

WYROK

z dnia 13 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2012 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Lider Trading” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-100 Warszawa, ul. Znana 4B (pełnomocnik wykonawców) oraz Blue Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-991 Warszawa, ul. Heroldów 5A**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Siedlce, 08-110 Siedlce, Skwer Niepodległości 2

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. „EvoBus Polska” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-830 Wolica, al. Katowicka 46

B. MAN Truck & Bus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Wolica, 05-830 Nadarzyn, al. Katowicka 9

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy MAN Truck & Bus Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wezwania wykonawcy EvoBus Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy do uzupełnienia odpisu świadectwa homologacyjnego potwierdzającego spełnianie normy EEV przez zespół napędowy zamontowany w oferowanym pojeździe.**

1

Sygn. akt KIO 401/12

- 2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Siedlce i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Lider Trading” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Blue Line spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** – tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Miasta Siedlce na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Lider Trading” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Blue Line spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Siedlcach**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Siedlce – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa 11 szt. fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych, przystosowanych do zasilania ekologicznymi biopaliwami, wyposażonych w automatyczne urządzenia detekcji i gaszenia pożaru w komorze silnika i komorze dodatkowego urządzenia grzewczego w ramach projektu „Poprawa funkcjonowania transportu miejskiego jako element projektu realizowanego w ramach RPO WM 2007-2013 Działanie 5.1 – „Poprawa funkcjonowania transportu miejskiego w Siedlcach – III etap”* (Nr sprawy F-RZP.271.93.2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 24 grudnia 2011 r. pod nr 2011/S_248-403490, z tym, że 22 grudnia 2011 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.siedlce.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

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

16 lutego 2012 r. (pismem z 15 lutego 2012 r.) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: „Lider Trading” spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Blue Line spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EvoBus Polska spółka z o.o. z siedzibą w Wolicy (dalej zwanej również w skrócie „EvoBus”) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zawiadomienie obejmowało również następujące informacje dotyczące pozostałych dwóch złożonych w postępowaniu ofert: oferta złożonej przez Volvo Bus Corporation (Volvo Bussar Aktiebolag) z siedzibą w Göteborgu (Szwecja) – została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, natomiast oferta złożona przez MAN Truck & Bus Polska spółkę z o.o. z siedzibą w Wolicy (dalej zwaną również w skrócie „MAN”) – została sklasyfikowana według kryteriów oceny ofert nieodrzuconych na drugim miejscu.

27 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego, które naruszają następujące przepisy ustawy pzp:

3

Sygn. akt KIO 401/12

1. Art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 – poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.
2. Art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 – poprzez wybór oferty EvoBus jako najkorzystniejszej, w tym poprzez nieuzasadnione przyznanie tej ofercie punktów w kryterium Parametry techniczno-eksploatacyjne – kryterium P2 *Odległość od siedziby Zamawiającego (Operatora) do autoryzowanego serwisu Wykonawcy*.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EvoBus jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.
4. Art. 24 ust. 2 pkt 2 – poprzez zaniechanie wykluczenia MAN z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAN jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.
6. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – poprzez zaniechanie wykluczenia Volvo z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej wysokości.
7. Art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c i § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej zwanego jako „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”) – poprzez zaniechanie wykluczenia Volvo z postępowania, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp.

8. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz pkt 4.7 s.i.w.z. – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Volvo z postępowania, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. z uwagi na niezłożenie wszystkich wymaganych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – brak złożenia czterech zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 pzp.
9. Art. 24 ust. 2 pkt 2 – poprzez zaniechanie wykluczenia Volvo z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium.
10. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Volvo jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.
11. Art. 26 ust. 3 – poprzez zaniechanie wezwania poszczególnych wykonawców do uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów – jako alternatywny zarzut w stosunku do pkt. 3, 5, 6, 7, 8 i 10.

4

Sygn. akt KIO 401/12

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty EvoBus jako najkorzystniejszej.
3. Odrzucenia oferty EvoBus.
4. Wykluczenia MAN i Volvo z postępowania oraz odrzucenia ofert tych Wykonawców.
5. Dokonania powtórnej oceny ofert.
6. Dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Odwołującego).

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

[Ad. 1 – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego]

Podstawą odrzucenia oferty było zaoferowanie, zdaniem Zamawiającego, przez Odwołującego silnika o pojemności 6692 cm³, natomiast Zamawiający dopuścił rozwiązania z silnikiem o pojemności min. 6,7 dm³.

Bezsporna w sprawie jest okoliczność zmiany przez Zamawiającego wymagań s.i.w.z. w zakresie pojemności silnika w piśmie z 13 stycznia 2012 r.: *Odpowiedzi na Zapytanie II do SIWZ Ad. 1 Zamawiający dopuszcza rozwiązania z zastosowaniem silnika o pojemności min. 6,7 dm³. Zmiana SIWZ. Odpowiedzi na Zapytanie III do SIWZ Ad. 2. Zamawiający nie dopuszcza takiego rozwiązania. Przy czym, zgodnie z odpowiedzią na Zapytanie II do SIWZ dopuszczalny zakres pojemności silnika wynosi 6,7 dm³ – 10,7 dm³. Odpowiedzi na Zapytanie IV do SIWZ Ad. 1 Zgodnie z odpowiedzią na Zapytanie II do SIWZ dopuszczalny zakres pojemności silnika wynosi 6,7 dm³ - 10,7 dm³.*

Odwołujący nie zgadza się jednak z twierdzeniem, iż zaoferowany przez niego silnik autobusu nie spełnia tak opisanych w treści s.i.w.z. wymagań. Wskazać należy, że w treści s.i.w.z., jak również w udzielanych odpowiedziach, Zamawiający nigdzie nie sprecyzował pojęcia *pojemności silnika*. Tymczasem pojemność silnika może przybierać różne znaczenia np. *pojemności cylindrów, pojemności komór spalania czy pojemności całkowitej silnika*. Pojemność silnika stanowi także *umowny symbol pojemności*, używany do celów handlowych, czy zakres pojemności używany na potrzeby niektórych systemów podatkowych. Odwołujący nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji, w szczególności tak daleko idących, jak odrzucenie oferty, która w rzeczywistości jest dla Zamawiającego – w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert – ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający odwołuje się do zaoferowania silnika o *pojemności 6692 cm³*. Wartość ta stanowi w przypadku silnika oferowanego autobusu *objętość skokową silnika*, używaną do celów homologacyjnych. W

Sygn. akt KIO 401/12

zakresie pojemności silnika oferowanego autobusu należy odwołać się do informacji podawanych producenta tego silnika – firmy Cummins Ltd., na stronach 89-92 oferty znajduje się karta charakterystyki silnika ISB6.7EV285B [w rzeczywistości dokument ten znajduje się na stronach 79-82 jako załącznik nr 17 oferty Odwołującego], w której jego pojemność została wprost określona na 6,7 litra. Nie ulega zatem wątpliwości, iż pojemność oferowanego silnika odpowiada powołanym wyżej odpowiedziom oraz zmianom Zamawiającego i spełnia żadaną pojemność 6,7 dm³ – całkowita pojemność oferowanego silnika wynosi bowiem 7105 cm³.

W związku z powyższym należy przyjąć, że Zamawiający błędnie zakwalifikował wartość 6692 cm³ jako pojemność oferowanego silnika. Brak precyzji po stronie Zamawiającego w zakresie opisanego parametru pojemności silnika, którego spełnienia oczekiwał w ofercie, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. [Ad. 2 zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 pzp przez wybór oferty EvoBus jako najkorzystniejszej, w tym nieuzasadnione przyznanie punktów w kryterium P2]

Jednym z kryteriów oceny ofert, opisanych w pkt 10.2.4 s.i.w.z., jest kryterium P2 – *Odległość od siedziby Zamawiającego (Operatora) do autoryzowanego serwisu Wykonawcy*. Zgodnie z uzasadnieniem podanym przez Zamawiającego, w kryterium tym, ze względu na olbrzymią złożoność technologiczną autobusów, premiowane są marki, co do których czas dostępności do pomocy fachowej w zakresie wiedzy i dostępności do zaplecza technicznego jest najkrótszy. Podana odległość obejmuje obszar działania Operatora. (s. 28 s.i.w.z.)

Jak wynika z przekazanego Odwołującemu zestawienia punktacji przyznanej ofertom, oferta EvoBus w kryterium P Parametry techniczno-eksploatacyjne otrzymała 18 pkt, co jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający przyznał ofercie EvoBus punkty w kryterium P2. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, złożona przez EvoBus w Załączniku A do oferty deklaracja nie powinna skutkować przyznaniem tej ofercie punktów za kryterium P2. Wykonawca oświadczył, że nie posiada autoryzowanego serwisu, bowiem serwis ten jest obecnie w budowie, zaś jego otwarcie nastąpi w drugiej połowie 2012 r.

W ocenie Odwołującego Zamawiający z naruszeniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp zasady równego traktowania wykonawców przyznał ofercie EvoBus punkty w przedmiotowym kryterium. Wykonawca ten jest preferowany w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy posiadają aktualnie autoryzowane stacje i złożyli stosowne deklaracje w swoich ofertach. Wybudowanie a następnie oddanie do użytku autoryzowanego serwisu należy ocenić jako zdarzenie przyszłe i niepewne, Zamawiający nie posiada żadnej gwarancji, iż autoryzowany serwis wykonawcy będzie w ogóle wybudowany w deklarowanym terminie. W związku z powyższym przyznana ofercie EvoBus w kryterium Parametry techniczno-eksploatacyjne punktacja została w sposób nieuprawniony zawyżona.

Sygn. akt KIO 401/12

[Ad. 3 zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EvoBus jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.]

Zamawiający w pkt 4.3.2 s.i.w.z. żądał od wykonawców, aby złożyli wraz z ofertą *aktualne świadectwo homologacji wraz z załącznikami oferowanego typu pojazdu wydane przez właściwego ministra. Aktualność tego świadectwa określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji pojazdów samochodowych i przyczep (Dz.U. z 2005 r. Nr 238, poz. 2010)*. Zgodnie z pkt 2.4 ppkt 2.1 (opis przedmiotu zamówienia) s.i.w.z. Zamawiający wymagał silnika spełniającego normę czystości spalin min. EEV (norma wyższa niż EURO 4 i EURO 5), jednocześnie wymagał dostarczenia wraz z ofertą odpisu świadectwa homologacyjnego potwierdzającego spełnienie tej normy przez zespół napędowy zamontowany w pojeździe.

Wykonawca EvoBus zaoferował Zamawiającemu autobus marki Mercedes-Benz typ 628 Conecto LF. Na stronie 33 oferty znajduje się kopia świadectwa homologacji z 27 września 2007 r., z którego wprost wynika (zarówno z treści wiersza *Powód rozszerzenia*, jak i z zamieszczonych na dalszych stronach opisów technicznych), że dokument dotyczy tylko i

wyłącznie pojazdów z silnikami spełniającymi normę EURO 4 i EURO 5.

W związku z powyższym należy uznać, iż treść oferty EvoBus jest niezgodna z wymaganiami s.i.w.z., albowiem nie zawiera aktualnego świadectwa homologacji wraz z załącznikami potwierdzającego spełnienie normy EEV, zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Jednocześnie, w razie uznania, iż świadectwo homologacji zalicza się do dokumentów podlegających uzupełnieniu – Zamawiający naruszył przepisu art. 26 ust. 3 pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EvoBus do uzupełnienia świadectwa homologacyjnego potwierdzającego spełnienie normy min. EEV.

W ofercie złożonej przez EvoBus (s. 7, tabela – pozycja *Silnik*) podano, że autobus typu 628 Conecto LF spełnia wymagania normy emisji spalin EEV. W przedstawionej dalej homologacji PL*0242*04 dla tego typu pojazdu nie występuje w ogóle silnik o parametrach spełniających normę EEV. Załącznikiem do tej homologacji są wyniki badań (s. 50-52 oferty). Na stronie 50 w tabeli widnieje zapis: *A30 – OM926LA.V/2 Euro5*, zatem nie jest to silnik spełniający normę EEV. Ponadto, wartości z tabeli na stronie 52 oferty EvoBus [wynik *badania ETC*] są następujące (w zależności od użytego katalizatora) dla PT [Masa cząstek stałych] – 0,024 - 0,022 g/kWh. Wartość emisji cząstek stałych nie spełnia wymaganej w s.i.w.z. normy EEV, bez względu na to, jaki katalizator zostanie użyty. Wartość dopuszczalna 0,02 g/kWh wynika z Tabeli 2. – dyrektywy 2005/55/WE [DYREKTYWA 2005/55/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 28 września 2005 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do działań, które należy podjąć przeciwko emisji zanieczyszczeń gazowych i cząstek stałych przez silniki wysokoprężne stosowane w pojazdach oraz emisji zanieczyszczeń gazowych z silników o zapłonie

7

Sygn. akt KIO 401/12

iskrowym zasilanych gazem ziemnym lub gazem płynnym stosowanych w pojazdach]

Tabela 2 Wartości graniczne – badania: ETC [wyciąg z tabeli z kolumnami: „Wiersz” i „Masa cząstek stałych (PT) g/kWh] A (2000) 0,16 0,21 (J)

B 1 (2005) 0,03

B 2 (2008) 0,03

C (EEV) 0,02

W opracowaniu ITS NR 10483 *Opracowanie poradnika ustalania czynników energetyczno emisyjnych w zamówieniach publicznych na zakup pojazdów drogowych*, zostały przedstawione testy jakie są wykonywane dla silników spalinowych. W skład typowych badań homologacyjnych silników na normę euro V wchodzi trzy testy badawcze: 1. ELR (European Load Response); 2. ESC (European Steady State Cycle); 3. ETC (European Transient Cycle). Pierwszy z nich (ELR) dotyczy zadymienia spalin, zaś dwa pozostałe określają emisje jednostkowe zanieczyszczeń w warunkach trzynastofazowego testu stacjonarnego (ESC) i testu w warunkach dynamicznych (ETC). W normie Euro 6 testy ESC i ETC zostały zastąpione odpowiednio przez testy WHSC (World Harmonized Steady Cycle) i WHTC (World Harmonized Transient Cycle), różniące się warunkami pracy silnika. Jeśli organizator przetargu zamierza – do czego jest zobowiązany – w klasyfikacji ofert wykorzystać wartości emisji zmierzone w badaniach homologacyjnych, powinien określić test, którego wyniki stanowić będą kryterium do kwalifikacji (tzn. ESC czy ETC dla Euro 5 i WHSC lub WHTC dla Euro 6). Autorzy niniejszego opracowania sugerują, aby testem tym był test ETC lub WHTC jako lepiej odzwierciedlający rzeczywiste warunki pracy silnika panujące w ruchu drogowym i proponują aby przyjmować zasadę ekwiwalentności i wzajemnego uznawania wyników tych testów. W takim przypadku w specyfikacji przetargu powinien znaleźć się zapis mówiący o uznawaniu np. wyników badań w teście ETC, jak i – w przypadku braku takich wyników – w teście WHTC. Do obliczeń kosztów emisji Wykonawca EvoBus przyjął test stacjonarny ESC, ponieważ tylko w tym teście wyniki mieszczą się w normach EEV. Sugerowany w Opracowaniu przez ITS test dynamiczny ETC dla obliczeń, jako lepiej odzwierciedlający rzeczywiste warunki pracy silnika w pojeździe podczas jazdy, nie spełnia wymogów normy emisji EEV.

Dla rozróżnienia poziomu emisji spalin przyjęto oznaczanie w dyrektywie 2005/55/WE dodatkową literą od A do K. Silnik OM 926 LA.V/2 Euro 5 posiada homologację el*2005/55*2006/51G*0756*01. Zgodnie z tabelą nr 4 załączoną w dyrektywie 2006/51/WE z dnia 6 czerwca 2006 r., zmieniająca w celu dostosowania do postępu technicznego załącznik I do dyrektywy 2005/55/WE [Tabela przedstawiająca litery, które mają być używane zgodnie

z różnymi dalami wdrożenia okręconymi w dyrektywie 2005/55/WE], litera G oznacza wiersz B 2 z tabeli nr 2 (dyr. 2005/55/WE), o której mowa była powyżej, czyli nie jest to EEV. Jest to norma emisji Euro 5, co więcej sam EvoBus podaje to w nazwie silnika. Dla silnika

8

Sygn. akt KIO 401/12

spełniającego wymogi przetargu w numerze homologacji powinna pojawić się litera K.

W związku z powyższym treść oferty EvoBus nie odpowiada treści s.i.w.z., albowiem silnik oferowanego autobusu marki Mercedes-Benz nie spełnia wymaganej w pkt 2.4 ppkt 2.1 s.i.w.z. normy czystości spalin min. EEV, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

[Ad. 4 zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp przez zaniechanie wykluczenia MAN z uwagi na niewniesienie wadium]

Zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. Zamawiający wymagał w postępowaniu wniesienia wadium przez wykonawcę w kwocie 200 000 zł. Przed upływem terminu składania ofert jeden z wykonawców skierował do Zamawiającego pytanie (faksem 2 stycznia 2012 r.): *Dot. Ogłoszenia i SIWZ. Ponieważ w ogłoszeniu i specyfikacji przetargowej pojawiają się różne nazwy Zamawiającego (Prezydent Miasta Siedlce, / Miasto Siedlce, / Urząd Miasta Siedlce) prosimy o jednoznaczne sprecyzowanie nazwy Zamawiającego, niezbędnej do prawidłowego zaadresowania oferty i wystawienia dokumentu opinii bankowej.* W odpowiedzi na to pytanie, Zamawiający pismem z 13 stycznia 2012 r. udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiającym jest Miasto Siedlce, reprezentowane przez Prezydenta Miasta z siedzibą: Urząd Miasta, Skwer Niepodległości 2, 08-110 Siedlce.*

W złożonej przez Wykonawcę MAN gwarancji wadialnej nr 144/12/WAR z dnia 26.01.2012 r., jej Beneficjent został błędnie oznaczony jako *Urząd Miasta*, co jest wprost niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Niezależnie od powyższego treść tej gwarancji wadialnej została wadliwie skonstruowana w ten sposób, że Bank zobowiązał się do wypłaty wadium, na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że Wykonawca wygrał przetarg i w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższa konstrukcja gwarancji wskazuje wprost, że w przypadku zaistnienia przesłanki z art. 46 ust. 4a pzp, wypłata wadium na rzecz Zamawiającego nastąpi tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy MAN wygra niniejszy przetarg. Takie postanowienia gwarancji wadialnej są wprost niezgodne z przepisem art. 46 ust. 4a pzp.

W związku z powyższym należy uznać, że Wykonawca MAN nie wniósł wadium w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

[Ad. 5 zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MAN jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.]

Zamawiający w treści SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 4.1 Nadwozie, wymagał, aby oferowany autobus posiadał okna boczne pojedyncze z szybami przesuwными (minimum 50% okien bocznych na każdej stronie pojazdu musi posiadać górną część przesuwaną) – nie dotyczy to okna w kabinie prowadzącego pojazd.

Z zamieszczonego na końcu oferty MAN rysunku oferowanego autobusu wynika

9

Sygn. akt KIO 401/12

wprost, że autobus posiada 7 okien bocznych (nie licząc okna kierowcy) po lewej stronie autobusu, w tym 3 okna posiadające górną część przesuwaną oraz 5 okien bocznych (okno kierowcy nie występuje) po prawej stronie autobusu, w tym 2 okna posiadające górną część przesuwaną. Powyższy rysunek potwierdza zatem, iż oferta MAN pozostaje niezgodna z wymaganiami s.i.w.z., albowiem min. 50% okien bocznych na każdej stronie pojazdu nie posiada górnej części przesuwanej. W konsekwencji oferta MAN powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

[Ad. 6 zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Volvo z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej wysokości]

Zamawiający w pkt 3.1.4 s.i.w.z. określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej nie mniejszej

niż 4.500.000,00 zł.

Wykonawca Volvo złożył wraz z ofertą (s. 30-31) informację wystawioną przez Skandinaviska Enskilda Banken AB z 20 stycznia 2012 r. Odwołujący zwraca uwagę, że w treści tego dokumentu brak jest jakichkolwiek informacji na temat wysokości posiadanych środków finansowych czy też zdolności kredytowej Wykonawcy. Natomiast znajdująca się na stronie 98 oferty Volvo Opinia Bankowa z 3 lutego 2012 r. nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu, albowiem dotyczy ona Volvo Polska sp. z o.o., zatem spółki nie będącej wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Brak jest również w ofercie jakiegokolwiek pisemnego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b pzp, wskazującego na udostępnienie wykonawcy Volvo przez Volvo Polska sp. z o.o. zdolności finansowych.

Jednocześnie, na wypadek nie potwierdzenia się podniesionych dalej w odwołaniu (pkt 9 i 10 uzasadnienia odwołania) zarzutów skutkujących bezpośrednim wykluczeniem Wykonawcy Volvo z postępowania lub odrzuceniem jego oferty Volvo – Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Volvo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dot. posiadania wymaganych środków finansowych lub zdolności kredytowej. [Ad. 7 zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit.c i § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Volvo z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp]

Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia, zgodnie z informacjami podanymi w Formularzu Oferty, jest Volvo Bus Corporation z siedzibą SE-40508 Göteborg. W związku z tym, zgodnie z pkt 4.4 ppkt I i III s.i.w.z. – Wykonawca

10

Sygn. akt KIO 401/12

zobowiązany był złożyć dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. W przypadku, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się takiego dokumentu, winien on zostać zastąpiony dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem.

W pierwszej kolejności – do oferty nie został załączony jakikolwiek dokument potwierdzający, że wobec Volvo Bus Corporation nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Po drugie, gdyby nawet przyjąć, iż w Szwecji żaden z organów sądowych lub administracyjnych nie wydaje przedmiotowych dokumentów, to złożone na stronach 59-60 oferty oświadczenie z 3 lutego 2012 r. nie czyni zadość wymaganiom s.i.w.z. i rozporządzenia w sprawie dokumentów, bowiem nie zostało złożone przed notariuszem.

Jednocześnie, na wypadek nie potwierdzenia się podniesionych dalej w odwołaniu (pkt 9 i 10 uzasadnienia odwołania) zarzutów skutkujących bezpośrednim wykluczeniem Wykonawcy Volvo z postępowania lub odrzuceniem jego oferty – Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Volvo do uzupełnienia dokumentu wystawionego w Szwecji potwierdzającego brak orzeczenia wobec Volvo zakazu ubiegania się o zamówienie, a jeżeli w Szwecji nie wydaje się przedmiotowego dokumentu – do uzupełnienia dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem.

[Ad. 8 – zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz pkt 4.7 s.i.w.z. przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Volvo z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. niezłożenie wszystkich wymaganych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – brak czterech zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 pzp]

Zamawiający w treści pkt 4.7 s.i.w.z. wymagał, aby wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedłożył dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt 4.2. W treści oferty Volvo, strona 74, znajduje się oświadczenie Volvo Polska sp. z o.o. z 24 stycznia 2012 r., zgodnie z którym spółka ta zobowiązała się udostępnić Wykonawcy Volvo niezbędne zasoby

(wiedza, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia). Jednocześnie w Formularzu Oferty wskazano Volvo Polska sp. z o.o. jako podwykonawcę.

W treści oferty znajdują się informacje z KRK dla członków zarządu Volvo Polska sp. z o.o. Z dokumentów tych wynika jednak, iż: p. Otto Christian Frommeit jest obywatelem Lichtensteinu i posiada miejsce zamieszkania w Austrii, p. Jorn Staffan Kullberg, p. Lars Arje

11

Sygn. akt KIO 401/12

Lewin p. Lena Elisabeth Odelberg są obywatelami Szwecji z miejscem zamieszkania w Szwecji. W odniesieniu do tych członków zarządu Volvo Polska sp. z o.o. powinny zostać załączone zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 pzp. W ofercie Volvo brak jest przedmiotowych zaświadczeń.

Jednocześnie, na wypadek niepotwierdzenia się podniesionych dalej w odwołaniu (pkt 9 i 10 uzasadnienia odwołania) zarzutów skutkujących bezpośrednim wykluczeniem Wykonawcy Volvo z postępowania lub odrzuceniem tej oferty – Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Volvo do uzupełnienia tych brakujących zaświadczeń.

[Ad. 9 – zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie wykluczenia Volvo z uwagi na niewniesienie wadium]

Jak powyżej wskazano, wnoszone przez wykonawców wadium winno być wystawione na Zamawiającego, którym jest Miasto Siedlce. W złożonej przez Wykonawcę Volvo gwarancji bankowej Nr 5434 531 7731 z 2 lutego 2012 r., jej Beneficjent został błędnie oznaczony jako *Urząd Miasta*, co jest wprost niezgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego.

W związku z powyższym należy uznać, że Wykonawca Volvo nie wniósł wadium w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

[Ad. 10 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Volvo jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.]

Zamawiający w pkt. 4.3.6 s.i.w.z. wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą Testu SORT 2 dla autobusu jak w przedmiocie zamówienia. Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia, jak również oczywiście przedmiotem oferty Volvo, są autobusy wyposażone w silnik spełniający normę czystości spalin min. EEV (wymaganie z pkt 2.4 ppkt 2.1 s.i.w.z.). Tymczasem złożony wraz z ofertą wynik testu SORT 2 nie dotyczy oferowanego autobusu (jak w przedmiocie zamówienia), ale pojazdu z innym silnikiem tj. silnikiem spełniającym niższą normę EURO 5 (s. 118-121 oferty Volvo). Jednocześnie złożone na s. 122 oferty Volvo oświadczenie o wartościach SORT 2 dla autobusu w oferowanej konfiguracji nie jest skuteczne, albowiem Zamawiający w żadnym postanowieniu s.i.w.z. nie dopuścił możliwości zastąpienia wymaganego dokumentu (TEST SORT 2) – oświadczeniem wykonawcy. Uwzględnienie przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert złożonego przez Volvo oświadczenia wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców, albowiem inni wykonawcy sprostali wymaganiom s.i.w.z. i przedłożyli w tym zakresie stosowny dokument.

W związku z powyższym należy uznać, iż treść oferty Volvo jest niezgodna z wymaganiami s.i.w.z., albowiem nie zawiera dokumentu – Testu SORT 2 dla autobusu jak w

12

Sygn. akt KIO 401/12

przedmiocie zamówienia, zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Jednocześnie, w razie uznania, iż test SORT 2 zalicza się do dokumentów podlegających uzupełnieniu – Zamawiający zarzut naruszył przepisu art. 26 ust. 3 pzp, przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Volvo do uzupełnienia Testu SORT 2 dla autobusu jak w przedmiocie zamówienia, tj. autobusu z silnikiem spełniającym normę min. EEV.

12 marca 2012 r. Zamawiający wniósł drogą faksową do Izby pisemną odpowiedź na odwołanie – wnosząc o oddalenie odwołania i w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

[Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego]

Pierwotne zapisy s.i.w.z. w pkt 2 *Opis przedmiotu zamówienia i czas realizacji* opisywały pojemność silnika w przedziale 7100 – 10700 cm³. 2 stycznia 2012 r. Odwołujący wystosował zapytanie, wnosząc o zmianę treści s.i.w.z. poprzez dopuszczenie m.in. silników o pojemności 6,7 dm³. W obszernym uzasadnieniu Odwołujący nie podnosił braku precyzji w zwrocie *pojemność silnika*, nie prosił również o sprecyzowanie tego pojęcia, wręcz sam pisał wprost o pojemności skokowej silnika. Powszechnie przez *pojemność silnika* rozumie się *pojemność skokową silnika*, jest to skrót lub uproszczenie pełnej nazwy. Często używa się określeń zamiennych jak *objętość skokowa silnika* lub *objętość silnika*. Wszystkie te określenia są tożsame i opisują dokładnie ten sam parametr. W oparciu o treść składanych do Zamawiającego zapytań stwierdzić należy, że żaden z Oferentów do upływu terminu składania ofert nie miał wątpliwości, co do znaczenia omawianego pojęcia.

Zamawiający w ślad za zapytaniem Wykonawcy udzielił odpowiedzi dopuszczając żadaną pojemność – jednocześnie zmieniono zapisy s.i.w.z. w zakresie przedmiotu zamówienia, określając pojemność silnika w przedziale 6700 – 10700 cm³ (zmiana s.i.w.z. dokonana przez Zamawiającego 13 stycznia 2012 r.) Zamawiający od początku postępowania przetargowego pojemność silnika określał w cm³. Powyższe wymaganie jest zgodne z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach (Dz. U. 2007 r. Nr 137, poz. 968, z późn. zm.). Według załącznika nr 1 do tego rozporządzenia – *Instrukcja w sprawie rejestracji pojazdów* – w dowodzie rejestracyjnym wpisuje się pojemność silnika wyrażoną w cm³ (§ 11 ust. 2 pkt 17). Podstawowym dokumentem, który określa parametry techniczne pojazdu i jego dopuszczenie do ruchu jest homologacja. Dane z homologacji wpisuje się w dowód rejestracyjny. Ze świadectwa homologacji dołączonego do oferty Odwołującego (strona 51

13

Sygn. akt KIO 401/12

dokumentów oferty, pkt. 3.2.1.3) – jednoznacznie wynika, że pojemność silnika oferowanego przez Odwołującego wynosi 6692 cm³.

[Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 przez wybór oferty EvoBus jako najkorzystniejszej, w tym poprzez nieuzasadnione przyznanie EvoBus punktów w kryterium Parametry techniczno-eksploatacyjne – kryterium P2 „Odległość od siedziby Zamawiającego (Operatora) do autoryzowanego serwisu wykonawcy”]

W opinii Komisji Europejskiej [Kontrola zamówień publicznych. Wskazówki dla beneficjentów Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007-2013, Warszawa, październik 2010 r.] narusza zasadę równego traktowania i proporcjonalności wymóg posiadania przez oferenta określonego potencjału technicznego już na etapie procedury przetargowej. Zamawiający może żądać jedynie, by oferenci dowiedli, że będą dysponowali określonymi urządzeniami na moment realizacji zamówienia. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie wymagał w s.i.w.z. dysponowania serwisem w odległości poniżej 25 km od siedziby Zamawiającego już na etapie składania ofert – świadczenie usług gwarancyjnych nastąpi dopiero od momentu dostawy przedmiotu zamówienia (6 miesięcy od dnia podpisania umowy). Zgodnie z zapisami § 7 ust. 3 wzoru umowy, *...umowa serwisowa (gwarancyjna) musi zostać dostarczona Operatorowi najpóźniej w dniu odbioru technicznego autobusu. Projekt umowy serwisowej jest załącznikiem do SIWZ.*

W swojej ofercie EvoBus wskazał, że będzie dysponował serwisem w odległości nie większej niż 25 km od siedziby Zamawiającego i wyjaśnił, że *autoryzowany serwis jest obecnie w budowie na terenie miasta Siedlce przy ul. Ujrzanów 32A, otwarcie: w drugiej połowie 2012 r.* Zdaniem Zamawiającego deklaracja ta – w obliczu wytycznych KE – jest wystarczająca, aby przyznać EvoBus punkty we wskazanym powyżej kryterium.

[Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EvoBus jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z. z uwagi na fakt, iż zaoferowany silnik nie spełnia normy czystości spalin min. EEV]

Zamawiający do oceny spełniania przez oferowane pojazdy normy czystości spalin EEV przyjął deklarację Wykonawcy złożoną w ofercie – *Opis techniczny z parametrami*

techniczno-eksploatacyjnymi oferowanych autobusów – Załącznik B do Oferty oraz oświadczenie EvoBus ze strony 32 oferty o posiadaniu polskiego i unijnego świadectwa homologacji.

[Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MAN z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium]

MAN wniósł wadium w formie gwarancji bankowej 6 lutego 2012 r. w wymaganej kwocie 200 000,00 zł. Określenie Beneficjenta gwarancji jako *Urząd Miasta Siedlce* a nie, jak

14

Sygn. akt KIO 401/12

wskazuje Odwołujący, *Miasto Siedlce* – nie powoduje utraty ważności gwarancji i nie czyni jej nieważną, gdyż Zamawiający będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia z powyższej gwarancji. Powyższe potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 883/11).

Ponadto przedłożona gwarancja wadialna Nr 144/12/WAR spełniała warunki skuteczności wystawianej gwarancji wadialnej pod względem przedmiotowym, tj. zawiera zobowiązanie się gwaranta do zapłaty określonej sumy pieniędzy *nieodwołalnie, bezwarunkowo oraz na pierwsze pisemne żądanie*, na wypadek wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp. Została ona również wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści, tj. każdorazowo BNP Paribas wystawiający gwarancję, zobowiązał się do zapłaty sumy gwarantowanej na rzecz beneficjenta gwarancji, w konkretnym i wskazanym postępowaniu (z przywołaniem przedmiotu zamówienia), w okolicznościach i na zasadach przewidzianych adekwatnymi przepisami ustawy, we właściwych dla wskazanego przetargu terminach związania ofertą.

[Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAN jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.]

Odwołujący podnosi, iż zamieszczony na końcu oferty MAN rysunek oferowanego autobusu wskazuje, że oferta MAN pozostaje niezgodna z wymogami s.i.w.z., albowiem min. 50% okien bocznych na każdej stronie pojazdu nie posiada górnej części przesuwnej. Zamawiający, zgodnie z pkt 4.3 s.i.w.z., wymagał załączenia do oferty rysunku rozplanowania przestrzeni pasażerskiej – celem oceny rozmieszczenia siedzeń pasażerskich oraz rysunku zawierającego wymiary zewnętrzne autobusu (przód, tył, strona lewa i strona prawa), natomiast nie wymagał załączania rysunku potwierdzającego rozplanowanie okien. [Zarzuty dotyczące oferty Volvo Bus Corboration]

Ponieważ Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania przetargowego z 15 lutego 2012 r. poinformował o odrzuceniu oferty Volvo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, w związku z brzmieniem art. 26 ust. 3 pzp nie miał obowiązku wzywania do złożenia brakujących lub wadliwych oświadczeń lub dokumentów.

Zamawiający wniósł nadto o nierozpatrywanie zarzutów odwołania dotyczących Wykonawców MAN i Volvo, gdyż oferta Volvo została odrzucona, a oferta MAN, najdroższa złożona w postępowaniu – uzyskała najmniejszą ilość punktów. Zdaniem Zamawiającego rozpatrywanie zarzutów dotyczących tych ofert pozostaje bez wpływu na wynik postępowania i nie zmienia rankingu ofert.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 28 lutego 2012 r. (z przekazaniem kopii

15

Sygn. akt KIO 401/12

odwołania) pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- EvoBus – 1 marca 2012 r. – wnosząc o oddalenie odwołania;
- MAN – 2 marca 2012 r. – wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie

stwierdziła podstaw do niedopuszczenia wskazanych powyżej Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestników tego postępowania (Przystępujących).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp i braku w tym zakresie odmiennych wniosków Stron na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania (Stron i Przystępujących), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniach przystąpienia do postępowania odwoławczego i dalszych pismach, a także wyrażone na rozprawie ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem 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 legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zarzuty złożonego odwołania zmierzają nie tylko do zniweczenia czynności odrzucenia jego oferty, ale i do wyeliminowania z postępowania ofert Przystępujących, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą. Jednocześnie podjęte przez Zamawiającego czynności i zaniechania objęte zarzutami odwołania narażają Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

16

Sygn. akt KIO 401/12

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., pytań zadawanych przez wykonawców, odpowiedzi na pytania do s.i.w.z. z 13 i 17 stycznia 2012 r. wraz ze zmianami s.i.w.z. z tych dat, protokołów z posiedzeń komisji przetargowej, oferty Odwołującego oraz ofert Przystępujących EvoBus i MAN. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma oraz dokumenty składane w toku postępowania odwoławczego jako dowody wymienione, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących wyrażone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej (a także dalszym piśmie Przystępującego EvoBus) oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, Izby stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu, nawet jeżeli tylko niektóre zarzuty okazały się zasadne.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego – Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, iż przytoczone powyżej za odwołaniem odpowiedzi na pytania do treści s.i.w.z. odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, przy czym tzw. *Zapytanie II* stanowiło zestaw pytań wystosowanych 2 stycznia 2012 r. przez Lider Trading sp. z o.o. (lidera odwołującego się konsorcjum). Wśród nich znalazło się pytanie 1. sformułowane w następujący sposób [podkreślenia pochodzą od Izby, pogrubienia za tekstem oryginalnym]:

Przyjęte kryterium dopuszczające silniki o minimalnej pojemności 7,1 dm³, ogranicza istotny sposób możliwość brania udziału w przetargu tych producentów, którzy oferują

silniki produkowane na terenie Unii Europejskiej, ale o mniejszej pojemności. Z uwagi na zastosowane technologie i materiały, silniki o mniejszych pojemnościach są równie trwałe i posiadają taką samą moc jak jednostki o wyższej pojemności. Jednocześnie, większy ciężar preferowanych silników oznacza większe zużycie paliwa i nie pozostaje bez wpływu na ekologię i koszty eksploatacyjne. Przyjęte przez Zamawiającego pozostałe parametry dotyczące silników, jak również urządzeń klimatyzacyjnych, bez problemu uzyskiwane są

17

Sygn. akt KIO 401/12

przez silniki o pojemności ok. 6,7 dm³, bez uszczerbku dla ich trwałości, kultury pracy, a dodatkowo cechują się one mniejszym zużyciem, paliwa, mniejszymi pojemnościami układów chłodzenia, układów smarowania itd., co ma bezpośredni wpływ na koszty eksploatacyjne. Silniki o mniejszej pojemności z dużym nadładkiem osiągają wymaganą przez Zamawiającego minimalną moc silnika, która jest obiektywnie bardziej istotnym parametrem silnika z punktu widzenia eksploatacji pojazdu w warunkach miejskich.

Nadto, Zamawiający punktuje wpływ na środowisko naturalne, dając tym samym dowód dbałości o ekologię. Natomiast, czym mniejsza jest pojemność silnika w pojazdach tym mniejsza emisja spalin (zależność obiektywna). Zatem, dopuszczenie do postępowania pojazdów o wskazanej pojemności skokowej silnika wpisywać się również będzie w proekologiczne pryncypia Zamawiającego. W toczącym się postępowaniu chcielibyśmy zaproponować autobusy wyposażone w silniki o pojemności 6,7 dm³. Są to silniki produkcji światowego lidera, który jako jeden z nielicznych produkuje silniki specjalnie dedykowane do ruchu miejskiego. Gwarantuje to nie tylko najbardziej ekonomiczną eksploatację (potwierdzoną we wszystkich przypadkach w polskich miastach), ale gwarantuje również najbardziej korzystną charakterystykę momentu obrotowego.

Wprowadzenie przez Zamawiającego kryterium pojemności 7,1 dm³ faworyzuje tylko tych producentów, którzy stosują duże jednostki napędowe, co narusza naczelną zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a także jest wprost sprzeczne z art. 29 ust. 2, który zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Skoro bowiem Zamawiający może uzyskać pożądane przez siebie efekty dopuszczając również pojazdy o silnikach 6,7 dm³. Zatem, zaniechanie umożliwienia składania ofert z takimi silnikami, skutkować będzie bezprawnym zawężeniem rynku wykonawców i to w zasadzie do jednego producenta.

Wnosimy o zmianę odnośnych fragmentów treści SIWZ poprzez dopuszczenie silników o pojemności 6,7 dm³.

Również 2 stycznia 2012 r. wpłynęły pytania od innych wykonawców oznaczone przez Zamawiającego jako Zapytanie III i Zapytanie IV. Treść pytania 2. z pierwszego z tych zestawów pytań była następująca: Czy Zamawiający dopuści w autobusach silniki o mocy w zakresie min. 180 kW i max. 215 kW przy zachowaniu pojemności w przedziale 7 100 – 10 700 cm³?

Natomiast pytanie 1. z kolejnego zestawu pytań brzmiało następująco: SIWZ w punkcie 2 – opis przedmiotu zamówienia, ppkt 4 - parametry techniczne i wyposażenie, pkt. 2.2 silnik, pojemność silnika w przedziale 7100-10700 cm³.

Aktualnie na rynku autobusowym, powszechnie dostępna jest grupa autobusów różnych producentów z montowanymi określonymi silnikami spełniającymi wymagania ekologiczne, optymalnie skonfigurowanymi, przez producentów do napędu odpowiedniej wielkości

18

Sygn. akt KIO 401/12

autobusów. Z uwagi na bogate praktyczne doświadczenie rynkowe w zakresie silników stosowanych do autobusów o długości 12 m, i z uwagi na założenie, aby dopuszczone były wszystkie sprawdzone jednostki napędowe, które mogą być zastosowane w napędzie oferowanych autobusów w niniejszym postępowaniu przetargowym, przy spełnieniu także doświadczenia Zamawiającego w tym zakresie, zwracamy się z prośbą o rozważenie rozszerzenia zakresu pojemności skokowej silników.

Mając na uwadze powyższe i w praktyce pomijalnie niewielką różnicę w pojemności skokowej, czy Zamawiający dopuści silnik o pojemności skokowej od 6870 ccm?

W ocenie Izby z przytoczonych powyżej pytań do treści s.i.w.z. wynika, że stawiający je wykonawcy, w tym Odwołujący, zgodnie i niezależnie od siebie rozumieli przez opisaną dopuszczalnym zakresem pojemność silnika – jego pojemność skokową. Dwóch pytających, w tym Odwołujący uznało dolną granicę tego zakresu za ustaloną na zbyt wysokim poziomie i postulowało jej obniżenie. Jeden z wykonawców wskazał wprost i dokładnie na to, że chciałby móc zaoferować silnik o pojemności 6870 cm³. Natomiast Odwołujący, choć na początku obszernego pytania wskazywał na silnik o pojemności skokowej *około* 6,7 dm³, jako spełniający wszystkie inne wymagania Zamawiającego, to następnie stwierdził, iż chciałby zaoferować silnik o pojemności 6,7 dm³, w konkluzji formułując wniosek o dopuszczenie silnika o dokładnie takiej pojemności. Nadto Odwołujący, odmiennie od dwóch pozostałych wykonawców i treści s.i.w.z., posługujących się jednostkami wyrażonymi w cm³, wskazywał obowiązującą i postulowaną dolną granicę pojemności jako wyrażoną w dm³. Pytanie Odwołującego zostało chronologicznie uznane za najwcześniejsze przez Zamawiającego, który w udzielonych odpowiedziach na wszystkie trzy pytania wyraził w dm³ nowy, rozszerzony zakres pojemności, zgodnie z najdalej idącym wnioskiem Odwołującego obniżając jego dolną granicę do 6,7 dm³. Gdyby działania Zamawiającego sprowadzały się wyłącznie do treści odpowiedzi zaakcentowanych w odwołaniu, można by rozważać, czy w ten sposób dopuszczono również zaoferowanie silnika o pojemności około 6,7 dm³, np. silnika o pojemności 6692 cm³, którą w zaokrągleniu można opisać jako 6,7 dm³ lub 6,7 l (litrów – jak to uczynił w oczywisty sposób producent tego silnika w ramach tzw. *umownego symbolu pojemności*). Jednakże Izba ustaliła, że tak, jak wskazywał to Zamawiający, a co szczególnie podkreślał Przystępujący EvoBus, treść opisu przedmiotu zamówienia konsekwentnie wyrażona była w cm³, początkowo jako zakres od 7100 do 10700, a ostatecznie jako zakres od 6700 do 10700. Do pisma z 13 stycznia 2012 r. zawierającego odpowiedzi na zestawy pytań od I. do VIII., załączono bowiem również kompletną treść *Opisu przedmiotu zamówienia i Załącznika B – Opis techniczny z parametrami techniczno-eksploatacyjnymi oferowanych autobusów*, w których przy silniku wskazano zakres pojemności jako **6700** – 10700 cm³, wyróżniając pogrubionym drukiem nową, obniżoną dolną jego granicę. Powtórnie te elementy dokumentacji zostały załączone przez Zamawiającego

19

Sygn. akt KIO 401/12

17 stycznia 2012 r. do drugiej tury odpowiedzi na zestawy pytań od IX do XIII, gdzie ponownie wskazano zakres pojemności w ten sam sposób (już bez pogrubiania dolnego zakresu, który nie uległ zmianie wskutek tych zestawów pytań). Zdaniem Izby w tych okolicznościach nie sposób twierdzić, że silnik o pojemności 6692 cm³ mieści się w przedziale precyzyjnie, konsekwentnie i jednoznacznie wyznaczonym w treści zmienionej s.i.w.z. jako 6700 – 10700 cm³. Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący wypełniając *Załącznik B* do oferty, niejako zignorował zakres sprecyzowany przez Zamawiającego na mocy zmiany treści s.i.w.z., wpisując ze swojej strony w wierszu *Silnik: Fabrycznie nowy silnik Cummins ISB6,7EV 285B ... Pojemn. 6,7 dm³ (pytanie i zgoda Zamawiającego)*. Tymczasem o ile powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, że odpowiedzi na pytania do treści s.i.w.z. udostępnione przez Zamawiającego można uznać za wiążące zmiany w stosunku do dotychczasowej treści, o tyle w niniejszej sprawie nie ma to żadnego znaczenia, gdyż w ślad za tymi odpowiedziami szły konkretne zmiany treści s.i.w.z., które były starannie inkorporowane do tekstów jednolitych dokumentów, w których wprowadzano zmiany.

W ocenie Izby Odwołujący przed terminem składania ofert zorientował się, że nie satysfakcjonuje go treść udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi i wprowadzonych do s.i.w.z. zmian, gdyż 18 stycznia 2012 r. zadał następujące pytanie: *W nawiązaniu do udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, stanowiących wyjaśnienia treści SIWZ oraz zmiany postanowień SIWZ (pismo z dnia 13.01.2012), a dotyczących pojemności silnika oferowanego autobusu, Wykonawca zwraca uwagę, iż producenci silników oraz fachowcy w branży definiują pojemność silnika 6,7 dm³ jako pojemność wyrażoną w cm³ wartościami np. 6685 cm³, 6690 cm³, 6695 cm³. W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie przez Zamawiającego interpretacji wymagań określonych w SIWZ, iż za spełniający wymagania SIWZ zostanie uznany przez Zamawiającego silnik o pojemności min. 6692 cm³.* Zamawiający, korzystając z przepisu art. 38 ust. 1 pkt 1 pzp, pozostawił to pytanie bez odpowiedzi. O ile, tak jak powyżej wskazano, nie trzeba być fachowcem by zaokrąglić wskazane w pytaniu wielkości do 6,7 dm³, o tyle obiektywnie żadna z nich nie da się

„zinterpretować” jako mieszczącą się w ustalonym ostatecznie w treści s.i.w.z. zakresie 6700 – 7100 cm³, gdyż wynoszą one po prostu zawsze mniej niż 6700 cm³. Odwołujący dopiero w tym pytaniu ujawnił przed Zamawiającym, że jest zainteresowany zaoferowaniem silnika o pojemności 6692 cm³ i aby było to możliwe, wymagana była co najmniej pozytywna odpowiedź Zamawiającego, która spowodowała kolejne obniżenie dolnej granicy zakresu dopuszczalnych pojemności oferowanych silników, czyli pojemności skokowych.

Izba zważyła również, że z takiego stanu rzeczy w pełni zdawał sobie sprawę Odwołujący, który dopiero od chwili wniesienia odwołania zaczął, po pierwsze – twierdzić, że zaoferował silnik o pojemności 7105 cm³, choć, jak to przyznał na rozprawie, nigdzie takiej pojemności nie wskazano w ofercie, po drugie – podnosić rzekomą niejednoznaczność

20

Sygn. akt KIO 401/12

terminu „pojemności silnika” użytego w treści s.i.w.z. Wobec tego Izba uznała za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, złożone przez niego na rozprawie dowody na poparcie tych wywiedzionych wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego twierdzeń. Bez znaczenia jest bowiem czysto teoretyczna możliwość różnego definiowania pojemności silnika, skoro, jak to powyżej wskazano, żaden z wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu przed upływem terminu składania ofert, w tym Odwołujący, nie miał wątpliwości, że opisany w s.i.w.z. zakres pojemności odnosi się do pojemności skokowej silnika. W konsekwencji, bez znaczenia jest, że za pomocą odpowiedniego wzoru matematycznego z danej pojemności skokowej silnika (6692 cm³) można wyprowadzić jego większą pojemność całkowitą (7105 cm³). W złożonym pisma z 24 lutego 2012 r. podpisanego przez pracownika Przedstawicielstwa w Polsce IDIADA Automotive technology SA na podstawie homologacji firmy Cummins nr e11*2005/55*2008/74K*2238*00, dokumentu niezłączonego zresztą do oferty, wynika przede wszystkim potwierdzenie faktu, że silniki Cummins z rodziny ISB6.7 mają pojemność skokową 6692,6 cm³ (pomijając przyrost o 0,6 cm³). Natomiast w piśmie z 21 lutego 2012 r. z Instytutu Transportu Samochodowego, stwierdza się, że określenie „pojemność” w odniesieniu do silnika spalinowego nie jest precyzyjne i jednoznaczne. Obejmuje różne zdefiniowane pojęcia, między innymi takie jak: -pojemność całkowitą cylindrów (lub komór w przypadku silnika wankla), - pojemność komór spalania, - umowny symbol pojemności, używany do celów handlowych, umowny zakres pojemności, używany w niektórych systemach podatkowych, - pojemność skokową, używaną najczęściej do celów klasyfikacyjnych i rejestracyjnych. Aby jednoznacznie określić, czego dotyczy przytoczone pojęcie, naszym zdaniem należy jednoznacznie podać pełne określenie słowne. W ten sposób wyjaśniło się pochodzenie wiedzy Odwołującego o możliwych teoretycznie rozumieniach terminu *pojemność silnika*, odzwierciedlonej w wywodach odwołania, które jednak nie mają znaczenia, wobec niepodważalnej okoliczności istnienia konsensusu przed terminem składania ofert, co do tego, że w przedmiotowym postępowaniu chodziło o pojemność skokową silnika, to jest taką, która następnie miała znaleźć odzwierciedlenie w załączonym dokumencie homologacyjnym dotyczącym oferowanego pojazdu. Na marginesie Izba zauważa, że trudno posądzać Zamawiającego, aby w przetargu dotyczącym zakupu taboru dla swojego Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego (tzw. Operatora), interesowały go jakieś wielkości marketingowe, zwykle zaokrąglane w górę dla zrobienia lepszego wrażenia, czy też wielkości wskazywane dla niektórych systemów podatkowych.

Zdaniem Izby nie zawsze brak perfekcyjnej precyzji ze strony Zamawiającego w użytych sformułowaniach (bo niewątpliwie w niniejszej sprawie żaden spór nie mógłby nawet powstać, gdyby Zamawiający użył raz, a dobrze określenia *pojemność skokowa silnika*), powoduje niejednoznaczność, na którą wykonawcy mogą się skutecznie powołać jako

21

Sygn. akt KIO 401/12

uzasadniającą prawidłowość treści złożonej przez siebie oferty. Popieranie przeciwnego stanowiska, wyłącznie z powołaniem się na ogólną zasadę wypracowaną w orzecznictwie, a w oderwaniu od okoliczności faktycznych danej sprawy, mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w szczególności tych, w których Zamawiający musi przygotować obszerną dokumentację. Z tego też względu istotne jest nie

to, czy dane sformułowanie mogło w ogóle budzić wątpliwości, gdyż tak będzie często (w grę wchodzi tzw. czynnik ludzki, odpowiedni poziom kompetencji językowych, powtarzanie tych samych informacji w wielu dokumentach itp.), lecz czy rzeczywiście spowodowało to powstanie rozbieżności u wykonawców, co można ocenić między innymi na podstawie zgłaszanych przez nich przed terminem składania ofert pytań i wątpliwości, a także złożonych ofert. Na tym etapie wszyscy wykonawcy zainteresowani są w równym stopniu, przynajmniej co do zasady, jasnością i jednoznacznością jej sformułowań, co ulega zasadniczej zmianie po złożeniu ofert i możliwością zapoznania się z pozostałymi ofertami, kiedy interesy faktyczne wykonawców rozchodzą się, w zależności od treści ofert złożonych przez konkurentów.

Wbrew twierdzeniom odwołania, w niniejszej sprawie odrzucenie oferty nie było konsekwencją braku precyzji Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, lecz braku precyzji w sformułowanym 2 stycznia 2012 r. wniosku o zmianę treści s.i.w.z., w którym Odwołujący wnioskował o zbyt mało, niż było mu w istocie niezbędne. Doprowadziło to do paradoksalnej sytuacji, że pomimo ciężaru gatunkowego i merytorycznej zasadności podniesionej na jego uzasadnienie argumentacji (nie w pełni zacytowanej powyżej), do której przychylił się Zamawiający, wprowadzając wnioskowaną zmianę dokładnie – Odwołujący nie uzyskał rezultatu, który oczekiwał.

Ponieważ Odwołujący nie zaprzeczał, a wynika to również ze zgromadzonego materiału dowodowego, że za opisany w ofercie jako silnik o pojemności 6,7 dm³, kryje się silnik ISB6.7EV285B marki Cummins, określany przez producenta jako silnik o pojemności 6,7 litra, którego pojemność skokowa wynosi *de facto* 6992 cm³, jak to wskazano w świadectwie homologacji załączonym do oferty – brak podstaw do stwierdzenia niezasadności definitywnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Wobec jednoznacznej treści opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący bezpodstawnie zaokrąglił w górę pojemność oferowanego silnika, którego pojemność skokowa nie spełniała wymaganego minimum, którego miał świadomość.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 pzp przez nieuzasadnione przyznanie ofercie EvoBus punktów w kryterium P2 – Izba uznała za zasadny.

Na wstępie Izba zważyła, że sformułowany w odwołaniu zarzut, pomimo użycia

22

Sygn. akt KIO 401/12

sformułowania „w tym”, sprowadza się wyłącznie do zawyżenia punktacji w kryterium ocenianych parametrów techniczno-użytkowych (tzw. kryterium „P”), a konkretnie do nieuzasadnionego przyznania ofercie EvoBus punktacji w ramach podkryterium odległości od siedziby Operatora do autoryzowanego serwisu Wykonawcy – za odległość wynoszącą do 25 km. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający postawił w zakresie dotyczącym serwisu różnorakie wymagania.

Po pierwsze, Zamawiający w *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*, ustalonym ostatecznie 17 stycznia 2012 r., w pkt. 2.1 *Silnik*, wskazał w opisie parametrów: *Autoryzowany serwis producenta silnika dostępny na terenie Polski w odległości nie większej jak 100 km od siedziby Operatora (odległość mierzona będzie od siedziby Operatora w Siedlcach przy ul. Starzyńskiego 20 pokonywana po drogach klasy drogi zbiorczej wg rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 199 r. nr 43 poz. 430) lub wyższych). Załącznik B – Opis techniczny z parametrami techniczno-eksploatacyjnymi oferowanych autobusów*, powtarzał te informacje w ostatnim wypunktowaniu wiersza *Silnik*, wypełnionej kolumny *Opis parametrów wymaganych przez Zamawiającego*, pozostawiając miejsce na wpisanie przez wykonawcę stosownych informacji w kolumnie *Opis parametrów oraz typów zespołów i rozwiązań zaoferowanych przez Wykonawcę*.

Obok tego Zamawiający na potrzeby oceny wprowadzonego kryterium parametrów techniczno-eksploatacyjnych przygotował *Załącznik A do Oferty Parametry techniczno-eksploatacyjne oferowanych autobusów podlegające ocenie*, w którym dla kryterium P2 *Odległość od siedziby Zamawiającego (Operatora) do autoryzowanego serwisu Wykonawcy*, wykonawcy mieli wskazać opcję *odległość do 25 km* (za co można było uzyskać 10 pkt.) albo *odległość powyżej 25 km* (co skutkowało przyznaniem 0 pkt.).

Z kolei w treści dwóch wzorów umów sformułowano między innymi następujące postanowienia:

[Załącznik nr 7 – Umowa Nr F-RZP.272...2011/PR – Wzór]

§ 1 Przedmiot umowy

3. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu autobusy fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed datą dostawy, w terminie do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

§ 5 Dostawa, odbiór techniczny

3. Protokoły odbioru technicznego, odrębnie dla każdego autobusu, zostaną spisane według załącznika nr 6 do SIWZ – protokół odbioru technicznego autobusu.

6. Dostawa autobusów może zostać podzielona na dwie części (np. pierwsza 6 szt., i druga 5 szt.), z tym, że termin dostawy jest obowiązujący dla całości dostawy. Datą wykonania

23

Sygn. akt KIO 401/12

dostawy jest podpisanie protokołów odbioru technicznego 11 autobusów przez operatora.

9. Datą odbioru technicznego dostawy jest ostatnia data odbioru technicznego wszystkich autobusów.

§ 7 Gwarancja i serwis

2. Wykonawca oświadcza, że w jego imieniu obowiązki wynikające z gwarancji wykonuje serwis ... w Polsce mieszczący się w ...

3. Udzielenie przez Wykonawcę Operatorowi autoryzacji wewnętrznej na wykonywanie prac obsługowo-naprawczych, napraw gwarancyjnych dostarczonych autobusów oraz szczegółowy zakres realizacji uregulowany zostanie na podstawie odrębnego dokumentu, tj. umowy serwisowej (gwarancyjnej). Umowa serwisowa (gwarancyjna) musi zostać dostarczona Operatorowi najpóźniej w dniu odbioru technicznego autobusu. Projekt umowy serwisowej jest załącznikiem do SIWZ.

[Załącznik nr 8 – UMOWA SERWISOWA (warunki gwarancji i serwisu) – Wzór]

§2

1. Wykonawca gwarantuje bezusterkową eksploatację autobusów lub ich naprawę w przypadku ujawnienia się wad, zgodnie z warunkami gwarancyjnymi określonymi w niniejszej Umowie.

2. Wykonawca oświadcza, że w jego imieniu obowiązki wynikające z gwarancji wykonuje serwis ... w Polsce mieszczący się w ...

3. Wykonawca udziela Operatorowi autoryzacji wewnętrznej na wykonywanie prac obsługowo-naprawczych, napraw gwarancyjnych dostarczonych autobusów oraz szczegółowy zakres realizacji uregulowany zostanie na podstawie odrębnego dokumentu, tj. umowy serwisowej (gwarancyjnej). Umowa serwisowa (gwarancyjna) musi zostać dostarczona Operatorowi najpóźniej w dniu odbioru technicznego autobusu. Projekt umowy serwisowej jest załącznikiem do SIWZ.

§3

1. Strony zgodnie ustalają następujące zasady realizacji obowiązków wynikających z gwarancji:

1) naprawy wad i usterek powstałych w okresie gwarancji dokonuje Operator na zasadach określonych w umowie serwisowej,

2) w przypadku braku możliwości dokonania napraw o których mowa w pkt. 1) przez Operatora – naprawy dokonuje serwis wykonawcy w terminie do 120 godzin od dnia zgłoszenia,

Przystępujący EvoBus wypełniając Załącznik B w wypunktowaniu 9. Wiersza Silnik określił odległość autoryzowanego serwisu producenta silnika od siedziby Operatora jako nie większą niż 97,5 km oraz wpisał „tak” dla odległości do 25 km od siedziby Operatora do autoryzowanego serwisu wykonawcy, opatrując to następującą uwagą autoryzowany serwis

24

Sygn. akt KIO 401/12

jest obecnie w budowie na terenie miasta Siedlce przy ul. Ujrzanów 32A Otwarcie: w drugiej połowie 2012 roku.

Odwolujący zarzucał, że złożenie w ofercie oświadczenia o otwarciu w Siedlcach

autoryzowanego serwisu w drugiej połowie 2012 r. nie powinno skutkować przyznaniem punktów w kryterium P2, gdyż dotyczy zdarzenia przyszłego i niepewnego. Z kolei Zamawiający i Przystępujący EvoBus zgodnie powoływali się na to, że wymaganie posiadania serwisu już na etapie składania ofert, a nie podczas realizacji zamówienia, naruszałoby zasady równego traktowania i proporcjonalności, to jest ogólne zasady zawarte w Traktacie WE, znajdujące również zastosowanie przy udzielaniu zamówień publicznych. O ile Izba nie podziela uzasadnienia merytorycznego zarzutu Odwołującego, o tyle Przystępujący z kolei nie wykazał jednoznacznie w ofercie, że będzie dysponował serwisem w Siedlcach podczas całego okresu wymaganego z punktu widzenia realizacji zamówienia, a zatem Zamawiający bezpodstawnie przyznał mu za to dodatkowe punkty. Z jednej strony, według logiki Odwołującego, również dostarczenie nowych autobusów w terminie 6 miesięcy od zawarcia umowy, a więc zasadniczy przedmiot każdej ze składanych ofert, należałoby uznać za zdarzenie przyszłe i niepewne, w szczególności, że autobusy te mogą nie być wyprodukowane, a zatem nie wiadomo czy powstaną, zostaną ukończone i szczęśliwie dostarczone. Z drugiej strony, wbrew twierdzeniom Przystępującego, z treści jego oświadczenia w ofercie nie wynikało jednoznacznie, że serwis w Siedlcach będzie otwarty w czasie, gdy realizowana będzie umowa. Przy wyznaczonym na 6 lutego 2012 r. terminie składania ofert, nie można było wykluczyć, że umowa zostanie zawarta do końca tego miesiąca. Termin realizacji dostawy wszystkich autobusów został wyznaczony maksymalnie na 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym Zamawiający zastrzegł możliwość wcześniejszego dostarczenia części autobusów. Co więcej, w postanowieniach umowy zasadniczej, jak i umowy serwisowej, zastrzeżono, że ta druga umowa musi być dostarczona najpóźniej w dniu odbioru technicznego autobusu, a nie z datą zakończenia odbioru technicznego wszystkich autobusów, przy czym już w umowie dostawy przewidziano miejsce na sprecyzowanie serwisu wykonującego obowiązki z tytułu gwarancji, niezależnie od autoryzacji udzielonej operatorowi autobusów. Zważając, że druga połowa 2012 r. obejmuje okres począwszy od 1 lipca do 31 grudnia, oświadczenie deklarujące otwarcie serwisu w tak szerokim i nieskonkretyzowanym przedziale czasowym, nie mogło być uznane za wykazanie funkcjonowania serwisu w niezbędnym zakresie na czas realizacji zamówienia, skoro nie można było wykluczyć, że dostawa wszystkich autobusów będzie musiała być wykonana do końca sierpnia 2012 r.

Z uwagi na to, że podstawą do oceny punktowej przyznanej przez Zamawiającego mógł być tylko stan rzeczy wynikający z treści oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, bez znaczenia dla oceny prawidłowości tej oceny jest fakt, że wbrew ostrożnej

25

Sygn. akt KIO 401/12

deklaracji zawartej w jej treści, serwis w Ujrzanowie udało się jednak otworzyć już w marcu 2012 r. (na rozprawie okazano wycinek z reklamą zamieszczoną 11 marca 2012 r. w Nr 11 Tygodnika Siedleckiego). Przystępujący nie zobowiązał się do takiej daty otwarcia w złożonej ofercie, a następcza zmiana faktyczna w tym zakresie nie może być podstawą do zmiany treści uprzednio złożonej oferty. Z tego względu za nieistotny dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania Izba uznała wynikły na rozprawie pomiędzy Stronami dodatkowy spór o to, czy zakres usług tego serwisu może obejmować również autobusy (Odwołujący wskazywał na to, że z reklamy wynika, iż jest to serwis samochodów ciężarowych i dostawczych, Zamawiający złożył pismo z 8 marca 2011 r. *Zaświadczenie o autoryzacji* pochodzące od Mercedes-Benz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w którym Dyrektor Działu Zarządzania Siecią Dealerską i Opiekun Rynkowy z tego działu potwierdzili, że firma ta posiada autoryzację na prowadzenie napraw serwisowych dla pojazdów użytkowych marki Mercedes-Benz w Ujrzanowie k. Siedlec pod numerem 32A, 08-110 Siedlce). Z kolei za usiłowanie prowadzenia sporu za wszelką cenę i ponad miarę, Izba oceniła usiłowanie wywiedzenia nowego zarzutu, niezawartego zresztą w odwołaniu, z niezbyt szczęśliwego, bo skrótowego sformułowania w ramach kryterium P2, iż chodzi autoryzowany serwis Wykonawcy, co miałyby rzekomo prowadzić do wniosku, że każdy z wykonawców składających oferty miałby prowadzić taki serwis, pomimo braku sprecyzowania w postępowaniu żadnego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego. Sam Odwołujący pytany na rozprawie, jak się okazało, również nie prowadzi takiego serwisu, lecz zawarł stosowną umowę, której nie załączył do oferty, gdyż nie było takiego wymagania. Na marginesie Izba zauważa, iż w ofercie Przystępującego można znaleźć informację, iż EvoBus Polska spółka z

o.o. jest przedsiębiorstwem grupy Daimler, a także tajemnicze logo z trójkątną gwiazdą opatrzone nazwą Mercedes-Benz, z dopiskiem, że oba stanowią zastrzeżony znak towarowy grupy Daimler AG, Stuttgart, co zdaje się być, mimo wszystko, okolicznością notoryjną nie tylko dla uczestników postępowania odwoławczego.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EvoBus jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z. – Izba uznała zasadny w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia świadectwa homologacyjnego potwierdzającego spełnienie normy EEV.

Zamawiający w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, ustalonym ostatecznie 17 stycznia 2012 r., w pkt. 2.1 *Silnik*, wskazał w opisie parametrów: *Fabrycznie nowy czterosuwowy silnik Diesla z bezpośrednim wtryskiem paliwa i chłodzonym powietrzem doładowującym, spełniający normę czystości spalin min EEV, osiągnięcie normy czystości spalin systemem EGR lub SCR, wymagany odpis świadectwa homologacyjnego*

26

Sygn. akt KIO 401/12

potwierdzającego spełnienie tej normy przez zespół napędowy zamontowany w pojeździe dostarczony wraz z ofertą, rzędowy, chłodzony cieczą, umieszczony z tyłu pojazdu w pozycji leżącej lub stojącej. Wyposażony w elektroniczny system sterowania i złącze diagnostyczne. Moc minimalna 190kW maksymalna 210kW pojemność silnika w przedziale 6700 – 10700 cm³... Załącznik B – Opis techniczny z parametrami techniczno-eksploatacyjnymi oferowanych autobusów, powtarzał te informacje w pierwszym wypunktowaniu wiersza *Silnik*, wypełnionej kolumny *Opis parametrów wymaganych przez Zamawiającego*, pozostawiając miejsce na wpisanie przez wykonawcę stosownych informacji w kolumnie *Opis parametrów oraz typów zespołów i rozwiązań zaoferowanych przez Wykonawcę*.

Obok tego Zamawiający na potrzeby oceny wprowadzonego kryterium parametrów techniczno-eksploatacyjnych przygotował *Załącznik A do Oferty Parametry techniczno-eksploatacyjne oferowanych autobusów podlegające ocenie*, w którym dla kryterium *P1 Sposób oczyszczania spalin dla osiągnięcia normy EEV*, wykonawcy mieli wskazać jedną z trzech opcji: *z zastosowaniem filtra cząstek stałych, bez dodatków chemicznych* (za co można było uzyskać 20 pkt.); *z zastosowaniem dodatków chemicznych, bez filtra cząstek stałych* (za co można było uzyskać 15 pkt.); *z zastosowaniem dodatków chemicznych i filtrem cząstek stałych* (co skutkowało przyznaniem 0 pkt.).

W pkt. 4 s.i.w.z. *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*, zamieszczono również ppkt 4.3. *W zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć:*

4.3.1. *Szczegółowy opis techniczny z parametrami techniczno-eksploatacyjnymi oferowanych autobusów – załącznik B do Oferty.*

4.3.2. *Aktualne świadectwo homologacji wraz z załącznikami oferowanego typu pojazdu wydane przez właściwego ministra. Aktualność ww świadectwa określa Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24.10.2005r. w sprawie homologacji pojazdów samochodowych i przyczep (Dz.U. z 2005r. nr 238 poz. 2010);*

4.3.3. *Oświadczenie producenta silnika o możliwości zasilania silnika biopaliwami (estry metylowe B100 do 100% włącznie) również w okresie gwarancji;*

4.3.4. *Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej (rozmieszczenia siedzeń pasażerskich);*

4.3.5. *Rysunek zawierający wymiary zewnętrzne autobusu (przód, tył, strona lewa i strona prawa);*

4.3.6. *Test SORT 2 dla autobusu jak w przedmiocie zamówienia;*

Przystępujący EvoBus wypełniając Załącznik B potwierdził, iż silnik oferowanego autobusu marki Mercedes-Benz, typ 628, Conecto LF spełnia normę czystości spalin EEV, przy czym w treści wypełnionego Załącznika A zadeklarował osiągnięcie tego rezultatu z

27

zastosowaniem filtra cząstek stałych, bez dodatków chemicznych. Oprócz tego w ofercie znalazło się kompletne krajowe świadectwo homologacji z 27 września 2007 r. nr PL*0242*04, a także zamieścił oświadczenie, iż oprócz niego posiada także europejskie świadectwo homologacji o nr el*2007/46/*0036*01, załączając również kopię potwierdzenia jego zgłoszenia w Ministerstwie Infrastruktury.

Izba zważyła w tak ustalonym stanie faktycznym, że o ile Przystępujący EvoBus zaoferował dostawę autobusu z silnikiem spełniającym normę czystości spalin EEV w jeden z wymaganych przez Zamawiającego sposób, o tyle nie potwierdził tego przez załączenie polskiego świadectwa homologacji. Odwołujący wykazał, że w załączonych do świadectwa homologacji wyników badań nie wskazano typu silnika z oznaczeniem wskazującym na spełnienie normy EEV, lecz Euro 5. Co istotniejsze, w najlepszym razie wyniki tych badań w zakresie masy cząstek stałych (PT) spełniają wymaganie na poziomie 0,02 g/kWh jedynie dla badania ESC, ale już nie dla badania ETC. Niewątpliwie sformułowane przez Zamawiającego wymaganie odsyła do Dyrektywy 2005/55/WE, w tym do Załącznika I *Zakres, definicje i skróty, wniosek o udzielenie homologacji typu WE, specyfikacje i badania oraz zgodność produkcji*. W sekcji 2 zdefiniowano między innymi: *homologację typu silnika (rodziny silników)* – jako ich homologację ze względu na poziom emisji zanieczyszczeń gazowych i pyłowych; *test ESC* – jako cykl badań obejmujący 13 trybów stanu stacjonarnego, stosowanych zgodnie z sekcją 6.2 tego załącznika; *test ETC* – jako cykl badań obejmujący 1800 sekundowych trybów przejściowych, stosowanych zgodnie z sekcją 6.2 tego załącznika. W sekcji tej *Specyfikacje dotyczące emisji zanieczyszczeń gazowych i pyłowych oraz zadymienia spalin*, wskazano że *Dla badań homologacyjnych dla wiersza B1 lub B2 albo wiersza C tabel w sekcji 6.2.1., poziomy emisji wyznacza się w badaniach ESC, ELR i ETC*, przy czym w Tabeli 1 wartości graniczne dla badania ESC i w Tabeli 2 wartości graniczne dla badania ETC – w przypadku EEV (wiersz „C”) dla masy cząstek stałych wynoszą właśnie 0,02 g/kWh. Zatem obowiązkiem Przystępującego było potwierdzenie osiągnięcia normy EEV, nawet jeżeli nie przez bezpośrednią homologację silnika zgodnego z EEV, to co najmniej przez wyniki badań załączonych do świadectwa homologacji wskazujących na spełnienie przez silnik wymaganych przez tę normę poziomów emisji, zarówno według badania ESC, jak i ETC. Tymczasem w złożonych przez Przystępującego dokumentach oferty Zamawiający nie mógł potwierdzić tej okoliczności. Zostało to już wykazane w odwołaniu, jednak potwierdziło to również stanowisko Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, który przyznał, że oparł się w tym zakresie wyłącznie na deklaracji Przystępującego (czyli treści oświadczenia woli) oraz oświadczeniu o posiadaniu unijnego świadectwa homologacji. Na rozprawie Zamawiający dodatkowo, acz nieco odmiennie, wyjaśnił, iż wyczytany w dokumentach oferty numer tej homologacji umożliwił dotarcie do jej treści w języku niemieckim i angielskim na stronach internetowych, co umożliwiło pozytywną

28

Sygn. akt KIO 401/12

weryfikację oferty Przystępującego. Niewątpliwie prowadzenie badania oferty nie na podstawie treści dokumentów w niej złożonych, lecz na podstawie informacji ze stron internetowych pozyskanych i przetłumaczonych we własnym zakresie przez Zamawiającego, niezależnie od ich wiarygodności, niewiele ma wspólnego z prowadzeniem sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które, co do zasady, jest jawne (art. 8 ust. 1 pzp), prowadzone z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp) i w języku polskim (art. 9 ust. 2 pzp). Jednakże nie budzi wątpliwości, że zażądane w s.i.w.z. świadectwo homologacji, skądinąd swoisty dokument urzędowy, nie stanowi treści oferty, lecz potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie spełniania przez silnik oferowanego autobusu normy EEV, a zatem dokument wskazany na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt. 2 pzp, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Ponieważ Zamawiający nie wzywał w tym zakresie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, zastępując ten tryb nieformalnymi działaniami, wybór tej oferty jako najkorzystniejszej należy uznać za co najmniej przedwczesny. Z kolei, o ile załączenie europejskiego świadectwa homologacji do pisma złożonego w toku postępowania odwoławczego wskazuje na potencjalną możliwość uczynienia zadość wymaganiom s.i.w.z., o tyle to nie może zastąpić złożenia dokumentu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Izba jest organem powołanym do oceny (w granicach zarzutów

przedstawionych w odwołaniu) prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego, a nie do zastępowania go w prowadzeniu tych czynności. Wyłącznie w takim zakresie Izba uwzględniła zastrzeżenia Odwołującego, który z jednej strony wnosił o nieuwzględnienie przy rozstrzygnięciu świadectwa homologacji załączonego do pisma Przystępującego, z drugiej jednak strony usiłował mimo to jednocześnie z góry wykazać, że nie będzie ono mogło być pozytywnie wzięte pod uwagę przez Zamawiającego, gdyż dotyczy innego autobusu, niż zaoferowany przez Przystępującego EvoBus, a nawet wywodził z tego nowy zarzut niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W odwołaniu nie budziło wątpliwości Odwołującego, że Przystępujący zaoferował autobus marki Mercedes-Benz, typu 628, Conecto LF, posiadający silnik Mercedes-Benz, typu OM 926 LA. Natomiast odwołujący *ad hoc* usiłował wywieść na rozprawie, że wspólnotowe świadectwo homologacji dotyczy zupełnie innego typu pojazdu to jest 628B01, a nazwa Conecto w nim wskazana, jako nazwa handlowa, jest nieistotna. Z kolei dla Odwołującego było nieistotne, że o ile polskie świadectwo homologacji dotyczyło pierwotnie niskopodłogowych autobusów o oznaczeniu handlowym Citaro, a po rozszerzeniu typem 628 objęto również niskopodłogowe autobusy Conecto, o tyle okazane w toku postępowania odwoławczego wspólnotowe świadectwo dotyczy mniejszego zbioru desygnatów, to jest wyłącznie tej drugiej nazwy handlowej. Odwołujący, tak jak w odwołaniu,

29

Sygn. akt KIO 401/12

pominał jednak okoliczność, że treść oferty została wyrażona w zakresie wymaganym przez Zamawiającego ze strony Przystępującego przez wypełnienie *Załącznika B* do oferty, natomiast świadectwo homologacji miało zostać załączone, w szczególności na potwierdzenie spełnienia normy EEV przez silnik zamontowany w pojeździe, a nie odwrotnie. Nadto, choć Przystępujący nie załączył do oferty kompletnego wspólnotowego świadectwa homologacji, to jednak zawarł w dwóch miejscach informację (w tym kopię z urzędowego zgłoszenia), że takie świadectwo posiada, wskazując dokładnie jego numer. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób na rozprawie, choć to na nim ciążył ciężar dowodu, na zasadzie art. 190 ust. 1 pzp, że oba świadectwa homologacji dotyczą innych typów pojazdów, co zważając na obszerność danych technicznych w nich zawartych, nie powinno nastroczać fachowcowi większych trudności. Ostateczna ocena w tym zakresie, jeżeli takie samo świadectwo homologacji WE zostanie na wezwanie w trybie art. 26 ust 3 pzp przedstawione przez Przystępującego, pozostaje jednak w rękach i na odpowiedzialność Zamawiającego, a nie Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

IV. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp przez zaniechanie wykluczenia MAN z uwagi na niewniesienie wadium – Izba uznała za zasadny.

Odwołujący podniósł w tym zakresie w istocie dwa zarzuty dotyczące złożonej przez Przystępującego MAN gwarancji wadialnej nr 144/12/WAR wystawionej 26 stycznia 2012 r. przez BNP Paribas Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, z których pierwszy, Izba uznała za niezasadny. Co prawda, na skutek zadanego pytania przed terminem składania ofert, rzeczywiście zostało udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienie, że prawidłowe jego określenie to Miasto Siedlce (reprezentowane przez Prezydenta Miasta z adresem siedziby jak dla Urzędu Miasta w Siedlcach). Należy zauważyć, że ani zadane pytanie, ani udzielona odpowiedź, nie dotyczyły wprost kwestii wadium. Przede wszystkim jednak Odwołujący nie wskazał w jaki sposób oznaczenie w gwarancji bankowej jako beneficjenta Urzędu Miasta Siedlce, może negatywnie wpływać na możliwość zaspokojenia się z niej przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę przepisy ustrojowe ustawy z dnia 8 marca 1990 o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591, z późn. zm.) nie ma wątpliwości, że to wyłącznie gmina ma osobowość prawną (art. 2 ust. 2), a prezydent miasta jest organem wykonawczym gminy (art. 11a pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 4), który z kolei wykonuje swoje zadania przy pomocy urzędu gminy (art. 33 ust. 1), w tym przypadku urzędu miasta. Z tego względu, nie ma wątpliwości, że przez wskazanie Urzędu Miasta Siedlce rzeczywistym beneficjentem gwarancji stało się Miasto Siedlce, reprezentowane przez swojego Prezydenta. Izba podzieliła zatem stanowisko wyrażone na tle analogicznego stanu faktycznego już w wyroku Izby z 3 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UPZ 863/08).

Zasadny jest jednak dotyczący zawężenia odpowiedzialności banku jako gwaranta w stosunku do przesłanki zatrzymania wadium uregulowanej w art. 46 ust. 4a pzp. W treści gwarancji wadialnej bank w związku ze złożeniem przez Man Truck & Bus Polska spółkę z o.o. z siedzibą w Wolicy oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty beneficjentowi kwoty 200 tys. zł, *na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że Wykonawca wygrał przetarg i wystąpiła jedna lub więcej z niżej wymienionych czynności*, wskazujące tę okoliczność lub okoliczności, które zostały sprecyzowane następująco:

1. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie;
2. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
4. w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177, z późn. zm.)”, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177, z późn. zm.)” lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn leżących po jego stronie.

Nieadekwatne jest stanowisko Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że bank wystawiający gwarancję zobowiązał się w ten sposób do zapłaty *w okolicznościach i na zasadach przewidzianych adekwatnymi przepisami*, gdyż w treści gwarancji wprost został wymieniony wyłącznie art. 26 ust. 3 pzp, natomiast pkt. 1–3 odzwierciedlają brzmienie art. 46 ust. 5 pzp, natomiast pkt. 4 już tylko nawiązuje w jakiś sposób do art. 46 ust. 4a pzp. Izba podziela stanowisko doktryny i orzecznictwa, że treść gwarancji bankowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać sformułowania warunków uprawniających zamawiających do żądania wypłaty od jej wystawcy w sposób będący dosłownym powtórzeniem brzmienia przepisów art. 46 ust. 4a i 5 pzp. Jest tak w szczególności, gdy postanowienia s.i.w.z. nie zawierają takiego nakazu, jak w niniejszej sprawie, choć należy zauważyć, że Zamawiający w pkt. 7 *Terminy wpłat, wysokość oraz forma wadium*, nie tylko odesłał do art. 46 ust. 4a i 5 pzp, ale przytoczył w jednym miejscu wszystkie cztery przesłanki utraty wadium wynikające z tych przepisów, na pierwszym miejscu opisując zresztą wyraźnie przesłankę, która została odmiennie uregulowana w treści gwarancji wadialnej Przystępującego MAN. Gwarancja bankowa ma swoje źródło przepisach art. 81 do art. 84 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe (tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.). Przepis art. 82 ust. 1 definiuje istotę gwarancji bankowej, wskazując, iż jest ona jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta

gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączył do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z przepisu art. 82 ust. 2 wynika, iż dla udzielenia i potwierdzenia gwarancji wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności. W doktrynie przeważa przy tym stanowisko, iż gwarancja bankowa jest odrębną umową Prawa bankowego, która jednostronnie zobowiązuje bank. Natomiast przepis art. 84 Prawa bankowego wskazuje, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zastrzegając, iż zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny. Z tej skromnej regulacji Prawa bankowego dotyczącej gwarancji wynika wniosek, iż precyzyjne ukształtowanie tego stosunku prawnego zależy od woli stron, w szczególności od gwaranta, działającego na polecenie zleceniodawcy (wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu), który powinien działać według wskazówek zamawiającego, który ma być beneficjentem świadczenia pieniężnego z gwarancji. Zatem treść dokumentu gwarancji powinna w sposób kompletny zakres obowiązków i uprawnień stron tego stosunku prawnego. Jednocześnie odesłanie do stosowania przepisów kodeksu cywilnego oznacza, co do zasady, możliwość stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów wskazanych w

art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w odniesieniu do tej czynności prawnej.

Do odesłania do tych reguł wykładni sprowadzało się stanowisko Przystępującego MAN wyrażone na rozprawie, który poza tym odesłał do uzasadnienia wyroku Izby z 20 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 54/110), w którym z kolei zacytowano fragment uzasadnienia wyroku Izby z 30 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 930/09). Oba te orzeczenia zapadły jednak na tle odmiennego stanu faktycznego, w którym odwołanie się do reguł wykładni oświadczeń woli było konieczne z uwagi na omyłkę dotyczącą daty wystawienia lub przedłużenia gwarancji, nie służyło natomiast do zmiany brzmienia treści gwarancji w zakresie zobowiązania gwaranta, co zostało w późniejszym z tych orzeczeń wprost odnotowane. Z kolei w wyroku Izby z 10 maja 2011 r. (sygn. akt. KIO 883/11) odwołanie się to tych reguł było uzasadnione wątpliwością wynikającą z nieprecyzyjnego oznaczenia beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej. Natomiast Przystępujący w ogóle nie wykazał, jakie to okoliczności, w których zostało złożone oświadczenie gwaranta lub zasady współżycia społecznego czy też ustalone zwyczaje pozwalają na stwierdzenie, iż przesłanka określona wprost w gwarancji jako wygranie przez MAN przetargu organizowanego przez Zamawiającego, nakazywałyby odczytywać pkt. 4 gwarancji wadialnej jako nieobjęty tym wspólnym dla wszystkich czterech punktów zastrzeżeniem. W niniejszej sprawie literalne brzmienie gwarancji jest bowiem jasne, zrozumiałe i nie wymaga wyinterpretowania z okoliczności towarzyszących udzieleniu gwarancji (a to, że gwarancja została udzielona w związku z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem jest oczywiste i wprost

32

Sygn. akt KIO 401/12

wynika z jej treści, nie jest zatem żadną okolicznością towarzyszącą), czy badaniu zgodnego zamiaru stron. Nawet jeżeli intencją Przystępującego było uzyskanie gwarancji obejmującej wszystkie okoliczności objęte przepisami art. 46 ust. 4a i 5 pzp, to 26 stycznia 2012 r. nie osiągnął w tym zakresie porozumienia z gwarantem. Jeżeli natomiast chodzi o wolę Zamawiającego, to jest ona jasna – wymagał aż i tylko odzwierciedlenia w jej treści przesłanek zawartych w art. 46 ust. 4a i 5 pzp. Wobec w sposób oczywisty odmiennego ukształtowania czwartej przesłanki wynikającej z gwarancji w stosunku do przesłanki wynikającej z przepisu art. 46 ust. 4a, to na Odwołującym ciążył ciężar wykazania, że ta przesłanka ustawowa w pełni objęta jest treścią przesłanki wskazanej w gwarancji.

Przystępujący przedłożył na rozprawie oświadczenie banku z 12 marca 2012 r. o następującej treści: *Bank wyjaśnia treść gwarancji wadialnej i wskazuje, że: Bank zobowiązał się na warunkach określonych w art. 45 i 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity z 2010 r. Dz.U. Nr 113, poz. 759 ze zm.) nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Zamawiającemu (beneficjentowi gwarancji), kwoty 200.000,00 zł na pisemne żądanie Zamawiającego (beneficjenta gwarancji), podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta, oraz stwierdzające, że Wygrał przetarg i/lub wystąpiła jedna lub więcej z niżej wymienionych okoliczności, wskazując tę okoliczność lub okoliczności: ... [treść czterech punktów identyczna jak w gwarancji]. Wyjaśniamy zatem, iż zobowiązanie w punkcie 4 (brak złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3...) było i jest w pełni skuteczne także w przypadku, gdy Wykonawca nie wygra przetargu. Interes Zamawiającego jest, więc odpowiednio zabezpieczony, a Bank, zgodnie z warunkami wyżej wymienionej gwarancji, zrealizuje żądanie Zamawiającego oparte na zobowiązaniu z punktu 4 także wtedy, gdy Wykonawca nie wygra przetargu.*

W ocenie Izby przedłożone oświadczenie wprost potwierdza, że bez zmiany literalnego brzmienia treści gwarancji, nie obejmowała ona przesłanki wynikającej z przepisu art. 46 ust. 4a pzp. Bank od nowa sformułował treść gwarancji dotyczącą przesłanek przez zastąpienie dotychczasowej obligatoryjnej koniunkcji każdej z nich z przesłanką wygrania przetargu – określeniem „i/lub”, stwarzając w ten sposób pozory zmiany nieistotnej (należy jednak zauważyć, że skoro pkt. 1-3 ewidentnie odnoszą się do sytuacji wygrania przetargu, to przesłanka z pkt. 4 stanowi jedyną okoliczność a nie okoliczności). Pierwotne brzmienie gwarancji, które było w pełni zrozumiałe, a językowo nawet bardziej poprawne, nie obejmowało w pełni przesłanki opisanej przepisem art. 46 ust. 4a pzp (który nie został też w niej wprost wskazany) – nie sposób zatem twierdzić, że zobowiązanie gwaranta było od początku w pełni skuteczne także wtedy, gdy Przystępujący nie wygra przetargu. Wręcz przeciwnie pierwotne sformułowanie treści gwarancji w pełni uzależniało od dobrej woli

Sygn. akt KIO 401/12

zastrzeżenia wygrania przetargu w stosunku do wykonawcy, który nie uczynił zadość wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, eliminuje jakąkolwiek odpowiedzialność gwaranta, gdyż w takiej sytuacji oferta wykonawcy nie może zostać uznana za najkorzystniejszą. Należy także zauważyć, że Zamawiający oceniając skuteczność wniesionego wadium nie mógł dysponować złożonym na rozprawie oświadczeniem, w którym taką dobrą wolę ten konkretny bank wyraził. Ustawa pzp nie przewiduje zresztą żadnego odrębnego trybu „wyjaśniania” treści dokumentu gwarancji, gdyż skuteczność i zakres zabezpieczenia wadium w formie gwarancji, mającej charakter zobowiązania abstrakcyjnego, odrębnego od zobowiązania z oferty, powinna w sposób jasny, pewny i jednoznaczny wynikać z treści dokumentu gwarancji wskazującego w sposób właściwy okoliczności, w których zamawiający będzie mógł skorzystać z zabezpieczenia wadium oferty. Jest to szczególnie istotne w przypadku przesłanki zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a pzp, która w porównaniu do regulacji cywilistycznej służącej zabezpieczeniu zawarcia umowy, znacząco rozszerza zakres ochrony wadium organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obejmując nią również etap poprzedzający zawarcie umowy, w odniesieniu do oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw podlegających uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 pzp.

Izba podzieliła zatem w tym zakresie stanowisko uprzednio wyrażone na tle analogicznego stanu faktycznego w wyroku Izby z 15 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 595/09), czy też na tle zbliżonych okoliczności faktycznych w wyroku Izby z 10 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 983/09), utrzymanego w mocy wyrokiem z 13 listopada 2009 r. przez Sąd Okręgowy w Krakowie (sygn. akt XII Ga 350/09).

V. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MAN jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z. – Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający w *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*, ustalonym ostatecznie 17 stycznia 2012 r., w pkt. 4.1 *Nadwozie*, wskazał w *opisie parametrów*: *Okna boczne pojedyncze z szybami przesuwными, (minimum 50% okien bocznych na każdej stronie pojazdu musi posiadać górną część przesuwaną) nie dotyczy to okna w kabinie prowadzącego pojazd, okna te powinny być równomiernie rozmieszczone na całej długości pojazdu – zalecane naprzemienne rozmieszczenie okien. Część przesuwana musi obejmować nie mniej jak 30% i nie więcej niż 60% wysokości okna. (...) Załącznik B – Opis techniczny z parametrami techniczno-eksploatacyjnymi oferowanych autobusów*, powtarzał te informacje w dziewiątym wypunktowaniu wiersza *Nadwozie* wypełnionej kolumny *Opis parametrów wymaganych przez Zamawiającego*, pozostawiając miejsce na wpisanie przez wykonawcę stosownych informacji w kolumnie *Opis parametrów oraz typów zespołów i rozwiązań zaoferowanych przez Wykonawcę*.

Sygn. akt KIO 401/12

Obok tego Zamawiający na potrzeby oceny wprowadzonego kryterium parametrów techniczno-eksploatacyjnych przygotował *Załącznik A do Oferty Parametry techniczno-eksploatacyjne oferowanych autobusów podlegające ocenie*, w którym dla kryterium *P6 Komfort pasażera – powierzchnia okien przesuwnych*, wykonawcy mieli wskazać wpisać wartość procentową stosunku powierzchni szyb przesuwnych do całości szyb bocznych.

Wykonawca MAN wypełnił *Załącznik B* wpisując w dziewiątym wypunktowaniu wiersza *Nadwozie: Okna boczne pojedyncze z szybami przesuwnymi, minimum 50% okien bocznych na każdej stronie pojazdu posiada górną część przesuwaną, za wyjątkiem okna w kabinie kierowcy. okna te są w miarę możliwości równomiernie rozmieszczone na całej długości pojazdu. Część przesuwana obejmuje 30% wysokości okna*. Natomiast w *Załączniku A* wpisał 15, 25 %. Na ostatniej stronie oferty znajduje się *Rysunek ofertowy*, zawierający rzut przodu, tyłu, lewej i prawej strony autobusu wraz z opisanymi wymiarami (długość, szerokość, wysokość, rozstaw osi, rozstaw kół, zwisy przedni i tylny) oraz jego rzut z góry w przekroju podłużnym uwidaczniającym rozmieszczenie siedzeń. Na rysunkach

boków pojazdu uwidoczniło również, bez opisu, okna, z których większość to duże okna, odpowiadające mniej więcej połowie powierzchni całkowitej szyby czołowej. Od strony kierowcy, nie licząc okna kierowcy, na trzech z sześciu tych okien, to jest w co drugim oknie, uwidoczniło część przesuwaną. Natomiast od strony prawej, znajdują się cztery takie duże okna, pod dwa pomiędzy trzema parami drzwi autobusu, przy czym pierwsze z każdej pary, a tym samym co drugie, ma zaznaczoną część odsuwaną. Oprócz tego, za ciągiem tych okien (z prawej strony za ostatnią parą drzwi), znajduje się małe okno, o powierzchni około 4-5 razy mniejszej.

Tak jak to już powyżej wskazano, opisanie przez wykonawców parametrów techniczno-eksploatacyjnych oferowanych autobusów następowało przez wypełnienie *Załącznika A do Oferty i Załącznika B do oferty*, w szczególności w drugim z nich należało skonkretyzować parametry podzespołów lub rozwiązania jako odpowiadające lub mieszczące się w granicach wymagań Zamawiającego. Izba zważyła, że zarzut odwołania opiera się zaś wyłącznie na opisanym powyżej rysunku zamieszczonym na końcu oferty MAN. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, niezależnie od literalnej nazwy przytoczonego powyżej pkt. 4.3 s.i.w.z., iż spośród tych dokumentów (wymienionych odpowiednio w pkt. 4.3.1, 4.3.4 i 4.3.5) wyłącznie rysunki mogą być uznane za dokumenty żądane na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp na potwierdzenie spełniania konkretnych wymagań Zamawiającego. Dalej zauważyć należy, że owe rysunki miały dotyczyć, po pierwsze – rozplanowania przestrzeni pasażerskiej, w szczególności rozmieszczenia siedzeń (pkt 4.3.1), na potwierdzenie wymagania opisanego w pkt. 1.2 *Liczba miejsc i drzwi*, wiersz drugi opisu przedmiotu zamówienia, w stosunku do którego w *Załączniku B* należało wpisać dokładną liczbę miejsc siedzących, w tym dostępnych z poziomu niskiej podłogi wiersz drugi,

35

Sygn. akt KIO 401/12

po drugie – wymiarów zewnętrznych autobusów (przód, tył, strona lewa i strona prawa), a to z kolei na potwierdzenie wymagań opisanych w trzech wierszach (*Długość, Szerokość i Wysokość*) pkt. 1.1. *Wymiary zewnętrzne* opisu przedmiotu zamówienia (zastrzegającego maksymalne wymiary wraz z odwołaniem się do rozporządzenia w sprawie warunków technicznych pojazdów), które należało również podać w *Załączniku B* dla oferowanego typu autobusu. Wykonawca MAN skonkretyzował te parametry w odpowiednich rubrykach wypełnionego przez siebie opisu parametrów i rozwiązań oferowanego typu pojazdu, załączając również rysunki w wymaganym dla ich potwierdzenia zakresie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, brak zatem podstaw nie tylko dla uznania tych rysunków w zakresie rozmieszczenia okien za treść oferty niezgodną z treścią s.i.w.z., lecz nawet by uznać za dokument niepotwierdzający treści oferty w zakresie okien wyrażonej w sposób, w jaki to powyżej przytoczono. Na marginesie Izba zauważyła, że wbrew twierdzeniom Odwołania, nie jest wcale oczywiste, czy z powyżej opisanych rysunków, gdyby nawet uznać je za wiążące w zakresie rozplanowania okien przesuwanych, wynika sytuacja faktyczna taka, jak została opisana w odwołaniu, tzn. czy do rachunku na potrzeby warunku *minimum 50%...* zaliczać również małe okna z tyłu pojazdu. Tym bardziej nie sposób stwierdzić zasadności zarzutu odwołania wskazującego wyłącznie na konieczność definitywnego odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 89 ust. 2 pkt 3 pzp, skoro oparty jest na tak wątpliwych podstawach faktycznych, a do tego nie został przez Odwołującego należycie udowodniony, choć z mocy art. 190 ust. 1 pzp i art. 6 kodeksu cywilnego to na nim spoczywał ciężar dowodu w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

VI. Zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Volvo Bus Corporation – Izba pozostawiła bez rozpatrzenia.

Na rozprawie Odwołujący, uwzględniając stan rzeczy, w którym Volvo nie odwołało się od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp cofnął zarzuty dotyczące zaniechań Zamawiającego względem tej oferty:

- naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z uwagi na niewykluczenie Volvo pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej wysokości;
- naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit.c i § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów z uwagi na niewykazanie przez Volvo braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp;
- naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie

dokumentów oraz pkt 4.7 s.i.w.z. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. niezłożenie czterech zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 pzp;

36

Sygn. akt KIO 401/12

– naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z uwagi na niewniesienie wadium przez Volvo;
– zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z. w zakresie testu SORT.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego EvoBus do uzupełnienia odpisu świadectwa homologacyjnego potwierdzającego spełnianie normy EEV przez zespół napędowy zamontowany w oferowanym pojeździe, może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do kwoty 3600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

37