

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 sierpnia 2008 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: S.S.O. Bożena Kachnowicz-Kokot (spr.)

Sędziowie: S.S.O. Barbara Jasinkiewicz

del. S.S.R. Magdalena Kiedrowicz-Kopeć

Protokolant ref staż. Beata Krenc

po rozpoznaniu w dniu 13 sierpnia 2008 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi: EVOBUS POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy

przeciwko: Zakładowi Komunikacji Miejskiej w Gdańsku spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

przy udziale: SOLARIS BUS & COACH spółki akcyjnej z siedzibą w Bolechowie - Osiedle

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 6 czerwca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 507/08

1. oddala skargę;
2. zasądza od EVOBUS POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy na rzecz Zakładu Komunikacji Miejskiej w Gdańsku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku kwotę 1.200,00 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

właścive **podpisy**

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 6.06.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza **oddaliła odwołanie** wniesione przez EvoBus Polska spółkę z o.o. z/s w Wolicach **od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego** tj. Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku **protestu** z dnia 13.05.2008r. oraz obciążyła kosztami postępowania ww. EvoBus spółkę z o.o.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zakład Miejski w Gdańsku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, zwany dalej „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich o numerze 2008/S 56-035196 z dnia 07.02.2008 r. wszczęła postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 45 autobusów niskopodłogowych. W pkt. 3 SIWZ określono przedmiot zamówienia tj. dostawę fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów miejskich 15 sztuk jednoczołowych, 30 sztuk przegubowych i 2 sztuk urządzeń do dystrybucji roztworu mocznika w przypadku autobusów z silnikiem wymagającym stosowania mocznika. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do SIWZ. W ramach załącznika nr 1 do SIWZ:

- w pkt. 1.3 Zamawiający stwierdził, iż dostarczane autobusy powinny być fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru,
- w pkt. 1.4 Zamawiający określił, że autobusy powinny posiadać aktualne świadectwo homologacji typu pojazdu, wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonawca zobowiązany jest natomiast do dostarczenia z ofertą - kopii dokumentu homologacji wraz z załącznikami,
- w pkt. II.12.2 oraz w pkt. III. 12.2 załącznika nr 1 do SIWZ w ramach układu chłodzenia Zamawiający określił, iż „*zbiornik wyrównawczy wykonany z tworzywa sztucznego lub innego materiału odpornego na korozję. Przezroczysty lub wyposażony we wskaźnik poziomu płynu*”,
- w punkcie 4 SIWZ określającym miejsce i termin wykonania zamówienia Zamawiający stwierdził, że wymaga dostarczenia autobusów w 5 dostawach częściowych, przy czym pierwsza dostawa ma nastąpić nie wcześniej niż 180 dni od dnia podpisania umowy, a ostatnia dostawa ma nastąpić nie później niż 210 dni od dnia podpisania umowy. Ponadto Zamawiający wymaga realizacji dostaw częściowych zgodnie z następującym harmonogramem: 10 autobusów jednoczołowych w terminie 180 dni od podpisania umowy, 10 autobusów przegubowych w terminie 188 dni od podpisania umowy, 5 autobusów jednoczołowych w terminie 195 dni od podpisania umowy, 10 autobusów przegubowych w terminie 202 dni od podpisania umowy, 10 autobusów przegubowych w terminie 210 dni od podpisania umowy,
- w pkt. 8.2 SIWZ Zamawiający stwierdził, że oferta powinna zawierać między innymi

szczegółową kompletację autobusu zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 5 i 6 do SIWZ.

- SIWZ zarówno w stosunku do autobusów dwunastometrowych (pkt. 14.3 SIWZ), jak i osiemnastometrowych (pkt. 14.4 SIWZ) w „Kryterium - rozwiązania techniczne” w pkt. T.7 SIWZ - podatność obsługowa, przewidywała przyznanie 5 punktów za umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu (dotyczy zbiorników wyrównawczych układu chłodzenia, układu smarowania olejem, układu hydrostatycznego napędu wentylatora, o ile występuje). W wypadku zaoferowania autobusu niespełniającego powyższego parametru wykonawca miał otrzymać 0 punktów.

Dalej szczegółowo Krajowa Izba Odwoławcza opisała załącznik nr 7 do SIWZ „Ogólne warunki umowy” ustalające m.in. parametry przedmiotu zamówienia zgodne z opisem, kwestie związane z odbiorem, przekazaniem dokumentacji niezbędnych do rejestracji pojazdu, odpowiednich zezwoleń i świadectw dopuszczających zainstalowany w pojedzie zespół do obrotu i użytkowania, okazania oznaczeń takich nazwa, energochłonność, znak bezpieczeństwa kwestie związane ze sprawdzeniem pojazdu. Dokumenty w postaci Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, w tym w szczególności ze wzorem oferty, szczegółowej kompletacji oferowanego autobusu 12 metrowego i 18 metrowego, oraz ogólne warunki umowy zostały udostępnione na oficjalnej stronie internetowej Zamawiającego. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia określona została na 50.355.500 zł.

Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2008 r. zatytułowanym „Wyjaśnienie treści specyfikacji wraz z modyfikacją ” w ramach odpowiedzi na pytanie 22; „Załącznik nr 5 i 6 do SIWZ, szczegółowy opis oferowanych autobusów ” uzupełnił załącznik 5 i 6 do SIWZ o zapisy pozwalające określić umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych, co miało być oceniane w podkryterium T.7. Nowy zapis w swej treści był tożsamy z zapisem zawartym w punkcie 14.3 i 14.4 SIWZ.

W dniach od 27.03.2008r. do 9.04.2008r. Zamawiający dokonywał badania i oceny złożonych ofert. Do dnia 26.03.2008 r. tj. we wskazanym przez Zamawiającego terminie, wpłynęły cztery oferty. Wszystkie one były nienaruszone i prawidłowo opisane. Oferty złożyły:

- Kapena S.A. z siedzibą w Słupsku na kwotę 54.274.140,00 zł,
- EvoBus Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Wolicy na kwotę 50.006.763,00 zł,
- Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedle na kwotę 50.131.020,00zł,
- Man Star Trucks Spółka z o.o. z siedzibą w Nadarzynie na kwotę 52.227.376,50 zł.

W wyniku tego Komisja przetargowa uznała, że niektóre dane techniczne zawarte w załączniku „Szczegółowa kompletacja oferowanego autobusu” są podane w ofertach zarówno Odwołującego się jak i Solaris Bus & Coach S.A. w sposób niewystarczająco precyzyjny i wymagają uzupełnienia. Chodziło, bowiem o stwierdzenie czy umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych jest zgodne z SIWZ. W związku z czym Zamawiający zwrócił się do Wykonawców powołując się na treść art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonych ofert:

- Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedlu w dniu 9 kwietnia 2008 r. został wezwany do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści kryterium - rozwiązania

techniczne - T.2 odnośnie usytuowania silnika w autobusie dwunastometrowym i osiemnastometrowym, oraz dotyczących treści kryterium - rozwiązania - techniczne - T.7 (podatność usługowa) poprzez podanie dokładnego opisu technicznego (rysunki, zdjęcia) umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych,

- wykonawca EvoBus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy w dniu 10 kwietnia 2008 r. został również wezwany do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści kryterium - rozwiązania - techniczne - T.7 (podatność usługowa) poprzez podanie dokładnego opisu technicznego (rysunki, zdjęcia) umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych.

W dniu 16 kwietnia 2008 r. Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedle udzielił wyjaśnień dotyczących danych technicznych wskazanych przez Zamawiającego. Wykonawca wyjaśnił, że w obydwu oferowanych pojazdach Urbino 12 i Urbino 18 zastosował silnik stojący, usytuowany wzdłuż osi pojazdu. Silnik ten znajduje się z tyłu pojazdu po lewej stronie, w zabudowie wieżowej. Odnośnie umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych Wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedle potwierdził, iż w obydwu oferowanych pojazdach zbiorniki wyrównawcze płynów eksploatacyjnych będą umiejscowione obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu. Wykonawca przesłał również szczegółowy opis i rysunki przedstawiające zastosowane rozwiązanie. Jednocześnie Wykonawca zastrzegł, iż informacje zawarte w załączniku nr 1 (opis) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) nie mogą być one ujawniane ani udostępniane podmiotom innym aniżeli Zamawiający.

Pismem również z dnia 16 kwietnia 2008 r. Wykonawca EvoBus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy wyjaśniła, iż zastosowane przez nią rozwiązania konstrukcyjne zakładają umieszczenie zespołu chłodnic oraz innych miejsc obsługowych (zbiorników płynów wyrównawczych, filtrów paliwowych, olejowych oraz powietrza) w miejscu najmniej narażonym na zanieczyszczenia, umieszczenie zbiorników wyrównawczych wykonanych z tworzywa sztucznego w zamkniętej komorze w celu zachowania ich przezroczystości, oraz możliwość czyszczenia chłodnic bez ich demontażu. Wykonawca przesłał nadto schemat ideowy zastosowanych rozwiązań, oraz jego zdjęcia.

W dniu 12 maja 2008 r. - EvoBus Polska Spółka z o. o. z siedzibą w Wolicy, w związku z nie udostępnieniem jej załącznika nr 1 - tj. szczegółowego opisu + 2 rysunków załączonych do pisma Solaris Bus & Coach S.A. zawierającego wyjaśnienia dotyczące umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych, zwróciła się do Zamawiającego o udostępnienie w/w dokumentów jako stanowiących część oferty, na podstawie której Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w związku z powyższą sytuacją w dniu 13 maja 2008 r. zwrócił się, więc do Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie, będąc zobowiązanym do zbadania zasadności zakwalifikowania informacji dotyczących umiejscowienia zbiorników eksploatacyjnych jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy - o udzielenie wyjaśnienia, czy informacja ta ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, lub czy posiada wartość gospodarczą, czy nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz czy podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wykonawca Solaris Bus & Coach z siedzibą w Bolechowie w odpowiedzi na powyższe w dniu 19 maja 2008 r. wyjaśnił wskazując, iż informacje takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa są, bowiem informacją o charakterze technicznym, nigdy nie ujawnianą do wiadomości publicznej w stosunku, do której Wykonawca podjął szereg działań wewnątrz -

organizacyjnych celem zachowania jej w poufności. Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż przedmiotowe rozwiązanie techniczne zostanie zastosowane w dostarczanych autobusach, jak również w innych produkowanych przez Wykonawcę autobusach oraz, że informacja ta w najbliższym czasie i tak zostanie upubliczniona i przestanie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy ostatecznie pismem z dnia 20 maja 2008 r. zgodził się dobrowolnie już na tym etapie postępowania, na odtajnienie przez Zamawiającego przedmiotowej informacji technicznej stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa a dotyczącej zastosowanego rozwiązania technicznego usytuowania zaworów płynów eksploatacyjnych.

Wcześniej tj. w dniu 14 maja 2008 r. uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego EvoBus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy **wniósł protest** na czynności podjęte i zaniechane przez Zamawiającego w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę autobusów ni skopodłgo wy ch.

Uzasadniając wniesiony protest, zarzucił, że Zamawiający wbrew przepisom ustawy - Prawo Zamówień Publicznych, a w szczególności art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 2:

- bezpodstawnie uznał ofertę Wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. za najkorzystniejszą,
- nie udostępnił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu treści odpowiedzi wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. na pytania Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2008 r. zawartej w załączniku nr 1, pomimo iż nie spełniała ona przesłanek objęcia ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- zaniechał uznania oferty Protestującego za najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe Protestujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a następnie uznanie oferty Protestującego za najkorzystniejszą. W uzasadnieniu protestu wskazał, że zgodnie ze specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej SIWZ) przedmiotem zamówienia była dostawa fabrycznie nowych, wyprodukowanych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru, niskopodłgowych autobusów miejskich posiadających homologację typu pojazdu. Wskazał na fakt, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zwracał się o wyjaśnienie treści złożonych ofert przez Protestującego oraz Solaris Bus & Coach S.A. w kwestii rozwiązania technicznego - T7 (podatność obsługowa), prosząc o udostępnienie opisu technicznego, rysunków, zdjęć umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych. Zdaniem protestującego kwestia ta wymagała, bowiem jednoznacznego przesądzenia z uwagi na to, że stanowiła ona jeden z elementów kryteriów oceny złożonych ofert (pkt 14.3 SIWZ rozwiązania techniczne dla autobusów jednoczęłonowych). Zamawiający miał zaś przyznawać w ramach oceny parametrów technicznych oferowanych autobusów niskopodłgowych dodatkowe 5 pkt za „*umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu (dot. zbiorników wyrównawczych układu chłodzenia, układu smarowania olejem, układu hydrostatycznego napędu wentylatora, o ile występuje)*” albo 0 pkt w przypadku gdy nie spełnia tego parametru. Dalej w wyroku Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Protestujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp tj. kryteriów oceny ofert poprzez dokonanie wyboru ofert najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, czyli art. 7 ust.1 Pzp poprzez wzięcie pod uwagę nie tylko dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą, ale przede wszystkim dodatkowego oświadczenia Solaris Bus & Coach S.A. odnoszącego się do czasu przyszłego, niepotwierdzającego stan na moment składania ofert i dokumentów utajnionych, nie wymaganych wraz z ofertą, złożonych w odpowiedzi na zapytanie z dnia 9.04.2008r. Na ich zaś podstawie Zamawiający przyznał Solaris Bus & Coach S.A. dodatkowe 5 pkt w ocenie

kryterium T.7 jak i Protestującemu. Pomimo tego oferta Solaris Bus & Coach S.A. uznana została za najkorzystniejszą. Protestujący uznał, że Solaris Bus & Coach S.A. w swojej ofercie zawarł natomiast lakoniczne oświadczenie, w którym brak jest jakiegokolwiek informacji co do rodzaju zbiorników. Powyższe oświadczenie w ocenie Protestującego nie mogło zatem stanowić podstawy przyjęcia, iż oferowane przez Solaris Bus & Coach S.A. autobusy istotnie posiadają „zbiorniki wyrównawcze płynów eksploatacyjnych umiejscowione obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu”. Wyjaśnienie udzielone zaś w tej kwestii przez Solaris Bus & Coach S.A., w którym potwierdził, że w obydwu oferowanych pojazdach zbiorniki wyrównawcze płynów eksploatacyjnych *będą* umiejscowione obok siebie z uwagi na użyty przez niego czas przyszły wskazuje wprost, że oferowane autobusy nie posiadają więc takiej funkcjonalności w chwili złożenia oferty. Krajowa Izba Odwoławcza ponadto ustaliła, że Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust.3 Pzp polegające na tym, że informacje dot. umiejscowienia zbiorników wyrównawczych zostały uznane przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo ich weryfikacji za pomocą informacji dostępnych publicznie. Okoliczność ta świadczy także o niespełnieniu przez Solaris Bus & Coach S.A. kryterium określonego w pkt. T.7 a to z kolei o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp. Solaris Bus & Coach S.A. zaoferował bowiem w ten sposób de facto sprzedaż produktu istniejącego na rynku tj. autobusów Solaris Turbino 12 i Turbino 18, które jak wynika z dostępnych publicznie informacji - dokumentów dot. tego typu autobusów (specyfikacja techniczna) nie posiadają przedmiotowego parametru. Dostosowanie zaś autobusu, który nie posiada takiego parametru funkcjonalnego do stanu, w którym parametr ten byłby spełniony, wymaga dokonywania istotnych zmian konstrukcyjnych autobusu. To z kolei uniemożliwiać będzie dostarczenie autobusu wyprodukowanego „nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru” (pkt 1.3 opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ). Powyższe okoliczności przywołane przez Protestującego świadczą, zatem o naruszeniu przez Zamawiającego także art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp. poprzez uznanie informacji, które stanowią złożenie informacji nieprawdziwych przez Solaris Bus & Coach S.A. jako Wykonawcę.

W dniu 16.05.2008r. Solaris Bus & Coach S.A. przyłączył się do postępowania protestacyjnego i **wniósł o oddalenie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów protestu** EvoBus Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy.

W uzasadnieniu swego przystąpienia Solaris Bus & Coach S.A. podniósł, że odnośnie aspektów językowych Pzp przesądza jedynie o prowadzeniu postępowania w języku polskim. Wolą ustawodawcy nie było zaś przeprowadzenie analiz bezbłędności językowej. Zasady gramatyki języka polskiego stanowią, że w razie potrzeby wyrażenia opisu wykonywania czynności w przyszłości należy używać czasownikowych form czasu przyszłego prostego lub złożonego, co świadczy jego zdaniem o tym, że o wyposażeniu autobusu, który jeszcze nie istnieje, gdyż będzie wyprodukowany w czasie późniejszym w stosunku do dnia składania ofert, należy wypowiadać się w czasie przyszłym. W chwili, zatem złożenia w przypadku każdego zamówienia autobusy nie są jeszcze w ogóle wyprodukowane tym samym nie można uznać za Protestującym, iż w ofercie można się odnosić tylko do już wyprodukowanych dóbr albowiem normalnym następstwem cyklu gospodarczego w każdej branży jest otrzymanie zamówienia a dopiero później produkcja. Ponadto zanegował twierdzenia Protestującego, iż w swojej ofercie Solaris Bus & Coach S.A. jako Wykonawca zaoferował de facto autobusy Solaris Turbino 12 i Solaris Turbino 18, które jak wynika z dostępnych publicznie danych nie posiadają omawianego parametru. Zdaniem Solaris Bus & Coach S.A. protestujący nie przedstawił na podstawie jakich „dostępnych publicznie dokumentów” uznał o niemożliwości spełnienia przez niego przedmiotowego warunku technicznego ani też dla czego uznał, że dla potrzeb przedmiotowego postępowania przetargowego i późniejszej dostawy Solaris Bus & Coach S.A. nie będzie w stanie spełnić tego w kontekście całości budowy autobusu wymogu technicznego.

Zamawiający oddalił protest uzasadniając swe rozstrzygnięcie tym, że zachodzą przesłanki, aby w danej chwili uznać, iż informacje dotyczące usytuowania zbiorników płynów eksploatacyjnych stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o

zwalczeniu nieuczciwej konkurencji gdyż są nowym dotychczas nie stosowanym, rozwiązaniem technicznym, nie ujawnionym do wiadomości publicznej, co do którego Wykonawca podjął działania techniczno-organizacyjne zmierzające do utrzymania ich w poufności. Ponadto zdaniem Zamawiającego w żadnym miejscu w SIWZ nie wymagał on od oferentów aby pojazd był już produkowany i eksploatowany w chwili składania oferty.

Dostosowanie zaś już produkowanego typu pojazdu poprzez wprowadzenie stosownych zmian konstrukcyjno-technologicznych do potrzeb Zamawiającego jest czynnością jak najbardziej normalną i powszechnie stosowaną. Brak jest także podstaw do twierdzenia, że wprowadzenie zmian w usytuowaniu zbiorników eksploatacyjnych stanowiłoby zaś dla Solaris Bus & Coach S.A. jako Wykonawcy problem, który mógłby spowodować opóźnienie w dostawie autobusów.

Krajowa Izba Odwoławcza dalej ustaliła, że EvoBus Polska spółka z o.o. z/s w Wolicach na oddalenie protestu przez Zamawiającego, **wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** podtrzymując swoje stanowisko w prawie i wnosząc o:

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- uznanie oferty EvoBus Polska spółka z o.o. z/s w Wolicach jako Odwołującego się za najkorzystniejszą w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert,
- wykluczenie Solaris Bus & Coach S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt.3 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania EvoBus Polska spółka z o.o. z/s w Wolicach wskazała, że Zamawiający pozbawiony został możliwości uznania, iż oferta Solaris Bus & Coach S.A. posiada oceniane w pkt. T.7 pkt. 14.3 SIWZ rozwiązania techniczne dot. umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych a w konsekwencji bezpodstawnie przyznał Zamawiający Solaris Bus & Coach S.A. dodatkowe 5 pkt. w kryterium rozwiązania techniczne. Ponadto zarzucił, iż sama decyzja Zamawiającego o tym, aby zwrócić się do Solaris Bus & Coach S.A. o wyjaśnienie „wątpliwości” co do spełnienia wymogów określonych kryterium T.7 stanowi potwierdzenie, że dokumenty pierwotnie załączone do oferty Solaris Bus & Coach S.A. nie pozwalały jednak na przyznanie mu dodatkowej ilości punktów w ww. kryterium. Zamawiający powinien przy ocenie ofert poprzestać, więc na żądanych przez siebie dokumentach opisujących przedmiot zamówienia (pkt. 8.2 SIWZ) a nie na deklarowanym przez Solaris Bus & Coach S.A. spełnieniu parametru „w przyszłości”. Ta okoliczność naraża Wykonawcę na zarzut naruszenia uczciwej konkurencji oraz na wykluczenie z postępowania przetargowego na zasadzie art. 24 ust.2 pkt.2 Pzp. Dostosowania zaś autobusów Solaris Turbino 12 i Solaris Turbino 18 do stanu w którym będą posiadać odpowiedni parametr wymagać będzie dokonania istotnych zmian które spowodują brak możliwości dotrzymania przez Wykonawcę terminów realizacji zamówienia.

Solaris Bus & Coach S.A. przystąpił po stronie Zamawiającego - Zakładu Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku do postępowania toczącego się wskutek Odwołania wniesionego przez EvoBus Polska spółka z o.o. z/s w

Wolicach **wnosząc o oddalenie odwołania** jako bezzasadnego. Solaris Bus & Coach S.A. również podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie. Wskazał, że z jego oferty w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości interpretacyjnych wynika, że dostarczony produkt będzie spełniał wszystkie wymagane parametry w tym wymagane rozwiązania techniczne, co zostało zaakceptowane przez Zamawiającego. Bezpodstawnie, zatem zakłada się, że pozostaje on w złej wierze i składa nieprawdziwe oświadczenia w treści oferty.

Ponadto zarzucił, że również oferta Odwołującego się tj. EvoBus Polska spółka z o.o. z/s w Wolicach wymagała złożenia stosownych wyjaśnień gdyż w kwestionowanym zakresie była podobna. Samo zaś zwrócenie się przez Zamawiającego do oferentów z żądaniem złożenia wyjaśnień treści oferty nie przesądza o niespełnieniu jakiegoś warunku był ponadto zgodny z art. 87 ust.1 Pzp albowiem dotyczył jedynie szczegółów technicznych (opisów, rysunków). Nie ma więc tu mowy o niedopuszczalnych negocjacjach z Zamawiającym lub też o dokonywaniu zmian treści umowy. Dalej wskazał, że Zamawiający nie ma opierać się na badaniu historii produktów oferentów. Zamawiający określa własne preferencje przedmiotu przetargu, które mogą odbiegać od przyjętych standardów produkcyjnych. Terminowa modyfikacja zaś produkcji i dostosowanie jej pod kątem wymagań i potrzeb klienta jest możliwa skoro budowa prototypu autobusu Solaris 6 trwała 6 miesięcy a więc krócej niż czas wyznaczony przez Zamawiającego na dostawę. Produkt nie musi w ogóle istnieć w dniu składania oferty, lecz wyłącznie w dniu dostawy. Brak jest także ustawowego wymogu produkowania dostarczanego towaru jeszcze przed rozpoczęciem postępowania przetargowego czy też w dniu składania ofert.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza przywołanym już na wstępie wyrokiem z dnia 6.06.2008r. stwierdziła, że odnosząc się do zarzutów zarówno protestu jak i odwołania nie zasługuje ono na uwzględnienie. Orzeczenie to zapadło na podstawie następujących ustaleń, wniosków i przepisów prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając w trybie art. 191 ust.3 zd. 2 Pzp tj. z urzędu podniesiony przez Odwołującego się EvoBus Polska spółka z o.o. z/s w Wolicach zarzut niedopuszczalnej zgodnie z art. 38 ust.5 Pzp modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego pismem z dnia 22 lutego 2008 r. wskazała na jego bezzasadność i tym samym brak podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego z rzędu. Zapisy SIWZ z pkt. 14.3 i 14.4 stanowią bowiem wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 36 ust.1 pkt.13 ustawy Pzp zaś zapis z pkt. 8.2 lit. f SIWZ dyspozycji wynikającej z art. 36 ust.1 pkt.6 Pzp. Stąd też zdaniem KIO słuszny jest pogląd doktryny, że fakt uregulowania osobno kwestii dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym od kwestii w tym wypadku sposobu oceny ofert ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia tego zarzutu. Modyfikacja SIWZ w zakresie wykazu oświadczeń i dokumentów nie jest, bowiem objęta zakazem przewidzianym w art. 38 ust.5 Pzp a co więcej przepis ten w ogóle się do niej nie odnosi. Zdaniem doktryny taka modyfikacja w żaden sposób nie narusza art. 7 ust.1 Pzp. tj. zasad uczciwej konkurencji. KIO uznała dalej, że w przedmiotowym stanie faktycznym bezsprzecznie miała miejsce modyfikacja ale nie sposobu oceny ofert w podkryterium T.7 ale dokumentów tj. załącznika nr 5 i 6 do SIWZ tylko poprzez ich uzupełnienie co jest dopuszczalne. Tym samym w ocenie KIO Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2008 r.: „Wyjaśnienie treści specyfikacji wraz z modyfikacją” w ramach odpowiedzi na pytanie 22: „Załącznik nr 5 i 6 do SIWZ, szczegółowy opis oferowanych autobusów” uzupełnił tylko załącznik nr 5 i 6 o zapisy pozwalające określić umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych, co z kolei miało być oceniane w podkryterium T.7. Nowy zapis był więc w swej treści tożsamy z zapisem SIWZ z pkt. 14.3. i 14.4.

Również za niezasadny KIO uznała zarzut Odwołującego się a odnoszący się do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp tj. kryteriów oceny ofert poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z jednoczesnym naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji tj. art. 7 ust.1 Pzp i de facto wzięcie pod uwagę przez Zamawiającego podczas oceny oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. nie tylko dokumentów i oświadczeń z nią złożonych ale przede wszystkim dodatkowego oświadczenia - odnoszącego się do czasu przyszłego, niepotwierdzającego stanu na moment składania oferty oraz wzięcie pod uwagę dokumentów nie wymaganych wraz z ofertą a złożonych dopiero w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2008 r. Treść złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty zawiera wymagane przez Zamawiającego dokumenty i oświadczenia zgodne ze wzorem zawartym w załączniku nr 5 i 6 do SIWZ wraz z oświadczeniem odnoszącym się do podkryterium T.7. W sposób jednoznaczny deklaruje bowiem dostarczenie produktu o

parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Działanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp a polegające na przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego zarówno wobec Odwołującego się jak i Solaris Bus & Coach S.A. co do treści złożonych przez nich ofert - w kwestii rozwiązania technicznego - T7 (podatność obsługowa) było dopuszczalne i nie naruszało przepisu art. 7 ust.1 Pzp., tym bardziej, że oferta Odwołującego się zawierała takie same wymagane dokumenty i również kwalifikowała się do wyjaśnień z uwagi na niezgodność załączonych do niej załączników nr 5 i 6 do SIWZ z załączonymi rysunkami. Zdaniem KIO nadinterpretacją Odwołującego się jest jego argumentacja dopatrująca się modyfikacji terminu spełnienia deklarowanych parametrów technicznych w wyniku zażądania przez Zamawiającego złożenia dokładnego opisu technicznego - rysunków, zdjęć-umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych. Stanowisko Odwołującego się, iż dokument w postaci homologacji powinien stanowić podstawę oceny przez Zamawiającego w podkryterium T.7 jest nieuzasadniony. Stąd też kontekście zapisów SIWZ w tym załącznika nr 7 Klauzula 2 - Odbiór pkt.8, 9. Zdaniem KIO Zamawiający nie naruszył więc i w tym kontekście przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt.2 Pzp przez Zamawiającego KIO nie uznała także i jego zasadności. Powołała się przy tym na regulację zawartą w treści przepisu art. 14 Pzp w związku z art. 6 k.c. która w zobowiązywała Odwołującego się do wykazania, iż dostosowanie autobusów oferowanych przez Solaris Bus & Coach S.A. w zakresie kryterium T.7 wymaga od zastosowania przez niego nadzwyczajnych zmian konstrukcyjnych, którym nie będzie w stanie sprostać w terminie określonym przez Zamawiającego. Tym bardziej, że Zamawiający nie wymagał zaoferowania produktu istniejącego już w dniu składania ofert a wręcz przeciwnie wyprodukowanego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru z uwzględnieniem terminów wynikających z postanowień pkt.4 SIWZ tj. harmonogramu realizacji dostaw częściowych.

Od powyższego wyroku skargę wywiódł na podstawie art. 194 ust.1 ustawy Pzp EvoBus Polska Spółka z o.o. z/s w Wolicach zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. wadliwe ustalenie stanu faktycznego poprzez przyjęcie, iż przedmiotem zamówienia nie jest dostawa autobusów produkowanych (dostępnych w sprzedaży) na dzień składania ofert;
2. wadliwe ustalenie wbrew art. 91 ust.1 ustawy Pzp, iż Zamawiający zasadnie przyznał firmie Solaris Bus & Coach S.A. punkty za oceniane w kryterium „rozwiązania techniczne” rozwiązanie pn. „umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu”;
3. wadliwe ustalenie, iż firma Solaris Bus & Coach S.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp;
4. wadliwe ustalenie, iż Zamawiający precyzyjnie określił sposób oceny ofert w kryterium „rozwiązania techniczne”;
5. wadliwe ustalenie, iż wbrew art. 38 ust.5 ustawy Pzp, iż dokonana w toku postępowania modyfikacja dokumentu „szczegółowa kompletacja autobusu” nie stanowiła modyfikacji SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert w kryterium rozwiązania techniczne”.

W związku z powyższym EvoBus Polska Spółka z o.o. z/s w Wolicach jako Skarżący wniósł o:

1. uwzględnienie skargi;
2. zmianę zaskarżonego wyroku i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności zbadania i oceny ofert

ewentualnie

3. unieważnienie postępowania;
4. zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg przedłożonego rachunku.

Skarżący uzasadniając wniesioną skargę podtrzymał w zasadzie swoje dotychczasowe stanowisko prezentowane w trakcie postępowania wywołanego wniesionym protestem jak i odwołaniem.

Wskazał m.in., że Zamawiający bezzasadnie przyznał Solaris Bus & Coach S.A. w przyjętych kryteriach oceny ofert 684,88 pkt. w tym dodatkowe punkty za rozwiązanie pn.: „rozwiązania techniczne” rozwiązanie pn. „umieszczenie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu” co tym samym pozbawiło Skarżącego możliwości uzyskania zamówienia. Skarżący zaś już w trakcie postępowania wywołanego protestem podnosił, że zgodnie ogólnie dostępna wiedza oferowane przez Wykonawcę autobusy Solaria model Turbino 12 i 18 nie posiadają ocenianego rozwiązania technicznego. Wiedzę tę posiadał również Zamawiający z otrzymanego od Solaris Bus & Coach S.A. na piśmie wyjaśnienia w którym stwierdził m.in., że „(...) zbiorniki *będą* umiejscowione (...)”. Tym czasem z treści m.in. postanowień pkt.3 SIWZ, pkt. 1.3 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz pkt. 8.2 SIWZ oraz z treści pisma Zamawiającego skierowanego do wykonawców, wynika, że Zamawiający wymagał, aby ww. rozwiązanie techniczne było dostępne na dzień składania ofert w oferowanych (produkowanych) przez wykonawców autobusach, do złożonych ofert załączone miały być kopie świadectw homologacji typu zaoferowanego pojazdu. Skoro, bowiem homologacja wydawana jest na podstawie badań pojazdu już wyprodukowanego, to oczywistym jest, że żądanie załączenia do oferty homologacji typu pojazdu oferowanego oznaczało, że Zamawiający wymaga zaoferowania autobusu, który jest już produkowany. W przeciwnym wypadku zażądałby dostarczenia świadectwa homologacji nie do oferty, lecz najpóźniej w dniu dostawy autobusu. Dostosowanie, zatem oferowanego przez Solaris Bus & Coach S.A. autobusu do stanu, w którym parametr ten byłby spełniony wymagałoby dokonania istotnych zmian konstrukcyjnych co spowodowałoby uchybieniem określonych terminów dostaw. Zamawiający nie może przenosić momentu oceny oferowanych przez Solaris Bus & Coach

S.A. autobusów na dzień dokonywania ich odbioru. Powyższe doprowadziło zdaniem Skarżącego do naruszenia art. 7 ust.1 Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji. Tym samym zarzucił, że Zamawiający w sposób niedopuszczalny trybem art. 38 ust.5 ustawy Pzp dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert w przyjętych kryteriach oceny ofert tj. kryterium „rozwiązania techniczne”. Gdyby, bowiem Skarżący wiedział, że Zamawiający przyjmie w niniejszym postępowaniu przetargowym omawianą filozofię przyznawania punktów w kryterium „rozwiązania techniczne” to podobnie jak firma Solaris Bus & Coach S.A. oferowałby spełnienie również i tych parametrów, których w produkowanych przez siebie autobusach nie posiada. Skoro zaś KIO ustaliła, że omawiana ocena techniczna będzie dokonywana na podstawie dokumentu pn. „kompletacja” to okoliczność modyfikacji tego dokumentu oznaczała jednak niedopuszczalną zmianę SIWZ w kontekście art. 38 ust.5 Pzp w zakresie sposobu oceny ofert w jednym z kryteriów technicznych. „Kompletacja” nie stanowi, bowiem dokumentu, o którym mowa w art. 36 ust.1 Pzp. Przepis ten mówi o dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których katalog jest precyzyjnie określony w przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. (Dz.U. nr 87, poz.605) i brak jest w nim dokumentu ww. rodzaju.

W odpowiedzi na skargę (k.168) Zamawiający Zakład komunikacji Miejskiej w Gdańsku Spółka z o.o. w Gdańsku wniósł o oddalenie skargi i o utrzymanie w całości zaskarżonego wyroku i oddalenie wniosku skarżącego o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, o oddalenie wniosku o unieważnienie postępowania oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania wg norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający podniósł, że zaskarżony wyrok jest słuszny, ustalenia stanu faktycznego są prawidłowe. Dlatego też Zamawiający w pełni podziela stanowisko KIO. Dodatkowo wskazał zaś na błędne przeświadczenie Skarżącego, że każda zmiana w konstrukcji pojazdu jest związana z koniecznością ponownej homologacji lub ze zmianą nazwy typu autobusu. Przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep (Dz.U. nr 238, poz.2010) oraz załącznik nr 1 do tego rozporządzenia podaje definicję typu pojazdu dla potrzeb homologacji. Załącznik nr 3 do ww. rozporządzenia zawiera zaś opis techniczny do celów homologacji typu pojazdu. Opis ten nie wymaga jednak podania rozwiązań technicznych dotyczących sposobu usytuowania zbiorników płynów eksploatacyjnych. Tym samym z ww. przepisów wynika, że zmiany w konstrukcji autobusu polegające na zmianie usytuowania zbiorników płynów eksploatacyjnych, nie wymagają ponownej homologacji ani też nie wiążą się ze zmianą nazwy fabrycznej typu pojazdu. Ponadto Zamawiający wskazał, że w żadnym miejscu przepisy SIWZ nie wymagają aby oferowany pojazd był już produkowany i eksploatowany w chwili składania oferty. Gdyby tak było to wówczas znalazłby się w nich stosowny zapis który jednoznacznie by to precyzował tak jak to czynił już niejednokrotnie w poprzednich prowadzonych postępowaniach przetargowych. Powołał się przy tym na pkt. 4.2. SIWZ przetargu nieograniczonego na dostawę taboru tramwajowego

Solaris Bus & Coach S.A. z/s w Bolechowie - Osiedle w odpowiedzi na skargę złożył pismo datowane na dzień 4.08.2008 r. nazwane interwencją uboczną po stronie Zamawiającego do postępowania wszczętego na skutek wniesienia skargi żądając oddalenia skargi w całości oraz zasądzenia na jego rzecz zwrotu kosztów sądowych wg norm przepisanych.

Zdaniem uczestnika Solaris Bus & Coach S.A. w świetle istniejącego stanu faktycznego oraz przepisów ustawy Pzp argumenty Skarżącego uznać należy za nietrafne i nie zasługujące na uwzględnienie. Wskazał, że z wykładni gramatyczno-językowej ani też ze stanowiska Zamawiającego nie sposób wyinterpretować aby SIWZ zawierała zapisy stanowiące o tym, że takie same modele autobusów jak wymagane w przetargu musiałyby istnieć już w dniu składania ofert. Gdyby zaś przyjąć słuszność stanowiska skarżącego to wówczas należałoby wyprowadzić absurdalny wniosek, że oferent musiałby także w dniu składania ofert produkować autobusy w wybranych przez Zamawiającego kolorach, z uwzględnieniem charakterystycznego wyposażenia wnętrza albowiem każdy z przewoźników zamawia autobusy dostosowane do swojego układu komunikacyjnego, wyposażone w szereg cech indywidualizujących dany egzemplarz zaś producenci dostosowują swoje uniwersalne typy do tych konkretnych wymagań. Decydujące znaczenie dla producenta ma, zatem w zakresie możliwości przeróbek swojego pojazdu - termin dostawy. Dlatego też założenie Skarżącego, iż w ramach złożonej oferty można posługiwać się jedynie ściśle zaszeregowanym „typem autobusów” a nie konkretnym modelem wyprodukowanym dla określonego zamawiającego przeczyłoby nie tylko regułom udzielania zamówień publicznych, ale także prawom rynkowym oraz zasadom logiki i byłoby pozbawione racjonalności. Co do zarzutu Skarżącego w przedmiocie konieczności dostarczenia już w samej ofercie dokumentu w postaci homologacji typu pojazdu, z dodatkowym zastrzeżeniem, iż w tym dokumencie miałyby widnieć informacja o stosownej modyfikacji modelu autobusu (co z kolei miałyby potwierdzać ww. konieczność istnienia już gotowych autobusów na dzień składania ofert) to uczestnik postępowania wskazał, że posiada wszelkie wymagane prawem homologacje typu pojazdu dla modeli Solaria Turbino 12 i 18, które były oferowane w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Wystawione one były zarówno dla potrzeb rynku polskiego jak i europejskiego. Dokument taki został przez niego dołączony do oferty i tym samym spełnione zostały w całości wymagania Zamawiającego. Mając zaś na uwadze przepisy dotyczące homologacji w tym dyrektywy WE, ustawy z dnia 20.10.1997 r. Prawo o ruchu drogowym oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24.10.2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów i przyczep to oczywistym jest, że nie każda drobna modyfikacja techniczna modelu pojazdu wymaga nowej homologacji. Jest to, bowiem długotrwałe, wnikliwe badanie pojazdu, które dotyczy modelu jako całości i odrębnie głównych komponentów technicznych (tzw. homologacje częściowe). Zmiana ustawienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych nie jest natomiast zmianą wymagająca uzyskania

odrębnego świadectwa homologacji typu pojazdu ani nawet zmianą wymagającą uzyskania odrębnej homologacji częściowej uzyskiwanej dla danego komponentu technicznego. Uczestnik postępowania dla wykazania zasadności swojego stanowiska w tej kwestii dołączył do odpowiedzi na skargę pismo z dnia 7.08.2008 r. z Instytutu Transportu Samochodowego w Warszawie oraz pisma z dnia 24.07.2008 r. i 6.08.2008 r. od IDIADA Automotive

Technology oraz z TUV SUD Auto CZ s.r.o. tj. z instytucji europejskich prowadzących i wystawiających dokumenty homologacji typu - na rynku europejskim. Powyższe pisma zdaniem uczestnika postępowania stanowią opinię potwierdzającą w pełni zagadnienie braku konieczności rozszerzenia homologacji. Dalej uczestnik postępowania wskazał, że dołączył także do oferty dokumenty, które potwierdziły jego zdolności techniczne, predyspozycje w zakresie realizacji zamówienia w tym listy zrealizowanych już podobnych zamówień, co powoduje, że zamawiający ma wiedzę o jego potencjale technologicznym. W dotychczas produkowanych modelach autobusów Solaria Turbino uczestnik postępowania stosował nieco inne rozwiązanie technologiczne, co do umiejscowienia zbiorników wyrównawczych - jednak dostosowanie - drobna modyfikacja gotowego już modelu autobusu do potrzeb zamawiającego nie jest trudna tym bardziej, że wyznaczony termin dostawy wynosi 6 miesięcy. Uczestnik postępowania zarzucił także, że nie miała miejsca niedopuszczalna modyfikacja SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert poprzez modyfikację „szczegółowej kompletacji autobusu”. Uzupełnienie, bowiem w toku postępowania załączników do SIWZ o zapisy pozwalające określić umiejscowienie zbiorników eksploatacyjnych płynów wyrównawczych nie stanowi zakazanej dyspozycją art. 38 ust.5 Pzp modyfikacji. Kluczowe, bowiem w tym zakresie przepisy znajdują się w pkt. 14.3 i 14.4 SIWZ, które opisują sposób oceny ofert a te nie uległy zmianie. Załączniki te stanowiły odrębny od ww. pkt. SIWZ wykaz oświadczeń i dokumentów, które jedynie potwierdziły spełnienie poszczególnych kryteriów cennych.

Na rozprawie apelacyjnej strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowisko i poglądy przedstawione we wszystkich pismach składanych w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi są bezzasadne stąd też skarga podlega oddaleniu.

Sąd Okręgowy podziela wszystkie ustalenia dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz ich ocenę prawną. Oceniając zarzuty podnoszone przez skarżącego zarówno w proteście z dnia 13 maja 2008 r., odwołaniu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 maja 2008 r., jak i skargi wniesionej do tutejszego Sądu Okręgowego podnieść należy, że zarzuty skarżącego opierają się na trzech zagadnieniach.

Po pierwsze, w ocenie skarżącego zamawiający dokonał modyfikacji załączników nr 5 i 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w sposób sprzeczny z art. 38 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, dalej pzp), albowiem modyfikacja dotyczyła kryterium oceny ofert, a same załączniki stanowiły podstawę dokonywania oceny.

Po drugie, skarżący zarzucił, że zwrócenie się przez zamawiającego o wyjaśnienie treści ofert, dokonane na podstawie art. 87 ust. 1 pzp było niedopuszczalne. Skarżący wskazał, że na jego podstawie zamawiający zażądał dodatkowych dokumentów, ponad te, które zostały określone w SIWZ i które zostały złożone wraz z ofertą przez przystępującego Solaris Bus & Coach SA w Bolechowie - Osiedle.

Po trzecie, skarżący wskazał, że zamawiający wybrał ofertę, która nie spełniała wymogów stawianych przez SIWZ, albowiem w momencie jej składania Solaris Bus & Coach SA nie produkował pojazdów spełniających wymagania dotyczące umiejscowienia zbiorników płynów eksploatacyjnych. Jak podkreślał skarżący intencją zamawiającego było,

aby oferowane autobusy miały wcześniej wskazane rozwiązanie technologiczne. Zamawiający żądał bowiem przedstawienia homologacji na dany typ autobusu oraz wezwał do wskazania, między innymi, zdjęć zastosowanych rozwiązań. Ponadto, w ocenie skarżącego, oświadczenie Solaris Bus & Coach SA dotyczące omawianej kwestii było lakoniczne i budziło uzasadnione wątpliwości co do rzetelności. Nie ma bowiem możliwości, aby dokonać poważnych zmian konstrukcyjnych (jakimi są w ocenie skarżącego zmiany usytuowania zbiorników płynów eksploatacyjnych) w terminie wynikającym z zamówienia.

Oceniając powyższe zarzuty Sąd Okręgowy dokonał ich dokładnej analizy i uznał, co następuje.

W zakresie wskazanego przez skarżącego pierwszego zarzutu, Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzut skarżącego odnosił się wprost do art. 38 ust. 5 pzp oraz pośrednio również do art. 38 ust. 4 pzp. Zgodnie z ich treścią zamawiający, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z treścią art. 38 ust. 5 pzp modyfikacja treści istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć:

- a) kryteriów oceny ofert,
- b) warunków udziału w postępowaniu,
- c) sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu (tzn. nie może dotyczyć dokumentów potwierdzających spełnienie warunków z punktu b).

Odnosząc się najpierw do punktu b i c wskazać należy, że warunki jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia określone zostały w art. 22 ust. 1 pzp. Rodzaje dokumentów i oświadczeń, których zamawiający może żądać od wykonawców określone zostały w art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, a uszczegółowione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., nr 87, poz. 605, dalej rozporządzenie). Innymi słowy mówiąc, niedopuszczalna jest modyfikacja w rozumieniu art. 38 ust. 4 pzp w zakresie badania (co do punktów b i c):

- czy wykonawcy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności (dokumenty potwierdzające spełnienie tego wymagania określone zostały w § 1 ust. 1 rozporządzenia),
- czy wykonawcy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia (dokumenty potwierdzające spełnienie tego wymagania określone zostały w § 1 ust. 2 rozporządzenia),
- czy wykonawcy znajdują się w sytuacji ekonomicznej finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (dokumenty potwierdzające spełnienie tego wymagania określone zostały w § 1 ust. 3 rozporządzenia),
- czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

Z powyższego wyliczenia wynika, że zamawiający nie może we wskazanych wyżej obszarach zmienić samych warunków zamówienia, a także nie może żądać innych (dodatkowych) dokumentów potwierdzających istniejące już warunki. Chodzi tutaj w szczególności o takie warunki i potwierdzające je dokumenty jak: koncesje, zezwolenia, licencje, aktualne odpisy z rejestru, aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału ZUS potwierdzające niezaleganie z opłacaniem podatków, opłat oraz składek, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karmego. Dokumenty, które potwierdzają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponowanie potencjałem technicznym to m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych, wykaz wykonanych dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń,

informacje na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników lub liczebności personelu kierowniczego, wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W celu oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy zamawiający może żądać: sprawozdania finansowego, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych i zdolność kredytową wykonawcy, polisy lub innego dokumentu, potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Realizując powyższe wymogi zamawiający - ZKM w Gdańsku sp. z o.o. określił w punkcie 5 SIWZ warunki udziału w postępowaniu i w punkcie 6 SIWZ dokumenty, których przedłożenia wymaga od każdego z oferentów. Wzory wymaganych przez zamawiającego oświadczeń dotyczących powyższych warunków zawarte zostały w załączniku nr 3 i załączniku nr 4 do SIWZ.

Dokonana powyżej analiza przepisów i ich subsumcja do stanu faktycznego niniejszej sprawy, uprawniania do konkluzji, zgodnie z którą w żadnym z powyższych zakresów zamawiający nie dokonał modyfikacji. Zmiana nie dotyczyła bowiem żadnego z dokumentów wymaganych i określonych przez punkt 6 SIWZ, ani też warunków i oświadczeń wymaganych przez punkt 5 SIWZ. Z całą pewnością nie można więc mówić o modyfikacji, która dotyczyłaby warunków udziału w postępowaniu, bądź też sposobu oceny ich spełniania.

Sąd Okręgowy zobowiązany był również zbadać, czy nie doszło do niedozwolonej w myśl art. 38 ust. 5 modyfikacji w zakresie kryteriów oceny ofert. Ocena tego zakazu pozostaje w funkcjonalnym związku z treścią art. 91 pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp. Zgodnie z nimi zamawiający zobowiązany jest do zawarcia w SIWZ opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Analizując stan faktyczny, podkreślić należy, że ustalając treść zamówienia nie można domniemywać intencji zamawiającego. Należy interpretować poszczególne postanowienia SIWZ w połączeniu z innymi postanowieniami tej specyfikacji i innymi dokumentami. Z dokładnej analizy wynika, w sposób, który nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, że kryteria oceny ofert i podstawy na jakich miał zostać dokonany wybór oferty najkorzystniejszej zawarte zostały w punkcie 14 SIWZ („Kryteria oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej”). Wymagania co do samego sposobu przygotowania oferty, w technicznym aspekcie, zamawiający umieścił w punkcie 8 SIWZ („Sposób przedstawienia oferty”), a w odniesieniu do interesującej nas problematyki w punkcie 8.2. („Zawartość oferty i sposób jej przedstawienia”).

Z porównania treści wskazanych punktów SIWZ widać wyraźnie, że nie doszło do modyfikacji w zakresie kryteriów oceny, a jedynie do uzupełnienia technicznego sposobu przedstawienia oferty. Zamawiający dokonał modyfikacji załączników nr 5 i 6 do SIWZ w ten sposób, że do zawartej w nich tabelki dodał wiersz, zawierający miejsce na zaznaczenie czy w proponowanych przez oferentów autobusach umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych będzie zgodne z wymaganiami SIWZ (obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu). Tym samym dokumenty: „Szczegółowa komplementacja oferowanego autobusu 12 metrowego” oraz „Szczegółowa komplementacja oferowanego autobusu 18 metrowego” dostosowane zostały do treści SIWZ. Zamawiający dokonał ułatwienia w technicznym aspekcie dla składających oferty, albowiem przewidziane zostało miejsce na wskazanie wymagań SIWZ, dotyczących umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych.

Wskazać ponadto należy, że to nie z załączników nr 5 i nr 6, ale ze szczegółowych postanowień SIWZ wynikała ilość punktów w poszczególnych obszarach, w tym co do spełnienia wymogu w podpunkcie T.7. - podatność obsługowa.

Powyższa analiza prowadzi do konkluzji, że zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 pzp nie był zasadny, a postępowanie zamawiającego było zgodne z prawem i prawidłowe.

W dalszej kolejności należało zająć się drugim zarzutem skarżącego, dotyczącym naruszenia art. 87 ust. 1 pzp. Skarżący wskazał, że w punkcie 8.2. SIWZ zamawiający określił, jakie dokumenty są wymagane dla oceny ofert, także w zakresie wymogu umieszczenia zbiorników wyrównawczych. W ocenie skarżącego zamawiający nie miał prawa żądać dodatkowych dokumentów. Prosząc więc w piśmie z dnia 09 kwietnia 2008 r. o dokładny opis techniczny - rysunki, zdjęcia - umieszczenia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych, a następnie przyznając na podstawie dodatkowego oświadczenia i złożonych przez firmę Solaris Bus & Coach SA dokumentów 5 punktów w ramach podpunktu T.7. zamawiający naruszył prawo.

Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Innymi słowy mówiąc, jeżeli tylko powstaną jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące treści złożonych przez wykonawców ofert, zamawiający zobowiązany jest żądać wyjaśnień dotyczących ich treści. Należy uznać, że przepis ten dotyczy jedynie treści oświadczenia woli wykonawcy, gdyż właśnie ono składa się na treść oferty. Wyjaśnienia w zakresie dokumentów podmiotowych są uzyskiwane na podstawie art. 26 ust. 4 pzp. Procedura wyjaśniania zamówienia nie może być prowadzona w formie jakiegokolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W praktyce zamawiający wysyła pisma do konkretnych wykonawców z zapytaniem, jak rozumieć określoną treść oferty. W sprawie niniejszej procedura przyjęta przez zamawiającego nie odbiegała od powyższego schematu. Zgodnie z treścią pisma z dnia 09 kwietnia 2008 r. ZKM w Gdańsku sp. z o.o. zwrócił się do Solaris Bus & Coach SA z zapytaniem o treści: „W nawiązaniu do treści kryterium - rozwiązania techniczne - T.7. (podatność obsługowa) prosiny o dokładny opis techniczny - rysunki, zdjęcia - umieszczenia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych”. Pismo z identycznym zapytaniem skierowane zostało również do odwołującego EvoBus Polska sp. z o.o. Konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego wynikała z faktu, że w świetle załączonych do oferty Solaris Bus & Coach SA i EvoBus Polska sp. z o.o. dokumentów, określających specyfikację oferowanych autobusów, zamawiający pozbawiony był możliwości uznania, że obie oferty posiadają oceniane w punkcie T.7. rozwiązanie techniczne. Obie oferty kwalifikowały się do wyjaśnień z uwagi na niezgodność załączonych załączników nr 5 i 6 do SIWZ z załączonymi rysunkami. Zamawiający nie miał wątpliwości co do samego spełnienia warunków przewidzianych w SIWZ, gdyż z samej oferty obu firm wynikało, że warunek o umieszczeniu zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych będzie spełniony. Wątpliwość dotyczyła jedynie szczegółów technicznych rozwiązania (stąd żądanie opisu, rysunków, zdjęć).

Powyższe wywody prowadzą do konkluzji, że w istocie zamawiający nie żądał nowych dokumentów, nie określonych do tej pory w SIWZ, ale uznał konieczność sprecyzowania samej treści oferty. W takim przypadku zamawiający nie tylko był uprawniony, lecz wręcz zobowiązany, do wyjaśnienia powyższych wątpliwości.

Postępowanie zamawiającego było więc całkowicie prawidłowe, tym bardziej, że zamawiający zwrócił się do dwóch wykonawców, których oferty wzbudzały podobne wątpliwości, z takim samym pytaniem. Nie można więc zasadnie zarzucić zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 1 pzp.

Na marginesie wskazać należy, że zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp (w brzmieniu, które obowiązuje od 11 czerwca 2007 r.) zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożą dokumenty w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Chodzi tutaj o wszystkie dokumenty, które zostały określone w art. 25 ust. 1 pzp, a więc te które mają potwierdzić warunki udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp) oraz te, które mają potwierdzić spełnianie wymagań przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane określone przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp). Sąd Okręgowy, omawiając pierwszy zarzut skarżącego, dokonał szczegółowej analizy dokumentów spełniających kryteria określone w art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp. Odnosnie do dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, to określone zostały

szczegółowo w § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. Chodzi tutaj w szczególności o takie dokumenty jak: próbki, opisy, fotografie, zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem. Prośba o przedstawienie dokładnego opisu technicznego oraz przedłożenie dodatkowych rysunków lub zdjęć umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych mieściła się w ramach określonych przez art. 26 ust. 4 pzp, albowiem dotyczyła dokumentów, które zostały określone w § 3 punkt 1 rozporządzenia.

Należy ponadto podkreślić, że zamawiający nie żądał nowych dokumentów, które nie byłyby określone w SIWZ, a jedynie pragnął wyjaśnić wątpliwości, które zarysowały się na tle analizy tych dokumentów, które zostały już przez wykonawców złożone. Wykonawcy złożyli już wcześniej opisy techniczne wskazanego rozwiązania dotyczącego umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych, lecz złożone dokumenty wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Przyjęta procedura ich wyjaśnienia była zgodna z prawem i prawidłowa. Zamawiający nie naruszył ani art. 87 ust. 1 pzp, ani art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pzp w zw. z § 3 ust. 1 rozporządzenia.

Przechodząc do analizy trzeciego zarzutu skarżącego, Sąd Okręgowy uznał, że on również nie zasługuje na uwzględnienie. Skarżący zarzucił, że oferta Solaris Bus & Coach SA nie spełniała wymogów stawianych przez SIWZ, albowiem w momencie jej składania Solaris Bus & Coach SA nie produkował pojazdów spełniających wymagania co do umiejscowienia zbiorników płynów wyrównawczych, a dopiero miał zamiar je wyprodukować. Intencją zamawiającego było, w ocenie skarżącego, aby autobus już posiadał takie zbiorniki (wymóg przedstawienia homologacji, wymóg wskazania zdjęć), a oświadczenie Solaris Bus & Coach SA budziło wątpliwości (było nierzetelne).

W świetle deklaracji Solaris Bus & Coach SA oczywistym było, że w dotychczas, tj. do dnia składania ofert, produkowanych autobusach Solaris Urbino zbiornik wyrównawczy płynów eksploatacyjnych nie był umieszczany zgodnie z wymogami SIWZ, tj. obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu (Solaris Bus & Coach SA stosowało inne rozwiązania techniczne), podczas gdy w autobusach skarżącego wymóg ten był już spełniony przez autobusy wcześniej wyprodukowane. W kontekście powyższego stwierdzenia wątpliwość budził jedynie fakt, czy zamawiający wymagał, aby zbiornik występował we wskazanej konfiguracji w produkowanych wcześniej przez oferentów autobusach, czy też autobusy te powinny spełniać omawiany wymóg w momencie jego dostawy.

Analizując szczegółowo postanowienia SIWZ Sąd Okręgowy uznał, że nie wynikało z nich, żeby zamawiający wymagał, aby autobusy były już produkowane i eksploatowane w chwili składania oferty, a w szczególności aby posiadały wszystkie rozwiązania techniczne określone w SIWZ. Zamawiający wymagał produktu, który spełni deklarowane parametry techniczne w momencie dostawy, tj. nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru z uwzględnieniem terminów wynikających z pkt 4 SIWZ.

Wskazany przez skarżącego wymóg homologacji dotyczył całego typu autobusu. Jak słusznie zauważył Solaris Bus & Coach SA, zamawiający nie wymagał dostarczenia homologacji częściowych. Ponadto zgodnie z przedstawionymi przez uczestnika postępowania pismami instytutów zajmujących się udzielaniem homologacji zmiany w zakresie instalacji zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych nie mają wpływu na treść opisu technicznego i nie mają wpływu na wydane dotychczas homologacje (vide pismo Instytutu Transportu Samochodowego z dnia 07 sierpnia 2008 r., k. 200, pismo Applus Idiada z dnia 24 lipca 2008 t. wraz z tłumaczeniem, k. 201, 203, pismo TUV SUD Auto CZ s.r.o. z dnia 06 sierpnia 2008 r. wraz z tłumaczeniem, k. 205, 210). Oznacza to, że zmiana umiejscowienia przedmiotowych zbiorników nie będzie wymagała uzyskania przez Solaris Bus & Coach SA nowych homologacji. Sąd Okręgowy dał wiarę powyższym dokumentom i

uznał, że wykazują one niezbicie, że Solaris Bus & Coach SA spełnił wymagani dotyczące homologacji na dzień składania ofert.

Skarżący podniósł, że zamawiający zwracając się z prośbą o wyjaśnienia dotyczące umiejscowienia zbiornika płynów wyrównawczych wskazał na konieczność przedstawienia zdjęć, co miało oznaczać, że zamawiający wymagał, aby omawiane rozwiązanie techniczne znajdowało się w wyprodukowanych już autobusach. Skarżący wybiórczo potraktował treść

pisma zamawiającego z dnia 04 kwietnia 2008 r. i w ten sposób wypaczył jego sens. Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wskazanie dokładnego opisu technicznego umiejscowionych zbiorników. Z pisma wynika ponadto, że wykonawcy uprawnieni byli do złożenia dodatkowo zdjęć lub rysunków. Tym samym nie można zasadnie twierdzić, że zamawiający wymagał przedstawienia zdjęć, że ich przedłożenie było warunkiem koniecznym rozpatrzenia oferty. Na marginesie wskazać należy, że także skarżący nie załączył do odpowiedzi na pismo zamawiającego żadnego zdjęcia, poprzestając na opisie technicznym i rysunku. Gdyby więc już wówczas skarżący uważał, że zawarcie w piśmie zamawiającego słowa „zdjęcia” oznacza obowiązek ich przedłożenia, z całą pewnością by tak uczynił. Skoro więc do własnej odpowiedzi ich nie dołączył, uznał, że nie istnieje taki obowiązek wykonawcy. Tym samym uznać należało, że zawarcie w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego rysunków było wystarczające dla uznania, że spełnione zostały wymogi SIWZ dotyczące treści oferty.

Skarżący zarzucił również, że problemem jest czas konieczny do realizacji zamówienia, albowiem w jego ocenie, Solaris Bus & Coach SA nie zdąży w ciągu 6 miesięcy wyprodukować autobusów zgodnie z wymogami stawianymi przez SIWZ (konieczność przeprowadzenia istotnych zmian konstrukcyjnych). W odpowiedzi na powyższy zarzut Solaris Bus & Coach SA wskazał, że cały prototyp autobusu Solaris Urbino powstał w terminie 6 miesięcy, tym bardziej więc drobna modyfikacja gotowego już modelu może zostać przeprowadzona w terminie nieporównywalnie krótszym. Żaden uczestnik postępowania nie kwestionował potencjału technicznego Solaris Bus & Coach SA, a firma ta złożyła oświadczenie o spełnianiu wszystkich wymogów stawianych przez zamawiającego. Ponadto odwołujący nie wykazał, aby zmiana w zakresie umiejscowienia zbiorników wyrównawczych wymagała nadzwyczajnych zmian konstrukcyjnych. Obowiązek wykazania stosownymi dowodami okoliczności, na które skarżący się powołuje wynika z odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego, do których odsyła art. 14 pzp i art. 194 § 2 pzp. Tym samym Sąd Okręgowy uznał powyższe twierdzenia skarżącego za nieudowodnione i nie przyznał im racji.

Konkludując stwierdzić trzeba, że podczas procedury zamówienia publicznego i wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą zaskarżonego wyroku nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w pełni podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r., nr 223, 1655) oddalił skargę EvoBus Polska sp. z o.o. jako bezzasadną.

^a..or>>gttsala w!>5ciws podpisy

Stotadczy

I¹ SĄDII

/ •
/ TJ