

Sygn. akt: KIO 703/11

Sygn. akt: KIO 712/11

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2011 r.:

- A. przez wykonawcę **EvoBus Polska Sp. z o.o., ul. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica (KIO 703/11)**
- B. przez wykonawcę **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 9, Wolica, 05-830 Nadarzyn (KIO 712/11)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawcy **EvoBus Polska Sp. z o.o.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 712/11 po stronie odwołującego

orzeka:

A sygn. akt KIO 703/11

- 1. Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **EvoBus Polska Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EvoBus Polska Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;

B. sygn. akt. KIO 712/11

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A.;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Białystok** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Białystok** na rzecz **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o.** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 703/11

Sygn. akt: KIO 712/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Białystok – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na *Dostawę 70 autobusów w ramach projektu: Poprawa jakości funkcjonowania systemu transportu publicznego Miasta Białegostoku – Etap III.*

1. Sygn. akt: 703/11

W dniu 4 kwietnia 2011 r. wykonawca EvoBus Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 29 oraz art. 30 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która w świetle postawionych kryteriów oceny jest ofertą najkorzystniejszą i podniósł, że nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego o niezgodności oferty z treścią załącznika nr 4.E do SIWZ *Podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów*. W załączniku tym Zamawiający wymagał, aby materiały użyte do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia autobusów były wykonane:

– ze stali nierdzewnej (odpornej na korozję) lub aluminium albo –
ze stali trudnordzewiejącej z zastosowaniem zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym.

W rubryce do wypełnienia, dotyczącej materiału użytego do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia, należało podać gatunek materiału i normę opisującą. Odwołujący w Załączniku nr 5 do swojej oferty, sporządzonym na wzorzec załącznika nr 4.E do SIWZ podał, że do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia użyje stali trudnordzewiejącej z zastosowaniem zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym. Jako gatunek stali podał DIN 2395, a normę: PN-EN 10305-5.

Zamawiający pismem z 25 lutego 2011 r. zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem, czy zapis DIN 2395, PN-EN 10305-5 w formularzu rzeczywiście określa gatunek stali, gdyż w ocenie Zamawiającego *DIN 2395 i PN-EN 10305-5 stanowią normę produktu w postaci rur stalowych o przekroju prostokątnym i kwadratowym – nie są odpowiednikami gatunku stali*

3

trudnordzewiejącej. Odwołujący wyjaśnił, że do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia oferowanych autobusów użyto stali trudnordzewiejącej z zastosowaniem zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym. Odwołujący podał gatunek stali, jednakże informację tę zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Potwierdził, że do tej stali stosuje się normę PN-EN 10305-5 (DIN 2395).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, że wskazana została przez niego norma o tytule: *Rury stalowe precyzyjne. Warunki techniczne dostawy. Część 5: Rury ze szwem kalibrowane na zimno o przekroju kwadratowym i prostokątnym*. Zdaniem Zamawiającego *norma ta nie przewiduje dla stali żadnych wskazań dotyczących odporności korozyjnej, nie zapewnia powstawania na powierzchni warstwy pasywującej, charakterystycznej dla stali trudnordzewiejących, określonych normą PN-EN 10155:1997*. Zamawiający podał, że jego stanowisko zostało potwierdzone opinią specjalisty ds. materiałoznawstwa z Katedry Inżynierii Materiałowej i Biomedycznej Politechniki Białostockiej. Zgodnie z tą opinią, stal zaproponowana w ofercie EvoBus Polska Sp. z o.o. należy do grupy konstrukcyjnych stali niestopowych, a norma opisująca tą stal PN-EN 10305-5 nie przewiduje żadnych wskazań dotyczących odporności korozyjnej stali. *Pod pojęciem stali trudnordzewiejących rozumiane są stale niskostopowe o określonej zawartości pierwiastków stopowych: miedzi, chromu oraz fosforu, aluminium i niklu – zgodnie z normą PN-EN 10155:1997, zapewniających powstawanie na powierzchni warstwy pasywującej*.

Kwestionując prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby elementy konstrukcyjne podwozia i szkieletu nadwozia były wykonane ze stali trudnordzewiejącej w rozumieniu jakiegokolwiek normy (w przeciwieństwie do wielu innych wymogów np. z pkt 1 Załącznika nr 1 do SIWZ – *Szczegółowe parametry techniczne autobusu jednoczłonowego i przegubowego*, gdzie wprost wyrażony został wymóg spełnienia określonych norm). Zamawiający wymagał załączenia normy dla stali, jednakże nie wskazał, że cechą odporności na korozję, będzie badał według opisów znajdujących się w normach. Gdyby Zamawiający określił w SIWZ, że oczekuje zastosowania stali konstrukcyjnej trudno rdzewiejącej według normy PN-EN 10155:1997, Odwołujący w ogóle nie składałby oferty w niniejszym postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego lub też złożyłby odwołanie na zapisy SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zastosował mieszany opis przedmiotu zamówienia, opisując niektóre elementy za pomocą norm, a co do innych wskazując wymagania funkcjonalne. Wszędzie tam, gdzie Zamawiający wskazał stosowanie normy, Odwołujący zastosował się do nich. Wymogi nieopisane normą należy zaś uznać za wymogi funkcjonalne. Skoro Zamawiający nie opisał materiału używanego do budowy elementów

4

konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia za pomocą norm, to sformułowanie *stal trudnordzewiejąca* należy ocenić jako cechę tej stali, którą posiada ona w porównaniu do innych gatunków stali.

Norma PN-EN 10155:1997, na którą Zamawiający powołuje się dopiero przy ocenie ofert, posiada tytuł: *Stale konstrukcyjne trudno rdzewiejące. Techniczne warunki dostawy*. Zdaniem Odwołującego, jest to norma nieaktualna, zastąpiona normą PN-EN 10025-5:2005 *Wyroby walcowane na gorąco ze stali konstrukcyjnych – Część 5: Warunki techniczne dostawy stali konstrukcyjnych trudno rdzewiejących*. Ponadto Odwołujący wskazał, że użycie stali objętej tą normą nie jest dobrym rozwiązaniem przy produkcji autobusów, gdyż stal taka nie posiada odpowiednich właściwości odnośnie plastyczności (odporności na rozciąganie), spawalności i udarności (odporności na obciążenia dynamiczne).

Odwołujący podniósł, że właściwości antykorozyjne stali trudno rdzewiejących, których dotyczy norma PN-EN 10155:1997 wynikają stąd, że po pewnym czasie (około 18-36 miesięcy) na powierzchni stali tworzy się względnie stabilna warstwa tlenków, która zatrzymuje dalszy postęp procesu (tzw. patyna). Warstwa ta tworzy się najlepiej przy wystąpieniu odpowiednich warunków atmosferycznych. Stosowanie stali trudno rdzewiejących na konstrukcje, które następnie pokrywa się różnego rodzaju powłokami ochronnymi jest bezcelowe i nie umożliwia wykorzystania zdolności tego rodzaju stali do wytworzenia ochronnej warstwy patyny. Dlatego stal objęta normą PN-EN 10155:1997 (obecnie: PN-EN 10025-5:2005) nie jest stosowana przez EvoBus Polska Sp. z o.o. do budowy elementów konstrukcyjnych autobusów. Odwołujący podkreślił ponadto, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby stal użyta do budowy konstrukcji autobusu pokrywała się jakąkolwiek warstwą pasywującą np. patyną. Tymczasem brak takiej cechy jest jedną z przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że używany przez niego gatunek stali, objęty normą PN-EN 10305-5 jest warsztatowo stalą trudno rdzewiejącą. Zastosowanie stali nierdzewnej lub odpornej na korozję do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia nie jest – zdaniem Odwołującego – celem samym w sobie. Z postanowień SIWZ wynika, że intencją Zamawiającego było zapewnienie autobusom zabezpieczenia antykorozyjnego. W pkt XIV SIWZ w tabeli dotyczącej kryterium oceny ofert „parametry użytkowe” (str. 14 SIWZ), Zamawiający przyznał 20 pkt za zastosowanie do konstrukcji nośnej nadwozia i podwozia autobusów (kratownica, rama) stali zabezpieczonej metodą całopojazdowej kateforezy zanurzeniowej, podczas, gdy za zastosowanie stali nierdzewnej lub aluminium przewidział przyznanie 0 pkt. Oznacza to, że Zamawiający rozumie, iż większe właściwości antykorozyjne mają konstrukcje ze stali zabezpieczonej całopojazdową kateforezą zanurzeniową, niż konstrukcje ze stali tzw. nierdzewnej. Dzięki tej metodzie uzyskuje się

5

odporność porównywalną z właściwościami stali nierdzewnej przy zachowaniu najlepszych właściwości konstrukcyjnych.

Odwołujący podniósł, że nie jest niczym dziwnym zastosowanie przez niego stali oznaczonej normą PN-EN 10305-5 o tytule: „Rury stalowe precyzyjne – Warunki techniczne dostawy - Część 5: Rury ze szwem kalibrowane na zimno o przekroju kwadratowym i prostokątnych”. Konstrukcja autobusu jest konstrukcją samonośną, składającą się z profili zamkniętych tj. w przypadku Odwołującego właśnie rur o przekroju prostokątnym i kwadratowym.

Wobec powyższego, odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, że stal użyta do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia nie odpowiada normie PN-EN 10155:1997, podczas gdy Zamawiający nie zastosował tej normy do opisu przedmiotu zamówienia oraz z tego powodu, że stal ta nie pokrywa się warstwą pasywującą,

podczas gdy Zamawiający nie postawił takiego wymogu w SIWZ, świadczy – zdaniem Odwołującego – o wadliwości czynności odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

2. Sygn. akt: 712/11

W dniu 4 kwietnia 2011 r. wykonawca MAN Truck & Bus Polska Spółka z o. o. złożył odwołanie wobec odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako sprzecznej z treścią SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 25, art. 30 ust. 5, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że decyzję o odrzuceniu oferty Zamawiający uzasadnił tym, iż materiał, który zostanie użyty do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia autobusów oferowanych przez Wykonawcę nie jest stalą trudnordzewiejąca z zastosowaniem zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający źle interpretuje postanowienia SIWZ, gdyż nie wynika z nich, aby materiał użyty do budowy elementów podwozia i szkieletu nadwozia musiał być stalą trudnordzewiejąca, w stosunku do której dodatkowo zastosowano pełną kataforezę zanurzeniową. Ponadto, nawet gdyby przyjąć interpretację SIWZ prezentowaną przez Zamawiającego, rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego w wystarczającym

6

stopniu zapewnia efekt tożsamy lub lepszy w stosunku do rozwiązania zaprezentowanego w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, dopiero na etapie oceny ofert Zamawiający przyjął stanowisko, iż materiał użyty do budowy elementów podwozia i szkieletu nadwozia musiał być stalą trudnordzewiejąca, w stosunku do której dodatkowo zastosowano pełną kataforezę zanurzeniową. Wcześniej sporządzona dokumentacja przetargu wskazywała zaś na to, iż materiał użyty do budowy elementów podwozia i szkieletu nadwozia może być stalą trudnordzewiejąca (jako stalą o pewnej określonej właściwości) – w wyniku zastosowania pełnej kataforezy zanurzeniowej (zatem stal nie musiała być stalą trudnordzewiejąca przed zastosowaniem kataforezy). Tak też rozumieli powyższy wymóg także inni wykonawcy – na co wskazuje choćby pismo z dnia 7 stycznia 2011 r. i zapytanie nr 5 (dotyczące pkt. XIV.3. SIWZ), gdzie pytający używa następujących sformułowań: *(...) za konstrukcję nośną nadwozia, podwozia autobusów (kratownica, rama) wykonaną ze stali zabezpieczonej metodą całopojazdowej kataforezy (...), przyznawanie prymatu materiałowi, który cechą swoistą uzyskuje tylko poprzez uzyskanie określonej powłoki zewnętrznej nad materiałem (...)*."

Zdaniem Odwołującego, sprzeczne z zasadami racjonalnego działania i logiki byłoby rozwiązanie, w którym materiał wykazujący odporność na korozję (stal już o właściwości stali trudnordzewiejącej) dodatkowo poddaje się pełnej kataforezie zanurzeniowej (której celem jest właśnie uodpornienie stali na korozję, w wyniku specjalnego jakościowo zaawansowanego procesu technologicznego). Ponadto, interpretacja zaprezentowana przez Zamawiającego wyklucza z udziału w przetargu wszystkich producentów autobusów poza firmą Solaris.

Powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący podniósł, że niewystarczająco jasno wyartykułowane intencje zamawiającego nie mogą w sposób negatywny wpływać na sytuację wykonawcy w toku postępowania oraz że to zamawiający ponosi konsekwencje braku w SIWZ szczegółowych regulacji, na które zamawiający faktycznie się powołuje w toku postępowania, w szczególności dokonując badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł ponadto, że nawet gdyby Izba przyjęła interpretację Zamawiającego, to rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego w wystarczającym stopniu zapewnia efekt tożsamy lub lepszy w stosunku do rozwiązania zaprezentowanego w SIWZ. Zatem, w świetle art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, oferta Wykonawcy również w takim wypadku spełniałaby wymogi SIWZ.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lub instytutu naukowego

a) czy zaoferowane przez Wykonawcę materiały do wykonania elementów konstrukcyjnych nośnych podwozia i nadwozia mogą zostać uznane za inną stal trudnordzewiejącą pod warunkiem zastosowania zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym,

b) w przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie – czy zaoferowane przez Wykonawcę materiały do wykonania elementów konstrukcyjnych nośnych podwozia i nadwozia mogą zostać uznane za równoważne rozwiązanie w stosunku do stali trudnordzewiejącej z zastosowaniem zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym, w szczególności czy pozwalają osiągnąć Zamawiającemu taki sam lub lepszy efekt technologiczny.

Uzasadniając stanowisko o konieczności wykluczenia wykonawcy Solaris, Odwołujący podniósł, że oferta tego wykonawcy nie była prawidłowo zabezpieczona wadium, ze względu na fakt, że Solaris przedstawił gwarancję bankową nr 8/2011, która obowiązuje od 8 lutego 2011 r., a termin składania ofert mijał o godz. 12.00 tego dnia. W ocenie Odwołującego wadium nie obejmowało całego okresu od upływu terminu składania ofert (okresu związania ofertą), gdyż jego ważność rozpoczynała się od godziny 24 dnia 8 lutego 2011 r. Powyższe Odwołujący wywodzi z art. 111 § 2 Kc, który stanowi, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło.

Ponadto Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Solaris podlegała odrzuceniu z uwagi na sprzeczność z treścią SIWZ, tj.:

- a) w 5.2 „Szczegółowych parametrów technicznych autobusu jednoczłonowego i przegubowego” (SPT) Solaris zaoferował autobusy z „niską podłogą bez progów poprzecznych wewnątrz pojazdu”, gdy tymczasem Zamawiający wymagał niskiej podłogi na całej długości autobusu, bez progów wewnątrz pojazdu,
- b) w 5.3.2 SPT (dla autobusu przegubowego) Zamawiający wymagał autobusu z platformą usytuowaną naprzeciwko drugich drzwi o wymiarach nie mniejszych niż 2500 mm x 700 mm – Solaris zaoferował platformę o wymiarach nie mniejszych niż 2000 mm x 700 mm,
- c) w 11.2 SPT Zamawiający wymagał wyposażenia układu pneumatycznego w separator oleju z automatycznym usuwaniem wychwyconej wody, gdy tymczasem Solaris zaoferował inne urządzenie – wychwytyjące olej,
- d) w 15 SPT Zamawiający wymagał mocy chłodzenia urządzenia klimatyzacyjnego – 36-44 kW, podczas gdy Solaris zaoferował 48 kW.

Ponadto w pkt 14 Podstawowych parametrów technicznych spółka Solaris podała – jako materiały użyte do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia – stal wg PN-EN 10088 rodzaj 1.4003, jako stal nierdzewną. Tymczasem, jak wynika chociażby z treści normy jakościowej załączonej przez Solaris do oferty, stal rodzaju 1.4003 jest wrażliwa na korozję międzykrystaliczną i może tracić właściwości antykorozyjne w wyniku spawania. Materiały konstrukcyjne wykonane ze stali 1.4003 wymagają połączenia za pomocą spawania, w wyniku którego stal traci swoją odporność na korozję. Zamawiający zaś w SIWZ podkreślił, iż jego intencją jest zagwarantowanie co najmniej 12-letniego okresu pracy zamawianych autobusów, co przy zastosowaniu ww. stali jest praktycznie niemożliwe.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego, unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Solaris jako najkorzystniejszej oraz dokonania czynności bezprawnie zaniechanych, tj.: wykluczenia wykonawcy Solaris z postępowania, odrzucenia oferty Solaris na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, dokonania ponownie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia. Ustalono bowiem, że w przypadku nieodrżucenia ofert Odwołujących, oferta złożona przez EvoBus Polska Sp. z o.o. znalazłaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, natomiast oferta MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. – na miejscu drugim, co również daje szansę na uzyskanie zamówienia, w przypadku niezawarcia umowy z wykonawcą sklasyfikowanym wyżej.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., ze względu na niewykazanie umocowania do działania w imieniu spółki osób, które podpisały przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez dwóch prokurentów, umocowanych do łącznego działania, tymczasem odpis z KRS nie potwierdza, aby na dzień zgłoszenia przystąpienia jedna z tych osób (pan Piotr A.) była prokurentem spółki.

Spośród zarzutów zawartych w odwołaniach Izba uwzględniła jeden zarzut podniesiony przez wykonawcę MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., dotyczący wystąpienia

9

w ofercie Solaris Bus & Coach S.A. niezgodności z treścią SIWZ w zakresie wymiarów oferowanej platformy do mocowania wózków inwalidzkich i dziecięcych.

Pozostałe zarzuty, w ocenie Izby, nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do kwestii spełniania wymagań SIWZ przez stal, z której zbudowana jest konstrukcja autobusów, Izba stanęła na stanowisku, że oferty obydwu Odwołujących nie spełniły tych wymagań.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 21.1. załącznik nr 1 do SIWZ *Szczegółowe parametry techniczne autobusu jednoczłonowego i przegubowego* Zamawiający wymagał wykonania elementów konstrukcyjnych nośnych podwozia i nadwozia ze stali nierdzewnej (odpornej na korozję) lub aluminium lub innej stali trudnordzewiejącej pod warunkiem zastosowania zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym. W załączniku nr 4.E do SIWZ *Podstawowe parametry techniczne oferowanych autobusów* Zamawiający określił formularz, w którym w wierszu 14 wymagał wpisania parametrów materiałów użytych do budowy elementów konstrukcyjnych podwozia i szkieletu nadwozia, przewidując dwie opcje:

- stal nierdzewna (odporna na korozję) lub aluminium (należało wpisać „tak” lub „nie” i podać gatunek materiału oraz normę opisującą)
- stal trudnordzewiejąca z zastosowaniem zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci pełnej, całopojazdowej kataforezy zanurzeniowej wykonane w zamkniętym cyklu technologicznym (należało podać gatunek materiału i normę opisującą)

oraz wymagając dołączenia do oferty egzemplarza normy technicznej w języku polskim.

Brzmienie powyższych postanowień specyfikacji jednoznacznie wskazuje, że konstrukcja autobusu powinna być wykonana albo ze stali nierdzewnej, albo ze stali trudnordzewiejącej, dodatkowo poddanej kataforezie, tj. Zamawiający dopuścił stal trudnordzewiejącą, pod warunkiem zastosowania kataforezy. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołujących, iż w świetle postanowień SIWZ, stal użyta do konstrukcji autobusów winna uzyskać właściwości antykorozyjne w wyniku kataforezy, niezależnie od właściwości samej stali przed kataforezą. Po pierwsze przeczy temu literalne brzmienie wskazanych postanowień specyfikacji. Po drugie – nie można podzielić stanowiska Odwołujących, że dla oceny zgodności ze specyfikacją znaczenie miał jedynie końcowy efekt, w postaci uzyskania konstrukcji odpornej na korozję poprzez poddanie materiału procesowi kataforezy. Jak bowiem wskazał Zamawiający, nie jest obojętne z punktu widzenia odporności na korozję, jaki rodzaj stali zostanie poddany kataforezie, która tworzy jedynie powłokę na powierzchni konstrukcji, nie zmienia natomiast właściwości samego materiału w całej jego objętości. Zatem w sytuacji uszkodzenia powstałej w wyniku

10

kataforezy powłoki ochronnej, konstrukcja zbudowana ze stali trudnordzewiejącej będzie wykazywać w miejscu uszkodzenia właściwości antykorozyjne, w przeciwieństwie do stali niebędącej trudnordzewiejącą.

Podkreślić należy, że kataforeza nie zmienia właściwości stali pokrywanej warstwą ochronną. Tymczasem wymogi Zamawiającego (stal trudnordzewiejąca) dotyczyły właśnie właściwości materiału użytego do konstrukcji, nie zaś uzyskania – w wyniku określonych procesów – konstrukcji o określonych właściwościach antykorozyjnych. Argumentacja Odwołujących w części odnoszącej się do zasadności sformułowania takiego wymogu nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a celowość wymaganego przez Zamawiającego rozwiązania nie podlega ocenie na obecnym etapie postępowania. Zamawiający – korzystając ze swoich ustawowych uprawnień – tak a nie inaczej określił warunki, jakim powinna odpowiadać konstrukcja autobusów, a wykonawcy nie złożyli odwołań wobec postanowień specyfikacji. Nie mogą więc obecnie kwestionować rozwiązania, którego oczekiwał Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z literalnym brzmieniem postanowień SIWZ, wykonawcy mogli zaoferować autobusy o konstrukcji zbudowanej ze stali trudnordzewiejącej, dodatkowo zabezpieczonej kataforezą, nieuzasadnione są więc twierdzenia Odwołujących, że wymagając spełnienia takiego warunku Zamawiający na etapie oceny ofert nadaje postanowieniom specyfikacji nowe znaczenie. W ocenie Izby znaczenie to było wprost wyrażone w treści SIWZ i było znane wykonawcom od momentu jej opublikowania.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem, że oceniając oferty Zamawiający wymagał jej zgodności z określoną normą, której w SIWZ nie wskazał. Jak bowiem wykazało przeprowadzone postępowanie, Zamawiający poddawał ocenie spełnienie wymogu dotyczącego właściwości antykorozyjnych, nie odnosząc go do jednej konkretnej normy. Ponieważ jednak żądał przedłożenia normy opisującej dla materiału, z którego wykonana jest konstrukcja autobusów, słusznie – zdaniem Izby – przyjął, że z normy tej winna wynikać m.in. ta cecha stali, która dotyczy odporności na korozję. Należy również zauważyć, że Zamawiający, przed odrzuceniem ofert Odwołujących, dołożył należytej staranności w celu wyjaśnienia kwestii spełniania spornego wymogu przez stal użytą do konstrukcji oferowanych autobusów. Wystąpił bowiem o opinię specjalisty z Politechniki Białostockiej, która to opinia potwierdziła niezgodność ofert Odwołujących z SIWZ. Kwestionowanie tej opinii ze względu na wskazanie w niej konkretnej, w dodatku nieaktualnej normy, należy uznać za nieuzasadnione. Niezależnie od powołania się przez specjalistę na określoną normę, treść opinii opiera się przede wszystkim na rodzaju zaoferowanych stali (stale

11

niestopowe) oraz wymaganej (a niespełnionej przez zaoferowaną stal) zawartości określonych pierwiastków warunkujących odporność na korozję.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołujących, że na etapie oceny ofert Zamawiający określił dodatkowy wymóg dotyczący wytwarzania na powierzchni stali warstwy pasywującej. Pokrywanie się warstwą patyny jest bowiem cechą immanentną stali trudnordzewiejącej, nieuzasadnione jest więc twierdzenie, że był to wymóg niewyrażony w SIWZ.

W świetle powyższych ustaleń za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać okoliczności, które Odwołujący MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. chciał udowodnić poprzez opinię biegłego. Po pierwsze, bez znaczenia jest ewentualne uznanie stali za trudnordzewiejącą w wyniku zastosowania kataforezy, skoro z postanowień SIWZ wynika, że właściwość tę powinna posiadać stal, którą kataforezie poddano. Po drugie, zbędne jest wykazywanie przez wykonawcę, że uzyskany przez niego efekt technologiczny jest taki sam lub lepszy od efektu oczekiwanego przez Zamawiającego – jak już wyżej wskazano, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia postawił określone wymagania w odniesieniu do materiałów użytych do konstrukcji autobusów, nie opisywał efektu, który ma być osiągnięty w dowolny sposób.

Spośród pozostałych zarzutów odwołania wniesionego przez MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. Izba uwzględniła jedynie zarzut dotyczący wystąpienia w ofercie Solaris Bus & Coach S.A. niezgodności z treścią SIWZ w zakresie wymiarów oferowanej platformy do mocowania wózków inwalidzkich i dziecięcych. Przeprowadzone postępowanie dowodowe potwierdziło, że w ofercie wystąpiła sprzeczność informacji pomiędzy punktem 5.3.2 załącznika Nr 1 a rysunkiem przedstawiającym schemat autobusu, a Zamawiający przyznał, że sprzeczność tę przeoczył. Bez znaczenia jest fakt, że informacja o wymiarach niezgodnych z SIWZ znalazła się w załączniku do oferty, którego złożenie nie było

obligatoryjne. Ponieważ wykonawca złożył ten załącznik, stanowi on element jego oświadczenia woli i winien być poddany ocenie pod kątem zgodności ze specyfikacją. Wobec zamieszczenia w ofercie sprzecznych informacji, z których jedna wskazuje na niezgodność z SIWZ, Zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić tę rozbieżność w trybie art. 87 ust. 1 i w zależności od treści i oceny tych wyjaśnień, winien dokonać poprawienia omyłki w ofercie Solaris Bus & Coach S.A. lub ofertę tę odrzucić.

Pozostałe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Izba nie dopatrzyła się niezgodności oferty Solaris Bus & Coach S.A. z wymogiem pkt 5.2 załącznika nr 1 do SIWZ. Niezgodności tej nie powoduje oświadczenie w ofercie o braku progów poprzecznych wewnątrz pojazdu. Oświadczenie to uzupełnia załączony do oferty

12

schemat autobusu, potwierdzający, że wewnątrz oferowanych autobusów nie występują również inne progi niż poprzeczne. Zamawiający uprawniony był w tej sytuacji uznać, że oferta spełnia ww. warunek SIWZ.

Nie jest również niezgodnością z SIWZ oświadczenie o wyposażeniu układu pneumatycznego w separator oleju z automatycznym usuwaniem wychwyconego oleju. Zamawiający przyznał, że w pkt 11.2 załącznika nr 1 do SIWZ omyłkowo żądał wyposażeniu układu pneumatycznego w separator oleju z automatycznym usuwaniem wychwyconej wody. W ocenie Izby fakt omyłki Zamawiającego w tym zakresie jest oczywisty i wynika z logiki zapisów w punkcie 11.2, w którym Zamawiający postanowił, że wymaga wyposażenia układu pneumatycznego w *separator oleju z automatycznym usuwaniem wychwyconej wody oraz w separator wody z automatycznym usuwaniem wychwyconej wody*. Za oczywiste należy uznać, że separator oleju służy do usuwania oleju, a separator wody – do usuwania wody. Zatem zaoferowanie przez Solaris Bus & Coach S.A. układu pneumatycznego wyposażonego w separator oleju z automatycznym usuwaniem wychwyconego oleju, jest zgodne z SIWZ.

Brak jest również niezgodności oferty Solaris Bus & Coach S.A. z punktem 15 załącznika do SIWZ, dotyczącym mocy chłodzenia klimatyzacji. Mimo zapisania punkcie, wymaga w autobusie w powyższym że Zamawiający mocy chłodzenia dwuczłonowym od 36 – do 44 kW, moc chłodzenia 48 kW została przez Zamawiającego dopuszczona w odpowiedzi na pytanie nr 37 do SIWZ.

Izba nie stwierdziła niezgodności z SIWZ oferty Solaris Bus & Coach S.A. z SIWZ w zakresie stali zastosowanej do konstrukcji autobusów. Ww. wykonawca na stronie 105 oferty oświadczył, że do budowy elementów konstrukcyjnych oferowanych autobusów użyta została *stal odporna na korozję wg PN-EN 10088 rodzaj 1.4003*, a przywołaną normę załączył do oferty. W treści tej normy jednoznacznie stwierdza się, że stal rodzaju 1.4003 jest zaklasyfikowana do stali nierdzewnych, a taka stal jest zgodna w wymaganiach Zamawiającego. Nie zmienia tego podniesione przez Odwołującego wystąpienie wrażliwości na korozję przy poddaniu stali określonej obróbce (spawanie). Należy bowiem zauważyć, że powyższa norma sama stwierdza wystąpienie tej wrażliwości, jednocześnie klasyfikując taką stal jako nierdzewną.

Bezasadny jest również zarzut dotyczący niezabezpieczenia oferty Solaris Bus & Coach S.A. wadium przez cały okres związania ofertą. Izba ustaliła, że wykonawca ten złożył gwarancję bankową nr 8/2011, w której treści stwierdza się, że gwarancja obowiązuje od dnia 8 lutego 2011 r. Określenie początku ważności gwarancji poprzez wskazanie daty dziennej, od której obowiązuje oznacza, że w tej dacie gwarancja również jest ważna. Art.

13

111 § 2 Kc nie ma zastosowania do takiego przypadku, natomiast zgodnie z art. 116 § 1 Kc należy zastosować odpowiednio przepisy o warunku zawieszającym. Zatem w dniu wskazanym jako data początkowa obowiązywania gwarancji, czynność prawna polegająca na ustanowieniu gwarancji wywołuje już skutki prawne.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: