

WYROK

z dnia 10 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo Protokolant:
Skowroński**

Adam

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**URSUS BUS S.A ul. Frezerów 7A, 20-209 Lublin i URSUS S.A ul. Frezerów 7A,
20-209 Lublin**

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Miejską Bolesławiec ul. Rynek 41, 59-700 Bolesławiec

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

orzeka:

- 1.uwzględnić odwołanie i nakazuje Gminie Miejskiej Bolesławiec unieważnienie czynności oceny ofert oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert,**
- 2.kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Bolesławiec i:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia URSUS BUS S.A i URSUS S.A tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Gminy Miejskiej Bolesławiec na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia URSUS BUS S.A i URSUS S.A kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 775/17

#x200ePrzewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Bolesławiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup niskoemisyjnego taboru autobusowego na potrzeby komunikacji miejskiej w Bolesławcu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 stycznia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 019-032492. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia URSUS BUS

S.A. i URSUS S.A. (dalej też „konsorcjum Ursus”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, złożonych na wezwanie Zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, w której z treści tych dokumentów i oświadczeń wynikała niespójność, bowiem ze złożonego przez Odwołującego wypełnionego Załącznika A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Specyfikacja techniczna autobusów (w którym Zamawiający określił warunki, wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie każdego pojazdu), jednoznacznie wynikało, że oferuje on w ramach kryterium „Oś przednia” – rodzaj

zawieszenia osi przedniej – belka sztywna (punkt 13.), natomiast z przedłożonego świadectwa homologacji typu pojazdu wydanego przez uprawniony organ wynikało, że zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, tylko jest niezależne; a zatem skoro w toku analizy i oceny złożonych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający powziął wątpliwość co do ich treści i wykrył powyższą nieścisłość,

to zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych winien (obligatoryjnie) wezwać wykonawcę do wyjaśnienia niezgodności pomiędzy złożonymi dokumentami i oświadczeniami,

2.art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, stosownie do treści art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, w której przedłożone dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierały informacje z nią niespójne, bowiem z treści świadectwa homologacji typu pojazdu wydanego przez uprawniony organ wynikało, że zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej (jak zostało wskazane w ofercie),

a tym samym co najmniej przedwczesne unieważnienie czynności oceny oferty w ramach kryterium „Warunku technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej” – z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3.art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jednostronną, całkowicie nieuprawnioną i niedopuszczalną zmianę treści oferty Odwołującego polegającą na uznaniu, że skoro z treści świadectwa homologacji typu pojazdu wydanego przez uprawniony organ wynikało, że zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, to oferta Odwołującego w punkcie 1.5 dotyczy innego rodzaju zawieszenia osi przedniej niż wskazany w ofercie (sztywna belka), w sytuacji, gdy zgodnie z brzmieniem tego przepisu Zamawiający mógł samodzielnie poprawić (zmienić) w ofercie jedynie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe lub inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty; tymczasem przedmiotowa zmiana była zmianą istotną, skoro wpływała na ocenę ofert wykonawców i oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia, a końcowo wpłynęła również na to, że oferta Odwołującego nie jest już ofertą najwyżej ocenianą,

4.art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie przez Zamawiającego oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innego sposobu oceny ofert niż określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegające na wzięciu pod uwagę przy dokonywaniu tej oceny dokumentu świadectwa homologacji, który zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie miał i nie mógł służyć ocenie ofert, a tym samym stanowić potwierdzenia spełniania danego

kryterium (rodzaju zawieszenia osi przedniej), brak bowiem wskazania w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy i jakie ewentualnie dokumenty (poza dokumentami oświadczeniami dołączonymi do oferty) są wymagane od wykonawców na potrzeby oceny punktowej oferty; powoduje to, że Zamawiający nie tylko nie może żądać takich dokumentów, ale nawet gdyby był w ich posiadaniu, to nie może na ich podstawie dokonać oceny ofert złożonych przez wykonawców, a zatem skoro z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynikała możliwość dokonania przez Zamawiającego oceny ofert w zakresie zaoferowanego rodzaju osi zawieszenia na podstawie innych oświadczeń czy informacji, niż tych zawartych w samej treści oferty, to Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego w oparciu o świadectwo homologacji zrobił to w sposób sprzeczny ze sposobem podanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i naruszył tym samym przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu czynności oceny oferty konsorcjum Ursus w ramach kryterium „Warunku technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej”,

2.unieważnienia czynności polegającej na ponownej ocenie oferty konsorcjum Ursus w ramach kryterium „Warunku technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej” przy uwzględnieniu faktu, że z dokumentu homologacji – e9*2007/46*6448*01 z 12 grudnia 2016

r. wynika, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, tylko jest niezależne, a w związku z tym przyznanie ofercie Wykonawcy w ramach tego kryterium 0 pkt, ewentualnie

3.wykonania czynności polegającej na zażądaniu od Odwołującego wyjaśnień dotyczących sprzeczności ujawnionej w treści złożonych dokumentów, tj. wypełnionego załącznika A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z którego punktu 13. wynika, że Wykonawca oferuje w ramach kryterium „Oś przednia” – rodzaj zawieszenia osi przedniej – belkę sztywną) oraz świadectwa homologacji (z którego wynika, że zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej tylko jest niezależne),

lub

4.wykonania czynności polegającej na zażądaniu od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

5.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami zawartymi w odwołaniu.

Wskazał, że na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przed udzieleniem zamówienia, wezwał Odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym również oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, określonych w pkt 6.8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zobowiązany był złożyć dokumenty wskazane w pkt 6.8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj.:

- 1) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Specyfikacja techniczna autobusów, w którym Zamawiający określił warunki, wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie każdego pojazdu; 2) aktualne wymagane świadectwo homologacji typu pojazdu, wydane przez ustawowo uprawniony organ wraz z załącznikami;
- 3) certyfikaty potwierdzające, że wszystkie elementy nadwozia stanowiące wyposażenie przedziału pasażerskiego oraz kabiny kierowcy spełniają warunek niepalności zgodnie z warunkami określonymi w Regulaminie nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych; 4) raport techniczny drogowego zużycia paliwa (test SORT2) przez oferowany autobus, opracowany wg wytycznych UITP (International Association of Public Transport) w komplecie i wyposażeniu zbliżonym z dostarczonym pojazdem za wyjątkiem różnic co do opon, o ile zachowane są te same specyfikacje, wielkości i osiągi z zespołem napędowym (silnik, skrzynia biegów, most napędowy) i rozmiarem ogumienia identycznym z oferowanym autobusem; 5) dokumenty potwierdzające: a) poziom emisji dwutlenku węgla, węglowodorów, tlenków azotu, NH₃, cząstek stałych (tj. wyniki testu, z silników oferowanych autobusów, WHTC (World Harmonized Transient Cycle), jeżeli powyższe dane nie są zawarte w świadectwie homologacji); b) warunki maksymalnego: - zużycia oleju napędowego na podstawie testu SORT 2; - zużycia energii dla całego cyklu użytkowania autobusu; - poziomu emisji CO₂;
- 6) pełnego katalogu części zamiennych.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający preferował m. in., aby w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej było wykonane z belki sztywnej, jednocześnie, zgodnie z punktem 13.1.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednym z kryteriów oceny ofert był „Warunek techniczny wykonania zawieszenia osi przedniej – 6 %”. W ramach

„Warunku technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej” Zamawiający oceniał posiadanie przez oferowane autobusy zawieszenia osi przedniej następująco:

1)w przypadku zaoferowania autobusów z belką sztywną wykonawca otrzymałby 100 pkt,

2)w przypadku zaoferowania autobusów z innym rozwiązaniem wykonawca otrzymałby 0 pkt.

W punkcie 1.5. formularza oferty konsorcjum Ursus oświadczyło, że w zaoferowanych autobusach URSUS 10LFD zawieszenie osi przedniej jest wykonane z belki sztywnej („1.5. Oświadczamy, że zawieszenie osi przedniej wykonane jest: belka sztywna”).

W toku dokonanej oceny oferty Konsorcjum Ursus na podstawie ww. oświadczenia zawartego w formularzu oferty za kryterium warunku technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej oferta konsorcjum Ursus otrzymała 100 pkt.

Na ww. wezwanie Zamawiającego konsorcjum Ursus złożyło m. in. dokument homologacji nr e9*2007/46*6448*01 z 12 grudnia 2016 r., z którego wynika, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, tylko jest niezależne. Po powzięciu tej informacji Zamawiający unieważnił czynność oceny oferty konsorcjum Ursus w ramach kryterium warunku technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej. Po dokonaniu ponownej oceny oferty konsorcjum Ursus oferta ta w ramach kryterium warunku technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej otrzymała 0 punktów. Istotą sporu jest to, czy Zamawiający po złożeniu przez konsorcjum Ursus dokumentu homologacji, z którego wynikało, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, tylko jest niezależne, miał prawo uznać, że zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, tylko jest niezależne, i po dokonaniu ponownej oceny oferty przyznać ofercie konsorcjum Ursus 0 punktów.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 6.8.3. ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do dokumentu homologacji Zamawiający żądał „aktualnego wymaganego świadectwa homologacji typu pojazdu, wydanego przez ustawowo uprawniony organ wraz z załącznikami”. Oznacza to, że w przypadku oferty konsorcjum Ursus złożony dokument homologacji powinien dotyczyć zaoferowanych autobusów URSUS 10LFD. Wykonawca miał zatem wiedzę, że pkt 6.8.3. ppkt 2 dotyczy istniejącej (już wydanej) homologacji, a nie homologacji, która być może zostanie wydana. Przedmiotem zamówienia są bowiem autobusy, w stosunku do których już została wydana homologacja. Treść dokumentu homologacji e9*2007/46*6448*01 z 12 grudnia 2016 r. powinna zatem być spójna z treścią oświadczenia konsorcjum Ursus złożonego na formularzu „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Specyfikacja techniczna autobusów”, w którym Zamawiający określił warunki, wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie każdego

pojazdu oraz oświadczenia zawartego w formularzu oferty, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej jest wykonane z belki sztywnej.

Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że „Zamawiający nie mógł odgórnie i jednostronnie przyjąć, że skoro z przedłożonego świadectwa homologacji wynika,

że zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, tylko niezależne, to taki właśnie autobus jest przedmiotem oferty Wykonawcy, bowiem byłoby to całkowicie sprzeczne nie tylko z załącznikiem A do SIWZ (punktem 13), ale przede wszystkim sprzeczne ze złożoną przez wykonawcę ofertą (pkt 1.5), stanowiąc dodatkowo jej jednostronną i nieuprawnioną zmianę dokonaną przez Zamawiającego (z naruszeniem art. 87 ust. 2 PZP)”. Skoro konsorcjum Ursus oświadczyło w formularzu oferty oraz załączniku A, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej jest wykonane z belki sztywnej, to powinien potwierdzić ten fakt w dokumencie żądanym na podstawie pkt 6.8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, taki bowiem jest cel żądania ww. dokumentów.

Punkt 6.8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy bowiem dokumentów odnoszących się do oferowanych autobusów, a nie autobusów bliżej nieokreślonych, w tym prototypów, zgodnie z pkt 3.1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Oferowane autobusy nie mogą być prototypem ...”. Gdyby przyjąć stanowisko konsorcjum Ursus za prawidłowe, Zamawiający musiałby udzielić zamówienia wykonawcy, który oświadczyłby, że oferowane autobusy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego lub oświadczyłby, w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w toku oceny ofert, że oferowane autobusy posiadają wymagane rozwiązania (w tym przypadku zawieszenie osi przedniej wykonane z belki sztywnej), podczas gdy złożone dokumenty, o których mowa w pkt 6.8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia przeczyłyby temu. W takim przypadku Zamawiający udzieliłby zamówienia z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zauważył, że celem art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie informacji w przypadkach wątpliwości odpowiednio co do treści oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i treści złożonej oferty. Wyjaśnienia złożone na wezwania, o których mowa w art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych odpowiednio w oświadczeniach lub dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub złożonej ofercie.

Zamawiający wezwałby konsorcjum Ursus do wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub treści złożonej oferty, gdyby zaistniały takie wątpliwości. Za wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz złożonej oferty nie można uznać sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie składa dokument, którego treść przeczy wymaganiom określonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (nie potwierdza, że oferowane autobusy spełniają wymagania określone przez

Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia). W takim przypadku niedopuszczalne jest również wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (w tym przypadku potwierdzających spełnianie przez oferowane autobusy wymagań określonych przez Zamawiającego). W przeciwnym razie Zamawiający naruszyłby art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ prowadziłby z wykonawcą niedopuszczalne negocjacje dotyczące złożonej oferty oraz dokonałby zmiany jej treści.

W sytuacji, gdy elementem oceny ofert jest zawieszenie osi przedniej wykonane albo nie z belki sztywnej, wezwanie konsorcjum Ursus na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia nowego dokumentu homologacji, z którego wynikałoby, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej jest wykonane z belki sztywnej w celu uzyskania większej liczby punktów jest również niedopuszczalne na gruncie art. 7 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego złożony przez konsorcjum Ursus dokument homologacji podlegałby wyjaśnieniu, jednak nie w sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych składa dokument homologacji, z którego wynika, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej.

Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert nie dokonał również zmiany treści oferty konsorcjum Ursus. Za zmianę treści oferty nie można bowiem uznać ponownej oceny oferty konsorcjum Ursus w sytuacji, gdy w ramach kryteriów oceny ofert ocenie podlega wykonanie albo nie zawieszenia osi przedniej z belki sztywnej, a ze złożonego przez konsorcjum Ursus dokumentu homologacji wynika, że w zaoferowanych autobusach zawieszenie osi przedniej nie jest wykonane z belki sztywnej, tylko jest niezależne.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Solaris Bus & Coach S.A

popierając w całości stanowisko Zamawiającego.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest dostawa autobusów dla komunikacji miejskiej. Specyfiką tego rodzaju przedmiotu zamówienia jest to, że autobusy nie są produkowane i dostarczane „z półki”, czy „z magazynu”, tj. w jednym standardzie, ale wykonywane dopiero na zamówienie, zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami dotyczącymi ich parametrów technicznych i wyposażenia określonymi przez danego zamawiającego. Tak też było w niniejszym zamówieniu – Zamawiający sporządził szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający jego wymagania w tym zakresie.

Jeśli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma odmiennych postanowień, to konsekwencją tego stanu jest, że składając swoje oświadczenie woli, jakim jest oferta, wykonawca odnosi się do przedmiotu, który w chwili składania oferty jeszcze nie istnieje, a zostanie wyprodukowany po zawarciu umowy z zamawiającym. Nie zmienia tego nawet fakt, że w formularzu oferty użyto czasu teraźniejszego a nie przyszłego („jest”, a nie „będzie miał/będzie posiadał”). Jest to bowiem dostawa w rozumieniu art. 605 Kodeksu cywilnego, czyli oferent zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy i jej dostarczenia.

Tak też zrobił w postępowaniu Odwołujący – zobowiązał się do wyprodukowania w przyszłości i dostarczenia Zamawiającemu autobusów o wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrach technicznych i wyposażeniu. Co do parametrów, których dobór Zamawiający pozostawił wykonawcom, a które oceniał w ramach kryteriów oceny ofert, Odwołujący zadeklarował, iż wystąpią one (lub nie) w wyprodukowanym w przyszłości pojeździe. Dotyczyło to również technicznego wykonania zawieszenia osi przedniej, o co do której Odwołujący oświadczył, że będzie ono w postaci belki sztywnej. Takie oświadczenie jednoznacznie zostało złożone w ofercie.

Zgodnie z punktem 13.1.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednym z kryteriów oceny ofert był warunek techniczny wykonania zawieszenia osi przedniej – 6 %. W ramach tego warunku Zamawiający oceniał posiadanie przez oferowane autobusy zawieszenia osi przedniej następująco: w przypadku zaoferowania autobusów z belką sztywną wykonawca otrzymywał 100 pkt, a w przypadku zaoferowania autobusów z innym rozwiązaniem wykonawca otrzymałby 0 pkt.

Zatem wykonawca, który zaoferował autobusy z belką sztywną, powinien otrzymać 100 pkt. *Notabene* – należy zwrócić uwagę na użyte sformułowanie: „w przypadku zaoferowania autobusów z belką sztywną”.

Zgodnie z punktem 6.8.3. ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający, po dokonaniu oceny ofert, żądał przedstawienia przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, czyli konsorcjum Ursus, „aktualnego wymaganego świadectwa homologacji typu pojazdu, wydanego przez ustawowo uprawniony organ wraz z załącznikami”.

Przyjętą, niesporną, praktyką, którą potwierdza opis wymagania, jest to, że homologacja wystawiana jest dla „typu” pojazdu i może obejmować różne jego modele i warianty (podobnie zresztą wystawiane są równoważne dokumenty dla różnego rodzaju maszyn i urządzeń, np. używanych w górnictwie). A także – dla tych modeli i wariantów – różniące się parametry techniczne i wyposażenie, co jest nieuniknione w sytuacji, gdy każdy nowy pojazd jest wykonywany na konkretne zamówienie.

Homologacja dla danego, konkretnego pojazdu, o danych, konkretnych parametrach technicznych uzyskiwana i dostarczana nabywcy jest po jego wyprodukowaniu – zawiera ona wtedy w załączniku opis tego konkretnego pojazdu (jeśli różni się on od wcześniejszej wersji opisu – jest on zmieniany).

Taka praktyka w zakresie wystawiania homologacji (jak też innych dokumentów technicznych dla różnego rodzaju maszyn i urządzeń, o których wspomniano powyżej) skutkuje w zamówieniach publicznych praktyką, zgodnie z którą wykonawcy na żądanie zamawiających przedstawiają dany dokument – tu: homologację, ale ponieważ dotyczy on typu urządzenia (tu: typu pojazdu), oczywiste jest z założenia, że nie wszystkie parametry techniczne będą w nim identyczne z opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opisie przedmiotu zamówienia).

Jeżeli zamawiającemu w danym postępowaniu zależy więc, by ogólny dokument homologacji (inny dokument dopuszczający maszynę do użytkowania, certyfikat itd.) zawierał dany parametr, wskazuje to w opisie wymogu dotyczącego tego dokumentu.

Zamawiający tak też zrobił np. w podpunkcie 4. dotyczącym raportu technicznego drogowego zużycia paliwa, w którym

wskazał, że ma on dotyczyć autobusu w kompletacji i wyposażeniu zbliżonym do dostarczanego za wyjątkiem różnic co do opon, o ile zachowane są te same specyfikacje, wielkości i osiągi z zespołem napędowym (silnik, skrzynia biegów, most napędowy) i rozmiarem ogumienia.

Odwolujący więc, składając dokument będący aktualnym wymaganiem świadectwem homologacji typu pojazdu, spełnił wymóg Zamawiającego – co Zamawiający, akceptując ten dokument, uznał za poprawne przedłożenie wymaganego dokumentu.

Zamawiający – na gruncie sporu rozpatrywanego w zakresie niniejszego odwołania – niepoprawnie jednak dokonał korekty oceny oferty Odwołującego, *de facto* zmieniając jego oświadczenie złożone w ofercie w zakresie oferowanego rodzaju zawieszenia. Jak wskazano

powyżej, Odwołujący jednoznacznie oświadczył, iż oferuje zawieszenie przednie w postaci belki sztywnej, a Zamawiający (kierując się przedłożoną homologacją ze swojej istoty dotyczącą innego/innych pojazdów lub też typu pojazdu) ocenił pojazd z innym rodzajem zawieszenia niż zaoferowano. Na gruncie konstrukcji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty Zamawiający powinien się kierować oświadczeniem woli Odwołującego zawartym w jego ofercie.

Co zaś do wskazanej podczas rozprawy kwestii, czy oświadczenie takie powoduje, że oferowany pojazd stanie się prototypem, nie było to przedmiotem sporu istniejącym w chwili złożenia odwołania i nie zostało objęte zarzutami odwołania, a tym samym nie mogło stanowić przedmiotu rozstrzygania w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że oferowane autobusy nie mogą być prototypem, jednak na obecnym etapie stwierdzenie, czy zmiana rodzaju zawieszenia powodowałaby, że dany egzemplarz pojazdu na tyle zmieni dotychczasowy model, że pojazd ten stanie się prototypem, leży w gestii Zamawiającego.

W celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych Izba wyjaśnia, iż użyte w sentencji określenia „unieważnienie czynności oceny ofert” oraz „dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert” mają to znaczenie, że Izba nakazuje unieważnienie już dokonanej czynności „badania i oceny ofert” w zakresie „oceny ofert”, czyli czynności przyznawania ofertom punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Natomiast w odniesieniu się do przyszłej czynności Izba użyła określenia stosowanego dla całego kompleksu czynności

„badania i oceny ofert”, tj. badania pod względem merytorycznym i przyznawania punktów. Izba pozostawia jednak do uznania Zamawiającego, czy istnieje potrzeba dokonywania ponownego badania oferty (lub ofert) pod względem merytorycznym, w tym np. uzupełnienia dokumentów (przykładowo, gdyby Zamawiający uznał, że konieczne jest uzupełnienie brakującego załącznika do homologacji) albo złożenia wyjaśnień.

Na marginesie Izba zwraca też uwagę, że – choć nie jest to czynność, której dokonywanie przepisy nakazują zamawiającym – wyjaśnianie treści ofert czy też treści i znaczenia poszczególnych dokumentów, jest przydatnym instrumentem danym zamawiającym, z którego powinni oni korzystać przed podjęciem decyzji i wdaniem się w spór z wykonawcami. Warto też zwrócić uwagę, że jeżeli w ramach wyjaśnień wykonawcy dokonają zmian oferty, to zmiany te należy uznać za *bezsłowne*; natomiast rezygnacja z wyjaśnień z założeniem, że na pewno zmieniają one ofertę, choć jeszcze ich kierunek nie jest znany, bywa zbyt daleko idąca.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący.....