Sygn. akt: KIO 1976/16

WYROK
z dnia 28 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 27 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PEKAO LEASING sp. z o.o., EvoBus Polska sp. z o.o., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, ul. J. Brożka 3, 30-347 Kraków,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **PEKAO LEASING sp. z o.o., EvoBus Polska sp. z o.o., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **- PEKAO LEASING sp. z o.o., EvoBus Polska sp. z o.o., ul. Ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **- PEKAO LEASING sp. z o.o., EvoBus Polska sp. z o.o., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, ul. J. Brożka 3, 30-347 Kraków** kwotę **4075 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej.

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

……

Sygn. akt: KIO 1976/16

Uzasadnienie

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 ze zm.] [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka Akcyjna w Krakowie, którego przedmiotem jest 'Dostawa w formie leasingu finansowego fabrycznie nowych niskoemisyjnych niskopodłogowych autobusów przegubowych dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. w Krakowie" Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: PEKAO LEASING Sp. ż o.o. (Lider Konsorcjum) oraz EvoBus Polska Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Solaris Bus & Coach S.A. i PKO Leasing S.A. [dalej jako „Konsorcjum Solaris") jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego i zaniechaniu wyboru

oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wskazane czynności (zaniechania) naruszają przepisy ustawy Pzp, a mianowicie:
1. art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp z uwagi na błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą Pzp, co w konsekwencji skutkowało bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o niniejszy przepis;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z uwagi na błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co w konsekwencji skutkowało bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o niniejszy przepis;
3. art. 138c ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp z uwagi na błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż udział towarów w ofercie Odwołującego pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50%, co w konsekwencji skutkowało bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o niniejszy przepis;
4. art. 89 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę nie wymienioną w treści tego przepisu tj. w oparciu o przesłankę rzekomego „złożenia w ofercie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym".

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, prowadzących od odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji do wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Solaris jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, poniesienie kosztów udziału w postępowaniu oraz utrata zysku związanego z realizacją zamówienia, co dla Odwołującego stanowi szkodę.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę w formie leasingu finansowego fabrycznie nowych niskoemisyjnych niskopodłog owych autobusów przegubowych dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A w Krakowie. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2016 r. co oznacza, że postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy Pzp sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. W dniu 6 października 2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Konsorcjum Solaris z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego. Jako podstawę odrzucenia oferty wskazał wyłącznie przepisy art. 89 ust. 1 pkt. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 138c ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP, jak również kwestię „złożenia w ofercie oświadczeń niezgodnych ze stanem faktycznym". Nie sprecyzował jednak, które zarzuty stawiane ofercie wyczerpują normy zawarte w art. 89 ust. 1, stąd praktycznie niemożliwym jest merytoryczne odniesienie się do tej kwalifikacji prawnej odrzucenia oferty.

Odnosząc się do kwestii faktycznych podniesionych w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził, co następuje:
I. Zamawiający całkowicie bezpodstawnie kwestionuje złożone w ofercie oświadczenie Odwołującego, iż nie będzie korzystał z podwykonawców przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest bowiem wiążące dla Zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. sygn. KIO 221/16). O tym, czy i w jakim zakresie wykonawca korzysta z podwykonawców przy wykonywaniu zamówienia publicznego, decyduje samodzielnie wykonawca. Z tego też względu Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania

oświadczeń w tym przedmiocie, gdyż każdorazowo stanowiłoby to niedopuszczalną ingerencję w sposób wykonania zamówienia, za które wykonawca samodzielnie ponosi odpowiedzialność na podstawie umowy o realizację zamówienia publicznego. Podkreślił, że ostatecznego montażu gotowego produktu z elementów (części) wytwarzanych przez podmioty trzecie nie można wprost utożsamiać z korzystaniem przez Odwołującego z podwykonawców. Odwołujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenie własne, w którym potwierdził, iż niniejsze zamówienie wykona samodzielnie, bez zaangażowania podmiotów trzecich. W wyjaśnieniach składanych na żądanie Zamawiającego dodatkowo wykazał,, iż przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia nie będzie korzystał z udziału podwykonawców w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, a jedynie ze współpracy (na zasadzie umowy kupna lub dostawy) z określonymi zakładami produkcyjnymi w celu skompletowania określonych części i podzespołów autobusu, które finalnie, w wersji oczekiwanej przez Zamawiającego, zostaną wyprodukowane przez EyoBus Polska Sp. z o.o w zakładach w Wolicy. Podkreślić także należy, iż wskazane W ofercie zakłady produkcyjne, należące do innych podmiotów prawnych, takich jak Daimler AG czy EvoBus GmbH, działają w ramach tej samej grupy kapitałowej, w związku z czym Odwołujący ma możliwość bezpośredniego zakupu od tych podmiotów części i elementów składowych, a nawet gotowych w standardowej wersji autobusów, co jednak nie oznacza, iż strony związane są jakimikolwiek umowami podwykonawczymi. Podmioty zamawiające autobusy bardzo precyzyjnie określają swoje potrzeby w zakresie wyposażenia i wyglądu zamawianych autobusów, co miało miejsce także w przedmiotowymi postępowaniu. W związku z tym, aby jak najlepiej dostosować pojazd do stawianych wymagań, wykonawca zmuszony jest do zakupu poszczególnych komponentów składowych i technologicznych od innych podmiotów, ponieważ sam nie jest w stanie ich wyprodukować, natomiast są one dostępne na rynku. Podkreślenia wymaga fakt, iż Odwołujący nie zleca wytworzenia części autobusów innym podmiotom w ramach jednolitego procesu produkcyjnego, lecz nabywa poszczególne elementy lub gotowe w wersji standardowej autobusy, z których wytwarza ostateczny, zgodny z oczekiwaniami zamawiającego produkt pod marką Mercedes-Benz, samodzielnie go dostarcza, ponosi odpowiedzialność gwarancyjną i sprawuje opiekę serwisową. Odwołujący zaznacza przy tym, iż współpraca pomiędzy wskazanymi podmiotami - zakładami produkcyjnymi, odbywa się wyłącznie na zasadzie partnerstwa handlowego i powiązań strukturalnych między spółkami, a co za tym idzie, podmioty te nie są zaangażowane w realizację zamówienia na zasadzie umów podwykonawczych. Odwołujący wyłącznie na zasadach kupna / sprzedaży lub umowy dostawy nabywa wyprodukowane przez te podmioty komponenty, co świadczy o tym, iż jedynym sposobem wprowadzenia na rynek handlowy tych produktów jest finalny wyrób EvoBus Polska Sp. z o.o. jako dostawcy, zaś podmioty te funkcjonują wobec Odwołującego jedynie, jako sprzedawcy typowych

elementów autobusowych lub autobusów w wersji standardowej. Istotne jest też to, iż wskazane w ofercie zakłady produkcyjne należą do innych podmiotów prawnych, ale działają w ramach tej samej grupy kapitałowej. Stąd Odwołujący może bezpośrednio zakupić w tych zakładach potrzebne mu do wykonania zamówienia elementy, a następnie wytworzyć produkt zgodny z przedmiotem zamówienia i sprzedawać pod określoną marką. Takiej możliwości nie maja podmioty spoza grupy kapitałowej. Zauważył ponadto, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził, że Odwołujący „nie dysponuje (a przynajmniej tego nie wskazał) odpowiednim zapleczem technicznym", podczas gdy Zamawiający nie stawiał w SIWZ żadnych wymagań w tym zakresie. Niezależnie od tego, iż stanowisko Zamawiającego jest niezgodne ze stanem faktycznym, podkreślenia wymaga, iż oczekiwanie wykazania odpowiedniego zaplecza technicznego na etapie wyjaśniania oferty narusza zasadę równego traktowania wykonawców, a zatem jest bezprawne. Zdaniem Odwołującego, wskazane w jego ofercie firmy, jako podmioty prowadzące wskazane w ofercie zakłady produkcyjne, nie są w realizację zaangażowane bezpośrednio przedmiotowego zamówienia na zasadzie podwykonawstwa, a wyłącznie dostarczają w ramach sprzedaży poszczególne elementy składowe i podzespoły do autobusów, bądź gotowe standardowe wersje autobusów. Wobec tego twierdzenie, iż Odwołujący zamierza wykonać zamówienie z udziałem podwykonawców jest nieuprawnione i niczym

nieuzasadnione.
II. Nieprawdziwe jest również, jego zdaniem, twierdzenie, jakoby krajem pochodzenia pojazdów oferowanych przez Odwołującego nie była Polska. Przede wszystkim podkreślił, że kwestia pochodzenia pojazdu jest całkowicie bez znaczenia dla oceny zaoferowanego przedmiotu zamówienia pod względem jego zgodności z treścią SIWZ. Zamawiający nie sformułował bowiem w opisie przedmiotu zamówienia jakichkolwiek wymagań w zakresie pochodzenia zamawianych pojazdów, do czego zresztą nie byłby uprawniony, z uwagi na treść art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wprost określił w treści oferty, iż miejsce montażu ostatecznego zamawianych pojazdów stanowi zakład znajdujący się w Wolicy. Wraz z ofertą złożył również oświadczenie [wg. załącznika nr 9 do SIWZ], iż krajem pochodzenia oferowanych pojazdów jest Polska. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie. Jego zdaniem, nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, jakoby wytworzenie gotowego i ostatecznego produktu miało miejsce w fabryce montażowej na terenie Turcji. Odwołujący rzeczywiście korzysta z poszczególnych części i elementów wyposażenia autobusów nabywanych u określonych podmiotów, mających siedzibę na terenie innych krajów, w tym w zakładzie produkcyjnym na terenie Turcji. Jednak zauważyć należy, iż to zakład znajdujący się na terenie Polski dokonuje ostatecznego i docelowego montażu wszystkich elementów składowych, w tym wyposażenia m.in. w systemy informatyczne, komputer pokładowy, system informacji, połączenia

sieciowe, tablice kierunkowe zewnętrzne, systemy monitoringu i nagłośnienie oraz uruchomienie oferowanych autobusów. O kraju pochodzenia przesądza art. 60 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego Unijny Kodeks Celny [Dz.U.UE.L.2013.269.1], zgodnie z którym „Towar, w produkcję którego zaangażowane są więcej niż jeden kraj lub więcej niż jedno terytorium, uznaje się za pochodzący z kraju lub terytorium, w którym towar ten został poddany ostatniemu istotnemu, ekonomicznie uzasadnionemu przetwarzaniu lub obróbce, w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu, co spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania". Mając na uwadze powyższy przepis Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe autobusy dopiero na terenie Polski finalnie montowane są na bazie dostarczanych autobusów i ich części, jak i doposażone w wymagane systemy, oprogramowanie, elementy wyposażenia oraz przystosowywane do konkretnych parametrów technologicznych. Zdaniem Odwołującego, dostarczane autobusy w ramach przedmiotowego postępowania - po dokonaniu montażu, modyfikacji i wyposażenia na terenie Polski, stanowią nowy produkt w rozumieniu prawa celnego, przystosowany do potrzeb konkretnego zamówienia, o konkretnej specyfikacji. W tym zakresie przywołał orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 30 kwietnia 2015 r. o sygn. III SA/Gd 157/15, w którym stwierdzono, iż „według utrwalonego stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ostatnia obróbka bądź przetworzenie jest tylko wtedy znacząca w myśl art. 24 WKC, gdy wynikły z niej wyrób odznacza się szczególnymi właściwościami oraz wykazuje specyficzne cechy, których nie miał przed tą obróbką lub przetworzeniem. Określenie pochodzenia towaru musi bazować na obiektywnym i dającym się sprawdzić rozróżnieniu pomiędzy wyrobem wyjściowym, a wyrobem będącym produktem końcowym przetworzenia, które przyczyniło się do powstania wyrobu o specyficznych cechach (Europejski Trybunał Sprawiedliwości 10.12.2009, C-3/08]". Mając powyższe na uwadze Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe autobusy dopiero na terenie Polski poddawane są ostatniemu przetworzeniu, nabierają kształtu, parametrów i określonych właściwości dedykowanych do konkretnego przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem, trudno uznać, iż miejscem pochodzenia oferowanych przez Wykonawcę towarów nie jest Polska. Powyższe potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie przykładowo w wyroku z dnia 8 maja 2012 r. o sygn. akt KIO 823/12 podkreślono, iż „jak wynika wprost z przeoczonych powyżej przepisów Wspólnotowego Kodeksu Cjwilnego, nie jest istotne, z jakiego kraju pochodzą komponenty, elementy określonego urządzenia, ale w jakim kraju oferowany towar został poddany ostatniej, istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu". Odwołujący zauważył, że jeżeli zdaniem Zamawiającego interpretacja przez Odwołującego przepisów celnych, co do miejsca pochodzenia pojazdów jest błędna i powinna to być Turcja, to wówczas Zamawiający zobowiązany był do

skorygowania tego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Zatem czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu złożonej oferty, należy w tej sytuacji ocenić co najmniej jako przedwczesną, bowiem dopiero w przypadku braku zgody Odwołującego na korektę dokonaną przez Zamawiającego zaktualizowałaby się przesłanka do odrzucenia oferty. Jednakże Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym stanie faktycznym w ogóle brak jest podstaw do odrzucenia oferty, ponieważ Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań w zakresie miejsca pochodzenia autobusów.
III. Za całkowicie bezpodstawny, zdaniem Odwołującego, uznać należy zarzut, że udział towarów w ofercie Odwołującego pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. W powyższym zakresie (zgodnie z wymogiem rozdziału I ust. 24 SIWZ) wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ. Oświadczenie złożone przez Odwołującego wskazuje wprost, iż udział towarów w ofercie Odwołującego, pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%. Zatem nie wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, iż wymóg w tym zakresie nie jest spełniony. Podkreślił, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty z tego powodu nie odebrał od Odwołującego żadnych wyjaśnień, ani w trybie art. 26 ust 4, ani w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podając powyższy powód odrzucenia oferty Odwołującego nie uzasadnił, jakimi przesłankami kierował się, uznając złożone wraz z ofertą oświadczenie Odwołującego za niezgodne ze stanem rzeczywistym. W zawiadomieniu o odrzuceniu Zamawiający odwołał się tylko do rzekomo przeprowadzonych, nieokreślonych analiz. Twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie są gołosłowne i jako takie nie mogą stanowić skutecznej podstawy do odrzucenia oferty.
IV. Odwołujący podkreślił, że podstawę do odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą stanowić wyłącznie przesłanki enumeratywnie wskazane w treści art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten nie wymienia wśród ww. przesłanek okoliczności „złożenia w ofercie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym". Powoływanie się na tę okoliczność w ramach podstaw do odrzucenia złożonej oferty należy zatem uznać za działanie bezprawne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie oraz podtrzymał wskazane w piśmie z dnia 6.10.2016 r. podstawy odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art.89 ust.1 pkt 1 i 2 oraz art. 138 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. W szczególności podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest wyprodukowanie i dostawa [zgodnie z p. 1.1-5

SIWZ] fabrycznie nowych, niskoemisyjnych, niskopodłogowych autobusów przegubowych, spełniających wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (SIWZ) wraz z wyposażeniem elektronicznym (dedykowanymi urządzeniami i systemami). Ze względu na to, że przedmiotem zamówienia jest także wyprodukowanie pojazdów (a nie sprzedaż gotowych, wykonanych bez związku z zamówieniem produktów) Zamawiający zastrzegł sobie prawo dokonania odbioru technicznego każdego autobusu u Wykonawcy oraz prawo kontroli zaawansowania prac w fabryce. nr 1 do SIWZ autobusu Załącznik „Wymagania techniczne miejskiego przegubowego o długości 18 metrów" zawiera szczegółowe informacje o tym, jakie zamawiany autobus powinien spełniać w zakresie m.in. kabiny kierowcy, przedziału pasażerskiego, zespołu napędowego, układu hamulcowego, układu wydechowego, układu pneumatycznego, zawieszenia, ogumienia itd. Podkreślił także, że „Realizacja przedmiotu zamówienia w tym zakresie ma się odbywać w zakładzie produkcyjnym w Turcji przez podmiot powiązany kapitałowo z. Odwołującym, jednak będącym odrębną osobą prawną". Zwrócił również uwagę, że dostawa będąca przedmiotem zamówienia stanowi w rzeczywistości umowę o dzieło -wytworzenie (wyprodukowanie) autobusów miejskich, co wynika z opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć autobusy spełniające określone przez zamawiającego i uzgodnione z nim w toku produkcji wymagania techniczne. Wskazał, że Odwołujący zaoferował dostawę autobusów MERCEDES-BENZ 628 B02 Conecto G. Jest to określony typ autobusu, posiadający homologację, którego producentem jest EvoBus GmbH, Stuttgart. Pomimo to, w punkcie 12 oferty (Podwykonawcy) odwołujący oświadczył, że zamówienie zostanie wykonane w

całości przez Wykonawcę (Odwołującego). Udzielając wyjaśnień potwierdził powyższe potwierdzając jednocześnie, że producentem autobusu określonego typu, jest podmiot nie wchodzący w skład wykonawców oraz, że miejscem produkcji oferowanego autobusu są zakłady należące do innych podmiotów. Także w wyjaśnieniach Odwołujący podał, że zamówienie zostanie wykonane przy udziale innych podmiotów, zastrzegł jednak, że nie zachodzi w tym wypadku podwykonawstwo, a jedynie zwykła dostawa gotowych elementów lub części. Zdaniem Zamawiającego „Z powyższą interpretacją nie sposób się zgodzić. Wykonawca oświadczył w ofercie, że wykona zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców, natomiast z treści wyjaśnienia wynika, że Wykonawca planuje wykonać zamówienie z udziałem podwykonawców - spółek powiązanych kapitałowo, ja samodzielne wykonanie zamówienia jest niemożliwe, ponieważ Wykonawca nie dysponuje (a przynajmniej tego nie wskazał) odpowiednim zapleczem technicznym. W szczególności Odwołujący potwierdził, że wskazane w ofercie zakłady produkcyjne, (czyli te, w których będą produkowane autobusu dla zamawiającego) należą do innych podmiotów. Wykonawca zamawia bowiem wyprodukowanie poszczególnych elementów autobusów u innych

---

podmiotów z grupy kapitałowej. Z oferty wynika, że dostawa podzespołów do fabryki montującej następuje ze Stuttgartu (EvoBus GmbH) w Niemczech, a budowa szkieletu i poszycia nadwozia, proces zabezpieczenia antykorozyjnego oraz montaż podstawowy następuje w Turcji (Mercedes Benz Turk A.S.). W zakładzie produkcyjnym w Polsce ma miejsce montaż ostateczny polegający na,^£0332610^^0^1511 m.in. w systemy informatyczne, komputer pokładowy^ system informacji, połączenia sieciowe, tablice kierunkowe wewnętrzne itd.). Co więcej, z przedłożonej wraz z ofertą homologacji wynika, że zakłady montujące autobusy znajdują się w Niemczech, Hiszpanii i Turcji (Mercedes Bezn Turk A.S. - Hosdere Fabrika). Zakład produkcyjny w Polsce nie został wskazany w formularzu świadectwa homologacji typu. Nie można wiec uznać, że autobus jest produkowany w Polsce z gotowych podzespołów i części pochodzących z innych krajów. W przeważającej części autobus jest produkowany w ujętym w świadectwie homologacji typu zakładzie montażowym w Turcji. W Polsce natomiast jest montowane przez Wykonawcę wyposażenie autobusu. Jak wskazuje Wykonawca w punkcie 4 wyjaśnień EvoBus Polska sp. z o.o. dostosowuje te autobusy (w domyśle wyprodukowane w zakładzie montażowym Turcji z podzespołów dostarczonych z Niemiec) do wymagań konkretnego zamawiającego, ale typ autobusu w dalszym ciągu jest zgodny z wydaną dla autobusu homologacją. Nie można się zgodzić, że podmioty, które wykonują istotną część zamówienia (produkcja autobusów bez wyposażenia w systemy niezbędne dla potrzeb komunikacji miejskiej) nie stanowią podwykonawców". Podkreślił ponownie, że „Przedmiotem zamówienia jest wyprodukowanie i dostarczenie zamawiającemu autobusów. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że produkcja autobusów w przeważającej (najważniejszej) części odbywa się w fabryce w Turcji, co wykonawca sam potwierdziła w ofercie wskazując, jako zakład produkcyjny w Turcji jako jeden z etapów realizacji zamówienia. Wskazanie w wyjaśnieniach, iż produkcja autobusów w części podstawowej (bez wyposażenia specyficznego dla pojazdów publicznej komunikacji miejskiej w Krakowie) odbywać się będzie przez podmioty trzecie jest jednoznaczna w ocenie zamawiającego z dokonaniem przez odwołującego zmiany oferty i wskazaniem udziału podwykonawców." Zdaniem zamawiającego, „Nie zmienia tego faktu próba odmiennej interpretacji, iż podmioty te z racji istniejących powiązań kapitałowych oraz braku pisemnej umowy nie mają statusu podwykonawców. O tym, czy dany podmiot jest podwykonawcą nie przesądza bowiem ani brak powiązań ii kapitałowych ani też zawarcie pisemnej umowy, ale zakres powierzonych do wykonania i czynności". Podniósł także, że „Skoro Wykonawca złożył oświadczenie wprost o samodzielnym wykonaniu zamówienia, to Zamawiający jest tym oświadczeniem związany. Powtórzyć należy, że wskazanie w innym miejscu oferty, że producentem zaoferowanego typu autobusów jest inny podmiot oraz zakładów produkcyjnych należących do innych podmiotów, nie podważyło przekonania Zamawiającego prawdziwości złożonego oświadczenia o braku podwykonawców, lecz

---

uzasadniło domaganie się wskazania możliwości faktycznych i prawnych, które umożliwiłyby Odwołującemu samodzielnej produkcji". Zdaniem Zamawiającego ponadto, „Składając w wyjaśnieniach oświadczenie o udziale podmiotów trzecich, które w ocenie zamawiającego

stanowią podwykonawców, Odwołujący dokonał niedozwolonej zmiany oferty". Wskazując na orzeczenie KIO 873/15 podał, że „Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 p.z.p. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. W terminie składania ofert, zadaniem wykonawcy jest sformułowanie oferty, takie jej zaprezentowanie, że jasnym i czytelnym jest zaoferowany przedmiot, rozwiązania jakie się nań składają i jego charakterystyka. Po tym terminie oferta, co do zasady nie podlega zmianie. Wyjątkiem jest wynikający z art. 87 ust. 2 p.z.p. obowiązek poprawienia w ofercie omyłek, dla którego jednak granicę wyznacza zakaz negocjowania treści oferty oraz takiej jej zmiany, która będzie miała charakter istotnej. 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 p.z.p., ponieważ stanowiłoby to niedopuszczalne negocjacje dotyczące złożonej oferty i dokonywanie zmiany jej treści". Wskazując na art. 26 ust.3 i art. 87 ust. 1ustawy Pzp podał, że pierwszy z przepisów dopuszcza uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, ale wyłącznie w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 p.z.p. Wprowadzenie nowego podwykonawcy, nie wskazanego wcześniej w treści oferty stanowi niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty i zmianę określonego w ofercie sposobu spełnienia świadczenia, a drugi z kolei - pozwala Zamawiającemu, w toku badania i oceny ofert, zwracać się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyjaśnienie ich treści. Niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Po pierwsze należy zauważyć, że jest to uprawnienie przysługujące Zamawiającemu, który powziął wątpliwości, co do treści złożonej oferty i bez udziału wykonawcy, który daną ofertę złożył, wątpliwości te nie mogą być wyjaśnione. Przepis ten nie może być wykorzystywany do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści. Zwrócił uwagę na wyrok KIO 2854/12, w którym to wyroku 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 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. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 07.03.2016r. (KIO 221/16) w sprawie z udziałem Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Krakowie Spółka Akcyjna, jako zamawiającego".

Odnosząc się do udziału towarów w ofercie Odwołującego pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, stwierdził m.in., że „Fabryka montażowa autobusu, w której następuje produkcja pojazdu w stanie zdatnym do ruchu, lecz bez wyposażenia jest zlokalizowana w Turcji. Czynności dokonywane w Wolicy stanowią montaż wyposażenia, który nie może stanowić istotnego ekonomicznie uzasadnionego przetworzenia lub obróbki w rozumieniu Unijnego Kodeksu Celnego. Przeczy temu chociażby okoliczność, iż zakres prac montażowych, które mają miejsce w Polsce są na tyle nieistotną zmianą, że nie mają wpływu na homologację typu, co sam wykonawca potwierdzał w wyjaśnieniach (pkt 5)". Zwrócił

uwagę na wyrok Trybunału w połączonych sprawach C-447/05 i C- 448/05, w którym Trybunał orzekł, że czynność montażu może być decydująca o pochodzeniu, jeśli z technicznego punktu widzenia i przy uwzględnieniu definicji przedmiotowego towaru stanowi ona decydujące stadium produkcji, w którym przesądza się o przeznaczeniu użytych części i w którym przedmiotowy towar zyskuje szczególne cechy jakościowe. Zdaniem Zamawiającego, decydującym dla Zamawiającego (…) w tej kwestii jest świadectwo homologacji typu, które Odwołujący przedłożył wraz z ofertą spełniając tym samym wymóg określony w IX.3.4.2 SIWZ. Odwołujący przedłożył świadectwo homologacji typu dla pojazdów zgodnie z Dyrektywą 2007/46AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r. ustanawiającą ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układem, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów (zwana dalej: Dyrektywą). Zgodnie z punktem 14 preambuły Dyrektywy głównym celem przepisów w zakresie homologacji pojazdów jest zagwarantowanie, aby nowe

12

---

pojazdy, części i oddzielne zespoły techniczne wprowadzone do obrotu zapewniały wysoki poziom bezpieczeństwa i ochrony środowiska. Osiągnięcie tego celu nie powinno być utrudniane przez montaż pewnych części lub wyposażenia po wprowadzeniu pojazdów na rynek lub po ich dopuszczeniu do ruchu. Należy zatem przyjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia, że części lub wyposażenie, które mogą być zamontowane w pojazdach i które mogą znacznie zakłócić funkcjonowanie układów istotnych ze względu na bezpieczeństwo lub ochronę środowiska, podlegają kontroli przez organ udzielający homologacji, zanim zostaną wprowadzone do sprzedaży. Środki te powinny obejmować przepisy techniczne dotyczące wymagań, które te części lub wyposażenie muszą spełniać. Zgodnie z artykułem 5 Dyrektywy producent jest odpowiedzialny przed organem udzielającym homologacji za wszystkie aspekty procesu homologacji i za zapewnienie zgodności produkcji, niezależnie od tego, czy bezpośrednio uczestniczy on we wszystkich etapach wytwarzania pojazdu, układu, części lub oddzielnego zespołu technicznego. Wniosek o udzielenie homologacji typu krok po kroku składa się z folderu informacyjnego zawierającego informacje wymagane zgodnie z załącznikiem MS. Jedną z informacji wymaganych dla celów homologacji jest wskazanie nazwy i adresu fabryki montującej. Zgodnie z artykułem 12 Dyrektywy państwo członkowskie, które udziela homologacji typu WE, podejmuje niezbędne środki, zgodnie z załącznikiem X, w celu zweryfikowania, w zależności od potrzeby we współpracy z organami udzielającymi homologacji innych państw członkowskich, czy podjęto odpowiednie działania dla zapewnienia, że produkcja pojazdów, układów, części lub oddzielnych zespołów technicznych, w odpowiednim przypadku, odpowiada homologowanemu typowi. Zgodnie z Artykułem 13 producent niezwłocznie informuje państwo członkowskie, które udzieliło homologacji typu WE, o każdej zmianie szczegółowych danych zawartych w pakiecie informacyjnym. Zgodnie z Załącznikiem X „Procedury Zgodności Produkcji" zachowywanie zgodności procedur produkcyjnych ma na celu zapewnienie zgodności każdego układu, część i z produkowanego pojazdu, oddzielnego zespołu technicznego homologowanym typem. Organ udzielający homologacji państwa członkowskiego weryfikuje, czy istnieją zadowalające uzgodnienia i procedury mające na celu skuteczną kontrolę tak, aby znajdujące się w produkcji części, układy, oddzielne zespoły techniczne lub pojazdy były zgodne z homologowanym typem. Do celów homologacji typu pojazdu nie trzeba dokonywać powtórnych ocen początkowych przeprowadzanych dla udzielenia homologacji układom, częściom i zespołom technicznym pojazdu, ale uzupełnia się je o ocenę obejmującą lokalizację oraz działalność związaną z montażem całego pojazdu, które nie były objęte zakresem poprzednich ocen”. Podkreślił, że „Wydana homologacja typu na oferowany autobus nie uwzględnia zakładu produkcyjnego w Wolicy. Gdyby więc przyjąć, że, jak twierdzi Odwołujący, w tym zakładzie ma miejsce istotny etap produkcyjny, oznaczałoby to, że nie zostanie zachowana zgodność z udzieloną homologacją”.

13

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków

zamówienia i treści oferty Odwołującego oraz składanych przez wykonawcę wyjaśnień, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu zgodnie z jego opisem w punkcie I.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] jest wyprodukowanie i dostawa w formie leasingu finansowego fabrycznie nowych niskoemisyjnych niskopodłogowych autobusów przegubowych. Także w punkcie I.2 wskazano, że „Zakres zamówienia obejmuje wyprodukowanie i dostawę w formie leasingu finansowego 77 sztuk ww. autobusów wraz z wyposażeniem elektronicznym (dedykowanymi urządzeniami i systemami) wyposażeniem dodatkowym w związku z udzieloną autoryzacją, niezbędnym oprogramowaniem, dokumentacją i przeprowadzeniem szkoleń na warunkach określonych w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz sześć sztuk zapasowych automatów biletowych". Zamawiający w punkcie I.6 a i b oraz c ustalił także ogólne wymagania techniczne i dokumenty a także warunki wykonania zamówienia wskazując m.in. na miejsce odbiorów technicznych [u wykonawcy] oraz zastrzegając prawo dokonania odbioru technicznego u Zamawiającego wraz z odbiorem końcowym oraz prawo kontroli zawansowania prac w miejscu produkcji ze szczególnym uwzględnieniem zastosowanych materiałów oraz zabezpieczenia antykorozyjnego autobusów (prawo kontroli międzyoperacyjnej w trakcie procesu produkcyjnego). Z kolei w pkt 9 specyfikacji podał, że „Wraz z dostawą pierwszego pojazdu Wykonawca dostarczy dedykowane do niego wyposażenie elektroniczne oraz systemy informatyczne, umożliwiające funkcjonowanie pojazdów w ramach obsługi Komunikacji Miejskiej w Krakowie, sześć sztuk dodatkowych automatów. W załączniku nr 1 do siwz określono szczegółowe wymagania techniczne dla autobusu, a w załączniku nr 2 w pkt III określono dokumentację, w tym niezbędną do zarejestrowania pojazdów w Polsce oraz dokumentację techniczną pojazdu. W punkcie I. 23 specyfikacji wskazując na art. 138c ust.1 pkt 4 ustawy Pzp podał, że wymaga, aby w przedmiocie dostawy udział towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi WE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekraczał 50 %. W tym zakresie oświadczenie miało być złożone na formularzu określonym w załączniku nr 9 do specyfikacji. W punkcie XII.6 siwz wskazano m.in. ppkt 6.9, że oferta podlega odrzuceniu, jeżeli udział wskazanych towarów nie przekracza wymaganych 50%. W tym formularzu także wskazano na art. 23 i 24 rozporządzenia Rady (EWG) nr 2913/92 oraz podano, że „Towar, w produkcję którego zaangażowany jest więcej niż jeden kraj jest uznawany za pochodzący z

kraju, w którym został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu." W formularzu ofertowym w punkcie 10 należało podać miejsce produkcji autobusów, w którym Zamawiający będzie mógł dokonać kontroli międzyoperacyjnej w trakcie procesu produkcyjnego przedmiotu zamówienia [pkt I.6.c siwz]. Należało także wypełnić zamieszczoną w nim tabelę dotyczącą etapów procesu produkcyjnego, która przewidywała, że mogą one dotyczyć różnych zakładów i dlatego wykonawca zobowiązany był podać m.in. nazwę, adres oraz właściciela danego zakładu.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę złożył Odwołujący, który zawiązał Konsorcjum - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w skład którego weszło Pekao Lesing sp. z o.o. z Warszawy oraz EvoBus Polska sp. z o.o. z Wolicy. Drugą ofertę uznaną za najkorzystniejszą także złożyło Konsorcjum - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie Solaris Bus & Coach S.A. i PKO Leasing S.A.

Zgodnie z punktem 1 Formularza oferty (str. 2 oferty), wnoszący odwołanie zaoferował autobus miejski przegubowy Mercedes-Benz, 628 B02 Conecto G. Producentem autobusu, zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie jest EvoBus GmbH. W punkcie 10 oferty (str. 4-5 oferty) Odwołujący wskazał miejsca produkcji oferowanych autobusów, a mianowicie:
1. Niemcy, Stuttgart, EvoBus GmbH (nazwa właściciela zakładu produkcyjnego Daimler AG) - etap produkcji dostawa podzespołów do fabryki montującej w Turcji;
2. Turcja Hosdere , Mercedes Benz Tiirk A.S. (nazwa właściciela zakładu produkcyjnego Daimler AG) - budowa szkieletu i poszycia nadwozia, proces zabezpieczenia antykorozyjnego, montaż podstawowy,

3. Polska Wolica, EvoBus Polska Sp. z o.o. (nazwa właściciela zakładu produkcyjnego EvoBus GmbH) - montaż ostateczny polegający na wyposażeniu autobusu m.in. w systemy informatyczne, komputer pokładowy, system informacji, połączenia sieciowe, tablice kierunkowe zewnętrzne, tablice kierunkowe wewnętrzne, system automatycznej głosowej informacji o trasie, urządzenia kasujące bilety, automat biletowy, system monitoringu, system liczenia potoków pasażerskich, nagłośnienie, system emisji reklam, radiotelefon.
W punkcie 11 Formularza oferty (str. 5 oferty) Odwołujący oświadczył, że dostawcą przedmiotu zamówienia [w pełnym rzeczowym zakresie określonym w SIWZ], gwarantem oraz udzielającym autoryzacji jest EvoBus Polska Sp. z o.o, natomiast leasingodawcą jest PEKAO LEASING Sp. z o.o. W punkcie 12 tego Formularza (str. 5 oferty) Odwołujący

wykreślił informację o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcy. W formularzu stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ (str. 71 oferty) Odwołujący złożył oświadczenie, że krajem pochodzenia oferowanych towarów jest Polska. Do oferty Odwołujący załączył świadectwo homologacji typu WE oferowanego pojazdu (załącznik nr 24 do oferty). W formularzu świadectwa homologacji typu wydanego dla oferowanego pojazdu Mercedes - Benz typ: 628B02 nazwa handlowa: Conecto G znajdują się m.in, następująco informacje: Producent: EvoBus GmbH, Stuttgart; Nazwa i adresy zakładów montażowych: 1. EvoBus GmbH, Stuttgart, 2. EvoBus GmbH, Neu~USm, 3.EvoBus GmbH, Mannhaeim, 4.EvoBus France S.A.S., Ligny eb Barrois, 5.EvoBus Iberica, Samano, 6.Mercedes Benz Turk A.S. - Hosdere Fabrika, Esenyurt/Istanbul,

Treść oferty Odwołującego – w zakresie wskazanych okoliczności - były przedmiotem zapytania Zamawiającego, który zwrócił się o wyjaśnienie następujących kwestii: 1) w jaki sposób Odwołujący będzie wykonywał zamówienie bez udziału podwykonawców; 2) na jakich zasadach będzie korzystał z zakładów produkcyjnych innych osób prawnych (DaimierAG, EvoBus GrnbH), 3) w czym będzie się przejawiało zaangażowanie w realizację zamówienia podmiotów wymienionych w p.10 Oferty: EvoBus GmbH oraz Mercedes Benz Turk A.S. (zasoby ludzkie, technologia itp.); 4) prawnej i faktycznej możliwości wyprodukowania przez EvoBus Polska sp. z o.o. autobusów Mercedes Benz 628B02 Connecto G, których producentem, zgodnie z informacją zawartą w homologacji, jest EvoBus GmbH, Stutgartt, 5) wskazania w ofercie, jako jednego z zakładów produkcyjnych (fabryki) adresu Wolica (05-830), ui. Katowicka 46, Polska, podczas, gdy w formularzu świadectwa homologacji typu fabryka ta nie została wskazana, jako miejsce produkcji autobusów Mercedes Benz 628B02 Connecto G. Także zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień w związku ze złożonym w ofercie oświadczeniem, iż miejscem pochodzenia oferowanych przez wykonawcę towarów jest Polska a udział towarów w zamówieniu, pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przekracza 50 %, w kontekście p. 10 oferty (miejsca produkcji, w których Zamawiający będzie mógł dokonać kontroli międzyoperacyjnej w trakcie procesu produkcyjnego - z jakich powodów i na jakiej podstawie wykonawca uznał, że Polska jest krajem, w którym autobusy zostaną poddane ostatniej, istotnej ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu, (które spowoduje wytworzenie nowego produktu lub stanowić będzie istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu). Odwołujący w odpowiedzi [pismo z dnia 4.10.2014 r.] podtrzymał oświadczenie, że zamówienie będzie wykonywał bez udziału podwykonawców. Potwierdził również, że zakłady produkcyjne rzeczywiście należą do innych podmiotów prawnych, ale działają one w jednej grupie kapitałowej w związku z czym wykonawca ma możliwość zamawiania bezpośrednio

od tych podmiotów określonych elementów wchodzących w skład finalnej wersji autobusu. Podał również, że inne podmioty nie są zaangażowane do realizacji zamówienia związanego z konkretnym przetargiem, a jedynie występują wobec Odwołującego, jako zwykli sprzedawcy typowych elementów autobusów. Stwierdził ponadto, że EvoBus Polska sp. z o.o. jest jedynym podmiotem odpowiedzialnym za faktyczną realizację przedmiotu zamówienia i wyjaśnił, że EvoBus Polska sp. z o.o., jako spółka-córka EvoBus GmbH Stuttrgart, powołana do celów sprzedażowych na terenie Polski, ma prawo przygotować/wyprodukować/dostarczyć finalne wersje autobusów, na bazie elementów

zakupionych w zakładach produkcyjnych należących do podmiotów z grupy kapitałowej. Co do miejsca produkcji w Polsce, Odwołujący poinformował, ze zakład w Wolicy jest miejscem ostatecznego montażu, wyposażenia oraz uruchomienia przedmiotowych autobusów.

W ocenie Izby, treść oferty Konsorcjum - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w skład którego weszło Pekao Lesing sp. z o.o. z Warszawy oraz EvoBus Polska sp. z o.o. z Wolicy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z tego też względu podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem ujawniona wadliwość nie mogła być naprawiona z zastosowaniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Kluczową kwestią dla rozstrzygnięcia zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp jest przedmiot zamówienia, którego realizacja wymagała, albo wyprodukowania [osobistego] autobusu przez wykonawcę Evo Bus sp. z o.o. z Wolicy, albo zaangażowania do tego celu uprawnionego producenta. Takie zaangażowanie mogło przybrać formę Konsorcjum lub też podwykonawstwa. W składanych oświadczeniach, co do samodzielnej realizacji zamówienia, Odwołujący zdaje się pomijać fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa gotowego produktu, a przede wszystkim wytworzenie (wyprodukowanie) autobusów miejskich, spełniających zgodnie z p. 1.1-5 SIWZ - wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do specyfikacji wraz z wymaganym wyposażeniem elektronicznym (dedykowanymi urządzeniami i systemami). Zamawiający zastrzegł sobie również prawo dokonania odbioru technicznego każdego autobusu u wykonawcy oraz prawo kontroli zaawansowania prac w fabryce. Tak jak wskazywał Zamawiający, załącznik nr 1 do specyfikacji [Wymagania techniczne autobusu miejskiego przegubowego o długości 18 metrów] zawiera szczegółowe informacje o tym, jakie zamawiany autobus powinien spełniać w zakresie m.in. kabiny kierowcy, przedziału pasażerskiego, zespołu napędowego, układu hamulcowego, układu wydechowego, układu pneumatycznego, zawieszenia, ogumienia itd. Realizacja przedmiotu zamówienia w tym zakresie ma się odbywać w zakładzie produkcyjnym w Turcji, co prawda przez podmiot

powiązany kapitałowo z Odwołującym, jednakże będącym odrębną osobą prawną. Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że możliwe jest wykonania przedmiotu zamówienia bez udziału producenta autobusu, albowiem wykonawca nie dysponuje (a przynajmniej tego nie wykazał) zapleczem technicznym umożliwiającym wyprodukowanie autobusów. Także zdaniem Izby, wskazane w ofercie zakłady produkcyjne, (czyli te, w których będą produkowane zamawiane autobusy) należą do innych podmiotów. Z oferty bezspornie wynika, że dostawa podzespołów do fabryki montującej następuje ze Stuttgartu (EvoBus GmbH) w Niemczech, a budowa szkieletu i poszycia nadwozia, proces zabezpieczenia antykorozyjnego oraz montaż podstawowy następuje w Turcji (Mercedes Benz Turk A.S.). Z kolei w zakładzie produkcyjnym w Polsce ma miejsce w istocie montaż w systemy informatyczne, komputer pokładowy, system informacji, połączenia sieciowe, tablice kierunkowe wewnętrzne itd.). Izba zauważa również, że w przedłożonej wraz z ofertą homologacji wymieniono zakłady montujące autobusy, które znajdują się w Niemczech, Hiszpanii i Turcji (Mercedes Bezn Turk A.S. - Hosdere Fabrika). Zakład produkcyjny w Polsce nie został w tym formularzu świadectwa homologacji wskazany. Izba nie zgodziła się z sugerowanym w wyjaśnieniach stwierdzeniem Odwołującego, że montaż ostateczny w Walicy to wyprodukowanie pojazdu przy założeniu, że wyprodukowany autobus przez EvoBus Gmbh to komponent – element przedmiotu dostawy. Nie można zatem uznać, że autobus jest produkowany w Polsce z gotowych podzespołów i części pochodzących z innych krajów. Zdaniem Izby, tak jak stwierdził Zamawiający, nie ulega najmniejszej wątpliwości, że produkcja autobusów w najważniejszej i jednocześnie przeważającej części odbywa się w fabryce w Turcji, co potwierdził w ofercie sam wykonawca wskazując zakład produkcyjny w Turcji jako jeden z etapów realizacji zamówienia. Powyższe potwierdza także świadectwo homologacji dla pojazdu. Z kolei, jak wskazał wykonawca w punkcie 4 wyjaśnień z dnia 4.10.2016 r, EvoBus Polska sp. z o.o. dostosowuje tylko te autobusy (w domyśle wyprodukowane w zakładzie montażowym Turcji z podzespołów dostarczonych z Niemiec) do wymagań konkretnego zamawiającego, ale typ autobusu w dalszym ciągu jest zgodny z wydaną dla autobusu homologacją. Nie można także zgodzić się, że podmioty, które wykonują istotną część zamówienia (produkcja autobusów bez wyposażenia w systemy

niezbędne dla potrzeb komunikacji miejskiej) nie uczestniczyłyby w realizacji tego przedmiotu zamówienia tym bardziej, że Zamawiający wymaga zapewnienia mu prawa kontroli zaawansowania prac w fabryce.

Odnośnie drugiej ze wskazanych w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego tj. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała, że w uzasadnieniu decyzji Zamawiający nie podał bezpośrednich powodów wskazania tej podstawy odrzucenia. Można zatem domniemywać, że oferta Odwołującego [jak to zakwalifikował wykonawca] jest

18

---

niezgodna z ustawą Pzp, albowiem nie nastąpiło wskazanie w ofercie podwykonawcy. Tak jak Izba zauważyła powyżej realizacja przedmiotu tego zamówienia wymagała, albo „osobistego" wyprodukowania autobusu przez wykonawcę, albo zaangażowania do tego celu uprawnionego producenta, a takie zaangażowanie mogło przybrać formę Konsorcjum [wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia] lub też podwykonawcy – podmiotu wykonującego zamówienie w zakresie produkcji autobusów na zlecenie wykonawcy. Izba także uznała za zasadny zarzut dotyczący wskazywanego art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Rzeczywiście wskazywanie w taki sposób podstawy odrzucenia oferty nie jest dopuszczalne ustawą Pzp. Izba zgodziła się z Odwołującym, że podstawę do odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą stanowić wyłącznie przesłanki enumeratywnie wskazane w treści art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten nie wymienia wśród tych przesłanek okoliczności „złożenia w ofercie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym". Powoływanie się na tę okoliczność w ramach podstaw do odrzucenia złożonej oferty należy zatem uznać za działanie nieuprawnione. Izba w zakresie tych zarzutów zobowiązana była jednocześnie mieć na względzie dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którą uwzględnienie odwołania ma miejsce wówczas, gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie, co wskazano powyżej, kluczowe rozstrzygnięcie dotyczyło uzasadnionych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba zauważa, że w decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał na udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia, w których ten podał, że miejscem pochodzenia towarów jest Polska, którego to poglądu Zamawiający słusznie nie podzielił. Tak jak słusznie również podał zamawiający, fabryka montażowa autobusu, w której następuje produkcja gotowego pojazdu jest zlokalizowana w Turcji oraz, że nie można zgodzić się z twierdzeniem, że ostatnia istotna przeróbka w rozumieniu Unijnego Kodeksu Celnego ma miejsce w Polsce. Takiemu twierdzeniu – jak podał – przeczy zakres prac montażowych, które mają miejsce w Polsce i które są na tyle nieistotną zmianą, że nie mają wpływu na homologację typu, co sam wykonawca potwierdzał w wyjaśnieniach. W stanie faktycznym sprawy i wobec faktu składania wyjaśnień, wykonawca ten nie może twierdzić, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty z tego powodu nie odebrał od Odwołującego żadnych wyjaśnień. Z tych powodów zarzut ten w powołaniu na wskazywane przez wykonawcę okoliczności Izba uznała za niezasadny.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

19

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:

……

20