

WYROK
z dnia 5 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Renata Tubisz

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MAN-STAR TRUCKS Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolica 16c** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Lublin Sp. z o.o., 20-718 Lublin, Al. Kraśnicka 25** protestu z dnia 5 lutego 2008r.

przy udziale **SOLARIS Bus & Coach S.A, 62-005 Owińska, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **MAN-STAR TRUCKS Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolica 16c**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **MAN-STAR TRUCKS Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolica 16c**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **MAN-STAR TRUCKS Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolica 16c**, na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Lublin Sp. z o.o., 20-718 Lublin, Al. Kraśnicka 25**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MAN-STAR TRUCKS Sp. z o.o., 05-830 Nadarzyn, Wolica 16c**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę dwudziestu sztuk fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich (Dz. Urz. UE nr 2007/S 234 - 285502), w dniu 5.02.2008 r. został wniesiony protest przez **MAN-STAR TRUCKS Sp. z o.o.** z Wolicy koło Nadarzyna.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z dnia 30.01.2008 r. o wyborze oferty Solaris Bus & Coach S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako nie odpowiadającej treści istotnych warunków zamówienia ze względu na:

1. nie podanie całkowitej liczby miejsc pasażerskich,
2. sprzeczne określenia w różnych dokumentach oferty w odniesieniu do typu okien bocznych zaoferowanego pojazdu (okna uchylne bądź okna przesuwne),
3. zaoferowanie tablicy kierunkowej LED tylnej o wysokości 12 punktów, zamiast

wymaganych co najmniej 16 punktów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu Lublin Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655);

- art. 87 ust. 1 poprzez błędne zastosowanie, mimo że wątpliwości dotyczące oferty zostały wyjaśnione,

- art. 87 ust. 2 poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej pomyłki pisarskiej w określeniu ilości miejsc, typu okien oraz ilości punktów wyznaczających wysokość tablicy kierunkowej LED tylnej,

- art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji skutkiem uwzględnienia sprostowania oferty firmy Solaris Bus Coach S.A. w odniesieniu do rodzaju wniesionej gwarancji wadialnej.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, na wezwanie Zamawiającego doręczone 8.02.2008r. w tym samym dniu przystąpiła Solaris Bus & Coach S.A.

W piśmie z dnia 12.02.2008r. oddalającym protest, Zamawiający podniósł, że udzielone wyjaśnienia potwierdziły niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami siwz, a postulowane sprostowania były niedopuszczalne, gdyż stanowiły by zmianę treści oferty.

W odwołaniu wniesionym z zachowaniem terminu, to jest w dniu 18.02.2008r. z kopią przekazaną Zamawiającemu w tej samej dacie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie ponownej czynności badania i wyboru najkorzystniejszej oferty.
4. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Krzysztofa Gawrońskiego, na okoliczność

"intencji MAN STAR TRUCKS Sp. z o.o. przy składaniu oferty" w odniesieniu do kwestionowanych parametrów wyposażenia pojazdu i ilości miejsc.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, pismem z dnia 25.02.2008r. przystąpiła Solaris Bus & Coach S.A., wykazując swój interes prawny oraz bepodstawność zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego oraz oferty Solaris Bus & Coach S.A.

Ponadto rozpatrzyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy. Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że odwołanie powinno zostać odrzucone, gdyż pełnomocnik załączył jedynie odpis pełnomocnictwa.

W postępowaniu przed KIO w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp mają odpowiednie zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym, w tym art.

1167. Z kolei z mocy art. 13 par. 2 k.p.c. przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań uregulowanych tym kodeksem, a więc także do postępowania przed sądem polubownym. Na podstawie art. 89 par. 1 k.p.c. adwokat może sam uwierzytelnić odpis pełnomocnictwa, co miało miejsce w niniejszej sprawie. W przekonaniu składu orzekającego KIO brak załączników przy przekazanej kopii odwołania nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania, z uwagi na postanowienia art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła dowodu z zeznań świadka na wnioskowaną przez Odwołującego tezę dowodową. Treść oświadczenia woli jaką stanowi przedmiotowa oferta jest dostatecznie czytelna i możliwa do ustalenia dowodami z dokumentów oferty i złożonych wyjaśnień. Niezgodność treści oferty dotycząca określonych cech pojazdu z wymaganiami specyfikacji, w ocenie składu orzekającego Izby, nie może być niwelowana zeznaniami świadków, czy oświadczeniami strony, co do rzeczywistych intencji wykonawcy składającego ofertę, gdyż stoi temu na przeszkodzie art. 87 ust. 1 zdanie 2 w związku z art. 84 ust. 1 Pzp, zabraniający dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując sprawę w granicach zarzutów oraz żądań protestu ustaliła i zważyła, co następuje.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Po odrzuceniu oferty Odwołującego została wybrana oferta odpowiadająca siwz, wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., spełniającego warunki udziału w przetargu.

Jako kryteria oceny ofert Zamawiający ustalił:

- cenę (waga 55%),
- warunki techniczne (waga 30%),
- okres gwarancji (waga 10%),
- skrócenie terminu dostawy (waga 5%).

Odwołujący zaoferował cenę 20 430 280 zł. Cena oferty wybranego wykonawcy wynosi 18 273 160 zł.

W kryterium warunki techniczne, Zamawiający między innymi podał parametr "wentylacja przestrzeni pasażerskiej" z maksymalną ilością punktów 15, przy zastosowaniu metodologii oceny:

- okna przesuwne - 15 punktów,
- okna uchylne - 0 punktów.

W załączniku nr 1 do siwz "wymagania techniczne autobusu miejskiego", str 2 tabela, poz. 1 Zamawiający wymagał liczby miejsc pasażerskich siedzących 28 oraz podania całkowitej liczby miejsc, wynikającej z konstrukcji autobusu. W poz. nr 13 i 20 zaznaczył układ wentylacji naturalny: okna boczne przesuwne lub uchylne, preferowane okna przesuwne.

4

W poz. nr 14 podał między innymi parametry tablic kierunkowych LED, posiadających układ ciągłej regulacji natężenia świecenia o wysokości co najmniej 16 punktów, a w odniesieniu do tablicy tylnej, wyświetlającej numer linii, o długości co najmniej 21 punktów.

W formularzu ofertowym, złożonym przez Odwołującego, wg wzoru nr 2 do siwz zaoferowany został model autobusu MAN A21 Lions City, z wentylacją przestrzeni pasażerskiej z zastosowaniem okien przesuwnych.

W formularzu specyfikacji technicznej, Odwołujący zaoferował autobus z liczbą miejsc pasażerskich siedzących 28 + 1, całkowita liczba miejsc (to jest łącznie ze stojącymi) nie została podana. W zakresie wentylacji przestrzeni pasażerskiej, Odwołujący podał, że oferuje okna boczne uchylne. Oznaczył ilość punktów tylnej tablicy oświetleniowej LED na 12 w zakresie wysokości i 21 w zakresie długości.

Z powyższego zestawienia parametrów wymaganych i zaoferowanych wynika, że wymagania techniczne określone w siwz nie zostały spełnione w pełnym zakresie, w odniesieniu do liczby całkowitej miejsc, czy wysokości tylnej tablicy informacyjnej. Odwołujący nie dokonał jednoznacznego określenia rodzaju okien bocznych w oferowanym pojeździe. Poprzez podanie zarówno okien uchylnych jak i przesuwnych, odmiennie punktowanych, uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie oceny tej oferty w kryterium warunki techniczne.

Oceny, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do przedmiotowo istotnych postanowień umowy, odnoszących się do cech technicznych pojazdu, nie może zmienić fakt, iż Odwołujący w swoim piśmie z dnia 28.01.2008r., w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, uzupełnił informacje i sprostował kwestionowane określenia parametrów.

Dopiero w wyjaśnieniach podał, że całkowita ilość pasażerskich miejsc w autobusie wynosi 106, i że powinno zostać to zapisane jako 28/106. Punkt dotyczący rodzaju okien bocznych prawidłowo powinien otrzymać brzmienie "okna boczne przedziału pasażerskiego uchylne." Za małą w stosunku do wymaganej ilości punktów oświetlenia (co najmniej 16), wyznaczających wysokość tylnej tablicy kierunkowej, Odwołujący w proteście tłumaczył tzw. "czeskim błędem" przestawieniem kolejności liczb, zamierzał podać 21 a podał 12.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, powyżej opisane niezgodności treści oferty z wymaganiami siwz, nie poddają się sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Złożona oferta w pełnym brzmieniu jej zapisów, jako oświadczenie woli Odwołującego jest wiążąca. Procedura związana z wyjaśnieniem treści oferty nie może być wykorzystywana do wprowadzania zmian oświadczeń woli, z wyjątkiem prostowania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych oraz uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, o co Odwołujący nie wnosił.

Wyjaśnienie może "przybliżyć, dookreślić" rozumienie użytego sformułowania, natomiast nie

może go rozszerzać, zmieniać lub ograniczać, w zależności od konkretnej sytuacji i interesu wykonawcy, po złożeniu oferty.

Postulowane przez Odwołującego zastąpienie dotychczasowego tekstu innym znaczeniowo, daleko wykracza poza dopuszczalne granice prostowania oczywistych omyłek pisarskich, jako niezamierzonych i widocznych od razu, gdyż przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć mylną pisownię wyrazu, opuszczenie jego części jak też pomyłkę gramatyczną. Uwzględnienie przez Zamawiającego tego rodzaju korekt, oznaczałoby przyzwoleń na niezgodną z przepisem art. 87 ust. 1 Pzp zmianę treści oferty, co nie może mieć miejsca w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego.

Odstępstwa od podania wszystkich wymaganych wielkości parametrów technicznych i nie dokonanie jednoznacznego wyboru dopuszczonych rozwiązań alternatywnych, w zakresie cech ocenianych w kryterium warunki techniczne, skutkuje sprzecznością treści oferty Odwołującego z treścią siwz oraz obligowało Zamawiającego do odrzucenia takiej oferty, stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Postępowanie dowodowe wykazało, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odmowę dokonania wnioskowanych przez Odwołującego sprostowań w treści oferty.

Skład orzekający lbzy podzielił również stanowisko Zamawiającego, że zasadne było i nie naruszało art. 7 ust. 1 Pzp – równego traktowania stron, uwzględnienie wyjaśnień Solaria Bus & Coach S.A., co do rodzaju gwarancji wadialnej w zestawieniu z rzeczywistym dokumentem gwarancji bankowej, nie zaś ubezpieczeniowej, jak zostało podane w formularzu oferty.

Biorąc pod uwagę ustalony stan rzeczy, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji. Odwołanie zostało oddalone na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa pełnomocnika Izba zasądziła kwotę 3600 zł, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 128 poz. 886), w oparciu o złożony rachunek.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*