

Sygn. akt: KIO 842/12
KIO 849/12

WYROK
z dnia 7 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 maja 2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **26 kwietnia 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **1) MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn (lider), 2) MAN Bus Sp. z o. o. ul. Poznańska 4, Sady, 62 - 080 Tarnowo Podgórne (KIO 842/12),**

B. w dniu **27 kwietnia 2012 r.** przez wykonawcę: **Gran Sp. z o.o. ul. Piotrkowska 84 90-102 Łódź, (KIO 849/12),**

- w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Rzeszów Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie, ul. Trembeckiego 3, 35-234 Rzeszów,**

przy udziale:

- A. wykonawcy Gran Sp. z o.o. ul. Piotrkowska 84 90-102 Łódź,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 842/12, po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy EvoBus Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 842/12, po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy EvoBus Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 849/12, po stronie zamawiającego,

orzeka:

A. 1. Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **1) MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn (lider), 2) MAN Bus Sp. z o. o. ul. Poznańska 4, Sady, 62 - 080 Tarnowo Podgórne (KIO 842/12),**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **1) MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn (lider), 2) MAN Bus Sp. z o. o. ul. Poznańska 4, Sady, 62 - 080 Tarnowo Podgórne (KIO 842/12),**

2.1. zalicza na 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, konsorcjum: **1) MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn (lider), 2) MAN Bus Sp. z o. o. ul. Poznańska 4, Sady, 62 - 080 Tarnowo Podgórne (KIO 842/12),** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum **1) MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o., Al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn (lider), 2) MAN Bus Sp. z o. o. ul. Poznańska 4, Sady, 62 - 080 Tarnowo Podgórne (KIO 842/12),** na rzecz zamawiającego **Gminy Miasto Rzeszów Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie, ul. Trembeckiego 3, 35-234 Rzeszów,** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. 1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy **Gran Sp. z o.o. ul. Piotrkowska 84 90-102 Łódź, (KIO 849/12)** i nakazuje zamawiającemu,

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty **EvoBus Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica,** na część B zamówienia,

1.2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego **Gran Sp. z o.o. ul. Piotrkowska 84 90-102 Łódź** z postępowania i odrzucenia jego oferty, na część B zamówienia,

1.3. nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej na część B zamówienia, poprzedzonej poprawieniem oferty odwołującego **Gran Sp. z o.o.**

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Rzeszów Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie, ul. Trembeckiego 3, 35-234 Rzeszów,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Gran Sp. z o.o. ul. Piotrkowska 84 90-102 Łódź, (KIO 849/12), tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasto Rzeszów Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie, ul. Trembeckiego 3, 35-234 Rzeszów, na rzecz wykonawcy Gran Sp. z o.o. ul. Piotrkowska 84 90-102 Łódź, (KIO 849/12), 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 842/12

Sygn. akt: KIO 849/12

U z a s a d n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie”, ogłoszonym w dniu 5.10.2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2011/S 191-311474 i z 25.10.2011 r. Nr 2011/S 205-332998), w zakresie części A oraz części B przedmiotowego postępowania zostały wniesione następujące odwołania:

A. w dniu 26 kwietnia 2012 r. w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o. (lider); MAN Bus Sp. z o. o. (KIO 842/12), (dalej zwany także konsorcjum MAN), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym,

B. w dniu 27 kwietnia 2012 r. w formie pisemnej przez wykonawcę: Gran Sp. z o.o. (KIO 849/12), (dalej zwany także Gran), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie w dniu w dniu 17 kwietnia 2012 r. o wynikach oceny ofert, przekazane za pomocą poczty elektronicznej.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności zarzucili zamawiającemu Gminie Miasto Rzeszów – Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie, naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp:

Sygn. akt: KIO 842/12

Odwołujący - konsorcjum: MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o. (lider); MAN Bus Sp. z o.o., wniósł odwołanie w zakresie części A oraz części B zamówienia na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

- wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z rzekomym brakiem wniesienia wadium,
- odrzucenia oferty odwołującego, pomimo braku ustawowych przesłanek, jako rzekomo oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp),

- pominięcia oferty odwołującego w czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania wadliwej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- bezpodstawnego zaniechania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Wobec wyżej kwestionowanych czynności, czy zaniechania ich podjęcia, odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 Pzp, przez przyjęcie interpretacji zapisów spornych gwarancji wadialnych w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,
- 2) art. 14 Pzp w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego, przez brak dokonania prawidłowej wykładni oświadczeń woli - spornych gwarancji wadialnych, która doprowadziłaby do wniosku, iż wykonawca skutecznie złożył wadium,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż złożył on skutecznie wymagane wadium, jak również pomimo wyraźnej treści oświadczeń złożonych przez gwaranta,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 25 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, przez wskazanie w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego okoliczności, które miałyby potwierdzać brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a które nie mają oparcia w rzeczywistej treści oferty, jak również przez bezprawne zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów oferty odwołującego,
- 5) art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 20, art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, art. 46 ust. 5 Pzp, przez wymaganie złożenia wadium w odniesieniu do przepisu, który jest niezgodny z przepisami Konstytucji RP, jak również wadliwą interpretację przepisów art. 46 ust. 4a Pzp oraz art. 46 ust. 5 Pzp,
- 6) art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp, przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, w tym treści spornych gwarancji wadialnych, oraz okoliczności ich wystawienia i złożenia w przedmiotowym postępowaniu,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, przez wadliwą czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej - jako dokonanej z bezpodstawnym pominięciem oferty odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą.

Powołując się na uszczerbek swego interesu w uzyskaniu zamówienia - w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący żądał - w zakresie części A oraz części B przedmiotowego postępowania:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia go z przedmiotowego postępowania,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,

- c) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty firmy EvoBus Polska Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej,
- d) nakazania dokonania ponownie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- e) nakazania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Ponadto, wnosił o dopuszczenie dowodu z przesłuchania osób, które podpisały sporne gwarancje wadialne, jak również osób, które podpisały oświadczenia wyjaśniające treść tychże gwarancji (A. Ausz - P oraz Ida S - wezwanie na adres: Deutsche Bank Polska PBC S.A., Al. Armii Ludowej 26, 00 - 609 Warszawa) - na okoliczność rzeczywistej treści oświadczeń woli gwaranta.

Odwołujący wykazywał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż, w wypadku unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, zostałaby ona wybrana jako najkorzystniejsza (art. 179 ust. 1 Pzp). Oferta firmy EvoBus Polska Sp. z o. o. (wybrana jako najkorzystniejsza) - jest droższa od oferty odwołującego, stąd wybór złożonej oferty, w prawidłowym wykonaniu obowiązków proceduralnych, doprowadziłby do istotnych oszczędności po stronie zamawiającego (przy podobnej, o ile nie wyższej, jakości dostarczanych pojazdów).

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podał, że został poinformowany, iż zamawiający, po dokonaniu oceny ofert, wybrał jako najkorzystniejszą w zakresie części A oraz części B przedmiotowego zamówienia - ofertę firmy EvoBus Polska Sp. z o. o., zaś odwołującego wykluczył z postępowania i jego ofertę odrzucił.

W pierwszym rzędzie, odwołujący ponosił, że wykluczenie go z postępowania było bezpodstawne i zostało dokonane z naruszeniem podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych. Zamawiający swoją decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania uzasadnił tym, iż, odwołujący nie wniósł skutecznie wadium w przedmiotowym przetargu, gdyż gwarancje bankowe przedłożone wraz z ofertą miały jakoby nie zabezpieczać wystarczająco interesu zamawiającego na wypadek wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ze stanowiskiem takim odwołujący nie zgodził się z następujących powodów:

- po pierwsze, prawidłowa interpretacja zapisów przedmiotowych gwarancji wadialnych przemawia za tym, iż interes zamawiającego był wystarczająco chroniony, także na wypadek wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,
- po drugie, nawet gdyby przyjąć interpretację zapisów gwarancji prezentowaną przez zamawiającego, dodatkowe oświadczenia złożone przez gwaranta przemawiają za

uznaniem, iż interes zamawiającego był wystarczająco chroniony.

Na wstępie odwołujący zauważył, iż: „Wadium ma zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o zamówienie publiczne. Pełni więc funkcję dyscyplinującą wykonawców i ma powstrzymywać ich przed niezgodnymi z prawem zachowaniami, utrudniającymi zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Zatrzymanie wadium jest dotkliwą sankcją dla wykonawców, pozbawiającą ich konkretnych środków finansowych, w sytuacji, gdy nie uzyskają już zamówienia publicznego. Z tego też względu: „wszelkie przesłanki nakazujące zamawiającemu zatrzymanie wadium muszą być wykładane ściśle wedle reguł wykładni gramatycznej i językowej i nie mogą być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej” - wyrok KIO z dn. 27.04.2009 r., KIO/UZP 488/09).

Bezspornym w niniejszym sprawie jest, iż odwołujący złożył wadium przetargowe w części A oraz części B niniejszego postępowania. Odwołujący zaznaczał, że zamawiający nie miał jakichkolwiek zastrzeżeń co do formy dokumentów gwarancji, lecz jedynie co do ich treści. Bezsporne pozostawało, iż gwarant udzielił gwarancji w związku z ofertą wykonawcy w określonym przetargu, przy czym udzielił gwarancji wadialnych (co nawet wyraźnie wskazał w treści dokumentów gwarancji), a więc miał wiedzę, że gwarancje te mają posłużyć zabezpieczeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co za tym idzie, gwarant miał pełną świadomość, w jakich przypadkach przedmiotowe gwarancje mogą zostać zatrzymane przez zamawiającego. Jako bezsprzeczne odwołujący przyjął, że w treści spornych gwarancji wadialnych Deutsche Bank Polska S.A. oświadczył, iż: „... *zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty Państwu [tj. Zamawiającemu - dop. Odw.] określonej powyżej kwoty,...*”. Odwołujący zaznaczał, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym - stąd gwarant ma obowiązek wypłacić kwotę gwarancji niezależnie od kwestii materialno-prawnych. W ocenie jest odwołującego - z chwilą zatem, kiedy Deutsche Bank Polska S.A. złożył przedmiotowe oświadczenia, udzielił gwarancji wadialnej - zobowiązał się wypłacić zamawiającemu, bezwarunkowo, kwoty wadium. Z powyższego odwołujący wywodził, że nie można twierdzić, iż interes zamawiającego nie był w niniejszym postępowaniu zabezpieczony. Tym samym, odwołujący założył, że gwarant wystawiając sporne gwarancje wadialne, w ramach złożonego oświadczenia woli, obejmował swoim zamiarem wszystkie przypadki wyspecyfikowane w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp. Co znalazło potwierdzenie w dalszych oświadczeniach Banku - dotyczących przedmiotowych gwarancji wadialnych.

Odwołujący zaznaczał, że sporny między stronami jest natomiast jeden z zapisów owych gwarancji, zawierający, m. in., następujące stwierdzenie: „...*zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty Państwu powyższej kwoty, na pierwsze pisemne*

żądanie stwierdzające, że Wykonawca wygrał przetarg i wystąpiła jedna lub więcej z niżej wymienionych okoliczności, wskazując tę okoliczność lub okoliczności:" Zdaniem odwołującego - kwestia formy, w jakiej miałyby nastąpić żądanie zapłaty z gwarancji nie może przesłaniać faktu, iż gwarant zobowiązał się zapłacić kwotę wadium bezwarunkowo - nie ma zatem znaczenia forma żądania wypłaty, skoro warunki wypłaty będą spełnione w każdym przypadku - także objętym dyspozycją art. 46 ust. 4a Pzp.

Odwołujący zauważył, jakiego sformułowania użył sam zamawiający w pkt. 4 Rozdziału 8 SIWZ - odnośnie wadium: *„...Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.”* Nawet z treści SIWZ wynikał wymóg - by wadium niepieniężne (np.: w formie gwarancji) - obejmowało jednocześnie okoliczności określone w art. 46 ust. 4a oraz okoliczności określone w art. 46 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że co do art. 46 ust. 4a Pzp sformułowane są na tyle poważne zarzuty niezgodności tego przepisu z Konstytucją RP, iż Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego RP z pytaniem prawnym (sprawa P 47/11): *„czy przepisy art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych w zakresie, w jakim umożliwiają zamawiającemu zatrzymanie wadium w sytuacji złożenia oferty przez wykonawców, (...), pomimo, iż nie spełniali warunków udziału w postępowaniu albo też oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego i braków tych nie byli w stanie uzupełnić, są zgodne z art. 20, art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP”*. Nie jest zatem wykluczone, iż Trybunał Konstytucyjny potwierdzi wątpliwości co do sprzeczności art. 46 ust. 4a Pzp z Konstytucją RP - a co za tym idzie, potwierdzi, iż przepis Prawa zamówień publicznych, jako sprzeczny z normą wyższego rzędu, nie może wiązać wykonawców [(zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji RP (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP))].

Odwołujący argumentował, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (w szczególności z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94, OSNC 1995/5/86), postanowienia gwarancji podlegają przepisom Kodeksu cywilnego dotyczącym zasad wykładni oświadczeń woli, w szczególności art. 65 K.c. Odwołujący przekonywał, że całokształt okoliczności danej sprawy przemawia za przyjęciem, iż nawet w przypadku braku złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wadium było i jest w pełni skuteczne - także w przypadku gdy jako wykonawca - nie wygra przetargu. Interes zamawiającego jest więc odpowiednio zabezpieczony, a Bank, zgodnie z warunkami wyżej wymienionej gwarancji, zrealizuje żądanie zamawiającego

oparte na zobowiązaniu z punktu 4 także wtedy, gdy wykonawca nie wygra przetargu.

Odwołujący utrzymywał, że wykładnię oświadczenia woli Banku, zawartego w przedmiotowej gwarancji wadialnej, potwierdzają dalsze oświadczenia Deutsche Bank PBC S.A., które znajdują się w aktach postępowania przetargowego.

Przywołał wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 54/11, zgodnie z tezą którego: „Nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy”. W sprawie, której dotyczył cytowany wyrok KIO, odwołujący do oferty załączył „Gwarancję Wadialną” z dnia 19 października 2010 roku wraz z Aneksem Nr 1 z dnia 29 października 2010 roku. Wystawca gwarancji, ww. aneksem przedłużył ważność gwarancji z dnia 19 października 2010 roku, wystawionej na rzecz zamawiającego - do dnia 19 stycznia 2010 roku. Pismem z dnia 30 listopada 2010 roku wystawca gwarancji ING Bank Śląski poinformował, iż cyt. „W wyniku omyłki pisarskiej, w treści ww. aneksu (przyp. Aneksu Nr 1 do Gwarancji wadialnej Nr (...) do gwarancji bankowej została wprowadzona błędna data przedłużenia gwarancji. Datę 19 stycznia 2010 roku traktować należy, jako 19 stycznia 2011 roku. Wszystkie pozostałe zapisy Aneksu Nr 1 do Gwarancji wadialnej Nr (...) pozostają bez zmian.” KIO uznała, iż należy zastosować tu art. 65 § 1 K.c., który stanowi, iż „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje” - co powoduje, że brak jest podstaw do uznania, iż oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium, w sposób należyty gwarantujący zamawiającemu zaspokojenie się z przedmiotowej gwarancji, w przypadku uchylenia się przez Odwołującego od obowiązku podpisania umowy, bądź wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby, omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty wadium. Podobnie podaje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 930/09 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie, Zeszyt nr 5 poz. 118), w którym Izba wskazała, że „Niemniej jednak, w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 K.c., który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ten sam zwrot może bowiem oznaczać co innego w różnym kontekście, np. w zależności od rodzaju i celu czynności. Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta - PZU S.A.) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Odwołujący chciał wziąć udział.” W myśl wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2009r., X Ga 81/2009, LexPolonica nr 2446719: „Gwarant określając rezultat zabezpieczenia w treści listu

gwarancyjnego, nie musi cytować brzmienia art. 46 ust. 5 P.z.p., jeżeli rezultatem zabezpieczenia jest „uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” oraz „niewniesienie wymaganego zabezpieczenia”. Treść gwarancji bankowej, wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie musi zawierać literalnego przytoczenia treści przepisów prawa, sformułowania warunków zapłaty, w tym w szczególności opisu, który jest dosłownym powtórzeniem (cytatem) przepisów art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (por. wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r. KIO/UZP 385/11, KIO/UZP 386/11, KIO/UZP 393/11, KIO/UZP 406/11, LexPolonica nr 2497516).

W przeświadczeniu odwołującego, w powyższym kontekście należy zatem odczytywać znaczenie oświadczeń Banku dotyczące spornych gwarancji wadialnych – gdyż wynika z nich jednoznacznie, iż Bank dokona zapłaty kwoty określonej w gwarancji wadialnej na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta, wskazujące wystąpienie wyżej opisanej okoliczności (tj. braku złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp), również w przypadku gdy Beneficjent (zamawiający) nie stwierdzi w tym żądaniu, że wykonawca wygrał przetarg. Zdaniem odwołującego, powyższe oświadczenia Banku nie mogą pozostać bez znaczenia dla wykładni treści spornych gwarancji wadialnych i zakresu zabezpieczenia interesu zamawiającego. Nie można uznać, iż wykonawca nie wniósł wadium - jak twierdzi zamawiający - nie było zatem podstaw do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego, kwestia gwarancji wadialnych jest w istocie bezprzedmiotowa w aktualnym stanie sprawy - zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp (w aktualnym brzmieniu), zamawiający i tak musiałby zwrócić wykonawcy wadium (wobec wybrania oferty firmy EvoBus Polska jako najkorzystniejszej), zaś w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania - zamawiający musiałby zażądać od wykonawcy złożenia nowego wadium (art. 46 ust. 3 Pzp). Tymczasem, KIO orzeka według stanu rzeczy obowiązującego na chwilę zamknięcia rozprawy (art. 191 Pzp). Zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 16 marca 2011 r., KIO/UZP 424/11, LexPolonica nr 2515626: „Art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie upoważnia zamawiającego do wstrzymania się ze zwrotem wadium wykonawcy, którego wykluczył z postępowania do upływu terminu na wniesienie odwołania czy też wydania orzeczenia przez Izbę, w przypadku, gdy wykonawca skorzystał z drogi odwoławczej, w celu, jak podnosił zamawiający, zabezpieczenia możliwości zatrzymania wadium. Przepis ten nie nakłada też na wykonawcę, którego oferta nie została wybrana obowiązku przedłużenia ważności wadium, jeżeli zamierza wnieść odwołanie”.

Odwołujący w nawiązaniu do powyższych uwag, stwierdził, że brak było podstaw do

odrzućenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia tego przepisu. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 lutego 2009 r., KIO/UZP 140/09, LexPolonica nr 2080336: „Zamawiający narusza przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jeśli bezpodstawnie wyklucza odwołującego z postępowania i odrzuca jego ofertę. Konsekwencją tego zachowania jest również naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór ofert, gdzie zaoferowane ceny są wyższe niż w ofercie odwołującego”.

Jakkolwiek, pozostałe zarzuty zamawiającego nie skutkowałyby bezpośrednio wykluczeniem odwołującego z postępowania lub odrzuceniem jego oferty, to jednak jako wykonawca, czuł się w obowiązku odnieść się do nich w niniejszym odwołaniu.

1. Zwracał zatem uwagę, iż w zakresie „liczby miejsc pasażerskich ogółem” dla autobusu MAN Lion's City A37, na rysunku poglądowym zaznaczone są siedzenia, których, zdaniem zamawiającego, na rysunku jest 28. Wykonawca podał w opisie do rysunku liczbę miejsc - 24, gdyż na rysunku na tylnej ścianie 3 pozycje - to miejsca do oparcia się (zamawiający prawdopodobnie potraktował je błędnie jako siedzenia). Naprzeciwko III drzwi - zaznaczone są na tzw. ćwierćkolu 3 pozycje siedzeń, z tym, że środkowe miejsce do siedzenia nie może być traktowane jako miejsce siedzące - ponieważ jego szerokość jest poniżej wymaganej szerokości min. 500 mm.

2. Wyjaśniał również, iż częstotliwość czyszczenia chłodziń wynosi: co 60.000 km (dla autobusu MAN Lion's City A37, diesel), oraz co 60.000 km (dla autobusu MAN Lion's City A21, CNG) - co spełnia wymogi SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

3. W kwestii zaś, liczby wiszących uchwytów dla obydwu typów autobusów - obowiązuje po 10 uchwytów w kolorze szarym - co spełnia wymogi SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

4. W zakresie zaś systemu detekcji i gaszenia pożaru, wskazał, że podstawowymi elementami składowymi tego systemu są: zbiornik ciśnieniowy, przewód ciśnieniowy, zawór ciśnieniowy, układ dysz rozpylających. Środek gaśniczy-proszek "ABC" w ilości 5 kg - nietoksyczny, po rozpyleniu - łatwy do usunięcia z komory silnikowej. Środek gaśniczy dystrybuowany poprzez właściwą ilość 9 dysz gaśniczych. Rozmieszczenie detektora oraz dysz gaśniczych zapewnia ochronę przeciwpożarową komory silnika oraz agregatu grzewczego. Diagnostyka układu polega na wizualnej kontroli ciśnienia w zbiorniku środka gaśniczego. Układ uruchamia się samoczynnie w wyniku spadku ciśnienia w przewodzie ciśnieniowym, który topi się w przypadku wystąpienia zbyt wysokiej temperatury w komorze silnika lub komorze agregatu grzewczego.

5. Co do dokumentów poświadczonych za zgodność przez panią Annę K oraz panią Katarzynę F – wskazał, że zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 tegoż rozporządzenia, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Pani F jest umocowana na podstawie pełnomocnictwa od spółki MAN Bus Sp. z o. o. - nie są znane odwołującemu powody, dla których zamawiający stwierdził brak posiadania takiego pełnomocnictwa - niemniej, w razie potrzeby, pełnomocnictwo takie może zostać ponownie złożone. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 lipca 2010 r., KIO/UZP 1511/10, LexPolonica nr 2384503: Jeżeli upoważniony przedstawiciel konsorcjantów zapoznał się z oryginalnym dokumentem i potwierdził zgodność z kopii tego dokumentu z oryginałem - takiego działania nie można uznać za czynność sprzeczną z rozporządzeniem, skoro ustawodawca takiej możliwości nie wyłączył. Skoro wykonawca zgodnie z rozporządzeniem ma prawo sam potwierdzić dokument za zgodność z oryginałem, to ma również prawo przekazać uprawnienie do dokonania tej czynności pełnomocnikowi".

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2012 r., w dniu 30 kwietnia 2012 r. w formie pisemnej (z kopią przekazaną stronom), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca Gran Sp. z o.o., który wnosił o oddalenie odwołania konsorcjum: MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o. (lider); MAN Bus Sp. z o. o. (KIO 842/12), uznając zarzuty odwołującego za bezzasadne, a czynności podjęte przez zamawiającego w skarżonym odwołaniu zakresie – za prawidłowe. Podał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, bowiem sam złożył również odwołanie w tym postępowaniu na odrzucenie własnej oferty, i w przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia – jego oferta ma szansę zostać wybrana, jako najkorzystniejsza – w zakresie części B postępowania, w którym uczestniczy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2012 r., w dniu 30 kwietnia 2012 r. w formie pisemnej (z kopią przekazaną stronom), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca wybrany EvoBus Sp. z o.o., (sygn. akt KIO 842/12), wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jego oferty na część A i B zamówienia. Uznał zarzuty odwołującego za bezzasadne, a czynności podjęte przez zamawiającego w skarżonym odwołaniu zakresie – za prawidłowe.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Gran Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w odniesieniu do części B postępowania.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę EvoBus Sp. z o.o. - jako zgłaszające przystąpienie po stronie zamawiającego, w zakresie części A i B postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i do protokołu rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu z dnia 17 kwietnia 2012 r., o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym podał następujące uzasadnienie czynności wobec oferty odwołującego:

„Oferta 4 A Konsorcjum: Lider Konsorcjum i Pełnomocnik Wykonawcy: MAŃ TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., Al. Katowicka 9; 05-830 Nadarzyn; Partner Konsorcjum: MAN Bus Sp. z o.o.. Sady, ul. Poznańska 4, 62-080 Tarnowo Podgórne, złożona w części A przedmiotowego postępowania została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, według którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Przyczynę odrzucenia oferty nr 4 A stanowiło wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum: Lider Konsorcjum i Pełnomocnik Wykonawcy: MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., Al. Katowicka 9; 05-830 Nadarzyn; Partner Konsorcjum: MAN Bus sp. z o.o., Sady, ul. Poznańska 4, 62-080 Tarnowo Podgórne z przedmiotowego postępowania ze względu na nieskuteczne wniesienie przez Wykonawcę, wymaganego przez Zamawiającego wadium.

Zamawiający w Rozdziale 8 SIWZ „Rozdział 8. - WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM I ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY” wymagał, aby Wykonawca przystępujący do przedmiotowego postępowania w części A wniósł wadium w wysokości 400 000,00 PLN (słownie: czterysta tysięcy złotych 00/100). Wymagane przez Zamawiającego wadium Wykonawca wniósł w formie gwarancji bankowej.

Złożona przez Wykonawcę gwarancja wadialna zawierała m.in. następujące stwierdzenie: „...zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty Państwu powyższej kwoty, na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że Wykonawca wygrał przetarg i wystąpiła jedna lub więcej z niżej wymienionych okoliczności, wskazując tę okoliczność lub okoliczności: (...). Powyższy zapis nie wyczerpuje przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami również w przypadku nie złożenia wymienionych w nim dokumentów przez wykonawcę, pomimo wystosowanego przez

Zamawiającego wezwania, chyba, że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przedłożona bowiem przez Wykonawcę gwarancja bankowa nie daje możliwości Zamawiającemu ewentualnego skorzystania z przytoczonego artykułu i zatrzymania wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy Wykonawca na otrzymane wezwanie nie złożyłby wymaganych dokumentów, bowiem stawia ona warunek w postaci zatrzymania wadium wykonawcy, który wygrał przetarg. Natomiast Zamawiający wykonując dyspozycję wynikającą z art. 26 ust. 3 dokonuje jej w momencie badania ofert, a więc w czasie, gdy nie wybrano jeszcze oferty najkorzystniejszej, a tym samym Wykonawca nie jest jeszcze oferentem wygranym.

Zatem Gwarant w przedłożonej przez Wykonawcę gwarancji bankowej mimo, iż zobowiązuje się w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy zapłacić wadium w przypadku zaistnienia przytoczonych okoliczności, to dalszej swej treści warunkuje dokonanie tej czynności faktem, iż wykonawca przetarg ten wygrał.

Tym samym przedłożona przez Wykonawcę gwarancja bankowa nie zabezpiecza w sposób wystarczający interesu Zamawiającego, a tym samym wadium nie zostało przez Wykonawcę skutecznie wniesione.

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego wadium ma rolę zabezpieczającą i złożenie wadliwego dokumentu, w tym zakresie determinuje zaistnienie wady skutkującej wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przy czym sytuacji tej nie można naprawić w drodze uzupełnienia dokumentu zawierającego błędy w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy.

Niezależnie od powyższego ze względu na fakt, iż oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień następujących wątpliwości, jakie powziął Zamawiający badając ofertę Wykonawcy:

- Wykonawca w załączniku do złożonej przez siebie oferty, odnoszącym się do części A zatytułowanym Załącznik nr 4B do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla części A SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla autobusu MAN Lion's City A37, na str., 39 oferty, w wierszu „Liczba miejsc pasażerskich ogółem” wskazał liczbę 24, podczas, gdy na obrazującym wnętrze autobusu MAN Lion's City A37 (str. 95 oferty) liczba miejsc pasażerskich wynosi 28. Ze względu na powyższe Zamawiający wezwałby o wskazanie prawidłowej liczby miejsc siedzących.
- Zamawiający w zał. nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Część wspólna Specyfikacji Technicznej dla wszystkich części zamówienia pkt I wymagania dotyczące parametrów techniczno-przewozowych autobusów wiersz 10 Układ chłodzenia

zawarł wymagania, jakie winien spełniać tenże układ, na potwierdzenie powyższego wymogu Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców stosownej informacji.

Wykonawca w załączniku do oferty zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla części A, SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla autobusu MAN Lion's City A37, na str. 42 oferty, dokonując opisu chłodnicy (zespołu chłodnic) nie wskazał częstotliwości czyszczenia chłodnicy, co budzi wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego przez Wykonawcę na formularzu ofertowym pkt 8. „Oświadczamy, że oferowane autobusy w zakresie części A*, części B*, spełniają wymagania techniczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.”

- Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,

- Część wspólna Specyfikacji Technicznej dla wszystkich części zamówienia pkt I Wymagania dotyczące parametrów techniczno - przewozowych autobusów wiersz 19 Nadwozie i podwozie zawarł wymagania, jakie winny spełniać poręcze dla pasażerów zamontowane w oferowanym przedmiocie zamówienia, na potwierdzenie powyższego wymogu wymagał złożenia przez Wykonawców stosownej informacji.

Wykonawca w załączniku do oferty zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla części A, SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla autobusu MAN Lion's City A37, na str. 49 oferty dokonując opisu Poręczy dla pasażerów nie wskazał wymaganej liczby uchwytów wiszących, co budzi wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego przez Wykonawcę na formularzu ofertowym pkt 8. „Oświadczamy, że oferowane autobusy w zakresie części A*, części B*, spełniają wymagania techniczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.”

- Zamawiający w Załączniku nr 1. A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja Techniczna autobusów miejskich klasy MAXI zasilanych olejem napędowym (ON), pkt 1. Wymagania dotyczące parametrów techniczno – przewozowych autobusów, wiersz 3. Silnik, pkt 3.12, wymagał, aby komora silnika była wyposażona w automatyczny system detekcji i gaszenia pożaru, na potwierdzenie powyższego wymogu Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców stosownej informacji.

Wykonawca w załączniku do oferty zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla części A, SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla autobusu MAN Lion's City A37, na str. 64 nie dokonał wyczerpującego opisu systemu gaszenia, zgodnie z wymogami Zamawiającego, określonymi w lewej kolumnie w/w załącznika, co budzi

wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego przez Wykonawcę na formularzu ofertowym pkt 8. „Oświadczamy, że oferowane autobusy w zakresie części A*, części B*, spełniają wymagania techniczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.”

Ponadto Wykonawca dołączył do oferty:

- Zamawiający w rozdziale 6 SIWZ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ INNYCH WYMAGANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DOKUMENTÓW, pkt 1.2., wskazał, iż do wykazu wykonanych dostaw należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie (np. referencje).

Wykonawca na potwierdzenie należytego wykonania wymaganych przez Zamawiającego dostaw przedłożył na stronie 8 oferty oświadczenie z dnia 21.12.11 r., które za zgodność z oryginałem zostało podpisane przez Katarzynę F prawnika. Zgodnie z § 6 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane „Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.”

Zgodnie z pełnomocnictwem przedłożonym przez Wykonawcę do reprezentowania Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu został umocowany MAŃ TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., którego to reprezentacja wynika z przedłożonego odpisu KRS, numer 0000042934. Osoba potwierdzająca za zgodność oświadczenie z dnia 21.12.11 r., przedłożone przez Wykonawcę na str. 8 oferty nie figuruje w złożonym przez Wykonawcę odpisie KRS, jako umocowana do dokonywania czynności za MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o.. W ofercie brak jest również stosownego pełnomocnictwa pozwalającego uznać czynność za zgodną z przywołanym powyżej rozporządzeniem.

W związku z tym, iż Wykonawca został wykluczony z postępowania, a oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego podlega odrzuceniu, Zamawiający nie może dokonać w niniejszym postępowaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy PZP.

- Zamawiający w rozdziale 6 SIWZ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ INNYCH WYMAGANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DOKUMENTÓW, pkt 2.2., wymagał przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania

ofert. Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia odpis z właściwego rejestru należy przedłożyć dla każdego z ubiegających się wykonawców.

Wykonawca przedkładając do oferty odpis KRS o numerze 000003195, poświadczający wpis do Krajowego Rejestru Sądowego MAN BUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, dokonał jego potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez Annę K Wiceprezesa Zarządu oraz Katarzynę F prawnika.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane „Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.”

Stosownie do zapisów KRS przedłożonego dla MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., upoważnionego do działania w imieniu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa, umocowanie do działania w imieniu spółki posiadają członkowie zarządu działający łącznie - co najmniej dwóch, jak również każdy członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Z uwagi na fakt, iż zarówno z przedłożonego wpisu do rejestru, jak i ze względu na brak stosownego pełnomocnictwa dla Pani Katarzyny F nie można uznać, iż ww. dokument został skutecznie złożony w postępowaniu.

W związku z tym, iż Wykonawca został wykluczony z postępowania, a oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego podlega odrzuceniu, Zamawiający nie może dokonać w niniejszym postępowaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust, 3 ustawy PZP

- Zamawiający w rozdziale 6 SIWZ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ INNYCH WYMAGANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DOKUMENTÓW, pkt 2.5 oraz w pkt 2.6. wymagał przedłożenia odpowiednio aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4- 8 ustawy Pzp- wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia odpis z właściwego rejestru należy przedłożyć dla każdego z ubiegających się wykonawców.

Stosowne zaświadczenia przedłożone dla MAN Bus Sp. z o.o. - podmiotu zbiorowego, jak i przedłożone dla poszczególnych członków organu zarządzającego spółki zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Annę K Wiceprezesa Zarządu oraz Katarzynę F prawnika.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane „Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.”

Stosownie do zapisów KRS przedłożonego dla MAŃ TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., upoważnionego do działania w imieniu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa, umocowanie do działania w imieniu spółki posiadają członkowie zarządu działający łącznie - co najmniej dwóch, jak również każdy członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Z uwagi na fakt, iż zarówno z przedłożonego wpisu do rejestru, jak i ze względu na brak stosownego pełnomocnictwa dla Pani Katarzyny F nie można uznać, iż ww. dokumenty zostały skutecznie złożone w postępowaniu.

W związku z tym, iż Wykonawca został wykluczony z postępowania, a oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego podlega odrzuceniu, Zamawiający nie może dokonać w niniejszym postępowaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Oferta 3B Konsorcjum: Lider Konsorcjum i Pełnomocnik Wykonawcy: MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o. Al. Katowicka 9; 05-830 Nadarzyn; Partner Konsorcjum: MAŃ Bus sp. z o.o., Sady, ul. Poznańska 4, 62-080 Tarnowo Podgórne, złożona w części B przedmiotowego postępowania została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, według którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Przyczynę odrzucenia oferty stanowiło wykluczenie wykonawcy Konsorcjum: Lider Konsorcjum i Pełnomocnik Wykonawcy: MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., Al. Katowicka 9; 05-830 Nadarzyn; Partner Konsorcjum: MAN Bus sp, z o.o., Sady, ul. Poznańska 4, 62-080 Tarnowo Podgórne z przedmiotowego postępowania ze względu na

nieskuteczne wniesienie przez Wykonawcę, wymaganego przez Zamawiającego wadium.

Zamawiający w Rozdziale 8 SIWZ „Rozdział 8. - WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM I ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY” wymagał, aby Wykonawca przystępujący do przedmiotowego postępowania w części A [B] wniósł wadium w wysokości 400 000,00 PLN (słownie: czterysta tysięcy złotych 00/100). Wymagane przez Zamawiającego wadium Wykonawca wniósł w formie gwarancji bankowej. Złożona przez Wykonawcę gwarancja wadium zawierała m.in. następujące stwierdzenie: „...zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty Państwu powyższej kwoty, na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że Wykonawca wygrał przetarg i wystąpiła jedna lub więcej z niżej wymienionych okoliczności, wskazując tę okoliczność lub okoliczności: (...). Powyższy zapis nie wyczerpuje przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami również w przypadku nie złożenia wymienionych w nim dokumentów przez wykonawcę, pomimo wystosowanego przez Zamawiającego wezwania, chyba, że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przedłożona bowiem przez Wykonawcę gwarancja bankowa nie daje możliwości Zamawiającemu ewentualnego skorzystania z przytoczonego artykułu i zatrzymania wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy Wykonawca na otrzymane wezwanie nie złożyłby wymaganych dokumentów, bowiem stawia ona warunek w postaci zatrzymania wadium wykonawcy, który wygrał przetarg. Natomiast Zamawiający wykonując dyspozycję wynikającą z art. 26 ust. 3 dokonuje jej w momencie badania ofert, a więc w czasie, gdy nie wybrano jeszcze oferty najkorzystniejszej a tym samym Wykonawca nie jest jeszcze oferentem wygranym.

Zatem Gwarant w przedłożonej przez Wykonawcę gwarancji bankowej mimo, iż zobowiązuje się w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy zapłacić wadium w przypadku zaistnienia przytoczonych okoliczności, to dalszej swej treści warunkuje dokonanie tej czynności faktem, iż wykonawca przetarg ten wygrał.

Tym samym przedłożona przez Wykonawcę gwarancja bankowa nie zabezpiecza w sposób wystarczający interesu Zamawiającego, a tym samym wadium nie zostało przez Wykonawcę skutecznie wniesione.

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego wadium ma rolę zabezpieczającą i złożenie wadliwego dokumentu w tym zakresie determinuje zaistnienie wady skutkującej wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przy czym sytuacji tej nie można naprawić w drodze uzupełnienia dokumentu zawierającego błędy w rozumieniu art. 26 ust 3 ustawy.

Niezależnie od powyższego ze względu na fakt, iż oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień następujących wątpliwości, jakie powziął Zamawiający badając ofertę Wykonawcy:

- Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia

- Część wspólna Specyfikacji Technicznej dla wszystkich części zamówienia pkt I Wymagania dotyczące parametrów techniczno - przewozowych autobusów wiersz 10 Układ chłodzenia zawarł wymagania, jakie winien spełniać tenże układ, na potwierdzenie powyższego wymogu Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców stosownej informacji.

Wykonawca w załączniku do oferty zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla części B, SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla autobusu MAN Lion's City A 21 CNG, na str. 72 oferty, dokonując opisu chłodnicy (zespołu chłodnic) nie wskazał częstotliwości czyszczenia chłodnicy, co budzi wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego przez Wykonawcę na formularzu ofertowym pkt 8. „Oświadczamy, że oferowane autobusy w zakresie części A*, części B*, spełniają wymagania techniczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.”

- Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,

- Część wspólna Specyfikacji Technicznej dla wszystkich części zamówienia pkt I Wymagania dotyczące parametrów techniczno - przewozowych autobusów wiersz 19 Nadwozie i podwozie zawarł wymagania, jakie winny spełniać poręcze dla pasażerów zamontowane w oferowanym przedmiocie zamówienia, na potwierdzenie powyższego wymogu wymagał złożenia przez Wykonawców stosownej informacji.

Wykonawca w załączniku do oferty zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla części B, SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla autobusu MAN Lion's City A 21 CNG, na str. 78 oferty dokonując opisu Poręczy dla pasażerów nie wskazał wymaganej liczby uchwytów wiszących, co budzi wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego przez Wykonawcę na formularzu ofertowym pkt 8. „Oświadczamy, że oferowane autobusy w zakresie części A*, części B*, spełniają wymagania techniczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.”

- Zamawiający w Załączniku nr 1.B do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja Techniczna autobusów miejskich klasy MAXI zasilanych sprężonym metanem (CNG, pkt I. Wymagania dotyczące parametrów techniczno - przewozowych autobusów, wiersz 3. Silnik, pkt 3.13, wymagał, aby komora silnika była wyposażona w automatyczny system detekcji i gaszenia pożaru, na potwierdzenie powyższego wymogu Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców stosownej informacji.

Wykonawca w załączniku do oferty zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla części B, SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla autobusu MAN Lion's City A 21 CNG, na str. 90 nie dokonał wyczerpującego opisu systemu gaszenia, zgodnie z wymogami Zamawiającego, określonymi w lewej kolumnie w/w załącznika, co budzi wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego przez Wykonawcę na formularzu ofertowym pkt 8. „Oświadczamy, że oferowane autobusy w zakresie części A*, części B*, spełniają wymagania techniczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.”

Ponadto Wykonawca dołączył do oferty:

- Zamawiający w rozdziale 6 SIWZ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ INNYCH WYMAGANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DOKUMENTÓW, pkt 1.2., wskazał, iż do wykazu wykonanych dostaw należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie (np. referencje).

Wykonawca na potwierdzenie należytego wykonania wymaganych przez Zamawiającego dostaw przedłożył na stronie 9 oferty oświadczenie z dnia 22.12.11 r., które za zgodność z oryginałem zostało podpisane przez Katarzynę F prawnika.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane „Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.”

Stosownie do zapisów KRS przedłożonego dla MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., upoważnionego do działania w imieniu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa, umocowanie do działania w imieniu spółki posiadają członkowie zarządu działający łącznie - co najmniej dwóch, jak również każdy członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Z uwagi na fakt, iż zarówno z przedłożonego wpisu do rejestru, jak i ze względu na brak stosownego

pełnomocnictwa dla Pani Katarzyny F nie można uznać, iż ww. dokumenty zostały skutecznie złożone w postępowaniu.

W związku z tym, iż Wykonawca został wykluczony z postępowania, a oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego podlega odrzuceniu, Zamawiający nie może dokonać w niniejszym postępowaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

- Zamawiający w rozdziale 6 SIWZ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ INNYCH WYMAGANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DOKUMENTÓW, pkt 2.2., wymagał przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia odpis z właściwego rejestru należy przedłożyć dla każdego z ubiegających się wykonawców.

Wykonawca przedkładając do oferty odpis KRS o numerze 000003195, poświadczający wpis do Krajowego Rejestru Sądowego MAN BUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, dokonał jego potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez Annę K Wiceprezesa Zarządu oraz Katarzynę F prawnika.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane „Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.”

Stosownie do zapisów KRS przedłożonego dla MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o., upoważnionego do działania w imieniu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa, umocowanie do działania w imieniu spółki posiadają członkowie zarządu działający łącznie - co najmniej dwóch, jak również każdy członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Z uwagi na fakt, iż zarówno z przedłożonego wpisu do rejestru jak i ze względu na brak stosownego pełnomocnictwa dla Pani Katarzyny F nie można uznać, iż ww. dokument został skutecznie złożony w postępowaniu.

W związku z tym, iż Wykonawca został wykluczony z postępowania, a oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego podlega odrzuceniu, Zamawiający nie może dokonać w niniejszym postępowaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy PZP.

• Zamawiający w rozdziale 6 SIWZ WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ INNYCH WYMAGANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DOKUMENTÓW, pkt 2.5 oraz w pkt 2.6. wymagał przedłożenia odpowiednio aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4- 8 ustawy Pzp - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia odpis z właściwego rejestru należy przedłożyć dla każdego z ubiegających się wykonawców.

Stosowne zaświadczenia przedłożone dla MAN Bus sp. z o.o. - podmiotu zbiorowego, jak i przedłożone dla poszczególnych członków organu zarządzającego spółki zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Annę K Wiceprezesa Zarządu oraz Katarzynę F prawnika. Ze względów wskazanych powyżej wymienione dokumenty nie mogły zostać uznane przez Zamawiającego za prawidłowo złożone.

W związku z tym, iż Wykonawca został wykluczony z postępowania, a oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego podlega odrzuceniu, Zamawiający nie może dokonać w niniejszym postępowaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty konsorcjum MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o. (lider); MAN Bus Sp. z o. o., z wyjaśnień odwołującego z dnia 30 marca 2012 wraz z oświadczeniami Banku z dnia 21 marca 2012 r., pism stron i przystępujących, złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami.

Izba nie dopuściła w tej sprawie dowodów wnioskowanych przez odwołującego: z przesłuchania osób, które podpisały sporne gwarancje wadialne, jak również osób, które podpisały oświadczenia wyjaśniające treść tychże gwarancji (A. Ausz - P oraz Ida Sz - z wezwaniem na adres: Deutsche Bank Polska PBC S.A., Al. Armii Ludowej 26, 00 - 609 Warszawa) - na okoliczność rzeczywistej treści oświadczeń woli gwaranta. Za wystarczający i podstawowy dowód w tej sprawie, Izba uznała wystawione przez rzeczony Bank gwarancje wadialne, o treści przedstawionej przez odwołującego w dokumentach oferty. Stosownie do

art. 246 i 247 Kpc w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp i art. 1184 § 2 Kpc - dowód ze świadków w odniesieniu do czynności prawnej dokonanej w formie pisemnej pod rygorem nieważności – nie jest dopuszczalny.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępujących przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Dostawy autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie. ” Zamówienie zostało podzielone na trzy części:

Część A, autobusy miejskie klasy maxi, zasilane olejem napędowym,

Część B, autobusy miejskie klasy maxi, zasilane sprężonym metanem.

Zamawiający wymagał wniesienia wadium. W przypadku części A oraz części B zamówienia w kwotach po 400 000,00 zł.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 8 pkt 3,11,12 zamawiający przytoczył odnośne regulacje dotyczące wadium, zawarte w Prawie zamówień publicznych.

W pkt 4 rozdziału 8 SIWZ zawarte jest wymaganie: *„Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego, w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.”*

Wykonawca zobowiązany był wnieść wadium przed upływem terminu składnia ofert i przedłożyć dowód jego wniesienia.

Jako kryteria udzielenia zamówienia zostały wyznaczone w rozdziale 13 SIWZ:

- cena ofertowa, waga – 65%,
- koszt zużycia energii oraz emisji CO2 i zanieczyszczeń (E), waga – 8%,
- ocena techniczna, waga – 27%,

stosownie do rozporządzenia z dnia 10 maja 2011 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert (...) (Dz. U. Nr 96, poz. 559)

W SIWZ w rozdziale 10 pkt 11, zamawiający określił w jakiej formie powinny zostać złożone poszczególne dokumenty i oświadczenia oraz w jaki sposób poświadczony odpisy dokumentów za zgodność z oryginałem.

Termin składania ofert upływał w dniu 29 lutego 2012 r.

W piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze na część A (cena 29 875 470 zł) oraz część B (cena 35 321 772,24 zł) - oferty wykonawcy EvoBus Sp. z o.o.

oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Z protokołu postępowania wynika, że:

- na część A oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Solaris Bus & Coach S.A. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
- 2) EvoBus Sp. z o.o. – oferta wybrana – 99,73 pkt;
- 3) konsorcjum Autosan S.A. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
- 4) konsorcjum MAN Truck& Bus Polska Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;

- na część B oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Solaris Bus & Coach S.A. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
- 2) EvoBus Sp. z o.o. – oferta wybrana – 100,00 pkt;
- 3) konsorcjum MAN Truck& Bus Polska Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
- 4) Gran Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;

W ofercie odwołującego zostały na stronach 126 i 127 przedstawione kopie bankowych gwarancji wadialnych na część A raz B zamówienia (gwarancja nr 874BG01200225 i gwarancja nr 874B601200226), w wymaganej kwocie po 400 000 zł, wystawione dnia 21 lutego 2012 r. przez Deutsche Bank Polska PBC S.A., Al. Armii Ludowej 26, 00 - 609 Warszawa, zawierające następujące oświadczenia: „...zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty Państwu powyższej kwoty, na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że Wykonawca wygrał przetarg i wystąpiła jedna lub więcej z niżej wymienionych okoliczności, wskazując tę okoliczność lub okoliczności:

1. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, na warunkach określonych w ofercie,
2. nie wniósł wymaganego należytego zabezpieczenia umowy,
3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
4. w odpowiedzi wezwaniu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) nie złożył dokumentów lub oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że nie wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.”

Pismem z dnia 30 marca 2012 r., odwołujący wyjaśniał zamawiającemu, co następuje: „Działając w imieniu spółki MAN Truck & Bus Polska Spółka z o. o. z siedzibą w Wolicy (Nadarzyn), Al. Katowicka 9, 05 - 830 Nadarzyn, REGON: 017366742, (dalej zwana „Spółką”), zarejestrowanej w rejestrze przedsiębiorców prowadzonym przez Sąd Rejonowy

dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000042934, w związku z gwarancją wadialną nr 874BG01200225 z dnia 21 lutego 2012 r., udzieloną przez Bank na kwotę 400.000,00 zł i gwarancją wadialną nr 874BG01200226 z 21 lutego 2012 r., udzieloną przez Bank na kwotę 400.000,00 zł (dalej jako „gwarancje wadialne”), jako zabezpieczenie wadium dotyczącego ofert Spółki w przetargu nieograniczonym na „dostawę autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie CZĘŚĆ A zamówienia i CZĘŚĆ B zamówienia (nr sprawy; ZTM/PN/8/2011), na wypadek ewentualnych wątpliwości co do wykładni treści wyżej wskazanych gwarancji, uprzejmie wyjaśniam, iż:

- zobowiązanie w punkcie 4 (brak złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177, z późn. zm.) było i jest w pełni skuteczne także w przypadku gdy Wykonawca nie wygra przetargu, interes Zamawiającego jest więc odpowiednio zabezpieczony, a Bank, zgodnie z warunkami wyżej wymienionej gwarancji, zrealizuje żądanie Zamawiającego oparte na zobowiązaniu z punktu 4 także wtedy, gdy Wykonawca nie wygra przetargu. Powyższa wykładnia oświadczenia woli Banku, zawartego w przedmiotowych gwarancjach wadialnych, znajduje potwierdzenie w oświadczeniach Deutsche Bank PBC SA, które załączam. W tym miejscu pragniemy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 54/11, zgodnie z tezą którego: „Nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.” W sprawie, której dotyczył cytowany wyrok KIO, odwołujący do oferty załączył „Gwarancję Wadialną” z dnia 19 października 2010 roku wraz z Anekssem Nr 1 z dnia 29 października 2010 roku. Wystawca gwarancji, ww. aneksem przedłużył ważność gwarancji z dnia 19 października 2010 roku, wystawionej na rzecz zamawiającego - do dnia 19 stycznia 2010 roku. Pismem z dnia 30 listopada 2010 roku wystawca gwarancji ING Bank Śląski przesał do zamawiającego pismo, w którym poinformował, iż cyt „W wyniku omyłki pisarskiej, w treści ww. aneksu (przyp. Aneksu Nr 1 do Gwarancji wadialnej Nr (...)) do gwarancji bankowej została wprowadzona błędna data przedłużenia gwarancji. Datę 19 stycznia 2010 roku traktować należy, jako 19 stycznia 2011 roku. Wszystkie pozostałe zapisy Aneksu Nr 1 do Gwarancji wadialnej Nr (...) pozostają bez zmian.” KIO uznała, iż należy zastosować tu art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego, który stanowi, iż „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje” - co powoduje, że brak jest podstaw do uznania, iż oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium, w sposób należyty gwarantujący zamawiającemu zaspokojenie się z przedmiotowej gwarancji, w przypadku uchylenia się przez Odwołującego

od obowiązku podpisania umowy, bądź wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby, omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium." Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 930/09 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie, Zeszyt nr 5 poz. 118), w którym Izba wskazała, że „Niemniej jednak, w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 Kc, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ten sam zwrot może bowiem oznaczać co innego w różnym kontekście, np. w zależności od rodzaju i celu czynności. Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta - PZU S.A.) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Odwołujący chciał wziąć udział." Niniejsze pismo zostało wystosowane z uwagi na potrzebę wyjaśnienia prawidłowego sensu oświadczenia woli zawartego w wyżej powołanej gwarancji – a powstałe niejasności mogłyby być wynikiem wyłącznie ewentualnej omyłki pisarskiej.”

Do pisma odwołujący załączył:

1) oświadczenie Deutsche Bank z dn. 21.03.2012 r. (gwarancja nr 874BG01200225), o treści:

„Działając w imieniu Deutsche Bank Polska S.A, z siedzibą w Warszawie, Al., Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa, wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 00000 20832, o numerach NIP: 526-10-29-815 i REGON: 011151265, posiadającej kapitał zakładowy w wysokości 230 mln PLN, który został wpłacony w całości (zwany dalej jako „Bank”), w związku z: gwarancją wadialną nr 874BG01200225 z dnia 21 lutego 2012 r. udzieloną przez Bank na kwotę 400.000,00 zł (dalej jako „gwarancja wadialna”) za zobowiązania Wykonawcy - MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 9, Wolica, 05-830 Nadarzyn, jako zabezpieczenie wadium w przetargu nieograniczonym na „dostawę autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie CZEŚĆ A zamówienia” (nr sprawy: ZTM/PN/8/2011), niniejszym oświadczamy, iż w odniesieniu do punktu 4 gwarancji wadialnej dotyczącego treści pisemnego żądania zapłaty Beneficjenta, o brzmieniu: „4, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (Dz. U, z 2004 r., Nr 19, poz. 177, z późn. zm.), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177, z późn. zm.) lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego

stronie." Bank dokona zapłaty kwoty określonej w gwarancji wadialnej na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta, wskazujące wystąpienie okoliczności opisanej w wyżej zacytowanym punkcie 4 gwarancji wadialnej, również w przypadku, gdy Beneficjent nie stwierdzi w tym żądaniu, że wykonawca wygrał przetarg. Pozostałe warunki gwarancji wadialnej nie zostają zmienione i pozostają w mocy.

2) oświadczenie Deutsche Bank z dn. 21.03.2012 r. (gwarancja nr 874B601200226), o analogicznej treści, jak wyżej, w odniesieniu do gwarancji o wskazanym numerze.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż złożył ofertę na część A i B zamówienia, zatem w wypadku unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, jako dokonanej z naruszeniem prawa, mogłaby być ona wybrana jako najkorzystniejsza (biorąc pod uwagę łączne kryteria oceny ofert), co świadczy, że zaskarżona czynność zamawiającego, mogłaby spowodować szkodę po stronie odwołującego.

Przepis art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązywał zamawiającego do żądania wadium. Przy czym art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, przewiduje, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składnia ofert. Bezsporną okoliczność stanowiło, że wadium mogło zostać wniesione w postaci gwarancji bankowych, stosownie do postanowień art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp, stwarza dla zamawiającego przesłanki materialne zatrzymania wadium, w poniższych sytuacjach, enumeratywnie wymienionych w ustawie, tj. gdy wykonawca którego oferta została wybrana:

1. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, na warunkach określonych w ofercie,
2. nie wniósł wymaganego należytego zabezpieczenia umowy,
3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ponadto, zamawiający niezależnie od przyczyn wskazanych powyżej – uprawniony jest do zatrzymania wadium, w trakcie badania ofert - przed wyborem oferty najkorzystniejszej - jeżeli w odpowiedzi wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy lub pełnomocnictw, chyba że udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Ustawodawca więc w sposób wyraźny rozgraniczył omawiane wyżej sytuacje, gdyż

zamawiający, nigdy zgodnie z cytowanym przepisem, nie mógłby wystąpić z żądaniem wypłaty wadium do gwaranta, składając zarazem oświadczenie, że wykonawca został wybrany do realizacji zamówienia, ale nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie, zatem zachodzą podstawy do żądania wypłaty wadium.

W sytuacji, gdy wykonawca, mimo wezwania, nie uzupełni dokumentów, podlega bowiem wykluczeniu z postępowania, względnie oferta zostaje odrzucona ze względu na niespełnienie wymagań przedmiotowych, a więc nie dochodzi do wyboru takiej oferty.

Zamawiający nie sformułował zarzutów wobec ustanowionych przesłanek formalnych, pozwalających na uruchomienie owych gwarancji (wysokość kwoty, nieodwołalność, płatność na pierwsze żądanie, termin ważności).

Podstawowy zarzut, stanowiła okoliczność, że jako beneficjent, zamawiający nie będzie mógł skorzystać z gwarancji, w sytuacji, gdy wykonawca, na którego zlecenie Bank wystawił gwarancje, nie uzupełni na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wymaganych dokumentów oferty, gdyż w ogólności został w treści gwarancji postawiony warunek, że wszystkie materialne przesłanki wypłaty kwoty wadium, odnoszą się wyłącznie do sytuacji, gdy oferta wykonawcy została wybrana do realizacji zamówienia, w tym wyłącznie z określoną w treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Należało zważyć, że gwarancja bankowa - to instytucja przewidziana w art. 5 ust. 1 pkt 4 oraz art. 81 Prawa bankowego z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz. U. t.j. 2002 r. Nr 72, poz. 665), będąca jedną z czynności bankowych - stanowiąca jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty - bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Udzielenie gwarancji bankowej następuje na piśmie, pod rygorem nieważności. Jej istotą jest przyjęcie przez gwaranta obowiązku zapłaty sumy określonej w dokumencie wystawionym przez bank, gdy zaistnieją okoliczności podane w gwarancji, stosownie do których zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. W doktrynie, większość komentatorów uznaje, iż zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny (R. Blicharz, Charakter prawny gwarancji bankowej, Prawo Papierów wartościowych 2000, nr 11; S. Czarnecki: Charakter prawny gwarancji bankowej, na pierwsze żądanie (Prawo Bankowe 2005 cz. I i II str. 67 i n. oraz str. 77 i n.), niezależny od leżących u podstaw gwarancji stosunków prawnych łączących gwaranta ze zleceniodawcą gwarancji (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z

beneficjentem (stosunek waluty). Gwarant nie jest uprawniony do powoływania się na zarzuty, wynikające ze stosunku pomiędzy beneficjentem, w tym przypadku zamawiającym, a zleceniodawcą, czyli wykonawcą, który posłużył się gwarancją bankową jako wadium. Istotne przy tym jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, charakteryzująca się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie beneficjenta, tj. bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań.

W odniesieniu do obowiązku banku-gwaranta, Izba podziela stanowisko, że gwarancja, aby kreowała zobowiązanie abstrakcyjne, oderwane od stosunku podstawowego, winna zawierać minimalną treść, do której zgodnie z uchwałą siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16.04.1993 r. sygn. akt III CZP 16/93 OSNCP z. 10, poz. 166), należy określenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy,” „nieodwołalny,” a suma gwarancyjna płatna jest na „pierwsze żądanie.” Lub też wywiedzenie tych reguł, z samej niewątpliwej treści gwarancji. Umożliwia to zamawiającemu, uzyskanie od banku-gwaranta, kwoty wadium, na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty o odpowiedniej treści.

Zobowiązanie gwaranta, polegające na obowiązku spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz podmiotu uprawnionego, nigdy jednak nie ma charakteru zobowiązania bezwarunkowego, lecz jest uzależnione od spełnienia się przesłanek, określonych w treści wystawionego dokumentu gwarancyjnego. Zobowiązanie banku-gwaranta aktualizuje się dopiero w przypadku zaistnienia opisanych w gwarancji zdarzeń, niezależnie od tego, czy jest to gwarancja „warunkowa,” czy też „bezwarunkowa” w rozumieniu doktryny prawa bankowego.

Warunki określone w treści różnego rodzaju gwarancji, nie mają jednak równorzędnego znaczenia. W doktrynie warunki te klasyfikowane są jako warunki formalne, tzw. „formalne przesłanki zapłaty sumy gwarancyjnej” oraz „materialne przesłanki zapłaty sumy gwarancyjnej.” Warunki formalne dotyczą spełnienia przez beneficjenta gwarancji formy i treści oświadczenia (żądania zapłaty) składanego bankowi. Ograniczenie warunków gwarancji tylko do warunków formalnych uwalnia beneficjenta od obowiązku dowodzenia, iż materialny wypadek gwarancyjny miał w rzeczywistości miejsce, ale też nie upoważnia beneficjenta – do występowania o wypłatę sumy gwarancyjnej, gdy nie ziszczyły się przesłanki materialne – opisane w dokumencie gwarancyjnym – umożliwiające żądanie kwoty wadium. Ograniczenie warunków gwarancji tylko do formalnych przesłanek cechuje tzw. gwarancje na pierwsze żądanie – „Zwrot powyższy rozumiany jest w ten sposób, iż samo „żądanie aktualizuje powinność zapłaty” (tak A. Koch System Prawa Prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, wyd. C.H. BECK, Warszawa 2004, str. 489) - nie daje

jednak zamawiającemu prawa do wykroczenia poza ściśle sprecyzowane warunki materialne. Istotą gwarancji warunkowej jest - precyzyjne określenie warunków (okoliczności), od wystąpienia których - uzależnione jest zrealizowanie roszczenia podmiotu uprawnionego z gwarancji, oraz dokumentów, które muszą być załączone w momencie realizacji gwarancji. Brak określonego dokumentu bądź, niezastnienie jakiegokolwiek warunku wymienionego w takiej gwarancji, upoważnia bank do odmowy zapłaty sumy gwarancyjnej.

Wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez odwołującego, wymagań określonych we wskazanych przepisach ustawy Pzp i postanowień SIWZ, nie można interpretować wyłącznie jako wystarczalność zamieszczenia w tekście gwarancji określenia „bezwarunkowa.” Gwarancja bankowa jako czynność prawna, winna być oceniana na podstawie całkowitej swojej treści.

Niezbędne było zatem ustalenie, czy w treści gwarancji występują jakiegokolwiek dodatkowe wymagania lub warunki, wymagane dla skutecznego pozyskania kwoty wadium. W ocenie Izby, z treści omawianych gwarancji można wywieść, że prawo do zaspokojenia się z niej, uzależnione jest od spełnienia dodatkowych warunków, mianowicie - aby wykonawca wygrał przetarg. Możliwość żądania kwoty wadium odnosi się bowiem do wykonawcy, którego oferta została wybrana. Skoro w treści gwarancji ograniczenia takie występują, to mimo, że gwarancja płatna jest „na pierwsze pisemne żądanie” na podstawie żądania zapłaty i oświadczenia beneficjenta, że zaszły zdarzenia uzasadniające zatrzymanie wadium, to zachodzą podstawy do przyjęcia, że gwarancja ma charakter warunkowy. Obowiązek gwaranta powstaje w chwili przedłożenia złożonego pisemnego żądania i innych dokumentów wymienionych w gwarancji - uwarunkowane faktycznym niewykonaniem przez zlecającego jego zobowiązań wynikających z transakcji źródłowej, leżącej u podstaw wystawienia gwarancji. Z treści gwarancji - wynika konieczność złożenia na piśmie żądania zapłaty sumy gwarancyjnej wraz z oświadczeniem, że wykonawca nie wypełnił swoich zobowiązań, wynikających ze źródłowego stosunku prawnego, w okolicznościach podanych w dokumencie gwarancyjnym.

Izba, uznała przy tym, argumentację zamawiającego oraz przystępujących, że Bank wymienionymi oświadczeniami z dnia 21 marca 2012 r., zmienił pierwotne warunki na jakich gwarancja została wystawiona – co potwierdził wprost w treści owych oświadczeń. Wniosek, że można ustalić prawidłowy charakter złożonej gwarancji bankowej z całości jej postanowień, w drodze wykładni oświadczenia woli, w tym przypadku, nie jest uprawniony, gdyż wykładnia taka w oparciu o art. 65 K.c. prowadziła do zmiany sensu oświadczenia woli Banku, i zmiany treści gwarancji - co zostało wprost przez ten Bank przyznane.

Izba nie zaprzecza, że w odniesieniu do postanowień gwarancji wadialnych stosuje się przepisy art. 65 K.c., ale tylko wówczas, gdy potrzeba takiej wykładni, wynika z nieprecyzyjności użytego wyrażenia. W przedłożonych gwarancjach sens wypowiedzi był jednoznaczny i zrozumiały, zatem nie mogła mieć miejsca wykładnia oświadczenia woli – zaprzeczająca, temu, co pierwotnie w dokumentach tych zostało wyraźnie przez Bank stwierdzone. Żadnego znaczenia, w ocenie Izby, nie może mieć zmiana w treści gwarancji dokonana przez Deutsche Bank pismami z dnia 21.03.2012 r. zaznaczającymi, że „*Pozostałe warunki gwarancji wadialnej nie zostają zmienione i pozostają w mocy.*” Potwierdza to wprost wadliwość wystawionych gwarancji, gdzie co do kwestionowanych postanowień Bank dokonał ich faktycznej zmiany.

Izba przyznała rację zamawiającemu, że postanowienia kwestionowanych gwarancji nie wyczerpują przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami również w przypadku niezłożenia dokumentów przez wykonawcę, pomimo wystosowanego przez zamawiającego wezwania, chyba, że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przedłożona bowiem przez odwołującego gwarancja bankowa, nie daje możliwości zamawiającemu ewentualnego skorzystania z przytoczonego przepisu i zatrzymania wadium wraz z odsetkami - w przypadku, gdy wykonawca na otrzymane wezwanie nie złożyłby wymaganych dokumentów, bowiem stawia ona warunek w postaci zatrzymania wadium wykonawcy, który wygrał przetarg. Zamawiający natomiast, wykonując dyspozycję wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokonuje jej w momencie badania ofert, a więc w czasie, gdy nie wybrano jeszcze oferty najkorzystniejszej a tym samym wykonawca nie jest jeszcze oferentem wygranym. Zatem gwarant w przedłożonej przez wykonawcę gwarancji bankowej mimo, iż zobowiązuje się w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy zapłacić wadium w przypadku zaistnienia przytoczonych okoliczności, to jednocześnie warunkuje dokonanie tej czynności - faktem, iż wykonawca przetarg ten wygrał.

Z uwagi na przytoczone powyżej okoliczności, Izba podzieliła stanowisko, że przedłożone przez odwołującego gwarancje bankowe nie zabezpieczają w sposób wystarczający interesu zamawiającego, przez co zachodziły podstawy do przyjęcia, że wadium nie zostało przez odwołującego skutecznie wniesione.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium ma rolę zabezpieczającą i złożenie wadliwego dokumentu w tym zakresie determinuje zaistnienie wady skutkującej wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przy czym braku tego nie można konwalidować - w drodze uzupełnienia dokumentu -

zawierającego błędy w rozumieniu art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Wadium, pod rygorem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 45 ust. 3 tej ustawy - wnosi się przed upływem terminu składnia ofert - w tym postępowaniu wyznaczonym na dzień 29 lutego 2012 r.

Nawet w sytuacji, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, może stać się przedmiotem negatywnej oceny ze strony Trybunału Konstytucyjnego, w związku z okolicznościami, jakie opisywał odwołujący – to jednak, Izba miała na względzie, iż przepis ten nie został uchylony, funkcjonuje w obrocie prawnym, zatem zarówno zamawiający, jak również Izba, zobowiązani są go stosować.

Przepis o zwrocie wadium i ponownym jego wniesieniu, w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, nie odnosi się do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Kryterium oceny ofert nie stanowiła wyłącznie cena, ale również kryteria techniczne. Odwołujący utrzymywał, że to jego oferta jest najkorzystniejsza i powinna zostać wybrana w części A i B postępowania. Właśnie ze względu na bezpodstawność wykluczenia i odrzucenia jego oferty oraz zaniechania jej wyboru do realizacji zamówienia – wniósł odwołanie. Ponadto, zarzut odnosił się do pierwotnej wadliwości zabezpieczenia oferty odwołującego wadium – od momentu jej złożenia. Dokonana regulacja przepisów, art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, w ich obecnym brzmieniu - niczego więc nie zmienia w omawianej kwestii, a w szczególności nie umożliwia wykonawcy wstecznej zmiany gwarancji wadium – takiej, aby licząc na moment wniesienia oferty, miała ona treść zgodną z przepisem ustawy Pzp i z SIWZ.

Wniesienie wadium w niewłaściwy sposób - kwalifikowane jest na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – jako niewniesienie wadium, co skutkuje obowiązkiem zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Jakkolwiek pozostałe zarzuty zamawiającego, nie skutkowałyby bezpośrednio wykluczeniem odwołującego z postępowania lub odrzuceniem jego oferty, co zamawiający wprost przyznał, to w odniesieniu do poniższych zarzutów i zawartych w uzasadnieniu odwołania wyjaśnień, w aspekcie:

- 1) „liczby miejsc pasażerskich ogółem” dla autobusu MAN Lion's City A37,
- 2) częstotliwość czyszczenia chłodnic,
- 3) liczby wiszących uchwytów dla obydwu typów autobusów,
- 4) systemu detekcji i gaszenia pożaru,
- 5) dokumentów poświadczonych za zgodność przez panią Katarzynę F,

- należało zważyć, że wobec treści wydanego rozstrzygnięcia - Izba nie mogła nakazać

zamawiającemu, wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy też złożenia dokumentów - dla wykazania spełnienia wymogów technicznych oferowanych pojazdów, czy właściwego umocowania pełnomocnika poświadczającego dokumenty oferty.

Wobec definitywnego stwierdzenia - bez możliwości uzupełnienia, czy zmian - wadliwości wniesionego przez odwołującego wadium na część A oraz B zamówienia i kwalifikacji do wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty z tej przyczyny, uzupełnianie oferty przez złożenie wyjaśnień, czy składanie dokumentów - jest wyłączone przez przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełniania dokumentów, gdy mimo ich złożenia - oferta podlega odrzuceniu.

Dowody przeprowadzone w sprawie, wykazały, że czynność wykluczenia odwołującego z postępowania na część A i część B zamówienia, nie została powzięta z naruszeniem prawa. Z przedstawionych względów, izba podzieliła również stanowisko zamawiającego, że nawet, gdy wykonawca – odwołujący, byłby w stanie uzupełnić, kwestionowane odpisy dokumentów, czy przedłożyć dokumenty i wyjaśnienia, wykazujące, że oferowane autobusy, ze względu na posiadane parametry techniczne, co do których zamawiający powziął pewne wątpliwości – odpowiadają wymaganiom SIWZ, to z uwagi na obligatoryjne z mocy prawa, tj. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – uznanie oferty wykonawcy wykluczonego, za odrzuconą – tzw. dokumenty przedmiotowe oraz pełnomocnictwa nie podlegają uzupełnieniu. W zupełności, wyłączona jest przepisami ustawy Pzp, możliwość uzupełniania wadium, czy to w formie pieniężnej, czy też innej dopuszczonej art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 842/12, o czym orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 849/12

Odwołujący - Gran Sp. z o.o., wniósł odwołanie w zakresie części B zamówienia na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. badanie i ocenę ofert,
2. wykluczenie wykonawcy Gran Sp. z o.o. z postępowania na część B,
3. odrzucenie oferty wykonawcy Gran Sp. z o.o. na część B,
4. wybór w zakresie części B zamówienia oferty wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej,
5. a z ostrożności procesowej, zarzucił także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o. i wykluczenia go z postępowania,

Powyższymi czynnościami odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż wykonawca Gran Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
 2. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 K.c., przez ich błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta wykonawcy Gran Sp. z o.o. podlega odrzuceniu jako nieważna z uwagi na dyspozycję art. 387 K.c.
 3. art. 7 ustawy Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty EvoBus Polska Sp. z o.o., w sytuacji uchybień w tej ofercie większej wagi niż odwołującego, jak też w ofertach innych wykonawców którzy nie zostali wykluczeni, a ich oferty odrzucone, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
 4. oraz z ostrożności procesowej art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o. oraz zaniechania zastosowania wobec oferty tego wykonawcy art. 89 ust. 1 pkt. 5 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp,
- oraz zarzucił uchybiecie innym przepisom, wskazanym w uzasadnieniu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

1. badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
2. wykluczenia wykonawcy Gran Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty,
3. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez EvoBus Polska Sp. z o.o. a także wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności obejmujących:
 1. badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu w tym oferty złożonej przez wykonawcę Gran Sp. z o.o.
 2. wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. a z ostrożności procesowej także nakazanie wykluczenia wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o. o. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Wnosił ponadto, o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu, na okoliczności tam przytoczone.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podał, że w dniu 17 kwietnia 2012 r. otrzymał faksem informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części B zamówienia - wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o. oraz wykluczeniu odwołującego Gran Sp. z o.o. i odrzuceniu jego oferty. Po zapoznaniu się z uzasadnieniem faktycznym i prawnym dokonania powyższych czynności stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy ustawy dokonując ww. czynności w zakresie objętym petitum odwołania i jego uzasadnienia.

I. Odwołujący uznał, że zarzut złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania jest bezzasadny. Wyjaśniał, że na str. 7 złożonej przez siebie oferty, w załączniku zatytułowanym Parametry techniczne dla części B oraz na str. 12 swojej oferty w załączniku zatytułowanym Szczegółowe Parametry techniczne Oferowanych Autobusów dla części B wskazał, iż oferowane przez niego autobusy zostaną wyposażone w silnik MAN E0836 LOH CNG/EEV, o pojemności 7 150 cm³. Jak zamawiający słusznie zauważył - firma MAN nie produkuje silników o wskazanej pojemności. Powziąwszy taką wątpliwość, zamawiający w dniu 3 kwietnia 2012 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty. W odpowiedzi z dnia 10.04 2012 r., odwołujący podał, iż wartość 7150 cm³ została wskazana omyłkowo, zaś prawidłową wartością jest 6871 cm³, (wezwanie do wyjaśnień z dnia 3.04.2012r., wyjaśnienia z dnia 6.04.2012r.).

W pierwszej kolejności zaznaczał, że zamawiający błędnie uznał, że omyłka ta nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp, o czym niżej, w drugiej zaś, że taką omyłkę należy kwalifikować, jako złożenie nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z powołanym przez zamawiającego - w podstawie skarżonego rozstrzygnięcia przepisem art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawców którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Tym samym, wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp - może nastąpić jedynie wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną obie przesłanki:

1. wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje,
2. oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od

rzeczywistości. Tym samym pierwszą z przesłanek będzie spełniała informacja odbiegająca od rzeczywistości (np. błąd lub omyłka we właściwym przedstawieniu informacji), o ile nie jest konwalidowalna np. poprzez instytucję poprawienia błędu/omyłki zgodnie z art. 87 Pzp.

Odwołujący argumentował, że poprzestając na literalnym brzmieniu przepisu - można by też uznać, że pierwsza ze wskazanych przesłanek wykluczenia zachodzi - jeżeli złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu. Jednakże przepisy dyrektywy 2004/18/WE, które stanowią wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazują na element zawinienia wykonawcy: „Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji”. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 9 marca 2011 r. sygn. akt KIO 371/11, w którym to Izba orzekła, iż (...) *za informację nieprawdziwą nie może być uznana taka informacja, która jest sprzeczna z wykładnią treści siwz dokonaną przez jednego z wykonawców. Według Izby informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błędu, co do stanu faktycznego, u odbiorcy informacji. Istotą informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informację, musi on sobie zdawać sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż podawany przez niego i działać w zamiarze wprowadzenia w błąd innej osoby.*” Ponadto w wyroku KIO z dnia 29 marca 2011 r. sygn. akt. KIO 513/11 stwierdzono, iż (...) *nie można zatem wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w świetle wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień alternatywnie do uzupełnienia brakujących dokumentów. Izba przypomina, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.*” Powyższe potwierdza, zdaniem odwołującego, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazujący, „*że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie - także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania...*”

W ramach komentarza do powyższych orzeczeń KIO, odwołujący wywodził, iż podanie fałszywych informacji musi nastąpić z winy umyślnej (z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym), aby mogło być podstawą wykluczenia wykonawcy. W przypadku braku należytej staranności (wina nieumyślna) w złożeniu informacji, informacja ta podlega

uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - w sytuacji kiedy następuje w dokumentach i oświadczeniach składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału. Według tezy wskazanej w wyroku KIO z dnia 25.06.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1178/10: *„złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji powoduje ten skutek, że zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. (chyba, że złożenie nieprawdziwej informacji następuje w wyniku braku zachowania należytej staranności). Zamawiający powinien jednak, każdorazowo w odniesieniu do stanu faktycznego sprawy, podjąć próbę zakwalifikowania danej informacji jako "błędu" w dokumencie czy też "informacji nieprawdziwej" i dopiero od przyjęcia jednoznacznego stanowiska w tym przedmiocie, podjąć odpowiednie czynności. Ten sposób wykładni potwierdzają także przepisy art. 26 ust. 3 Pzp, które nakazują wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają one błędy, oraz art. 87 ust. 2 Pzp, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty (a przecież każda z tych poprawialnych omyłek lub błędów może i często wypełnia wskazaną przesłankę przedstawienia informacji w sposób niezgodny ze stanem faktycznym). Ustawodawca dopuszcza więc poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym także w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością.”*

Można więc postawić tezę, jak przekonywał odwołujący, że podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego. Przyjmując odmiennie - należałoby uznać, iż każda informacja znajdująca się w ofercie - odbiegająca od rzeczywistości - stanowi złożenie nieprawdziwych informacji, a instytucje przewidziane w art. 26 ust. 3 Pzp oraz 87 ust. 2 Pzp - nie mają racji bytu.

Ponadto, odwołujący podnosił, że nieprawdziwe informacje złożone w ofercie, będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Przez wynik postępowania należy natomiast rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej. Jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie, w ocenie odwołującego, wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. W ocenie odwołującego, wynik postępowania - to również kwalifikacja podmiotowa wykonawców - ocena zajścia przesłanek do odrzucenia oferty - punktacja przyznana poszczególnym ofertom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej każdego wykonawcy.

O ile, jak sam odwołujący przyznał w wyjaśnieniach - podana informacja dotycząca pojemności silnika - nie była zgodna ze stanem rzeczywistym, to w przedmiotowej sytuacji, trudno jest uznać, iżby odwołujący miał jakikolwiek cel w podaniu takiej błędnej informacji oraz, że informacja ta miała lub mogła mieć jakikolwiek wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO 151/12 *„Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest możliwe w sytuacji, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje oraz gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Obie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Samo złożenie nieprawdziwych informacji, bez ich wpływu (faktycznego lub ewentualnego) na wynik postępowania nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Odwołujący podkreślał, że wielkość pojemności skokowej silnika z punktu widzenia prowadzonego postępowania miała dla zamawiającego dwojakie znaczenie. W Załączniku nr IB do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja techniczna autobusów miejskich klasy MAXI zasilanych sprężonym metanem (CNG) pkt 3.2, zamawiający wskazuje parametry silnika autobusów, będących przedmiotem zamówienia: *„Wymagany silnik pięć-sześć cylindrowy o pojemności skokowej powyżej 6500 cm³, dobranej do maksymalnej ładowności oferowanego autobusu i niskim zużyciu paliwa w cyklu miejskim z pełnym obciążeniem.”* Natomiast w pkt 3.3.2 SIWZ Część B Przedmiotu Zamówienia, zamawiający wskazują, iż będzie oceniał parametr „pojemność silnika” w sposób następujący: silnik o pojemności powyżej 11 000 cm³ - 20 pkt., silnik o pojemności 11 000 cm³ lub mniej - 0 pkt.

Z powyższego wynika iż podanie omyłkowo przez odwołującego wartości 7 150 cm³, zamiast 6 871 cm³ - nie mogło i nie miało na celu wykazania, iż proponowany silnik spełnia graniczne wymagania SIWZ (pojemność większa niż 6500 cm³), ani też nie wpływało na uzyskanie większej ilości punktów w postępowaniu w kryterium pojemność silnika. Omyłka ta, nie miała zatem żadnego znaczenia dla oceny, czy oferta odwołującego spełnia wymagania specyfikacji, jak również na ilość punktów jakie odwołujący by uzyskał, gdyby jego oferta została oceniona. Nie można zatem twierdzić, iż błędne wskazanie pojemności silnika - miało wpływ na wynik postępowania, jak uczynił to zamawiający w skarżonym rozstrzygnięciu. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył wyrok Izby sygn. akt KIO 40/12 gdzie wskazano, iż *„Izba, jak już wskazywano, nie podziela stanowiska, że sam fakt złożenia informacji nieprawdziwej w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę do uznania, że okoliczność ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Gdyby przyjąć taką tezę za prawdziwą to brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy kończyło by się na sformułowaniu złożyli nieprawdziwe informacje. Ustawodawca*

jednak wyraźnie nakazał zamawiającym dokonywanie w każdym przypadku oceny czy złożenie informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jest to niewątpliwie związane z faktem, iż złożenie nieprawdziwych informacji nie jest przez ustawodawcę uzależnione od winy wykonawcy, zatem do złożenia nieprawdziwej informacji może dojść przez omyłkę, działanie pod wpływem błędu co do rzeczywistego stanu rzeczy wywołanego własnym, ale także cudzym działaniem. Tym samym ocena wpływu na wynik ma umożliwić eliminację z postępowania tylko tych wykonawców, którzy nie dają rękami należytego wykonania zamówienia. Takiej rękami nie daje wykonawca, który składa nieprawdziwą informację w celu wywołania u zamawiającego przekonania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast nie można mówić o braku takiej rękami w sytuacji, gdy nieprawdziwe informacje dotyczą oświadczeń nadmiarowych, przekraczających wymagany przez zamawiającego zakres. Tym samym zamawiający przed zastosowaniem instytucji wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy musi zbadać, czy pomijając złożone nieprawdziwe informacje wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu."

W tym świetle, odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami zamawiającego (za podanym uzasadnieniem wykluczenia), iż wpływ ten miałby polegać na prawdopodobieństwie udzielenia zamówienia wykonawcy, a realizacja (zamówienia) byłaby niemożliwa ze względu na niemożność zamontowania w autobusach silnika o zadeklarowanej pojemności, a co za tym idzie dostawa autobusów z winy wykonawcy stałaby się niemożliwa do zrealizowania.

Prezentowane przez zamawiającego - badanie abstrakcyjnego wpływu podanej pojemności silnika, na los prawny przyszłej umowy oraz jej zawarcia, uznał odwołujący za nadinterpretację przepisu, którego wykładnia powinna być ścisła i odnosić się do wyboru oferty najkorzystniejszej - z uwagi na jego restrykcyjny charakter. Ponadto, sankcja za niepodpisanie umowy z winy wykonawcy, została przez ustawodawcę przewidziana w art. 46 ust 5 pkt 1 i 3 Pzp, są to jednak okoliczności, które mogą zaistnieć już po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie mogą być natomiast badane *a priori* na etapie oceny ofert, w oparciu o przypuszczenia zamawiającego. Działanie takie, podobnie jak uznanie oferty - za zaproponowanie świadczenia niemożliwego na podstawie 387 ust. 1 K.c. uznał odwołujący za niezasadne, szczególnie wobec faktu, iż zamawiający zaniechał skorzystania z konwalidacji oferty w trybie 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp - co też nie tylko mógł, ale i też powinien uczynić.

Reasumując powyższe, odwołujący stwierdził, że w zaistniałym stanie faktycznym brak jest wypełnienia przesłanek pozwalających na wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Za dopuszczalnością poprawienia popełnionej omyłki, zdaniem odwołującego, przemawiają przepisy art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp. Nie każda bowiem, niezgodność treści oferty ze stanem rzeczywistym - powinna skutkować stwierdzeniem złożenia nieprawdziwych informacji, ale sytuacja taka powinna być analizowana z punktu widzenia konkretnych okoliczności sprawy. W tej zaś sprawie, odwołujący nie miał żadnego celu w popełnieniu tego typu omyłki, a ponad to, nie miała ona znaczenia dla wyniku postępowania. W toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia - do wyboru najkorzystniejszej oferty (wliczając w to czas związany z rozpatrywaniem ewentualnych odwołań), zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień - dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Uprawnienie to przysługuje zamawiającemu bez względu na przyjęty tryb postępowania. W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te - jeśli miałyby odnieść skutek - musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane. Zakaz prowadzenia negocjacji, poszerza więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy. Zakazu negocjacji nie można natomiast utożsamiać z zakazem posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 Pzp czy też art. 26 ust. 4 Pzp - jako źródłem wiedzy zamawiającego - niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający zgodnie z imperatywnym sformułowaniem przepisu („zamawiający poprawia”) - jest zobowiązany do poprawienia niektórych omyłek w ofercie. Obowiązek ten powstaje co prawda, niezależnie od prawa do wyjaśnienia treści ofert - ale też poprawienie omyłek nie wyklucza ich poprzedzenia wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem treści oferty. Potwierdza to stanowisko Izby, sygn. akt KIO/UZP 1906/09 *„Ponadto, zdaniem Izby, poprawienie występującej niezgodności w treści oferty X nie doprowadzi do zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, a jedynie doprowadzi do nadania treści oświadczenia odpowiadającej rzeczywistej woli złożenia oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego. Izba nie znalazła uzasadnienia odwołującego, iż X świadomie złożył ofertę zawierającą niezgodność treści z wymaganiami zamawiającego. Nie dowodzi tego okoliczność, iż wykonawca zwracał się do zamawiającego z pytaniami dotyczącymi wskazanych pozycji. Przeciwnie, prowadzi to do wniosku, iż wykonawca zauważył niezgodność pomiędzy dokumentacją projektową, a załącznikiem i zmierzał do jej wyjaśnienia”.*

Odwołujący podnosił, że należy odróżnić uzupełnianie treści oferty, czyli wprowadzenie nowych informacji, a więc poszerzenie zakresu oświadczenia woli wykonawcy, co do oferowanego przedmiotu zamówienia, od poprawienia omyłki dotyczącej oferowanego przedmiotu - poprzez zastąpienie informacji w sposób irrelevantny dla treści

oferty, jak ma to miejsce w niniejszym przypadku (o tym że poprawienie omyłki dotyczącej pojemności skokowej oferowanego silnika) nie wpływa na przedmiot świadczenia (przedmiot zamówienia), nie miał wątpliwości sam zamawiający, który będąc profesjonalistą w tej materii - był w stanie wychwycić powstałą omyłkę i stwierdzić, że oferowany silnik, wiodącego producenta, o określonym kodzie fabrycznym, przy wskazanych poprawnie parametrach dotyczących mocy i momentu obrotowego musi się charakteryzować inną niż wskazana pojemnością skokową - co więcej pojemnością znaną zamawiającemu.

Dalej odwołujący podnosił, że obowiązkowemu poprawieniu przez zamawiającego podlega oczywista omyłka pisarska. Przy braku definicji legalnej pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej w przepisach ustawy Pzp, pojęcie to winno być wykładane przy zastosowaniu dorobku orzeczniczego odnoszącego się do wykładni systemowej i poprzez odniesienie do podobnych pojęć w innych aktach prawnych. Na przykład w kodeksie postępowania cywilnego pojęcia błędu pisarskiego albo rachunkowego lub innej oczywistej omyłki - pojawiają się w kontekście sprostowania wyroku. Zgodnie z art. 350 § 1 K.p.c. sąd może z urzędu sprostować w wyroku niedokładności, błędy pisarskie albo rachunkowe lub inne oczywiste omyłki. Wprawdzie również K.p.c. nie określa, co należy rozumieć przez wskazane wyżej pojęcia, jednak określenie ich zakresu nastąpiło w toku orzecznictwa. Za błąd pisarski uważa się więc niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych, ominięcie, przestawienie, zamianę, dodanie, pomylenie a nawet opuszczenie wyrazów lub liter, gdy okoliczność ta wynika z brzmienia treści zdania lub kontekstu zdań (to samo można i należy odnosić do cyfr - tak np.: wyroki KIO 1356/10, KIO 1366/10, KIO 1374/11 „(...) *Zamawiający zauważając rozbieżność pomiędzy wielkościami podanymi w ofercie 55x55 mm, wynikającymi z jego obliczeń, powinien był tą kwestię z odwołującym wyjaśnić. Nawet jeśli Odwołujący nie zawarł w opisie stołu akurat tej wielkości, której Zamawiający (w sposób domniemany) oczekiwał, nie ma to znaczenia dla treści oferty, gdyż, jak wynika z dowodów przedstawionych w odwołaniu i podczas rozprawy, oferowany stół spełnia postawione wymogi we wskazanym w "Zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania" zakresie - z przedstawionej przez Odwołującego karty katalogowej producenta wynika bowiem, że oferowany produkt posiada "tissue image area 5,5 cm x 5,5 cm at the breast platform, effective pixel size 49,91 /im (H) x 49,91 /im (V), CCD sensor pixel size 24 /im (H) x 24 /im (V)", co potwierdza również oświadczenie producenta z 1 czerwca 2010 r. (w którym powyższe dane zostały również przetłumaczone na język polski). Podanie dodatkowych danych lub też wyjaśnienie, które konkretnie parametry zostały w ofercie podane nie jest zmianą jej treści, Odwołujący oferuje bowiem wciąż ten sam stół o tych samych parametrach.)*”

Dla odróżnienia, jak zaznaczał odwołujący, błąd rachunkowy następuje wówczas,

gdy jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia wyliczeń arytmetycznych, a w szczególności polega na błędnym zsumowaniu lub odjęciu poszczególnych pozycji. W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych - sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych.

W podobny sposób unormowano sprostowanie decyzji w postępowaniu administracyjnym. Stosownie do art. 113 § 1 k.p.a. organ administracji państwowej może z urzędu lub na żądanie strony sprostować w drodze postanowienia błędy pisarskie i rachunkowe oraz inne oczywiste omyłki w decyzjach wydanych przez ten organ. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 23 kwietnia 2001 r., II SA 863/00, LEX nr 75522: „błąd pisarski - to widoczne, wbrew zamierzeniu (...) niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. Również w postępowaniu podatkowym, stosownie do art. 215 § 1 ordynacji podatkowej, organ podatkowy może z urzędu lub na żądanie strony sprostować w drodze postanowienia, błędy rachunkowe oraz inne oczywiste omyłki w wydanej przez ten organ decyzji.

Pojęcie oczywistego błędu pisarskiego, a więc pojęcia równoważnego „oczywistej omyłce pisarskiej” rozważał NSA w wyroku z dnia 16 grudnia 1987 r., SA/Gd 679/87, ONSA 1987, nr 2, poz. 90, odnosząc się do art. 28 ustawy z dnia 29 września 1986 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2004 r. Nr 161, poz. 1688 z późn. zm.). Zdaniem NSA, przy wykładni tego pojęcia należy przyjąć, *„że oczywistość polega na tym, iż okoliczność popełnienia błędu nie budzi wątpliwości - przy porównaniu z innymi dokumentami, zwłaszcza z wcześniej sporządzonymi aktami (...), których dane są reprodukowane w akcie. Za oczywisty błąd pisarski należy uznać taką niedokładność, która nie znalazłaby się w akcie, gdyby uczestnicy czynności (...) wykazali należyłą staranność. W szczególności chodzi tu o przeoczenie, że coś ile odczytano, pominięto przy pisaniu, wpisano w niewłaściwej rubryce albo przeinaczono części wyrazu ”.*

Okoliczności, w których to sam zamawiający dostrzegł błąd w ofercie odwołującego, wskazują dobitnie na jej oczywistość w kontekście profesjonalnego charakteru działalności i ocen zamawiającego, stwierdzającego, iż z *„posiadanej wiedzy wynika, iż firma MAN nie produkuje silników o pojemności wskazanej w ofercie”* oraz wobec faktu, iż silnik o kodzie E0836LOH może mieć pojemność tylko 6,9 l (za folderem producenta, co odpowiada oczekiwaniom zamawiającego ujawnionym w SIWZ - załącznik nr 4 do SIWZ stanowiący formularz ofertowy, gdzie wskazano dla oczekiwanej pojemności silnika jednostkę dm³, bez podawania zasad przybliżenia i zaokrąglania tej pojemności - wynikającej z przeliczenia cm³ na dm³ (dm³ stanowi odpowiednik 1. (litrow), a dokładnie 6 871 cm³ (co wynika z danych technicznych tego typu silnika, potwierdzonych homologacją). W ocenie odwołującego - nieprawidłową wartość pojemności skokowej silnika - należało zatem uznać, jako oczywistą

pomyłkę pisarską zgodnie z wiedzą zamawiającego, którą jak sam przyznał - posiadał, niezależnie od możliwości takiej poprawy po uzyskaniu stosownych wyjaśnień - co w przeświadczeniu odwołującego, nie prowadziło do zmiany oferty w wyniku negocjacji i byłoby dozwolone w świetle obowiązujących przepisów art. 87 ust. 2 pkt. 1 Pzp.

Odwołujący wywodził możliwość konwalidacji jego oferty – jako poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Jeśli nawet zamawiający uznałby, iż z jakichś względów popełnionej omyłki nie można zakwalifikować, jako oczywistej omyłki pisarskiej, to w dalszym ciągu obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp była poprawa omyłki, innej niż oczywistej pisarskiej lub rachunkowej, o ile nie powodowałaby to istotnych zmian w treści oferty.

Trudno natomiast z powodów wskazanych powyżej - poprawienie zaistniałej omyłki w pojemności silnika - nie wpływającej, tak na uznanie spełniania wymogów brzegowych zamawiającego (pojemność przed korektą i po jest większa niż brzegowe 6500 cm³ - a w dalszym ciągu mniejsza niż punktowane 11 000 cm³) - uznać za istotne, w rozumieniu tego przepisu. Nie wpływa bowiem w żaden sposób na oferowany przedmiot zamówienia, jego cenę, zakres świadczenia odwołującego, czy też sposób jego spełnienia.

Odwołujący przypomniał, podnosząc zarzut naruszenia art. 7 Pzp przez zamawiającego, poprzez specyficzne wybiórcze stosowanie przepisów ustawy Pzp - w odniesieniu do poszczególnych wykonawców - że wprowadzając regulację art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp - ustawodawca przyjął *a priori*, że usuwanie omyłek w ofercie nie może doprowadzić do zmiany treści oświadczenia woli. Posłużenie się przez ustawę Pzp pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek („niepowodujące istotnych zmian”) - sprawia, w ocenie odwołującego, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki - ale ocena ta nie jest pozbawiona kontroli w ramach przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej. Istotność omyłki winna być bowiem przez zamawiającego stwierdzona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w jej treści miała być przyjęta - można rozważyć, a nawet trzeba - nieistotność omyłki. Potwierdzenie tego poglądu, jak przekonywał odwołujący, znajduje się w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa omyłka, wskazującym, iż jest ona skutkiem niezamierzonym, odwołujący wskazywał, że należy uznać, że nie można poprawić na podstawie komentowanego przepisu – omyłek - jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy. Również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ.

Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę.

Od powyższego (tj. od działania świadomego), należy jednak odróżnić działanie niestaranne. Jeśli skutek takich działań wykonawca popełni omyłkę, która jednak może być poprawiona ze względu na swą nieistotność, to stopień zawinienia (przyczynienia się) wykonawcy do powstania takiej omyłki, nie jest przedmiotem badania zamawiającego, a przepis nie uzależnia poprawienia omyłki od tego, czy wykonawca jest, czy nie jest winien jej powstania.

Błędne wpisanie wartości pojemności skokowej silnika MAN E0836 LOH CNG/EEV, według odwołującego, może zatem zostać poprawione - gdyż nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W tym zakresie aktualne pozostają poczynione powyżej ustalenia - dotyczące braku wpływu takiej zmiany na wynik postępowania. Omyłkowo wpisana wartość nie zmienia bowiem w żaden sposób oświadczenia woli odwołującego w zakresie zaproponowanego przedmiotu zamówienia. W dalszym ciągu pozostaje to ten sam silnik o wskazanym powyżej kodzie fabrycznym, którego parametry opisane zostały w złożonej ofercie i są w pełni zgodne z danymi technicznymi (właściwościami) tego silnika (co znajduje swoje potwierdzenie ofercie handlowej MAN i homologacji).

Błędne przeniesienie wartości parametru pojemności silnika z dokumentu homologacji (po jego zaokrągleniu) do oferty (wpisana wartość znajduje się wiersz wyżej i dotyczy silnika diesla) - nie zmienia treści oświadczenia woli odwołującego, który silnik o danym kodzie zaoferował. Tym bardziej nie zmienia zatem treści oferty poprawienie omyłki w tym zakresie i wpisanie pojemności właściwej dla silnika o podanym kodzie i takich parametrach. Odwołujący podkreślał, że również pozostałe wpisane parametry wskazują, iż złożone oświadczenie woli dotyczy silnika MAN o kodzie E0836LOH i szerzej E0836LOH CNG/EEV.

Odwołujący przywołał dalsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyroki sygn. akt: KIO 320/12; KIO 321/12: *„Wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią "istotności", jednakże (...) poprawienie omyłki w ofercie nie może stanowić w konsekwencji wytworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy, odmiennego de facto od pierwotnego, celem doprowadzenia do zgodności z wymaganiami specyfikacji w tych przypadkach, gdy brak takiej zgodności powodowałby podstawę do odrzucenia takiej oferty.”*

Sygn. akt KIO 236/12; „Przepisy p.z.p. nie zawierają wytycznych, w jaki sposób oceniać istotność zmian w treści oferty. Kwestię tę należy analizować z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy oraz celu przepisu art. 87 ust. 2 p.z.p., którym jest

niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert merytorycznie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.”

Sygn. akt KIO 42/12 W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.”

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczenia zawierającego wskazanie pojemności skokowej silnika w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, odwołujący przedstawił poniższą argumentację.

Przyjmując, że formularz ofertowy (wskazany jako załącznik nr 4A i nr 4B do SIWZ) stanowi dokument potwierdzający że oferowane autobusy spełniają wymagania zamawiającego (abstrahując od poprawności takiej konstrukcji przyjętej przez zamawiającego w SIWZ - pkt. 5.1.1. str. 11 SIWZ), zamawiający, w ocenie odwołującego, powinien w sytuacji, w której spostrzegł błąd w takim dokumencie (oświadczeniu) - skorzystać z instytucji wezwania do uzupełnienia - przewidzianej treścią art. 26 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, zamawiający przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania zobowiązany jest wezwać takiego wykonawcę do przedłożenia w wyznaczonym terminie dokumentu konwalidującego zaistniały brak lub błąd poprzez złożenie dokumentu (oświadczenia) potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. Formułując powyższy zarzut z ostrożności procesowej - odwołujący podnosił, że zamawiający zaniechał takiego wezwania - co czyni zasadnym twierdzenie o naruszeniu przez zamawiającego przepisów Pzp w tym zakresie.

W odniesieniu do ewentualnej niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ, z ostrożności odwołujący podnosił, że zaistniała omyłka nie pozwala także na uznanie, że oferta odwołującego może być uznana za niezgodną z SIWZ. Podkreślił, iż podstawowym celem prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne - jest wybranie oferty najkorzystniejszej. Dlatego też odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ - możliwe jest dopiero w sytuacji, kiedy zamawiający ustali, iż oferta nie zapewni realizacji zamierzonego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Na takim stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyrokach:

Sygn. akt KIO 22/12: *„Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 p.z.p.”*

Sygn. akt KIO 42/12: *„Intencją ustawodawcy (...Jest umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.”*

Sygn. akt KIO 320/12; KIO 321/12: *„Zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. tylko wówczas, gdy ustali w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, albowiem zachodzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i te niezgodności dotyczą istotnych elementów.”*

Odwołujący stwierdził, że w analizowanym stanie faktycznym błąd wykonawcy jest nieistotny, nie wpływa w żaden sposób na treść złożonego oświadczenia woli, a oferta wykonawcy zapewnia realizację zamierzonego i opisanego w SIWZ celu. Dążeniem zamawiającego powinna być zatem konwalidacja oferty, która po dokonanej przez zamawiającego ocenie - zgodnie z przyjętymi kryteriami stała by się ofertą najkorzystniejszą, poprzez poprawienie omyłki, czego zamawiający zaniechał, a w konsekwencji zaniechał wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Przedstawiając zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, odwołujący podnosił, że zaniechanie zamawiającego, polegające na niepoprawieniu omyłki odwołującego jest szczególnie rażące wobec faktu, iż podobne błędy i omyłki w zakresie

innych ofert zamawiający poprawił, bądź uznał za wyjaśnione, tak w części B jak i w pozostałych częściach prowadzonego postępowania przetargowego na „Dostawę autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie.” I tak:

Zamawiający w załączniku nr IB SIWZ pkt I „Wymagania dotyczące parametrów techniczno - przewozowych autobusów”, wiersz 4 Układ zasilania paliwem, pkt. 4.1 wymagał kompozytowych zbiorników ciśnieniowych o pojemności zapewniającej przebieg min. 400 km w cyklu miejskim jednego napełnienia.

W wezwaniu do wyjaśnień, kierowanym do wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o., z dnia 03.04.2012 r., zamawiający przedstawił poczynione wyliczenia oparte na wymaganym pkt. 5.2.2. SIWZ badaniu SORT 2, który to dokument miał być złożony w ofercie - na potwierdzenie spełniania deklarowanego przez wykonawcę spalania, że z parametrów przedstawionych w ofercie (butle 6x190L=1140 l.) oraz spalania wynikającego z przedstawionego badania SORT 2 66,1 m³/100km) - jedno tankowanie pozwoli na przejazd co najwyżej 350 km, przy wymogu SIWZ 400 km. Wyjaśniając, wykonawca EvoBus Polska Sp. z o.o., w piśmie z dnia 6 kwietnia 2012 r. wskazał, iż wartości wynikające z badania SORT 2 zostały przeprowadzone w „bardzo niekorzystnych warunkach dla tego badania”, natomiast doświadczenia eksploatacyjne wykonawcy, potwierdzają, że w topograficznych oraz komunikacyjnych warunkach porównywalnych do Rzeszowa - oferowany autobus osiągnie zasięg na poziomie 400 km, bez tankowania. Zamawiający w zaistniałej sytuacji nie tylko nie wykluczył wykonawcy - z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp), ani też nie uznał, iż powyższe stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (a przepis ten w porównywalnej sytuacji zastosował wobec innego wykonawcy, składającego ofertę w części B tj. firmy Solaris Bus & Coach S.A.). Odwołujący wskazywał, że tym samym, zamawiający zachował się odmiennie - niż wobec odwołującego, uznając wyjaśnienia mimo, iż są one jaskrawo sprzeczne z treścią oświadczenia i dokumentu załączonego do oferty, a następnie uznał ofertę rzezonego wykonawcy za najkorzystniejszą - eliminując z tej części, wszystkich pozostałych wykonawców. Działanie takie, w ocenie odwołującego, stanowi naruszenie przepisu art. 7 Pzp, nakazującego jednakowe (równe) traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu, przestrzeganie zasady równego dostępu do zamówienia i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Podobnie za podlegające wyjaśnieniu i uzupełnieniu, zamawiający uznał braki w ofercie EvoBus Polska Sp. z o.o., dotyczące wymaganego SIWZ systemu automatycznej zmiany charakterystyki skrzyni biegów, czy braku wskazania wymaganej SIWZ ilości uchwytów wiszących. Co więcej, potrafił przyjąć za oczywistą omyłkę pisarską wskazanie w

ofercie pojemności silnika w wielkości 11 967 dm³ i poprawić ją na 11 967 cm³ (i dalej 7201 dm³ i poprawić na 7201 cm³ w części A zamówienia) - nie używając w tym przypadku argumentacji, że jest to informacja nieprawdziwa, choć i w tym przypadku również tak samo zasadne, jak i w stosunku do oferty odwołującego pozostawałyby argumenty - o wpływie tej informacji na wynik postępowania, jak i warunki i okoliczności dokonanej poprawy.

W ofercie AUTOSAN S.A. wykonawca z kolei omyłkowo wskazał na str. 10 w wierszu 2 i 3 wartość momentu maksymalnego 1000 Nm przy 1250 obr/min., podczas gdy jak wskazuje w wyjaśnieniach, wartość ta powinna wynosić 1000 Nm przy 1400 obr/min. Na dowód, wykonawca przedłożył fragment homologacji oferowanego silnika (podobnie jak odwołujący na potwierdzenie swoich wyjaśnień). Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy AUTOSAN S.A. i nie wykluczył go z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ani z uwagi na niezgodność treści oferty z SIWZ.

Podobnie za wyjaśnialne i uzupełnialne, zamawiający uznał braki w ofercie tego wykonawcy dotyczące wymaganego SIWZ systemu sygnalizacji świetlnej zamykania drzwi, jak też systemu automatycznej zmiany charakterystyki skrzyni biegów, czy braku wskazania wymaganej SIWZ ilości uchwytów wiszących. W tym przypadku także zamawiający nie dopatrył się złożenia nieprawdziwych informacji, czy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Podane wyżej wyliczenie, ma tylko charakter przykładowy, jak zaznaczał odwołujący, ale wskazuje, że w prowadzonym postępowaniu - doszło do sytuacji, w której błędy lub omyłki w ofertach o porównywalnym znaczeniu, treści czy też wpływie na prowadzone postępowanie - zostały przez zamawiającego ocenione w różny sposób, co przełożyło się na wynik postępowania. Takie działanie, zdaniem odwołującego, stanowi natomiast naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 Pzp.

Przywołał stanowisko KIO, między innymi w orzeczeniach:

Sygn. akt KIO 360/12: *„Naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w p.z.p. lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych - mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej.”*

Sygn. akt KIO 344/12: *„Z zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (...) wywieść należy obowiązek, by wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byli traktowani przez zamawiającego w ten sam sposób, bez uszczerbku dla każdego z nich.”*

Powołując się na uszczerbek interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o

uwzględnienie odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2012 r., dnia 2 maja 2012 r. w formie pisemnej (z kopią przekazaną stronom), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca wybrany EvoBus Sp. z o.o., (sygn. akt KIO 849/12), wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jego oferty na część B zamówienia. Uznał zarzuty odwołującego za bezzasadne, a czynności podjęte przez zamawiającego wobec jego oferty, w skarżonym odwołaniem zakresie – za prawidłowe.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę EvoBus Sp. z o.o. - jako zgłaszające przystąpienie po stronie zamawiającego w odniesieniu do części B.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, do protokołu rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu z dnia 17 kwietnia 2012 r., o wyborze najkorzystniejszej oferty w części B oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z oferty wykonawcy Gran Sp. z o.o., wezwania do wyjaśnień z dnia 3 kwietnia 2012 r. i udzielonych wyjaśnień odwołującego z dnia 6 kwietnia 2012 r. wraz z załączonymi dokumentami, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami.

Izba nie dopuściła w tej sprawie dowodów i nie przeprowadziła postępowania dowodowego w zakresie zarzutów podnoszonych przez odwołującego wobec czynności zamawiającego względem ofert wykonawców:

- 1) Solaris Bus & Coach S.A.,
- 2) wykonawcy EvoBus Polska S.A.,
- 3) AUTOSAN S.A.

- odwołujący nie wykazał, iż oferty ww. wykonawców, poprzedzałyby go w ocenie, gdyby zamawiający nie odrzucił jego oferty, zatem interes odwołującego sprowadzał się wyłącznie do obrony własnej oferty – złożonej na część B zamówienia. Oferta wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. została w części B odrzucona, a wykonawca AUTOSAN S.A. nie brał udziału w części B postępowania.

Ponadto, w przypadku uwzględnienia zarzutów nieprawidłowej oceny oferty

odwołującego, uznania jej ważności, zgodności jej treści z SIWZ oraz bezpodstawności wykluczenia odwołującego - oferta odwołującego kwalifikowałaby się do wyboru, jeżeli byłaby rzeczywiście najkorzystniejsza w ustalonych kryteriach – jak utrzymywał odwołujący.

Izba nie prowadzi postępowania dowodowego jeżeli jest ono bezprzedmiotowe – dotyczyło to zarzutów uprzywilejowanego traktowania innych wykonawców i wezwania ich przez zamawiającego do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów oferty – w przeciwieństwie do potraktowania odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący również był wzywany do uzupełnienia i wyjaśnienia złożonej oferty, przy czym część wyjaśnień odwołującego została uwzględniona. Odwołujący, w ocenie Izby - nie wykazał interesu w podnoszeniu powyższych zarzutów, chociażby z tego względu, że inni wykonawcy, których oferty zostały również odrzucone - nie zaskarżyli tych czynności, zatem nie są uczestnikami postępowania i nie zagrażają ofercie odwołującego.

Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dopuszczonych jw. dowodów, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Dostawy autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie.” Zamówienie zostało podzielone na trzy części: Część B, autobusy miejskie klasy maxi, zasilane sprężonym metanem.

Jako kryteria udzielenia zamówienia zostały wyznaczone:

- cena ofertowa, waga – 65%,
- koszt zużycia energii oraz emisji CO₂ i zanieczyszczeń (E), waga – 8%,
- ocena techniczna, waga – 27%.

W piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze na część B (cena 35 321 772,24 zł) - oferty wykonawcy EvoBus Sp. z o.o.

Z protokołu postępowania wynika, że:

- na część B oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Solaris Bus & Coach S.A. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
- 2) EvoBus Sp. z o.o. – oferta wybrana – 100,00 pkt;
- 3) konsorcjum MAN Truck& Bus Polska Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
- 4) Gran Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona.

SIWZ. Zał. nr 1 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia podaje, w Załączniku nr IB do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja techniczna autobusów miejskich klasy MAXI zasilanych sprężonym metanem (CNG) pkt 3.2, parametry silnika autobusów, będących przedmiotem zamówienia: „Wymagany silnik pięcio-sześć cylindrowy o pojemności skokowej powyżej 6500 cm, dobranej do maksymalnej ładowności oferowanego autobusu i niskim zużyciu paliwa w cyklu miejskim z pełnym obciążeniem.” Natomiast w pkt 3.3.2 SIWZ Część B Przedmiotu Zamówienia, zamawiający wskazują, iż będzie oceniał parametr „pojemność silnika” w sposób następujący: silnik o pojemności powyżej 11 000 cm³ - 20 pkt., silnik o pojemności 11 000 cm³ lub mniej - 0 pkt.

Część B przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert, ocena techniczna:

Poz. 1. pojemność silnika, max liczba punktów – 20, podstawa oceny: silnik o pojemności pow. 11 000 cm³ – 20 pkt, silnik o pojemności 11 000 cm³ lub mniej – 0 pkt,

Zał. nr 4 do SIWZ zawiera formularz ofertowy, wymagający podania marki i typu oferowanego autobusu.

Wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie, że posiada „świadectwo homologacji typu pojazdu” oferowanego autobusu, wraz z wynikami badań homologacyjnych.

Zał. nr 4 A do SIWZ zawiera wymagane parametry techniczne dla wszystkich części, wymagający podania, między innymi pojemności silnika pojazdu w dm³.

Zał. nr 4B do SIWZ zawiera szczegółowe oferowane parametry techniczne autobusów, wymagający podania klasy, marki i typu oferowanego autobusu; podania producenta i typu silnika, pojemności skokowej, mocy maksymalnej, momentu maksymalnego i innych kluczowych parametrów.

We wzorze umowy zawarty był wymóg złożenia oświadczenia, że dostarczone autobusy posiadają aktualną na dzień dostawy homologację, (...) umożliwiającą ich rejestrację w Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący zaoferował autobus Otokar, Kent 280 LF (Otokar, Kent 280 LF CNG,M3)

Na stronie 11 podany jest kod silnika MAN E0836LOH CNG/EEV.

Oferta odwołującego na stronie 7,12 i 31 (załączniki 4A, 4b, i w odniesieniu do parametrów oceny), podaje pojemność silnika 7 150 cm³,

Pismem z dnia 3 kwietnia 2012 r. zamawiający wzywał wykonawcę Gran Sp. z o.o. do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów oferty. W tym wyjaśnienia, że oferowany autobus Otokar, Kent 280 LF CNG nie jest prototypem. „Wykonawca na str. 12 (...) oferty w załączniku zatytułowanym SZCZEGÓLWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW wskazał, że oferowane przez niego autobusy zostaną wyposażone w silnik MAN E0836LOH CNG/EEV, o pojemności 7 150 cm³. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego,

firma MAN nie produkuje silników o pojemności wskazanej w ofercie. Czy w związku z powyższym, w świetle oświadczenia złożonego na formularzu ofertowym (...) Wykonawca potwierdza, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełni wymagania zamawiającego dotyczące parametrów i opisu silnika.”

Pozostałe uwagi dotyczyły wskazania wielkości prześwitu poprzecznego i podłużnego pojazdu, opisu technologii zabezpieczenia antykorozyjnego, wykazu materiałów do wykonania nadwozia. Jako podstawę prawną wezwania, zamawiający podał art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

W wykonaniu tego wezwania odwołujący pismem z dnia 6 kwietnia 2012 r. przedstawił:

- wykaz materiałów do wykonania nadwozia,
- wyjaśnienia, że oferowany autobus Otokar Kent 280 LF CNG jest autokarem produkcji seryjnej, a nie prototypem,
- wyjaśnienia wielkość prześwitu podłużnego i poprzecznego,
- wyjaśnienia, że „pojemność silnika oferowanych przez nas autobusów została omyłkowo wpisana na 7 150 cm³. Jak zauważył sam zamawiający, firma MAN nie produkuje silników o takiej pojemności. Prawidłowa i rzeczywista pojemność silnika pojazdów, które oferujemy, wynosi 6 871 cm³.” Na dowód przedłożył fragment dokumentacji homologacji ww. modelu z oferowanym silnikiem MAN o kodzie E0836LOH i szerzej E0836LOH CNG/EEV. Odwołujący zapewniał, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia, spełnia wymagania dotyczące parametrów i opisu silnika. Przetawił wyciąg ze świadectwa homologacji typu, potwierdzający wymienioną pojemność silnika. Ponadto, przedłożył dokumenty dotyczące technologii zabezpieczenia antykorozyjnego i wykaz materiałów do zabezpieczenia antykorozyjnego.

W piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu wykonawcy Gran Sp. z o.o., z następujących przyczyn.

„Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ponadto oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy w związku z art. 387 Kodeksu Cywilnego.

Wykonawca Gran Sp. z o.o. złożył ofertę w ww. postępowaniu na Część B w terminie przewidzianym na składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu, jednakże oferta ta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Wykonawca, na str. 7 złożonej przez siebie oferty w załączniku zatytułowanym PARAMETRY TECHNICZNE dla Części B oraz na str. 12 złożonej przez siebie oferty w

załączniku zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla Części B wskazał, iż oferowane przez niego autobusy zostaną wyposażone w silnik MAN E0836 LOH CNG/EEV, o pojemności 7150 cm³. Pojemność tą również potwierdził w załączniku Parametry oceny Część B przedmiotu zamówienia, gdzie modyfikując zapis Lp. 1 wiersz drugi określony przez Zamawiającego wpisał silnik o pojemności 7 150 cm³.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego firma MAN nie produkuje silników o pojemności wskazanej w ofercie. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 03 kwietnia 2012 r. wezwał Wykonawcę do złożenia zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy, wyjaśnień dotyczących oferty. W odpowiedzi z dnia 10.04.2012r, L.dz. 1106 Wykonawca udzielając wyjaśnień w kwestii pojemności zaproponowanego silnika oświadczył, iż wartość 7150 cm³ została wpisana omyłkowo, zaś prawidłową wartością jest pojemność 6871 cm³.

Zamawiający nie mógł jednak zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy Pzp dokonać poprawy potwierdzonej przez Wykonawcę omyłki, bowiem skutkowałoby to istotną zmianą treści złożonej oferty, co jest niedopuszczalne. W związku z tym, iż pojemność silnika jest jednym z istotnych postanowień umowy, czyli elementów przedmiotowo istotnych proponowanej umowy, charakteryzuje i indywidualizuje umowę, nie może on zostać zaliczony do elementów nieistotnych oferty, które podlegałyby poprawie.

W związku z tym, iż Wykonawca zaoferował silnik o pojemności 7150 cm³ który nie istniał w dniu składania ofert, oferta Wykonawcy polegająca na dostawie zaproponowanych autobusów wyposażonych w ww. silnik jest świadczeniem niemożliwym do wykonania i jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu Cywilnego, bowiem zdaniem Zamawiającego Wykonawca zaoferował nieistniejące urządzenie. Niemożliwość świadczenia takich usług w rozumieniu art. 387 ust. 1 Kodeksu Cywilnego ma charakter obiektywny tzn. nie może go spełnić dłużnik ani inny podmiot. Skoro takich urządzeń nie ma to znaczy, że nikt nie może ich dostarczyć, w tym szczególnie Wykonawca.

Zgodnie z powyższym Zamawiający postanowił wykluczyć Wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem Wykonawca zaoferował produkt nieistniejący tj. silnik ww. typu o pojemności 7150 cm³, którego nie ma na rynku. Gdyby nie wiedza Zamawiającego dot. oferty producenta silników, którego model Wykonawca zaoferował, nieścisłość w postaci zaoferowania silnika o nieistniejącej pojemności mogłaby być niezauważona a oferta Wykonawcy podlegałaby dalej ocenie punktowej, a co za tym idzie istniało prawdopodobieństwo udzielenia Wykonawcy zamówienia, którego realizacja byłaby niemożliwa ze względu na niemożliwość zamontowania w autobusach silnika o zadeklarowanej pojemności, a co za tym idzie dostawa autobusów z winy Wykonawcy

stałaby się niemożliwa do zrealizowania. A zatem podanie nieprawdziwej informacji mogło mieć pośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, – (ograniczony jednak do obrony własnej oferty) - w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż złożył ofertę na część B zamówienia, zatem w wypadku unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia jego oferty, jako dokonanej z naruszeniem prawa, mogłaby być ona wybrana jako najkorzystniejsza (biorąc pod uwagę łączne kryteria oceny ofert), co świadczy, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty, mogła skutkować powstaniem szkody po stronie odwołującego.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że oferta odwołującego polegająca na dostawie zaproponowanych autobusów Otokar Kent 280 LF CNG, wyposażonych w silnik MAN E0836LOH CNG/EEV o wskazanej w ofercie pojemności, zawierała zobowiązanie do świadczenia niemożliwego do wykonania. Z tych więc przyczyn jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, gdyż wykonawca zaoferował nieistniejące urządzenie.

Niemożliwość spełnienia takiego świadczenia, wbrew stanowisku zamawiającego, nie ma charakteru obiektywnego, w rozumieniu art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, tj. takiego, że nie może go spełnić dłużnik ani inny podmiot. Powołany przepis dotyczy wyłącznie takiej niemożliwości świadczenia, która spełnia kumulatywnie trzy cechy. Niemożliwość świadczenia musi być o charakterze:

- obiektywnym,
- pierwotnym,
- trwałym.

Świadczeniem niemożliwym, określa się świadczenie nie dające się urzeczywistnić, inaczej – niewykonalne. Znaczenie ma - świadczenie obiektywnie nie poddające się realizacji, tak przez dłużnika, jak i inne podmioty, przy czym o charakterze nieprzemijającym.

Realne i w praktyce możliwe, zdaniem Izby, jest bowiem zaprojektowanie i wyprodukowanie takiego silnika o pojemności 7 150 cm³ dla pojazdu autobusowego, napędzanego sprężonym metanem, zatem wyłączone było zastosowanie art. 89 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp, traktującego o odrzuceniu oferty, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Izba oceniła ofertę odwołującego jako ważną, tyle, że zawierającą omyłkę w podanej wielkości skokowej silnika i z tych względów wymagającą poprawy, przed poddaniem jej dalszej ocenie. Dyskusyjny mógł być jedynie sposób i podstawy dokonania korekty w ofercie odwołującego.

W oparciu o postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie, Izba uznała przywołane przez zamawiającego przyczyny faktyczne jak i prawne, wykluczenia wykonawcy Gran Sp. z o.o. – za podanie w ofercie nieprawdziwych informacji - mających, czy mogących mieć wpływ na wynik postępowania – za całkowicie chybione. Żadne argumenty, ani dowody nie przemawiały za tym, że nastąpiło w sposób świadomy podanie nieprawdziwych informacji, do tego mających jakikolwiek skutek dla punktowej oceny tej oferty, w ustalonym kryterium technicznym.

Stanowisko zamawiającego, że obecnie na rynku producent MAN nie dysponuje tego typu silnikiem, tj. o wskazanej pojemności 7 150 cm³, stanowi w przekonaniu Izby, właśnie argument, przemawiający za tym, że odwołujący popełnił omyłkę, przede wszystkim omyłkę pisarską, wpisując w dokumentach załącznika do swojej oferty błędne parametry pojemności silnika - w trakcie przenoszenia tych danych z dokumentu świadectwa homologacji pojazdu, (świadectwa homologacji części w odniesieniu do silnika MAN E0836LOH CNG/EEV). Co zdaniem Izby, odwołujący wykazał - przedstawiając tę dokumentację przy piśmie wyjaśniającym z dnia 6 kwietnia 2012 r., a także przedstawiając - w odparciu zarzutu podania nieprawdziwych informacji – kartę katalogową producenta silnika - firmy MAN, określającą pojemność tak oznaczonego silnika w wielkości 6,9 litra. Izba za w pełni wiarygodne przyjęła więc podane okoliczności popełnienia omyłki w ofercie odwołującego. Z przedstawionych dokumentów wynika, że dla tak oznaczonego silnika MAN E0836LOH, zasilanego sprężonym metanem podana jest pojemność w cm³ - 6 871, natomiast w pozycji powyżej, dla innego silnika, na inny rodzaj paliwa, o oznaczeniu DEUTZ została podana pojemność 7 147 cm³.

Skoro zaoferowany został pojazd, ściśle oznaczony co do kategorii, typu, wersji, Otokar Kent 280 LF CNG, wyposażony w silnik o określonym kodzie MAN E0836LOH CNG/EEV, czyli o zindywidualizowanych oznaczeniach, pod którymi w obrocie występuje jeden konkretny silnik o ściśle oznaczonych właściwościach i parametrach - czemu zamawiający nie zaprzeczył - w ślad za tym - można było ustalić dane techniczne tego autokaru, odnoszące się do prawidłowej pojemności silnika, co też zamawiający uczynił - wykrywając ową kwestionowaną niezgodność w odniesieniu do pojemności silnika.

Przyznana okoliczność, iż takich urządzeń, obecnie na rynku nie ma - oznacza, że wykonawca rzeczywiście popełnił omyłkę. Z wymienionych względów, ujawniona omyłka w

ofercie odwołującego winna być poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako łatwy do zauważenia błąd pisarski.

Odwołujący w swoim wyjaśnieniu z dnia 6 kwietnia 2012 r. od początku - powoływał się na okoliczność popełnienia omyłki, tłumaczył zarazem jej przyczyny. Zamawiający w piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. w żaden sposób, nie podważał ani nie polemizował z argumentami odwołującego, podnoszonymi na rzecz popełnienia przez niego omyłki. Z kart katalogowych: producenta silników firmy Man, czy producenta pojazdu w prosty sposób można było ustalić ten kluczowy parametr jakim jest pojemność skokowa silnika. Zamawiający, nie oceniając tych wyjaśnień, autorytatywnie stwierdził, że wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania, za co wyklucza go z przetargu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a ofertę odrzuca.

Za poprawieniem omyłki odwołującego, jako oczywistej omyłki pisarskiej przemawia również okoliczność, że podana pojemność skokowa silnika mieści się w granicach tego parametru 6 500 cm³, przyjmowanego przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia jako minimalna pojemność silnika oferowanego pojazdu, spełniająca oczekiwania zamawiającego, a więc zgodna z treścią SIWZ.

Omyłka taka, jaką popełnił odwołujący, w ocenie Izby, kwalifikowałby się również do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej dokonanie, nie powodowałoby istotnej zmiany treści oferty, ani nie zmieniało wartości parametru pojazdu - ocenianego w kryterium technicznym – w sposób rzutujący na punktację oferty. Należało mieć na uwadze, że oznaczony w ofercie silnik, nie zostałby zmieniony, o czym świadczy zgodność podanych pozostałych parametrów technicznych - wykonawca w wyjaśnieniu sprostował jedynie dane dotyczące pojemności tak oznaczonego silnika, do wartości liczbowej, którą ów silnik rzeczywiście posiada - 6871 cm³ (zamiast pierwotnie podanej w ofercie 7 150 cm³), czemu zamawiający nie zaprzeczył w uzasadnieniu podjętych czynności.

Na gruncie postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ważne jest jedynie stwierdzenie faktu omyłki, a jej poprawienie jest możliwe nawet wtedy, gdy dotyka ona treści oferty, tyle, że ingerencja w treść oferty – nie może być istotna, nadmierna – w stosunku do pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, złożonego w ofercie – w tym przypadku, sprostowana pomyłka ingerując w treść oferty, nie powodowałaby żadnych odstępstw od wymagań SIWZ, czego zdaniem Izby, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wyłącza. Za nieuprawnioną Izba poczytała interpretację przystępującego EvoBus Sp. z o.o., że skoro oferta odwołującego jest zgodna z SIWZ, gdyż minimalna pojemność silnika miała wynosić nie mniej niż 6 500 cm³, to omyłka nie może zostać sanowana w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż odnosi się on do stwierdzonej niezgodności ze specyfikacją istotnych

warunków zamówienia. Skoro przywoływany przepis dozwala na poprawianie omyłek w ofercie, skutkujących jej niezgodnością z SIWZ, to tym bardziej zezwala na korektę takich omyłek, które same w sobie nie wykazują niezgodności z SIWZ, jednakże wykazują, że oferta jest wadliwa, zawierająca sprzeczne i wzajemnie wykluczające się dane – biorąc pod uwagę wskazany kod silnika i wyspecyfikowaną w ofercie odwołującego – pojemność tego silnika. Poprawa pojemności nie prowadzi do zmiany przedmiotu świadczenia – ten sam silnik jest elementem oferty, potwierdza to także zgodność pozostałych parametrów, a w szczególności kod fabryczny silnika. Poprawienie błędu nie zmienia oświadczenia woli wykonawcy Gran Sp. z o.o. co do dostarczenia zamawiającemu autobusów wyposażonych w silnik o właściwościach wynikających z podanego oznaczenia, pozwalającego na pełną identyfikację silnika, także co do jego parametrów.

W ocenie Izby, zamawiający dysponuje niezbędnymi informacjami, pozwalającymi na poprawienie omyłki w ofercie odwołującego, nawet nie zasięgając dalszych wyjaśnień wykonawcy. Świadczenie homologacji stanowi dokument urzędowy, zawierający w pełni wiarygodne dane. Dokument taki, jeżeli nawet nie był żądny do przedłożenia wraz z ofertą, to jest konieczny, jako dowód dopuszczenia pojazdu do ruchu, warunkujący jego rejestrację. Pojemność silnika, podawana jest w dowodzie rejestracyjnym.

Izba nie stwierdziła w oparciu o materiał dowodowy tej sprawy, że nieodpowiadające stanowi rzeczywistości dane co do pojemności silnika w oferowanym pojeździe, mogłyby być wynikiem zamieszczenia w ofercie odwołującego nieprawdziwych informacji, w szczególności tego rodzaju, które rzutowałyby na wysokość oceny punktowej oferty, umożliwiającej przez to jej wybór.

W ocenie Izby, wszystkie przesłanki umożliwiające konwalidację oferty odwołującego w drodze sprostowania omyłki - zostały spełnione, wobec czego Izba nakazała jak w sentencji. Przy czym, zachodzi zbieg wskazanych podstaw dla sprostowania tej omyłki. Imperatywny charakter dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, nie pozostawia zamawiającemu wyboru, co do poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy, lub też pozostawienia jej bez poprawy. W przypadku stwierdzenia omyłki, zamawiający zobowiązany jest ją poprawić, informując wykonawcę o sposobie dokonania tej poprawy, gdyż oferta odwołującego w jej obecnym kształcie, nie mogłaby zostać wybrana - gdyby rzeczywiście była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryteria oceny. Art. 140 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje bowiem, aby zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy, był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zatem z uwagi na okoliczność podnoszoną przez zamawiającego, co do możliwości realizacji umowy - bez koniecznej poprawy oferty, odwołujący nie mógłby dostarczyć seryjnego pojazdu o wskazanej w ofercie pojemności silnika.

Postępowanie dowodowe wykazało zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów, które może mieć wpływ na wynik postępowania, tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż wykonawca Gran Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 K.c., przez ich błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta wykonawcy Gran Sp. z o.o. podlega odrzuceniu jako nieważna z uwagi na dyspozycję art. 387 K.c.
3. skutkiem wykazania naruszeń jak wyżej, jest w następstwie naruszenie przepisu art. 7 ustawy Pzp.

Odnoszenie się do odmiennego – uprzywilejowanego traktowania innych wykonawców przez zamawiającego – celem wywiedzenia naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jest w ocenie Izby zbędne. Wystarczające w tym względzie jest bowiem wykazanie bezpodstawności wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, ze wskazanych przyczyn, aby przypisać zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp, nakazującego równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

W rozpatrywanym zakresie, Izba nie stwierdziła, że odwołujący w sposób uprzywilejowany potraktował wykonawcę EvoBus Sp. z o.o. - poprawiając podaną pojemność silnika, w dm³, zamiast cm³, gdyż błąd taki kwalifikował się do poprawy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 849/12 i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od odwołującego konsorcjum: MAN Truck & Bus Polska Sp. z o. o., (lider), MAN Bus Sp. z o. o. (KIO 842/12) na rzecz zamawiającego: Gminy Miasto Rzeszów Zarządu Transportu Miejskiego w Rzeszowie, kwotę 3 600,00 zł, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Z tytułu uzasadnionych kosztów strony, Izba zasądziła od zamawiającego Gminy Miasto Rzeszów Zarządu Transportu Miejskiego w Rzeszowie, kwotę 18 600,00 zł na rzecz odwołującego wykonawcy: Gran Sp. z o.o., (KIO 849/12), tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2b oraz § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....