Sygn. akt: KIO 221/16

WYROK
z dnia 07 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **URSUS S.A., AMZ - Kutno S.A., URSUS-BUS S.A. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. z siedzibą w Krakowie,**

orzeka:

oddala odwołanie; 1.

kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się 2. o udzielenie zamówienia: URSUS S.A., AMZ-Kutno S.A., URSUS-BUS S.A. z siedzibą w Lublinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy zł zero gr) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: URSUS S.A., AMZ-Kutno S.A., URSUS-BUS S.A. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: URSUS S.A., AMZ-Kutno S.A., URSUS-BUS S.A. z siedzibą w Lublinie** na rzecz zamawiającego - **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 3693 zł 55 gr,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, kosztów dojazdu w kwocie 76 zł 55 gr oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 221/16

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego URSUS S.A. z Lublina oraz AMZ-Kutno S.A. z Kutna i URSUS – BUS z Lublina [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164], którego przedmiotem jest „Dostawa 15 sztuk fabrycznie nowych niskoemisyjnych niskopodlogowych autobusów midi dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. w Krakowie.” Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, zdaniem Odwołującego, naruszył art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 1) i art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp z uwagi na odrzucenie jego ofertę na skutek przyjęcia, że na etapie składania wyjaśnień doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty Odwołującego w zakresie informacji, co do udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji unieważnienia przedmiotowego postępowanie, podczas gdy cena w ofercie Odwołującego, najkorzystniejszej ze złożonych niepodlegających odrzuceniu ofert nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący stwierdził również, że skutkiem

wskazanych czynności naruszony został interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ oferta powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą, jako spełniająca wszystkie warunki postawione w postępowaniu przez Zamawiającego oraz zawierająca ustanowionych w oferty najkorzystniejszy bilans postępowaniu kryteriów wyboru W przez najkorzystniejszej. możliwość poniesienia szkody konsekwencji, istnieje Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; oraz (2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania; (3) niezwłocznego powtórzenie czynności badania i oceny ofert; oraz (4) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał, że Zamawiający informując o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, wskazał, że w wyniku wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący w sposób niedopuszczalny, zmienił treść oferty, poprzez wskazanie, wbrew pierwotnej treści oferty, że zamierza wykonać zamówienie przy udziale podwykonawcy - Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej. Zamawiający powołał się na umowę sprzedaży z dnia 8 stycznia 2016 r., zawartą pomiędzy URSUS S.A. i Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej, którą Odwołujący przedłożył w toku wyjaśnień, która to okoliczność, [wbrew pierwotnej treści oferty], świadczy, że Odwołujący wykona zamówienie

przy udziale podwykonawcy, którego rola w realizacji przedmiotowego zamówienia miałaby być zdaniem Zamawiającego kluczowa, jako producenta autobusów stanowiących przedmiot dostawy objętej przedmiotem zamówienia. Uwzględniając powyższe Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, że ten, jako podmiot nie będący producentem oferowanego autobusu miejskiego midi Autosan M09LE SANCITY 9LE, jak również nie posiadający licencji na jego produkcję zaoferował świadczenie niemożliwe, a tym samym ewentualnie zawarta z Odwołującym umowa w sprawie zamówienia publicznego, w świetle art. 387 (1) Kodeksu cywilnego, podlegałaby unieważnieniu. Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodne ze stanem faktycznym, bowiem poprzez złożenie stosownych wyjaśnień Odwołujący nie zmienił pierwotnej treści złożonej oferty, od samego początku, oferował bowiem autobus miejski midi Autosan M09LE SANCITY 9LE, na co wskazuje przede wszystkim sama treść oferty, gdzie w kolumnie 2 druku oferty - Oferowany przedmiot zamówienia, Odwołujący wskazał, iż oferuje autobus miejski midi Autosan M09LE SANCITY 9LE, którego producentem jest AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej, również w żadnym innym miejscu oferty Odwołujący nie oświadcza, ażeby przedmiot dostawy miał stanowić inny produkt, aniżeli wskazany powyżej autobus. Powyższe oświadczenie zostało również potwierdzone, ale w żaden sposób nie zmodyfikowane, w wyniku złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 22.01.2016 r., gdzie w dalszym ciągu Odwołujący podtrzymuje, iż w przypadku dokonania przez Zamawiającego wyboru złożonej przez niego oferty dostarczy autobus miejski midi Autosan M09LE SANCITY 9LE, którego producentem jest AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej. Wskazał ponadto, że Zamawiający formułując względem Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień nie miał wątpliwości, iż wskazanemu w ofercie producentowi oferowanych autobusów nie można przypisać przymiotu podwykonawcy, a przynajmniej takich wątpliwości nie formułował. Jeżeli więc w zakresie producenta oferowanego asortymentu, Odwołujący nie zmienia swojego oświadczenia, a Zamawiający na etapie wezwania do uzupełnień i wyjaśnień nie artykułuje swoich wątpliwości, co do realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców, to niezrozumiałym jest dla Odwołującego następcze, po złożeniu wyjaśnień, odrzucenie jego oferty właśnie ze względu na przypisanie przez Zamawiającego producentowi, oferowanych przez Odwołującego autobusów roli podwykonawcy. Jeżeli Zamawiający uznaje, iż AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej w realizacji niniejszego zamówienia miałby pełnić rolę podwykonawcy to wiedział o tym od początku, a nie jak wynika to z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, powziął o tym wiadomość dopiero w wyniku złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, którymi ten miałby jakoby zmienić treść złożonej oferty. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za nieracjonalne, a dokonane w wyniku tych działań czynności nie zasługują na utrzymanie się w obrocie prawnym. Wskazał ponadto, że

producent danego asortymentu w świetle ustalonej linii orzeczniczej nie jest uznawany za podwykonawcę, jednocześnie zwracając uwagę na fakt, że producentem jest ten podmiot, który produkuje określone towary w celu sprzedaży ich na rynku. Z informacji zawartych na oficjalnej stronie internetowej, AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej www.autosan.eu. wynika, że posiada w swojej ofercie producenckiej m.in. autobusy miejskie, podmiejskie, międzymiastowe i specjalne, tym samym należy stwierdzić, iż jego działalność, jako producenta nie jest nakierowana na zrealizowanie określonej części przedmiotowego zamówienia publicznego, nadinterpretacją byłoby bowiem utożsamianie pojęcia podwykonawcy i producenta. Podobnie jest w przypadku dostawcy materiałów budowlanych w zamówieniach na roboty budowlane lub dystrybutorów sprzętu, u których zaopatruje się wykonawca. Wskazując na orzecznictwo KIO [sygn. akt KIO/UZP 1213/08] podał, że „Umowy tego rodzaju „nie mają charakteru podwykonawstwa, są zwykłymi stosunkami gospodarczymi pomiędzy przedsiębiorcami w danej branży, opartymi na ogół o umowy sprzedaży lub dostawy". Dalej podał, że „W odróżnieniu tych pojęć podkreślano, jako istotny i wyróżniający podwykonawstwo element realizacji przez podwykonawcę odrębnej części zamówienia bezpośrednio dla zamawiającego. W przypadku umów dostawy stosunek zobowiązaniowy powstaje tylko pomiędzy dostawcą a odbiorcą, którym w tym przypadku jest wykonawca, a nie zamawiający. Na uwagę w tym miejscu zasługuje fakt, iż umowa sprzedaży autobusów zaoferowanych w niniejszym postępowaniu została zawarta wyłącznie z jednym z Wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie niniejszego zamówienia, co również wskazuje na fakt, iż wykonawca mający zamiar ubiegać się o udzielenie zamówienia zapewnił sobie przed przystąpieniem do postępowania produkty, który następnie wspólnie z Konsorcjantami zaoferował Zamawiającemu". Zdaniem Odwołującego „Za dominujący w orzecznictwie należy również uznać pogląd, że oferowane przez producenta usługi gwarancyjno-serwisowe są związane z dostarczanym sprzętem i wchodzą w skład zobowiązania wykonawcy, nie stanowiąc świadczeń podwykonawczych nawet w sytuacji, gdy uprawnienia do korzystania z nich zostaną przeniesione na zamawiającego. Przyjęcie rozumienia umowy o podwykonawstwo, zgodne z zaprezentowanym przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, oznaczałoby bowiem w praktyce, że niemalże w każdym zamówieniu wykonawcy musieliby wskazywać na udział podwykonawców i ujawniać ich w ofercie. W przypadku umów o dużej wartości, np. na roboty budowlane lub na dostawy, wskazanie producentów, czy też dostawców materiałów wykorzystywanych lub dostarczanych produktów na etapie składania ofert byłoby nie tylko zbędne z uwagi na cel ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również niejednokrotnie niemożliwe. Zakres podwykonawstwa powinien być każdorazowo badany z uwzględnieniem przedmiotu samego zamówienia i oceny, czy umowa zawierana przez wykonawcę ma charakter subsydiamy, czy też jej celem jest realizacja części przedmiotu zamówienia

bezpośrednio dla zamawiającego. Jeżeli więc składając ofertę Odwołujący podał producenta oferowanego autobusu, jako AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej i nie dokonał zmiany swojego oświadczenia w powyższym zakresie na żadnym etapie postępowania, to niezrozumiałym jest stwierdzenie Zamawiającego objęte treścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty, jakoby treść załączonej do wyjaśnień Odwołującego umowy sprzedaży z dnia 8 stycznia 2016 r., stanowiła niedopuszczalną zmianę treści oferty". Podkreślił, że „Składając wyjaśnienia Odwołujący nie zmienił oferowanego asortymentu, nie wskazał na innego producenta oferowanego produktu, przeciwnie potwierdził swoimi wyjaśnieniami treść złożonej oferty, składając na potwierdzenie oświadczeń stosowne dokumenty. Zamawiający przyjmując, iż Odwołujący w sposób niedopuszczalny zmienił treść oferty dokonał nieuprawnionej konkluzji, w myśl której, Odwołujący zaoferował świadczenie niemożliwe ponieważ nie wskazując w swojej ofercie na podwykonawców, oświadczył, iż samodzielnie wykona zamówienie, a ponieważ nie jest producentem oferowanego autobusu i nie przysługują mu stosowne prawa do jego produkcji zaoferowane przez niego świadczenie jest świadczeniem niemożliwym. Zastanawiającym w tym kontekście jest sposób działania Zamawiającego, który przyjmuje wariant „świadczenia niemożliwego" dopiero na etapie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień, które tak naprawdę nie stanowią modyfikacji pierwotnie złożonej oferty, są jedynie jej potwierdzeniem. Jeżeli więc Zamawiający, zdaniem Odwołującego, błędnie przyjął, iż producent autobusów jest podwykonawcą, a ów producent został zidentyfikowany w ofercie, nie w wyjaśnieniach to niezrozumiałym jest fakt, iż wzywał on Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, bowiem zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.” Wskazując ponownie na przedłożoną na etapie wyjaśnień umowę sprzedaży stwierdził, że jej treść potwierdza jedynie, iż świadczenie Odwołującego obejmujące dostawę autobusów miejskich midi Autosan M09LE SANCITY 9LE, nie jest świadczeniem niemożliwym, bowiem treść przywołanej powyżej umowy w sposób jednoznaczny potwierdza zapewnienie sobie przez Odwołującego możliwości dostawy zaoferowanego i zdefiniowanego w ofercie asortymentu. Wskazał na treść druku oferty [sporządzonego przez Zamawiającego], gdzie w przypisie do pkt 9 oferty pozostaje wskazanie „W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże części zamówienia, którą powierzy podwykonawcy i jeżeli nic innego z oferty nie wynika przyjmuje się, że realizuje zamówienie samodzielnie”. Z treści samej oferty, a nie złożonych wyjaśnień, wynika, że

---

autobus zaoferowany przez odwołującego jest produkcji AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej, a więc jeżeli uznać, zgodnie z poglądem Zamawiającego, że ww. podmiot posiada przymiot podwykonawcy, to powyższe wynika już z samej treści oferty, a nie jest następstwem złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. W tym przypadku wskazał na wyrok KIO - sygn. akt KIO 360/15 – podnosząc, że „dostawa rzeczy realizowana przez producenta na rzecz uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie sprzedaż tych rzeczy zamawiającemu przez tego uczestnika nie stanowi podwykonawstwa”. Uwzględniając powyższe stwierdził, że (…) treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i ogłoszenia o zamówieniu, nie wskazuje na okoliczność ograniczenia przez Zamawiającego dopuszczalności realizacji zamówienia przez podwykonawców; przepisy ustawy ustanowiły, jako zasadę dopuszczalność udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego. Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych traktowane jest tym samym, jako wyjątek od zasady i powinno być interpretowane ściśle i bardzo ostrożnie. Również prawo wspólnotowe - stanowi zalecenie dopuszczania udziału podwykonawców w realizacji zamówień publicznych w celu zachęcenia ich do udziału w rynku zamówień publicznych, a ustawa daje Zamawiającemu uprawnienie do żądania wskazania przez wykonawcę już w ofercie części zamówienia, którą zamierza on powierzyć podwykonawcom, jednakże nie przewiduje ona sankcji za naruszenie tego obowiązku w trakcie realizacji zamówienia. Zapisy ustawy w tym zakresie mają zatem, jedynie charakter porządkowy i walor informacyjny, nie rodząc dalszych konsekwencji prawnych ani skutku zobowiązującego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Tym bardziej, że udział podwykonawców w realizacji zamówienia nie stanowił w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert lub kryterium wyboru wykonawcy. Wskazanie, więc przez wykonawcę zakresu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcom, jest indyferentne z punktu widzenia rezultatów postępowania”. Wskazał na wyrok KIO/UZP 1117/9, podnosząc, że „samo niewypełnienie, nawet zgodnych z art. 36 ust. 4 Ustawy żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie w przypadku, gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców), pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w Ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w art. 24 lub 89 Ustawy, na podstawie których, wykonawca może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia”. W konkluzji stwierdził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, na skutek złożonych wyjaśnień, Odwołujący, nie zmienił pierwotnej treści oferty, bowiem od samego początku oświadczał, iż przedmiotem jego świadczenia będzie autobus miejski midi Autosan M09LE SANCITY 9LE, produkcji AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej i swojego oświadczenia na etapie złożonych wyjaśnień nie zmienił. Ponadto producenta oferowanego asortymentu

---

stanowiącego przedmiot dostawy zgodnie z obowiązującym poglądem doktryny i orzecznictwa nie traktuje się, jako podwykonawcę. Jeżeli jednak nawet uznać zasadność

twierdzeń Zamawiającego, to dla przyjęcia, iż Odwołujący nie wskazał w ofercie na zakres zamierzonego podwykonawstwa, pomimo, iż zamierzał z niego skorzystać, to należałoby wziąć pod uwagę nie tylko treść pkt 9 druku oferty, ale jej całą zawartość, na co wskazuje cytowany powyżej przypis do pkt 9, którego autorem jest Zamawiający, a z treści oferty oraz dokumentów do niej załączonych w sposób jednoznaczny wynika zakres świadczenia AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej, które podmiot zobowiązał się zrealizować na rzecz URSUS S.A.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W szczególności wskazał, że (…) Przedmiotem zamówienia, zgodnie z p. 1.1-5 SIWZ jest dostawa 15 sztuk fabrycznie nowych, niskoemisyjnych, niskopodłogowych autobusów midi, spełniających wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (SIWZ) wraz z wyposażeniem elektronicznym (dedykowanymi urządzeniami i systemami), wyposażeniem dodatkowym w związku z udzielaną autoryzacją, niezbędnym oprogramowaniem, dokumentacją i przeprowadzeniem szkoleń na warunkach określonych w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Załącznik nr 1 do SIWZ „Wymagania techniczne autobusu miejskiego midi o długości od 8,5 do 9,6 metra" zawiera szczegółowe informacje o tym, jakie zamawiany autobus powinien spełniać w zakresie wymagań użytkowych (np. urządzenie i wyposażenie kabiny kierowcy, urządzenie i wyposażenie przedziału pasażerskiego, silnik, skrzynia biegów, układ chłodzenia, układ hamulcowy układ wydechowy, układ pneumatyczny, zawieszenie, ogumienie, układy dodatkowe) i szczegółowych wymagań techniczno-eksploatacyjnych (parametry użytkowe, identyfikacja wizualna, organizacja przestrzeni pasażerskiej, klimatyzacja i ogrzewanie, wyposażenie elektroniczne autobusu itp.). Szereg szczegółów wykonawczych wymaga uzgodnienia z zamawiającym w toku realizacji zamówienia, jak np.: 1) miejsce montażu portów USB (Pkt II.2.6); 2) schemat i kolorystyka malowania pojazdów oraz system oznaczeń z uwzględnieniem zasad określonych w zarządzeniu Prezydenta Miasta Krakowa nr 1283/2014 z 14.05.2014r. „Księga Identyfikacji Wizualnej Pojazdów wykonujących przewozy w ramach Komunikacji Miejskiej w Krakowie" (pkt III..3); 3) organizacja przestrzeni pasażerskiej winna uwzględniać zalecenia określone w zarządzeniu Prezydenta Miasta Krakowa nr 1283/2014 z 14.05.2014r. „Księga Identyfikacji Wizualnej Pojazdów

wykonujących przewozy w ramach Komunikacji Miejskiej w Krakowie" (pkt II.4); 4) kolorystyka tapicerki (pkt III.4.3.3.); 5) sposób i miejsce montażu systemów elektronicznych (pkt III.7 1); 6) szczegółowe informacje prezentowane przez wyświetlacze; 7) dostawa systemów przygotowania i ładowania danych rozkładowych umożliwiających funkcjonowanie pojazdów w ramach obsługi Komunikacji Miejskiej w Krakowie; 8) kasowniki do obsługi KKM - montaż po akceptacji zmawiającego (III. 7.2.3.4.). Ponadto Zamawiający zastrzegł sobie prawo dokonania odbioru technicznego każdego autobusu u Wykonawcy oraz prawo kontroli zaawansowania prac w fabryce ze szczególnym uwzględnieniem zastosowanych materiałów oraz procesów zabezpieczenia antykorozyjnego autobusów (prawo kontroli międzyoperacyjnej w trakcie procesu produkcyjnego). Dodatkowo w zakres przedmiotu zamówienia wchodzą usługi powiązane, takie jak: autoryzacja na wykonywanie obsług technicznych, gwarancja jakości, szkolenia, wyposażenie dodatkowe, oprogramowanie i dokumentacja. Przedmiotem zamówienia jest dostawa. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2 p.z.p. przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Definicja zawarta przywołanym przepisie jest pojęciem szerokim i obejmuje szereg umów uregulowanych w kodeksie cywilnym jak i umowy nienazwane. Dostawa będąca przedmiotem zamówienia stanowi w rzeczywistości umowę o dzieło -wytworzenie (wyprodukowanie) autobusów miejskich. Wynika to z przywołanego powyżej opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć autobusy spełniające określone przez zamawiającego i uzgodnione z nim wtoku produkcji wymagania techniczne". Dalej podał, że (…) Odwołujący zaoferował dostawę autobusów AUTOSAN M09LE SANCITY 9LE. Jest to określony typ autobusu, posiadający homologację, którego producentem jest AUTOSAN S.A. Bezspornym jest, że Odwołujący nie posiada w obecnej ofercie gotowych autobusów spełniających wymagania Zamawiającego. Zarówno z opisu

przedmiotu zamówienia, jak i ze stanowiącego część oferty „Szczegółowego opisu technicznego oferowanych autobusów AUTOSAN M09LE SANCITY 9LE wynika, że autobusy te muszą być dopiero wyprodukowane. Przykładowo można wskazać na wiersz 1.4 kolumna 4, w której Odwołujący deklaruje: Jeżeli w trakcie realizacji kontraktu po podpisaniu umowy, zostaną ogłoszone przepisy prawne wprowadzające nowe wymagania techniczne i obowiązkowe standardy, Wykonawca wprowadzi je w pojazdach przed przekazaniem autobusów Zamawiającemu". W skazał ponadto, że (…) W punkcie 9 oferty (Podwykonawcy) odwołujący oświadczył, że zamówienie zostanie wykonane w całości przez Wykonawcę (Odwołującego). Oświadczenie to nie wywołało żadnych wątpliwości Zamawiającego w zakresie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Jest ono bardzo czytelne a przekaz jest prosty - całość zamówienia zostanie zrealizowana przez Odwołującego bez udziału podwykonawców. Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości innego rodzaju -

skoro Odwołujący zaoferował autobus określonego typu, którego producentem jest podmiot nie wchodzący w skład wykonawców, a jednocześnie zadeklarował, że wykona zamówienie - czyli wyprodukuję zamówione autobusy samodzielnie - to wyjaśnienia wymagało, jakimi prawami do oferowanego produktu dysponuje Wykonawca, które umożliwią mu samodzielną realizację zamówienia - produkcję autobusu, co do którego określone prawa przysługują innemu podmiotowi. Analizując przedstawioną przez Odwołującego umowę z dnia 8 stycznia 2016r. zawartą z producentem autobusów, należy dojść do wniosku, że w istocie przedmiotem tej umowy jest realizacja przez AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej całości zamówienia. W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że jest to umowa podwykonawcza oraz że przedstawiając te umowę Odwołujący zmienił treść oferty w sposób istotny wskazując, że całość zamówienia zostanie wykonana nie przez Odwołującego samodzielnie, a przez podwykonawcę". Zdaniem Zamawiającego o powyższym świadczą (….) określone w umowie zobowiązania AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej do: 1) wyprodukowania autobusów o specyfikacji technicznej i wyposażeniu zgodnych z SIWZ; 2) przekazania całości dokumentacji wymaganej przez Zamawiającego; 3) udzielenia autoryzacji wewnętrznej MPK S.A. (zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ); 4) przeszkolenia pracowników MPK S.A. w zakresie obsługi i bieżącej eksploatacji autobusów. Zobowiązanie AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej jest w istocie tożsame z zobowiązaniem Odwołującego wobec Zamawiającego. Zawarta umowa stanowi umowę z podwykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 9b p.z.p., zgodnie z którym przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą). Wykładnia umów podwykonawczych została dokonana w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. Warto w tym miejscu powołać się chociażby na wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. (KIO 813/15), w którym Izba odniosła pojęcie podwykonawcy do sytuacji, gdy podmiot trzeci realizuje część przedmiotu zamówienia na podstawie stosownego porozumienia z wykonawcą, przy czym czyni to na własne ryzyko i rachunek. Tym samym podwykonawstwo, które ma prawne znaczenie z punktu widzenia wykazania się określoną wiedzą i doświadczeniem, dotyczy samodzielnej realizacji określonej części zamówienia przez podwykonawcę, na zasadach zbliżonych do wykonawcy. W wyroku KIO z dnia 17 marca 2015 r.(KIO 404/15; KIO 409/15), Izba stwierdziła z kolei, iż czynnikiem decydującym o tym czy mamy do czynienia z podwykonawcą jest określenie przedmiotu świadczenia. Przedmiot umowy o podwykonawstwo musi stanowić część zamówienia, a więc tych świadczeń, które składają się na zamówienie, tj. na zobowiązanie wykonawcy wobec zamawiającego. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, na który powołuje się Odwołujący (wyrok z dnia 14 listopada 2008 r. KIO/UZP 1213/08) dotyczy dostawców materiałów, których stosunki z wykonawcą

robót budowlanych nie mają charakteru pod wykonawstwa i są rzeczywiście zwykłymi stosunkami gospodarczymi pomiędzy przedsiębiorcami w danej branży, opartymi na ogół o umowy sprzedaży lub dostawy. Umowy zawartej pomiędzy URSUS S.A. a AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej, żadną miarą nie można porównać do umów pomiędzy wykonawcą robót budowlanych a dostawcami materiałów. Biorąc pod uwagę - rodzaj umowy z AUTOSAN S.A. w upadłości likwidacyjnej, która poprzez porównanie do umowy stanowiącej

przedmiot zamówienia publicznego, stanowi umowę podwykonawczą oraz - oświadczenie wyrażone przez Odwołującego wprost w ofercie o samodzielnej realizacji zamówienia, należy uznać, że Odwołujący dokonał zmiany oferty po terminie składania ofert i jest to zmiana istotna, bo dotycząca sposobu realizacji całości zamówienia. Zrozumiałe jest dążenie Zamawiającego do wyjaśnienia, w jaki sposób Wykonawca, który co prawda wykazał się zarówno potencjałem jak i doświadczeniem pozwalającym mu zrealizować samodzielnie zamówienie, ale który zaoferował produkt nieznajdujący się w jego ofercie, zamierza wyprodukować i dostarczyć ten produkt. Zrozumiałe jest też oczekiwanie przez Zamawiającego odpowiedzialnego i w pełni profesjonalnego zachowania się przez Wykonawcę, który podejmuje się realizacji zamówienia skomplikowanego technicznie oraz o znacznej wartości materialnej. Skoro Wykonawca złożył oświadczenie wprost o samodzielnym wykonaniu zamówienia, to Zamawiający potraktował je poważnie. Powtórzył, że wskazanie w innym miejscu oferty, że producentem zaoferowanego typu autobusów jest inny podmiot, nie podważyło przekonania Zamawiającego prawdziwości złożonego oświadczenia o braku podwykonawców, lecz uzasadniło domaganie się wskazania umowy licencyjnej, która upoważniłaby Odwołującego do samodzielnej produkcji. Tak też zostało sformułowane zapytanie o wyjaśnienie treści oferty. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, w tym wyrok o sygn. akt: KIO 873/15, stwierdzając, że złożenie przez odwołującego oświadczenia o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla Zamawiającego. W szczególności uznaje się, że oświadczenie woli wykonawcy złożone w ofercie jest istotnym elementem oferty i nie jest możliwe dokonanie zmiany czy też uzupełnienia w zakresie udziału wykonawcy w realizacji zamówień w formie wyjaśnień do oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ stanowiłoby to niedopuszczalne negocjacje dotyczące złożonej oferty i dokonywanie zmiany jej treści. Wskazał także na wyrok KIO sygn. akt: KIO/UZP 1333/10, w którym stwierdzono m.in., że „Wprowadzenie nowego podwykonawcy, niewskazanego wcześniej w treści oferty stanowi niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty i zmianę określonego w ofercie sposobu spełnienia świadczenia.” oraz na wyrok KIO 2854/12, którym Izba zdecydowanie sprzeciwiła się poglądowi, Jakoby oświadczenie dotyczące podwykonawstwa zwłaszcza, gdy udział podwykonawców warunkuje prawidłowość wykonania zamówienia, posiadało walor wyłącznie informacyjny. Podważa to sens art. 36 ust. 4 p.z.p., jak i innych przepisów dotyczących niezmienności

oferty i związania wykonawcy ofertą rozumianego, jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści. Poprawienie omyłki w zakresie podwykonawstwa jest nie dopuszczalne w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., jako że zachodzi niezgodność oferty z treścią SIWZ z uwagi na niepodanie wymaganego specyfikacją elementu oferty. Możliwość taka nie zachodzi, skoro wykonawca w ofercie nie wskaże na zamiar posłużenia się podwykonawcą, choć samo podwykonawstwo przewidział. Odmienna ocena sytuacji zachodzi, gdyby wykonawca np. załączył do oferty stosowne certyfikaty wystawione dla podmiotów trzecich, bez równoczesnego wskazania ich, jako podwykonawców. Wówczas zamawiający mógłby powziąć wątpliwość, co do podanego w ofercie zakresu podwykonawstwa”. W tej sprawie Wykonawca zadeklarował w ofercie, że wykona zamówienie bez udziału podwykonawców skreślając w punkcie 9 oferty zdanie pod literą b), zostawiając zdanie" „Oświadczamy, że: a. zamówienie zostanie zrealizowane w całości przez Wykonawcę.", a zatem nie ma tutaj zastosowania przypis do punktu 9, na który Odwołujący powołuje się w odwołaniu, ponieważ dotyczy on sytuacji zaniechania ze strony Wykonawcy i nie złożenia oświadczenia, co do posłużenia się podwykonawcami w realizacji zamówienia. W piśmie wyjaśniającym natomiast Odwołujący powołał się na umowę zawartą z Autosan, z której wprost wynika udział podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. Złożone pisma należy więc traktować jako zmianę oferty, co stanowi niedopuszczalną zmianę oferty powodującą naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp. Stwierdził, że Rola podwykonawcy w realizacji tego zamówienia jest kluczowa, ponieważ jest on producentem oferowanego autobusu i posada pełnię praw do jego produkcji. Wykonawca nie wykazał natomiast, aby pomimo posiadanej zdolności, wiedzy i doświadczenia, posiadał licencję na produkcję oferowanego autobusu miejskiego midi Autosan M09LE SANCITY 9LE pomimo, że zamawiający zadał takie pytanie wprost. Reasumując stwierdził, że nie tylko, że Odwołujący dokonał niedopuszczalnej zmiany oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, to realizacja ta dotyczy całości zamówienia. Zwrócił uwagę, że ustawodawca (europejski i krajowy) konsekwentnie posługuje się pojęciem „powierzanie części

zamówienia", gdy wskazuje na dopuszczalny zakres podwykonawstwa. Nie można więc rozszerzać tej normy na całkowitą dowolność działań. W konkluzji stwierdził, że biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, rolę podwykonawcy w realizacji zamówienia, dotychczasowe orzecznictwo KIO oraz poglądy doktryny w kwestii podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, złożoną ofertę ocenić należy, jako podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w związku art. 87 ust 1 Pzp oraz w związku z art. 387 k.c.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

12

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uprzednie wyprodukowanie, a następnie dostarczenie Zamawiającemu autobusów o określonych wymaganiach technicznych, które zostały określone w załączniku nr 1 do specyfikacji m.in. w zakresie szczegółów wykonawczych wymagających uzgodnienia z zamawiającym w toku realizacji zamówienia, przykładowo, co do miejsca montażu portów USB, sposobu i miejsca montażu systemów elektronicznych, szczegółowych informacji prezentowanych przez wyświetlacze, dostawy systemów przygotowania i ładowania danych rozkładowych umożliwiających funkcjonowanie pojazdów w ramach obsługi Komunikacji Miejskiej w Krakowie, kasowników do obsługi KKM - montaż po akceptacji zmawiającego (III. 7.2.3.4.), a zgodnie z zaleceniami określonymi w zarządzeniu Prezydenta Miasta Krakowa z 2014 r. także, co do schematu i kolorystyki malowania pojazdów, systemu oznaczeń, organizacji przestrzeni pasażerskiej i kolorystyki tapicerki. Ponadto to zamówienie obejmuje także dostawy i usługi powiązane z dostawą pojazdów, w tym w szczególności świadczenia wynikające z udzielonej gwarancji należytej jakości, w tym świadczenie serwisu zewnętrznego w okresie gwarancji, udzielenie autoryzacji na dokonywanie obsług technicznych, napraw gwarancyjnych dostarczonych autobusów, dostarczenie narzędzi specjalnych i urządzeń oraz wyposażenia elektronicznego (dedykowanych urządzeń i systemów), wyposażenia dodatkowego w związku z udzielaną autoryzacją, niezbędnym oprogramowaniem i jego aktualizacją o najmniej przez okres gwarancji. Zamówienie obejmuje również przeprowadzeniem szkoleń pracowników Zamawiającego.

W ofercie Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego URSUS S.A. z Lublina oraz AMZ-Kutno S.A. z Kutna i URSUS – BUS z Lublina (Konsorcjum) – odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia wskazał na autobus Autosan M09LE SANCITY 9LE, którego producentem jest Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Sanoku. Jednocześnie w pkt 9 formularza oferty oświadczył, że zamówienie będzie realizowane bez udziału podwykonawcy, a zatem samodzielnie przez oferenta. Wykonawca nie jest producentem wskazanego autobusu, a model opisany w specyfikacji wymagał dostosowania w zakresie wskazanym. Tym samym, wobec oświadczenia wykonawcy, że przedmiot zamówienia zrealizuje samodzielnie, a zatem samodzielnie wykonana żądane modyfikacje zgodnie z załącznikiem nr 1 do specyfikacji oraz dostarczy wymaganą dokumentację, oraz będzie wykonywał świadczenia wynikające z udzielonej

13

---

gwarancji należytej jakości, w wymaganym specyfikacją zakresie oraz przeprowadzi szkolenia pracowników, uzasadnione było skierowanie do oferenta przez zamawiającego wezwania w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty, w przedmiocie dysponowania przez niego prawami do oferowanego modelu autobusu oraz, co do miejsca produkcji autobusów, z uwagi na zastrzeżoną w specyfikacji kontrolę międzyoperacyjną zamawiającego w trakcie procesu produkcji.

Udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 22.01.2016 r. Odwołujący oświadczył [pkt 5], że „Konsorcjum *zaoferowało w przetargu autobus, który zostanie wyprodukowany Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej w ramach umowy między Autosan S.A. a Ursus S.A. [lider Konsorcjum], na mocy której Autosan S.A. udziela spółce Ursus S.A. (działającej indywidualnie lub w konsorcjum) między innymi prawa do wykorzystania dokumentacji niezbędnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i sprzedaży gotowego*

produktu zamawiającemu tj. MPK S.A. – Kraków". Na dowód przedłożył umowę sprzedaży z dnia 8.0.2016 r., w której producent z kolei zobowiązał się wobec spółki Ursus S.A. z siedzibą w Lublinie, do zrealizowania zamówienia, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, w pełnym zakresie, a mianowicie: wyprodukowania autobusów o specyfikacji technicznej i wyposażeniu zgodnych z SIWZ, przekazania całości dokumentacji wymaganej przez Zamawiającego, udzielenia autoryzacji wewnętrznej MPK S.A. (zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ), oraz przeszkolenia pracowników MPK S.A. w zakresie obsługi i bieżącej eksploatacji autobusów. To oznacza, że to Autosan S.A., a nie wykonawca będzie realizował w całości świadczenie, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie. Izba zwraca także uwagę, że w paragrafie 9 ust. 2 i 3 tej umowy stwierdzono wyłącznie, że tylko: „2. *W przypadku sprzedaży przedsiębiorstwa Sprzedawcy lub jego zorganizowanej części, w czasie obowiązywania niniejszej umowy, osobom trzecim Sprzedawca zapewni przejęcie zobowiązań z niej wynikających przez te osoby. 2. W przypadku utraty możliwości prowadzenia działalności przez Sprzedawcę lub innego poważnego zagrożenia dla realizacji niniejszej umowy i/lub umowy pomiędzy Kupującym i Zamawiającym, Sprzedawca zobowiązuje się, na pisemne wezwanie Kupującego, umożliwić Kupującemu wykonanie we własnym zakresie zobowiązań wobec Zamawiającego, W tym celu Sprzedawca udzieli Kupującemu wszelkiej możliwej pomocy oraz dostarczy wszelkie wykonane i/lub zakupione materiały, podzespoły i części do Autobusów będących przedmiotem umowy z Zamawiającym a także udostępni na czas niezbędny dla realizacji umowy, konieczne narzędzia i przyrządy specjalne, dokumentację konstrukcyjną i technologiczną oraz inne niezbędne dokumenty, prawa i rzeczy, będące w jego posiadaniu.3. Za materiały,*

---

podzespoły i części, o których mowa w pkt 2, Kupujący zapłaci Sprzedającemu wynagrodzenie w wysokości rzeczywistych, udokumentowanych kosztu ich zakupu/wytworzenia, na podstawie faktur VAT z terminem płatności 7-miu dni od dnia zapłaty Kupującemu przez Zamawiającego za dostarczone Autobusy". Tym samym ta umowa nie stanowiła odpowiedzi na wezwanie i jednocześnie dowodu na potwierdzenie praw do oferowanego, umożliwiających oferentowi samodzielną realizację zamówienia, zarówno, co do produkcji autobusu, jak i związanych z jego dostawą dostaw i usługi powiązanych.

Wobec takich ustaleń, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że umowa, na którą powołał się Odwołujący jest w istocie umową o podwykonawstwo, w rozumieniu art. 2 pkt 9b Pzp. Zawarta została bowiem nie wyłącznie na dostawę standardowych autobusów miejskich midi Autosan M09LE SANCITY 9LE, którego producentem jest Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej, ale na wyprodukowanie autobusów o specyfikacji technicznej i wyposażeniu wymaganych w tym przetargu, udzielenie autoryzacji wewnętrznej MPK S.A. oraz świadczenie wyżej wskazanych dostaw i usług dodatkowych [powiązanych z dostawą pojazdów] oraz przeprowadzenia szkoleń dla pracowników zamawiającego w zakresie obsługi i bieżącej eksploatacji autobusów. To oznacza, że oświadczenie oferenta złożone w ofercie o samodzielnej realizacji zamówienia było niezgodne ze stanem rzeczywistym i wskazuje na niemożność wykonania przez oferenta zobowiązań objętych zamówieniem. W okolicznościach faktycznych sprawy realizacja przedmiotu zamówienia – i to w całości – miała następować z udziałem podwykonawcy, w tym przypadku podmiotu, który był jednocześnie producentem standardowego modelu autobusu wskazanego w ofercie i, którego dotyczyłaby wymagana specyfikacją modyfikacja. Izba dodatkowo zauważa, że we wskazanej umowie nie zagwarantowano uczestnictwa Zamawiającego [zastrzeżonego prawa do kontroli w pkt 6.b) specyfikacji] w procesie produkcji. Reasumując, Izba stwierdza jednocześnie, że oświadczenie złożone w ofercie, co do podwykonawstwa nie ma waloru informacyjnego, ale stanowi istotny element oferty, albowiem, tak jak w tym przypadku, udział podwykonawcy warunkuje możliwość i prawidłowość wykonania zamówienia. Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla Zamawiającego Z tego też względu, co do zasady, nie jest możliwe stosowanie trybu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmiany, czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane, jako niedopuszczalne negocjacje, dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści. Mając na uwadze powyższe okoliczności, złożoną ofertę ocenić należało, jako podlegającą odrzuceniu na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku art. 87 ust 1 tej ustawy oraz w związku z art. 387 k.c.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

…….