

Sygn. akt KIO/1122/10

**WYROK**  
z dnia 24 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu **21 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SCANIA POLSKA S.A., 05-830 Nadarzyn, Stara Wieś, Al. Katowicka 316** od czynności zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3.**

orzeka:

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Przedsiębiorstwu Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z o.o. 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3. dokonać zmian zapisów postanowień siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SCANIA POLSKA S.A., 05-830 Nadarzyn, Stara Wieś, Al. Katowicka 316**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3** na rzecz **SCANIA POLSKA S.A., 05-830 Nadarzyn, Stara Wieś, Al. Katowicka 316** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

KIO 1122/10

## UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3, zwany dalej Zamawiającym prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia na dostawę „**loco PKM Sp. z o.o. Świerklaniec 43 fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych jednej marki**” - nr postępowania 1/ZPS/PKMS/5/2010.

Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej „SIWZ” pismem z dnia 4 czerwca 2010 roku wniosła Scania Polska S.A. z siedzibą w Nadarzynie Stara Wieś, zwana dalej „Odwołującym”, Postępowanie zostało ogłoszone w Dz.U. UE w dniu 27.05.2010 Or., pod numerem: 2010/S 101 -153954 Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie zamawiającego: <http://www.pkm-swierklaniec.pl> Przedmiotem zamówienia **jest dostawa 43 fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych jednej marki w dwóch partiach i grupach:**

- grupa I - dostawa **18 sztuk nowych autobusów miejskich przegubowych niskopodłogowych** spełniających wymagania określone w Załączniku Nr 1A umowy, stanowiącej załącznik 5 do SIWZ.
- grupa II - dostawa **25 sztuk nowych autobusów miejskich jednoczłonowych niskopodłogowych** spełniających wymagania określone w Załączniku Nr 1B umowy, stanowiącej załącznik 5 do SIWZ

Odwołujący wskazał, że odwołanie jest wnoszone wobec następujących czynności Zamawiającego, podjętych w toku Postępowania, a polegających na przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a w szczególności:

1. poprzez dyskryminacyjne opisanie sposobu oceny ofert na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert, z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy;

2. poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

3. poprzez naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz innych przepisów prawa wymienionych w uzasadnieniu, które uniemożliwiają dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp, uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz uniemożliwiają przygotowanie oferty, która będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

4. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy.

Odwołujący zgłaszając powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, oraz odpowiednio o zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie w który poinformował, że znaczną część zarzutów Zamawiającego uwzględnił poprzez modyfikację treści postanowień siwz. W pozostałej części wniósł o oddalenie odwołania uznając pozostałe zarzuty Odwołującego jako nie naruszające przepisów ustawy Pzp.

W dniu 21 czerwca Odwołujący wniósł do KIO pismo procesowe w której przedstawił dodatkową argumentację na poparcie zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu. W swoim piśmie nie ustosunkował się do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego – w tym uwzględniając część zarzutów zgłoszonych w odwołaniu, uzasadniając to zbyt późnym otrzymaniem pisma Zamawiającego. Wobec braku jednoznacznego określenia się odwołującego czy uznanie przez Zamawiającego części zarzutów w zakresie co do formy i treści powoduje ograniczenie zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba dokonała merytorycznego rozpoznania wszystkich zgłoszonych zarzutów kolejno chronologicznie je numerując.

Na wstępie Izba podnosi, że Odwołujący w sposób niezbyt poprawny dokonał wskazania zarzucanej czynności oraz prawnej jej kwalifikacji. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - samo powołanie

przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć Zamawiający, lub wskazanie samej czynności Zamawiającego, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności tj działania bądź zaniechania Zamawiającego, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz wskazanie konkretnego przepisu ustawy którego czynność Zamawiającego naruszyła. Właściwe sformułowanie zarzutów ma istotne znaczenie, dla merytorycznego rozpoznania sprawy, gdyż Izba w oparciu o przepis art. 192 ust. 7 jest związana zarzutami stron. Izba orzeka w oparciu o zarzuty a nie żądania, zgłoszone przez Odwołującego. W początkowym ustaleniu, Izba odnosząc się do dopuszczalności dokonania żądanych przez Odwołującego zmian w siwz przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę oraz znaczenia dokonanej zmiany dla postępowania odwoławczego. W obecnym stanie prawnym - art. 186 ust. 2 ustawy, nakazuje zamawiającemu wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, jedynie w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów, w odpowiedzi na odwołanie, z zastrzeżeniem, wynikającym z art. 186 ust. 3 ustawy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienie części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie zwalnia Izby z obowiązku rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania, w odniesieniu do których nie ziszcili się przesłanki zawarte w art. 189 ust. 2 ustawy.

W konsekwencji dokonanie przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami odwołania kwalifikować należy, jako przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości Izby, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Wobec powyższych ustaleń oraz faktu iż Odwołujący otrzymał pismo Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu zarzutów przed rozprawą i jak podaje – nie był w stanie merytorycznie ustosunkować się do stanowiska zajętego przez Zamawiającego, Izba postanowiła rozpatrzyć wszystkie zgłoszone zarzuty. Jednakże w sytuacji kiedy Odwołujący przyznał uznanie zarzutu za satysfakcjonujące, a przyznanie nie budziło wątpliwości, Izba odstępowała od przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie- zgodnie z przepisem art. 190 ust. 5 ustawy Pzp.

Wobec braku ponumerowania wszystkich zgłaszanych zarzutów , a także faktu iż w niektórych punktach wskazanych zarzutów znajduje więcej niż jeden zarzut w trakcie rozprawy przyjęto zasadę kolejnego numerowania wszystkich podniesionych zarzutów.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp. gdyż jako producent autobusów ma interes w uzyskaniu zamówienia.

- **zakresie zarzutu nr 1.** Dotyczącego zabezpieczenia antykorozyjnego karoserii – odwołujący oświadcza , że satysfakcjonuje go dokonana przez Zamawiającego modyfikacja zapisu tego warunku. Izba uznaje zasadność podniesionego zarzutu i akceptuje formę i treść zapisu dokonanej zmiany siwz.

- **w zakresie zarzutu nr 2,** – dotyczącego pojemność skokowej silnika  
Odwołujący wskazał, że w ocenie Odwołującego pojemność silnika nie powinna mieć kluczowego znaczenia w eksploatacji, natomiast wpływa na większe zużycie paliwa, a tym samym większe koszty eksploatacji pojazdu. . Podaje, że jego zdaniem tutaj zamawiający faworyzuje producenta autobusów MAN. Wymogi dotyczące pojemności silnika zostały wypunktowane w sposób nieuzasadniony bardzo wysoko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie i podaje ze zarzut iż preferuje silniki producenta MAN jest nieuprawniony. Z dokonanej już po ogłoszeniu analizy wynika, że silniki MAN mieszczą się w środkowej części parametrów jeśli chodzi o silniki o oczekiwanej pojemności, Zamawiający daje 2,5 letni okres na dostawę autobusu. Z jego doświadczenia jako przewoźnika o wieloletnich tradycjach wynika, iż autobusy, które mają silniki o wyższej pojemności, mają dłuższą żywotność niż te które mają mniejszą pojemność. Wskazuje, że wymóg pojemności silnika jest tylko jednym z parametrów warunków technicznych i nie przesadza o wybraniu tej a nie innej oferty. Na rynku europejskim jest wiele producentów autobusów z silnikami o parametrach preferowanych przez zamawiającego.

Oceniając powyższy zarzut Izba zważyła , że należy zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego ,że na rynku istnieje wielu producentów silników i autobusów z silnikami o wyższej pojemności niż silniki montowane w autobusach Odwołującego. Odwołujący nie wykazał dowodu przeciwnego. Poza tym silniki montowane w

autobusach Odwołującego mieszczą się w granicach dopuszczonych przez Zamawiającego w siwz , czego Odwołujący nie kwestionuje..

Wobec tego Izba nie stwierdza że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło z naruszeniem art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust.2 ustawy, a tym samym podniesiony zarzut uznaje za niezasadny. Jest duży rynek producentów autobusów z silnikami o dużej pojemności. Jednakże Izba wskazuje na niekonsekwencję w tym zakresie Zamawiającego. Ustalenie takiej samej punktacji za pojemność silnika przy autobusach krótkich, które do prawidłowej eksploatacji potrzebują zdecydowanie mniejszej mocy niż autobusy przegubowe jest nieuzasadnione, nadto może zaistnieć sytuacja iż w granicznych przypadkach może wystąpić sytuacja iż przy bardzo niewielkiej różnicy / kilku cm<sup>3</sup>/ w pojemności silnika, Zamawiający ustalił zbyt dużą różnicę punktów.

- **odnośnie zarzutu nr 3**, dotyczącego wymogu zastosowania w autobusach automatycznej skrzyni biegów z przekładnią hydrokinetyczną.

Odwołujący podaje, że wskazanie w wymaganiach zamawiającego aby to była 6-biegowa skrzynia z przekładnią hydrokinetyczną z elektroniką sterującą zintegrowaną ze skrzynią biegów na obudowie. Wskazuje, że zamawiający faworyzuje jeden konkretny model skrzyni. Na rynku występują autobusy wyposażane są w inne modele skrzyni biegów, które w żaden sposób nie ustępują parametrami skrzyni biegów oczekiwanej przez zamawiającego. Odwołujący podnosi, że w jego pojazdach również ma zastosowanie skrzynia biegów tego samego producenta ale posiada inne parametry niż te który zamawiający postawił w SIWZ.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniami i podnosi że wskazywanie po raz kolejny na rzekome faworyzowanie producenta autobusów MAN jest nie uprawnione, po pierwsze niewiadomo czy producent MAN wogóle złoży ofertę, a po drugie jeśli ja złoży to czy zaproponuje w oferowanym autobusie tą skrzynię biegów.Podaje, iż preferuje 6 biegową skrzynię dlatego iż jest ona nowoczesniejszą konstrukcją a Zamawiającemu ze względu na długi okres eksploatacji autobusów zależy aby przez długi czas spełniały kryterium nowoczesności

Oceniając ten zarzut Izba uznaje go za niezasadny. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, że Odwołujący w produkowanych dotychczas autobusach korzysta ze skrzyń biegów producenta który również produkuje skrzynie

preferowane w siwz przez Zamawiającego. Ponadto różnica w punktacji pomiędzy w/w skrzynia a określoną w siwz jako „inną” wynosi tylko 1 punkt.

- **odnośnie zarzutu nr 4** – dotyczącego systemu smarowania. Zamawiający za zastosowanie bezobsługowego systemu we wszystkich podzespołach przyznaje 12 pkt, a za centralny system smarowania 8 pkt.

Odwołujący podaje, że wymóg bezobsługowego układu smarowania jest kolejnym warunkiem wskazanym przez Zamawiającego faworyzującym jedyne obecnie producenta autobusów stosującego ten system tj. producenta MAN. Dodaje, że system bezobsługowy jest tylko teoretycznie lepszy i tańszy, a w rzeczywistości powoduje on szybsze zużywanie się podzespołów, których system ten nie obsługuje. Zamawiający podaje, że dlatego wybrano system bezobsługowego smarowania gdyż daje on pewność niezależnie od czynnika ludzkiego takiego jak niedopatrzenie. Kluczowe zespoły dla pracy autobusu będą zabezpieczane, konserwowane we właściwy sposób.. Z tego systemu korzysta obecnie już kilka producentów różnych marek autobusów. Wskazuje, że nie preferuje żadnego producenta ale preferuje rozwiązania techniczne obecnie już dostępne na rynku.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego i nie uznaje tego zapisu siwz jako ograniczającego zasady uczciwej konkurencji, jak również nie uznaje aby był to wymóg pozbawiający Odwołującego udziału w przetargu. Pogląd Odwołującego iż układ centralnego smarowania jest lepszy nie ma dla sprawy żadnego znaczenia, gdyż opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie Zamawiający.

- **odnośnie zarzutu nr 5**, - dotyczący przyznawanej ilości punktów w pod kategorii gwarancja. Zamawiający ustala minimalny okres gwarancji na 36 miesięcy i zwiększa ilość punktów za każdy następny rok udzielonej gwarancji.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający minimalny okres gwarancji w tym kryterium ustala nie krótszy niż 3 lata. W ocenie Odwołującego jest to wymóg nadmierny, gdyż stosowany standardowo okres gwarancji to 24 miesiące. W związku z czym żąda zmiany sposobu punktowania w niniejszym zakresie, poprzez przyznanie maksymalnej ilości punktów za oferowaną gwarancję 36 miesięcy.

Zamawiający podaje, iż postawiony wymóg gwarancji 36 miesięcy nie jest obecnie barierą dla producentów gdyż z doświadczenia wie, że taki okres gwarancji jest obecnie oferowany przez różnych producentów autobusów. On oczekuje produktu



który będzie w możliwie najdłuższym okresie czasu zapewniał bezawaryjne jego użytkowanie.

Izba nie uznaje zasadności zarzutu Odwołującego i uznaje ten zarzut za niezasadny. Oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie nie utrudniają uczciwej konkurencji, a wręcz odwrotnie zobowiązują wykonawców do dokładnego i rzetelnego wykonania oferowanych produktów co jest ze wszech miar trendem pożądanym.

- **odnośnie zarzutu nr 6**, - w SIWZ (rozdział VII pkt. 4) Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia w ten sposób ,że wykonawca winien przedstawić wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem niniejszego postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) - dostaw polegających na wprowadzeniu na rynek państw członkowskich Unii Europejskiej lub w państwach, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców - 50 autobusów oferowanej marki i typu (minimum 25 autobusów niskopodłogowych jednoczłonowych i 25 autobusów niskopodłogowych przegubowych).

Odwołujący podnosi iż jego zdaniem wymóg dostarczenia 50 autobusów na rynek państw członkowskich UE oferowanej marki i typu jest wymogiem wygórowanym i uważa że wystarczającym dla spełniania warunku byłaby ilość 15 autobusów każdego typu.

Zamawiający podnosi że nawiązując do wykazu o ilości wyprodukowanych w ubiegłym roku przez Odwołującego autobusów różnych typów, Odwołujący nie miałby problemów ze spełnieniem tego warunku .

Powyższy Zarzut Izba uznaje za zasadny. Zamawiający nie wykazał aby w sytuacji kiedy zamierza zamówić 18 sztuk autobusów miejskich przegubowych niskopodłogowych zasadne było oczekiwanie od oferentów wykazaniem się dużo wyższą ilością wyprodukowanych autobusów. Wobec tego w zakresie autobusów przegubowych Izba nakazuje dokonać zmiany odpowiedniego postanowienia siwz , poprzez postawienie wymogu wykazania się przez oferentów określoną liczbą pojazdów jednakże nie wyższą niż liczba autobusów które Zamawiający zamierza zakupić- winna to być ilość nie wyższa niż 18 sztuk.

- **w zakresie zarzutu nr 7**, - wymóg zdolności ekonomicznej i finansowej.

W tym zakresie odwołujący oświadcza, że satysfakcjonuje go dokonana przez Zamawiającego modyfikacja zapisu w siwz tego warunku. Izba uznaje zasadność podniesionego zarzutu i akceptuje sposób dokonanej zmiany.

**- w zakresie zarzutu nr 8,** - wymagania w zakresie mocy silnika. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, w załączniku Nr 1 A do umowy specyfikacja techniczna dla autobusów przegubowych, wskazuje na wymaganą moc silnika: co najmniej 220 kW ( pkt 5.4)

Odwołujący podnosi ten zarzut oraz dodaje że wymóg ten ma charakter dyskryminujący dla producenta autobusów Scania a faworyzuje producenta MAN gdyż Zamawiający wie iż Scania produkuje autobusy z silnikami o mocy 206 kW a nie jak oczekuje zamawiający 220 kW.

Zamawiający wnosi o oddalenie tego punktu odwołania i podaje że ustalona moc silników autobusów na 220 kW wynika z parametrów opracowania studium wykonalności inwestycji i była ona załącznikiem do wniosku o dofinansowanie ze środków unii europejskiej. Moc silnika była optymalizowana dla taboru eksploatowanego w warunkach zamawiającego. Podnosi iż autobusy z silnikami o mocy 220 kW oferuje szereg dostawców a szereg innych może bez problemu dostosować o okresie realizacji kontraktu swoje silniki do tej mocy tak aby spełnić wymagania zamawiającego w tym zakresie.

Izba uznaje powyższy zarzut za zasadny. Zasadność wynika z braku konsekwencji Zamawiającego. W innych wymaganiach technicznych dopuszcza np. silniki od pojemności od 9001cm<sup>3</sup> które wg ustaleń Izby prawie nie osiągają takiej mocy. Tak więc dla zapewnienia zgodności zapisów siwz Izba nakazuje dostosować tabelarycznie moc silników, do dopuszczonej pojemności silnika, ustalając odpowiednią zasadę punktacji..

**- w zakresie zarzutu nr 9,** - dotyczącego terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający ustalił termin w dacie sztywnej – 30 października 2012 roku Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ ustalił, że terminem realizacji całości zamówienia jest data końcowa 30 październik 2012r. wg ustalonego harmonogramu., podając, że data końcowa nie może ulec zmianie.

Odwołujący, mając na względzie dobro postępowania wnosi o zmianę sposobu podania końcowego terminu realizacji i proponuje ustalenie liczby miesięcy od daty podpisania umowy i podaje że ten sposób ustalony termin zabezpiecza zarówno

interesy zamawiającego jak i wykonawców w przypadku podpisania umowy w terminie późniejszym niż zakładany przez zamawiającego.

Zamawiający podnosi iż fakt ustalenia sztywnej daty realizacji przedmiotu zamówienia wynika z faktu iż zamówienie jest dofinansowywane ze środków unii europejskiej dlatego też zamawiający musi mieć odpowiedni czas na rozliczenie tych środków.

Izba uznaje powyższy zarzut za zasadny. W sytuacji kiedy Zamawiający w rozpatrywaniu zarzutu nr 2 dotyczącego warunku pojemności silnika, podnosi że dostawca/oferent ma 2,5 roku na przygotowanie i dostawę przedmiotu zamówienia, to w sytuacji przedłużania się postępowania słuszne jest, aby na etapie formułowania warunków udziału, Zamawiający ustalił termin końcowy realizacji w miesiącach odpowiadających określonej ilości miesięcy liczonych od daty podpisania umowy. Wobec tego Izba nakazuje Zamawiającemu dokonać odpowiednich zmian zapisów postanowień siwz w tym zakresie. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że realizacja zamówienia po dniu 30 października 2012 roku pozbawi go finansowania zamówienia. Ponadto Izba podnosi iż szybkość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zależy w dużej mierze od sprawności organizacyjnej Zamawiającego.

**- w zakresie zarzutu nr 10**, - dotyczącego niezgodności Zapisów w Sekcji 111.1.2.3. ogłoszenia oraz odpowiednie zapisy w SIWZ są niezgodne z ustawą z dnia 11 marca 2004r. O podatku od towarów i usług (dalej ustawa o VAT). Zgodnie bowiem z tą ustawą fakturę VAT wystawia się w ciągu 7 dni od zaistnienia podstawy do jej wystawienia tj. sprzedaży rzeczy czy świadczenia usługi.

Odwołujący podnosi że fakturowaniu podlega dostawa autobusów a nie instruktaż. Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu i podnosi że instruktaż o którym mowa w siwz jest istotnym elementem zamówienia . Natomiast w siwz nie wykazano dokładnie w którym momencie ma być on przeprowadzony. Zdaniem Zamawiającego może on być przeprowadzony przed dostawą autobusów i nie będzie żadnej kolizji pomiędzy wystawieniem faktury a ustawą o VAT.

Powyższy zarzut Izba uważa za niezasadny, gdyż spełnienie tego warunku zależy tylko od sprawności organizacyjnej wykonawcy zamówienia.

**- w zakresie zarzutu 11**, -dotyczącego braku określenia terminu składania zapytań do siwz.

Odwołujący podnosi brak wskazania terminu składania i udzielania odpowiedzi przez Zamawiającego na zadawane przez oferentów pytania.

Zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu i podnosi że w sprawach nieuregulowanych w siwz ,zgodnie z art. 38 ust 1 i z zapisem siwz stosuje się odpowiednie przepisy ustawy PZP.

Izba powyższy zarzut uznaje za niezasadny.

**- w zakresie zarzutu 12,-** dotyczącego zapisów umowy w zakresie możliwości jej zmiany.

Odwołujący stwierdza że zamawiający w uznaniu tego punktu odwołania nie odnosił się do części zarzutu odwołania wykazanego jako ppkt 5,4 rozdziału XXI SIWZ.

Odwołujący dodaje że uznanie ppkt 5,3 uznaje za satysfakcjonujące. Natomiast podkreśla że uregulowanie pkt 5.4 jest niezgodne z art. 144 ustawy.

Zamawiający podnosi że uwzględnił zarzut 5.3 w opisie podanym w pkt 5.4, a więc uwzględnienie zarzutu 5.3 jest równoznaczne z uznaniem zarzutu 5,4.

Podnosi że odwołujący przy pkt 5,4 nie podał jakie są jego oczekiwania a

Zamawiający uznaje że zapis tego pkt jest zgodny z art. 144 PZP.

Izba uznaje zasadność dokonanej przez Zamawiającego zapisów postanowień umowy. W pozostałym zakresie zarzut uznaje za niezasadny, gdyż zmiana umowy jest możliwa jeśli Zamawiający przewidzi taką możliwość w siwz oraz w projekcie umowy.

**- w zakresie zarzutu 13,** - dotyczący wysokości i terminu zwrotu kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący oświadcza ,że zmiana zapisów SIWZ dokonana przez zamawiającego jest w tym zakresie satysfakcjonująca.

Izba uznaje dokonaną przez Zamawiającego zmianę za zasadną.

**- w zakresie zarzutu 14.-** dotyczącego braku precyzyjnego określenia sposobu obliczenia ceny

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w opisie sposobu obliczenia ceny zastosował całkowicie odmienną metodę niż następnie w projekcie umowy. Mimo iż co do zasady obie metody są dopuszczalne to jednak w konkretnym stosunku zobowiązaniowym powinna być stosowana jedna metoda, albowiem ostateczna cena przy zastosowaniu dwóch różnych metod może się różnić. Odwołujący wskazuje, że zsumowanie wszystkich cen netto a następnie doliczenie obowiązującej stawki podatku VAT da inną wartość niż w przypadku, gdy do każdej ceny jednostkowej

netto jednego pojazdu zostanie doliczony podatek VAT i dopiero wtedy wartości poszczególnych pojazdów zostaną zsumowane. Zamawiający podaje ze takiego błędu jak podnosi odwołujący, można uniknąć w sytuacji zastosowania jednorodności metody obliczania i ceny tzn. jeśli liczymy cenę „ręcznie” dodając wszystkie wartości autobusów dodając podatek VAT to w obu wariantach uzyskamy tą samą kwotę końcową.

Izba powyższy zarzut uznaje za nie zasadny.

- **w zakresie zarzutu 15** – dotyczącego zapisów projektu umowy.

Odwołujący podnosi iż przyjmuje zmiany Zamawiającego jako uwzględnienie zarzutów w zakresie projektu zapisu umowy dotyczących par 1 ust 4 par 6 ust 2 par 9. Natomiast nie uwzględniony został paragraf 2.

Zamawiający podnosi, że dokonane zmiany w siwz są zgodne z żądaniem odwołującego

Izba uznaje dokonaną przez Zamawiającego zmianę w siwz za zasadną. W pozostałej części zarzut uznaje za niezasadny jak przy zarzucie 14.

- **w zakresie zarzutu 16**, - Izba ze względu na sformułowanie i brak wskazanego konkretnego naruszenia przepisu ustawy Pzp nie może uznać jako zarzutu, dlatego też postanawia go nie rozpatrywać. Sformułowanie wskazane przez Odwołującego na rozprawie jako zarzut jest opisem całości nieprawidłowego postępowania Zamawiającego mającego naruszać zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby **odwołanie zasługuje na uwzględnienie**, mimo że część podnoszonych zarzutów nie znalazła potwierdzenia. Część zarzutów Odwołującego dotyczy obawy iż zapisy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia utrudniają możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym ograniczają uczciwą konkurencję pomiędzy oferentami, część dotyczy obaw że konkurenci dysponujący lepszym produktem w sposób łatwiejszy mogą uzyskać zamówienie. Natomiast większa część zarzutów, dotyczyła istotnych elementów zapisów siwz która zdaniem Izby wymagały, dla zachowania zasad zamówień publicznych zmiany. Potrzebę tych zmian dostrzegł sam Zamawiający który po wniesieniu odwołania uwzględnił część podniesionych zarzutów i wniósł o oddalenie odwołania tylko w zakresie nieuwzględnionych zarzutów..

Podstawą uznania odwołania a tym samych zarzutów, jest spełnienie przesłanek z art. 180 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie przysługuje wyłącznie od

niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Tym samym nie mogły znaleźć uznania w ocenie Izby zarzuty Odwołującego wskazujące na faworyzowanie konkretnych producentów ,gdyż na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw do przyjęcia , że dany producent złożył w ogóle ofertę w przedmiotowym postępowaniu, oraz że zaproponuje najnowocześniejsze rozwiązania techniczne, ze względu na fakt iż z reguły nowocześniejsze nowatorskie rozwiązania są dużo droższe od rozwiązań produkowanych seryjnie przez wiele podmiotów. Izba nie może zakazywać zamawiającemu aby oczekiwał realizacji przedmiotu zamówienia wg. najnowszych rozwiązań konstrukcyjnych co z jednej strony wymusza na potencjalnych oferentach produkowania coraz lepszych wyrobów. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w przypadku kilku podniesionych zarzutów nie jest w stanie – po dokonaniu pewnych modyfikacji produkowanych autobusów spełnić wymagań Zamawiającego i to w zakresie tzw. wysokiej punktacji. W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności. Ponadto Izba wskazuje ,że Zamawiający ma prawo do samodzielnego określenia ,że tylko produkt o parametrach wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie przedmiotu postępowania jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. Z przepisów ustawy pzp wynika, że Zamawiający samodzielnie dokonuje oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisuje przedmiot zamówienia wg. zasad określonych w art. 29 ustawy- /wyrok KIO 1036-10/. Nadto, Izba wskazuje że wykonawca **nie jest** uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny, może tylko wskazywać zarzuty

wpływające na ograniczenie konkurencji. Jednakże Izba uwzględniając szereg zarzutów – w tym również i te których modyfikacji jeszcze przed rozprawą, ale w wyniku argumentacji podniesionej w odwołaniu, dokonał sam Zamawiający potwierdza uzasadnione obawy Odwołującego, że pozostawienie postanowień siwz w brzmieniu z daty ich ogłoszenia mogłoby naruszać uzasadniony interes odwołującego skutkującego brakiem możliwości złożenia oferty. Izba stwierdza, że Zamawiający nie ma dowolności w ustalaniu postanowień siwz w celu realizacji swoich potrzeb w trybie zamówień publicznych. Zapisy siwz winny być precyzyjne jasne i zrozumiałe dla potencjalnych wykonawców danej branży, nie powinny sugerować wskazania na konkretnego producenta, ale winny opisywać w sposób obiektywny przedmiot zamówienia którego realizacji oczekuje Zamawiający. Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego, wobec tego stwierdzając zasadność części zarzutów Izba uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym przy rozpatrywanych zarzutach.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

.....