

Sygn. akt: KIO 1666/12  
Sygn. akt: KIO 1680/12

**WYROK**  
z dnia 21 sierpnia 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2012 r. w Warszawie - skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2012 r. do łącznego rozpoznania - odwołań wniesionych:

- 1.1. w dniu 3 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Lider Trading Sp. z o.o. w Warszawie, 37 – 100 Łańcut, ul. Podzwierzyniec 78**
- 1.2. w dniu 6 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **EvoBus Sp. z o.o., 05 – 830 Wolica, Al. Katowicka 46**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Zakłady Komunikacyjne Sp. z o.o., 85 – 153 Bydgoszcz, ul. Inowrocławska 11**

przy udziale:

- A. wykonawcy **EvoBus Sp. z o.o., 05 – 830 Wolica, Al. Katowicka 46** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1666/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Solaris Bus &Coach S.A., 62 - 05 Owińska, ul. Obornicka 46 Bolechowo-Osiedle** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1666/12 oraz KIO 1680/12 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Lider Trading Sp. z o.o. w Warszawie, 37 – 100 Łańcut, Ul. Podzwierzyniec 78** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1680/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

**1. 1. oddala odwołanie wykonawcy Lider Trading Sp. z o.o. z Warszawy - sygn. akt KIO 1666/12;**

**2.1. kosztami postępowania obciąża Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie, 37 – 100 Łańcut, ul. Podzwierzyniec 78 i:**

2.1. 1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Lider Trading Sp. z o.o. w Warszawie, 37 – 100 Łańcut, Ul. Podzwierzyniec 78** tytułem wpisu od odwołania;

2.1.2. zasądza od **Lider Trading Sp. z o.o. w Warszawie, 37 – 100 Łańcut, Ul. Podzwierzyniec 78** na rzecz **Miejskie Zakłady Komunikacyjne Sp. z o.o., 85 – 153 Bydgoszcz, ul. Inowrocławska 11** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony;

**1. 2. uwzględnia odwołanie wykonawcy EvoBus sp. z o.o. z Wolicy - sygn. akt KIO 1680/12 i unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A.**

**2. 2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Zakłady Komunikacyjne Sp. z o.o., 85 – 153 Bydgoszcz, ul. Inowrocławska 1,1 i:**

2.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EvoBus Sp. z o.o., 05 – 830 Wolica, Al. Katowicka 46** tytułem wpisu od odwołania;

2.2.2. zasądza od **Miejskich Zakładów Komunikacyjnych Sp. z o.o., 85 – 153 Bydgoszcz, ul. Inowrocławska 11** na rzecz **EvoBus Sp. z o.o., 05 – 830 Wolica, Al. Katowicka 46** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1666/12**

**KIO 1680/12**

### **Uzasadnienie**

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Miejskie Zakłady Komunikacyjne Spółka z o.o. z Bydgoszczy. Przedmiotem tego postępowania jest „Dostawa 24 SZT. autobusów fabrycznie nowych w wersji miejskiej, z tego 10 szt. przegubowych i 14 szt. jednoczłonowych”, a odwołania zostały wniesione przez wykonawcę Lider Trading Sp. z o.o. z Warszawy Oddział w Łańcucie [Sygn. akt: KIO 1666/12] oraz wykonawcę - EvoBus Polska Sp. z o.o. z Wolic [Sygn. akt: KIO 1680/12]

**Sygn. akt: KIO 1666/12**

Odwołujący - Lider Trading sp. z o.o. z Warszawy [dalej: Lider Trading] podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na bezpodstawne i bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, podczas gdy w rzeczywistości treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ oraz zarzut - naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SOLARIS Bus & Coach S.A. jako najkorzystniejszej oferty, podczas gdy w świetle określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, (1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SOLARIS Bus & Coach S.A. jako najkorzystniejszej oferty; (2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy; oraz (3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; i dokonanie w konsekwencji (4) czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty. Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł dodatkowo o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stwierdził, że *uzasadniając odrzucenie oferty wykonawcy Zamawiający wskazał na dwie okoliczności. Po pierwsze, że: „w wyniku badania ofert Zamawiający na podstawie przedłożonego świadectwa homologacji typu pojazdu nr PL \*4335\*00 udzielonego 21 grudnia 2009 r. stwierdził, że oferowane autobusy Solbus SM18 nie spełniają warunku technicznego dotyczącego mocy silnika ustalonego w SIWZ na minimum 250 kW dla tego rodzaju autobusów. Moc taka była*

wymagana przez Zamawiającego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w Dziale III pkt 2 1) poz. 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W związku z powyższym zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwano Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie świadectwa homologacji potwierdzającego spełnienie wyżej wymienionego warunku. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie przedłożył żądanego dokumentu potwierdzającego spełnienie wyżej wymienionego warunku SIWZ, co oznacza, że warunek ten nie został spełniony. Wykonawca wraz z wyjaśnieniem dotyczącym mocy silnika netto i brutto przedłożył jedynie w dniu 24 lipca 2012 r. świadectwo homologacji typu pojazdu potwierdzające moc silnika autobusu niższą, wynoszącą 243 kW, która w świetle obowiązujących przepisów oraz opisu zawartego w świadectwie homologacji typu pojazdu jest wielkością świadczącą o mocy silnika autobusu Solbus SM18." Zamawiający podniósł dalej, że w świetle powołanych w uzasadnieniu odrzucenia przepisów moc silnika pojazdu jest określana jako moc w kW netto. Ze względu na powyższe Zamawiający uznał, że skoro jedynie moc brutto silnika oferowanego autobusu wynosi 250 kW, natomiast moc silnika netto 243 kW, to z „przedłożonego dokumentu wynika, że Wykonawca nie spełnił warunku określonego w SIWZ". Po drugie, uzasadniając odrzucenie oferty wykonawcy Zamawiający wskazał również, że: „Wykonawca postąpił podobnie jak w przypadku oferty na autobus Solbus SM18 podając w ofercie moc silnika wynoszącą 210 kW brutto pomimo, że w świadectwie homologacji typu pojazdu tych autobusów w pozycji 3.2.1.8 wpisana jest moc silnika autobusu Solbus SM12 wynosząca 209 kW. Wystąpiła zatem niezgodność oferty z SIWZ. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia powstałej rozbieżności na podstawie art. 87 ust 1 Pzp wyjaśnił, że moc wpisana w ofercie jest mocą brutto podaną przez producenta silnika w karcie charakterystyki silnika złożonej wraz z ofertą natomiast moc silnika wpisana w świadectwie homologacji typu pojazdu, którego żądał Zamawiający jest mocą netto Wykonawca nie wyjaśnił jednak dlaczego wpisał moc silnika pojazdu brutto, a nie netto."

Odnosząc się do pierwszej z wymienionych podstaw odrzucenia oferty Odwołujący wskazał, że sprowadza się ona do stwierdzenia, iż wymagana w SIWZ moc silnika autobusu przegubowego (w ofercie Odwołującego - autobusu Solbus SM18), określona jako „min. 250 KW", oznacza moc silnika netto, a nie brutto, a tym samym zaoferowanie przez Odwołującego autobusu, w którym jedynie moc silnika brutto spełnia wymagane w SIWZ minimum 250 kW, oraz przedłożenie świadectwa homologacji typu pojazdu, zgodnie z którym moc silnika netto wynosi 243 kW, nie potwierdza spełnienia warunków określonych przez Zamawiającego. Nie zgadzając się z tym stanowiskiem wykonawca stwierdził, że w SIWZ Zamawiający nie wskazał, że przez wymaganą w przypadku autobusów przegubowych moc silnika rozumieć należy moc silnika netto. Nic takiego nie wynika z treści SIWZ, jak również nie wynika z wyjaśnień treści SIWZ udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania. W ocenie Odwołującego z użytego sformułowania „moc silnika min. 250 KW" w żaden sposób nie wynika, że przez wymaganą minimalną moc silnika rozumieć należy moc silnika netto, a nie brutto. Tak samo z ww. sformułowania w żaden sposób nie wynika, że moc silnika należało obliczyć i podać w ofercie zgodnie z przepisami powołanymi przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. Dyrektywą Nr 80/1269/EWG z dnia 16 grudnia 1980 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do mocy silników pojazdów silnikowych czy Regulaminem EKG ONZ Nr 85.00, wskazanych w załączniku nr 6 Część I i

Część II do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep (Dz. U. z 2005 r. Nr 238 poz. 2010 z późn. zm.). Podkreślił również, że Zamawiający odnośnie ww. rozporządzenia ograniczył się w SIWZ do wskazania, że wymagane wraz z ofertą aktualne świadectwa homologacji dla każdego typu oferowanych autobusów ma być wydane przez ustawowo uprawniony organ w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24.10.2005r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep (Dz. U. z 2005 r., Nr 238, poz. 2010 z późn. zm.) (tak w pkt VI.3, ppkt 3.1. SIWZ). W ocenie Odwołującego z powyższego również w żaden sposób nie wynika, że moc silnika należało obliczyć i podać w ofercie zgodnie z przepisami wskazanymi w załączniku nr 6 Część I i Część II do ww. rozporządzenia. Przeciwnie, jego zdaniem powyższe postanowienia SIWZ nakazywały jedynie, aby dla każdego typu oferowanych autobusów było wydane aktualne świadectwa homologacji, które należało złożyć wraz z ofertą, co Odwołujący niewątpliwie uczynił. Takie właśnie rozumienie przytoczonego powyżej fragmentu SIWZ potwierdza również inne postanowienie SIWZ, zawarte w pkt III SIWZ., zgodnie z którym: „oferowane autobusy muszą (...) posiadać świadectwo homologacji.” Wymóg powyższy dotyczył zatem posiadania świadectwa homologacji przez oferowane autobusy, a nie obliczenia mocy silników oferowanych autobusów zgodnie z zasadami obowiązującymi przy wydawaniu świadectw homologacji. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca w szczególności podniósł, że badanie i ocenę ofert zamawiający powinien prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawcy, gdyż to zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy stwierdził, że skoro Zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż przez „moc silnika min. 250 KW” należało rozumieć moc netto, to nie może takiej interpretacji SIWZ przyjmować w trakcie badania i oceny ofert i na jej podstawie odrzucać ofertę z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Zdaniem Odwołujący użyte przez Zamawiającego w SIWZ sformułowanie „moc silnika” jest rozumiane jako moc użyteczna, czyli taka, jaką maksymalnie można z silnika uzyskać na końcu wału korbowego. Taką moc podaje firma Cummins Ltd, będąca producent silnika, w który wyposażony jest autobus Solbus SM18, w karcie charakterystyki tegoż silnika, w jego nazwie oraz w dokumentach homologacyjnych częściowych regulaminu R24 i R85, podając ją przy tym jednocześnie jako moc brutto i moc netto. Stwierdził także, że w obrocie funkcjonują oba ww. pojęcia i nie jest wcale tak, że posłużenie się określeniem „moc silnika” jednoznacznie wskazuje na „moc netto silnika”, a zatem Zamawiający, który z racji prowadzonej działalności nie pierwszy raz dokonuje zakupu autobusów, powinien mieć świadomość powyższego i precyzyjnie określić w SIWZ jaką moc silnika ma na myśli. Tym samym nie można obecnie czynić Odwołującemu zarzutu z tego powodu, że mając do wyboru dwie moce silnika zaoferowanego autobusu Solbus SM18, większą brutto i mniejszą netto, przyjął, iż wobec braku jakichkolwiek wskazówek czy wyjaśnień ze strony Zamawiającego wymaganie mocy min. 250 KW może spełniać którakolwiek z nich, a zatem także moc brutto. Wykonawca stwierdził także, że

argumentując pierwszą przyczynę odrzucenia oferty Zamawiający podniósł również, że wykonawca nie przedłożył żądanego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku SIWZ dotyczącego mocy silnika, tzn. nie przedłożył świadectwa homologacji typu pojazdu potwierdzającego, że moc silnika (netto) zaoferowanego autobusu wynosi min. 250 kW. Zamawiający stwierdził ponadto, że: „w dziale VI SIWZ pkt 3 Zamawiający wymienił dokumenty na podstawie których dokona sprawdzenia danych technicznych autobusu. Zamawiający między innymi żądał przedłożenia świadectwa homologacji typu pojazdu celem potwierdzenia mocy silnika w oferowanych autobusach.” Wykonawca nie zgadzając się z powyższym stwierdził, że takie stanowisko jest rażąco sprzeczne z literalnym brzmieniem SIWZ. Jego zdaniem z postanowienia pkt III.3.1 SIWZ odnoszącego się do wymogu przedłożenia aktualnego świadectwa homologacji dla każdego typu oferowanych autobusów wydane przez ustawowo uprawniony organ w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24.10.2005r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep (Dz. U. z 2005 r., Nr 238, poz. 2010 z późn. zm.) „nie wynika, że przez wymaganą minimalną moc silnika wynoszącą 250 kW rozumieć należało moc silnika netto, a nie brutto. Tym samym, skoro ani z przytoczonego powyżej, ani z żadnych innych fragmentów SIWZ nie wynikało, że przez wymaganą minimalną moc silnika wynoszącą 250 kW rozumieć należało moc silnika netto, a nie brutto, to Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie miał prawa wymagać, aby ze świadectwa homologacji wynikało, iż moc silnika netto wynosi minimum 250 kW. W konkluzji stwierdził, że wbrew wywodom Zamawiającego, z powyższych postanowień SIWZ w żaden sposób nie wynika, iż wymagane świadectwo homologacji było żądane w celu potwierdzenia mocy silnika w oferowanych autobusach. Odwołujący może jedynie powtórzyć, że jeżeli intencją Zamawiającego było żądanie świadectwa homologacji w ww. celu, to powinien dać temu wyraz w SIWZ, odpowiednio formułując jej postanowienia, co potwierdza powołane powyżej orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Odwołującego żądanie złożenia wraz z ofertą świadectwa homologacji miało służyć potwierdzeniu spełnienia innego wymagania SIWZ, tj. wymagania zawartego w III. SIWZ, zgodnie z którym: „oferowane autobusy muszą (...) posiadać świadectwo homologacji.” W ocenie Odwołującego jedynym celem żądania złożenia wraz z ofertą świadectwa homologacji była chęć upewnienia się przez Zamawiającego, że zaoferowane mu autobusy będą mogły być zarejestrowane w Polsce i być wykorzystywane do przewozu osób. Powyższy wniosek był dla Odwołującego tym bardziej logiczny i prawidłowy, że świetle obowiązujących przepisów świadectwo homologacji jest wystawiane przede wszystkim w celu umożliwienia rejestracji pojazdu. Natomiast w świetle postanowień SIWZ dokumentem, w którym należało potwierdzić parametry oferowanych autobusów, był Załącznik nr 3 do SIWZ (Parametry techniczne oferowanych autobusów) i to na podstawie tego właśnie dokumentu Zamawiający miał weryfikować, czy zaoferowane autobusy spełniają wymagania SIWZ, w tym wymagania dotyczące mocy silnika. Odnośnie drugiej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego dotyczącej braku spełnienia warunku w zakresie autobusów jednoczłonowych, gdzie była wymagana min. moc silnika 200 kW wykonawca stwierdził, że podobnie, jak w przypadku autobusów przegubowych Zamawiający nie wyjaśnił w SIWZ, czy przez „moc silnika min. 200 KW” rozumieć należy moc silnika netto czy brutto. Ponadto zdaniem wykonawcy w przypadku zaoferowanego przez Odwołującego autobusu Solbus SM12 kwestia powyższa nie ma większego znaczenia, gdyż jak

przyznał sam Zamawiający moc silnika netto ww. autobusu wynosi 209 kW, natomiast moc silnika brutto - 210 kW, a zatem w obu wypadkach więcej niż wymagane w SIWZ minimum wynoszące 200 kW. Podkreślił jednocześnie, (...) że nie stanowi jakiegokolwiek niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazana przez Zamawiającego okoliczność, iż Odwołujący podał w ofercie moc silnika wynoszącą 210 kW brutto pomimo, że w świadectwie homologacji typu pojazdu moc silnika netto wynosząca 209 kW. Po pierwsze zasadnicze znaczenie ma tutaj to, że obie moce, zarówno netto i jak i brutto, są wyższe niż określone w SIWZ minimum. Po drugie, jak to już wielokrotnie podnoszono powyżej, Zamawiający nie wyjaśnił w SIWZ, czy przez „moc silnika min. 200 KW” rozumieć należy moc silnika netto czy brutto. Odwołujący był zatem jak najbardziej uprawniony przyjąć, że powyższe wymaganie dotyczy mocy brutto silnika, konsekwentnie jak to przyjął w przypadku autobusu jednoczłonowego, i odpowiednio do powyższego w ofercie podać moc brutto silnika. Po trzecie wreszcie, z żadnych postanowień SIWZ nie wynika, że Zamawiający wymagał podania w ofercie mocy silnika wynikającej ze świadectwa homologacji, tj. mocy silnika netto”. Wykonawca także wskazał, że (...) Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający podniósł również, że wezwany do wyjaśnień Odwołujący „nie wyjaśnił jednak dlaczego wpisał moc silnika pojazdu brutto, a nie netto”. Odnosząc się do powyższego stwierdzenia Zamawiającego Odwołujący pragnie przede wszystkim podkreślić, że w świetle przepisów ustawy brak wyjaśnień treści oferty nie jest zagrożony jakąkolwiek sankcją, w szczególności nie skutkuje odrzuceniem oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Już tylko ta okoliczność powoduje, że niedopuszczalne i bezprawne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu niezłożenia wyjaśnień.” Zwrócił także uwagę na treść zapytania o wyjaśnienia skierowane do wykonawcy w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r. w którym Zamawiający prosi (...) o wyjaśnienie rozbieżności między treścią złożonej oferty w której podano maksymalną moc brutto silnika autobusu SM 12 wynoszącą 210 kW a mocą silnika autobusu wskazaną w świadectwie homologacji (poz. 3.2 1.8) i wynoszącą 209 kW.” Zatem na tak sformułowane zapytanie, (...) Odwołujący wyjaśnił, że: „w treści złożonej oferty podano maksymalną moc brutto silnika autobusu 5M12 wynoszącą 210 kW, która to moc jest podana przez producenta silnika Cummins w karcie charakterystyki silnika złożonej wraz z ofertą. Moc silnika wpisana w świadectwie homologacji typu pojazdu wynosząca 209 kW jest maksymalną mocą netto silnika.” W tym miejscu wykonawca podniósł zarzut – z ostrożności procesowej jak zaznaczył podkreślając, że jego oferta jest jednoznaczna i precyzyjna –zaniechania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie wskazanym przez Zamawiającego tj. w celu wyjaśnienia podstawy na jakiej Odwołujący uznał, iż ofercie (tj. w Załączniku nr 3) mógł podać moc silnika brutto. W konkluzji wykonawca stwierdził, że sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, a za taki należy uznać moc silnika oferowanych autobusów. (...) Niemniej jednak, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne sprawy, a przede wszystkim to, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż wymagana minimalna moc silnika dla zamawianych autobusów jednoczłonowych i przegubowych jest mocą netto, a nie brutto,



nie sposób uznać, iż zaoferowane przez Odwołującego autobusy Solbus SM12 i SM 18 nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia. W przypadku zaoferowanego autobusu Solbus SM12 wymóg SIWZ dotyczący minimalnej mocy silnika jest spełniony przez moc brutto silnika, wynoszącą 250 kW, a w przypadku zaoferowanego autobusu Solbus SM18 - zarówno przez moc netto jak i brutto. Ze względu na powyższe odrzucenie oferty wykonawcy było niezasadne.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca EvoBus sp. z o.o. z Wolicy oraz wykonawca Solaris Bus &Coach z Owińska wnosząc o oddalenie odwołania.

### **Sygn. akt: KIO 1680/12**

Odwołanie zostało wniesione od czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i zdaniem wykonawcy Zamawiający naruszył: (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę - Solaris Bus & Coach S.A. oraz wykonawcę Lider Trading Sp. z o.o. pomimo niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wskazanej w uzasadnieniu odwołania); (2) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nie podanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wszystkich podstaw faktycznych (wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania) skutkujących odrzuceniem oferty złożonej przez Lider Trading Sp. z o.o., a także art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp i § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (..) (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu świadectwa homologacji, pomimo że Zamawiający uznał, że oferta złożona przez tego Wykonawcę nie podlega odrzuceniu. Wskazał także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp prowadząc postępowanie w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu (1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, (2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oraz oferty złożonej przez Lider Trading Sp. z o.o. z powołaniem się na wszystkie przyczyny odrzucenia tej oferty i (3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - niezgodność treści ofert złożonych przez Solaris Bus & Coach S.A. oraz Lider Trading Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wskazał, że w pkt III.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) Zamawiający określił, że: „Każdy autobus winien spełniać

następujące parametry techniczne, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty". Wśród tych parametrów w pkt 22 obu tabel (zarówno dla autobusów przegubowych, jak i autobusów jednoczłonowych), Zamawiający wymagał „aby oferowane autobusy charakteryzowały się wskazanymi w siwz maksymalnymi poziomami emisji CO<sub>2</sub> oraz zanieczyszczeń i w celu wyliczenia dopuszczalnego poziomu emisji CO<sub>2</sub> konieczne było dokonanie obliczeń według wskazanego wyżej wzoru, przyjmując zużycie paliwa według SORT 2. Jednocześnie w pkt. VI.3 ppkt 3.3 SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do oferty „dokumentów potwierdzających wskaźnik zużycia paliwa dla autobusów zgodnie z warunkami UITP dla testów zużycia paliwa SORT 2". Zdaniem Odwołującego zarówno wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. oraz Lider Trading Sp. z o.o. złożyli wraz z ofertami wymagany dokument zużycia paliwa SORT 2, z którego (w obu przypadkach) wynika, że badanie zostało przeprowadzone na innym autobusie (o innych parametrach technicznych) niż zaoferowany przez tych Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca - Solaris Bus & Coach S.A. zaoferował autobusy wyposażone w opony marki Dunlop typ SP 372 M+S (oferta, strona 36, pkt 13 tabeli oraz strona 43, pkt 13 tabeli) Dokument badania zużycia paliwa SORT 2 złożony wraz z ofertą przez Solaris Bus & Coach S.A. zawiera natomiast informację, że badanie zostało przeprowadzone na autobusie wyposażonym w opony marki Michelin typ XZU3+ na wszystkich osiach (autobus przegubowy - strona 253 oferty, pkt 1.1.9.1., tłumaczenie na stronie 259 oferty, pkt 1.1.9.1., autobus jednoczłonowy - strona 265 oferty, pkt 1.1.9.1., tłumaczenie na stronie 270, pkt 1.1.9.1.). Ponadto Wykonawca ten, zgodnie z wymaganiami SIWZ (pkt III.2 ppkt 2.1, poz. 3.3 tabeli), zaoferował autobus przegubowy 4-drzwiowy (oferta, str. 32, poz.3.3 tabeli, załącznik nr 12) natomiast badanie zużycia paliwa SORT 2 zostało przeprowadzone na autobusie 3-drzwiowym (strona 253 oferty pkt 1.1.3., tłumaczenie na s. 259, pkt 1.1.3.). Z kolei wykonawca - Lider Trading Sp. z o.o. zaoferował autobusy przegubowe z silnikiem ISL8.9E5340B (oferta, strona 6, pkt 4 tabeli oraz strona 38, pkt 3.1.1. świadectwa homologacji), podczas gdy dokument badania zużycia paliwa SORT 2 odnosi się do autobusu z silnikiem ISB8.9E5340B (strona 78 oferty). Ponadto Wykonawca Lider Trading Sp. z o.o. zaoferował autobusy wyposażone w opony marki Dunlop na wszystkich osiach (oferta, strona 14, pkt 13 tabeli), a dołączony do oferty dokument badania zużycia paliwa SORT 2 zawiera informację, że badanie zostało przeprowadzone na autobusie wyposażonym w opony marki Kormoran, na przedniej osi oraz Dunlop na pozostałych osiach (oferta, strona 78). Z dokumentu badania zużycia paliwa SORT 2 wynika, że w każdym przypadku badaniu poddany jest autobus o określonych w tym dokumencie parametrach technicznych, w tym m.in. marka opon, typ silnika itd. Wszystkie parametry techniczne zastosowane w autobusie podlegającym badaniom, w tym marka opony, typ silnika, rodzaj zastosowanych drzwi mają istotne znaczenie na wynik końcowy badania SORT 2 - zużycie

paliwa. Są to parametry, które zgodnie z warunkami UITP (International Association of Public Transport - Międzynarodowa Unia Transportu Publicznego) są ujęte w protokołach z przeprowadzonych badań, jako element wpływający na zużycie paliwa. W tym miejscu przypomnieć należy, że Zamawiający w pkt. VI.3 ppkt 3.3 SIWZ wymagał dołączenia do oferty „dokumentów potwierdzających wskaźnik zużycia paliwa dla autobusów zgodnie z warunkami UITP. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że z dokumentów złożonych przez Solaris Bus & Coach S.A. oraz Lider Trading Sp. z o.o. wynika, że badaniu został poddany autobus o innych parametrach technicznych niż autobus będący przedmiotem oferty obu Wykonawców. Zatem wskaźnik zużycia paliwa potwierdzony dokumentami SORT 2 w przypadku obu ofert jest wskaźnikiem zużycia paliwa przez inne autobusy niż oferowane w niniejszym postępowaniu. Tym samym Wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. oraz Lider Trading Sp. z o.o. nie wykazali spełnienia wymagań Zamawiającego co do maksymalnego poziomu emisji CO<sub>2</sub> w oferowanych przez nich autobusach. Jak przyjął sam Zamawiający w SIWZ (pkt III.2), niespełnienie przez wykonawców tego wymagania skutkuje koniecznością odrzucenia złożonych przez nich ofert (pkt III.2 SIWZ). Odwołujący podniósł także, że przyjęcie przez Zamawiającego, jako prawidłowych ofert z dokumentem SORT 2 potwierdzającym zużycie paliwa autobusu o innej konfiguracji niż autobus oferowany świadczy o odstąpieniu przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert od wymagań określonych w SIWZ. Takie działanie jest niedopuszczalne i wprost narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto ma istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący zwraca uwagę, że jednym z kryteriów oceny ofert była norma czystości spalin EEV. W przypadku obu rodzajów wymaganych przez Zamawiającego autobusów zaoferowanie autobusu z silnikiem spełniającym normę czystości spalin EEV skutkowało przyznaniem jednego punktu przez Zamawiającego. Odwołujący podnosi, że gdyby na etapie składania ofert mógł przyjąć (a nie miał takich podstaw), że Zamawiający dopuścił badanie zużycia paliwa dla innego autobusu niż zaoferowany, to zaoferowałby autobus przegubowy spełniający normę czystości spalin EEV i dołączyłby dokument SORT 2 potwierdzający zużycie paliwa dla autobusu o innych parametrach niż autobus zaoferowany (tak jak zrobili to Wykonawcy, których prawidłowość ofert Odwołujący kwestionuje). Odwołujący ma, bowiem możliwość zaoferowania autobusu przegubowego spełniającego normę czystości spalin EEV, zhomologowanego, jednak nieposiadającego badania SORT 2 dla zaoferowanej konfiguracji. Taki autobus Odwołującego, gdyby mógł być zaoferowany, zostałby w inny sposób oceniony przez Zamawiającego, również w kryterium ceny. Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje, że uznanie, jako zgodnych z SIWZ ofert złożonych z dokumentem SORT 2 potwierdzającym zużycie paliwa autobusu o innych parametrach niż autobus zaoferowany, a w konsekwencji wybór jednej z tych ofert, jako najkorzystniejszej ma wpływ na wynik postępowania i w rażący sposób narusza zasady

równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Powyższe przesądza o zasadności niniejszego odwołania i wystąpieniu podstaw do jego uwzględnienia, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca podał, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający zobowiązany jest do zawiadomienia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienia faktyczne i prawne. W niniejszym postępowaniu, pomimo tego, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty znalazła się informacja o odrzuceniu oferty złożonej przez Lider Trading Sp. z o.o. z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak Zamawiający nie wskazał wszystkich występujących podstaw faktycznych odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający - zgodnie z zasadą koncentracji postępowania - zobowiązany jest do kompleksowego badania i oceny ofert oraz poinformowania wykonawców o wszystkich występujących w danym postępowaniu podstawach odrzucenia ofert lub wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu. Niewystarczające jest więc odrzucenie oferty złożonej przez Lider Trading Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, konieczne jest bowiem wskazanie wyczerpującego uzasadnienia faktycznego z podaniem wszystkich przyczyn odrzucenia tej oferty. Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp i § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30.12. 2009 r. stwierdził, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Wykonawcy zobowiązani byli dostarczyć wraz z ofertą aktualne świadectwa homologacji (pkt VI.3 ppkt 3.1. SIWZ). W ofercie złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. brak jest jednak tłumaczenia na język polski następujących stron Świadectwa homologacji autobusu przegubowego: 59, 60, 61, 62, 63, 72 (na s. 72 tylko pkt. 3.2.12.2.2.), 73 i 93. Niepełne tłumaczenie homologacji na język polski znajduje się na stronach 96-135 oferty. Wskazał także, że zamawiający - zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy PZP - postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi w języku polskim. Zgodnie z § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30.12.2009 r., dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Powyższe przepisy jednoznacznie wskazują na obowiązek przedkładania wraz z ofertą żądanych przez Zamawiającego dokumentów wraz z tłumaczeniem na język polski. Niedopełnienie tego obowiązku jest jednoznaczne z niezłożeniem wymaganego dokumentu i powinno skutkować wezwaniem Wykonawcy do jego uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje przy tym, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP jest obligatoryjne. Z obowiązku tego Zamawiający może się zwolnić wyłącznie w przypadku, kiedy - mimo złożenia podlegającego uzupełnieniu dokumentu - oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne jest unieważnienie postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, pomimo tego, że nie dopatrył się podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A., to

zaniechał wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu homologacji. W konkluzji stwierdził, że Zamawiający - dopuszczając się wskazanych wyżej zaniechań - naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Lider Trading z Łańcuta oraz wykonawca Solaris Bus &Coach z Owińska wnosząc o oddalenie odwołania.

**Rozpoznając odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej w konsekwencji na braku możliwości uzyskania zamówienia.

Rozpoznając odwołania Izba uwzględniała dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba miała także na względzie wytyczne z art. 190 ust.1 i ust. 6 oraz ust.7 ustawy Pzp. W myśl pierwszej z nich, strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, z kolei druga stanowi o odmowie przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami, lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Trzecia natomiast ze wskazanych wytycznych wymaga, aby Izba oceniała wiarygodność i moc dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału według własnego przekonania.

**Odwołanie o sygn. akt: KIO 1666/12 podlega oddaleniu.**

Zgodnie z ustaleniami Izby w odwołaniu podniesiono zarzuty bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 ustawy Pzp. Pierwszy z nich dotyczy warunku określonego w pkt III. 2.1 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnoszącego się do wymaganej min. mocy silnika 250 KW dla autobusu przegubowego, a drugi - warunku z pkt III. 2.2 ppkt 4 siwz, odnoszącego się do wymaganej min. mocy silnika 200 KW dla autobusu jednoczłonowego. Rozpoznając wskazane zarzuty Izba miała na względzie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym pkt VI.3.3.1 siwz oraz treść oferty wykonawcy Lider Trading wraz z wyjaśnieniami do tej oferty, jak również stanowiska stron i przystępujących wykonawców przedstawiane w toku rozprawy.

Rozpatrując pierwszy z zarzutów Izba ustaliła, że wykonawca w piśmie z dnia 20 lipca 2012 r. został wezwany m.in. (...) do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane autobusy spełniają parametry określone w SIWZ t. j. świadectwa homologacji autobusu przegubowego potwierdzającego, że moc silnika autobusu przegubowego wynosi minimum 250 kW." W odpowiedzi na to wezwanie [pismo z dnia 23. 07. 2012 r.], wnoszący odwołanie wykonawca w zakresie objętym odwołaniem, przedłożył ponownie świadectwo homologacji autobusu przegubowego - takie jak w ofercie – oraz fragment homologacji częściowej oferowanego silnika, który to fragment jego zdaniem miał potwierdzać wymaganą moc silnika dla tego autobusu [min. 250 KW], informując jednocześnie, że takie homologacje częściowe nie są co do zasady dostarczane razem z homologacją typu pojazdu. Jednocześnie podał, że (...) Integralną częścią tej homologacji jest opis techniczny silnika, w którym to opisie [str 5/13] podano moc brutto silnika wynoszącą 250 kW, a jego moc netto – 243 kW, wynikająca z badań laboratoryjnych jest obniżona w stosunku do mocy brutto. Wykonawca podał jednocześnie, że (...) moc brutto jest parametrem stałym silnika, natomiast moc netto zależy od ilości, mocy znamionowej itd. oraz dodatkowych urządzeń zamontowanych na silniku". W konkluzji stwierdził, że wraz z ofertą złożył karty charakterystyk silnika, z których jednoznacznie wynika, że maksymalna moc silnika [moc brutto] wynosi 250 kW, co – jego zdaniem - spełnia wymaganie opisane w specyfikacji. W tym przypadku Izba ustaliła również, że czynność wezwania [z dnia 20.07.2012 r.] do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, nie była przez wykonawcę zakwestionowana poprzez wniesienie odwołania, a zatem wykonawca nie może domagać się w odwołaniu z dnia 3 sierpnia 2012 r. uwzględnienia zarzutu, co do braku podstaw odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania, w sytuacji, gdy nie przedłożył dokumentu określonego w wezwaniu, jak również nie kwestionował uprzednio - w drodze odwołania - wezwania wykonawcy do uzupełnienia spornego dokumentu, który jego zdaniem o treści wymaganej siwz został załączony do oferty. Tym samym Izba uznała, że zarzut dotyczący

braku podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Lider Trading podlega oddaleniu z uwagi na nieprzedłożenie przez Odwołującego – tak jak wskazano w wezwaniu z dnia 20.07. 2012 r. – dokumentu innego niż w ofercie, potwierdzającego spełnienie warunku określonego w pkt III. 2.1 ppkt 4 specyfikacji, odnoszącego się do wymaganej min. mocy silnika 250 KW dla autobusu przegubowego. Izba jednocześnie stwierdza, że nie jest możliwe na tym etapie postępowania, w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, rozpoznanie *de facto* zarzutu dotyczącego bezpodstawnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagania z pkt III. 2.1 ppkt 4 siwz. Zgodnie ze wskazanym przepisem odwołanie wniesione po terminie określonym art. 182 ustawy Pzp podlega odrzuceniu i podobnie – jak wynika to z jednolitej linii orzeczniczej – traktuje się poszczególne zarzuty podnoszone z uchybieniem wskazanego terminu, które w takim przypadku pozostawia się bez rozpatrzenia. Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający w tym postępowaniu miał prawo wymagać potwierdzenia parametru minimalnej mocy silnika o wielkości odpowiednio 250 kW oraz 200 kW odnoszącego się do wielkości netto. Izba miała na uwadze przede wszystkim, że z żadnych postanowień specyfikacji nie wynikała możliwość wyrażenia mocy silnika w wielkościach brutto, a wykonawca w toku rozprawy nie wykazał regulacji prawnych, które uzasadniałyby odwoływanie się przez tego wykonawcę do takich wielkości. Tym samym wykonawca dokonał własnej interpretacji pojęcia „mocy silnika”, pomijając instytucję chociażby składania zapytań, czy możliwości kwestionowania takiego warunku w trybie odwołania, o ile uznawałby, że taki warunek jest np. nadmierny. Zatem wykonawca z racji prowadzonej działalności, uczestnicząc w postępowaniach o zamówienie publiczne o tym profilu, miał świadomość, że wskazany parametr „moc silnika” może być niedostatecznie precyzyjny. Tym samym dokonując wyboru pomiędzy większą mocą brutto, a mniejszą – netto mógł liczyć się obiektywnie z zarzutem niezgodności treści oferty ze specyfikacją. Izba ponadto zwraca uwagę, że - w okolicznościach niniejszej sprawy - pojęcie „moc silnika” mogło być interpretowane tylko na podstawie przepisu wskazanego w pkt VI.3.3.1 siwz tj. rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep, a w szczególności na podstawie wymienianej tym rozporządzeniem Dyrektywy Nr 80/1269/EWG z dnia 16 grudnia 1980 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do mocy silników pojazdów silnikowych oraz na podstawie Regulaminu EKG ONZ Nr 85.00 wskazanego w załączniku nr 6 Część I i Część II do tego rozporządzenia. Izba zwraca także uwagę, że przedłożone do oferty świadectwo homologacji dla autobusu przegubowego [jako dokument potwierdzający moc silnika autobusu przegubowego minimum 250 kW] - został wskazany w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, co jak już Izba podniosła nie było przez wnoszącego odwołanie wykonawcę kwestionowane.

Co do drugiego z zarzutów, Izba stwierdziła, że wykonawca potwierdził warunek w zakresie min. mocy 200 kW dla autobusu jednoczłonowego. Tak jak ustaliła Izba, wykonawca w ofercie podał moc brutto w wysokości 210 KW. Załączył jednocześnie do oferty wymagane świadectwo homologacji dla tego autobusu, w którym – co przyznaje sam Zamawiający w zawiadomieniu o podstawach odrzucenia oferty - że w przypadku tego autobusu [SOLBUS SM 12] w świadectwie homologacji wskazano moc silnika netto wynoszącą 209 kW, przy wymaganej w siwz mocy [pkpkt 2.2 lp. 4 z tabeli] minimalnej 200 kW. Z faktu posłużenia się w ofercie mocą brutto dla silnika w autobusie jednoczłonowym, w sytuacji, gdy ustalenia potwierdzają także jego moc minimalną wymaganą siwz, nie można wywodzić niezgodności treści tej oferty w omawianym zakresie z treścią specyfikacji. Ponadto twierdzenie Zamawiającego, że wykonawca Lider Trading nie zastosował się do wezwania z dnia 25.lipca 2012 r. o złożenie wyjaśnień skierowanego do wykonawcy na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp nie jest zasadne, albowiem z wyjaśnień udzielonych już w piśmie z dnia 23 lipca 2012 r. - które także w niniejszym zakresie powinny być uwzględniane - jednoznacznie wynika, że moc brutto silnika wskazana w ofercie w obu przypadkach [dla silnika w autobusie przegubowym jak i jednoczłonowym] była wynikiem samodzielnej interpretacji tego parametru przez wykonawcę.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którą odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Wobec ustaleń Izby brak było podstaw do uwzględnienia odwołania, co do pierwszego z zarzutów, co zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 ustawy Pzp powoduje, że odwołanie podlega oddaleniu.

**Sygn. akt: KIO 1680/12**

#### **Odwołanie podlega uwzględnieniu.**

Zgodnie z ustaleniami Izby w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - Solaris Bus & Coach S.A. oraz wykonawcę Lider Trading Sp. z o.o., pomimo niezgodności treści tych ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nie podanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej



oferty wszystkich podstaw faktycznych skutkujących odrzuceniem oferty złożonej przez Lider Trading Sp. z o.o., a także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp i § 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (..) z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu świadectwa homologacji. W konkluzji Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając wskazane zarzuty Izba miała na względzie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym pkt VI.3.3 siwz oraz - wskazywany przez Odwołującego, jak i przystępujących wykonawców dokument – Projekt SORT – „Znormalizowane cykle testów drogowych” [dalej Regulamin SORT], a także treść oferty wykonawcy Lider Trading i oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach oraz stanowiska stron i przystępujących wykonawców przedstawiane również w toku rozprawy.

Zdaniem Izby zasadny jest zarzut dotyczący przedłożenia przez wykonawców - Solaris Bus & Coach oraz Lider Trading dokumentu niezgodnego z treścią specyfikacji w zakresie wskazanym w pkt VI.3.3. W tym przypadku zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, wnoszący odwołanie wykonawca, oparł na twierdzeniu, że w treści dokumentu badania zużycia paliwa SORT 2 przedłożonego do oferty zarówno wykonawcy Solaris Bus & Coach jak i Lider Trading, wskazano na inne opony, aniżeli deklarowane w załączniku nr 3 do oferty, a w odniesieniu do oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach wskazano również, że poddany testom autobus jest trzydrzwiowy, podczas gdy autobus wymieniony w ofercie jest czterodrzwiowy. W tym przypadku Odwołujący stwierdził, że zmiana tych parametrów jest niedopuszczalna, albowiem Zamawiający w wymienionym punkcie VI.3 ppkt 3.3 SIWZ wymagał dołączenia do oferty „dokumentów potwierdzających wskaźnik zużycia paliwa dla autobusów zgodnie z warunkami UITP”. Izba podzieliła pogląd przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy Solaris, że Zamawiający nie podał wprost w specyfikacji, że autobus oddany do testów SORT 2 musi być identyczny z oferowanym w przetargu, jednakże Izba stwierdza, że Zamawiający jednocześnie w pkt VI.3.3.3 siwz wymagał, aby taki test został wykonany „zgodnie z warunkami UITP” i w tym zakresie nie przewidział żadnych odstępstw. Tak jak wynika z Regulaminu SORT - przedłożonego przez przystępującego wykonawcę Solaris - w pkt 1.7 str 19 tiret 2 wyraźnie wskazano obok ogumienia standardowego, „seryjnie” dostępnego dla testowanego pojazdu, także na wymóg

identycznego rodzaju ogumienia, jak to użyte do testowania osiągow". Również w tym Regulaminie wskazano na konieczność podania liczby drzwi. Co prawda w pkt 1.11 Regulaminu wskazano, że w czasie cyklu całkowicie otwierane będą jedne z drzwi (dwa skrzydła), jednakże zaznaczono, (...) Gdy to odpowiednie (...) wymagając – jak już wskazano - (tiret 1), podania w protokole z badań spornych liczby drzwi. Izba zwraca także uwagę, że w protokole z badań wskazano także na konieczność precyzyjnego zdefiniowania rzeczywiście testowanego pojazdu, wymieniając szczegółowo wymagane elementy m.in. w arkuszu 3 - producenta i typ opon [B.1.4.1], oraz liczbę drzwi [B.1.9.1]. Izba jednocześnie stwierdza, że wymagane w tym postępowaniu parametry wymienione w części III pkt 2.1. i 2.2. ppkt 22 mogły zostać obliczone według wyników zużycia paliwa wg SORT 2. Tym samym, zdaniem Izby, nie jest możliwe przedłożenie w tym postępowaniu dokumentu potwierdzającego wskaźnik zużycia paliwa dla jakiegokolwiek autobusu, aniżeli wymagany i oferowany w tym przetargu - o wskazanych w ofercie parametrach technicznych. Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający w postanowieniach siwz w pkt III. 2 wymagał czworo drzwi dwuskrzydłowych o określonym układzie. Izba ponownie podkreśla, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) dokumenty mają m.in. potwierdzać, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w danym postępowaniu przez zamawiającego. Tak jak wskazano w siwz – pkt III.2. ppkt 2.1. i 2.2 [z tabeli poz. 22] wymagany parametr zanieczyszczeń i zużycia energii jest oceniany w oparciu o wyniki testu zużycia paliwa SORT 2, wskazując także, że oferowany autobus musi spełniać – pod rygorem odrzucenia oferty – także parametry techniczne pod poz. 22. Tym samym – zdaniem Izby – zarówno Zamawiający jak i przystępujący po jego stronie wykonawcy nie przedłożyli dowodu na potwierdzenie, że wymagane sporne parametry [opony i drzwi] w teście SORT 2 mogły być oceniane w odniesieniu do innego autobusu tj. o innym ogumieniu oraz innej liczbie drzwi, aniżeli wskazany przez wykonawcę w ofercie. W tym przypadku Izba, mając na uwadze wymagania opisane w specyfikacji, podkreśla, że – w świetle przepisów ustawy - na etapie oceny oferty wymagania określone w siwz nie mogą podlegać swobodnej interpretacji Zamawiającego, zmierzającej do złagodzenia – być może nadmiernego – warunku. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że – w piśmie z dnia 13 sierpnia 2012 r. – nieuwzględnionym przez Izbę jako dowód przy rozpatrywaniu wskazanego zarzutu - podmiot Applus IDIADA Group nie potwierdzał zgodności oferty wykonawcy Solaris z wymaganiami specyfikacji, a wyłącznie wskazał ogólnie na dopuszczalne różnice w odniesieniu do pojazdu testowanego i oferowanego, zwracając jednocześnie uwagę, że te różnice, co do opon są dopuszczalne, o ile są zachowane te same specyfikacje, wielkości i osiągi, a w odniesieniu do drzwi, że może być zastosowana inna konfiguracja drzwi, o ile zachowane zostaną te same wymiary autobusów.

Izba na marginesie stwierdza, że Odwołujący EvoBus – wbrew jego twierdzeniom w odwołaniu - nie miał możliwości nawet hipotetycznie w okolicznościach niniejszej sprawy - zaoferowania autobusu z silnikiem spełniającym normę czystości spalin EEV innego, aniżeli wskazany w ofercie, albowiem w pkt VI.3.2 siwz zamawiający jednoznacznie podał, że wyniki badań ETC mogą wynikać ze świadectwa homologacji dla każdego typu oferowanego autobusu, co oznacza, że inny przedkładany dokument – jeżeli takie dane nie zostały zawarte w świadectwie homologacji – musiał odnosić się wyłącznie do oferowanego autobusu.

Kolejny zarzut dotyczący oferty wykonawcy Lider Trading, co do przedłożenia przez tego wykonawcę dokumentu badania zużycia paliwa SORT 2 [wymaganie w zakresie pkt VI.3.3. siwz] odnośnie autobusu przegubowego z silnikiem ISB8.9E5340B (strona 78 oferty) w miejsce - dla autobusu przegubowego z silnikiem ISL8.9E5340B (oferta, strona 6, pkt 4 tabeli oraz strona 38, pkt 3.1.1. świadectwa homologacji), także Izba uznała za zasadny. Okoliczność tę przyznał również wykonawca Lider Trading, wyjaśniając w piśmie procesowym z dnia 17 sierpnia 2012 r., że jest to skutkiem omyłki jednostki przeprowadzającej badania SORT 2 oraz przedłożył poprawkę do Sprawozdania z badań. W tym przypadku Izba stwierdza, że ocena dokumentu w tym zakresie należy do właściwości Zamawiającego, który uprawniony jest do wezwania wykonawcy o przedłożenie stosownego dokumentu, wymaganego niniejszym postępowaniem i następnie jego ocena.

Także zarzut naruszenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp i § 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) jest zasadny, albowiem Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu świadectwa homologacji. Tak jak wynika z ustaleń Izby, dokument złożony w języku angielskim zawiera 43 str [od 52 do 95 oferty ], a jego tłumaczenie tylko 39 str [od 96 do 135 oferty]. Brak jest bowiem tłumaczenia stron wskazanych w odwołaniu, a mianowicie str 59 do 63 oraz str 73. Niekompletne jest także tłumaczenie str 72 dokumentu. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcy Solaris, że brak tych stron nie ma znaczenia dla poprawności złożonej oferty. Zgodnie z orzecznictwem KIO jak i orzecznictwem sądowym Zamawiający winien w tym zakresie zastosować art. 26 ust.3 ustawy Pzp, tzn. wymagać

dostarczenia tłumaczonego dokumentu w całości łącznie z tymi stronami, które mogą zawierać sformułowania obcojęzyczne mieszczące się w zakresie wyjątków ukształtowanych przez orzecznictwo KIO i sądów powszechnych. Izba, w tym przypadku, zgadza się z argumentacją Odwołującego – co do zasady - odnośnie prymatu języka polskiego i możliwości dopuszczenia składania oferty w języku obcym tylko na skutek wyraźnej zgody zawartej w SIWZ. Tak jak wynika z orzecznictwa, dopuszczalne są tylko wyjątki odnośnie nazw własnych, zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej, znaków towarowych, nazw handlowych oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług, co nie zostało w niniejszej sprawie, chociażby uprawdopodobnione, czy dowiedzione przez wykonawcę, lecz przedłożono niekompletny dokument tłumaczenia. Tym samym konieczne jest uzupełnienie niniejszego dokumentu o tłumaczenie z ewentualnym uwzględnieniem niniejszych wyjątków.

W konkluzji Izba stwierdza, że zarzuty podnoszone w odwołaniu zarówno do oferty wykonawcy Solaris jak i wykonawcy Lider Trading [sygn. akt. KIO 1680/12] są zasadne i ponowna ocena tych ofert powinna być dokonana z zastosowaniem, w szczególności przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Jednakże Izba uwzględniając odwołanie i nakazując dokonanie określonych czynności musi mieć na względzie także odpowiednio wytyczną zawartą w powołanym już przepisie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba uwzględnia odwołanie, gdy stwierdzone naruszenie przepisów ma wpływ na wynik postępowania. Izba w niniejszej sprawie musi mieć także na względzie wskazany przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp, w tej części, która wyłącza obowiązek zamawiającego do żądania uzupełniania dokumentów. Zgodnie bowiem z tym przepisem dokumenty podlegają uzupełnieniu z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp, jednakże tylko wówczas, gdy oferta nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn bądź nie jest konieczne unieważnienie postępowania. W niniejszym postępowaniu - w zakresie podstaw odrzucenia oferty kwestionowanych przez wykonawcę Lider Trading w odwołaniu sygn. akt: KIO 1666/12 - Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu, gdyż Izba nie uwzględniła jednego z zarzutów naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty tego wykonawcy, uznając, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji - w zakresie zarzutu dotyczącego parametru mocy silnika dla autobusu przegubowego. Tym samym nakazane czynności, co do ponownej oceny dotyczą - tak jak wskazano w sentencji wyroku łącznego w części dotyczącej sprawy KIO 1680/12 - tylko oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach, albowiem oferta wykonawcy Lider Trading – z powodów wskazanych w uzasadnieniu do sprawy sygn. akt KIO 1666/12 – podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając również 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:** .....