

WYROK
z dnia 20 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Bolechowo – Osiedle, ul. Obornicka 46** od czynności zamawiającego **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., 01-710 Warszawa, ul. Włociańska 52.**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Bolechowo – Osiedle, ul. Obornicka 46 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych tytułem kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Bolechowo – Osiedle, ul. Obornicka 46**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Bolechowo – Osiedle, ul. Obornicka 46** na rzecz **Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o., 01-710 Warszawa, ul. Włociańska 52** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 28/11)

Zamawiający, Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 168 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 28.12.2010 r., w tym dniu zamieszczając również specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na stronie internetowej.

W dniu 07.01.2011 r. Solaris Bus & Coach S.A. (zwana dalej „Solaris”) wniosła odwołanie dotyczące treści siwz, konkretnie wobec jej następujących jednostek redakcyjnych:

1. Rozdział 13. ust. 2 lit. c),
2. Rozdział 13. ust. 2 lit. i) w zw. z § 2 pkt. 4 załącznika nr 7 siwz,
3. Załącznik 6 do siwz - formularz ofertowy
4. Załącznik nr 7 do siwz, Rozdział I § 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu w związku ze sformułowaniem ww. postanowień siwz, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Ad 1.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie zarzutów dotyczących rozdział 13. ust. 2 lit. c) siwz wskazano m.in., że tego samego typu zarzut był już kilkakrotnie przedmiotem osądu Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów. W wyroku KIO z dnia z dnia 13 lipca 2005 r. (sygn: UZP/ZO/0-1688/05) Zespół Arbitrów uznał: „W analizowanym przetargu nieograniczonym, a więc takim, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 ustawy - Prawo zamówień publicznych) stawiając warunek, aby "oferowany autobus posiadał silnik tego samego producenta co marka autobusu" Zamawiający w sposób istotny ograniczył krąg potencjalnych wykonawców czyli tym samym utrudnił uczciwa konkurencję."

oraz:

„Dostępne publicznie (strony internetowe) informacje o producentach autobusów, a także wyjaśnienia Zamawiającego złożone na rozprawie potwierdzają, że wymóg ten może spełnić niewielu wykonawców, m.in.: firma MAN i VOLVO. W przedmiotowym postępowaniu warunku, aby "oferowany autobus posiadał silnik tego samego producenta co marka autobusu" nie spełnią tacy znani producenci autobusów, jak: SOLARIS BUS & COACH (producent autobusów z silnikiem MAN), AUTOSAN (producent autobusów z silnikiem Mercedes Benz), JELCZ (producent autobusów z silnikiem Mercedes Benz), IKARUS (producent autobusów z silnikiem MAN), NEOPLAN (producent autobusów z silnikiem MAN). Takie zawężenie kręgu wykonawców jest niedopuszczalne w świetle wyżej wskazanych przepisów i nie uzasadnia go argument łatwiejszego dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji oraz dostępności do części zamiennych."

Podobne stanowisko prezentowane jest w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 2.08.2007 (sygn. akt: UZP/ZO/0-913/07):

„Zespół Arbitrów uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie wymogu, aby silnik montowany w dostarczanych autobusach wyprodukowany został przez producenta autobusów."

Wobec tak oczywistego i ugruntowanego stanowiska orzecznictwa w zakresie opisywanego zarzutu jakiegokolwiek dalsze wywody w tym zakresie wydają się zbędne. Niewątpliwie bowiem nieuzasadniona preferencja polegająca na udzieleniu dodatkowych punktów dostawcy autobusów będącemu jednocześnie producentem silnika narusza zasadę uczciwej konkurencji godząc w sporą grupę wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia polegającego na dostawie autobusów, a nie będących producentami silników. Na marginesie tylko warto wspomnieć, że nie ma w ogóle wśród krajowych producentów autobusów (podmiotów prowadzących działalność polegającą na produkcji autobusów miejskich, których główna siedziba znajduje się w Polsce) żadnego podmiotu który także produkowałby silniki. Tym samym wszyscy polscy producenci autobusów (Solaris Bus & Coach, Solbus, Autosan) zostaliby już na wstępie pozbawieni realnej możliwości konkurowania o uzyskanie zamówienia. Element autobusu jakim jest silnik jest na tyle specyficznym i zaawansowanym technologicznie komponentem, że jego produkcją z powodzeniem zajmują się podmioty, które specjalizują się w takiej działalności. Zjawiskiem w motoryzacji powszechnym jest produkcja przez niezależny podmiot silników na potrzeby pojazdów osobowych, autobusów, samolotów itp. Niektórzy z producentów silników są rzeczywiście jednocześnie producentami całych pojazdów przy czym zależy to wyłącznie od strategii rynkowej i polityki kosztowej producenta. W żadnej zaś mierze nie można uznać jednak jakiegokolwiek wyższości technologicznej autobusu dostarczanego przez producenta będącego jednocześnie producentem silników. Stosowanie zespołów napędowych różnych producentów nie może i nie ma wpływu na jakość końcową produktów. Montowanie przez producenta autobusów

silnika własnej marki nie powoduje, że pojazd produkowany przez takiego producenta jest pojazdem o lepszej jakości niż pojazdy tych producentów, którzy stosują silniki innej marki. Istnienie lub brak związków kapitałowych pomiędzy producentem autobusów a producentem silników nie ma żadnego znaczenia technicznego ani organizacyjnego.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wniośł o wykreślenie tego postanowienia z treści siwz w całości, albowiem żadna jego modyfikacja nie może być uznana jako zgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ad 2.

Odnosnie rozdział 13. ust. 2 lit. i) oraz § 2 pkt. 4 załącznika nr 7 siwz podniesiono, iż rozważając zasadność dotyczących ich zarzutów należy przedstawić naczelną zasadę zamówień publicznych (sformułowaną w doktrynie i orzecznictwie), zgodnie z którą siwz powinna być sformułowana w sposób jednoznaczny i obiektywny. Wszelkie nieściśności czy niedokładności w treści siwz, mogą bowiem przyczynić się do uznaniowości rozstrzygnięć Zamawiającego, w konsekwencji zaś nierównego traktowania wykonawców. Składając swoją ofertę wykonawca ma prawo oczekiwać od Zamawiającego, dysponującego przecież środkami publicznymi, ustanowienia jasnych i przejrzystych reguł gry na każdym etapie.

Wspomniane powyżej zasady należy traktować ze szczególną doniosłością w tej części siwz, która zawiera postanowienia dotyczące kryteriów oceny ofert, a co za tym idzie zasad punktacji, albowiem w znacznej mierze od jasnego i precyzyjnego brzmienia tych postanowień zależy prawidłowe rozstrzygnięcie postępowania a co za tym idzie udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO:

- wyrok KIO z dnia 2009.07.27 (sygn: KIO/UZP 900/09; KIO/UZP 939/09): „SIWZ powinna w sposób obiektywny wskazywać sposób obliczania punktów w kryteriach innych niż cena.”

- wyrok KIO z dnia 2008.08.12 (sygn: KIO/UZP 784/08):

„1. Kryteria, na podstawie których wybierana jest najkorzystniejsza oferta, jak również sposób oceny ofert muszą być określone w SIWZ w sposób jednoznaczny, tak aby możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Zamawiający obowiązany jest zawrzeć w SIWZ w sposób jednoznaczny i przejrzysty opis kryteriów (podkryteriów), ustalić znaczenie kryterium (podkryterium) oraz sposób oceny ofert, który winien być mierzalny.

3. Sposób oceny ofert nie może pozostawiać Zamawiającemu niczym nie ograniczonej swobody i uznaniowości w dokonywaniu oceny złożonych ofert.”

Użycie przez Zamawiającego w kwestionowanej części siwz zwrotu „otrzymają liczbę punktów liczoną proporcjonalnie” z pewnością stoi w sprzeczności z wyrażoną powyżej zasadą obiektywizmu i jednoznaczności sformułowań siwz. Żaden wykonawca nie jest

bowiem w stanie rozstrzygnąć co oznacza owa proporcjonalność. Termin ten bez wątplenia jest wieloznaczny, w praktyce bowiem znane są różne formuły matematyczne spełniające wymóg proporcjonalności, ale dające różne wyniki. Na gruncie przepisów ustawy Pzp. oraz ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych taka arbitralność Zamawiającego w dokonywaniu ocen ofert jest niedopuszczalna albowiem nie daje pewności co do zachowania Zamawiającego. Takie zaś warunki postępowania w oczywisty sposób naruszają zasadę uczciwej konkurencji w przeprowadzeniu postępowania.

Kolejną, związaną z tym kryterium kwestią jest przyjęty przez Zamawiającego sposób weryfikacji zadeklarowanych wartości zużycia paliwa (paragraf 2 pkt. 4 załącznika nr 7 - wzór umowy). Mechanizm tej weryfikacji jest następujący:

- wykonawca deklaruje w ofercie wielkość zużycia paliwa, określoną na podstawie testu UITP SORT 2,
- następnie Zamawiający występuje o wykonanie testu sprawdzającego tylko raz dla losowo wybranego autobusu danego typu, przy przebiegu autobusu w zakresie 15 - 30 tys. km. Jeśli w wyniku tego testu okaże się, że autobus zużył więcej paliwa niż zadeklarowano w ofercie, to Zamawiający naliczy karę umowną w ten sposób, że za każdy litr uzyskanego w teście przekroczenia gwarantowanej wielkości zużycia paliwa na 100 km wykonawca zapłaci 4 zł dla przebiegu 300 000 km, tj. przebiegu odpowiadającego udzielonej gwarancji jakości (jak wynika z pkt. 4 załącznika 7 do SIWZ). To oznacza, że wykonawca miałby zapłacić karę umowną równą 3 tysiące litrów paliwa/każdy autobus za każdy litr ponad zadeklarowaną wartość zużycia.

W orzecznictwie KIO wyraźnie podkreśla się konieczność kształtowania warunków umowy (przez Zamawiającego) w sposób obiektywny i uwzględniający uzasadnione interesy obu stron:

- wyrok KIO z dnia 2009.07.17 (sygn. akt: KIO/UZP 843/09)

„To zamawiający jest uprawniony do decydowania o kształcie i zapisach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania i w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia, jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone.”

- wyrok KIO z dnia 2009.06.29 (sygn. akt: KIO/UZP 767/09)

„To Zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Mimo iż sytuacja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, -powinien on brać -pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także

interesy Wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone."

wyrok ZAUZPz dnia 2004.06.24 (sygn. akt: UZP/ZO/0-924/04):

„Do niedozwolonych zapisów umowy należy uznać zapis o różnych wysokościach kar umownych przewidzianych z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania postanowień umowy przez zamawiającego i wykonawcę."

To, że Zamawiający chce wprowadzić jakiś mechanizm weryfikacji w kryterium, w którym wykonawca deklaruje jakąś wielkość i która to deklaracja może przesądzić o wyborze oferty, jest całkowicie zrozumiałe. Natomiast przyjęty mechanizm weryfikacji jest błędny logicznie i całkowicie nie do przyjęcia z następujących powodów:

Na podstawie testu jednego, losowo wybranego autobusu w początkowej fazie eksploatacji Zamawiający chce wyciągnąć wiążące wnioski dla całej floty (w tym wypadku 20, 36 lub 112 sztuk, w zależności od typu autobusu) i przyjmować je aż do przebiegu 300 tys. km. Oba te założenia są niesłuszne. Jeśli jeden autobus będzie odbiegał od zadeklarowanej wartości, to w żadnym wypadku nie oznacza, że tak będzie w odniesieniu do wszystkich autobusów floty. Jeśli jeden wynik budzi wątpliwości, to na ogół pobiera się podwójną próbę (w tym wypadku 2 autobusy) i powtarza badanie (w tym, wypadku oznacza to test SORT 2). W zależności od jego wyników można podjąć dalsze działania. Ale aby mieć pewność, należałoby przebadać wszystkie autobusy, co jednakże byłoby trudne ze względów technicznych i wątpliwe ekonomicznie. Poza tym, nawet jeśli w sposób nie budzący wątpliwości zostałyby stwierdzone przekroczenie, to w tej sytuacji logiczne byłoby podjęcie działań naprawczych i dopiero gdyby one zawiodły, można byłoby mówić o jakichś sankcjach i to w odniesieniu do zużycia średniego przez całą flotę. Jest obiektywnie oczywiste, że dysponując flotą pojazdów, każdy z nich będzie wykazywał inne zużycie paliwa związane z cechami indywidualnymi pojazdu, warunkami eksploatacji: rodzaj linii, sposób jazdy, obciążenia pasażerami etc. Cała flota średnio zużywa określoną ilość paliwa, ale żaden pojedynczy pojazd nie zużywa tyle, ile wynosi zużycie średnie. Część z nich spala powyżej średniej, część poniżej. Nie ma więc żadnej obiektywnej i uzasadnionej przyczyny nakładanie na wykonawcę rażąco wysokich kar umownych.

Poza tym aby być konsekwentnym, należałoby przewidzieć okoliczność, w której zużycie w czasie testu okaże się mniejsze od zadeklarowanego. Zamawiający w takim przypadku nie przewiduje jednakże zwrotu wykonawcy sumy analogicznej do zaproponowanych kar za przekroczenie. To dokładnie pokazuje, że jedynie sensowne jest operowanie średnim zużyciem dla całej floty.

O ile Zamawiający nie ma zaufania do wielkości deklarowanych przez wykonawców, powinien ewentualnie zażądać oficjalnych wyników testów i na ich podstawie ocenić oferty.

Test SORT 2 - podobnie jak każdy inny test - nie daje żadnego konkretnego przełożenia na rzeczywiste, eksploatacyjne zużycie paliwa. Jest to zestandaryzowany test jazdy miejskiej. Jeżeli w wyniku tego testu jeden autobus wykaże niższe zużycie niż inny, to należy się spodziewać, że również w warunkach rzeczywistej eksploatacji będzie on spalał mniej paliwa. Ale jaka będzie ta różnica, czy w ogóle będzie oraz jakie będą konkretne wielkości test nie rozstrzyga. Więc trudno jest na tej podstawie nakładać sankcje finansowe.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł aby w Rozdziale 13. ust. 2 lit. i) utworzyć jasny wzór obliczeniowy (np. analogicznego jak w przypadku ceny ofert), w miejsce zapisu obejmującego słowo „proporcjonalnie”, według którego postępował będzie zamawiający dokonując oceny tego kryterium. Ponadto odwołujący wniósł o usunięcie z treści siwz - § 2 pkt. 4 załącznika nr 7, bądź jego modyfikacje w ten sposób, że zamawiający poprzestałby na ocenie zużycia paliwa na podstawie oficjalnego testu, lub średniego zużycia odnoszącego się do całej floty danego typu a nie pojedynczego autobusu.

Ad 3.

W przedmiocie załącznika nr 6 do siwz - Formularz ofertowy, odwołujący wskazał, iż formularz ofertowy jest podstawowym dokumentem postępowania - tu bowiem (jak wynika z samej istoty formularza) wykonawca ma obowiązek zamieszczenia wymaganych przez Zamawiającego informacji które muszą być skorelowane z odpowiednimi postanowieniami siwz. Zamawiający właśnie na podstawie wypełnionego formularza ofertowego dokonuje weryfikacji oferty. Formularza zatem dotyczą wszelkie zasady i ograniczenia (wspomniane powyżej) dotyczące siwz. Formularz jako dokument, co do którego wykonawca musi stosować się nadzwyczaj ściśle (wypełnia wyłącznie przewidziane i z góry narzucone rubryki) i bez możliwości własnych ingerencji musi być sporządzony w sposób precyzyjny i uniemożliwiający wypełniającemu popełnienie błędu lub jakiegokolwiek niezgodności tylko z racji dostosowania się do charakteru formularza. Podobny pogląd reprezentuje orzecznictwo Izby, np. wyrok KIO z dnia 2009.04.29 (sygn: IO/UZP 487/09; KIO/UZO 495/09):

„SIWZ powinna zawierać wszystkie niezbędne informacje i wymagania zamawiającego, by dać wykonawcom racjonalną pewność, że stosując się do wymagań zamawiającego złożą ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która może zostać oceniona merytorycznie.”

W opisywanym postępowaniu przedstawiony przez Zamawiającego formularz jest rozbieżny z wymaganiami siwz, co w konsekwencji może doprowadzić do odrzucenia oferty z uwagi na (niezamierzone) przedstawienie oferty niezgodnej z siwz, bądź oferty zawierającej omyłki nie podlegające poprawieniu. Odwołujący się zwraca uwagę na następujące wady formularza ofertowego:

1. Przedmiot zamówienia składa się z trzech części (trzy rodzaje autobusów). W formularzu ofertowym tymczasem przewidziano jedynie informacje cenowe dla dwóch części zamówienia.
2. Formularz ofertowy przewiduje parametry podlegające ocenie także jedynie dla dwóch z trzech części zamówienia
3. W przypadku części trzeciej zamówienia formularz nie precyzuje w jaki sposób wykonawca ma przedstawić ceny autobusów specjalnych i/lub hybrydowych.
4. W treści formularza w części trzeciej przewidziano sposób przedstawienia wymaganych informacji jako tak/nie, podczas gdy w kryteriach oceny ofert punktowane są różne ilości tych autobusów.

Odwołujący wniósł o zmianę opisywanej części siwz - załącznika nr 6 (formularz ofertowy) poprzez jego opracowanie w sposób precyzyjny i odpowiadający wszystkim wymaganiom we wcześniejszych częściach siwz elementom, lub ewentualnie poprzez rezygnację z instytucji formularza ofertowego i pozostawienie wykonawcom dowolności w wyborze formy złożenia oferty.

Ad 4.

Odnosnie załącznik nr 7 do siwz - umowa serwisowa – projekt, Rozdział I § 2 odwołujący wskazał na niezgodność postanowień siwz, z zasadą ścisłego i precyzyjnego formułowania postanowień siwz. Szczególnie istotne jest jednakowe rozumienie postanowień siwz w odniesieniu do treści o charakterze technicznym, gdzie możliwa jest choćby różna interpretacja postanowień. W orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych wielokrotnie podkreśla się konieczność formułowania postanowień siwz w sposób na tyle jednoznaczny aby na ich tle nie mogło choćby dojść do jakiegokolwiek sporu interpretacyjnego pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Na potwierdzenie powyższego wskazać można wyrok KIO z 2008.05.14 (sygn: KIO/UZP 412/08; KIO/UZP 424/08):

„1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie którego wykonawcy przygotowują oferty.

2. Oferty muszą być zgodne z wymaganiami wskazanymi w specyfikacji, aby ściśle odpowiadać potrzebom zamawiającego. Wymogi te, w szczególności w przypadku zamówień specjalistycznych, powinny zostać opisane w specyfikacji szczegółowo. Powinna ona zawierać wszelkie wymagania i okoliczności mające wpływ na treść oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a jednocześnie być tak precyzyjna i jednoznaczna, aby zarówno wykonawcy, jak i sam zamawiający interpretowali jej zapisy w jednakowy sposób.

3. Wykonawcy nie mogą domyślać się lub wnioskować z ogólnej wiedzy dotyczącej instytucji zamawiającego, jakie parametry musi spełniać przedmiot zamówienia - muszą być one jednoznacznie i wyczerpująco opisane w specyfikacji, tak aby nie wprowadzać w błąd wykonawców. Wnioskowanie o zamiarze zamawiającego z innych przesłanek niż treść specyfikacji, tj. np. na podstawie wiedzy technicznej czy logiki, skutkowałoby dowolnym określaniem przedmiotu danego zamówienia."

Zamawiający w §2 ust. 1 pkt 1.1.1 załącznika nr 7 do SIWZ wymaga udzielenia gwarancji na cały autobus 300.000 km lub 4 lata w zależności co nastąpi wcześniej. Z kolei w § 2 ust. 2 załącznika 7 do SIWZ wymaga określenia gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus o której mowa w pkt 1.1.1. Gwarantowana liczba roboczogodzin obejmuje wykonanie wszystkich planowych przeglądów technicznych określonych czasem eksploatacji i przebiegiem autobusu oraz napraw objętych gwarancją jakości wykonywanych przez Zamawiającego, serwis Wykonawcy lub inny autoryzowany serwis zewnętrzny. Ilość roboczogodzin jest jednocześnie jednym z kryteriów oceny oferty - Rozdz. 13 pkt 2g SIWZ.

W oparciu o tak zdefiniowany okres obowiązywania gwarancji (300.000 km lub 4 lata) jest niemożliwym jednoznacznie wyliczenie ilości roboczogodzin dla przeglądów uzależnionych od czasu eksploatacji i przebiegu. Przykład:

- Autobus uzyska przebieg 300.000 km po 1 roku eksploatacji (w tym czasie wystąpią 2 przeglądy uzależnione od czasu (jeden przed zimą i drugi po zimie) oraz 10 przeglądów typu P (co 30.000 km)
- Autobus uzyska przebieg 100.000 km po 4 latach (w tym czasie wystąpi 8 przeglądów uzależnionych od czasu (4 przeglądy przed zimą i 4 przeglądy po zimie oraz 3 przeglądy typu P (co 30.000 km)

Jak wynika z powyższych wywodów rzeczywista ilość roboczogodzin przypadająca na przeglądy techniczne jest uzależniona od przebiegu autobusu. Nie jest zatem możliwe jednoznaczne przedstawienie oferty przez wykonawcę w oparciu o tak niejasno i nieprecyzyjnie zdefiniowane kryteria.

Odwołujący się wnosi o zmianę opisanej części siwz - poprzez jego opracowanie w sposób precyzyjny i pozwalający na realne i prawidłowe opracowanie oferty, lub ewentualnie poprzez rezygnację z określenia gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości.

Zgodnie z art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Komentowany przepis statuuje zasadę równości wykonawców. Zasada ta wyraża się w równym dostępie do rynku zamówień publicznych, bez jakiegokolwiek dyskryminacji czy też uprzywilejowania któregokolwiek z wykonawców. Przestrzeganie zasady równości wzmacnia mechanizm konkurencji (tak: G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych Komentarz, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007, s 101).

Wyraźnie formułowany i podkreślany przez ustawodawcę zarówno polskiego, jak i europejskiego obowiązek poszanowania zasad uczciwej konkurencji (Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi), stanowi o doniosłości i olbrzymiej wadze zasady równego traktowania wykonawców. Istotą prawa zamówień publicznych nie jest bowiem zawężanie liczby wykonawców, ale wręcz przeciwnie zapewnienie ich maksymalnego kręgu, w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej pod każdym względem. Wielość i różnorodność ofert sprzyja bowiem konkurencji, a w efekcie prowadzi do racjonalizacji i optymalizacji dysponowania środkami publicznymi.

Uwzględniając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z rozdz. 13 siwz – tabela oraz ust. 2 lit. c) zamawiający przyznał kryterium „unifikacji silnika” 2% znaczenie, wskazując, iż oferta na autobus, którego producent jest równocześnie producentem zastosowanego w nim silnika (silnik i autobus tego samego producenta; za tego samego producenta uważa się także podmioty z grupy kapitałowej, rozumianej jako zespół podmiotów powiązanych ze sobą kapitałowo) otrzyma 2 punkty.

Oferta na autobus, w którym zastosowany został silnik pochodzący od innego producenta, otrzyma 0 punktów.

Zgodnie z rozdz. 13. ust. 2 lit. i) siwz ocenie podlegała będzie zadeklarowana w ofercie gwarantowana wielkość zużycia paliwa, w następujący sposób:

Oferta z najniższą wartością zadeklarowaną zużycia paliwa (oznaczona jako MIN) otrzyma maksymalną liczbę punktów za to kryterium, to jest 4 punkty.

Oferta z wartością zadeklarowaną zużycia paliwa, większą lub równą wartości MIN +10% obliczonej z dokładnością do 2 miejsc po przecinku, otrzyma 0 punktów.

Oferty z pośrednią wartością zadeklarowaną zużycia paliwa, otrzymają liczbę punktów liczoną proporcjonalnie.

Zgodnie z § 2 pkt 4 Załącznika nr 7 do siwz „Wymagania zamawiającego dotyczące warunków serwisowych. Umowa serwisowa – projekt” wykonawca określa maksymalną gwarantowaną wielkość zużycia paliwa dla autobusów, z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Wielkość powyższa ma być określona dla warunków eksploatacji autobusu zgodnych z wymaganiami ustalonymi przez UITP dla przeprowadzania testów SORT 2 i jest obowiązująca dla każdego autobusu danego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na autobus (4 lata lub 300 000 km przebiegu – w zależności co nastąpi wcześniej).

Uzyskanie w wyniku testu typu SORT 2, wykonanego w okresie gwarancji jakości dla losowo wybranego autobusu danego typu, faktycznej wielkości zużycia paliwa większej od gwarantowanej, będzie skutkowało naliczeniem przez zamawiającego odpowiedniej kary umownej.

Dalsze postanowienia umowne (w tej jednostce redakcyjnej) określają warunki i zasady przeprowadzenia testu sprawdzającego (test jednokrotny dla losowo wybranego autobusu, przy przebiegu autobusu 15000-30000 km, przeprowadzony przez upoważnioną placówkę badawczą) oraz kary umowne w wypadku przekroczeń gwarantowanej wielkości zużycia paliwa wskazanej w ofercie.

W załącznik nr 6 do siwz - Formularz ofertowy, we fragmencie dotyczącym części III zamówienia wskazano:

„Autobusy przegubowe klasy MEGA: tak/nie (niepotrzebne skreślić)

Autobusy przegubowe z napędem hybrydowym: tak/nie (niepotrzebne skreślić)”

W pkt. 2 Formularza ofertowego zatytułowanym „Przedmiot dostawy” zamieszczono następujący tekst: „Oferujemy dostawę fabrycznie nowych sztuk autobusów (jeśli wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część – podać liczbę wszystkich autobusów), jednakowych w ramach danej części (z uwzględnieniem wymagań części III – jeśli dotyczy), według specyfikacji technicznej i wymogów określonych przez Zamawiającego...”

W formularzu ofertowym nie znalazła się odrębna rubryka do wypełnienia, którą można uznać za wskazanie ilości autobusów klasy MEGA czy z napędem hybrydowym.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt. 1.1.1.3 w ramach trzeciej części zamówienia obejmującej dostawę 112 sztuk autobusów przegubowych,

zamawiający dopuścił dostawę 2 sztuk autobusów klasy MEGA i 4 sztuk autobusów z napędem hybrydowym zamiast takiej samej ilości autobusów standardowych.

Zgodnie z rozdz. 13. ust. 2 lit. j) i k) zaoferowanie tego typu autobusów miało być punktowane w ramach kryteriów oceny ofert w sposób następujący:

- autobusy klasy MEGA: 0 lub 1 sztuka – 0 pkt, 2 sztuki – 0,1 pkt,
- autobusy z napędem hybrydowym: od 0 do 3 sztuk – 0 pkt, 4 sztuki – 0,9 pkt.

W załączniku nr 7 do siwz „Wymagania zamawiającego dotyczące warunków serwisowych. Umowa serwisowa – projekt”, w rozdziale I § 2 pkt 1.1.1.1. określono długość trwania gwarancji jakości na cały autobus (z pewnymi wyłączeniami) – 4 lata lub 300 000 km przebiegu, w zależności co nastąpi wcześniej.

Zgodnie z § 2 pkt 2 zał nr 7, wykonawca (w swojej ofercie) ma określić liczbę roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich przeglądów technicznych i napraw przewidywanych umową serwisową w ramach udzielanej gwarancji.

Zgodnie z § 2 pkt 2.3 zał nr 7 wykorzystanie ww. gwarantowanej liczby roboczogodzin przed upływem okresu gwarancji jakości (4 lata lub 300 000 km przebiegu), będzie skutkowało naliczaniem na wszystkie objęte gwarancją naprawy i przeglądy, od tego momentu aż do końca okresu udzielonej gwarancji jakości kary umownej w wysokości 30 zł od każdej dodatkowej roboczogodziny.

Według rozdz. 13 ust. 1 (tabela) i ust. 2 lit. g) pracochłonność obsługi i napraw stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert o znaczeniu 6% (najniższa liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszelkich planowanych przeglądów i napraw objętych gwarancją jakości dzielona przez liczbę roboczogodzin w ofercie badanej i mnożona przez znaczenie kryterium).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Przystępując do rozpatrywania zarzutów odwołania generalnie podnoszących naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez podane w odwołaniu postanowienia siwz i wzoru umowy,

Izba wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp).

Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), a postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (warunkach jego realizacji) oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert). Natomiast swoboda umów ze strony wykonawcy w zamówieniach publicznych sprowadza się do dwóch zasadniczych aspektów: możliwości nie przystąpienia do tak opisanego stosunku umownego oraz dowolnego ukształtowania ceny swojej oferty (przynajmniej w zakresie jej górnego pułapu).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach siwz (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, tym samym niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w sposób wyraźny ale maksymalnie nieostry, tzn. istnieją niewątpliwie przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają i takie, przy których naruszenia konkurencji nie występują. Ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy

stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, bez stawiania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena, postanowienia specyfikacji nigdy nie będą w równym stopniu odpowiadać wszystkim wykonawcom zainteresowanym wykonaniem danego zamówienia. W każdym z takich przypadków na rynku występować będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli skutecznie konkurować w uzyskaniu zamówienia lub przynajmniej będą w pozycji mniej korzystnej niż inni wykonawcy.

Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfikacji opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja).

Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). *A contrario* uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania

jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia Izba uznała, że kryterium oceny ofert przewidziane przez zamawiającego przyznające wyższą punktację w przypadku, gdy oferowany autobus, jak i jego jednostka napędowa pochodzą od jednego producenta, nie narusza zasad ogólnych wyrażonych w ustawie.

Oceniając poszczególne, wyżej wskazane okoliczności zaistniałe w ramach danego postępowania Izba stwierdza, iż kwestionowane kryterium w niewielkim stopniu wpływa i determinuje fakt przyznania zamówienia określonym producentom kosztem innych wykonawców. Przy wadze kryterium na poziomie 2 punktów procentowych producenci autobusów nieprodukujący jednocześnie ich silników wciąż mogą realnie konkurować o uzyskanie danego zamówienia, kompensując niedostatki ich oferty w świetle jednego kryterium na innych polach oceny.

Izba uznała również istnienie obiektywnych i realnych potrzeb zamawiającego proporcjonalnie uzasadniających przewidziany w siwz stopień preferowania unifikacji silników. Mianowicie za wiarygodne uznano twierdzenia zamawiającego na temat praktycznych aspektów realizacji napraw i serwisowania autobusów i silników prowadzonych przez ich producenta. Serwis pojazdu i jego jednostki napędowej prowadzony przez ten sam podmiot jest po prostu szybszy i łatwiejszy, choćby ze względu na komunikację, tj. trudności

związane z przekazywaniem przedmiotu napraw i informacji pomiędzy różnymi podmiotami. Występowaniu faktów tego typu odwołujący nie zaprzeczył, postulując w zamian wprowadzenia preferencyjnych kryteriów, zagwarantowanie przez zamawiającego sprawnego serwisu przy pomocy instrumentów zobowiązaniowych. Instrumenty i zastrzeżenia umowne, tak jak postanowienia siwz dotyczące kryteriów oceny ofert, również podlegały będą badaniu pod względem dopuszczalnego stopnia ograniczenia konkurencji i równego traktowania wykonawców. Najlepszym przykładem, iż również mogą być w tym aspekcie kwestionowane pozostają inne zarzuty niniejszego odwołania dotyczące stosunków umownych pomiędzy stronami. Tymczasem istnienie potrzeb zamawiającego w tym zakresie pozostaje bezsporne. Wyborem zamawiającego zaś pozostaje w jaki sposób i przy pomocy jakich instrumentów dążyć będzie do realizacji własnych, uzasadnionych interesów. Wprowadzenie niewielkich preferencji punktowych dla oferty, która bardziej odpowiada potrzebom zamawiającego należy uznać za uprawnione i nienaruszające zasady uczciwej konkurencji.

Ponadto na rynku występuje co najmniej kilka podmiotów, które są jednocześnie producentem autobusu, jak i zamontowanego w nim silnika.

Izba oceniła przedłożoną przez odwołującego opinię Polityki Poznańskiej i uznała ją za pozbawioną znaczenia w sprawie. Wnioskiem przedstawionej ekspertyzy jest twierdzenie, iż pojazdy z silnikami pochodzącymi od innego producenta nie odbiegają jakością od autobusów „zunifikowanych”. Teza tego typu jest pomiędzy stronami bezsporna i uznawana przez Izbę, jednakże nie ma nic wspólnego z zasadnością powodów wprowadzania danego kryterium oceny ofert, które zostały podane przez zamawiającego, czyli praktycznej stronie organizacji i przebiegu serwisu pojazdów.

W przedmiocie zarzutów dotyczących kryterium zużycia paliwa oraz postanowień umownych służących zabezpieczeniu prawdziwości danych deklarowanych w tym zakresie przez wykonawców, Izba również nie stwierdziła naruszenia zasad wyrażonych w ustawie.

Zamawiający w rozdz. 13. ust. 2 lit. i) siwz wskazał obiektywny, w pełni jednoznaczny i dookreślony sposób przyznawania punktów w ramach ww. kryterium. Zwrot „liczone proporcjonalnie” przesądza o ilości punktów, które przypisane zostaną pośrednim wartościom zużycia paliwa. Wobec wskazania granicznych wartości punktowych przyporządkowywanych najniższemu i najwyższemu zużyciu paliwa, a także biorąc pod uwagę fakt, iż również wielkość oceniana (zużycie paliwa) wrażane jest przy pomocy wartości liczbowych różnych od zera, istnieje tylko jedna matematyczna formuła (funkcja) w sposób proporcjonalny przenosząca wzajemne stosunki pomiędzy wartościami zużycia paliwa w poszczególnych ofertach na podaną skalę punktacji (zachowująca równość dwóch stosunków – stosunku wielkości zużycia paliwa i stosunku punktowego). *Nota bene* jest to

funkcja podana w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego. Wszelkie inne wzory czy funkcje, które można przewidzieć i zastosować do przenoszenia wartości pomiędzy dwoma skalami (punktów i zużycia paliwa) prowadziły będą do mniej lub bardziej „nieproporcjonalnych” wyników.

W odniesieniu do przewidzianego przez zamawiającego sposobu weryfikacji deklarowanej przez wykonawców wielkości zużycia paliwa i zabezpieczenia podawania rzetelnych danych w tym zakresie, Izba konstatuje, iż rzeczywiście tego typu warunki postawione przez zamawiającego mogą być uznane za niekorzystne dla wykonawców, i z tego też względu nieracjonalne, bo mogące prowadzić do podnoszenia cen ofert przez wykonawców zmuszonych uwzględnić ryzyka związane z jednostkową oceną podawanych przez nich wielkości i przewidywać kompensację kar umownych. Z drugiej strony jednak zamawiający uprawniony jest do oczekiwania, iż wykonawcy w swoich ofertach podadzą rzetelne i sprawdzone dane, za które będą w pełni odpowiadać. Zamawiający ma więc prawo wymagać i spodziewać się, aby żaden autobus w dostarczanej mu flocie nie przekraczał gwarantowanego w ofercie limitu zużycia paliwa na jakimkolwiek etapie i warunkach jego eksploatacji (przynajmniej w warunkach znormalizowanych dla wskazanego testu). To wykonawca posługując się dostępnymi mu danymi oraz własnym doświadczeniem i znajomością swojego produktu jest w stanie określić i przyjąć adekwatną wielkość spalania, którą jego autobusy, sprawne i prawidłowo serwisowane, nie powinny przekroczyć. Ponadto uwzględniając fakt jednostkowości testu spalania oraz okoliczność, że test ten będzie przeprowadzany na pojeździe z przebiegiem 15000-30000 km, wykonawca może podać w ofercie dane uwzględniające odpowiednią tolerancję różnic w zużyciu paliwa w wielkości zabezpieczającej go przed powstaniem kar umownych. Ryzykiem wykonawców pozostaje czy zagwarantują jak najniższy poziom spalania w celu uzyskania przewagi na etapie oceny ofert polegając przy tym na jakości i stabilności spalania w oferowanych pojazdach, czy też przyjmą odpowiedni margines błędów w tym zakresie, tak aby nie ryzykować dotkliwych kar umownych.

Nie jest wykluczone, iż powyższe mogłoby zostać zapewnione w inny, mniej dolegliwy i względniejszy dla wykonawców sposób, jednakże warunki tego typu nie ograniczają konkurencji ani nie przesądzają o preferowaniu jakichkolwiek wykonawców obecnych na rynku. Brak jest więc na gruncie Pzp normatywnych podstaw do ograniczenia swobody zamawiającego w dowolnym ukształtowaniu praw i obowiązków stron umowy. Natomiast naruszenia w tym przypadku klauzul i zasad ogólnych Kc wynikających z art. 5, art 58 czy art 353¹ Kc, w szczególności złamania zasad współżycia społecznego, odwołujący nie wykazał (por. wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r. sygn. akt KIO/2036/10).

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 względnie art. 29 ust. 1 Pzp przez wymaganie określenia liczby gwarantowanych roboczogodzin potrzebnych do wykonania napraw i przeglądów z uwzględnieniem aż dwóch czynników warunkujących długość trwania gwarancji (przebieg i okres). Wykonawcy znając ww. wartości mogą i powinni określić nakład pracy niezbędny do wywiązania się z obowiązków serwisowych według najwyższego, możliwego zapotrzebowania wynikającego z któregośkolwiek parametru warunkującego długość trwania gwarancji. Wszelkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty zostały przez zamawiającego w tym zakresie podane. W sferze ryzyka wykonawcy mieści się więc sposób przygotowania oferty w tym zakresie, tzn. do jego decyzji pozostawiono przyjęcie odpowiedniej, a przynajmniej bezpiecznej, liczby roboczogodzin lub przyjęcie ich takiej liczby, która narazi wykonawcę na kary umowne z tytułu przekroczenia ale podniesie punktację oferty w trakcie jej oceny.

Izba nie stwierdziła również jakoby kształt przygotowanego przez zamawiającego formularza ofertowego naruszał przepisy ustawy lub uniemożliwiał złożenie oferty zgodnej z treścią siwz.

Formułując zarzuty odwołania w tym zakresie odwołujący popełnia błąd w przesłance przyjmując, iż wykonawcy zobligowani są składać ofertę na formularzu ofertowym i tylko dokładnie w sposób tam przewidziany (wypełniając rubryki formularza). W związku z brakiem w ustawie sankcji odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej formy z wymaganiami siwz, powyższe należy uznać za zobowiązanie związane z dobrymi obyczajami handlowymi a nie nakaz prawny. Formularz ofertowy jako część siwz ma znaczenie inne. Mianowicie wykonawca będzie zobowiązany do podania wszelkich informacji i danych, które jak wynika z treści formularza i innych postanowień siwz należy zawrzeć w ofercie. Wykonawca nie jest więc związany oczekiwaniami zamawiającego, co do kształtu jego oferty, ale tylko co do jej treści. Przy czym należy zaznaczyć, iż zawsze będzie mógł podać takich informacji w ofercie więcej niż wynika z treści formularza ofertowego.

Należy przyznać, iż przedmiotowy formularz ofertowy został przygotowany przez zamawiającego w sposób dosyć skomplikowany, czy nawet nie do końca racjonalny. Jednakże nie zachodzi w tym przypadku ryzyko, iż stosując się do jego wymagań co do zakresu informacji podawanych w ofercie wykonawca może narazić się na odrzucenie jego oferty (przy czym zakres informacji należy odróżnić od ich materialnej treści). Jak wynika z ocenianego formularza zamawiający przewidział rubryki odnoszące się do wszystkich trzech części zamówienia (dla cz. I i II rubryki pozostają takie same i wypełnia się je odpowiednio). Natomiast odnośnie cz. III poprzestał na żądaniu potwierdzenia oferowania autobusów specjalnych bez wyspecyfikowania ich ilości lub ceny. Tego typu kształt formularza ofertowego oznacza, iż zamawiający takich informacji w ofercie od wykonawców nie wymaga. Ponadto jeśli wykonawca uznaje ich podanie za wskazane, może to np. zrobić rozszerzając pkt 2 formularza ofertowego. Należy przy tym zastrzec, iż w przypadku wątpliwości co do wyrażonych w siwz wymagań odnośnie zakresu

podawanych w ofercie informacji, niejasności tego typu należy rozstrzygać zawsze na korzyść wykonawcy. Tym samym w sytuacji, w których zamawiający na etapie oceny ofert uzna, iż w ofertach brakuje istotnych z jego punktu widzenia informacji, których przedstawienia w sposób nie budzący wątpliwości nie zażądał w siwz, należy raczej unieważnić postępowanie niż odrzucać ofertę wykonawcy z tego powodu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

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

.....