

Sygn. akt: KIO 1939/11

WYROK

z dnia 22 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum o nazwie IVECO MAGIRUS – FIREMAX w składzie: Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH (partner Konsorcjum) i Fire-Max Sp. z .o. o. (lider Konsorcjum) z siedzibą dla lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Rosenbauer International AG, Paschingerstrasse 90, Leonding 4060, Austria, reprezentowanego przez STEO Sp. z o.o., ul. Wybrańska 6/8/31, 03-206 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum o nazwie IVECO MAGIRUS – FIREMAX w składzie: Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH (partner Konsorcjum) i Fire-Max Sp. z .o. o. (lider Konsorcjum) z siedzibą dla lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum o nazwie IVECO MAGIRUS – FIREMAX w składzie: Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH (partner Konsorcjum) i Fire-Max Sp. z .o.o. (lider Konsorcjum) z siedzibą dla lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** 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 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „dostawę 2 lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym dla Lotniska Chopina w Warszawie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2011 r. pod nr 2011/S 50-082393.

W postępowaniu tym wykonawca Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 września 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, o której to czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację w dniu 23 sierpnia 2011 r.

O złożonym odwołaniu Zamawiający poinformował wykonawców mailem w dniu 7 września 2011 r. W dniu 10 września 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęło faksem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, skierowane przez wykonawcę Novamedia Innovision Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (dalej: „Novamedia”). To samo zgłoszenie przystąpienia na piśmie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 12 września 2011 r. W dniu 9 września 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęło n piśmie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skierowane przez Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (dalej „Przystępujący” lub „Indra”). Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) naruszeniu przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 3) naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak przyjęcia jednakowego przelicznika dla jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej,
- 4) naruszeniu przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wezwanie do wyjaśnień, które w rezultacie doprowadziło do zmiany oferty przez Przystępującego.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny złożonych w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

(1)

Odwołujący wskazał na wymogi SIWZ dotyczące najaśnic na masztach oświetleniowych. Podkreślił, że w załączniku nr 3 do SIWZ „Wymagania operacyjno-techniczne lotniskowego pojazdu ratowniczo-gaśniczego” w punkcie 12.2.4 Zamawiający żądał, aby maszt oświetleniowy wyposażony został w minimum dwie [2] najaśnice typu ksenonowego każda o mocy minimum 150 W napięciu zasilania 24 V z instalacji elektrycznej pojazdu, dopuścił przy tym zastosowanie minimum dwóch [2] najaśnic typu sodowego każda o mocy minimum 70 W o napięciu zasilania 24 V z instalacji elektrycznej pojazdu. W sekcji XIII SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert” w punkcie 2 Zamawiający wskazał, iż w kryterium „Parametry techniczno-użytkowe” przyzna 10 pkt. za maszt oświetleniowy z najaśnicami ksenonowymi minimum 2 x 150 W każda 24 V, przy czym wykonawca otrzyma punkty w niniejszym kryterium jedynie, jeśli zaoferuje pojazdy spełniające w/w wymagania. W sekcji X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” w punkcie 4 Zamawiający wymaga, aby wykonawca wraz z ofertą złożył dokumentację oferowanych pojazdów (Załącznik nr 3 do SIWZ/Załącznik nr 1 do IPU „Wymagania operacyjno-techniczne lotniskowego pojazdu ratowniczo-gaśniczego”) wraz z potwierdzeniem wykonania. Wskazał także, że Przystępujący w załączniku nr 1 do IPU w punkcie 12.2.4 potwierdził wykonanie masztu poprzez wskazanie, iż wyposażony on będzie w 4 najaśnice ksenonowe x 75 W 24 V. Podkreślił, że Zamawiający w pkt. XIII SIWZ zaznaczył, iż przyzna punkty jedynie za zaoferowanie: maszt oświetleniowy z najaśnicami ksenonowymi minimum 2 x 150W,

tymczasem Przystępujący samoistnie dokonał zmiany wymagań Zamawiającego. Wskazał, że Przystępujący zaoferował wymagane wykonanie masztu oświetleniowego jako opcję (str. 48 oferty), a w ofercie technicznej potwierdził całkowicie inne rozwiązanie. W takiej sytuacji – w jego ocenie - Zamawiający nie powinien przyznawać Przystępującemu 10 punktów w tym kryterium, bowiem warunek postawiony przez Zamawiającego nie został spełniony. Wskazując na konkretne obliczenia punktów przyznanych ofercie Przystępującego i Odwołującego w poszczególnych podkryteriach z tytułu oceny ofert w ramach kryterium Parametry techniczno-użytkowe podkreślił, że właściwa ocena spełnienia tego kryterium przez wykonawców przekłada się na wynik postępowania.

Wobec powyższego wskazał, że Przystępujący nie powinien mieć przyznanych 10 pkt za zaoferowanie masztu oświetleniowego z najaśnicami ksenonowymi min 2 x min 150 W, gdyż zaoferował maszt z najaśnicami ksenonowymi 4 x 75 W 24 V. Według Odwołującego wobec sytuacji wyraźnego wskazania przez Przystępującego w pkt 12.2.4 załącznika nr I do IPU, iż wykonawca ten oferuje najaśnice 4 x 75 W, 24 V ksenon, wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należało ocenić negatywnie. Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, która nie budziła wątpliwości w ocenie Odwołującego doprowadziło do niedopuszczalnych negocjacji między Zamawiającym, a Przystępującym, a także do zmiany oferty Przystępującego. Ponadto wskazał, że wyjaśnienia treści oferty Przystępującego doprowadziły do sytuacji, gdzie Zamawiający „próbował” zwrócić wykonawcy uwagę, iż zaoferował niepunktowany parametr i w rezultacie wykonawca ten treść swojej oferty zmienił, co miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO wskazujące na niedopuszczalność takiego działania ze strony Zamawiającego, wskazując jednocześnie, że taka sytuacja jest niedopuszczalna z punktu widzenia należytego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

(2)

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie uczciwej konkurencji i nie zachowanie należytej staranności przy ocenie ofert w zakresie oceny parametrów jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej kW/1000 kg.

Podkreślił, że w formularzu ofertowym Zamawiający żądał podania jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej kW/1000 kg, zaś Przystępujący wskazał, że zastosuje w pojeździe 2 silniki o łącznej mocy 1250 KM. Odwołujący podkreślił, że przeliczając moc silników z koni mechanicznych na kilowaty Przystępujący posłużył się amerykańskim przelicznikiem $1 \text{ kW} = 1.34 \text{ KM}$, deklarując tym samym w Załączniku nr 1 do IPU w punkcie 2.2 moc 2 silników 932 kW. Gdyby Przystępujący zastosował europejski przelicznik $1 \text{ kW} = 1,3596 \text{ KM}$, według Odwołującego łączna moc silników wynosiłaby 919,4 kW, zaś w takim

przypadku jednostkowy wskaźnik mocy jednostki napędowej przy zadeklarowanej przez Przystępującego rzeczywistej masie całkowitej pojazdu wynosiłby 20,19 kW/1000 kg. Podkreślił także, że powyższe ma istotne znaczenie z uwagi na to, że parametr ten jest punktowany. Wskazał też na to, że sam Odwołujący w swojej ofercie w punkcie 2.2 Załącznika nr 1 do IPU wyraźnie wskazuje, jakim przelicznikiem posłużył się do przeliczenia mocy w koniach mechanicznych na kilowaty i Zamawiający, po zapoznaniu się z ofertą Odwołującego nie zweryfikował tego parametru u Przystępującego i nie zwrócił się o złożenie wyjaśnień w tej sprawie. Podkreślił, że parametr ten w obydwu ofertach wyliczony został w oparciu o dwie różne metody, w związku z czym ofert w zakresie tego parametru nie można porównać.

(3)

Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaoferował w szczegółowym opisie samochodu (rozdział 2.2 - kabina) drzwi, które mogą być otwarte do 90 stopni. Podkreślił, że drzwi, które otwierają się pod pewnym kątem to drzwi standardowe na zawiasach, tymczasem w formularzu ofertowym oraz w tabeli w punkcie 7.10 wykonawca ten zadeklarował drzwi typu autobusowego. Podkreślił, że także w zakresie tej rozbieżności Zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Powołał się na argumentację, iż *stricte* oferta Przystępującego zwarta jest wyłącznie na formularzu ofertowym, tj. załączniku nr 2 do SIWZ, a w tym zakresie oświadczenie woli Przystępującego zostało złożone w sposób wyraźny przede wszystkim w pkt 5 tego formularza, tj. w zakresie ppkt 5.1 – dotyczącego oświadczenia o jednostkowym wskaźniku mocy jednostki napędowej, ppkt 5.5 - dotyczącego oświadczenia o drzwiach wejściowych do pojazdu i ppkt 5.6 - dotyczącego oświadczenia odnośnie masztu oświetleniowego i najaśnic. Na podstawie tych oświadczeń woli Przystępującego, według Zamawiającego, należało oceniać treść oferty Przystępującego, także pod kątem przyznania temu wykonawcy punktów w ramach oceny ofert w ustalonych kryteriach oceny.

Wskazał na zapisy rozdziału X pkt 4 SIWZ, gdzie Zamawiający dodatkowo żądał dołączenia przez wykonawcę do oferty dokumentacji oferowanych pojazdów, tj. załącznika nr 1 do formularza ofertowego oraz innych elementów, takich jak: rysunki, ilustracje itd. Dopiero w tych dodatkowych dokumentach, przedkładanych wraz z właściwą ofertą, według Zamawiającego, Przystępujący zaprezentował opcjonalne rozwiązanie w zakresie najaśnic. To opcjonalne rozwiązanie związane jest z rozwiązaniami stosowanymi przez producenta urządzenia w aktualnie produkowanych samochodach i nie ma znaczenia – zdaniem

Zamawiającego - dla prawidłowości złożonego w ofercie Przystępującego (formularz ofertowy) oświadczenia woli. Powołał się na str. 29 oferty Przystępującego, gdzie w dokumencie stanowiącym materiał producenta samochodu wskazuje się na możliwość przyjęcia w tym dokumencie opcjonalnych rozwiązań co do części wyposażenia samochodu. Zamawiający wskazał, że na tej stronie oferty wyraźnie wskazuje się na to, że przedstawiona specyfikacja odnosi się do istniejącego już obecnie zbudowanego lotniskowego samochodu ratowniczo-gaśniczego. Tym dokumentem załączonym dodatkowo przez wykonawcę – według Zamawiającego - Przystępujący nie zmieniał swojego oświadczenia woli zawartego na str. 1-3 oferty. Zamawiający powołał się także na pkt 12.2.4 załącznika nr 1 do oferty, gdzie Przystępujący także złożył oświadczenie, że oferuje rozwiązanie dotyczące najaśnic zgodnie z wymogami Zamawiającego. Oprócz tego oświadczenia wykonawcy pojawiło się tam także dodatkowe opcjonalne rozwiązanie stosowane przez producenta samochodów.

Wskazuje, że Zamawiający tam, gdzie miał jakieś wątpliwości w ofertach wykonawców, w tym Przystępującego, z korzystał uprawnienia, jakie daje mu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp; miało to miejsce co do najaśnic, natomiast w pozostałych dwóch kwestiach podnoszonych w odwołaniu żadnych wątpliwości Zamawiający nie miał, biorąc pod uwagę treść oferty i załączone do niej dokumenty, a także uwzględniając swoją wiedzę na temat oferowanych na rynku, istniejących samochodów (targi, strony internetowe, użytkowanie samochodów Rosenbauer na lotnisku Kraków-Balice).

Co do kwestii podania jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej – Zamawiający podkreślił, że jednostka ta powinna być określona parametrem kilowatów (kW), a nie koni mechanicznych (KM). W tym zakresie Zamawiający, dokonując oceny ofert opierał się na danych co do mocy silników, wskazywanych przez producentów tychże oferowanych przez wykonawców silników - tak w przypadku oferty Odwołującego, gdzie producentem silników jest firma Iveco, jak i w ofercie Przystępującego, gdzie producentem silników jest firma jest Caterpillar. Wskazał, że dane w tym zakresie zostały prawidłowo podane - zgodnie z tym, co wskazuje Caterpillar. Na potwierdzenie powyższego przedłożył do akt sprawy wydruk ze strony internetowej producenta oferowanych silników, tj. specyfikację producenta silnika Caterpillar na okoliczność wykazania, że to urządzenie ma moc 466 kW

Co do drzwi samochodu Zamawiający powołała się też na str. 29 oferty Przystępującego, gdzie wskazano na możliwość wskazywania w dodatkowych dokumentach załączonych do oferty wyposażenia równoważnego. Przywołał jednocześnie pkt 7.10 załącznika nr 1 do oferty, gdzie Przystępujący zaoferował drzwi typu autobusowego zgodnie z wymogiem SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że drzwi typu autobusowego to drzwi otwierane automatycznie do przodu wzdłuż pojazdu. Podkreślił, że zapis na str. 37 oferty Przystępującego, wskazujący na możliwość otwierania drzwi do 90 stopni, jego zdaniem, spełnia wymóg drzwi typu autobusowego. Dla zobrazowania powyższego Zamawiający

przedłożył sporządzony przez siebie rysunek techniczny, tzw. drzwi odskokowo-przesuwanych otwieranych do przodu, gdzie również powstaje kąt 90 stopni przy otwieraniu drzwi i dotyczy wychylności o 90 stopni zawijasów, na których umocowane są wskazane drzwi.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący, tak w zgłoszeniu przystąpienia, jak i na rozprawie, poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący co do zarzutu dotyczącego podania jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej podniósł, że w swojej ofercie posłużył się danymi dotyczącymi mocy silnika podawanymi przez producenta silników Caterpillar w kW (kilowatach), wskazując na str. 4 oferty pkt 2.2 załącznika nr 1, że moc jednego silnika to 466 kW. Jednostką bazową w tym zakresie dla Przystępującego były kilowaty (kW), określone przez producenta, a nie konie mechaniczne (KM). Dla podania jednostkowego wskaźnika mocy napędowej mocy jednostki napędowej Przystępujący zastosował – jak wskazał - przeliczenie, tj. podzielił moc dwóch silników ($466 \text{ kW} \times 2$), tj. parametr w wysokości 932 kW przez przewidywaną rzeczywistą masę całkowitą pojazdu, tj. 45 529 kg, osiągając w tym zakresie wynik i parametr wymaganej jednostki na poziomie 20,7. Przystępujący wskazał także, że podana w pkt 2.2. załącznika nr 1 moc silnika w koniach mechanicznych na poziomie 625 KM była podana dodatkowo, nie stanowiła podstawy do przeliczania jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej. Podkreśla, że w tym zakresie faktycznie przy podaniu mocy silnika w koniach mechanicznych zastosowany był przez niego przelicznik amerykański, co nie miało jednak żadnego znaczenia dla ustalenia wymaganego parametru: jednostkowego wskaźnika mocy napędowej mocy jednostki napędowej. Wskazał, że przy prawidłowym przeliczeniu koni mechanicznych, co nie miało znaczenia dla podania wymaganego parametru, prawidłowa wartość koni mechanicznych dla dwóch silników wynosiłaby 1268 KM, a nie 1250 KM.

Co do zarzutu dotyczącego najaśnic - wskazał, że informacje zawarte na stronach od 29 do 48 oferty Przystępującego stanowiły dodatek do oferty nie wymagany postanowieniami SIWZ. Są to, będące w jego dyspozycji specyfikacje istniejących samochodów dla zobrazowania istniejących aktualnie rozwiązań w tych samochodach. Wskazał, że w załączniku nr 1 do oferty w pkt 12.2.4 z jednej strony zaoferował rozwiązanie oczekiwane przez Zamawiającego, z drugiej strony – dodatkowo, biorąc pod uwagę własne doświadczenia na tym polu, wskazał na bardziej efektywne rozwiązanie, które ewentualnie mogłoby być zastosowane w przypadku takiej woli ze strony Zamawiającego. To rozwiązanie dodatkowe, według Przystępującego, jest bardziej efektywnym rozwiązaniem niż podstawowy wymóg Zamawiającego z dwoma najaśnicami.

Co do zarzutu dotyczącego drzwi typu autobusowego - potwierdza rozumienie tego wymogu zaprezentowane tak przez Odwołującego, jak i Zamawiającego na rozprawie, iż drzwi typu autobusowego, oznaczają, iż są to drzwi otwierane automatycznie do przodu wzdłuż pojazdu. Podkreśla jednak, że również takie drzwi zawierają zawiasy, które obracają się o 90 stopni, dla zobrazowania czego przedłożył do akt sprawy dwa zdjęcia pojazdu, drzwi i zawiasów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca Rosenbauer International AG, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uzyskał przymiot uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego. W tym zakresie Izba stwierdziła wypełnienie przesłanek ustawowych skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym wykonawca Rosenbauer International AG uzyskał status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła też, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące jednej z dwóch ważnych ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym oferty wykonawcy (Rosenbauer International AG), która została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Biorąc pod uwagę zakres zarzutów odwołania oraz okoliczność, że zaskarżona przez Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, Izba uznała, że Odwołujący w dostateczny sposób wykazał swój interes w uzyskaniu zamówienia, wnosząc przedmiotowe odwołanie, czym wypełnił on materialnoprawną przesłankę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaskarżone czynności Zamawiającego pozbawiają Odwołującego szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i narażają go na poniesienie szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w SIWZ (rozdział XIII pkt 2) obok przyjęcia do oceny ofert kryterium cenowego (50% waga kryterium) przyjął także dwa inne kryteria, tj.: parametry techniczno użytkowe (40% waga kryterium) i gwarancja (10% waga kryterium). W ramach kryterium parametrów techniczno użytkowych Zamawiający przewidział 6 podkryteriów, za które przewidział możliwość uzyskania określonej liczby punktów. I tak przewidziano tam:

- podkryterium jednostkowy wskaźnik mocy jednostki napędowej – maksymalnie 15 pkt;
- podkryterium objętość zbiornika wody do celów gaśniczych dm³ [min. 1 200 dm³] – maksymalnie 25 pkt;
- podkryterium wskaźnika prędkości pojazdu km/godz. [min. 100 km/godz.] – maksymalnie 15 pkt;
- podkryterium zastosowane zawieszenie podwozia - 20 pkt;
- podkryterium drzwi wejściowe do kabiny pojazdu typu autobusowego, zamykane automatycznie – 15 pkt;
- podkryterium maszt oświetleniowy z najaśnicami ksenonowymi minimum 2 x min. 150W każda – 24V – 10 pkt.

Zgodnie z wymogami rozdziału X pkt 3 SIWZ przewidziano dla wykonawców wzór formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ), w którym to formularzu przewidziano konieczność wyspecyfikowania w pkt 5 tego formularza poszczególnych parametrów techniczno-użytkowe, które podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie z pkt 4 rozdziału X SIWZ wykonawca wraz z ofertą miał złożyć Zamawiającemu dokumentację oferowanych pojazdów (Załącznik nr 1 do formularza oferty), zawierającą specyfikację producenta (ów) z danymi technicznymi, ilustracjami, rysunkami, zastosowanymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi i wszystkimi innymi informacjami, jak wykonane są poszczególne podzespoły podwoziowo – silnikowe i pożarnicze pojazdu potwierdzające spełnianie wymagań Zamawiającego. W załączniku nr 1 do formularza oferty Zamawiający określił poszczególne parametry techniczne przedmiotu zamówienia, oczekując od wykonawców w odrębnej kolumnie wskazania przy każdym z wymaganych parametrów potwierdzenia określonego wymagania przez wykonawcę.

Przystępujący w swojej ofercie w zakresie parametrów technicznych zaskarżonych przez Odwołującego wskazał co następuje:

1) Co do parametru masztu oświetleniowego z najaśnicami ksenonowymi w formularzu ofertowym (pkt 5.6) przy wymogu Zamawiającego „Maszt oświetleniowy z

najjaśnicami ksenonowymi minimum 2 x min. 150 W-24V" wskazał: „tak”. Jednocześnie w pkt 12.2.4 załącznika nr 1 do oferty przy opisie wymogu SIWZ: „Maszt wyposażony w minimum dwie [2] najaśnice typu ksenonowego każda o mocy minimum 150 W o napięciu zasilania 24V z instalacji elektrycznej pojazdu. Dopuszcza się minimum dwie [2] najaśnice typu sodowego każda o mocy minimum 70 W o napięciu zasilania 24 V z instalacji elektrycznej pojazdu” wskazał: „Zgodnie z wymogami. Najaśnice 4 x 75W, 24 V Xenon”. Jednocześnie też na str. 48 oferty w dokumencie „Lotniskowy Samochód Ratowniczo-Gaśniczy”, stanowiącym specyfikację producentką istniejącego pojazdu gaśniczego firmy Rosenbauer co do najaśnic wskazano: „4 x 75 V Xenon (lub opcjonalnie 2 x 150 W / 24 V Xenon)”.

2) Co do parametru jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej kW/1000 kg w formularzu ofertowym (pkt 5.1) wskazał na wartość 20,47 kW/1000 kg. W tym zakresie także dodatkowo w pkt 2.2 załącznika nr 1 do oferty przy opisie wymogu SIWZ: „Silnik charakteryzuje się odpowiednią mocą i momentem obrotowym określoną dla obciążonego pojazdu” wskazał: „Zgodnie z wymogami. Moc każdego silnika – 625 KM (466 kW) – łącznie 1 250 KM. Moment każdego z silników – 2.780 Nm.”

3) Co do parametru drzwi typu autobusowego w formularzu ofertowym (pkt 5.5) przy wymogu Zamawiającego: „Drzwi wejściowe do kabiny pojazdu typu autobusowego, zamykane automatycznie” wskazał: „tak”. Jednocześnie w pkt 7.10 załącznika nr 1 do oferty przy opisie wymogu SIWZ: „Drzwi wejściowe uruchamiane automatycznie z otwieraniem do przodu [typ autobusowy]. Drzwi zamykają się automatycznie przy przekroczeniu przez pojazd prędkości do maksimum 5 km/godz. Dopuszcza się otwieranie i zamykanie drzwi ręcznie” wskazał: „Zgodnie z wymogami. Automatyczne drzwi typu autokarowego, elektrycznie sterowane + awaryjne sterowanie ręczne. Automatyczne zamykanie powyżej prędkości 5 km/h”. Jednocześnie też na str. 37 oferty w dokumencie „Lotniskowy Samochód Ratowniczo-Gaśniczy”, stanowiącym specyfikację producentką istniejącego pojazdu gaśniczego firmy Rosenbauer co do drzwi wskazano: „Zainstalowane duże automatyczne drzwi bezpieczeństwa, po jednej z prawej i lewej stronie kabiny, które mogą być otwarte do 90° tak, aby zapewnić maksymalne bezpieczeństwo dla załogi przy wsiadaniu i wysiadaniu z aparatami ochrony dróg oddechowych. Drzwi są wyposażone w opuszczane szyby w oknach.”

Zamawiający w toku badania i oceny ofert pismem z dnia 24 sierpnia 2011 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty, w tym w pkt 6 pisma co do parametru najaśnic, wskazując na oferowany w formularzu ofertowym wymóg najaśnic ksenonowych min. 2 x min. 150 W – 24 każda i prosząc w związku z tym o wyjaśnienie dlaczego wykonawca ten w załączniku nr 1 do oferty w pkt 12.2.4 podał inne parametry masztu oświetleniowego, przy czym wskazał także na dalszy opis (pkt 8.1 str. 48 oferty), gdzie podano, iż wymagane parametry są rozwiązaniem

opcjonalnym. Przystępujący w piśmie z dnia 20 listopada 2011 r. we wskazanym zakresie wyjaśnił Zamawiającemu, że maszt oświetleniowy w oferowanym pojeździe będzie wyposażony w 2 reflektory ksenonowe po 150W, wskazując także, że ujęta w specyfikacji załączonej do oferty opcja masztu wyposażonego w 4 reflektory ksenonowe po 75 W była propozycją równoważnego rozwiązania, wynikającą z wieloletniego doświadczenia Przystępującego. Przystępujący wskazał na swoje doświadczenie, podając, że wskazane rozwiązanie daje lepszy efekt oświetlenia pola pracy wokół pojazdu niż stosowanie mniejszej ilości punktów świetlnych. Wykonawca ten podkreślił, że wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie z 2 reflektorami po min. 150W zostało zaoferowane jako opcja, ponieważ wybór któregośkolwiek z rozwiązań nie ma żadnego wpływu na pozostałe parametry techniczne ani na cenę oferowanego pojazdu, a ponadto łączna moc oświetlenia (300 W) pozostaje bez zmian.

Zamawiający ofercie Przystępującego przyznał maksymalną ilość punktów we wszystkich kryteriach i podkryteriach oceny ofert, w tym także w zakresie kwestionowanych w odwołaniu podkryteriów oceny ofert. Powyższe skutkowało uznaniem przez Zamawiającego oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów stwierdziła, że żaden z podnoszonych zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia z zgromadzonym materiale dowodowym.

Co do pierwszego zarzutu dotyczącego wymogu najaśnic na maszcie oświetleniowym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podnosił w tym zakresie zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ, czy też ustawą Pzp. Zarzut odwołania – jak wynika z jego treści – co także Odwołujący podnosił w toku rozprawy przed Izbą, odnosił się do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp polegających na żądaniu od Przystępującego wyjaśnień treści oferty w zakresie potwierdzenia spełniania punktowanego przez Zamawiającego wymogu co do najaśnic, które w efekcie – jak podnosił Odwołujący – doprowadziły do niedopuszczalnych negocjacji w wykonawcą oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie stwierdziła, aby ten zarzut potwierdził się. W ocenie Izby – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – za ofertę składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać tak formularz ofertowy, jak i inne dokumenty złożone wraz z tym formularzem, jeśli z ich treści wynika oświadczenie woli wykonawcy odnośnie możliwości, sposobu i szczegółowych zasad spełniania świadczenia (wykonania zamówienia) przez wykonawcę. Powyższe potwierdza także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05). Przy ocenie tych oświadczeń woli wykonawcy należy brać pod uwagę rzeczywistą wolę wykonawcy co do oferowanego przedmiotu zamówienia, także

przy uwzględnieniu okoliczności, w których złożone zostało dane oświadczenie, zasady współżycia społecznego, czy ustalone zwyczaje (art. 65 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp). Biorąc powyższe pod uwagę, przy ocenie rzeczywistej woli Przystępującego składającego swoją ofertę w postępowaniu w przedmiotowej sprawie należało brać pod uwagę nie tylko formularz ofertowy. Z tego też względu wobec pewnych rozbieżności w treści oferty pomiędzy oświadczeniem woli zawartym w formularzu ofertowym Przystępującego, a oświadczeniem zawartym w załączniku nr 1 do formularza oferty oraz informacją zawartą na str. 48 oferty, Zamawiający miał prawo, a nawet w takiej sytuacji obowiązek zwrócenia się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień co do treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje bowiem na to, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wobec okoliczności, iż Przystępujący w treści formularza ofertowego złożył wyraźne oświadczenie woli o zaoferowaniu Zamawiającemu punktowanego w ramach kryterium oceny ofert parametru co do najaśnic (2 najaśnice ksenonowe x min. 150W – 24 V), a jednocześnie w innym miejscu oferty (załącznik nr 1 do oferty) wskazał dodatkowo na inne rozwiązanie w zakresie najaśnic ksenonowych (4 x 75W, 24V) Zamawiający miał obowiązek wyjaśnienia tej nieprawidłowości. Podstawą powyższego było także zamieszczenie na dodatkowym, niewymagalnym w SIWZ dokumencie, wskazania dwóch rozwiązań w zakresie najaśnic: punktowanego w SIWZ (2 najaśnice) oraz dodatkowego z czterema najaśnicami po 75W każda. Udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia potwierdziły tylko wyraźne oświadczenie woli tego wykonawcy zamieszczone w formularzu ofertowym, za które prawidłowo została przyznana Przystępującemu maksymalna ilość punktów w ramach kryterium parametry techniczno-użytkowe. Zawarte w załączniku nr 1 do formularza ofertowego oraz w specyfikacji oferowanego pojazdu dodatkowe – jak wskazał Przystępujący - „opcjonalne” rozwiązanie, stanowi tylko dodatkową propozycję Przystępującego korzystniejszego – według niego – rozwiązania, równoważnego do oczekiwanego przez Zamawiającego i punktowanego w SIWZ rozwiązania, które Zamawiający może ewentualnie rozważyć na etapie realizacji zamówienia. Oferowanym jednak w zasadniczy sposób rozwiązaniem w zakresie najaśnic były najaśnice ksenonowe po 150W i 24V, co potwierdza – jak wskazano – wprost formularz ofertowy, jak również załącznik do tego formularza („Zgodnie z wymogami”) oraz dodatkowy dokument – specyfikacja pojazdu, gdzie także wprost wskazano na punktowane rozwiązanie. Nie można także stwierdzić, aby w wyniku prowadzonych z Przystępującym wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty, czy jakiejś negocjacji z tym wykonawcą. O takiej okoliczności można byłoby

mówić np. w sytuacji, gdyby w wyniku wyjaśnień doszło do zmiany treści formularza ofertowego, z czym w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia.

Co do zarzutu dotyczącego parametru jednostkowego wskaźnika mocy jednostki napędowej, Izba stwierdziła, że brak było obowiązku do żądania w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień odnoszących się do treści oferty Przystępującego.

Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że Przystępujący, oferując w pojeździe 2 silniki o łącznej mocy 1250 KM i dokonując przeliczenia silników z koni mechanicznych na kilowaty posłużył się amerykańskim przelicznikiem ($1\text{kW} = 1,34\text{ K}$), wskazując na moc silników na poziomie 932, zamiast – podobnie jak Odwołujący – zastosowania europejskiego przelicznika ($1\text{ kW} = 1,2596\text{ KM}$, gdzie w takiej sytuacji łączna moc silników wynosiłaby 919,4 kW). Izba, biorąc pod uwagę treść SIWZ oraz ofertę Przystępującego nie potwierdza takiego sposobu działania Przystępującego. Stwierdzić bowiem należy, że w ofercie tego wykonawcy dla przyjęcia parametru jednostkowego wskaźnika mocy napędowej istotne znaczenie ma parametr kilowatów, a nie koni mechanicznych. Powyższemu nie zaprzeczył także Odwołujący. Całość argumentacji Odwołującego zresztą opiera się na twierdzeniu, że dla wskazanego parametru istotne znaczenie mają własne jednostki kilowatów. Izba przyjęła za wiarygodną argumentację Przystępującego, że jednostek mocy silnika w wartościach kilowatów wykonawca ten nie przeliczał, a przyjął ją z informacji zawartej w specyfikacji technicznej producenta silników (firma Caterpillar). Postanowienia SIWZ także nie wymagały od wykonawców zastosowania w tym zakresie jakiegoś określonego sposobu przeliczenia koni mechanicznych na kilowaty. Wykonawcy zatem mogli bezpośrednio wprost przejąć z informacji producentów oferowanych w pojeździe silników dane dotyczące mocą tych silników wyrażoną wprost w kilowatach. Okoliczność, iż Przystępujący wskazał w ofercie dodatkowo moc silnika wyrażoną w jednostkach koni mechanicznych, która to wartość mogła być przeliczona przez wykonawcę według amerykańskiego przelicznika, nie ma żadnego znaczenia dla oceny jednostki wskaźnika mocy jednostki napędowej, która została przyjęta w oparciu o wartość mocy silnika wyrażoną wprost w jednostkach kilowatów (932 kW, tj. w pkt 2.2. załącznika nr 1 do Formularza oferty wskazano na wartość jednego silnika 466 kW co pomnożone przez ilość silników - 2 silniki - daje wartość 932 kW).

Co do zarzutu dotyczącego parametru drzwi typu autobusowego Izba stwierdziła, że brak było obowiązku do żądania w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień odnoszących się do treści oferty. Izba ustaliła w tym zakresie dodatkowo – przede wszystkim w oparciu o zgodne w tym zakresie stanowiska stron postępowania oraz Przystępującego wyrażone – że drzwi typu autobusowego, to drzwi otwierające się w sposób równoległy wzdłuż pojazdu, a nie na oścież. Według Przystępującego oraz Zamawiającego, w ofercie Przystępującego

zaoferowano drzwi właśnie wskazanego typu za co Przystępujący prawidłowo uzyskał maksymalną ilość punktów na wartość techniczną w kryterium oceny ofert. Izba także nie miała wątpliwości. Jedyną okoliczność, na którą powołuje się Odwołujący, formułując w tym zakresie zarzut odwołania, odnosi się do stwierdzenia zawartego na stronie 37 oferty o tym, że drzwi mogą być otwarte do 90°. Powyższe nie dyskwalifikuje w żaden sposób wyraźnych oświadczeń Przystępującego zamieszczonych w ofercie (pkt 5.5. formularza ofertowego, pkt 7.10 załącznika nr 1 do formularza ofertowego) o tym, iż wykonawca ten oferuje drzwi typu autobusowego. Na możliwość otwierania drzwi typu autobusowego (wzdłuż pojazdu) do 90° wskazuje potencjalność takiego stopnia rozwarcia mechanizmu drzwi, na którym zainstalowane są skrzydła drzwi (zawiasy). Powyższe nie musi budzić wątpliwości po stronie Zamawiającego biorąc pod uwagę przede wszystkim treść oferty i rodzaj pojazdu zaoferowany w jej treści z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia życiowego, które także Izba przy ocenie materiału dowodowego musi brać pod uwagę.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Do kosztów postępowania - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – zaliczono koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego.

Przewodniczący: