

Sygn. akt: KIO 454/13

WYROK

z dnia 19 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 marca 2013 r. przez **Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Lublin – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, Al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: URSUS S. A., oraz Przedsiębiorstwo Filialne „Zakład Samochodowy Nr 1” Publiczna Spółka Akcyjna „Kompania Samochodowa „Bogdan Motors” adres dla pełnomocnika: ul. Fabryczna 21, 11-040 Dobre Miasto** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Solaris Bus &**

Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od **Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Miasta Lublin – Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, Al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Lublin**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Lublin – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, Al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Zakup i dostawę 38 sztuk nowych, niskopodłogowych trolejbusów miejskich klasy maxi”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 10 grudnia 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2012 r. pod numerem 2012/S 242-397873.

Wykonawca Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 1 marca 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na następujące czynności Zamawiającego lub ich zaniechanie:

- 1) wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ursus S.A. ul. Fabryczna 21, 11-040 Dobre Miasto i Przedsiębiorstwo Filialne „Zakład Samochodowy Nr 1” Publiczna Spółka Akcyjna „Kompania Samochodowa „Bogdan Motors”, ul. Riwnenska 42, 43010 Łuck, Ukraina (dalej jako: „Wykonawca”, lub „Konsorcjum”) jako najkorzystniejszej, pomimo istniejących przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty,
- 2) zaniechaniu wykluczenia oferty ww. wykonawcy pomimo istniejących przesłanek uzasadniających jej wykluczenie,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy pomimo istniejących przesłanek uzasadniających jej odrzucenie,
- 4) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, mimo istniejących przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania pomimo, że obowiązek dokonania takiej czynności wynika z ze złożenia przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania pomimo, że obowiązek dokonania takiej czynności wynika z niespełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że obowiązek dokonania takiej czynności spowodowany był koniecznością wykluczenia Konsorcjum z postępowania;
5. art. 7 ust. 3, w związku z art. 91 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum z postępowania pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty,
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Solaris Bus & Coach S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert oraz powtórzenia tych czynność,
2. odrzucenie oferty Konsorcjum,
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Solaris Bus & Coach S.A.

alternatywnie Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert oraz powtórzenia tych czynność,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum,
3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Solaris Bus & Coach S.A.

Odwołujący wniósł nadto o orzeczenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ - „Specyfikacja techniczna trolejbusów”, w pkt. 33 ppkt. 33.2 Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania tylko 3 typów baterii układu jazdy autonomicznej, tj. baterii typu: niklowo-kadmowego (Ni-Cd), niklowo-wodorkowego (Ni-MH) i litowo-jonowego (Li-ion). Tymczasem na str. 158 oferty Konsorcjum jest napisane:

„Producent baterii: KOKAM Typ: litowo-jonowe Model: SLPB”. Jak wskazał Odwołujący zaoferowany przez Konsorcjum typ baterii zdaje się spełniać wymóg Zamawiającego w zakresie dopuszczalnych rodzajów baterii, to po sprawdzeniu na stronie producenta KOKAM zaoferowanego przez Konsorcjum modelu baterii okazuje się, iż zaoferowana przez Konsorcjum bateria jest tak naprawdę baterią litowo-polimerową, a więc baterią niedopuszczoną przez Zamawiającego typu.

W ocenie Odwołującego pobieżna analiza karty katalogowej spółki KOKAM odnośnie baterii model SLPB, ujawnia, że są to baterie typu litowo-polimerowego. Skrót SLPB należy bowiem rozwijać jako „Superior Lithium Polymer Battery”, czyli w wolnym tłumaczeniu „Najwyższej klasy baterie litowo polimerowe”. Zaoferowanie przez Konsorcjum baterii KOKAM model SLPB nie stanowi tylko omyłki w określeniu modelu zaoferowanych baterii spółki KOKAM, albowiem KOKAM nie ma w swojej ofercie ani jednego modelu baterii typu litowo-jonowego. Niezależnie zatem od tego jakiego modelu baterii producenta KOKAM Konsorcjum by nie zaoferowało, bateria ta nie spełniałaby postawionych przez Zamawiającego wymogów w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że baterie litowo-jonowe i litowo-polimerowe stanowią dwa zupełnie odrębne typy baterii, posiadające różne właściwości i zupełnie odmienną konstrukcję. Porównując najistotniejsze cechy obu typów baterii, łatwo dostrzec istotne różnice: Powszechnie wiadomym (w środowisku specjalistycznym) jest, iż porównywane typy baterii różnią się znacząco pod względem bezpieczeństwa. Informacje takie można uzyskać chociażby z raportu powstałego na zlecenie Departamentu Transportu Stanów Zjednoczonych (<http://www.fire.tc.faa.gov/pdf/09-55.pdf>). Z ww. raportu wynika wprost, że baterie litowo-polimerowe stwarzają dużo większe zagrożenie dla zdrowia i życia potencjalnych pasażerów, z racji tego że w przypadku gdy dojdzie do zapłonu baterii litowo-polimerowych, ich ugaszenie jest praktycznie niemożliwe (i to pomimo prób stosowania najbardziej skutecznych gaśnic halonowych). Podczas gdy baterie litowo-jonowe nie stwarzają takiego zagrożenia dla zdrowia i życia pasażerów, na co również wpływa stosowany w bateriach litowo-jonowych system zabezpieczeń przed wzrostem ciśnienia wewnątrz akumulatora, nieznajdujący się w bateriach litowo-polimerowych. Odwołujący wskazał, że głośnie i powszechnie znane kłopoty, skutkujące wyłączeniem z eksploatacji samolotów Boeing Dreamliner są bezpośrednio wywołane zastosowaniem baterii litowo-polimerowych.

W przedstawionym stanie faktycznym zachowanie Konsorcjum w postaci zaoferowania niedopuszczonych przez Zamawiającego w przetargu baterii litowo-polimerowych, w dodatku z równoczesną próbą „ukrycia” ich rzeczywistego charakteru,

poprzez podanie błędnego oznaczenia „Typ: litowo-jonowe”, zamiast „litowo-polimerowe” - uznać należy za naruszające art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp (złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania), a tym samym oferta Konsorcjum winna zostać wykluczona przez Zamawiającego na etapie oceny i badania ofert. Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum, tym samym naruszając art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp (oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu) w zw. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Zaoferowanie niedopuszczonego przez Zamawiającego typu baterii stanowi zarazem oczywistą sprzeczność oferty Konsorcjum ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp (treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - czego Zamawiający jednakże zaniechał, naruszając postanowienia ustawy.

Odwołujący zaznaczył, że za nieprawdziwą informację uważa się informację, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Przesłanka nieprawdziwości informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy złożone przez wykonawcę informacje nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Odwołujący zaznaczył, że złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane poprzez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą jest dokumentem wadliwym, a więc zawierającym określone błędy, zatem nie może zostać uznany przez Zamawiającego. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega więc uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym, na skutek podania nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania, wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie doszło do podania przez Konsorcjum nieprawdziwej informacji, w rozumieniu ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjum nie wykazało się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, i zaoferowało trolejbusy nie tożsame w zakresie zaoferowanego typu nadwozia, z trolejbusami których dotyczą referencje Konsorcjum. Jak wskazał Odwołujący w pkt. V.4 ppkt. 4.1. SIWZ Zamawiający określił, iż jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy:

„4.1. w zakresie warunku określonego w pkt. 1.2 wykonawca wykaże się, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, zrealizował należycie w ramach jednej bądź kilku dostaw minimum 20 sztuk nowych niskopodłogowych trolejbusów, w tym co najmniej 8 sztuk trolejbusów oferowanego typu nadwozia. Definicję typu nadwozia określa Regulamin nr 107 EKG/ONZ.” Regulaminem nr 107 EKG/ONZ, w pkt. 2.2.2. określa, iż "Typ nadwozia" do celów homologacji typu jako oddzielny zespół techniczny oznacza kategorię nadwozi nieróżniących się znacząco pod następującymi względami:

- a) producent nadwozia;
- b) rodzaj konstrukcji pojazdu (powyżej 22 pasażerów lub co najwyżej 22 pasażerów);
- c) rodzaj konstrukcji nadwozia (jedno-/dwupokładowe, przegubowe, niskopodłogowe);
- d) masa kompletnie wyposażonego nadwozia pojazdu, z tolerancją do 10 %;
- e) określone rodzaje pojazdów, na których dany typ nadwozia może zostać zamontowany.

Tymczasem – w ocenie Odwołującego - trolejbusy zaoferowane przez Konsorcjum w niniejszym przetargu nie spełniają wymogu tożsamości typu nadwozia, zgodnie z Regulaminem nr 107 EKG/ONZ, w stosunku do referencji, którymi Konsorcjum się posłużyło. W stosunku bowiem do trolejbusów zaoferowanych w przetargu do „Krym Trolejbus Ministerstwo Polityki Komunalno- Mieszkaniowej Autonomicznej Republiki Krymu, Krymskie Republikańskie Przedsiębiorstwo Produkcyjne, 95034, Symferopol, ul. Kijowska, 78, AR Krym, Ukraina”, masa trolejbusów zaoferowanych w niniejszym przetargu będzie wyższa o więcej niż 10%. Powyższy wniosek może być łatwo wyciągnięty z powszechnie dostępnych informacji. W wyżej wymienionym przetargu zaoferowane zostały trolejbusy Bogdan T70115, których masa karoserii (jak można sprawdzić w specyfikacji wskazanego modelu nadwozia w Internecie) to 10 900 kg. Karoseria trolejbusów typu Bogdan T70115 wykonana była jednakże ze stali konstrukcyjnej, gdy tymczasem zaoferowane w niniejszym przetargu trolejbusy typu T70116, zgodnie z deklaracją Konsorcjum, wykonane mają zostać ze stali nierdzewnej. Biorąc pod uwagę szczegółowe informacje techniczne zamieszczone w ofercie Konsorcjum odnośnie zastosowanej stali nierdzewnej (strona 105 i 106 oferty) łatwo da się wyliczyć (biorąc pod uwagę wskazane przez Konsorcjum zastosowane standardy jakości stali nierdzewnej), że waga szkieletu trolejbusu zwiększy się aż o ok. 15% - tym samym przekraczając dopuszczalny limit określony w Regulaminie nr 107 EKG/ONZ. Mając na względzie powyższe, dojść należy do wniosku, że Konsorcjum nie wykazało się spełnieniem wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia określonego w pkt. V.4 ppkt. 4.1. SIWZ, ponieważ Konsorcjum nie przedstawiło w przedmiotowym przetargu innych referencji. Tym samym doszło do naruszenia ustawy Pzp, jako że w sytuacji nie wykazania się przez

Konsorcjum należyłym doświadczeniem, Konsorcjum powinno zostać przez Zamawiającego wykluczone w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, a następnie oferta powinna zostać odrzucona w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Czynność Zamawiającego z dnia 20 lutego 2013 r. – dotycząca wyboru najkorzystniejszej oferty - stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: URSUS S. A., oraz Przedsiębiorstwo Filialne „Zakład Samochodowy Nr 1” Publiczna Spółka Akcyjna „Kompania Samochodowa „Bogdan Motors” adres dla pełnomocnika: ul. Fabryczna 21, 11-040 Dobre Miasto.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: URSUS S. A., oraz Przedsiębiorstwo Filialne „Zakład Samochodowy Nr 1” Publiczna Spółka Akcyjna „Kompania Samochodowa „Bogdan Motors” adres dla pełnomocnika: ul. Fabryczna 21, 11-040 Dobre Miasto jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 1 marca 2013 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4

marca 2013 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: URSUS S. A., oraz Przedsiębiorstwo Filialne „Zakład Samochodowy Nr 1” Publiczna Spółka Akcyjna „Kompania Samochodowa „Bogdan Motors” adres dla pełnomocnika: ul. Fabryczna 21, 11-040 Dobrze Miasto (zwani dalej: „Przystępującym Ursus”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa 38 sztuk nowych, niskopodłogowych trolejbusów miejskich klasy maxi.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- pkt V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”; ppkt. 4.1. SIWZ: w zakresie warunku określonego w pkt. 1.2 wykonawca wykaże się, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, zrealizował należycie w ramach jednej bądź kilku dostaw minimum 20 sztuk nowych niskopodłogowych trolejbusów, w tym co najmniej 8 sztuk trolejbusów oferowanego typu nadwozia. Definicję typu nadwozia określa Regulamin nr 107 EKG/ONZ.;
- pkt VI A „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia”, ppkt 2.1 SIWZ: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie wg Załącznika nr 7 do SIWZ;
- Załącznik nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna trolejbusów”, ppkt 33.2 – wymagania Zamawiającego: dopuszcza się następujące typy baterii: a) nikielowo-kadmowe (Ni-Cd), b) nikielowo – wodorkowe (Ni-MH), c) litowo-jonowe (Li-ion), Baterie akumulatorów zbudowane

są w jednym lub kilku zasobnikach, umożliwiającym łatwą ich wymianę.

Zamawiający w toku postępowania udzielał m. in. następujących odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Zapytanie nr 3

W punkcie 33 specyfikacji technicznej Zamawiający wymaga podania producenta baterii, w tym w szczególności baterii litowo- jonowych. Biorąc pod uwagę, że technologia litowo- jonowa w zastosowaniach trakcyjnych nadal jest w stadium szybkiego rozwoju, wybór producenta baterii już na etapie składania oferty może prowadzić do zaoferowania wariantu niekoniecznie optymalnego. Czy Zamawiający dopuści ofertę, w której Wykonawca w punkcie 33.2 specyfikacji zaoferuje baterie litowo- jonowe spełniające wymagania Zamawiającego ale bez podawania typu, modelu i producenta baterii?

Zamawiający dopuścił taką możliwość w § 15 Umowy, ale tylko dla dostaw na lata 2014-2015. Rozszerzenie tej możliwości także i na dostawy 2013 roku pozwoli na zaoferowanie optymalnego produktu.

Odpowiedź Zamawiającego na zapytanie nr 3 z dnia 4 stycznia 2013 r.

Zamawiający wymaga zgodnie z SIWZ, tj. wykonawca zobowiązany jest do podania typu, modelu i producenta oferowanych baterii. Jednakże, zamawiający dokonał poniżej zmiany w Załączniku nr 8 do SIWZ Istotne postanowienia umowy w § 15 ust. 1 pkt. 9 dopuszczając wyposażenie trolejbusów, baterie akumulatorów inne niż podane przez wykonawcę w ofercie przez cały okres realizacji przedmiotu umowy, ale po spełnieniu wymagań określonych w § 15 ust. 1 pkt. 9 lit. a-d umowy.

Przystępujący Ursus do swojej oferty załączył m. in.:

- wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie; Przedmiot dostawy: Trolejbusy 12 m „Bogdan T70115” z asynchronicznym napędem – 30 szt.;
- oświadczenie z dnia 21 stycznia 2013 r. załączone do oferty stwierdzające, że nadwozia 30 sztuk Trolejbusów Bogdan T70115, dostarczonych do przedsiębiorstwa: Krym Trolejbus Ministerstwo Polityki Komunalno-Mieszkaniowej Autonomicznej Republiki Krymu, Krymskie Republikańskie Przedsiębiorstwo Produkcyjne, 95034, Symferopol, ul. Kijowska, 78, AR Krym,

Ukraina oraz trolejbusów Ursus T70116, będące przedmiotem niniejszej oferty, spełniają n/w warunki:

- producentem nadwozia jest firma: PF "ZS Nr 1" S.A. "KS" Bogdan Motors"
- nadwozia są niskopodłogowe, jednopokładowe
- mieszczą ponad 22 pasażerów
- ich masa całkowita nie różni się więcej niż 10 %,
- są stosowane do budowy trolejbusów.

Zatem, trolejbusy będące przedmiotem niniejszej oferty mają ten sam typ nadwozia co 30 szt. trolejbusów dostarczonych w 2010 roku do przedsiębiorstwa: Krym Trolejbus Ministerstwo Polityki Komunalno-Mieszkaniowej Autonomicznej Republiki Krymu, Krymskie Republikańskie Przedsiębiorstwo Produkcyjne;

- Załącznik nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna trolejbusów”, ppkt 33.2 – wymagania Zamawiającego: dopuszcza się następujące typy baterii: a) niklowo-kadmowe (Ni-Cd), b) niklowo – wodorkowe (Ni-MH), c) litowo-jonowe (Li-ion), Baterie akumulatorów zbudowane są w jednym lub kilku zasobnikach, umożliwiających łatwą ich wymianę; kolumna: oferowane przez wykonawcę: zgodnie z wymaganiami Zamawiającego Baterie litowo-jonowe, producent baterii: KOKAM, Typ: litowo-jonowe, Model: SLPB, Baterie akumulatorów zbudowane są w jednym lub kilku zasobnikach, umożliwiających łatwą ich wymianę.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła jako dowód w sprawie następujące dokumenty:

1. Sprawozdanie nr 3135 „Analiza porównawcza akumulatorów litowo-jonowych i litowo polimerowych”;
2. Opracowanie Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, Wydział Inżynierii Metali i Informatyki Przemysłowej „Wpływ rodzaju zastosowanego materiału – stal konstrukcyjna węglowa S355, M22 lub zbliżona zgodna z PN-EN 10025 versus stal ferrytyczna 1.4003 (lub zbliżona odporna na korozję zgodna z PN-EN 10088 na masę konstrukcji nośnej trolejbusu o długości około 12 m”;
3. Opracowanie Działu Badań i Rozwoju Solaris Bus & Coach S. A. z dnia 13 marca 2013 r.;
4. Karty katalogowe baterii KOKAM;
5. Informację ze strony internetowej Departamentu Transportu Stanów Zjednoczonych (przytoczoną w odwołaniu);
6. Oświadczenie z dnia 13 marca 2013 r.- dotyczące oznaczeń SLPB;

7. informację Brneńskiego Uniwersytetu dotycząca baterii litowo-jonowych i ich odmian, w tym baterii polimerowych wraz z tłumaczeniem.

Odnosząc się do przytoczonej literatury branżowej, Zamawiający powyższe zawarł w swoim stanowisku złożonym w piśmie z dnia 14 marca 2013 r.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu nr 1 - dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Ursus na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z treści złożonego odwołania oraz z argumentacji przedstawionej na rozprawie wynikało, iż Odwołujący kwestionował zgodność oferty Przystępującego Ursus z SIWZ, uznając – na podstawie złożonych sprawozdań i innych dowodów – że zaoferowane baterie (baterie litowo-polimerowe) nie są bateriami litowo-jonowymi, tak jak wymagał tego Zamawiający i ze względu na różnice w budowie tych baterii, nie można zakwalifikować ich do jednej grupy baterii litowo-jonowych. Odwołujący powyższe wnioski oparł po sprawdzeniu specyfikacji technicznej modelu i producenta baterii KOKAM.

Izba oceniając niniejszy zarzut - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

Po pierwsze Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Ursus, że baterie wskazane w ofercie Przystępującego Ursus (baterie lito-polimerowe) można zaliczyć do baterii litowo-jonowych. Na powyższe miała wskazywać fachowa literatura oraz opracowania przywołane w stanowisku Zamawiającego z dnia 14 marca 2013 r., z których wynikało, że baterie litowo-polimerowe można zaliczyć do baterii litowo-jonowych. Z powyższego wynika, że baterii litowo-jonowych nie można jednoznacznie zdefiniować, jednak zważywszy na wspólne ogniwo litowe łączące zarówno baterie litowo-jonowe oraz litowo-polimerowe, baterie litowo-polimerowe zalicza się do baterii litowo-jonowych. Pojęcie akumulatorów litowo-jonowych jest tak szerokie w praktyce, że obejmuje również baterie litowo-polimerowe. Złożone przez Odwołującego sprawozdanie wskazuje na różnice w budowie pomiędzy tymi bateriami, jednak powyższe nie było kwestionowane przez Zamawiającego. Różnice w budowie tych baterii sprowadzają się do tego, że akumulatory litowo-polimerowe nie zawierają elektrolitu w postaci ciekłej (płynu lub żelu). Ponadto powołanie się przez Odwołującego na raport powstały na zlecenie Departamentu Transportu Stanów Zjednoczonych zawarty na stronie internetowej (przywołany w odwołaniu) wskazuje na baterie polimerowo litowo-jonowe – będąc jednocześnie potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Ursus, że baterie litowo-polimerowe klasyfikowane są

jako baterie polimerowo litowo-jonowe, a więc de facto zaliczane są do baterii litowo-jonowych;

Po drugie odnosząc się do złożonego sprawozdania nr 3135 opracowanego przez Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Poznaniu Centralne laboratorium Akumulatorów i Ogniw (analogicznie w przypadku Opracowania Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, Wydział Inżynierii Metali i Informatyki Przemysłowej) - Izba uznała, że powyższe sprawozdanie sporządzone na zlecenie Odwołującego nie podlega ocenie jako dowód z opinii biegłego, a jedynie może być potraktowana przez Izbę jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Odwołującego. Opinia taka jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2001 r., sygn. akt I PKN 468/00, oraz wyrok z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt I CSK 199/09);

Po trzecie skoro Zamawiający wprost nie wyłączył zastosowania baterii litowo-polimerowych, to tym samym na tym etapie postępowania argumentacja Odwołującego odnosząca się do bezpieczeństwa i ewentualnych zagrożeń zastosowania baterii litowo-polimerowych jest spóźniona, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tle postanowień SIWZ (dotyczące rozumienia co mieści się pod pojęciem baterie litowo-jonowe) powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy – w tym przypadku na korzyść Przystępującego Ursus, uznając, że baterie litowo-polimerowe – wobec postanowień SIWZ - również mieściły się w postawionych przez Zamawiającego wymaganiach.

Po czwarte – w ocenie Izby - nie można w sposób mechaniczny dokonywać oceny złożonych ofert, a zgodność treści oferty z treścią SIWZ nie musi wyłącznie polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów SIWZ lub jej elementów w złożonych ofertach – i tylko w kategoriach czysto formalnych być oceniana – tak jak tego wymaga Odwołujący w niniejszym postępowaniu, twierdząc, że zaoferowane baterie litowo-polimerowe nie są bariami litowo-jonowymi. Istotnym jest, to aby sens wyrażen składających się na treść oferty odpowiadał wymaganiom Zamawiającego i spełnione zostały parametry opisane przez Zamawiającego. Zatem nie można w sposób mechaniczny kwalifikować oferowanych przez wykonawcę produktów - w tym przypadku baterii litowo-polimerowych – i uznać je jako niezgodne wobec postanowień SIWZ – gdy pod względem funkcjonalnym – spełniają one

wymagania Zamawiającego (co nie było kwestionowane - np. moc takich baterii) i osiągnięty zostanie cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

Po piąte Izba wzięła pod rozwagę oświadczenie z dnia 13 marca 2013 r. wskazujące jednocześnie, że oznaczenie SLPB jest używane w firmie KOKAM do oznaczenia wielu produktów, nie tylko akumulatorów litowo-polimerowych (jak to wynika z rozwinięcia skrótu), podobnym oznaczeniem opisywane są również akumulatory litowo-jonowo-polimerowe.

Następnie Izba odniosła się do zarzutu nr 2 - dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego Ursus z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi że zaoferowane trolejbusy nie spełniają wymogu tożsamości typu nadwozia (masy kompletnie wyposażonego nadwozia pojazdu, z tolerancją do 10%) w stosunku do dostaw referencyjnych, zatem warunek w ocenie Odwołującego nie został spełniony.

Izba oceniając niniejszy zarzut - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

Po pierwsze Izba oceniając zasadność niniejszego zarzutu wzięła pod rozwagę stanowisko Zamawiającego, że Zamawiający oceniając spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia badał dokumenty i oświadczenia złożone przez Przystępującego Ursus wraz z ofertą, t.j. wykaz dostaw, referencje oraz oświadczenie zawarte na stronie 104 złożonej oferty stwierdzające, że „*nadwozia 30 sztuk Trolejbusów Bogdan T70115, dostarczonych do przedsiębiorstwa: Krym Trolejbus Ministerstwo Polityki Komunalno-Mieszkaniowej Autonomicznej Republiki Krymu, Krymskie Republikańskie Przedsiębiorstwo Produkcyjne, 95034, Symferopol, ul. Kijowska, 78, AR Krym, Ukraina oraz trolejbusów Ursus T70116, będące przedmiotem niniejszej oferty, spełniają n/w warunki:*

- *producentem nadwozia jest firma: PF "ZS Nr 1" S.A. "KS" Bogdan Motors"*
- *nadwozia są niskopodłogowe, jednopokładowe*
- *mieszczą ponad 22 pasażerów*
- *ich masa całkowita nie różni się więcej niż 10 %,*
- *są stosowane do budowy trolejbusów.*

Zatem, trolejbusy będące przedmiotem niniejszej oferty mają ten sam typ nadwozia co 30 szt. trolejbusów dostarczonych w 2010 roku do przedsiębiorstwa: Krym Trolejbus Ministerstwo Polityki Komunalno-Mieszkaniowej Autonomicznej Republiki Krymu, Krymskie Republikańskie Przedsiębiorstwo Produkcyjne". Z powyższego wynika, że masa całkowita nadwozia tych pojazdów nie różni się więcej niż 10%, tak jak wymagał tego Zamawiający;

Po drugie Odwołujący swoje stanowisko oparł na hipotetycznych wyliczeniach oraz założeniach (zawartych w opracowaniu z dnia 13 marca 2013 r. oraz opracowaniu Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, Wydział Inżynierii Metali i Informatyki Przemysłowej „Wpływ rodzaju zastosowanego materiału – stal konstrukcyjna węglowa S355, M22 lub zbliżona zgodna z PN-EN 10025 versus stal ferrytyczna 1.4003 (lub zbliżona odporna na korozję zgodna z PN-EN 10088 na masę konstrukcji nośnej trolejbusu o długości około 12 m”). Wskazane przez Odwołującego wyliczenia (odnoszące się w sposób szczegółowy np. do masy obudowy, mocowania baterii, klimatyzacji miejsca pracy kierowcy, klimatyzacji przestrzeni pasażerskiej) są dokładne i kazuistyczne – jednak wobec argumentacji Zamawiającego, że całkowita, dokładna masa nadwozia oferowanego trolejbusu będzie dopiero znana na etapie dostawy zamówienia, i w tym zakresie Zamawiający nie wymagał innych dodatkowych dokumentów i wyliczeń – trudno jednoznacznie stwierdzić, jak poszczególne elementy (obudowa, mocowania baterii klimatyzacja miejsca pracy kierowcy, klimatyzacja przestrzeni pasażerskiej) wpłyną na całkowitą masę nadwozia, biorąc pod uwagę chociażby jakość stali zastosowanej, jej typy i różnice. Zatem na etapie badania i oceny ofert – biorąc pod uwagę złożone dokumenty (na potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) nie można uznać, że warunek wiedzy i doświadczenia (dotyczący wykazania się dostawami już zrealizowanymi) nie został przez Przystępującego Ursus spełniony.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępującego Ursus – certyfikatów homologacji ukraińskiej wraz z tłumaczeniem na okoliczność określenia masy własnej trolejbusów – Izba uznała, że powyższe dowody wobec przedstawionej powyżej argumentacji należy uznać w niniejszej sprawie jako bezprzedmiotowe.

Wobec powyższych rozważań – w ocenie Izby – nie potwierdził się również zarzut złożenia przez Przystępującego Ursus nieprawdziwych informacji w niniejszym postępowaniu, zatem nie znaleziono podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w oparciu o argumentację faktyczną i prawną wskazaną w odwołaniu.

W konsekwencji powyższych rozważań Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....