

Sygn. akt: KIO/ 1940 /10

WYROK

z dnia 24 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo – Osiedle 62 – 005 Owińska, ul. Obornicka 46** w postępowaniu prowadzonym przez **Szczecińsko – Polickie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 72 – 010 Police, ul. Fabryczna 21**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowną ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Szczecińsko – Polickie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 72 – 010 Police, ul. Fabryczna 21 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo – Osiedle 62 – 005 Owińska, ul. Obornicka 46,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 15.000 zł 00 gr. (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Szczecińsko – Polickie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 72 – 010 Police, ul. Fabryczna 21** na rzecz **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo – Osiedle 62 – 005 Owińska, ul. Obornicka 46** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia 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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szczecińsko - Polickie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Policach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 13 sztuk fabrycznie nowych autobusów niskopodłogowych. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 14 lipca 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 30 sierpnia 2010 r. Zamawiający, w formie faksu, poinformował wykonawcę - Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna ul. Obornicka 46 Bolechowo - Osiedle 62-005 Owińska (dalej: „Odwołujący” lub „Solaris”) o rozstrzygnięciu postępowania i o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą okazała się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum MAN TRUCK & BUS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MAN BUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „MAN” lub „Konsorcjum”).

W dniu 8 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Solaris.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy;
4. art. 89 ust. 2 ustawy oraz art. 89 ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy.

Odwołujący żądał:

1. powtórzenia czynności oceny i badania ofert przez Zamawiającego,
2. wykluczenia wykonawcy MAN skutkującego odrzuceniem jego oferty,
alternatywnie:
3. odrzucenie oferty wykonawcy MAN a w konsekwencji dokonanie wyboru

jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego się.

W uzasadnieniu odwołania podnosił:

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp a w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp

W opinii Odwołującego, w treści gwarancji wadialnej przedstawionej przez MAN sformułowany jest warunek, który stoi w ewidentnej sprzeczności z wymaganiem Zamawiającego. Przedstawiona gwarancja bankowa przewiduje warunek, ponieważ ewentualna realizacja zapłaty wadium ma być poprzedzona czynnością, której należy dokonać za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek bankowy Zamawiającego. Bank Zamawiającego ma bowiem dokonać czynności potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, że żadne ogólnie obowiązujące w ramach prawa bankowego przepisy nie wymuszają jej treści, czy też dodatkowego warunku wprowadzonego przez wystawcę gwarancji, o czym świadczyć może choćby fakt, iż oferta Solaris która również zawierała wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej przez inny bank, nie przewidywała takiego warunku. Wobec tego, Solaris stwierdził, że warunek wprowadzony przez wystawcę gwarancji jest zupełnie dowolnym, uznaniowym i niczym nieuzasadnionym żądaniem ze strony banku wystawiającego gwarancję na polecenie wykonawcy MAN. Odwołujący twierdził, że weryfikacja poprawności formalnej złożenia każdego oświadczenia woli przez osoby reprezentujące osobę prawną może nastąpić na wiele innych sposobów np. w drodze oświadczenia złożonego przez samego gwaranta lub poprzez badanie odpisu z KRS, który jest powszechnie jawny i z łatwością dostępny (nawet w formie elektronicznej dla każdego zainteresowanego). Dla Zamawiającego zaś taki warunek (koniczność pośrednictwa banku w składaniu oświadczeń woli) jest nie tylko naruszeniem wymaganej zasady bezwarunkowości, ale ponadto dodatkową czynnością która nie dość że czasochłonna i jak każda czynność bankowa - wiążącą się z kosztami, to ponadto niekoniernie automatycznie objęta umową łączącą go z bankiem, a co za tym idzie potencjalnie narażająca go na ryzyko (w sytuacji gdy bank np. odmówi pośrednictwa czy weryfikacji prawdziwości składanych podpisów z uwagi na brak stosownej umowy dla takich czynności) odmowy wypłaty zabezpieczenia w ramach udzielonej gwarancji.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści oferty MAN we fragmencie - opis techniczno - eksploatacyjny (załącznik nr 5) - uznał za oczywistą omyłkę deklarację wykonawcy w zakresie skrzyni biegów i dokonał korekty poprzez zamianę producenta i rodzaju oferowanej skrzyni biegów w ten sposób, że automatyczną, czterobiegową skrzynię biegów VOITH 864.5 SENSOTOP zamienił na automatyczną, sześciobiegową ZF 6 AP 1400B. Zdaniem Odwołującego takiej niezgodności w treści oferty w żadnym wypadku nie można zakwalifikować jako omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Odwołujący podkreślał, że uprzednio deklarowana przez wykonawcę MAN skrzynia biegów nie spełniałaby określonego w postanowieniach siwz warunku zatem podlegałaby odrzuceniu. W opinii Solaris powyższa niezgodność nie może być traktowana jako oczywista omyłka, albowiem musiałby być to oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, co zaś określa się w orzecznictwie jako: „widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. W istocie wpisana przez wykonawcę MAN, niespełniająca wymogów siwz skrzynia biegów, nie może być w ogóle uznana za omyłkę, albowiem w dalszej części oferty wykonawca wielokrotnie powtarza deklarację o wyposażeniu pojazdu właśnie w skrzynię biegów czterobiegową producenta VOITH. W tych miejscach Zamawiający nie dokonał poprawienia oferty, co sprawia, że mamy do czynienia z sytuacją gdzie nawet przy dokonaniu tej jednej poprawki w przeważającej treści oferty wykonawcy MAN nadal częściej pojawia się deklaracja czterobiegowej skrzyni biegów VOITH, zaś tylko w jednym, poprawionym przez Zamawiającego zapisie znajduje się skrzynia biegów - sześciobiegowa producenta ZF. Odwołujący stwierdził, że nawet taka próba „ratowania” poprawności treści oferty wykonawcy MAN nie jest zasadna w zestawieniu z innymi postanowieniami siwz, albowiem Zamawiający w rozdziale XV pkt. 4 siwz przewidział dla obu zamawianych typów autobusów warunek, aby były to autobusy: „tej samej marki i typu, posiadające takie samo wyposażenie i podzespoły”. Zdaniem Odwołującego warunek ten należy rozumieć jako wymóg Zamawiającego zmierzający do unifikacji używanych autobusów i podzespołów w celu łatwiejszej dostępności części i możliwości napraw. Tymczasem opisywana poprawka dokonana przez Zamawiającego stoi w sprzeczności z tym wymogiem albowiem, w opinii Odwołującego, skrzynia biegów jest właśnie jednym z głównych podzespołów autobusu, w drugim zaś oferowanym typie autobusów wykonawca MAN deklaruje właśnie skrzynię biegów producenta VOITH, co także dodatkowo przemawia za uznaniem zasadności powyższych wywodów Odwołującego się. Solaris podkreślał, że wykonawca MAN w załączniku 5 oświadczył, że oferowane autobusy są tej samej marki i jednego typu oraz posiadają takie same wyposażenie, podzespoły, zastosowane części rozwiązania techniczne.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że podobnie należy potraktować inne, dość liczne poprawki dokonane przez Zamawiającego w stosunku do treści oferty wykonawcy MAN, tj.

zbiornik paliwa o pojemności 250 l. Zamawiający poprawia na zbiornik paliwa o pojemności 360 l.; wyposażenie w śmietniczki (3 szt.) Zamawiający poprawia na wyposażenie w śmietniczki (4 szt.); kasowniki elektroniczne typu KRG - 6 (3 szt. montowane w pobliżu drzwi) Zamawiający poprawia na 4 szt. - montowane w pobliżu drzwi; jedną ramkę na tablice informacyjne Zamawiający zmienia na dwie ramki na tablice informacyjne. W opinii Odwołującego, Zamawiający nie miał żadnych podstaw aby w tak daleki sposób ingerować w treść oferty zmieniając konkretne wartości cyfrowe tylko na podstawie własnych domysłów, tj. bez dokonania choćby porównania z dalszą częścią oferty. Zdaniem Solaris, w żadnym razie nie można uznać przywoływanej przez Zamawiającego podstawy prawnej - art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp - do takich działań, albowiem sformułowane w tym przepisie uprawnienie Zamawiającego dotyczy omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Dokonane zmiany są niezwykle istotne albowiem zasadniczo w wielu miejscach zmieniają samą ofertę. W opinii Odwołującego dzięki nim Zamawiający w arbitralny sposób dostosowuje treść oferty do postanowień SIWZ, ponieważ w przeciwnym razie musiałby ją odrzucić. Odwołujący stwierdził, że gdyby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kierować się takim postępowaniem jak Zamawiającego to wykonawcy mogliby w ogóle nic nie deklarować, Zamawiający bowiem i tak mógłby „dopasować” treść oferty do przedstawionych wcześniej w siwz minimalnych wymogów. Odwołujący podkreślał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalne prowadzenie swoistego dialogu zamawiającego z wykonawcą, mającego na celu następcze dostosowanie jego oferty do oczekiwań Zamawiającego.

Ponadto, Solaris wskazywał także na jeszcze inne istotne niezgodności oferty wykonawcy MAN z postanowieniami siwz w zakresie: oferowanego zbiornika paliwa, który w oferowanym autobusie pozwalał na przejechanie 500 km, podczas gdy wymogiem siwz było zaoferowanie zbiornika pozwalającego na przejechanie 600 km. Zamawiający wymagał w postanowieniach siwz, aby klimatyzacja kabiny kierowcy była niezależna od klimatyzacji głównej, tymczasem w ofercie wykonawcy MAN, zdaniem Odwołującego, deklarowana jest wyłącznie klimatyzacja przestrzeni pasażerskiej, oferta zaś nie przewiduje odrębnej klimatyzacji kabiny kierowcy. Zamawiający wymagał aby do oferty (opisu technicznego) załączony był rysunek autobusu na którym uwidoczniono m.in.: kasowniki, tablice kierunkowe, automat. W ofercie wykonawcy MAN na załączonym rysunku te wymagane przez Zamawiającego istotne elementy wyposażenia autobusu w ogóle nie występują. Ponadto wykonawca MAN deklaruje w treści oferty wyposażenie w okna uchylne lub przesuwne tymczasem deklaruje wyłącznie okna uchylne. Odwołujący wskazywał, że oferta wykonawcy MAN jest niezgodna w kluczowym parametrze tj. długość autobusu, ponieważ na str.

122 oferty długość autobusu tzw. „pojedynczego” określa się na 11 980 mm zaś w innym miejscu, na stronie 147 podaje się 11 950 mm Z kolei autobus „przegubowy” opisywany jest na str. 133 oferty z określeniem długości na 17 950 mm, zaś na str. 160 oferty tą samą wartości określa się jako 17 980 mm.

Pismem z dnia 8 września 2010 r., przesłanym Konsorcjum w formie faksu w tej samej dacie, Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przez wykonawcę Solaris. W dniu 9 września 2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w której stwierdził, że zarzuty Odwołującego w całości są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Ustosunkowując się do zarzutu do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający stwierdził, że wadium wniesione w formie gwarancji bankowej przez Konsorcjum należy uznać za skutecznie wniesione i prawidłowe. W zakresie omyłek zawartych w ofercie Zamawiający uważał, że popełnione przez wykonawcę MAN omyłki były omyłkami nie powodującymi istotnych zmian w treści oferty, a zatem możliwymi do poprawienia w treści oferty zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 13 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i MAN Bus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego przystępujących po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum: MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i MAN Bus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdyż w ocenie Izby wykonawcy nie wypełnił obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 185 ust. 2 ustawy, tj. zgłoszenia przystąpienia do

postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Z ustaleń Izby wynika, że przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało wniesione w dniu 13 września 2010 r. a więc z uchybieniem terminu, który upływał w dniu 11 września 2010 r. W związku z tym, Izba uznała, że wykonawcy nie przystąpił skutecznie do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Ad) 1

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała podniesiony w odwołaniu zarzut w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy MAN z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a w konsekwencji zarzut nie odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Dokonując oceny w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp ustawy, podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się.

W rozdziale VIII pkt. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać:

1. zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwoalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji) zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w pkt 7 bez potwierdzania tych okoliczności,
2. termin obowiązywania gwarancji, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą,
3. miejsce i termin zwrotu gwarancji.

W pkt. 7 powyższego rozdziału Zamawiający wskazał, że zatrzymuje wadium wraz z odsetkami w sytuacji, gdy:

1. wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - c) spowodował, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie,

2. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w Rozdziale V pkt 9 niniejszej siwz, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw. Zamawiający zwróci wadium jeśli wykonawca udowodni, że nastąpiło to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

W gwarancji wadialnej z dnia 16 sierpnia 2010 r. wystawionej przez Fortis Bank Polska Spółka Akcyjna ul. Suwak 3, 02 – 676 Warszawa zawarto następujący zapis: „W celu identyfikacji Państwa żądanie zapłaty należy przekazać nam pocztą poleconą (lub kurierem) za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, który powinien potwierdzić, że podpisy na Państwa żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”.

W przedmiotowej kwestii Izba w pełni podzieliła argumentację i stanowisko Zamawiającego wyrażone zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak również na rozprawie.

Izba potwierdza, że z treści gwarancji wadialnej złożonej Konsorcjum jasno wynika zobowiązanie nieodwołalne i bezwarunkowe do zapłaty wymaganej kwoty na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Sporny zapis przedmiotowej gwarancji jest jedynie czynnością techniczną, formalnym sposobem realizacji zapłaty. Zgodnie z ustalonym stanowiskiem Izby oraz stanowiskiem doktryny wymóg poświadczenia podpisów przez bank beneficjenta gwarancji nie stanowi warunku i nie zmienia bezwarunkowego charakteru gwarancji, zaś wadium wniesione w takiej formie jest złożone w sposób prawidłowy.

Zgodnie z art. 81 ust 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t. j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Wobec tego, iż Zamawiający nie zastrzegł formy wykonania świadczenia jedynie do formy bezpośredniej oczywistym jest, że dopuszczalne i prawidłowe jest wykonanie świadczenia, w równoważny sposób przewidziany w powyższym artykule, a więc za pośrednictwem banku - w tym przypadku banku Zamawiającego.

Ponadto, Izba potwierdza że przedmiotowy zapis należy zabezpiecza nie tylko interes wystawcy gwarancji ale również interes Zamawiającego, gwarantując mu bezpieczeństwo obrotu bankowego. W interesie Zamawiającego leży, aby – w przypadku ziszczenia się przesłanek do skorzystania z gwarancji wadialnej - bank udzielający gwarancji wypłacił bezwarunkowo gwarantowaną kwotę na podstawie dokumentu z autentycznymi podpisami osób uprawnionych Zamawiającego do zaciągania zobowiązań, co najlepiej zweryfikuje właśnie bank Zamawiającego. W związku z tym uzasadnione jest wprowadzenie do gwarancji bankowej, pewnych wymogów formalnych, określających sposób realizacji zapłaty.

Izba wskazuje, że przywoływany przez Odwołującego wyrok Izby z dnia 2 lipca 2009 r. o sygn. akt: 757/09 różnił się w zakresie stanu faktycznego, a konkretnie w zakresie zapisów siwz dotyczących wadium. W przytoczonej sprawie należało przedstawić zobowiązanie gwaranta (np. banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta gwarancji) zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w ust. 4 lub 5 bez konieczności potwierdzania tych okoliczności przez Wykonawcę i składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów lub dokonania czynności przez Wykonawcę lub osoby trzecie, bez pośrednictwa banku korespondenta lub innej tego typu instytucji. Podkreślić należy, że właśnie ten ostatni zapis zdecydował o rozstrzygnięciu Izby w tej w sprawie, bowiem warunkował on ważność wadium od wyłączenia jakiegokolwiek pośrednictwa banku korespondenta lub innej tego typu instytucji.

Ad 2)

Kolejno, Izba rozpoznała podniesione w odwołaniu zarzuty w zakresie naruszenia art. 89 ust. 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dokonując oceny w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że zarzuty w powyższym zakresie, podniesione w odwołaniu w części potwierdziły się.

W rozdziale XV siwz „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt. 5 ust. 1 (autobusy pojedyncze) oraz ust. 2 (autobusy przegubowe) Zamawiający postawił poniżej wymienione wymogi:

1. wymiary zewnętrzne autobusu: długość: 11,5 – 12 m. - autobus pojedynczy (ust. 1 w tabeli pkt. 2) oraz 17,5 – 18,1 m – autobus przegubowy (ust. 2 w tabeli pkt. 2);
2. silnik: zbiornika paliwa o pojemności dla zasięgu min 600 km dla obu rodzajów autobusów (ust. 1 i 2 w tabeli pkt 4 ppkt 6);
3. skrzynia biegów – automatyczna minimum pięciobiegowa dla obu autobusów (ust. 1 i

2 w tabeli pkt. 5);

4. wentylacja wymuszona i naturalna przestrzeni pasażerskiej, klimatyzacja: w oknach bocznych okienka uchylne lub przesuwane dla autobusu przegubowego (ust. 1 i 2 w tabeli pkt. 10 ppkt 2);
5. przedział pasażerski: wyposażony w śmietniczki (min 4 szt.) umocowane w pobliżu drzwi - dla autobusu przegubowego (ust. 2 w tabeli pkt. 14 ppkt 5);
6. miejsce pracy kierowcy: układ klimatyzacji, wentylacji i ogrzewania niezależny od przedziału pasażerskiego dla obu autobusów (ust. 1 i 2 w tabeli pkt 17 ppkt 6);
7. urządzenia informacji i obsługi pasażerów: kasowniki elektroniczne w metalowej obudowie typu KRG-6 (4 szt. montowane w pobliżu drzwi w sposób nie utrudniający przemieszczanie się pasażerów) dla autobusu przegubowego (ust. 2 w tabeli pkt 22 ppkt 2);
8. urządzenia dodatkowe: dwie ramki na tablice informacyjne wsuwane z góry – dla autobusu przegubowego (ust. 2 w tabeli pkt 23 ppkt 4).

Analogiczne zapisy zawarł w załączniku nr 5 do siwz „Opis techniczno-eksploatacyjny”. W przedmiotowym rozdziale siwz w ust. 4 Zamawiający wymagał także aby oferowane autobusy były tej samej marki, typu oraz posiadały takie samo wyposażenie, podzespoły, zastosowane części i rozwiązania techniczne.

W odpowiedzi na zapytanie firmy VOITH Zamawiający pismem z dnia 27.07.2010 r. dopuścił skrzynię biegów minimum czterobiegową w odniesieniu do autobusów przegubowych.

W rozdziale V siwz w ust. 7 Zamawiający wymagał załączenia do oferty:

1. pkt. 1 - wypełnionego według wzoru tj. załącznika nr 5 do siwz „Opisu techniczno-eksploatacyjnego”, który miał potwierdzać, że oferowane autobusy spełniają wymogi zawarte w rozdziale XV siwz;
2. w pkt. 7 – szczegółowego „Opisu technicznego” wraz z rysunkami technicznymi, z wymiarami autobusów, zdjęciami oferowanych autobusów, a także rysunek (szkic) przedstawiający rozmieszczenie siedzeń oraz miejsca mocowania wózka inwalidzkiego, kasowników, tablic kierunkowych, kamer i automatu.

W załączniku do oferty Konsorcjum, sporządzonym według wzoru załącznika nr 5 do siwz „Opis techniczno – eksploatacyjny” dla obu rodzajów autobusów w kolumnie „Potwierdzenie spełnienia wymagań, ewentualny opis oferowanych podzespołów i urządzeń z podaniem nazwy producenta” wykonawca zawarł następujące zapisy:

1. wymiary zewnętrzne autobusu: długość: 11,980 m - autobus pojedynczy (ust. 1 w tabeli pkt. 2) oraz 17,950 m – autobus przegubowy (ust. 2 w tabeli pkt. 2);
2. silnik: zbiornika paliwa o pojemności 250 l. dla zasięgu min 600 km dla obu autobusów (ust. 1 i 2 w tabeli pkt 4 ppkt 6);
3. skrzynia biegów – automatyczna czterobiegowa VOITH D864.5 SENSOTOP pięciobiegowa dla obu autobusów (ust. 1 i 2 w tabeli pkt. 5);
4. wentylacja wymuszona i naturalna przestrzeni pasażerskiej, klimatyzacja: w oknach bocznych okienka uchylne lub przesuwane dla autobusu przegubowego (ust. 1 i 2 w tabeli pkt. 10 ppkt 2);
5. przedział pasażerski: wyposażony w śmietniczki (min 3 szt.) umocowane w pobliżu drzwi - dla autobusu przegubowego (ust. 2 w tabeli pkt. 14 ppkt 5);
6. miejsce pracy kierowcy: układ klimatyzacji, wentylacji i ogrzewania niezależny od przedziału pasażerskiego dla obu rodzajów autobusów (ust. 1 i 2 w tabeli pkt 17 ppkt 6);
7. urządzenia informacji i obsługi pasażerów: kasowniki elektroniczne w metalowej obudowie typu KRG-6 (3 szt. montowane w pobliżu drzwi w sposób nie utrudniający przemieszczanie się pasażerów) - dla autobusu przegubowego (ust. 2 w tabeli pkt 22 ppkt 2);
8. urządzenia dodatkowe: jedną ramkę na tablicę informacyjne wsuwane z góry – dla autobusu przegubowego (ust. 2 w tabeli pkt 23 ppkt 4).

W „Opisie technicznym” autobusu pojedynczego wykonawca MAN w poniższym zakresie podał m. in.:

1. długości całkowitej pojazdu: 11.950 mm (str.147 oferty);
2. układ paliwowy (str. 152) w pkt. 6 – zbiornik paliwa z tworzyw sztucznych (polietylen) o pojemności 280 l. zapewniający przebieg 500 km bez dodatkowego tankowania.

3. skrzynia biegów:

a) w pkt. I „Parametry techniczne” w stosunku do skrzyni biegów wykonawca wskazał „Typ VOITH D864.5 SENSOTOP” (str. 147 oferty);

b) W pkt III „Część opisowa” w ppkt. 3 „Skrzynia biegów” ww. opisu (str. 150 oferty) wskazano: „VOITH D864.5 SENSOTOP, automatyczna skrzynia biegów”;

4. klimatyzacja: klimatyzacja przestrzeni pasażerskiej (str. 148). W opisie kabiny kierowcy na str. 155 oferty brak jest wskazań dotyczących klimatyzacji.

5. szyby: w pkt. 5 (str. 154 oferty) uchylne górne partie okien bocznych w przedziale pasażerskim.

W „Opisie technicznym” autobusu przegubowego wykonawca MAN w poniższym zakresie podał m. in.:

1. długości całkowitej pojazdu: 17.980 mm (str 160 oferty);

2. skrzynia biegów:

c) w pkt. I „Parametry techniczne” w stosunku do skrzyni biegów wykonawca wskazał „Typ VOITH D864.5 SENSOTOP” (str. 160 oferty);

d) W pkt III „Część opisowa” w ppkt. 3 „Skrzynia biegów” ww. opisu (str. 163 oferty) wskazano: „VOITH D864.5 SENSOTOP, automatyczna skrzynia biegów”;

3. klimatyzacja: klimatyzacja przestrzeni pasażerskiej (str. 161). W opisie kabiny kierowcy na str. 167-168 oferty brak jest wskazań dotyczących klimatyzacji.

4. szyby: w pkt. 5 (str. 167 oferty) uchylne górne partie okien bocznych w przedziale pasażerskim.

Pismem z dnia 23.08.2010 r. Zamawiający poinformował wykonawcę MAN w tej samej dacie, iż w trakcie badania ofert stwierdził niezgodności jego oferty ze specyfikacją w poniższym zakresie:

I. Autobusy pojedyncze: niewłaściwy rodzaj skrzyni biegów.

II. Autobusy przegubowe: niewłaściwy zbiornik paliwa, nieodpowiednia ilość śmietniczek oraz kasowników oraz ramek na tablice informacyjne.

Pismem z dnia 23.08.2010 r. Konsorcjum poinformowało Zamawiającego, że wymienione w piśmie niezgodności stanowią omyłki, które należy skorygować w następujący sposób:

„1. W opisie autobusów pojedynczych zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia powinna być oczywiście skrzynia sześciobiegowa ZF 6 AP 1400B. (...) 2. W autobusie przegubowym prosimy o poprawienie:

- w punkcie 4 (silnik) – zbiornik paliwa o pojemności 360 l. dla zasięgu 600 km
- w punkcie 14 (przedział pasażerski) – 4 śmietniczki (zamiast 3)
- w punkcie 22 (urządzenia informacji i obsługi pasażerów) – kasowniki 4 szt (montowane w pobliżu drzwi w sposób nie utrudniający przemieszczaniu się pasażerów)
- w punkcie 23 (urządzenia dodatkowe) dwie ramki na tablice informacyjne wsuwane z góry wykonane z materiałów nierdzewnych. (...)”.

Izba ustaliła, że Konsorcjum do oferty załączyło żądane przez Zamawiającego rysunki obu rodzajów pojazdów (str. 176 i 177 oferty). Na powyższych rysunkach w zakresie wnętrza autobusu oznaczono: rozmieszczenie siedzeń, miejsce dla inwalidy oraz osób z ograniczoną możliwością poruszania, rampę dla inwalidy, światło oraz prześwity. Na rysunkach nie zostały oznaczone miejsca umieszczenia w pojazdach: kasowników, tablic kierunkowych, kamer i automatów.

Do oferty wykonawca MAN załączył świadectwo homologacji typu pojazdu A21 (autobus pojedynczy) w którym w pkt. 4.5.1 „Typ skrzyni biegów” wskazano 14 typów typy skrzyń biegów w tym: ZF 6 AP 1400B.

Pismem z dnia 24.08.2010 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy poinformował wykonawcę MAN, że poprawił w zaproponowany przez niego sposób ww. omyłki jednocześnie informując, że stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 7 Pzp, jeżeli wykonawca w ciągu 3 dni od doręczenia przedmiotowego pisma nie wyrazi zgody na poprawienie powyższych omyłek oferta jego zostanie odrzucona.

Pismem z dnia 25.08.2010 r. Konsorcjum wyraziło zgodę na poprawienie wymienionych powyżej omyłek. Następnie pismem z dnia 30.08.2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy MAN.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, bezsporna jest niezgodność oferty Konsorcjum ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w przedmiotowej sprawie w aspekcie realizacji nałożonego na wykonawców obowiązku tj. zaoferowania przez wykonawcę MAN autobusów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz wraz z załącznikami.

Wobec przyjęcia przez Odwołującego niewłaściwych rodzajów oraz ilości określonych elementów autobusów w poszczególnych pozycjach „Opisu techniczno – eksploatacyjnego” oraz „Opisu technicznego”, należy stwierdzić, że oferta zawiera błędy w zakresie materialnym.

Izba stwierdziła, że niezgodności oferty wykonawcy MAN ze specyfikacją były następującego rodzaju:

- 1) w 3 przypadkach (autobus przegubowy), tj. w zakresie śmietniczek, kasowników oraz ramek na tablice informacyjne wykonawca podał niewłaściwe ilości powyższego wyposażenia autobusów;
- 2) w 1 przypadku – długości obu rodzajów autobusów – wykonawca podał w różnych miejscach oferty podał różne dane liczbowe w powyższym zakresie;
- 3) w 3 przypadkach (dla obu rodzajów autobusów), tj. w zakresie zbiornika paliwa, klimatyzacji przestrzeni pasażerskiej oraz rodzajów okien podał rozbieżne informacje dot. parametrów urządzeń w poszczególnych częściach oferty;
- 4) w 1 przypadku (autobus pojedynczy) – skrzyni biegów – wykonawca zaoferował inny rodzaju urządzenia niż wymagał Zamawiający w siwz.

Ad 1)

W przypadku wstąpienia niezgodności treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający winien obligatoryjnie ją odrzucić lub podjąć wszystkie odpowiednie, przewidziane ustawą kroki, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba podzieliła opinię i stanowisko Zmawiającego i potwierdziła możliwość, a w konsekwencji obowiązek Zamawiającego, poprawienia oferty Konsorcjum w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie omyłek błędnie przyjętych w ofercie ilości śmietniczek, kasowników oraz ramek na tablice informacyjne.

Odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Odnosząc powyższe do przedmiotowego przypadku stwierdzić należy, iż przeprowadzenie postulowanych przez Zamawiającego poprawek we wskazanym przez Izbę zakresie w treści oferty wykonawcy MAN będzie sprowadzało się do zwiększenia o 1 szt. drobnego wyposażenia autobusów w postaci: śmietniczki, kasownika oraz ramki tablicy informacyjnej. Uwzględniając powyższe, proporcje oraz charakter zmian stwierdzić należy, iż zmiana polegająca na właściwym przyjęciu poszczególnych ilości wyposażenia pojazdu, zarówno w jej aspekcie materialnym, jak i formalnym nie powinna być uznawana za istotną i niemożliwą do przeprowadzenia.

Zmawiający w „Opisie przedmiotu zamówienia” oraz w załączniku nr 5 do siwz jasno wskazał ilość wyposażenia jakie należy przyjąć do sporządzenia oferty. Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych urządzeń winny się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez Konsorcjum pozycjach określonych dokumentów.

Ad 2) i Ad 3)

Odnosząc się do pozostałej grupy niezgodności, tj. w zakresie długości obu rodzajów autobusów, klimatyzacji przestrzeni pasażerskiej oraz rodzajów okien (pkt. 3 i 4) Izba na podstawie zebranego materiału dowodowego stwierdziła, iż istotnie, informacje zawarte w ofercie są niespójne.

Wobec tego, Zamawiający winien dążyć to wyjaśnienia powyższych sprzeczności oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy, co w przedmiotowym przypadku miało miejsce jedynie w odniesieniu do zbiornika paliwa pomimo, iż Zamawiający w piśmie do wykonawcy MAN nie wskazał podstawy prawnej swojego wystąpienia. Analogicznym postępowaniem winien wykazać się Zamawiający w zakresie pozostałych niezgodności dotyczących długości obu rodzajów autobusów, klimatyzacji przestrzeni pasażerskiej oraz rodzajów okien. Jednak jak wynika z dokumentacji postępowania w tym zakresie Zamawiający nie skorzystał z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy.

Izba nie zgodziła się ze stwierdzeniem pełnomocnika Zamawiającego złożonym na rozprawie, iż w ofercie wykonawcy MAN jedynie dodatkowo załączono „Opisy techniczne” obu rodzajów pojazdów zawarte na stronach: od str. 147 do str. 172 oferty, ponieważ w rozdziale V siwz w ust. 7 Zamawiający jasno określił, żądanie załączenia do oferty: wypełnionego według wzoru tj. załącznika nr 5 do siwz, „Opisu techniczno-eksploatacyjnego”, który miał potwierdzać, że oferowane autobusy spełniają wymogi zawarte w rozdziale XV siwz oraz szczegółowego „Opisu technicznego”.

Ponadto, zgodnie z dalszą treścią pkt. 7 ww. ustępu wykonawca do oferty winien dołączyć rysunek (szkic) przedstawiający rozmieszczenie siedzeń oraz miejsca mocowania wózka inwalidzkiego, kasowników, tablic kierunkowych, kamer i automatu.

Z ustaleń Izby wynika, iż wykonawca załączył żądane przez Zamawiającego rysunki obu rodzajów pojazdów (str. 176 i 177 oferty) jednak nie spełniały one w pełni wymagań Zamawiającego, ponieważ na rysunkach nie zostały oznaczone miejsca umieszczenia w pojazdach: kasowników, tablic kierunkowych, kamer i automatów.

Odnosząc się do stwierdzeń pełnomocnika Zamawiającego przedstawionych na rozprawie, iż powyższe elementy co prawda nie zostały umieszczone na rysunkach, które są załączone do oferty, ale ich umiejscowienie można określić na podstawie zapisów w ofercie, - tj. kasowniki (str. 129 i 141 oferty) - montowane w pobliżu drzwi; śmietniczki (str. 126 i 138 oferty) umocowane w pobliżu drzwi, kamery (str. 131 i 143 oferty) system monitoringu w przedziale pasażerski wraz z rejestracją obrazu, tablica informacyjna (str. 130/131 i 142/143 oferty) – Izba wskazuje, iż czym innym jest przedstawienie konkretnego rozmieszczenia elementów wyposażenia na rysunku a czymś zupełnie innym jest lakoniczne, ogólne

wskazanie ich rozmieszczenia w opisie w następujący sposób, tj. „umocowane” czy też „montowane” w pobliżu drzwi. Niniejszy opis nie określa konkretnego miejsca zamontowania danego urządzenia a jedynie orientacyjne.

Izba podkreśla, że skoro Zamawiający sformułował taki wymóg w treści specyfikacji to wykonawca składający ofertę winien się z niego wywiązać w sposób należyty a nie jedynie częściowy. Izba podzieliła w tej kwestii również pogląd Odwołującego, wyrażony na rozprawie, iż tego typu elementy nie są standardowe w autobusach, gdyż różne podmioty mają odmienne wymagania w zakresie np. ilości kasowników, rozmieszczenia siedzeń itp.

Izba potwierdza, że Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodność zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści.

Wobec braku poprawnego rysunku pojazdów w ofercie wykonawcy MAN Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAN jako niezgodnej z treści siwz, potwierdził się.

Ad 4)

Odnosząc się do kolejnych zarzutów Izba podkreśla, że omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Z tego typu sytuacją mamy do czynienia w rozpatrywanym przypadku dotyczącym oferowanej dla autobusu pojedynczego automatycznej czterobiegowej skrzyni biegów Typ VOITH D864.5 SENSOTOP, która była niezgodna z wymogami siwz.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na odwołanie, że wystarczającym do poprawienia omyłki w zakresie rodzaju skrzyni biegów

wystarczające było skorzystanie ze świadectwa homologacji pojazdu załączonego do oferty, w którym dopuszczono zarówno skrzynie ZF jak i VOITH, ponieważ jak ustaliła Izba w niniejszej homologacji wymienionych jest 14 typów skrzyń biegów. Wobec tego, niemożliwym jest, bez konsultacji z wykonawcą składającym ofertę, wybranie odpowiedniego typu skrzyni, co zostało potwierdzone wyjaśnieniami pełnomocnika zamawiającego złożonymi na rozprawie, iż wiedzę w zakresie rodzaju właściwej skrzyni biegów Zamawiający uzyskał z pisma wykonawcy z dnia 23.08.2010 r. W związku z tym wyjaśnienia złożone przez wykonawcę MAN doprowadziły do zmiany treści jego oferty tj. do zaoferowania automatycznej sześciobiegowej skrzyni biegów która nie została pierwotnie wskazana w ofercie wykonawcy.

Izba w pełni podzieliła argumentację i stanowisko Odwołującego przedstawioną w odwołaniu oraz na rozprawie, iż powyższa niezgodność w żadnym razie nie może być traktowana jako „inna omyłka” nie powodująca istotnych zmian w treści oferty, ponieważ w dalszej części oferty wykonawca MAN wielokrotnie powtarzał deklarację o wyposażeniu pojazdu właśnie w skrzynię biegów „czterobiegową producenta VOITH”. Wobec czego nie można uznać, że niezgodność w ofercie wykonawcy MAN w zakresie skrzyni biegów dla autobusów pojedynczych jest niezamierzoną, przypadkową omyłką wykonawcy, która można poprawić we wskazanym trybie bez zmiany treści złożonej oferty.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że w przedmiotowym przypadku Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji a powyższej niezgodności nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Izba wskazuje, iż nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest równoznaczne z koniecznością powtórzenia wszelkich niezbędnych czynności w postępowaniu typu: powtórzenie oceny ofert i wybór oferty wykonawcy Solaris chyba, że zajdą przesłanki unieważnienia postępowania lub wykluczenia Odwołującego albo odrzucenia jego oferty w związku z wystąpieniem innych okoliczności niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAN, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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:

.....