uzupełnieniu stwierdzonych przez

Zamawiającego braków, a zatem nie może polegać na przytoczeniu ponownie generalnego żądania zawartego w s.i.w.z., bez sprecyzowania czego konkretnie brakuje w dotychczas złożonych dokumentach. Właśnie z uwagi na przyjmowaną w doktrynie i judykaturze

24

Sygn. akt KIO 1731/15

zasadzie jednokrotności wzywania w zakresie tych samych braków {a nie dokumentów, jak uważa Odwołujący}, służącą zachowaniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, istotne jest, aby zostały one precyzyjnie wskazane w treści wezwania. Jest to interpretacja normy art. 26 ust. 3 pzp, która jest powszechnie przyjmowana w doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

Z tych względów zarzut zawarty w odwołaniu uznano za bezzasadny.

III. zarzut złożenia przez Volkswagen Leasing nieprawdziwego oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej {ad pkt 4 listy zarzutów}

Na rozprawie okazało się, że okolicznością bezsporną jest, że Volkswagen Leasing pozostaje w grupie kapitałowej, w dodatku składającej się ze znacznie większej liczby podmiotów niż udało się ustalić Odwołującemu, gdyż Przystępujący to przyznał, a nawet złożył dowód to potwierdzający (Lista *podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp* obejmuje tabelę na 22 stronach). Z kolei Zamawiający potwierdził, że po poprzednim odwołaniu miał świadomość nieprawdziwości oświadczenia załączonego do oferty Volkswagen Leasing.

Poza wszelkim sporem jest również okoliczność, że Volkswagen Leasing nie należy do grupy kapitałowej Corpo Floty {Lista *podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp*, str. 19 oferty Corpo Floty}, a na zadanie 1 wpłynęły tylko dwie oferty.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje również nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej.

25

Sygn. akt KIO 1731/15

W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje, co najwyżej, mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Innymi słowy w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje, nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa

2004/18/WE" lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem

26

Sygn. akt KIO 1731/15

podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art.

Sygn. akt KIO 1731/15

przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w oby tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

Spośród powyżej wyszczególnionych przesłanej w okolicznościach rozstrzyganej sprawy pierwsza i trzecia znalazły potwierdzenie. Poza wszelkim sporem jest bowiem okoliczność złożenia przez Volkswagen Leasing nieprawdziwego oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp. Biorąc pod uwagę jednoznaczność wyrażonego przez Zamawiającego żądania, aby do oferty załączyć listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w tym przepisie albo informację o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej {rozdział IX pkt 5 ppkt 7 s.i.w.z.}, nie zasługują na wiarę tłumaczenia Przystępującego z rozprawy o tym, jak to osoba przygotowująca oświadczenie myślała, że skoro w postępowaniu nie złoży oferty żaden podmiot z grupy kapitałowej, prawidłowe będzie oświadczenie o braku przynależności do niej.

Przede wszystkim takie postępowanie Przystępującego stanowi przejaw zarzucanego niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na

Sygn. akt KIO 1731/15

poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Nie została jednak spełniona druga przesłanka, gdyż Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że nieprawdziwe oświadczenie Volkswagen Leasing miało wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. W aktualnie wniesionym odwołaniu w stosunku do poprzedniego usunięto nawet stwierdzenie, że nieprawdziwa informacja miała

wpływ na wynik postępowania. Natomiast dodane w aktualnym odwołaniu stwierdzenia dotyczące zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp lub wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp nie odnoszą się do będącego przedmiotem zarzutu zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Nie wiadomo, dlaczego miały być wyjaśniane lub uzupełniane dokument zawierający nieprawdziwe oświadczenie dotyczące niepozostawania przez Volkswagen Leasing w grupie kapitałowej.

Izba rozpoznając sprawę w granicach zarzutów odwołania, co nakazuje art. 192 ust. 7 pzp, nie może domyślać się, a przede wszystkim uzupełniać tworzących podstawę faktyczną i prawną zarzutu okoliczności zawartych w odwołaniu, a te w żaden sposób nie wskazywały ani nie nawiązywały do innych podstaw wykluczenia niż art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury złożonej do zamknięcia rozprawy, ograniczając jego wysokość do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego

29

Sygn. akt KIO 1731/15

rozporządzenia.

Przewodniczący:

30