

Sygn. akt: KIO/615/11

WYROK
z dnia 01 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 marca 2011 r. przez **Solaris Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62 - 005 Owińska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Zamość, ul. Rynek Wielki 13, 22-400 Zamość**

przy udziale wykonawcy **Man Truck&Bus Polska Sp. z o.o., al. Katowicka 9 (Wolica), 05-830 Nadarzyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Solaris Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62 - 005 Owińska i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Solaris Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62 - 005 Owińska tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego: „Dostawa fabrycznie nowych, niskopodłogowych, jednoczłonowych 12 sztuk autobusów miejskich zasilanych sprężonym gazem ziemnym CNG w ramach projektu „MODERNIZACJA SYSTEMU TRANSPORTU PUBLICZNEGO W ZAMOŚCIU, II ETAP”, znak sprawy: RG. 341.PN/78/2010, zostało wszczęte przez Miasto Zamość, ul. Rynek Wielki 13, 22-400 Zamość zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 254-390901 w dniu 31.12.2010 r.

W dniu 14.03.2011 r. Zamawiający e-mailem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., al. Katowicka (Wolica), 05-830 Nadarzyn zwany dalej: „MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajął Solaris Bus & Coach S.A., ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska zwany dalej: „Solaris Bus & Coach S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 24.03.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Solaris Bus & Coach S.A. na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust 1 Pzp na czynność Zamawiającego, którą jest rozstrzygnięcie postępowania w sposób sprzeczny z przepisami Pzp, tj. nie wykluczenie MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. i w konsekwencji nie wykluczenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, lub też nie odrzucenie oferty niniejszego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu na skutek niezgodności treści oferty z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz z przepisami Pzp. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.03.2011 r. (faxem). Zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu) poprzez brak zastosowania;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp (odrzucenie oferty wykonawcy sprzecznej z ustawą) poprzez brak zastosowania wobec sprzeczności oferty w szczególności z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 9 ust 2 Pzp, art. 82 ust. 3 Pzp, art. 26 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp, § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej:

„Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (odrzucenie oferty wykonawcy sprzecznej z SIWZ) poprzez brak zastosowania wobec sprzeczności oferty w szczególności z pkt. XIV ppkt 4 i 6 SIWZ, pkt IX ppkt. 2 b) SIWZ oraz pkt XIV ppkt 3 zd. 2 w zw. z pkt 4 SIWZ, pkt. XIV ppkt 4 SIWZ, pkt VIII ppkt 1 lit c), pkt II ppkt 13 załącznika nr 1 do SIWZ, pkt I ppkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp (zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnej z SIWZ i Pzp oraz niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, prawidłowej oferty złożonej przez Odwołującego;

5. art. 9 ust 2 Pzp (zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim) poprzez nie odrzucenie oferty w złożonej w języku obcym bez tłumaczenia;

6. art. 82 ust. 3 Pzp (treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ) poprzez nieodrzucenie oferty sprzecznej z SIWZ;

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji:

1. Powtórzenie czynności oceny i badania ofert przez Zamawiającego
2. Wykluczenie wykonawcy, która oferta została uznana za najkorzystniejszą, skutkujące odrzuceniem jego oferty alternatywnie o:
3. Odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą i w konsekwencji:
4. Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Część oferty Wykonawcy stanowi dokument jakim jest odpis z KRS-u dla MAN BUS Sp. z o.o. (str. 30 do 38 oferty). Dokument ten został złożony przez Wykonawcę wyłącznie w kopii bez poświadczenia za zgodność z oryginałem przez uprawnione osoby, w szczególności przez Wykonawcę. Str. 30 do 38 oferty zostały wprawdzie parafowane/podpisane przez Panią Katarzynę F., lecz nie jest to osoba reprezentująca Wykonawcę, a w szczególności nie wchodzi w skład jego Zarządu oraz nie jest osobą w inny sposób uprawnioną do poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem w szczególności radcą prawnym lub adwokatem (co potwierdza pieczętka postawiona przy podpisie: „prawnik”). Zamawiający żądał w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 Pzp między innymi aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Żądanie złożenia wskazanego dokumentu Zamawiający potwierdził także w pkt IX ppkt 2 b) SIWZ dodając na stronie 5 *in fine*, że: *„Wykonawca powołujący się przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego*

podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt. 2.". Oznacza to, że Wykonawca zobowiązany był złożyć także odpis z właściwego rejestru dla MAN BUS Sp. z o.o. W niniejszym postępowaniu Wykonawca dostarczył tylko nie poświadczoną za zgodność z oryginałem kopie, stanowiącego część oferty, odpisu KRS dla MAN BUS Sp. z o.o. (str. 30 do 38 oferty). Tymczasem złożenie wskazanego dokumentu musiało nastąpić w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W związku z powyższym należy uznać, że oferta MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. narusza pkt XIV ppkt 4 i 6 SIWZ (str. 9) stanowiący, że: „dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę...” oraz że: „wszystkie dokumenty składające się na ofertę powinny być podpisane przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu Wykonawcy...”.

A zatem należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt XIV ppkt 4 i 6 SIWZ poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nieodpowiadającej treści SIWZ, to znaczy niezawierającej odpisu z właściwego rejestru dla MAN BUS Sp. z o.o. w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Ponadto złożenie dokumentacji ofertowej we wskazany sposób narusza § 6 ust. 1 Rozporządzenia stanowiący, że „dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.” Należy więc uznać, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia poprzez nieodrzućenie jego oferty wykonawcy, sprzecznej z ustawą to jest pomimo niedostarczenia przez wykonawcę MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. dokumentów w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Część oferty Wykonawcy to jest odpis KRS Deutsche Bank Polska S.A. została złożona wyłącznie w kopii. Ponadto kopia ta nie została prawidłowo poświadczona za zgodność z oryginałem. Widnieją bowiem na niej wprawdzie pieczęcie członka zarządu oraz prokurenta Wykonawcy wraz z podpisami ale przy żadnym z podpisów nie ma oznaczenia co one oznaczają, a w szczególności oświadczenia: „zgodne z oryginałem” bądź „za zgodność z oryginałem”. Oznacza to, że wskazany dokument musi być traktowany jak kopia. Przywołał wyrok KIO z dnia 17.12.2009, sygn. akt: KIO/UZP 1544/09. Z powyższego wyroku KIO należy bowiem *a contrario* wnosić, że dokument wyposażony nawet w podpisy reprezentantów Wykonawcy lecz pozbawiony oświadczenia („za zgodność z oryginałem”) w jakim celu podpisy te są składane pozostaje kopią.

W związku z powyższym należy uznać, że oferta MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. narusza pkt XIV ppkt 4 i 6 SIWZ (str. 9). A zatem Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt. XIV ppkt 4 i 6 SIWZ poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nieodpowiadającej treści SIWZ, to znaczy zawierającej

dokumenty nie stanowiące oryginału ani kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ponadto złożenie dokumentacji ofertowej we wskazany sposób narusza § 6 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia w/w poprzez nieodrzućenie jego oferty, sprzecznej z ustawą to jest pomimo niedostarczenia przez MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. dokumentów w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Wchodzący w skład oferty dokument homologacji (str. 67 do str. 71 oferty) i dokument Raport Techniczny (str. 72 do 137 oferty) stanowi tylko tłumaczenie. Wykonawca nie złożył tymczasem oryginałów wyżej wymienionych dokumentów, co jest wymogiem zarówno SIWZ jak i przepisów Pzp. Powyższe oznacza niezgodność oferty z pkt XIV ppkt 3 zd. 2 w zw. z pkt 4 SIWZ oraz § 6 ust. 1 i z § 6 ust. 4 Rozporządzenia w/w. Wskazane przepisy oraz postanowienia SIWZ wymagają bowiem złożenia oryginałów dokumentów a w przypadku składania dokumentów obcojęzycznych dostarczenia ich tłumaczeń obok oryginału.

Wyraźnie wskazuje na to pkt XIV ppkt 3 zd. 2 SIWZ zgodnie, z którym: *„dokumenty składające się na ofertę w języku obcym winny być składane wraz z tłumaczeniem na język polski”* oraz § 6 ust. 4 Rozporządzenia w/w określający, że: *„dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski”*.

W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 4 Rozporządzenia i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt XIV. 3 zd. 2 w zw. z pkt 4 SIWZ poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. sprzecznej z ustawą oraz nieodpowiadającej treści SIWZ, to znaczy niezawierającej dokumentów w oryginale lub w kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem wraz z tłumaczeniem.

MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. złożył ofertę częściowo obcojęzyczną tzn. zawierającą fragmenty w języku angielskim oraz w języku niemieckim przy braku dostarczenia jakiegokolwiek tłumaczenia tych dokumentów w szczególności tłumaczenia przysięgłego. Dotyczy to w szczególności części oferty: str. 140 wiersz 13 od dołu, str. 14, str. 141 wiersz 10 i 11 od dołu, str. 142 wiersz 3 i 19 od dołu, str.143 wiersze: 26, 37, str. 147 wiersze: 27, 54, str. 149 wiersz 13, str. 150 wiersz 24 i 25, str. 152 wiersz 3 do dołu, str. 153 wiersz 28. Przykładowo:

- str. 140 wiersz 5 od dołu: „Disc wheels: 10-hole steel rims” (język angielski);
- str. 141 wiersz 10 i 11 od dołu: „Raum fur Fahrzielanzeige Bug beheizbar, mit einer Warmematte. Ein-Aus Stellung der Warmematte uber Schalter auf FAPA (język niemiecki);
- str. 142 wiersz 3 i 19 od dołu „and workshop buton located in door box” (język angielski) oraz „goldgelb RAL 1004 pulverbeschichtet” (język niemiecki);
- str. 143 wiersze: 26, 37 od dołu: „drzwiblockierung przy geóffneter drzwi”

(niezrozumiała mieszanka języków) oraz „Mikroschalter der Nothahnabdeckung elektrisch nicht anschließen" (język niemiecki). MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. w swej ofercie posługuje się aż trzema różnymi językami tj. polskim, niemieckim i angielskim, a nawet tworzy wielojęzyczne zbitki zdaniowe i słowne co sprawia, że oferta nie tylko narusza wspomniane postanowienia SIWZ oraz przepisy prawa ale staje się po prostu niezrozumiała i nieczytelna. Podkreślił, że złożenie części oferty w języku obcym narusza art. 9 ust. 2 Pzp stanowiący, że: „*postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim*". Ponadto (częściowe) złożenie oferty w języku obcym narusza pkt XIV ppkt 4 SIWZ zgodnie, z którym ofertę należy napisać pismem czytelnym w języku polskim. Dokumenty składające się na ofertę w języku obcym winny być natomiast składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę. W związku z powyższym uznał, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt XIV ppkt 4 SIWZ poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy sprzecznej z ustawą oraz nieodpowiadającej treści SIWZ, to znaczy niezawierającej dokumentów w oryginale lub w kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem w języku polskim lub w języku obcym wraz z tłumaczeniem. Konieczność odrzucenia oferty ze wskazanych wyżej powodów nie ulega na gruncie przepisów Pzp wątpliwości i znajduje potwierdzenie w jednolitej linii orzeczniczej. Przykładowo wskazał - wyrok KIO z dnia 03.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1089/09, a także wyrok KIO z dnia 17.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1526/09, wyrok KIO z dnia 18.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 84/07, czy też wyrok ZA z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3034/06.

Zdaniem Odwołującego oferta uznana za najkorzystniejszą powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego bowiem Wykonawca nie spełnia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia a co za tym idzie narusza art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, oraz pkt VIII ppkt 1 lit c) SIWZ. Wykonawca zadeklarował w ofercie, że prace objęte zamówieniem zamierza wykonać samodzielnie, tj. bez wykorzystania pomocy podwykonawców, w sytuacji kiedy MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. bez pomocy podmiotów trzecich nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia. W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy sprzecznej z ustawą oraz nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niniejszy zarzut podnosi kwestię zasadniczą dla niniejszego przetargu, tj. czy podmiot biorący udział w przetargu i składający ofertę dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Kwestia ta jest niezwykle ważką w odniesieniu do MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o., jako że to ofertę tego Wykonawcy wybrał Zamawiający - jak zostanie wykazane poniżej, mimo że nie spełniał on

niezbędnych wymagań dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. w formularzu ofertowym Zamawiającego, na str. 4 złożonej oferty w pkt VI „Oświadczenia” stwierdził, że *„prace objęte zamówieniem zamierzamy wykonać sami”*, równocześnie zaznaczając odpowiedni fragment oferty, iż nie zamierza powierzyć podwykonawcom do wykonania żadnej części zamówienia. Nadto zwrócić należy uwagę, iż oświadczenie na str. 28 oferty wystawione przez MAN BUS Sp. z o.o., obejmuje jedynie upoważnienie do korzystania z *„wiedzy i doświadczenia”* przez MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. Z powyższego, a *contrario*, wynika zatem jednoznacznie, że MAN BUS Sp. z o.o. nie udostępnia MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o., ani niezbędnego potencjału technicznego, ani osób zdolnych do wykonania zamówienia, jako że zgodnie z zasadami wyrażonymi w kodeksie cywilnym, niedopuszczalna jest interpretacja rozszerzająca upoważnień. Tymczasem MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. samodzielnie nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami koniecznymi do wykonania zamówienia, a jak już zostało przytoczone - nie będzie korzystał z podwykonawców.

Z powyższego wypływa zatem wniosek, iż Zamawiający winien był odrzucić ofertę MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o., jako że Wykonawca nie przedstawił odpowiedniego dowodu na to, iż dysponuje niezbędnym do wykonania zamówienia potencjałem technicznym i osobami. Fakt ten potwierdza MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. w złożonej przez siebie ofercie, w oświadczeniu na str. 27. Stwierdza w nim bowiem ponad wszelką wątpliwość, że: *„MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o. jest jedyną spółką prowadzącą w imieniu koncernu MAN Nutzfahrzeuge AG w Polsce działalność handlową związaną ze sprzedażą i obsługą posprzedażną (naprawa, serwis, gwarancje, autoryzacje) autobusów marki MAN i NEOPLAN”*. Wynika z tego, że MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. jest jedynie spółką prowadzącą działalność handlową, nie produkuje natomiast autobusów. Produkcją zajmuje się MAN BUS Sp. z o.o., z którym jednak MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nie wiąże żaden stosunek prawny pozwalający jednoznacznie stwierdzić, iż MAN BUS Sp. z o.o. wyprodukuje dla MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. autobusy będące przedmiotem zamówienia. Ponadto MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. sam zadeklarował na str. 4 oferty, że nie zamierza korzystać z podwykonawców, a w oświadczeniu ze str. 27 oferty MAN BUS Sp. z o.o. udostępnia ona MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. jedynie *„wiedzę i doświadczenie”*. Z samej *„wiedzy i doświadczenia”* nie da się jednak skonstruować autobusu, potrzebne są do tego również duży potencjał techniczny i ludzki, którego MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nie posiada.

Zamawiający, pomimo ciążącego na nim obowiązku ustawowego, nie odrzucił oferty Wykonawcy, czym naruszył art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp.

Powyższy zarzut odnosi się więc do wyboru przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

W pkt. II ppkt 13 załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający określił w pkt „II. Wymagania dotyczące kompletacji”, iż wymaga „1. Grzejniki konwektorowe lub nagrzewnice nadmuchowe w przedziale pasażerskim wykorzystujące ciepło z układu chłodzenia silnika lub z niezależnego ogrzewania. W przypadku zastosowania wyłącznie nagrzewnic nadmuchowych ich liczba powinna wynosić min. 6.” Powyższy zapis stanowi bezwzględne warunki SIWZ jakie musi spełniać oferta wykonawcy, który chce ubiegać się o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Tymczasem MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. w ofercie złożonej Zamawiającemu podaje wewnętrznie sprzeczne informacje odnoście wskazanej części przedmiotu oferty. Zaznaczyć również należy, że wewnętrzna sprzeczność oferty MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o., co zaskakujące nie spotkała się z reakcją Zamawiającego, który nie wystosował do MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. stosownego zapytania o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Wspomniana niespójność wewnętrzna oferty widoczna jest na str. 145 oferty MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o., w części „DOKUMENTACJA TECHNICZNA MAN A21 dla MIASTA ZAMOŚĆ -wydruk komputerowy”, tamże w pkt 08 „Klimatyzacja/Ogrzewanie/Wentylacja” MAN TRUCK stwierdza co następujące:

„zakres dla ogrzewania przez nagrzewnice:

- 1 klimaator przedni
- 1 nagrzewnica podestowa na podeście kierowcy
- 1 nagrzewnica ścienna przed drzwiami 2
- 1 nagrzewnica podestowa przed tylną osią lewa strona
- 1 nagrzewnica za tylnią osią lewa strona”.

Z powyższego, po zsumowaniu wynika, iż MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. oferuje jedynie 5 nagrzewnic w oferowanym autobusie, natomiast na str. 14 oferty w pkt 13 „ogrzewanie, wentylacja i klimatyzacja kabiny kierowcy” w ppkt 1 w kolumnie trzeciej tabeli stwierdza: „grzejniki konwektorowe i nagrzewnice nadmuchowe w przedziale pasażerskim wykorzystujące ciepło z układu chłodzenia silnika lub z niezależnego ogrzewania. Ilość 6 sztuk”. Pomijając już nieprecyzyjność tego zapisu, jest on oczywiście sprzeczny z przytoczonym powyżej fragmentem oferty ze str. 145, gdzie stwierdza, że oferuje jedynie 5 nagrzewnic. Zasadny jest zatem wniosek, iż jedna z w/w deklaracji jest fałszywa, jako że są ze sobą sprzeczne. Istotne jest przy tym, że powyższa sytuacja rodzić może zasadne wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w przetargu. W świetle przytoczonych argumentów zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zasadny.

Oferta MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. na str. 15 w pkt 14 tabeli „Nadwozie” w kolumnie trzeciej w postanowieniach pkt 1 zawiera informacje dotyczące konstrukcji i materiałów używanych do budowy samonośnego nadwozia autobusu. W zapisie tym zwrot „nadwozie samonośne” oznacza, że szkielet podwozia (rama) i szkielet nadwozia są ze sobą integralnie związane (np. pospawane, znitowane itp.). Zamawiający we wskazanych w w/w punkcie postanowieniach określił materiały, których użycia dopuszcza w tej konstrukcji - nie wymienia jednak żeliwa sferoidalnego. Zgodnie natomiast z informacją powszechnie dostępną i znaną MAN BUS sp. z o.o. (producent autobusów dla MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o.) w autobusach przez siebie konstruowanych używa dla wykonania ich podwozia (nadwozia samonośnego) elementy wykorzystujące niedopuszczony przez Zamawiającego w SIWZ materiał, tj. poprzeczne belki nośne z żeliwa sferoidalnego, o czym MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nie informuje Zamawiającego w swojej ofercie. Informacja odnośnie materiałów wykorzystywanych przez MAN BUS sp. z o.o. znajduje potwierdzenie w dokumentacji pochodzącej z innych przetargów, w których autobusy wykonywał MAN BUS sp. z o.o. Zaoferowany pojazd jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Jest natomiast informacją ogólnodostępną, iż MAN BUS sp. z o.o. nie oferuje innych typów nadwozia spełniających stosowne wymagania Zamawiającego. Ponadto z oferty złożonej w niniejszym postępowaniu oraz z oferty złożonej w Białymstoku wynika, że oferowane autobusy to w obydwu przypadkach MAN typ A21. W ocenie Odwołującego deklarowanie przez MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. posiadania danego rozwiązania, mimo faktycznego jego braku naraża go nie tylko na zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, ale i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp tj. może być ocenione jako złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Informacja bowiem o tym iż MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nie jest w stanie spełnić wymagań technicznych SIWZ oznaczałaby niewypełnienie wymogów SIWZ i w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. przez Zamawiającego.

W ofercie MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. na str. 9 w tabeli „KOMPLETACJA OFEROWANEGO AUTOBUSU” zadeklarował masę własną autobusu w przedziale od 9350 kg do 13700 kg. Przypomnieć w tym miejscu należy, że Zamawiający w pkt I ppkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” określił, iż dopuszczalna masa całkowita autobusu nie może przekraczać 18000 kg. Co ważne dla przedstawionej kwestii, przez „dopuszczalną masę całkowitą autobusu” należy rozumieć „największą określoną właściwymi warunkami technicznymi masę pojazdu obciążonego osobami i ładunkiem, dopuszczonego do poruszania się po drodze” zgodnie z wiążącą w tej kwestii ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tj. Dz. U. z 2005 r., Nr 108, poz. 908 z późn. zm.). Oznacza to, że aby określić, czy zadeklarowana przez MAN TRUCK & BUS Polska Sp.

z o.o. masa własna autobusu mieści się w granicy dopuszczalnej masy całkowitej autobusu określonej przez Zamawiającego należy do niej dodać maksymalny dopuszczalny ładunek. Ładunek ten określa się na podstawie dyrektywy 97/27/WE wraz z poprawką 2003/19/WE. Dla zadeklarowanej przez MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. ilości 80 osób, które przewozić może przedmiotowy autobus (str. 9 oferty w tabeli „KOMPLETACJA OFEROWANEGO AUTOBUSU”), zgodnie z przyjętą w DYREKTYWIE KOMISJI 2003/19/WE z dnia 21 marca 2003 r. zmieniającej w celu dostosowania do postępu technicznego dyrektywę 97/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady odnoszącą się do mas i wymiarów niektórych kategorii pojazdów silnikowych i ich przyczep, za masę jednego pasażera (zgodnie z pkt 7.4.3.3.1. w/w Dyrektywy) przyjętą należy 68 kg. Wypływa z tego wniosek, że dla 80 osób za ich masę całkowitą należy przyjąć 5440 kg. To zaś oznacza, że oferta MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. określając masę własną autobusu w przedziale od 12561 kg do 13700 kg nie spełnia wymagań określonych w SIWZ przez Zamawiającego. Co za tym idzie oferta MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nie powinna być w ogóle rozpatrywana przez Zamawiającego, a tym bardziej przez niego wybrana, narusza bowiem art. 89 ust 2 Pzp i powinna zostać bezwzględnie odrzucona.

Co nie mniej istotne ofertę MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. w zakresie: „*masy własnej autobusu*” należy uznać za ofertę wariantową w rozumieniu art. 2 ust. 7 Pzp przez co należy: „*rozumieć ofertę przewidującą zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego*” jako że Wykonawca w przytoczonym powyżej punkcie oferty nie określił wagi autobusu w sposób precyzyjny, a zakreślił jedynie jej możliwy zakres. Ponieważ Zamawiający w pkt VI SIWZ jednoznacznie określił, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych, należy uznać, iż oferta złożona przez MAN TRUCK & BUS Polska Sp. z o.o. nie spełnia podstawowych wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Wniosek z powyższego wywodu jest jednoznaczny. Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez nieodrzuconie oferty wykonawcy nieodpowiadającej treści SIWZ w zakresie dotyczącym masy własnej autobusu, a ponadto wariantowości oferty (której składnia Zamawiający w ogóle nie dopuszczał).

Wszystkie opisane w piśmie zarzuty oznaczają także naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez obrazę przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tzn. nie wykluczenie lub nie odrzucenie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, mimo ciężącego na Zamawiającym obowiązku w tym względzie.

Zamawiający w dniu 24.03.2011 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu

odwoławczym.

W dniu 25.03.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W zakresie zarzutu, jakoby część oferty Wykonawcy, tj. odpis z KRS dla MAN BUS Spółka z o. o., nie została poświadczona za zgodność z oryginałem przez uprawnione osoby, w szczególności przez Wykonawcę, strona pragnie zaprzeczyć, by jego oferta nie odpowiadała w jakimkolwiek zakresie SIWZ lub przepisom Pzp. W szczególności Wykonawca wskazuje na § 6 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i wynikająca zeń możliwość poświadczania za zgodność dokumentów także przez inne podmioty, oprócz wykonawcy. Nadto, na marginesie, podkreślił, iż zarzut Odwołującego odnosi się do kwestii formalnej, gdy tymczasem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do sytuacji, gdzie (merytoryczna) treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Zatem nawet niezgodność oferty z SIWZ co do formy i sposobu przedstawienia treści oferty lub załączników do oferty nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - tak też wypowiada się w tej kwestii ugruntowane orzecznictwo KIO. Podobnie całkowicie nietrafne jest powoływanie, w odniesieniu do powyższych zarzutów rzekomego niespełnienia przez część oferty Wykonawcy wymogów SIWZ co do formy składanej dokumentacji, przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 w/w rozporządzenia. Pominąć milczeniem wypadałoby tu choćby oczywisty (ale pomijany przez Odwołującego) fakt, iż art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołuje się do niezgodności oferty z ustawą, a nie z rozporządzeniem.

Wykonawca całkowicie nie zgadza się z zarzutem, jakoby część oferty, tj. odpis z KRS dla Deutsche Bank Polska S.A. został złożony w sposób niezgodny z wymogami SIWZ i przepisami prawa. Odwołujący pomija również fakt, iż Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty odpisu z KRS dla wystawcy gwarancji wadialnej, więc ewentualne uchybienia w takim dokumencie pozostają bez znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału przez Wykonawcę. Nadmieniał, iż fakt podpisania kopii w toku postępowaniu przetargowego jednoznacznie przemawia za uznaniem, iż intencją podpisujących było poświadczenie za zgodność dokumentów przedkładanych w kopii.

W zakresie zarzutu dotyczącego dokumentu homologacji oraz dokumentu Raportu Technicznego Wykonawca wskazuje, iż wraz z ofertą przedstawił wszelkie wymagane dokumenty (w języku obcym i polskim) - z których jednoznacznie wynika, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wywodzenie zaś przez Odwołującego zarzutu odrzucenia oferty Wykonawcy z dodatkowych dokumentów, o charakterze opisowym, nie daje się obronić na gruncie Pzp.

Podobnie nie można się zgodzić z zarzutem dotyczącym, iżby Wykonawca rzekomo złożył ofertę częściowo obcojęzyczną. Z treści całości oferty (*vide*: Formularz Oferty) wynika jednoznacznie treść oświadczenia woli Wykonawcy, a nieliczne i wrywkowo zacytowane pojedyncze wyrazy (wyróżnienie o charakterze terminologii naukowej i technicznej) z dodatkowych dokumentów nie zmieniają w żaden sposób treści oferty i nie powinny mieć znaczenia dla jej oceny. Przypomniał, iż zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 7.10.1999 r. o języku polskim (Dz. U. z 1999 r., nr 90, poz. 999 ze zm.), nie jest użyciem języka obcego stosowanie obcojęzycznych:

- 1) nazw własnych,
- 2) obcojęzycznych dzienników, czasopism, książek oraz programów komputerowych, z wyjątkiem ich opisów i instrukcji,
- 3) działalności dydaktycznej i naukowej szkół wyższych, szkół i klas z obcym językiem wykładowym lub dwujęzycznych, nauczycielskich kolegiów języków obcych, a także nauczania innych przedmiotów, jeżeli jest to zgodne z przepisami szczególnymi,
- 4) twórczości naukowej i artystycznej,
- 5) zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej,
- 6) znaków towarowych, nazw handlowych oraz oznaczeń pochodzenia towarów i usług,
- 7) norm wprowadzanych w języku oryginału zgodnie z przepisami o normalizacji.

Trudno zatem oczekiwać, iż określenia takiej jak „10-hole steel rims” oraz „RAL 1004” miałyby nie być zrozumiałe dla osób zaznajomionych z techniczną stroną budowy i funkcjonowania pojazdów autobusowych. Nadto w wyroku WSA w Warszawie z dnia 11.04.2006 r., sygn. akt III SA/Wa 479/2006, LexPolonica nr 419016, wyrażono pogląd, iż przez zwyczajowo stosowaną terminologię naukową i techniczną należy rozumieć terminologię branżową, zawodową (jak np. obcojęzyczne, przyjęte w danych stosunkach, sformułowania techniczne, prawnicze itp.).

Całkowicie bezzasadny jest zarzut Odwołującego, jakoby oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż miałaby rzekomo nie spełniać warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia. Zarzut ten, całkowicie gołosłowny i nie poparty jakimikolwiek dowodami (mimo treści art. 190 ust. 1 Pzp), jest także nietrafny. Podwykonawstwo, jako forma uczestnictwa podmiotu trzeciego w procesie realizacji zamówienia - przez realizację części przedmiotu zamówienia, ma istotne znaczenie przy zamówieniach na roboty budowlane, gdzie podwykonawca wykonuje część robót budowlanych na nieruchomości zamawiającego, a więc bezpośrednio uczestniczy w procesie realizacji zamówienia. Podobnie rzecz się ma przy okazji dostawy z montażem, gdzie zamontowanie (element przedmiotu zamówienia) realizować ma podmiot trzeci. Jednakże przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa autobusów, a nie, np.:. ich

montaż u zamawiającego - Zamawiający postawił jedynie warunek, by oferowane autobusy były fabrycznie nowe, tj. wyprodukowane w roku realizacji dostawy. Zatem Zamawiający nie narzucał warunku, by oferowane autobusy były przez wykonawców wyprodukowane (co zresztą byłoby sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji). Nadto wspomniał, iż Wykonawca z sukcesem od lat zrealizował i realizuje szereg zamówień publicznych dla jednostek samorządu terytorialnego i przedsiębiorstw komunikacji miejskiej, co ewidentnie przeczy tezie Odwołującego, jakoby Wykonawca nie posiadał odpowiedniego potencjału technicznego. Zatem formułowanie (niezgodnych z prawdą i gołosłownych) zarzutów Odwołującego w tym zakresie jest bezpodstawne i nietrafne.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, jakoby Wykonawca zaoferował jedynie 5 nagrzewnic w oferowanym autobusie, podnieść należy, iż nawet fragmenty oferty Wykonawcy przeczą twierdzeniom Odwołującego. I tak, na str. 10 odwołania cytuje się, iż w ofercie Wykonawcy w pkt 08 „Klimatyzacja/Ogrzewanie/Wentylacja” stwierdza się: „zakres do ogrzewania przez nagrzewnice:

- 1 klimatyzator przedni,
- 1 nagrzewnica podestowa na podeście kierowcy,
- 1 nagrzewnica ścienna przed drzwiami 2,
- 1 nagrzewnica podestowa przed tylną osią lewa strona,
- 1 nagrzewnica za tylną osią lewa strona”. Z prostego rachunku wynika 6 (sześć) nagrzewnic - być może pomyłka Odwołującego wynika z pominięcia klimatyzatora przedniego, który ma również funkcję nagrzewania z wykorzystaniem nadmuchu (ale jest to informacja o charakterze technicznej oczywistości).

Całkowicie niezasadny jest również zarzut dotyczący kwestii żeliwa sferoidalnego, Odwołujący próbuje stworzyć fałszywe wrażenie, jakoby nadwozie pojazdów oferowanych przez Wykonawcę nie spełniało wymogów SIWZ. Zauważyć zatem należy, iż pojazdy oferowane przez Wykonawcę są oparte na konstrukcji szkieletu nadwozia wykonanego ze specjalnej stali konstrukcyjnej o wysokiej wytrzymałości zabezpieczonej antykorozyjnie metodą kataforezy całopojazdowej. Kataforeza jest zaawansowanym technologicznie procesem elektrochemicznym. Polega na katodowym lakierowaniu powierzchni metalowych w zanurzeniu, zanurzeniu elementów w specjalnym roztworze przy jednoczesnym podłączeniu napięcia. Podczas malowania elektroforetycznego można pokryć mocno wgłębione oraz osłonięte obszary przeznaczone do malowania, które zazwyczaj są niedostępne przy malowaniu natryskowym lub standardowym zanurzeniowym. Dodatkowo grubość powłoki lakierniczej jest wszędzie taka sama, a jej twardość nie do uzyskania w inny sposób. Dzięki tej metodzie uzyskuje się odporność stali nierdzewnej przy zachowaniu najlepszych właściwości konstrukcyjnych. Takich możliwości nie daje wykonanie nadwozia z aluminium lub tworzyw sztucznych - co ma istotne znaczenie, jeśli uwzględnić warunki,

w których pojazdy będą eksploatowane (śnieg, sól, deszcz itp.). Bez dobrego zabezpieczenia antykorozyjnego, zakupione pojazdy za kilka lat zaczną się „rozsypywać” (co, według doniesień prasowych, jest częstym problemem w przypadku autobusów Odwołującego). Do najważniejszych zalet zastosowania kataforezy można zaliczyć:

- doskonałe zabezpieczenie antykorozyjne,
- jednakowa grubość warstw w każdym miejscu malowanego elementu, także na krawędziach,

wyjątkowo skuteczne zabezpieczenie przed oddziaływaniem chemicznym,

- dobre zabezpieczenie przed uszkodzeniem mechanicznym,
- niska szkodliwość dla środowiska, dzięki działaniu w systemie zamkniętym,
- emisja substancji lotnych o niskiej zawartości szkodliwych cząstek,
- wysoka wydajność procesu, która sięga 95-99%,
- pełna automatyzacja procesu, co powoduje zmniejszenie kosztów produkcyjnych oraz szkodliwości warunków pracy. Proces kataforezy zaczyna się od odtłuszczenie zespawanego szkieletu. Następnie wszystko przebiega automatycznie. "Kąpielą", która trwa 53 minuty, steruje komputer. Przed zanurzeniem przyjmowany jest kąt 4 stopni w stosunku do wanny, natomiast przy stacji odtłuszczania, fosforanowania, kataforezy kadłub jest także poruszany poziomo - o 2 stopnie na boki, co powoduje usunięcie powietrza, które nagromadziło się w środku profili oraz zwiększenie powierzchni zabezpieczonej przed korozją. Następnie dochodzi do aktywacji powierzchni, gdzie związki fosforanu tytanu przygotowują szkielet do fosforanowania. Na powierzchni szkieletu tworzona jest warstwa kryształów cynku, co jest pierwszym zabezpieczeniem przed korozją. Nadmiar związków usuwany jest przez kolejne płukanie, a powłoka wyrównywana jest przez proces pasywacji. Instalacja do kataforezy spełnia najwyższe wymagania ochrony środowiska naturalnego. Przede wszystkim jest to proces zamknięty, w którym na bieżąco dolewana jest do wanien farba kataforetyczna. Dzięki temu materiał malarski jest wykorzystywany prawie całkowicie. Nie używane są też rozpuszczalniki organiczne, które są szkodliwe dla zdrowia. Wpływa to korzystnie na higienę pracy Oraz bezpieczeństwo pożarowe. Dodatkowo wszystkie szkodliwe opary, które powstają podczas "kąpieli" są zbierane przez system wentylacyjny, a następnie spalane. Według przedstawicieli przedsiębiorstw komunikacji miejskiej, kataforeza może zagwarantować najlepszą ochronę antykorozyjną autobusu, który jest wykorzystywany przez długi czas w ciężkich warunkach klimatycznych, jakie panują w Polsce.

W zakresie zaś zarzutu związanego z całkowitą masą pojazdu, Wykonawca wskazuje, iż przedział masy własnej 9350 kg - 13700 kg uwzględnia fakt, iż w zależności od ostatecznego wyposażenia, wersji i standardu wyposażenia pojazdy mogą osiągać różną wagę. Jednakże wszelkie pozostałe wartości, zarówno w Formularzu Oferty, jak

i „KOMPLETACJI OFEROWANEGO AUTOBUSU”, jednoznacznie potwierdzają, iż oferowany przez Wykonawcę autobus spełnia wymogi SIWZ.

W dniu 31.03.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło dodatkowe pismo procesowe Przystępującego zawierające pogłębioną, dodatkową argumentację odnośnie zarzutów Odwoływającego.

I.

W tym miejscu raz jeszcze powtórzyć należy, iż przywoływany przez Odwoływającego art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie odnoszą się do kwestii formalnych, lecz wyłącznie do sytuacji, gdzie (merytoryczna) treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ lub z przepisem ustawy. Zarzuty Odwoływającego są więc nietrafne.

Przywołuje orzecznictwo KIO - w szczególności:

a) wyrok z dnia 03.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 352/09,

b) wyrok z dnia 27.12.2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1442/07, KIO/UZP 1443/07.

II.

Odnosnie zarzutu dotyczącego odpisu z KRS dla Deutsche Bank Polska S.A. - powtórzyć wypada, iż Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty odpisu z KRS dla wystawcy gwarancji wadialnej, więc ewentualne uchybienia (dla których brak byłoby podstaw w tym przypadku) w takim dokumencie pozostają bez znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału przez Wykonawcę. Powołał wyrok KIO z dnia 11.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 141/10.

III.

W zakresie zarzutu dotyczącego rzekomego braku oryginałów dokumentu homologacji oraz dokumentu Raportu Technicznego (zapewne Odwoływacemu chodzi tu o Specyfikację Techniczną MAN A21), podkreślić należy, iż nawet, gdyby zarzuty Odwoływającego były prawdziwe (a nie są), to nie mogłoby to prowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy, lecz co najwyżej do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zatem powoływanie się przez Odwoływającego na art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ze względów proceduralnych, jest również nietrafne.

Niezależnie od powyższego nie należy zapominać, iż na podstawie SIWZ można wywieść tezę, że dokumenty powyższe nie były dokumentami wymaganymi przez SIWZ - w szczególności:

a) z SIWZ nie wynika, by wykonawcy mieli obowiązek złożyć dokumenty homologacji już wraz z ofertą - dokument homologacji nie jest nigdzie wymieniony wprost jako obligatoryjny załącznik do oferty (tak jak ma to miejsce w przypadku certyfikatu spełnienia przez silnik autobusów norm czystości spalin EURO 5 lub EEV); Tym bardziej, iż w treści Załącznika nr 1

do projektu umowy („Protokół zdawczo - odbiorczy Nr ..”) mowa jest o tym, iż: „Wraz z autobusem dostarczono Świadczenie Homologacji Typu Pojazdu”;

Zatem Zamawiający wymagał jedynie, by taki dokument przedstawić w chwili dostawy, przedstawienie tego dokumentu wraz z ofertą nie było wymagane - Wykonawca oczywiście mógł (ale nie musiał) przedstawić taki dokument wraz z ofertą, lecz nie może ponosić jakichkolwiek negatywnych konsekwencji z nieobligatoryjnego działania,

b) w zakresie tego, czy oferowany autobus spełnia wymagania SIWZ wyłącznym i decydującym punktem odniesienia była „Kompletacja oferowanego autobusu” (Załącznik nr 3 do SIWZ) - chociażby z uwagi na wyraźne nawiązanie do treści Załącznika nr 1 do SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”), jak i wskazanie, iż „Kompletacja...” dotyczy „Wymagania”, które oferowany autobus „Spełnia / Nie spełnia”; Co więcej, integralną częścią „Protokołu zdawczo - odbiorczego Nr” jest „dokument poświadczający zgodność kompletacji dostarczonego w dniu autobusu”

Specyfikacja techniczna zaś to dokument nie wymagany przez Zamawiającego, o charakterze technicznym i wewnętrznym - swoista „prezentacja”, jak producent wyobraża sobie szczegóły techniczne wykonania oferowanego autobusu. Na przykład, jak się ma „Podgrzewana elektrycznie szyba przedniej tablicy informacyjnej lub nadmuch ciepłego powietrza” (wymóg z Załącznika nr 3) do „076CF Przednia część podgrzewana”. Jest oczywiste, iż Zamawiający wymóg z Załącznika nr 3 ocenia poprzez treść wpisu dokonanego przez Wykonawcę w sąsiadującej tabeli Załącznika nr 3, a nie przez treść dodatkowych wewnętrznych dokumentów. Ustawa - Prawo zamówień publicznych nie zabrania dołączać do oferty materiałów dodatkowych, niewymaganych, w szczególności w celu lepszego zaprezentowania wybranych aspektów lub funkcjonalności oferowanych towarów lub usług. Jednak, co ważne, z dobrowolnie przedstawionych dokumentów nie mogą wynikać dla wykonawców negatywne skutki w postępowaniu. Powołał wyrok KIO z dnia 19.12.2007 r., KIO/UZP 1426/07.

IV.

W kontekście powyższego, jako nietrafny i bezzasadny należy też widzieć zarzut Odwołującego, jakoby Wykonawca rzekomo złożył ofertę częściowo obcojęzyczną. Skoro Specyfikacja Techniczna MAN A 21 nie była dokumentem obligatoryjnym, nie można wyprowadzać z niej jakichkolwiek, negatywnych dla Wykonawcy, skutków prawnych także w zakresie języka dokumentacji.

Niezależnie od powyższego nie można również zapominać, iż chodzi tu o kilkanaście wyrazów na kilkadziesiąt stron dokumentacji, przy czym wyrazy w języku obcym dotyczą tu niewątpliwie terminologii technicznej, łatwo zrozumiałej dla osób zaangażowanych w branżę komunikacji miejskiej.

V.

Całkowicie bezzasadny jest zarzut Odwołującego, jakoby oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż miałyby rzekomo nie spełniać warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.

Zarzut ten, całkowicie gołosłowny i nie poparty jakimikolwiek dowodami (mimo treści art. 190 ust. 1 Pzp), jest także nietrafny. Podwykonawstwo, jako forma uczestnictwa podmiotu trzeciego w procesie realizacji zamówienia - przez realizację części przedmiotu zamówienia, ma istotne znaczenie przy zamówieniach na roboty budowlane, gdzie podwykonawca wykonuje część robót budowlanych na nieruchomości zamawiającego, a więc bezpośrednio uczestniczy w procesie realizacji zamówienia. Podobnie rzecz się ma przy okazji dostawy z montażem, gdzie zamontowanie (element przedmiotu zamówienia) realizować ma podmiot trzeci. Jednakże przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa autobusów, a nie, np., ich montaż u Zamawiającego - Zamawiający postawił jedynie warunek, by oferowane autobusy były fabrycznie nowe, tj. wyprodukowane w roku realizacji dostawy. Zatem Zamawiający nie narzucał warunku, by oferowane autobusy były przez wykonawców wyprodukowane (co zresztą byłoby sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji).

Nadto należy wspomnieć, iż Wykonawca z sukcesem od lat zrealizował i realizuje szereg zamówień publicznych dla jednostek samorządu terytorialnego i przedsiębiorstw komunikacji miejskiej - w ilości już ponad tysiąc sztuk, co ewidentnie przeczy tezie Odwołującego, jakoby Wykonawca nie posiadał odpowiedniego potencjału technicznego. Co więcej, zakłady MAN w Polsce wyprodukowały prawie 10.000 sztuk autobusów, dając zatrudnienie wielu polskim pracownikom (w tym także w firmach podwykonawczych).

Twierdzenie, iż firma, która od kilkadziesiąt lat dostarcza w całej Europie autobusy komunikacji publicznej, nie ma potencjału technicznego do wykonania przedmiotowego zamówienia (12 sztuk autobusów) jest więcej niż nieprawdziwe.

Zatem formułowanie (niezgodnych z prawdą i gołosłownych) zarzutów Odwołującego w tym zakresie jest bezpodstawne i nietrafne.

VI.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, jakoby Wykonawca zaoferował jedynie 5 nagrzewnic w oferowanym autobusie, podnieść należy również, iż:

a) Zarówno w pkt. 13.1. Załącznika nr 1 do SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”) oraz w Wymaganiach w pkt. 13.1. Załącznika nr 3 do SIWZ („Kompletacja oferowanego autobusu”) mowa jest o tym, iż: „Grzejniki konwektorowe lub nagrzewnice nadmuchowe w przedziale pasażerskim wykorzystujące ciepło z układu chłodzenia silnika lub z niezależnego ogrzewania. W przypadku zastosowania wyłącznie nagrzewnic nadmuchowych ich liczba powinna wynosić min. 6.”

b) Zatem wykonawca mógł zaoferować:

1. grzejniki konwektorowe, lub

2. nagrzewnice nadmuchowe - z tym, że jeśli oferował wyłącznie nagrzewnice nadmuchowe to musiał zaoferować minimum 6 sztuk.

c) Jak wynika z „Kompletacji oferowanego autobusu” załączonej do oferty Wykonawcy - zaoferował on: „Grzejniki konwektorowe i nagrzewnice nadmuchowe w przedziale pasażerskim wykorzystujące ciepło z układu chłodzenia silnika lub z niezależnego ogrzewania. Ilość 6 sztuk”.

d) Wynika to z faktu wykorzystywania w oferowanym autobusie zarówno grzejników konwektorowych, jak i nagrzewnic nadmuchowych - zdaniem Wykonawcy, w takim wypadku Zamawiający nie przewidział konieczności zaoferowania minimalnej ilości grzejników i nagrzewnic. Zatem oferowany autobus spełnia wymagania SIWZ, przy czym w istocie dysponuje on co najmniej 6 urządzeniami o funkcji nagrzewnic nadmuchowych.

VII.

Jako niezasadny ocenić również należy zarzut dotyczący kwestii żeliwa sferoidalnego - Wykonawca stanowczo zaprzecza twierdzeniom Odwołania, jakoby oferowane przez Wykonawcę pojazdy były niezgodne z SIWZ. Wskazał na wyrok KIO z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1830/09.

Odwołujący zaś ogranicza się do gołosłownych zarzutów, które opiera na wrywkowych fragmentach SIWZ - interpretowanych wyłącznie na korzyść swojej tezy.

Warto zatem zwrócić uwagę, iż pkt. 14.1. Załącznika nr 1 do SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”) oraz w Wymaganiach w pkt. 14.1. Załącznika nr 3 do SIWZ („Kompletacja oferowanego autobusu”) mówi: *„Samonośne, wykonane ze stali wysokiej jakości, zabezpieczonej przed korozją w procesie kateforezy lub z materiałów odpornych na korozję (stal nierdzewna, aluminium, tworzywa sztuczne) zapewniających min. 12 letnią eksploatację. Wszystkie wewnętrzne powierzchnie profili zabezpieczone przed korozją. Profile wyposażone w otwory ściekowe do usuwania wody. Wszystkie zewnętrzne powierzchnie profili zabezpieczone dodatkowo preparatem odpornym na wodę, chemiczne środki utrzymania dróg, uderzenia kamieni itp.”*

Nadwozie pojazdów oferowanych przez Wykonawcę spełnia warunki SIWZ - jako wykonane z ze stali wysokiej jakości, zabezpieczonej przed korozją w procesie kateforezy.

Godzi się zatem także zauważyć, iż Zamawiający nie wskazał, by nadwozie musiało być wykonane wyłącznie ze stali po kateforezie, stali nierdzewnej, aluminium lub tworzyw sztucznych - wydaje się, iż Zamawiającemu chodziło, by zasadniczym materiałem, z jakich miałyby zostać wykonane nadwozie był jeden z przedstawionych materiałów. Tym bardziej, że w praktyce nie jest możliwe wykonanie nadwozia wyłącznie z tych materiałów (każdego połączenia, spawu lub śrubki) - każde nadwozie zawiera też części lub elementy, które nie są stalą po kateforezie, stalą nierdzewną, aluminium lub tworzywem sztucznym.

Co więcej, wymóg zapewnienia możliwości uczestniczenia w przetargu jak najszerzego grona wykonawców powoduje, iż interpretacja powyższego zapisu powinna iść w kierunku zapewniającym szerszą i uczciwą konkurencję - jest bowiem powszechnie wiadomym, iż jedynym podmiotem w Polsce oferującym nadwozie i podwozie wykonane z tego samego materiału jest właśnie Solaris Bus & Coach S.A. Zatem interpretacja prezentowana przez Odwołującego prowadziłaby do wniosku, iż tylko jeden wykonawca był w stanie spełnić wymagania SIWZ (choć w istocie również nadwozie autobusów tej firmy nie jest wykonane wyłącznie z jednego typu materiału).

Ponadto Odwołujący wybiórczo interpretuje zapisy SIWZ - po pierwsze, nie odnosi się w ogóle do kwestii rozróżnienia pojęcia „nadwozia” od „podwozia” (co miało miejsce w przetargu organizowanym przez Miasto Białystok), zaś po drugie, pomija zapis pkt XVII. 4. SIWZ używa określenia: „Materiał elementów konstrukcyjnych szkieletu nadwozia, szkieletu/kratownicy”. Zatem sam Zamawiający rozróżnia jeszcze węższe pojęcie „szkieletu nadwozia”, a więc pewnych podstawowych elementów, składających się na podstawową konstrukcję (szkielet) nadwozia.

Zauważyć zatem ponowić należy, iż pojazdy oferowane przez Wykonawcę są oparte na konstrukcji szkieletu nadwozia wykonanego ze specjalnej stali konstrukcyjnej o wysokiej wytrzymałości zabezpieczonej antykorozyjnie metodą kataforezy całopojazdowej.

Według przedstawicieli przedsiębiorstw komunikacji miejskiej, kataforeza może zagwarantować najlepszą ochronę antykorozyjną autobusu, który jest wykorzystywany przez długi czas w ciężkich warunkach klimatycznych, jakie panują w Polsce.

VIII.

W zakresie zaś zarzutu związanego z całkowitą masą pojazdu, Wykonawca wskazuje, iż dla oceny zgodności z SIWZ wyłączną i decydującą była wartość dopuszczalnej masy całkowitej oferowanego pojazdu (tylko taka wartość pojawia się w Załączniku nr 1 do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt I.5.).

Zatem to wartość dopuszczalnej masy całkowitej była elementem, które podlegał ocenie z punktu widzenia SIWZ, natomiast masa własna autobusu nie miała żadnego znaczenia w tym zakresie i stanowiła co najwyżej informację pomocniczą, bez znaczenia dla wymaganych parametrów oferowanego pojazdu.

Co więcej, dopuszczalna masa całkowita była wartością determinującą i punktem wyjścia dla przygotowania ostatecznej wersji oferowanego pojazdu. Odwołujący jednak, kolejny raz, przyjmuje, korzystną wyłącznie dla siebie, optykę i wychodzi od wartości niezawartej w „Opisie przedmiotu zamówienia”.

Przywołał orzecznictwo KIO:

a) wyrok KIO z dnia 12.11.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2350/10,

b) wyrok KIO z dnia 29.10.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2266/10, KIO/UZP 2267/10,

Nadto, w zakresie wszystkich opisanych powyżej zarzutów Odwołującego należy mieć na uwadze także dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

IX.

Na zakończenie zaś Wykonawca chciałby zauważyć, iż w jego ocenie przedmiotowe Odwołania stanowi jedynie próbę przeciągnięcia w czasie realizacji przetargu, z oczywistą szkodą dla interesu publicznego, co wynika zarówno z faktu, iż Odwołujący próbuje podważyć ofertę najtańszą, jak i z faktu, iż postępowanie odwoławcze powoduje zagrożenie dla wykonania II Etapu projektu „Modernizacji systemu transportu publicznego w Zamościu”, co dodatkowo naraża Zamawiającego na możliwość utraty dofinansowania z funduszy unijnych.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami treści SIWZ, a w szczególności wyjaśnieniami i zmianą SIWZ z dnia 28.01.2011 r., ofertą Przystępującego, pismami Zamawiającego z dnia 02.03.2011 r., odpowiedziami Przystępującego z dnia 07.03.2011 r., na oba pisma, wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 14.03.2011 r., odwołaniem, przystąpieniem do postępowania, pismem Przystępującego z dnia 31.03.2011 r., odpowiedzią na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, dodatkowym pismem Odwołującego złożonym na rozprawie oraz dowodami, tj. 5 zdjęciami nadwozia MAN, wyciągiem z opisu technicznego MAN typu A 21, MIDI oraz innego nie wskazanego typu, wyciągiem opisu techniczno-eksploatacyjnym Man typu A 21, wyciągiem z oferty na rzecz Białegostoku oraz Suwałki – autobusu MAN typu A 21, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert (kryterium: cena – 65%, warunki techniczne – 30%, warunki gwarancji – 5 %), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, postanowienia SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, a w szczególności wyjaśnienia i zmianę SIWZ z dnia 28.01.2011 r., ofertę Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 02.03.2011 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 07.03.2011 r., na oba pisma, wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 14.03.2011 r., odwołanie, przystąpienie do postępowania, pismo Przystępującego z dnia 31.03.2011 r., odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, dodatkowe pismo Odwołującego złożone na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu, a także dowodami, tj. 5 zdjęciami nadwozia MAN, wyciągiem z opisu technicznego MAN typu A 21, MIDI oraz innego nie wskazanego typu, wyciągiem opisu techniczno-eksploatacyjnym Man typu A 21, wyciągiem z oferty na rzecz Białegostoku oraz Suwałki – autobusu MAN typu A 21 (do których odniesie się szczegółowo w dalszej części orzeczenia).

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Względem pierwszej grupy zarzutów (I):

1) W pierwszej kolejności zarzutu, jakoby część oferty Wykonawcy, tj. odpis z KRS dla MAN BUS Spółka z o. o. (str. 30 do 38 oferty Przystępującego), nie została poświadczona za zgodność z oryginałem przez uprawnione osoby, w szczególności przez Wykonawcę.

2) Następnie zarzutu, jakoby część oferty, tj. odpis z KRS dla Deutsche Bank Polska S.A. (str. 182 do 186 oferty Przystępującego) został złożony w sposób niezgodny z wymogami SIWZ i przepisami prawa.

3) W zakresie zarzutu dotyczącego dokumentu homologacji (str. od 67 do 71 oferty Przystępującego) oraz dokumentu Raportu Technicznego (od str. 72 do 137 oferty Przystępującego). Izba uznała za wszystkie niniejsze zarzuty nie potwierdziły się.

Względem zarzutu 1 z I grupy – w ocenie Izby nie miało miejsce naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2, czy też art. 89 ust.1 pkt 1 w zw. z § 6 ust.1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji, także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje, że naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp ma miejsce tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z SIWZ o charakterze merytorycznym, a nie formalną. W pewnych wypadkach za taki błąd formalny można uznać brak poświadczenia za

zgodność z oryginałem np.: całości dokumenty, a tylko jego fragmentów. Podobnie w wyroku KIO z dnia 15.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 277/08, sygn. akt: KIO/UZP 286/08, czy też wyroku KIO z dnia 17.03.2011 r., sygn. akt: KIO/434/11.

Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby, zasadna jest argumentacja Zamawiającego i Przystępującego z rozprawy, iż nie mamy do czynienia z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Pzp (także pismo Przystępującego w tej materii z dnia 07.03.2011 r., czy też analiza postanowień SIWZ – pkt VIII ppkt 5 lit. c i d). Jednakże, gdyby tak miało miejsce, po nieskutecznym wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp, powinien on być wykluczony z udziału w postępowaniu, a odrzucenie byłoby tylko jego skutkiem. Po drugie, zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp także jest chybiony z tych względów, zaś ewentualne uznanie zasadności wskazanego uchybienia skutkowałoby wykluczeniem z udziału w postępowaniu, a odrzucenie byłoby tylko jego skutkiem. Po trzecie, zarzut dotyczy dokumentu, który nie był literalnie wymagany w SIWZ, ani też przepisami rozporządzenia, stąd wyciąganie z niego negatywnych konsekwencji jest nieporozumieniem. Łączenie konieczności jego załączenia z pkt IX ppkt 4 lit. d SIWZ byłoby nadinterpretacją, przyjęcie z kolei odmiennej interpretacji skutkowałoby wymogiem uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z tego tytułu.

Względem zarzutu 2 z I grupy – w ocenie Izby nie miało miejsce naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2, czy też art. 89 ust.1 pkt 1 w zw. z § 6 ust.1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji, także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje w tym zakresie, nie miało miejsce naruszenie w/w przepisów. Niniejszy dokument nie był dokumentem wymaganym postanowieniami SIWZ, także przepisy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów milczą w tym zakresie. Takowy wymóg byłby nadmierny, brak podstaw do jego uznania tak na podstawie SIWZ, jak i przepisów Pzp. Podobnie wskazuje wyrok KIO z dnia 04.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1961/09, który Izba uznaje za trafnie wskazany przez Zamawiającego. Postanowienia SIWZ dotyczące wadium przywołane przez Odwołującego na rozprawie (pkt XIV ppkt 18.2 w zw. z pkt XII) nie tak stanowią, jak wywodzi, zasadna była polemika Przystępującego. Jednocześnie argumentacja z rozprawy Odwołującego, daje podstawy do uznania, że formalna podstawa zarzutu, powinna dotyczyć art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Okoliczność wskazana na rozprawie przez Zamawiającego odnośnie poświadczenia za zgodność z oryginałem na ostatniej stronie kopii KRS-u daje także podstawy do uznania, że zaistniała co najwyżej niezgodność formalna z SIWZ. Ponadto, polemika Odwołującego z rozprawy w tym zakresie jest niezgodna z literalnym brzmieniem zarzutu: „przy żadnym z podpisów”.

Względem zarzutu 3 z I grupy – w ocenie Izby nie miało miejsce naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2, czy też art. 89 ust.1 pkt 1 w zw. z § 6 ust.4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji, także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje w tym zakresie, nie miało miejsce naruszenie w/w przepisów. Po pierwsze, odnośnie dokumentu homologacji (str. od 67 do 71 oferty Przystępującego) i dokumentu Raportu Technicznego (od str. 72 do 137 oferty Przystępującego) należy generalnie wskazać, że odnośnie pierwszego z dokumentów, brak było wyraźnego wymogu załączenia do oferty (pkt XIV ppkt 18 SIWZ, a w szczególności pkt IX ppkt 4 SIWZ), w odróżnieniu do etapu późniejszego, gdyż należało dostarczyć świadectwo homologacji danego typu pojazdu wraz z dostawą autobusów (Załącznik nr 1 do projektu umowy „*Protokół zdawczo-odbiorczy Nr: „Wraz z autobusem dostarczono Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu”*). Przywołany przez Odwołującego postanowienie SIWZ z pkt III ppkt 2 ma charakter generalny i nie dotyczy etapu składania ofert. Odnośnie argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, iż tak dokument homologacji, jak i drugi dokument stanowią dokumenty dodatkowe będące rozwinięciem oświadczenia o spełnianiu normy emisji spalin EEV. To odnośnie dokumentu homologacji, to biorąc pod uwagę treść przedmiotowego oświadczenia ze str. 66 oferty Przystępującego, Izba uznała że miało to miejsce. Jednakże, w drugim wypadku, w ocenie Izby mamy dokument wymagany w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp, czyli dokument o charakterze dokumentacji technicznej z pkt IX ppkt 4 lit. a SIWZ). Niniejszy dokument zawiera także w ramach Raportu Technicznego (*sensu stricto* od str. 72 do 77 oferty Przystępującego) - tzw. dokument informacyjny (od str. 78 do 137 oferty Przystępującego), Izba dostrzegła zawarte na str. 78 oferty Przystępującego sformułowanie, iż służy niniejszy do celów homologacyjnych, czy też, że sam Raport Techniczny jest raportem z badania dla celów homologacyjnych, jednakże uznała, iż w tym wypadku z uwagi na jego zawartość właściwym jest zakwalifikowanie całego Raportu Technicznego jako dokumentacji technicznej oferowanego autobusu. Jednakże, niniejsze nie czyni koniecznym uznanie zarzutów, gdyż są one przedwczesne, z uwagi na obligatoryjną konieczność zastosowania art. 26 ust.3 Pzp względem oryginału tłumaczenia Raport Technicznego.

Względem drugiej grupy zarzutów (II):

Odnośnie zarzutu, że Przystępujący złożył ofertę częściowo obcojęzyczną, co w konsekwencji skutkowało naruszeniem przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt XIV ppkt 4 SIWZ poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy sprzecznej z ustawą oraz nieodpowiadającej treści SIWZ, to znaczy niezawierającej dokumentów w oryginale lub w kopii poświadczonych za zgodność

z oryginałem w języku polskim lub w języku obcym wraz z tłumaczeniem. Izba uznał niniejszy zarzut za nie potwierdzony. Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji, także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje w tym zakresie, nie miało miejsce naruszenie w/w przepisów.

Fragmenty przywołane przez Odwołującego dotyczą generalnie tzw. dokumentacji technicznej – MAN A 21 dla Miasta Zamość – wydruk komputerowy (od str. 138 do 155 wraz z załączonym rysunkiem). Biorąc pod uwagę określenie statusu Raportu Technicznego, tym bardziej w tym wypadku należy uznać, że zarzut odrzucenia jest co najmniej przedwczesny, gdyż w wypadku uznania zaistnienia sformułowań, które biorąc pod uwagę argumenty Odwołującego z rozprawy, nie mają charakteru specjalistycznego, z uwagi na bezsprzeczny status dokumentacji technicznej w tym wypadku, Zamawiający winien w tym zakresie zastosować art. 26 ust.3 Pzp, tzn. dostarczyć tłumaczenie tych fragmentów niniejszego dokumentu, które zawierają sformułowania obcojęzyczne nie mieszczące się w zakresie wyjątków ukształtowanych przez orzecznictwo KIO i sądów powszechnych. Izba wskazuje, że zasadna jest argumentacja Odwołującego co do zasady, odnośnie prymatu języka polskiego i możliwości dopuszczenia składania oferty w języku obcym tylko na skutek wyraźnej zgody zawartej w SIWZ. Jednakże stanowisko Zamawiającego i Przystępującego z rozprawy, nie jest pozbawione podstaw, odnośnie bowiem nazw własnych, zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej, znaków towarowych, nazw handlowych oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług, orzecznictwo dopuszcza wyjątki (wyrok KIO z dnia 23.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 698/08, czy też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 08.09.2005 r., sygn. akt: V Ca 886/05). Kwestia oceny, które z tych sformułowań w dokumentacji technicznej (str. od 138 do 155 wraz z załączonym rysunkiem) mają taki charakter winien ocenić tłumacz przysięgły. Z tych względów konieczne jest uzupełnienie niniejszego dokumenty o tłumaczenie z uwzględnieniem niniejszych wyjątków.

Względem trzeciej grupy zarzutów (III):

1) Zarzutu zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego, z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca nie spełnia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym ani osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a co za tym idzie narusza art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, oraz pkt VIII ppkt 1 lit c) SIWZ. W kontekście wykonania zamówienia samodzielnie, tj. bez wykorzystania pomocy podwykonawców, w sytuacji kiedy Przystępujący bez pomocy podmiotów trzecich nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia. W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2) Zarzutu zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego, tj. naruszenia art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w kontekście:

a) pkt II ppkt 13 załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” - pkt „II. Wymagania dotyczące kompletacji”, czy też pkt 13.1 załącznika nr 3 do SIWZ: „Kompletacja oferowanego autobusu” - grzejniki konwektorowe/nagrzewnice;

b) pkt 14 tabeli Nadwozie kolumny 3 pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, czy też pkt 14 Nadwozie kolumny 3 pkt 1 załącznika nr 3 do SIWZ - nadwozie (w tym wypadku również zarzut - naruszenia uczciwej konkurencji i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp);

c) po pierwsze, masy własnej autobusu, która nie spełnia wymagań określonych w SIWZ przez Zamawiającego, po drugie, uznania, że w zakresie masy własnej autobusu mamy do czynienia z oferta wariantową. Izba uznała za wszystkie niniejsze zarzuty są niezasadne.

Względem zarzutu 1 z III grupy – w ocenie Izby nie miało miejsce naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, oraz pkt VIII ppkt 1 lit c) SIWZ, ani też art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji, także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje w tym zakresie, nie miało miejsce naruszenie w/w przepisów. Przystępujący samodzielnie wykazał wymaganą wiedzę i doświadczenie przedkładając stosowny wykaz wraz z referencjami (od str. 39 do 43 oferty Przystępującego). Po drugie, biorąc pod uwagę obowiązujące postanowienia SIWZ, Przystępujący nie musiał posiłkować się potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wystarczające bowiem było załączenie do oferty stosownego oświadczenia, co uczynił (str. 26 oferty Przystępującego). Ponadto, Izba przychyliła się do definicji podwykonawcy (w kontekście deklaracji wykonania zamówienia samodzielnie – str. 4 oferty Przystępującego) przedstawionej na rozprawie, z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, którym jest tylko dostawa. Na marginesie należy wskazać, że dokumenty załączone na str. 27, 28 i 29 oferty winny być co najwyżej interpretowane w kontekście pkt IX ppkt 4 lit. d) SIWZ, nie zaś udostępnienia potencjału podmiotu technicznego w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Pzp. W tym kontekście KRS-u MAN Bus Spółka z o. o. w ogóle nie był wymagany – także w pkt IX ppkt 4 lit. d) SIWZ i w ogóle także z tego tytułu nie można wyciągać wobec Przystępującego negatywny skutków. Inna interpretacja skutkowałaby z kolei możliwością uzupełnienia z tego tytułu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Na powyższe Izba wskazywała już powyżej w ramach pierwszego zarzutu I grupy.

Względem zarzutu 2 lit. a z III grupy – w ocenie Izby nie miało miejsce naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp. Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji,

także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje w tym zakresie, nie miało miejsce naruszenie w/w przepisów. Obowiązujące postanowienia SIWZ w zakresie będącym przedmiotem sporu dają jednoznaczna podstawę do uznania argumentacji Przystępującego za zasadnej. W wypadku zaoferowania w sposób mieszany nagrzewnic nadmuchowych i grzejników konwektorowych Zamawiający nie określił minimalnej wymaganej liczby, uczynił to tylko w wypadku zaoferowania wyłącznie nagrzewnic nadmuchowych. Odnośnie sprzeczności między oświadczeniem ze str. 145 oferty, a deklaracją ze str. 4 ofert Przystępującego, Izba wskazuje, że co do zasady można zgodzić się z tezami Odwołującego. Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym, Izba określiła status dokumentu – dokumentacji technicznej – MAN A 21 dla Miasta Zamość – wydruk komputerowy (od str. 138 do 155 wraz z załączonym rysunkiem). W konsekwencji podlega on obligatoryjnemu wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, w wypadku zaistnienia takiej konieczności. W odróżnieniu od wezwania w trybie art. 87 ust.1 Pzp, które ma charakter fakultatywny, ale z uwagi na art. 7 ust.1 Pzp winno być każdorazowo także rozważone przez Zamawiającego. Konkludując zaistniała rozbieżność nie może automatycznie powodować odrzucenie z uwagi na oblig. Z art. 26 ust.3 Pzp. Nawet ewentualne rozszerzenie dokumentu uzupełnieniem, z uwagi na jego status jest dopuszczalne. Zarzut jest więc przedwczesny. Wyjaśnienie złożone na rozprawie winno zostać w trybie przedstawionym powyżej potwierdzone, że wskazaniem, gdzie w dokumentacji technicznej jest mowa o grzejniku konwektorowym, lub złożeniem stosownego uszczegółowienia.

Względem zarzutu 2 lit. b z III grupy – w ocenie Izby nie miało miejsce naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp (w tym wypadku również zarzut - naruszenia uczciwej konkurencji i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp). Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji, także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje w tym zakresie, nie miało miejsce naruszenie w/w przepisów. Odnośnie przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie dowodów, załączone zdjęcia Izba nie dopuszcza, wskazując, iż mimo ustnego podania źródła pochodzenia, nie wynika ono z przedłożonego wydruku, z tych względów zasadnie jest kwestionowane przez Przystępującego. Część materiałów dotyczy innego typu autobusu MAN typu A 23, jeden z wydruków nie wskazuje typu autobusów i jest nieczytelny (osoby podpisujące). Jeden z opisów dotyczy autobusu Man typu A 23 nie pozwalaj, jednakże na identyfikację na rzecz kogo złożono ofertę i kiedy. Izba dopuściła jedynie wyciąg z oferty z Białegostoku (Białymstoku) oraz Suwałk. Jednakże, ich wartość dowodowa jest niewielka, gdyż nie znane są postanowienia SIWZ w tych postępowaniach. Należy wskazać, że odmienność postanowień w Białymstoku była podnoszona przez Przystępującego.

Oдноśnie meritum sporu, w ocenie Izby, postanowienia SIWZ, tj. załącznika nr 3 do SIWZ pkt 14 ppkt 1, ale również pkt XVII ppkt 4 „warunki techniczne”, dają podstawę do uznania, że pozwalały na złożenie oferty o takiej treści, jaka została złożona. Postanowienia SIWZ podnoszone przez Odwołującego pozwalają na różnorakie interpretacje, także przedstawione na rozprawie przez Przystępującego. Brak odniesienia w SIWZ, wyodrębnienia – podwozia jest okolicznością nie pozostającą bez wpływu na sam charakter postanowień SIWZ. Daje to podstawę do interpretacji, także fakt, że przy ocenie warunków technicznych jest mowa o szkielecie nadwozia jest kolejnym elementem czyniącym postanowienia SIWZ niejednoznacznymi. Izba istotnie zauważa, że sporny katalog materiałów nie ma charakteru: „tylko i wyłącznie”, jak i nie ma tam określenia: „np.”. To także czyni je podatnymi na interpretacje. Izba wskazuje, że niejednoznaczność postanowień SIWZ, w tym zakresie nie może wpływać negatywnie na sytuację Wykonawcy, w tym wypadku Przystępującego. (podobnie w kwestii niejednoznaczności SIWZ w wyroku KIO z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1641/09, czy też wyroku KIO z dnia 01.07.2010 r., sygn. akt: KIO/1233/10). Należy zauważyć, że kwestionowana belka z żeliwa sferoidalnego, jak wynika z dwóch materiałów dowodowych dopuszczonych przez Izbę, w ramach całej konstrukcji ma właściwości porównywalne z właściwościami stali nierdzewnej. Z tych względów Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Względem zarzutu 2 lit. c z III grupy – w ocenie Izby nie miało miejsce naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp. Po analizie postanowień SIWZ przywołanych przez strony i Przystępującego, jak i całości dokumentacji, także oferty Przystępującego oraz złożonych pism i oświadczeń, Izba wskazuje w tym zakresie, nie miało miejsce naruszenie w/w przepisów. Odnośnie kwestii masy własnej autobusu, Izba wskazuje, że elementem wymaganym przez postanowienia SIWZ była – dopuszczalna masa całkowita pojazdu - oferta Przystępującego deklaruje w tym zakresie maksymalną dopuszczalną masę całkowitą pojazdu (autobusu) ze str. 9. Kwestia masy własnej autobusu nie była przedmiotem regulacji przez postanowienia SIWZ, w konsekwencji w tym zakresie nie może mieć miejsca niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ. Należy wskazać także, że nie było zarzutu poświadczenia nieprawdy. Izba dodatkowo podnosi, że dla potrzeb niniejszego zarzutu zapoznała się z Raportem Technicznym, w zakresie Dokumentu informacyjnego, w jej ocenie, nie potwierdza ona argumentacji Odwołującego, świadczy na korzyść Przystępującego (str. 87 oferty Przystępującego).

Oдноśnie masy własnej autobusu w kontekście oferty wariantowej, Izba również oddaliła zarzut, zauważając, że został zaoferowany określony typ autobusu, a nie kilka. Zaś kwestionowany przedział wynika z faktu, że chociażby do celów homologacji: „dla każdej konfiguracji technicznej możliwe jest podanie kilku wartości” (str. 92 oferty Przystępującego). Jednocześnie należy podnieść, że wskazanie masy własnej autobusu nie było wymagane

postanowieniami SIWZ, więc brak podstaw prawnych do odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, w wypadku analizy zarzutu w oderwaniu od kwestii wariantowości.

Wobec nie uwzględnienia wskazanych powyżej zarzutów Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp (IV grupa).

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....