

Sygn. akt KIO/UZP 507/08

WYROK
z dnia 6 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EvoBus Polska Sp. z o.o., 05-830 Wolica, Al. Katowicka 46** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o.o., 80 – 252 Gdańsk, ul. Jaśkowa Dolina 2** protestu z dnia 13 maja 2008 r.

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

orzeka:

1 . Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **EvoBus Polska Sp. z o.o., 05-830 Wolica, Al. Katowicka 46** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EvoBus Polska Sp. z o.o., 05-830 Wolica, Al. Katowicka 46**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EvoBus Polska Sp. z o.o., Wolica, Al. Katowicka 46**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę autobusów niskopodłogowych, zostało wszczęte przez Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o. o., ul. Jaśkowa Dolina 2, 80 – 252 Gdańsk zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 56-035196 w dniu 07.02.2008 r.

Zamawiający w dniu 07.05.2008 r. przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszej Wykonawcy: Solaris Bus & Coach S.A., ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska zwanego dalej: „*Solaris Bus & Coach S.A.*” albo „*Przystępującym*”. Ponadto, poinformował o punktacji uzyskanej przez pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty.

W dniu 14.05.2008 r. faxem uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. EvoBus Polska Sp. z o. o., zwany dalej: „*Protestującym*” albo „*Odwołującym*”,

wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp” protest na czynności podjęte i zaniechane przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania. Zarzucając niniejszemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 8 ust.3, art. 91 ust.1, a także art. 24 ust.2 pkt.2 Pzp poprzez:

- 1) bezpodstawne uznanie oferty Solaris Bus & Coach S.A. za najkorzystniejszą;
- 2) nie udostępnienie Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu treści odpowiedzi Wykonawcy - Solaris Bus & Coach S.A. na pytania Zamawiającego z dnia 09.04.2008 r. zawartej w załączniku nr 1, pomimo iż nie spełnia ona przesłanek objęcia jej ochroną, jako tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej: „u. z .n. k.”;
- 3) zaniechał uznania oferty złożonej przez Protestującego za najkorzystniejszą.

Wnosząc o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a następnie uznanie oferty Protestującego za najkorzystniejszą.

Wskazując na istnienie po jego stronie interesu prawnego, stwierdza, że jest wykonawcą, który złożył ofertę, która w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach jest druga w kolejności.

Protestujący podnosi, iż zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”, przedmiotem zamówienia była dostawa fabrycznie nowych, wyprodukowanych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru, niskopodłogowych autobusów miejskich posiadających homologację typu pojazdu. Ponadto, akcentuje fakt, iż przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający w trybie art. 87 ust.1 Pzp zwrócił się o wyjaśnienia treści złożonych ofert przez Protestującego oraz Przystępującego w kwestii rozwiązania technicznego – T.7 (podatność obsługowa). Prosząc o dokładny opis techniczny – rysunki, zdjęcia – umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych. Powyższa kwestia wymagała jednoznacznego przesadzenia z uwagi na fakt, że stanowiła ona element kryterium oceny ofert – rozwiązania techniczne dla autobusów jednoczłonowych (pkt 14.3 SIWZ). Protestujący wyjaśnił, iż Zamawiający miał przyznawać w ramach oceny parametrów technicznych oferowanych autobusów niskopodłogowych dodatkowe 5 pkt, za: „umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu (dotyczy zbiorników wyrównawczych układu chłodzenia, układu smarowania olejem, układu hydrostatycznego napędu wentylatora, o ile występuje)” albo 0 pkt w przypadku nie spełniania tego parametru. Odniósł się także do pkt 8.2 SIWZ, gdzie Zamawiający określił zawartość oferty, uznając, iż w oparciu o powyższe dokumenty i oświadczenia Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny ofert Wykonawców, w tym oceny, które spośród złożonych ofert pozwalają na przyznanie 5 pkt w kryterium T.7.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust.1 Pzp, tj. kryteriów oceny ofert poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, czyli art. 7 ust.1 Pzp poprzez wzięcie pod uwagę nie tylko dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą, zgodnie z treścią SIWZ, ale przede wszystkim dodatkowego oświadczenia (odnoszącego się do czasu przyszłego, niepotwierdzającego stan na moment składania ofert) i dokumentów (utajnionych), nie wymaganych wraz z ofertą, złożonych w odpowiedzi na zapytanie z dnia 09.04.2008 r. Na ich podstawie przyznał 5 pkt. w kryterium T.7 zarówno Przystępującemu, jak i Protestującemu. Jednakże, pozwoliło to na uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą.

Protestujący stwierdza, iż Solaris Bus & Coach S.A. w swojej ofercie (str. 162, Szczegółowa kompletacja autobusu, Dodatkowe informacje, pozycja pierwsza) zawarł lakoniczne oświadczenie, w którym w szczególności brak jest jakiegokolwiek informacji co do rodzaju zbiorników, które są umiejscowione obok siebie zgodnie z opisem. Powyższe oświadczenie, zdaniem Protestującego nie mogło stanowić podstawy przyjęcia, iż oferowane autobusy Przystępującego istotnie posiadają: „Zbiorniki wyrównawcze płynów eksploatacyjnych umiejscowione obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu”.

Dodatkowo podnosi, iż wyjaśnienie udzielone przez Przystępującego w którym potwierdził on w swoim oświadczeniu, że w obydwu oferowanych pojazdach zbiorniki wyrównawcze płynów eksploatacyjnych będą umiejscowione obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu, czyli w sposób premiowany przez Zamawiającego, z uwagi na czas przyszły zdania „*będą umiejscowione*”, wskazuje wprost, że oferowane autobusy nie posiadają takiej funkcjonalności w chwili złożenia oferty.

Protestujący zarzuca także Zamawiającemu, iż naruszył on art. 8 ust.3 Pzp uznając, iż informacje dotyczące umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych jest tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo ich weryfikowalności za pomocą informacji dostępnych publicznie.

Powyższe świadczy jego zdaniem także, o nie spełnianiu przez Solaris Bus & Coach S.A. kryterium określonego w pkt. T.7. (co dodatkowo świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp) gdyż niniejszy zaoferował sprzedaż produktu istniejącego na rynku, tj. autobusów – Solaris Turbino 12 i Solaris Turbino 18, które jak wynika z dostępnych publicznie dokumentów dotyczących tego typu autobusów (specyfikacja techniczna) nie posiadają przedmiotowego parametru.

Protestujący stwierdził również, iż dostosowanie autobusu, który nie posiada ocenianego parametru funkcjonalnego do stanu, w którym parametr ten byłby spełniony, wymaga dokonywania istotnych zmian konstrukcyjnych autobusu. Niniejsze

uniemożliwiłoby dostarczenie autobusu wyprodukowanego: „nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru” (pkt. I.3 Opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ).

Powyższa, jak i wcześniejsza argumentacja ma także świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp, poprzez uznanie informacji, które zdaniem Protestującego stanowią złożenie informacji nieprawdziwych przez Wykonawcę, tj. Przystępującego.

W dniu 15.05.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym poprzez publikację na swojej stronie internetowej.

W dniu 16.05.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączy się: Solaris Bus & Coach S.A. Niniejszy wniośł o oddalenie zarzutów przez Zamawiającego w całości. Wskazując interes prawny, stwierdził, iż wynika on z faktu, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów Protestującego podniósł, iż odnośnie aspektów językowych Pzp, przesądza jedynie o prowadzeniu postępowania w języku polskim nie było zaś wolą ustawodawcy przeprowadzenie analiz bezbłędności językowej. Jednakże, jego zdaniem zasady gramatyki języka polskiego stanowią, że w razie potrzeby wyrażenia opisu wykonywani czynności w przyszłości należy używać właśnie czasownikowych form czasu przyszłego prostego lub złożonego (źródło: internetowy słownik języka polskiego „Wiktionary” – www.wiktionary.pl). Powyższe świadczy, jego zdaniem, iż wyposażenie autobusu, który jeszcze nie istnieje, gdyż będzie wyprodukowany w czasie późniejszym w stosunku do dnia składania oferty, należy wypowiadać się w czasie przyszłym.

Przystępujący wyjaśnia dalej, iż w chwili złożenia oferty w przypadku każdego zamówienia, autobusy nie są jeszcze w ogóle wyprodukowane i to zapewne także w wypadku Protestującego. Nie można więc uznać, jak wnioskuje, iż w ofercie można odnosić się do już wyprodukowanych dóbr, albowiem normalnym następstwem cyklu gospodarczego w każdej branży jest otrzymanie zamówienia a dopiero później produkcja.

Przystępujący neguje stwierdzenia Protestującego, iż oferuje on w przedmiotowym przetargu autobusy Solaris Turbino 12 i Solaris Turbino 18, które jak wynika z dostępnych publicznie dokumentów dotyczących tego typu autobusów (specyfikacja techniczna) nie posiadają przedmiotowego parametru. Zauważa, iż Protestujący nie przedstawił na podstawie jakich „dostępnych publicznie dokumentów” orzekł o niemożliwości spełnienia przedmiotowego warunku technicznego przez Przystępującego, ani też dlaczego uznaje, iż dla potrzeb przedmiotowego postępowania i późniejszej dostawy Przystępujący nie będzie w stanie spełnić istotnego w kontekście całości budowy autobusu

wymogu technicznego. Stwierdza, iż Protestującego i Zamawiającego winno wyłącznie interesować wyposażenie autobusów oferowanych w ofercie, które będą przedmiotem dostawy, nie zaś produkowanych w przeszłości.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu poprzez jego oddalenie nastąpiło faxem 12.05.2008 r. W ramach jego uzasadnienia Zamawiający podniósł następujące argumenty:

Po pierwsze, Zamawiający uznał, iż zachodzą przesłanki aby uznać, że w danej chwili, informacje dotyczące usytuowania zbiorniczków płynów eksploatacyjnych stanowią mogą tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu u.z.n.k., gdyż są rozwiązaniem technicznym, nie ujawnionym do wiadomości publicznej (nowym, dotychczas nie stosowanym w typie autobusu oferowanego przez Przystępującego), co do której Wykonawca podjął działania techniczno-organizacyjne zmierzające do utrzymania ich w poufności. Nadesłane w tej kwestii wyjaśnienia Przystępującego potwierdziły w mniemaniu Zamawiającego jego stanowisko.

Po drugie, Zamawiający podniósł, iż celem prowadzonego przez niego postępowania, była dostawa autobusów o cechach zgodnych z wymaganiami technicznymi na dzień ich dostawy. W żadnym miejscu SIWZ nie wymagał on, aby oferowany pojazd był już produkowany i eksploatowany w chwili składania oferty. Dostosowanie już produkowanego typu pojazdu, poprzez wprowadzenie stosownych zmian konstrukcyjno-technologicznych, do potrzeb Zamawiającego, jest czynnością jak najbardziej normalna i powszechnie stosowaną. Wobec powyższego uznał on, że treść oferty jest zgodna z SIWZ.

Po trzecie, Zamawiający uznał, iż brak jest podstaw do twierdzeń, iż wprowadzenie zmian w usytuowaniu zbiorniczków eksploatacyjnych, stanowiłoby dla Przystępującego problem, który mógłby spowodować opóźnienie w dostawie autobusów.

W dniu 26.05.2008 r. (data nadania w urzędzie pocztowym) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art. 8 ust.3, art. 91 ust.1, a także art. 24 ust.2 pkt.2 Pzp wnosząc o:

- 1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert;
- 3) wykluczenia Solaris Bus & Coach S.A., czyli Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 3 Pzp.

Odwołujący po pierwsze, podniósł, iż w świetle załączonych do oferty Przystępującego dokumentów, określających specyfikę oferowanych autobusów Zamawiający pozbawiony był możliwości uznania, iż oferta Przystępującego posiada

oceniane w pkt T.7 pkt. 14. 3 SIWZ rozwiązania techniczne dotyczące: „umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu”. W konsekwencji bezpodstawnie przyznał Zamawiający Przystępującemu dodatkowe 5 punktów w kryterium rozwiązania techniczne.

Po drugie, sama decyzja Zamawiającego o zwróceniu się do Przystępującego o wyjaśnienie „wątpliwości”, co do spełnienia wymagań określonych w kryterium T.7 stanowiła potwierdzenie, iż dokumenty pierwotnie załączone do oferty Przystępującego nie pozwalały na przyznanie mu dodatkowej ilości punktów w ww. kryterium.

Po trzecie, przy ocenie treści oferty Zamawiający, zdaniem Odwołującego winien kierować się żądanymi przez siebie dokumentami opisującymi przedmiot zamówienia (pkt 8.2 SIWZ), a nie poprzestać jedynie na deklarowanym przez Wykonawcę spełnieniu parametru „w przyszłości”. Deklarowanie przez Przystępującego posiadania określonego parametru pomimo jego braku naraża go nie tylko na zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, ale również wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp.

Po czwarte, dostosowanie autobusów Solaria Turbino 12 i 18 do stanu, w którym posiadać one będą oceniany parametr, wymagałoby dokonania istotnych zmian, które powodowałyby brak możliwości dotrzymania oczekiwanych przez Zamawiającego terminów realizacji zmatowienia. Ponadto, Zamawiający nie może przenosić momentu oceny oferowanych przez wykonawcę produktów na dzień dokonywania ich odbioru. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców, a Zamawiającego naraża na ryzyko nie otrzymania produktu, którego oczekiwał.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26.05.2008 r. faxem.

W dniu 27.05.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikowi postępowania protestacyjnego kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 04.06.2008 r. (wpływ do UZP kurierem) Solaris Bus & Coach S.A. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Przystępujący wskazuje, iż Odwołujący stara się dowieść, iż nie dopełni kryterium: „umiejscowienia zbiorników wyrównawczych i płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu” w dostarczanych autobusach, mimo iż z treści oferty w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości interpretacyjnych wynika, iż dostarczony produkt będzie spełniał wszystkie wymagane w ofercie parametry.

Ponadto, stwierdza, że w swojej ofercie w części dotyczącej przedmiotowego zagadnienia zawarł w swojej ofercie zapis w sposób jednoznaczny stwierdzający, że

oferowany produkt będzie posiadał wymagane rozwiązanie techniczne, co zostało zaakceptowane przez Zamawiającego. Z uwagi na to, bezpodstawne zakładanie złej wiary bądź składania nieprawdziwych oświadczeń w treści oferty przez jednego z Wykonawców, nie byłoby zgodne z zasadą prowadzenia postępowania w sposób bezstronny i obiektywny z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i stanowiłoby naruszenie art. 7 Pzp.

Przystępujący w ramach polemiki zauważa, iż także oferta Odwołującego wymagała wyjaśnień, gdyż w kwestionowanym zakresie była bardzo podobna. Ponadto, podnosi, iż samo zwrócenie się do wykonawców z żądaniem wyjaśnień treści złożonej oferty nie przesadza o niespełnieniu jakiegoś warunku w treści oferty. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły jedynie szczegółów technicznych („opisy, rysunki”) rozwiązania, zatem tryb wynikający z art. 87 ust.1 Pzp mógł być zastosowany. Nie miały tutaj miejsca niedopuszczalne negocjacje z Przystępującym, bądź też dokonywanie zmiany treści umowy, a jedynie rzeczywiste złożenie wyjaśnień co treści istniejącej oferty. W innym wypadku, argumenty Odwołującego powinny być równie skuteczne wobec niego samego, gdyż także jego oferta podlegała wyjaśnieniu, które także zawierały podobne materiały.

Dodatkowo, Przystępujący zauważa, iż Zamawiający nie ma opierać się na badaniu historii produkcji oferentów. W większości zamówień, podobnie jak i w tym postępowaniu, Zamawiający określają własne preferencje odnośnie różnych detali konstrukcyjnych, bądź wykończeniowych, które mogą odbiegać od przyjętych standardów produkcyjnych. Nowoczesne rozwiązania technologiczne Przystępującego powodują, że projektowanie i budowa prototypu autobusu Solaris Urbino trwała 6 miesięcy, a więc nieco krócej niż czas wyznaczony na dostawę autobusów dla Zamawiającego, tym bardziej więc możliwa jest w stosunkowo krótkim czasie modyfikacja produkcji i dostosowanie jej pod kątem wymagań i potrzeb klienta.

Ponadto, Przystępujący stwierdza, iż czas przyszły nie jest nieokreśloną bliżej odległą przyszłością, ale określonym przez Zamawiającego precyzyjnie terminem dostawy, do którego dotrzymania uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego się zobowiązują.

Produkt ten, zdaniem Przystępującego nie musi w ogóle istnieć w dniu składania oferty, ale właśnie w dniu dostawy. Brak jest jego zdaniem ustawowego wymogu produkowania dostarczanego towaru przed rozpoczęciem postępowania, czy też już w dniu składania ofert. Oferenci sporządzając swoją ofertę odnoszą się do produktu, który zostanie stworzony w przyszłości, w terminie określonym przez Zamawiającego. Dodatkowo, Przystępujący stwierdza, iż wprowadzenie ocenianego parametru do jego autobusów nie wymaga dokonania istotnych zmian, które powodowałyby brak możliwości dotrzymania oczekiwanych przez Zamawiającego terminów realizacji zamówienia.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, złożonymi ofertami i po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, iż Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie Przystępującego, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W SIWZ zawarto następujące zapisy:

W pkt 3 SIWZ (str.1): „Przedmiot zamówienia” Zamawiający określił, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów miejskich:

- 15 sztuk autobusów jednoczłonowych
- 30 sztuk autobusów przegubowych
- dwóch urządzeń do dystrybucji roztworu mocznika w przypadku autobusów z silnikiem wymagającym stosowania mocznika.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ. W ramach załącznika nr 1 do SIWZ (str.1) – pkt I.3 Zamawiający stwierdził, iż dostarczane autobusy powinny być fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru. W pkt I.4 z kolei napisał, iż autobusy powinny posiadać aktualne świadectwo homologacji typu pojazdu wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonawca obowiązany jest do dostarczenia wraz z ofertą kopii dokumentu homologacji wraz z załącznikami. W pkt II. 12.2 oraz pkt III.12.2 załącznika nr 1 do SIWZ w ramach układu chłodzenia (str. 6 i 18 niniejszego załącznika) Zamawiający określił, iż: „Zbiornik wyrównawczy wykonany z tworzywa sztucznego lub innego materiału odpornego na korozję. Przezroczysty lub wyposażony we wskaźnik poziomu płynu”.

W pkt 4 SIWZ (str.1 i 2): „Miejsce i termin wykonania zamówienia” Zamawiający stwierdził, że wymaga dostarczenia autobusów w 5 dostawach częściowych, przy czym pierwsza dostawa ma nastąpić nie wcześniej niż 180 dni od dnia podpisania umowy, a ostatnia dostawa nie później niż 210 dni od dnia podpisania umowy. Ponadto, wymaga realizacji dostaw częściowych zgodnie z harmonogramem: 1) 10 autobusów jednoczłonowych – 180 od dnia podpisania umowy; 2) 10 autobusów przegubowych – 188 od dnia podpisania umowy; 3) 5 autobusów jednoczłonowych – 195 dni od podpisania umowy; 4) 10 autobusów przegubowych – 202 dni od podpisania umowy; 5) 10 autobusów przegubowych – 210 dni od dnia podpisania umowy.

W pkt 8.2 SIWZ (str.6): „Zawartość oferty i sposób jej przedstawienia” Zamawiający określił, iż oferta powinna zawierać m.in.: e) Kopię świadectwa homologacji typu pojazdu oferowanego typu autobusu (kompletny dokument wraz z pełnym technicznym opisem technicznym, zmianami i odstępstwami), f) Szczegółową kompletację autobusu zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 5 i 6 do SIWZ, g) Skrócony opis zabezpieczenia antykorozyjnego z wykazem stosowanych materiałów, h) Rysunek rozplanowania przestrzeni pasażerskiej autobusu i rozmieszczenia siedzeń pasażerskich dla oferowanej kompletacji. Wymaga się wyróżnienia wszystkich siedzeń z fotelami umieszczonymi bezpośrednio na niskiej podłodze bez podestów, i) Rysunek wymiarów zewnętrznych autobusów (przód, tył, strona lewa i strona prawa) z uwzględnieniem elementów zabudowy wystających ponad powierzchnię dachu (np. urządzenia wentylacyjne czy klimatyzacyjne) z określeniem wielkości prześwitu podłużnego oraz kątów najazdu i zejścia.

W pkt 14. 3 SIWZ: „Kryterium – rozwiązania techniczne dla autobusów jednoczłonowych” (waga 15%) w jego ramach w pkt T.7 SIWZ (Podatność obsługowa – str.10) Zamawiający określił, iż będzie przyznawał dodatkowe 5 punktów za: „umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu (dotyczy zbiorników wyrównawczych układu chłodzenia, układu smarowania olejem, układu hydrostatycznego napędu wentylatora, o ile występuje)”. W wypadku zaoferowania autobusu niespełniającego powyższy parametr Wykonawca miał otrzymać 0 punktów. W pkt 14.4 SIWZ Zamawiający ustalił, jak powyżej, ale w: „Kryterium – rozwiązania techniczne dla autobusów przegubowych” (waga 20%) na str.11.

W ramach: „Ogólnych warunków umowy” załącznik nr 7 do SIWZ – Klauzula 1.Postanowienia ogólne, pkt 2 Zamawiający ustalił, iż Wykonawca dostarczy autobusy (i urządzenia) o parametrach określonych w Opisie przedmiotu zamówienia (załącznik do umowy) oraz ofercie wykonawcy; Klauzula 2 – Odbiór; pkt 8 Wykonawca przekaże Zamawiającemu dokumenty niezbędne do rejestracji pojazdu, tj. Kartę pojazdu, wyciąg z świadectwa homologacji pojazdu. Wykonawca zobowiązuje się do uzupełnienia dokumentów wymaganych do rejestracji w przypadku zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego najpóźniej w dniu następnym po zgłoszeniu; pkt 9 Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia przedstawicielom Zamawiającego odpowiednich zezwoleń i świadectw dopuszczających zainstalowany w pojeździe zespół (podzespół, element) do obrotu i użytkowania w Polsce jak również okazania uwidocznionych oznaczeń takich jak: nazwa, energochłonność, znak bezpieczeństwa, informujących o dopuszczeniu do obrotu w Polsce (homologację), nazwę producenta i inne dane określone w odrębnych przepisach, w przypadku, gdy posiadanie takich dokumentów lub oznaczeń jest wymagane w odrębnych przepisach, a w pkt 3 b) i) Zamawiający zastrzegł, iż: „W trakcie odbioru: Zespół odbioru

dokona sprawdzenia dla każdego z pojazdów: czy dostarczone pojazdy odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia oraz ofercie wykonawcy”.

Ponadto, Zamawiający pismem z dnia 22.02.2008 r.: „Wyjaśnienie treści specyfikacji wraz z modyfikacją” w ramach odpowiedzi na pytanie 22: „Załącznik nr 5 i 6 do SIWZ, szczegółowy opis oferowanych autobusów” uzupełnił załącznik nr 5 i 6 do SIWZ o zapisy pozwalające określić umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych, co miało być oceniane w podkryterium T.7 Nowy zapis w swej treści był tożsamy z zapisem w pkt. 14.3 i 14. 4 SIWZ.

W dniach od 27.03 do 09.04.2008 r. Zamawiający dokonywał badania i oceny złożonych ofert. W wyniku powyższego, zgodnie z protokołem z prac komisji przetargowej stwierdzono, iż niektóre dane techniczne, zawarte w załączniku: „Szczegółowa kompletacja oferowanego autobusu”, są podane ofertach w sposób niewystarczająco precyzyjny i wymagają uzupełnienia. Niniejsze ustalenia odnosiły się także do Odwołującego oraz Przystępującego, chodziło o stwierdzenie, czy umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych jest zgodne z SIWZ. W nawiązaniu do tego, w dniu 09.04.2008 r. wystąpił do obu o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 Pzp, prosząc o dokładny opis techniczny – rysunki, zdjęcia – umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych. Odwołujący przekazał stosowne wyjaśnienia wraz z załącznikami (od 1 do 3) pismem z dnia 16.04. 2008 r., a Przystępujący także w tym dniu wraz z załącznikiem i 2 rysunkami, zastrzegając jednocześnie, iż informacje zawarte w załączniku nr 1 stanowią tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4 u.z.n.k.

W dniu 08.05.2008 r. Odwołujący dokonał wglądu do oferty Przystępującego za wyjątkiem załącznika i 2 rysunków zastrzeżonych przy wyjaśnieniach. Dnia 12.05.2008 r. ponowił swoją prośbę o wgląd do oferty Przystępującego zwłaszcza do nieudostępnionych wcześniej załącznika i rysunków. Zamawiający wobec powyższego, przeprowadził pismem z dnia 13.05.2008 r. postępowanie wyjaśniające wobec zastrzeżenia Przystępującego. W odpowiedzi na nie Przystępujący wyjaśnił okoliczności utajnienia, jednocześnie zgadzając się na odtajnienie z uwagi na fakt, iż zastrzeżone rozwiązania techniczne będzie zastosowane w dostarczonych autobusach, jak również innych produkowanych przez Przystępującego autobusach. Wobec powyższego, Zamawiający pismem z dnia 20.05.2008 r. zgodził się udostępnić Odwołującemu zastrzeżone wcześniej dane techniczne Przystępującego.

W następnej kolejności, skład orzekający Izby, z uwagi na charakter zarzutu i związane z tym dyspozycje ustawowe, pragnie odnieść się do kwestii zmiany sposobu oceny ofert, czyli naruszenia art. 38 ust.5 Pzp, który to zarzut został podniesiony przez Odwołującego w trybie art. 191 ust. 3 zd. 2 Pzp na rozprawie. W jego ocenie zarzut ten nie

znajduje potwierdzenia. Zgodnie z pkt 14. 3 SIWZ: „Kryterium – rozwiązania techniczne dla autobusów jednoczłonowych –T.1” (waga 15%) oraz pkt 14.4 SIWZ: „Kryterium – rozwiązania techniczne dla autobusów przegubowych – T.2 ” (waga 20%) w ich ramach w pkt T.7 SIWZ (Podatność obsługowa – str.10 i 11) Zamawiający określił, iż będzie przyznawał dodatkowe 5 punktów za: „umieszczenie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu (dotyczy zbiorników wyrównawczych układu chłodzenia, układu smarowania olejem, układu hydrostatycznego napędu wentylatora, o ile występuje)”. W wypadku zaoferowania autobusu niespełniającego powyższy parametr Wykonawca miał otrzymać 0 punktów.

Natomiast zgodnie z pkt 8.2 SIWZ (str.6): „Zawartość oferty i sposób jej przedstawienia” Zamawiający określił, iż oferta powinna zawierać m.in.: f) Szczegółową kompletację autobusu zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 5 i 6 do SIWZ. Zgodnie z oświadczeniem złożonym podczas rozprawy, powyższy dokument Zamawiający miał wykorzystać do oceny ofert w kryterium rozwiązania techniczne T.1 oraz T.2, czyli także w aspekcie spornego podkryterium T.7. Powyższe stanowisko Zamawiającego było dla Odwołującego jasne i nie wnosił on o wyjaśnienia w tej materii.

Zarzut nie dopuszczalnej zgodnie z art. 38 ust. 5 Pzp modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego, pismem z dnia 22.02.2008 r. „Wyjaśnienie treści specyfikacji wraz z modyfikacją” w ramach odpowiedzi na pytanie 22: „Załącznik nr 5 i 6 do SIWZ, szczegółowy opis oferowanych autobusów” poprzez uzupełnienie załącznik nr 5 i 6 do SIWZ o zapisy pozwalające określić umiejscowienie zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych, co miało być oceniane w podkryterium T.7, tożsame w swej treści z zapisem w pkt 14.3 i 14. 4 SIWZ, sposobu oceny ofert w podkryterium T.7 jest bezzasadny.

Zapis SIWZ z pkt 14.3 i 14. 4 stanowi wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 36 ust.1 pkt.13 ustawy Pzp, zaś zapis z pkt 8.2 lit. f) dyspozycji wynikającej z art. 36 ust. 1 pkt.6 Pzp. Słusznym jest więc pogląd znajdujący odzwierciedlenie w doktrynie i podzielany przez skład orzekający Izby, iż fakt uregulowania osobno kwestii dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu od kwestii w tym wypadku sposobu oceny ofert ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia zasadności rozpatrywanego zarzutu.

Modyfikacja SIWZ w zakresie wykazu oświadczeń i dokumentów nie jest objęta zakazem sformułowanym w art. 38 ust.5 Pzp, co więcej niniejszy przepis w ogóle się do niej nie odnosi. Zdaniem doktryny taka modyfikacja w żaden sposób nie narusza art. 7 ust.1 Pzp. (patrz: Praca Zbiorowa w: „Analiza Wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów prawo zamówień publicznych”, Wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006 r., str. 123).

W przedmiotowym stanie faktycznym bezsprzecznie miała miejsca modyfikacja nie sposobu oceny ofert w podkryterium T.7, ale dokumentów, tj. załącznika nr 5 i 6 do SIWZ poprzez ich uzupełnienie, co jest zdaniem składu orzekającego Izby dopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem składu orzekającego Izby brak jest podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania z urzędu.

Izba nie rozpatrywała zarzutu naruszenia art. 8 ust.3 Pzp przez Zamawiającego z uwagi na nie podtrzymanie niniejszego zarzutu podczas rozprawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp, tj. kryteriów oceny ofert poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, czyli art. 7 ust.1 Pzp poprzez wzięcie pod uwagę podczas oceny oferty Przystępującego, nie tylko dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą, zgodnie z treścią SIWZ, ale przede wszystkim dodatkowego oświadczenia (odnoszącego się do czasu przyszłego, niepotwierdzającego stan na moment składania ofert) i dokumentów, nie wymaganych wraz z ofertą, złożonych w odpowiedzi na zapytanie z dnia 09.04.2008 r., skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

Po pierwsze, zdaniem Izby oferta Przystępującego zawiera wymagane przez Zamawiającego dokumenty i oświadczenia, w tym Szczegółową kompletację autobusu zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 5 i 6 do SIWZ wraz z oświadczeniem odnoszącym się do podkryterium T.7 na str. 162 oraz 197 oferty. Dodatkowo, zostało niniejsze potwierdzone w zestawieniu ocenianych parametrów technicznych na str. 286 oraz 288 oferty Przystępującego. Niniejsze potwierdza niezasadność zarzutu. Treść oferty w sposób jednoznaczny deklaruje dostarczenie produktu o parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Dokonany wybór opierał się przede wszystkim na dokumentach złożonych zgodnie z wymaganiami SIWZ razem z ofertą Przystępującego. Działanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp było dopuszczalne i nie naruszało art. 7 ust.1 Pzp, tym bardziej, iż także oferta Odwołującego zawierała takie same wymagane dokumenty i także ona w opinii składu orzekającego Izby kwalifikowała się do wyjaśnień w zakresie przeprowadzonym przez niniejszego, z uwagi na niezgodność załączonych załączników nr 5 i 6 do SIWZ z załączonymi rysunkami. Przeprowadzając postępowanie wyjaśniające m.in. wobec tak Przystępującego, jak i Odwołującego Zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia.

Po drugie, Zamawiający wymagał zaoferowania produktu, który spełni deklarowane na dzień składania ofert, parametry techniczne, na dzień wynikającym z załącznika nr 1 do SIWZ (str.1) – pkt I.3 czyli, nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru z uwzględnieniem terminów wynikających z pkt 4 SIWZ (str.1 i 2), tj. harmonogramu realizacji

dostaw częściowych. Argumentacja dopatrująca się modyfikacji terminu spełniania deklarowanych parametrów technicznych z przedstawionego powyżej na dzień składania ofert w piśmie Zamawiającego z dnia 09.04.2008 r. poprzez żądanie złożenia dokładnego opisu technicznego – rysunki, zdjęcia – umiejscowienia zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych jest nadinterpretacją Odwołującego. Powołany zapis o tym stanowi.

Po trzecie, Zamawiający wymagał homologacji, ale stanowisko Odwołującego, iż także ten dokument powinien stanowić podstawę oceny przez Zamawiającego w podkryterium T. 7 jest nieuzasadnione poprzez pryzmat zapisów SIWZ. Zamawiający wymagał co prawda „aktualnej” homologacji załączonej do oferty, jednakże z załącznika nr 7 do SIWZ Klauzula 2 – Odbiór; wynika pkt 8, iż Wykonawca prześle Zamawiającemu dokumenty niezbędne do rejestracji pojazdu, tj. Kartę pojazdu, wyciąg z świadectwa homologacji pojazdu. Wykonawca zobowiązuje się do uzupełnienia dokumentów wymaganych do rejestracji w przypadku zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego najpóźniej w dniu następnym po zgłoszeniu; pkt 9 Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia przedstawicielom Zamawiającego odpowiednich zezwoleń i świadectw dopuszczających zainstalowany w pojeździe zespół (podzespół, element) do obrotu i użytkowania w Polsce jak również okazania uwidocznionych oznaczeń takich jak: nazwa, energochłonność, znak bezpieczeństwa, informujących o dopuszczeniu do obrotu w Polsce (homologację), nazwę producenta i inne dane określone w odrębnych przepisach, w przypadku, gdy posiadanie takich dokumentów lub oznaczeń jest wymagane w odrębnych przepisach. Powyższe w powiązaniu z wcześniej przedstawianymi zapisami SIWZ przesądza o nienaruszeniu przez Zamawiającego Pzp.

Skład orzekający Izby, nie uznał także zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, powyższy zarzut wobec uznania w sposób bezsprzeczny, iż Zamawiający nie wymagał oferowania produktu istniejącego w dniu składania ofert, a wręcz przeciwnie wyprodukowanego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru (wynoszącym 180 dni od podpisania umowy dla pierwszej dostawy) z uwzględnieniem terminów wynikających z pkt 4 SIWZ (str.1 i 2), tj. harmonogramu realizacji dostaw częściowych, nie został potwierdzony. Dodatkowo należy podkreślić, iż Odwołujący nie wykazał do czego był zobowiązany zgodnie z art. 6 kc w związku z art. 14 Pzp, iż dostosowanie autobusów oferowanych przez Przystępującego w zakresie kryterium T.7 wymaga nadzwyczajnych zmian konstrukcyjnych, którym nie jest w stanie sprostać wybrany Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego dla odbioru.

W związku z nie potwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art. 91 ust.1, a także art. 24 ust.2 pkt.2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*