

WYROK

z dnia 12 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Żorach i Jutrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach postępowaniu prowadzonym przez Miasto Mińsk Mazowiecki przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Żorach i Jutrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach na rzecz zamawiającego Miasta Mińsk Mazowiecki kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający Miasto Mińsk Mazowiecki (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Mińsk Mazowiecki” (nr ref. WI.271.1.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 041-102648. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 3 września 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Żorach i Jutrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec:

1. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert w zakresie przyznania punktacji za kryterium „normy emisji spalin” dla oferty PKS Grodzisk Mazowiecki (dalej jako „Przystępujący”), z uwagi na fakt, że pojazdy ZAZ A08

wskazywane przez tego oferenta nie spełniają normy emisji spalin Euro VI a jedynie Euro V, co doprowadziło do zawyżenia punktacji przyznanej Przystępującemu i stanowi dokonanie oceny ofert z naruszeniem treści art. 239 ustawy Pzp oraz naruszenie treści

art. 522 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wykonania żądania odwołania wniesionego

przez Odwołującego w dniu 31.05.2021 r. (KIO 1643/21), na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 3 ówczesnego odwołania;

2. czynności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której wymagane było uzyskanie środków dowodowych odnośnie każdego z pojazdów i obowiązku złożenia tych środków przez oferenta nie można było zastąpić wyjaśnieniami oferenta, czym naruszono art. 223 ust. 1 oraz art. 107 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, co doprowadziło do zawyżenia punktacji przyznanej Przystępującemu za kryterium „normy emisji spalin” i dokonania oceny ofert z naruszeniem treści art. 239 ustawy Pzp;

3. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego pomimo istnienia przesłanek odrzucenia jego oferty, i zaniechania

odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, z uwagi na brak przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie pojazdu Autosan, co stanowi naruszenie treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawcy PKS Grodzisk Mazowiecki Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego z udziału w postępowaniu, względnie nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej klasyfikacji ofert spośród nieodrzuconych ofert złożonych przez niewykluczonych wykonawców, z uwzględnieniem punktacji za normę emisji spalin dla pojazdów ZAZ A08, zawartych w ofercie Przystępującego jak dla normy Euro V w miejsce punktacji przyznanej tym pojazdom jak dla normy Euro VI.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał na spełnianie przez autobus wymagań normy emisji spalin wskazując na normy Euro IV, Euro V oraz Euro VI oraz przyporządkowując liczbę punktów do każdej z nich. Kryterium zostało tak skonstruowane, że wymagania normy spełniać ma pojazd jako całość. Przystępujący wskazał w ofercie, że do realizacji zamówienia wykorzysta następujące pojazdy podstawowe: 6 pojazdów ZAZ A08 rocznik 2021 i 3 pojazdy ZAZ A08 rocznik 2020. Dla wszystkich tych pojazdów wskazał normę emisji spalin Euro VI. Jak wynika ze specyfikacji technicznej, którą Przystępujący złożył wraz z ofertą model zastosowanego silnika w autobusie ZAZ A08C to Weichai WP3NQ140E (jako dowód wskazano na ofertę Przystępującego oraz specyfikację techniczną złożoną przez Przystępującego). Zdaniem Odwołującego pojazdy opisane przez Przystępującego spełniają w rzeczywistości jedynie normę Euro V. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na informacje techniczne zamieszczone na stronie internetowej producenta silnika użytego w oferowanych pojazdach ZAZ A08, z którego wynika, że silnik ten spełnia normę Euro IV i V, lecz nie normę Euro VI (dowód: wydruk ze strony internetowej wraz z tłumaczeniem

przysięgłym). Odwołujący pozyskał również katalog przedstawiciela firmy ZAZ, tj. producenta pojazdu o symbolu ZAZ A08, który określa parametry techniczne tego pojazdu i wskazano w nim, że pojazd spełnia normę Euro V, a nie normę Euro VI. Z katalogu tego wynika, że dane przedsiębiorstwo nie produkuje autobusów miejskich modelu ZAZ A08 z europejską normą emisji spalin Euro VI (katalog pojazdów ZAZ wraz z tłumaczeniem przysięgłym). Co prawda Przystępujący w piśmie z dnia 17 czerwca 2021 r. przedstawił dokument homologacji dla silników Weichai typ WP3NE61, który ma obejmować również silnik o oznaczeniu WP3NQ140E61. Uwagę zwraca jednak fakt, że homologacja dotyczy silnika z oznaczeniem, które różni się od oznaczenia silnika przedstawionego w specyfikacji technicznej zaoferowanych pojazdów. W specyfikacji oferowanych pojazdów podano numer WP3NQ140E, a nadesłana homologacja dotyczy numeru WP3NQ140E61. Dodano więc oznaczenie 61 na końcu numeru silnika. Należy więc uznać, że homologacja dotyczy innego wariantu modelu silnika niż ten montowany w zaoferowanych pojazdach (jako dowód wskazano pismo Przystępującego z dnia 17.06.2021 r. wraz z załącznikiem i specyfikację techniczną złożoną przez Przystępującego). Dodatkowo Odwołujący wskazał, że model pojazdu wskazany w ofercie Przystępującego to ZAZ A08, tymczasem złożona wraz z ofertą kopia oświadczenia producenta pojazdu wskazująca na spełnianie normy euro VI oraz oświadczenie własne o specyfikacji technicznej dotyczą pojazdu ZAZ A08C. Zatem również ten dokument obejmuje inny wariant pojazdu niż zaoferowany przez Przystępującego (jako dowód wskazano kopię oświadczenia Przystępującego z 12.04.2021 r. oraz złożoną przez niego specyfikację techniczną. Odwołujący pozyskał również zdjęcie tabliczki znamionowej pojazdu ZAZ A08, który aktualnie wykorzystywany jest przy realizacji przewozów na rzecz Zamawiającego. Tabliczka ta określa numer homologacji pojazdu tj. UA*46A(b)*0669*01. Z numeru tego wynika, że jest to homologacja ukraińska (UA) a nie europejska (dowód: zdjęcie tabliczki znamionowej).

Mając na względzie wszystkie powyższe informacje Odwołujący przez swojego pracownika zwrócił się do Transportowego Dozoru Technicznego Wydziału Homologacji Pojazdów, który to podmiot jest jednostką dozoru technicznego, powołaną w drodze ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym, będącą państwową osobą prawną, podległą ministrowi właściwemu do spraw transportu. Z nadesłanej informacji wynika, że w międzynarodowej bazie homologacji nie ujawniono świadectwa dla pojazdu o nazwie handlowej ZAZ (Dowód: Wydruk e-mail z dnia 30 czerwca 2021 r.). Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że tak silnik o symbolu zaoferowanym przez Przystępującego nie jest silnikiem spełniającym wymagania normy emisji spalin Euro 6, gdyż różni się symbolem od silnika, który takie wymagania spełnia, jak i również pojazd ZAZ A08 nie jest pojazdem posiadającym homologację potwierdzającą wypełnienie wymagań dla normy emisji spalin Euro 6. W efekcie zasadny jest zarzut dokonania przez Zamawiającego niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Przystępującego, poprzez przyznanie punktów w ramach kryterium spełniania przez autobus normy Euro V lub Euro VI, jak dla normy Euro VI, podczas gdy prawidłowo należało przyznać punkty jak dla normy Euro V. Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Przystępującego narusza treść art. 239 ustawy Pzp, który to przepis nakazuje ocenę ofert w oparciu o kryteria przedstawione w SWZ. Naruszenie polega na formalnym zastosowaniu kryterium oceny ofert, lecz dokonaniem w oparciu o przedmiotowe środki dowodowe, które nie potwierdzają spełniania wymagań normy emisji spalin Euro VI, co skutkuje nieprawidłowym zastosowaniem kryterium oceny ofert obejmującym tę normę.

Ponadto stanowi to naruszenie obowiązku wynikającego z treści art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie prawidłowości dokonania oceny oferty Przystępującego skutkuje koniecznością unieważnienia czynności wyboru oferty, przeprowadzenia ponownego badania i przyznania punktów w omawianym kryterium jak dla normy Euro V.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że powyższe okoliczności uzasadniają również twierdzenie, że Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, nie weryfikując dokładnie pozyskanych danych, przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w ramach oceny ofert na etapie stosowania kryterium oceny ofert obejmującego spełnianie przez autobusy wymagań normy Euro. Powstała zatem przesłanka wykluczenia tego wykonawcy, określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Okoliczności te stanowiłyby więc również podstawę do wykluczenia Przystępującego, gdyby nie fakt, że zamawiający nie przyjął tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia jako obowiązującej w niniejszym postępowaniu (pkt 6.1 SWZ).

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący podniósł, iż Przystępujący wraz z ofertą złożył dokumenty dotyczące pojazdów ZAZ, obejmujące jeden dowód rejestracyjny, oświadczenie własne o specyfikacji technicznej pojazdu ZAZ A08C oraz elektroniczną kopię oświadczenia pisemnego o specyfikacji technicznej pojazdu ZAZ A08C. Dokumenty te stanowiły przedmiotowe środki dowodowe, których możliwość uzupełnienia regulują postanowienia art. 107 ustawy Pzp (Dowód: Kopia oświadczenia z 12.04.2021 r. złożona przez i specyfikacja techniczna złożona przez Przystępującego, dowód rejestracyjny pojazdu ZAZ A08 o nr rej. WGM 6214A). Z uwagi na fakt, że dokumenty te miały potwierdzać spełnianie kryteriów

oceny ofert, nie podlegają one uzupełnieniu w postępowaniu, zgodnie z treścią art. 107 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dostrzegając fakt, że oferent złożył jeden dowód rejestracyjny wraz ze specyfikacjami technicznymi wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, które w intencji Zamawiającego miały zmierzać do tego, żeby wykonawca potwierdził, że przedłożone dokumenty miały dotyczyć wszystkich przedstawionych w ofercie pojazdów. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował procedurę z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wzywając Przystępującego do wyjaśnień w sprawie przedłożonych dokumentów. Zamawiający winien był zastosować się do literalnego brzmienia przedstawionych wymagań. Zgodnie bowiem z treścią pkt 4 SWZ, który zawierał wymaganie złożenia przedmiotowych środków dowodowych należało przedstawić dokumenty techniczne potwierdzające parametry „pojazdu”, a zatem każdego z oferowanych pojazdów.

Nie można było zatem uznać dowodu rejestracyjnego jednego pojazdu jako potwierdzającego parametry innych pojazdów na podstawie samej tylko treści wyjaśnień. Ponadto pozostałe dokumenty w postaci oświadczeń o parametrach technicznych pozostają niespójne. W zamiarze oferenta miały one dotyczyć wszystkich przedstawionych pojazdów ZAZ A08. Tymczasem zgodnie z dowodem rejestracyjnym pojazdu ZAZ A08 o nr rej. WGM

6214A - maksymalna masa całkowita i dopuszczalna masa całkowita pojazdu wynoszą 10250 kg, natomiast masa własna wynosi 6230 kg. Zgodnie zaś ze złożonym oświadczeniem o specyfikacji technicznej dopuszczalna masa całkowita pojazdu wynosi 10070 kg, a masa własna 6050 kg. Zatem dowód rejestracyjny dotyczy innego pojazdu niż przedłożone oświadczenie o specyfikacji technicznej. Ponadto samo oświadczenie o specyfikacji technicznej nie precyzuje czy dotyczy pojazdów z 2020 r. czy z 2021 r. a Przystępujący zaoferował pojazdy wyprodukowane tak w 2020 r. jak i w 2021 r. Odnosnie zaś elektronicznej kopii oświadczenia ZAZ, to oświadczenie to precyzuje parametry techniczne pojazdów wyłącznie z 2021 r. Nie zostały zatem wykazane parametry techniczne pojazdów z 2020 r. przedstawionych w ofercie przez PKS w Grodzisku Mazowieckim. Co prawda oświadczenie ZAZ zawiera informację, że nowo oferowane pojazdy są „tożsamo zabudowane” względem uprzednio już dostarczonych pojazdów z roczników 2020/2021. Informacja ta jednak nie pozwala na poczynienie żadnych ustaleń w sprawie spełniania wymagań. Przede wszystkim nie został określony adresat oświadczenia ZAZ, więc nie można ustalić, do jakich w rzeczywistości dotychczas dostarczonych pojazdów się ono odnosi. Ponadto Odwołujący wskazał, iż mowa jest o „zabudowie” pojazdu, a zatem tej jej części, która obejmuje przestrzeń pasażerską oraz wyposażenie pojazdu w różne urządzenia. Co najwyżej na tej podstawie można wysnuć pewne twierdzenia odnośnie liczby miejsc, bo zabudowa pojazdu będzie właśnie miała wpływ na tę liczbę. Natomiast tego rodzaju ogólne stwierdzenie nie pozwala na ustalenie czy pojazdy z 2020 r. posiadają silnik i inne elementy pozwalające na spełnienie przez pojazd deklarowanej normy Euro VI.

Te brakujące elementy mogły zostać ustalone tylko na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów technicznych odnośnie każdego z ofertowanych pojazdów. Wezwanie takie nie było jednak możliwe z uwagi na treść art. 107 ust. 3 ustawy Pzp. A nadto w zakresie w jakim dokumenty te miały stanowić przedmiotowe środki dowodowe, wezwanie do ich uzupełnienia jest wykluczone z uwagi na treść art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie przewidział w SWZ możliwości wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Wobec powyższych braków oraz nieścisłości Zamawiający dokonując oceny ofert był zobligowany przyjąć, że oferowane pojazdy ZAZ nie spełniają normy emisji spalin Euro VI i przyznać tym pojazdom ZAZ punktację jak dla normy Euro V. Zamawiający niezasadnie wszczął procedurę wyjaśnień, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, naruszając treść tego przepisu i obchodząc tym samym zakaz uzupełniania dokumentów, na podstawie których stosowane są kryteria oceny ofert, przewidziany w art. 107 ust. 3 ustawy

Pzp. Czynność wezwania do złożenia wyjaśnień winna podlegać w ocenie Odwołującego unieważnieniu.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący w formularzu

ofertowym oprócz 6 pojazdów ZAZ A08 rocznik 2021 i 3 pojazdów ZAZ A08 rocznik 2020 wskazał jeden pojazd Autosan. Dla pojazdu Autosan Przystępujący nie złożył dokumentu technicznego potwierdzającego, tak spełnianie przez ten pojazd wymagań minimalnych

stanowiących warunek udziału w postępowaniu (pkt 7.2.4.2 ppkt 2 SWZ) w zakresie normy emisji spalin, daty produkcji i liczby miejsc, jak i potwierdzających wymagania przedmiotowe w zakresie normy emisji spalin, daty produkcji i liczby miejsc zgodnie z punktem 4 SWZ. Powyższa sytuacja, w związku z faktem, że Zamawiający nie przewidział w SWZ możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zgodnie z treścią art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, prowadzi do uznania o braku możliwości sanowania tego braku oferty Przystępującego. Zatem w przypadku Autosan Zamawiający był zobligowany do uznania, że wykonawca nie

przedstawił przedmiotowych środków dowodowych, wykazujących spełnianie przez ten pojazd wymagań przedmiotowych, określonych w SWZ, co prowadzi do powstania przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 4 października 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Na posiedzeniu w dniu 7 października 2021 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego, względnie obniżenia punktacji przyznanej ofercie Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Przystępującego i załączone do oferty przedmiotowe środki dowodowe, wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego w zakresie dotyczącym przedmiotowych środków dowodowych i udzielone wyjaśnienia, pisma kierowane przez Zamawiającego do TDT i JI Service Sp. z o.o., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów niepochochodzących z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia załączonych do odwołania (wydruk ze strony internetowej wraz z tłumaczeniem, katalog pojazdów ZAZ wraz z tłumaczeniem, zdjęcie tabliczki znamionowej pojazdu ZAZ, wydruk e-mail z TDT z 30.06.2021 r.), załączonych do pisma Przystępującego (wydruk ze strony, treść europejskiej homologacji silników Weichei WP3NE61 z tłumaczeniem, oświadczenie przedstawiciela producenta autobusów ZAZ A08 z 4.10.2021 r., oświadczenie dystrybutora pojazdów na rynek polski wraz z informacją z firmy Ukravto) oraz opinii technicznej złożonej przez Odwołującego podczas rozprawy, na wskazane przez Strony okoliczności wynikające z treści tych dokumentów.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, transportem autobusowym, na terenie Miasta Mińsk Mazowiecki oraz sprzedaż biletów w imieniu i na rzecz Miasta Mińsk Mazowiecki.

W pkt 4 SWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga przedłożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentów potwierdzających rok produkcji pojazdu, spełnienie normy Euro oraz liczbę miejsc w autobusie.

W pkt 7.2.4.2 SWZ Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, iż wymaga, aby wykonawca wykazał, że dysponuje następującym potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. dziesięcioma autobusami w skład, którego wchodzi „tabor podstawowy” oraz „tabor rezerwowy”: 1) tzw. „tabor podstawowy” składający się z 9 autobusów spełniających wymagania dotyczące wykonywania usług w publicznym transporcie zbiorowym, w tym (...) w szczególności: a) norma emisji spalin min. Euro V, b) rok produkcji - 2013 lub nowsze, c) pojazdy o długości od 7 do 13 m (posiadające min. 55

miejsz ogółem), (,); 2) tzw. „tabor rezerwowý” jeden autobus spełniający wymagania dotyczące wykonywania usług w publicznym transporcie zbiorowym, w tym (...) w szczególności: a) norma emisji spalin min. Euro V, b) rok produkcji - 2010 lub nowsze, c) pojazdy o długości od 7 do 13m (posiadające min. 55 miejsc ogółem) (...). Zgodnie z pkt 9.1 SWZ (wykaz podmiotowych środków dowodowych) do oferty wykonawca miał załączyć m.in. dokumenty techniczne potwierdzające rok produkcji, spełnienie normy Euro oraz liczbę miejsc w autobusie. Ponadto zgodnie z pkt 9.2.4 SWZ wykonawca jako podmiotowy środek dowodowy miał złożyć m.in. wykaz pojazdów dostępny wykonawcy w celu wykonania zamówienia (wzór stanowił załącznik nr 6 do SWZ).

W pkt 15.2 lit. d) SWZ wskazano, iż do oferty należy dołączyć dokumenty techniczne potwierdzające rok produkcji pojazdu, spełnienie normy Euro oraz liczbę miejsc w autobusie. Zgodnie z pkt 19.1 SWZ Zamawiający ustalił cztery kryteria oceny ofert: cena (waga 60%), rok produkcji (waga 15%), norma Euro (waga 15%), liczba miejsc (waga 10%). Zgodnie z pkt 19.2.3 SWZ Zamawiający przyznawał za każdy autobus spełniający wymagania normy Euro IV - 0pkt, za każdy autobus spełniający wymagania normy Euro V - 7 pkt, za każdy autobus spełniający wymagania normy Euro VI - 11 pkt. W pkt 19.3 SWZ Zamawiający wskazał, iż przysła dodatkowe punkty zgodnie ze wskazanymi kryteriami oceny ofert na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym oraz dostarczonych kopii dokumentów technicznych potwierdzających rok produkcji pojazdu, spełnienie normy Euro oraz liczbę miejsc w autobusie. Zamawiający w pkt 19.4 SWZ wskazał, iż brak załączenia dokumentów, o których mowa w pkt 19.3 SWZ na potwierdzenie kryteriów oceny ofert będzie skutkowało przyznaniem 0 pkt.

W postępowaniu oferty złożyli m.in. Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał 3 pojazdy ZAZ A08 rok produkcji 2020, norma Euro VI, 6 pojazdów ZAZ A08 rok produkcji 2021, norma Euro VI oraz pojazd Autosan H7 M09LE rok produkcji 2011, norma Euro V. Do oferty Przystępujący załączył oświadczenie firmy ZAZ (producenta) z dnia 12 kwietnia 2021 r., oświadczenie firmy JI Service Sp. z o.o. (przedstawiciela producenta na polski rynek), przykładowy dowód rejestracyjny (dla pojazdu WGM 6214A) oraz specyfikację techniczną autobusu ZAZ A08C.

Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2021 r. zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących załączonych do oferty przedmiotowych środków dowodowych. Wskazał, iż wykonawca na formularzu ofertowym złożył oświadczenie, iż oferuje świadczenie usługi z wykorzystaniem 9 pojazdów marki ZAZ A08 określając parametry techniczne w zakresie autobusów tj. rok produkcji 2020/2021, norma euro VI oraz 61 miejsca w autobusie. Na dowód załączył do oferty dokument potwierdzający przedmiotowe środki dowodowe w postaci kopii jednego dowodu rejestracyjnego autobusu, oświadczenia z dnia 12.04.2021 nr 58 producenta autobusów, oświadczenie wykonawcy oraz specyfikację techniczną autobusu ZAZ A8C na potwierdzenie: roku produkcji, ilości miejsc w autobusie oraz normy emisji spalin. Biorąc pod uwagę oświadczenie wykonawcy złożone na formularzu oferty potwierdzające, że usługa będzie świadczona wskazanymi pojazdami (rok produkcji, norma emisji spalin, ilość miejsc w autobusie) zamawiający ma wątpliwości czy załączone do oferty przedmiotowe środki dowodowe służą do oceny wszystkich pojazdów. Wobec tego Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień czy przedłożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe: oświadczenie producenta, przykładowy dowód rejestracyjny, parametry techniczne, zostały złożone na potwierdzenie kryteriów oceny ofert wszystkich pojazdów. W odpowiedzi na to pismo Przystępujący wyjaśnił, iż wraz z ofertą złożył następujące dokumenty: oświadczenie producenta, przykładowy dowód rejestracyjny, parametry techniczne. Te dokumenty zostały złożone na potwierdzenie kryteriów oceny ofert wszystkich pojazdów podstawowych. Załączony został przykładowy dowód rejestracyjny, który miał na celu dodatkowo potwierdzić parametry oferowanych pojazdów marki ZAZ A08. Dokumenty złożone zostały na potwierdzenie kryteriów oceny pojazdów zaoferowanych w ofercie.

Zamawiający w dniu 20 maja 2021 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, która to czynność została zaskarżona przez Odwołującego. W rezultacie Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie, m.in. zarzut nr 3 dotyczący czynności badania i oceny ofert w zakresie przyznania zawyżonej punktacji za kryterium „normy emisji spalin” dla oferty PKS Grodzisk Mazowiecki, z uwagi na fakt, że pojazdy wskazywane przez tego oferenta nie spełniają normy emisji spalin Euro VI a jedynie Euro V oraz zarzut nr 4 dotyczący zaniechania wykluczenia PKS Grodzisk Mazowiecki, z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd co do normy emisji spalin wskazywanych pojazdów ZAZ A08, stanowiącej kryterium oceny oferty. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów nr 6 dotyczącego czynności wezwania PKS Grodzisk Mazowiecki Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie środków dowodowych i zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów stanowiących środki dowodowe w sytuacji, w której wymagane było uzyskanie środków dowodowych odnośnie każdego z pojazdów i obowiązku złożenia tych środków przez oferenta nie można było zastąpić wyjaśnieniami oferenta, czym naruszono art. 223 ust.

1 Ustawy oraz art. 128 ust. 1 Ustawy, zarzutu nr 7 dotyczącego zaniechania wezwania PKS Grodzisk Mazowiecki Sp. z o.o. do złożenia dokumentów technicznych potwierdzających rok produkcji pojazdu, spełnienie normy EURO oraz liczbę miejsc w autobusie, w zakresie taboru rezerwowego - czym naruszono treść art. 128 ust. 1 ustawy. Zamawiający wycofał odwołanie w zakresie nieuwzględnionych zarzutów w związku z faktem, że Zamawiający uwzględnił zarzuty dalej idące (nr 3 i 4). Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 15 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1643/21 umorzyła postępowanie odwoławcze.

W toku dalszych czynności w postępowaniu Zamawiający zwrócił się do Transportowego Dozoru Technicznego o wskazanie czy w międzynarodowej bazie świadectw homologacji widnieje pojazd o nazwie handlowej ZAZ A08 oraz o podanie norm emisji spalin dla tego pojazdu. Zamawiający poprosił także o informacje czy i na jakich warunkach wymagane jest uzyskanie homologacji dla autobusu używanego sprowadzanego spoza Unii Europejskiej. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że w międzynarodowej bazie świadectw homologacji, typ pojazdu o nazwie handlowej ZAZ A08 nie widnieje oraz że procedury homologacji pojazdów z definicji dotyczą pojazdów nowych przed pierwszą rejestracją, w związku z tym nie mają zastosowania wobec pojazdów używanych.

Zamawiający w dniu 27 lipca 2021 r. zwrócił się także do firmy JI Service Sp. z o.o., z prośbą o wskazanie podstawy na podstawie której stwierdzono, iż pojazd ZAZ A08C z 2020 oraz 2021 r. posiada normę emisji spalin EURO VI? Dostępne informacje w sieci wskazują, iż pojazdy ZAZ A08C posiadają normę emisji spalin Euro V. Z dostarczonych do oferty dokumentów (specyfikacji technicznej autobusu ZAZ A08C) wynika, że pojazdy te posiadają silnik Weichai WP3NQ140E, natomiast z materiałów dostępnych w ogólnodostępnych źródłach w sieci internetowej wynika, iż norma emisji spalin dla tego typu silników, a tym samym pojazdów to Euro V. Dodatkowo Zamawiający poprosił o wskazanie: jakiego producenta i jaki model silnika posiadają pojazdy ZAZ A08C (proszę wskazać producenta oraz model), b) czy pojazdy typu ZAZ A08C posiadają homologację europejską, pełnego numeru modelu silnika w który wyposażony jest autobus ZAZ A08C.

W odpowiedzi firma JI Service Sp. z o.o., jako wyłączny dystrybutor autobusów ZAZ na rynku polskim, poinformowała Zamawiającego, iż norma Euro VI w autobusach ZAZ A08C została określona na podstawie zastosowanego przy produkcji silnika, spełniającego normę Euro VI co zostało potwierdzone właściwym Świadectwem Homologacji silnika marki WEICHAİ serii WP3NQ140 o nr e9*595/2009*2018/932D*1284*01 wystawionego przez uprawnioną jednostkę homologacyjną UE. Fakt ten jednocześnie jest potwierdzony przez producenta pojazdów ZAZ - firmę PAO „ZAZ”. WW. podmiot wskazał, iż przytaczane przez Zamawiającego źródła internetowe nie stanowią zamkniętego portfolio producenta i nie są wiążącą ofertą handlową. Istnieją lokalne różnice uwarunkowane wymogami poszczególnych rynków, na których oferowane są autobusy marki ZAZ oraz silniki WEICHAİ. W przypadku rynku europejskiego producent silników dysponuje w swojej ofercie paletą silników rodziny WP3NQ140E w różnych wariantach w zależności od zamówień klienta. W ramach tej oferty występują silniki, spełniające normy Euro V oraz Euro VI, z tym że w eksportowanych za pośrednictwem firmy JI Service Sp. z o.o. autobusach ZAZ na rynek polski występują wyłącznie silniki spełniające obowiązującą normę Euro VI. W odpowiedzi na dodatkowe pytania, ww. podmiot zaświadczył, iż autobus ZAZ A08C posiada silnik producenta WEICHAİ. Pełne oznaczenie silnika - WP3NQ140E61. Specyfikacja tego silnika opisana na oficjalnej stronie dystrybutora firmy WEICHAİ na rynek Europejski. Ponadto wskazano, iż pojazdy ZAZ A08C spełniają warunki ustawy o ruchu drogowym oraz są dopuszczone do ruchu. Są zgodne z wymaganiami przetargu. Sprowadzane z Ukrainy oraz zarejestrowane w Polsce na podstawie obowiązujących przepisów.

Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje na brak zasadności zarzutu naruszenia art. 522 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wykonania żądania odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 31 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 1643/21), na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 3 ówczesnego odwołania. Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w

odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Skład orzekający podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 3 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 20/21, iż zarzuty oparte na art. 522 ustawy Pzp i niewykonaniu przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów nie podlegają uwzględnieniu, ponieważ z przepisu tego wprawdzie wynika, że zamawiający dokonuje czynności zgodnie z żądaniem, lecz nie ma on charakteru materialnoprawnego rodzącego roszczenie o wykonanie czynności. W ocenie Izby, przepis ten ma charakter formalny i jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Jest swoistym wskazaniem sposobu działania zamawiającego, który uwzględnia zarzuty odwołania i dokonuje czynności zgodnie z żądaniami. Fakt niedokonania czynności zgodnie z żądaniami skutkuje prawem do wniesienia kolejnego odwołania przez wykonawcę i jego merytorycznego rozpatrzenia, a w przeciwnym wypadku, tj. dokonania żądanych czynności, odrzuceniem kolejnego odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert w zakresie przyznania punktacji za kryterium „normy emisji spalin” dla oferty Przystępującego, z uwagi na fakt, że pojazdy ZAZ A08 wskazywane przez tego oferenta nie spełniają normy emisji spalin Euro VI a jedynie Euro V, co doprowadziło do zawyżenia punktacji przyznanej Przystępującemu i stanowi dokonanie oceny ofert z naruszeniem treści ww. przepisu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby w przedmiotowym postępowaniu doszło do zawyżenia punktacji przyznanej Przystępującemu w kryterium normy emisji spalin, podczas gdy to na Odwołującym - jako na podmiocie, który z tego faktu wywodził skutek prawny w postaci konieczności obniżenia punktacji przyznanej Przystępującemu - zgodnie z art. 536 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowiedzenia, że pojazdy podstawowe wskazane przez Przystępującego w formularzu ofertowym nie spełniają zadeklarowanej normy emisji spalin Euro VI.

Zamawiający w pkt 19.3 SWZ wskazał, iż przyzna dodatkowe punkty zgodnie ze wskazanymi kryteriami oceny ofert na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym oraz dostarczonych kopii dokumentów technicznych potwierdzających rok produkcji pojazdu, spełnienie normy Euro oraz liczbę miejsc w autobusie. Izba stwierdziła, iż dokumenty załączone przez Przystępującego wraz z ofertą okoliczność tę potwierdzały. Izba miała na względzie, że Zamawiający nie doprecyzował w SWZ co należy rozumieć poprzez dokumenty techniczne, jakie należało złożyć na potrzeby oceny oferty w kryteriach. Dokumentami tymi nie musiały być więc jedynie dowody rejestracyjne dla każdego z oferowanych pojazdów czy też wskazywane przez Odwołującego podczas rozprawy świadectwa homologacji, ale mogły to być jakiegokolwiek dokumenty pochodzące od producenta pojazdu czy jego przedstawicieli, wskazujące dane techniczne pojazdu. W ocenie Izby dokumentem o zasadniczym znaczeniu, potwierdzającym zadeklarowane parametry techniczne pojazdów zaoferowanych przez Przystępującego, jest załączona do oferty specyfikacja techniczna autobusów ZAZ A08C, w której wprost wskazano standard emisji spalin Euro VI. Dodatkowo powyższy fakt potwierdzają załączone do oferty oświadczenia producenta i przedstawiciela producenta pojazdów ZAZ na rynek polski.

Na powyższą ocenę nie ma zatem wpływu okoliczność, że Przystępujący złożył wraz z ofertą tylko jeden dowód rejestracyjny (dla jednego pojazdu) - Przystępujący już w momencie jego składania oznaczył, iż jest to jedynie „przykładowy dowód rejestracyjny”. Jakkolwiek nie jest to dokument, na podstawie którego można byłoby uznać spełnienie wskazanych norm emisji przez wszystkie pojazdy podstawowe, to jednak okoliczność ta potwierdzona została innymi dokumentami (specyfikacją techniczną i oświadczeniami), co w świetle postanowień SWZ było dopuszczalne, skoro Zamawiający nie ograniczał dokumentów technicznych do dowodów rejestracyjnych. Natomiast znaczenia tego

przykładowego dowodu rejestracyjnego nie można też ignorować, bowiem potwierdza on dodatkowo wiarygodność danych technicznych zawartych w specyfikacji technicznej oraz oświadczeniach producenta i przedstawiciela producenta pojazdów ZAZ na rynek polski. Z dokumentu tego wynika jednoznacznie, że pojazdy ZAZ A08 mogą spełniać normę emisji spalin Euro VI (informacja taka zawarta jest w dowodzie rejestracyjnym dla pojazdu ZAZ A08 o numerze rejestracyjnym WGM 6214A). Dodać należy także, że w żaden sposób nie zostało wykazane twierdzenie Odwołującego, że specyfikacja techniczna załączona przez Przystępującego do oferty dotyczy innego wariantu pojazdu niż wskazano w ofercie, tylko dlatego, że odnosi się do pojazdu ZAZ A08C, a nie ZAZ A08. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji ani dowodów mających potwierdzić stawianą tezę, podczas gdy Przystępujący wyjaśnił, iż oznaczenie „C” wskazuje na typ miejski autobusu. Podobnie Odwołujący nie podważył faktu, że specyfikacja techniczna załączona do oferty nie odnosi się do wszystkich pojazdów. Sam fakt, że w specyfikacji tej nie wskazano konkretnej daty produkcji pojazdów o powyższym nie świadczy, Odwołujący zaś nie wykazał, aby danych zawartych w tej specyfikacji nie można było odnosić do pojazdów zarówno z rocznika 2020, jak i z rocznika 2021.

Izba za niewykazane uznała także twierdzenia Odwołującego, że wskazany w specyfikacji technicznej załączonej do oferty Przystępującego silnik Weichei WP3NQ140E nie spełnia normy emisji spalin Euro VI. Odwołujący posłużył się w tym zakresie informacjami zamieszczanymi na stronie internetowej producenta silnika dedykowanej na rynek azjatycki (na stronie wietnamskiej), niemniej Przystępujący przedstawił wydruk ze strony internetowej zawierający ofertę producenta silników Weichei Power kierowaną na rynek wschodnio-europejski, z portfolio którego korzysta fabryka autobusów ZAZ, których dystrybutorem w Polsce jest firma JI Service sp. z o.o. i z informacji tam zawartych wynika spełnienie normy emisji spalin Euro VI. Przystępujący wyjaśnił, że oferty producenta silników Weichei Power modelowane są na podstawie warunków na danych rynkach eksportowych i fakt występowania podobnych silników z różnymi normami emisji spalin na dwóch zupełnie odmiennych rynkach (azjatycki i europejski) nie powinien zaskakiwać. Izba za wiarygodne uznała oświadczenie przedstawiciela pojazdów ZAZ na rynek polski, że istnieją lokalne różnice uwarunkowane wymogami poszczególnych rynków, na których oferowane są autobusy ZAZ oraz silniki Weichei oraz, że silniki Weichei WP3NQ140E montowane są w pojazdach ZAZ w różnych wariantach, a zamieszczone na stronach internetowych katalogi nie stanowią zamkniętego portfolio producenta. Jak wskazał przedstawiciel producenta w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego, w przypadku rynku europejskiego producent silników dysponuje w swojej ofercie paletą silników rodziny WP3NQ140E w różnych wariantach w zależności od zamówień klienta. W ramach tej oferty występują silniki, spełniające normy Euro V oraz Euro VI, z tym że w eksportowanych za pośrednictwem firmy JI Service Sp. z o.o. autobusach ZAZ na rynek polski występują wyłącznie silniki spełniające obowiązującą normę Euro VI.

Mając powyższe na uwadze, nawet gdyby uznać dokumenty przedstawione przez Odwołującego za wiarygodne (aczkolwiek załączony do odwołania katalog pojazdów ZAZ jest niewiadomego pochodzenia, nieznana jest również data jego opracowania, wobec czego nie sposób przesądzić czy dane tam zawarte są aktualne i miarodajne, zwłaszcza w odniesieniu do pojazdów dedykowanych na rynek unijny), to należy wskazać, że potwierdzają one jedynie fakt, że na określone rynki (w tym np. rynek azjatycki, którego dotyczy złożona przez Odwołującego informacja z wietnamskiego portalu internetowego) oferowane są pojazdy spełniające normy emisji spalin niższe niż Euro VI. Nie oznacza to jednak, że takie właśnie pojazdy oferowane są na rynek europejski i że takie pojazdy zaoferować miał Przystępujący. Przystępujący składając wraz z ofertą dokumenty techniczne wykazał, iż oferowane przez niego pojazdy ZAZ A08 spełniają normę emisji spalin Euro VI, a dodatkowo potwierdził to dowodami złożonymi w postępowaniu odwoławczym.

Rozważania Odwołującego w zakresie homologacji pojazdów Izba uznała za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia z tego względu, że kwestia homologacji nie podlegała badaniu i ocenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W konsekwencji nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia złożony przez Odwołującego dowód w postaci opinii technicznej, która referowała wyłącznie do zagadnienia homologacji pojazdów. Przy czym podkreślić należy, że opinia ta była opinią prywatną, opracowaną na zlecenie Odwołującego, w związku z czym należy ją traktować jedynie jako uzupełnienie twierdzeń strony, która dla ich uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty i wiadomości specjalnych. Dodatkowo Izba wskazuje, że wadliwość dokumentu homologacji była w odwołaniu podważana wyłącznie pod kątem numeru silnika - w specyfikacji technicznej wskazano numer WP3NQ140E, a w dokumencie homologacji numer WP3NQ140E61. Odwołujący nie przedstawił w treści odwołania żadnej argumentacji mającej wskazywać dlaczego dodanie rozszerzenia „61” do oznaczenia silnika Weichei WP3NQ140E miałyby przesądzać o tym, że silnik z takim rozszerzonym oznaczeniem nie spełnia już wskazanej w specyfikacji technicznej normy Euro VI. Wręcz przeciwnie, Odwołujący sam podczas rozprawy wskazał, że końcówka „61” odnosi się do normy Euro VI, a do normy Euro V końcówka „50”. Ponadto

Przystępujący, celem odparcia twierdzeń Odwołującego przedstawił jako dowód dokument homologacji europejskiej dla silnika z oznaczeniem „61”. Wskazał również, że nie oferuje pojazdów nowych, lecz używane. Zamawiający zaś pozyskał dodatkowe informacje z TDT, wskazujące, iż procedury homologacji pojazdów z definicji dotyczą pojazdów nowych przed pierwszą rejestracją, w związku z tym nie mają zastosowania wobec pojazdów używanych. Odwołujący twierdzeń tych nie odparł, zaś złożona przez Odwołującego opinia techniczna powyższe potwierdza - wskazuje we wnioskach na obowiązek homologacji jedynie nowych pojazdów. Pozostając jeszcze przy rzecznej opinii technicznej Izba wskazuje, iż poruszony tam temat nieprawidłowej liczby miejsc w pojeździe również nie ma znaczenia dla sprawy, gdyż okoliczność ta nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutów odwołania.

Bezzasadny w ocenie Izby był również zarzut nr 2 odwołania, tj. naruszenia art. 239, art. 223 ust. 1 oraz art. 107 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której wymagane było uzyskanie środków dowodowych odnośnie każdego z pojazdów i obowiązku złożenia tych środków przez oferenta nie można było zastąpić wyjaśnieniami oferenta.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z kolei zgodnie z art. 107 ust. 2 jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (art. 107 ust. 3 ustawy Pzp).

Zauważyć należy, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do złożenia czy uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych służących ocenie oferty w ustalonych kryteriach oceny ofert. Zamawiający nie prowadził również z Przystępującym jakichkolwiek negocjacji treści złożonej oferty. Pytanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego w istocie nie wносило nic dla dokonywanej przez Zamawiającego oceny, gdyż ocena ta i tak musiała nastąpić na gruncie dokumentów złożonych przez Przystępującego wraz z ofertą i to w oparciu o treść tych dokumentów Zamawiający przyznał ofercie Przystępującego punkty. Nie jest prawdą stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający otrzymał wraz z ofertą wyłączenie dokumenty, które potwierdzały parametry jednego pojazdu. Owszem, złożony został tylko jeden dowód rejestracyjny, niemniej - jak wskazano już powyżej - Zamawiający nie doprecyzował co należy rozumieć przez „dokumenty techniczne”, a Przystępujący oprócz dowodu rejestracyjnego (który miał charakter wyłącznie przykładowy) złożył też specyfikację techniczną oraz oświadczenia producenta pojazdu i jego przedstawiciela na rynek polski, potwierdzające ogółem parametry dla oferowanych pojazdów ZAZ A08. Wezwanie Zamawiającego nie zmierzało do pozyskania od wykonawcy dodatkowych informacji mogących mieć wpływ na ocenę oferty w ustalonych kryteriach oceny ofert, a udzielona przez Przystępującego odpowiedź na to wezwanie nie uzupełniała treści przedmiotowych środków dowodowych i nie wpływała na ich zakres.

Izba nie uwzględnia również zarzutu nr 3, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na brak przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie pojazdu Autosan.

Zgodnie z ww. przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli stwierdzi, że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zasadnicze znaczenie dla oceny zasadności tego zarzutu miało ustalenie, jaki charakter Zamawiający nadał dokumentom technicznym, które należało złożyć wraz z ofertą. W ocenie Izby treść SWZ była w tym zakresie niejednoznaczna. Z jednej strony zamawiający w punkcie 4 SWZ nie różnicował konieczności złożenia dokumentów przedmiotowych dla pojazdów podstawowych i dla pojazdów rezerwowych (postanowienie to referowało do „pojazdu” w ogólności), z drugiej strony jednak w punkcie 19.3 SWZ Zamawiający wprost wskazał, że to na tych przedmiotowych środkach dowodowych będzie opierał ocenę ofert w ustalonych kryteriach oceny ofert (Zamawiający wskazał, iż przyzna dodatkowe punkty

zgodnie ze wskazanymi kryteriami oceny ofert na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym oraz dostarczonych kopii dokumentów technicznych potwierdzających rok produkcji pojazdu, spełnienie normy Euro oraz liczbę miejsc w autobusie). Jednocześnie Zamawiający w pkt 19.4 SWZ jednoznacznie stwierdził, że brak załączenia dokumentów, o których mowa w pkt 19.3 SWZ na potwierdzenie kryteriów oceny ofert będzie skutkowało przyznaniem 0 pkt.

Mając to na względzie Izba przyznała rację Zamawiającemu, że pkt 4 SWZ wskazujący na przedmiotowe środki dowodowe należy w tym przypadku interpretować w powiązaniu z postanowieniami pkt 19.3 i 19.4 SWZ, uznając, że dokumenty techniczne jako przedmiotowe środki dowodowe służyły wyłącznie ocenie oferty w ustalonych kryteriach oceny ofert. A skoro tak, to wymóg ich złożenia dotyczył jedynie pojazdów podstawowych, a nie rezerwowych, tylko pojazdy podstawowe podlegały bowiem ocenie w kryteriach oceny ofert. W świetle postanowień SWZ trudno z braku złożenia przez Przystępującego dokumentów technicznych dla pojazdu rezerwowego Autosan wywodzić tak daleko idący skutek jak odrzucenie jego oferty, w sytuacji gdy z pkt 19.4 SWZ wynika jednoznacznie, iż brak złożenia takich dokumentów dla pojazdów podstawowych nie będzie skutkowało taką sankcją, a jedynie brakiem przyznania ofercie punktów za rok produkcji pojazdu, spełnienie normy Euro oraz liczbę miejsc w autobusie. W ocenie Izby na gruncie okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy nie byłoby uprawnione obciążanie Przystępującego negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z niejednoznacznej treści dokumentów zamówienia. Zgodnie zaś z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem wątpliwości zaistniałe na gruncie dokumentów zamówienia należy co do zasady rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Na marginesie Izba wskazuje, iż wątpliwości co do charakteru tych dokumentów dodatkowo potęguje powołanie się na nie przez Zamawiającego w wykazie podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 9.1 SWZ, przy czym zdaje się, że podmiotowym środkiem dowodowym służącym wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym była mowa w pkt 7.2.4.2 SWZ, był tu jednak wskazany w pkt 9.1 wykaz usług stanowiący załącznik nr 6 do SWZ. Niemniej - jak wskazano powyżej - z tak niejednoznacznie ukształtowanych postanowień SWZ nie sposób wywodzić negatywnych skutków dla Przystępującego.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: