

Sygn. akt: KIO 1669/17

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2017 r. przez **Wykonawcę – ABP Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Słupsku przy ul. Kowalskiej 1 (76-200 Słupsk) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu**, ul. Wrocławska 193-195 (62-800 Kalisz)

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności z dnia 3 sierpnia 2017 r. polegające na odrzuceniu oferty ABP Bus & Coach Sp. z o.o. sp. k. i wyborze oferty Volvo Bus i nakazuje powtórzyć czynność oceny ofert z uwzględnieniem oferty ABP Bus & Coach Sp. z o.o. sp. k.**
- 2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu i:
- 2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę ABP Bus & Coach Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Słupsku tytułem wpisu od odwołania;
- 2.3 zasądza od Zamawiającego – Centralnego Ośrodka Szkolenia Służby więziennej w Kaliszu na rzecz Wykonawcy – ABP Bus & Coach Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Słupsku kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kaliszu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu na *dostawę autobusu turystycznego o liczbie miejsc siedzących minimum 47* (nr ref.: 1/kw/17), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.04.2017r., 2017/S 083-162001, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Volvo Bus Corporation) oraz odrzucenia oferty własnej, Wykonawca ABP Bus & Coach Sp. z o.o. sp. k. z/s w Słupsku wniósł w dniu 8 sierpnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1669/17).

Informację o wyniku powtórzonej oceny oferty Zamawiający przekazał Odwołującemu mailem w dniu 3 sierpnia 2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia niezgodności tej oferty z siwz;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo tego, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny ani kosztu, a Odwołujący złożył pełne i kompletne wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego;
3. względnie, art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w takim zakresie w jakim budziły one wątpliwości Zamawiającego;
4. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Volvo Bus Corporation z naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na podjętą wcześniej w postępowaniu czynność odrzucenia jego oferty dokonaną na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp pismem z dnia 27.06.2017 r., której podstawą było stwierdzenie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia składane w zakresie wysokości ceny nie zostały potwierdzone dowodem wskazującym na wycenę autobusu turystycznego, będącego przedmiotem zamówienia albowiem dotyczą innej kategorii pojazdów. Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1344/17), po czym Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty i przystąpił do ponownego badania, kierując do Odwołującego wezwania w pismach z dnia 17.07.2017 r. oraz 24.07.2017 r., na które Odwołujący odpowiedział.

Pismem z dnia 03.08.2017 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując na jej niezgodność z siwz oraz rażąco niską cenę.

Niezgodność z siwz.

Odwołujący sprzeciwia się argumentacji Zamawiającego dotyczącej klasyfikacji autobusów, z której wywiódł, iż oferowany autobus nie spełnia wymogów siwz, gdyż nie jest autobusem turystycznym. Zamawiający opierał się na załączniku nr 4 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach z dnia 27.09.2003r.). Zgodnie z tabelą nr 1 tego załącznika autobusy dzielą się funkcjonalnie na: miejskie, międzymiastowe, turystyczne, szkolne oraz inne i mają być homologowane w kategorii M2 lub M3.

Kategorie te znajdują się w Dyrektywie 97/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22.07.1997r. Zgodnie z załącznikiem I do tej dyrektywy, pkt 2.1.2., do pojazdów silnikowych kategorii M2 lub M3 zalicza się autobus lub autokar, który został zaprojektowany i zbudowany do przewozu pasażerów w pozycji siedzącej lub w pozycji siedzącej i stojącej. Natomiast klasy autobusów wskazane zostały w tym samym załączniku I w poz. 2.1.2.1.3.1. dla pojazdów o pojemności powyżej 22 pasażerów poza kierowcą:

- klasa I: pojazdy posiadające miejsca stojące w celu umożliwienia częstej wymiany pasażerów;
- klasa II: pojazdy przeznaczone głównie do przewozu pasażerów siedzących oraz z miejscami stojącymi w przejściu oraz ewentualnie w miejscu o powierzchni nie większej niż powierzchnia zajmowana przez dwa podwójne siedzenia;
- klasa III: pojazdy przeznaczone wyłącznie do przewozu pasażerów siedzących.

Powyższa klasyfikacja powielona została w Regulaminie nr 107 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 lub M3 w odniesieniu do ich budowy ogólnej. Zgodnie z pkt 1.1. Regulamin ten znajduje zastosowanie do wszystkich jednopokładowych, dwupokładowych, sztywnych lub przegubowych pojazdów kategorii M2 lub M3. Z punktu 2.1.1.2. wynika z kolei, że „klasa II” to pojazdy przeznaczone zasadniczo do przewozu pasażerów siedzących, o konstrukcji umożliwiającej przewóz pasażerów stojących w przejściach lub na powierzchni nie większej niż powierzchnia przeznaczona dla dwóch siedzeń podwójnych, natomiast punkt 2.1.1.3. stanowi, iż „klasa III” to pojazdy przeznaczone wyłącznie do przewozu pasażerów siedzących.

Istotna kwestia uregulowana została w punkcie 2.1.1.4. powyższego Regulaminu, zgodnie z

którym:

„Pojazd może być zaliczony do więcej niż jednej klasy. W takim przypadku dany pojazd może uzyskać homologację w każdej klasie, do której został zaliczony.”

Nie ma zatem większych różnic technicznych pomiędzy klasą II, a III pojazdów autobusowych, a dany pojazd może należeć jednocześnie do II i III klasy. Pojazd zaoferowany Zamawiającemu przez Odwołującego posiada właśnie homologację zarówno w III jak i w II klasie.

Odwołujący wyjaśniał już Zamawiającemu w piśmie z dnia 24.07.2017r., że autobusy Iveco CBCW3/00 mogą być produkowane w różnych podrodzajach, które zostały wyszczególnione w wyżej wspomnianym załączniku nr 4 do Rozporządzenia. W zależności od wersji w jakiej jest przygotowywany, autobus ten może zostać zaklasyfikowany jako autobus klasy II (funkcjonalnie międzymiastowy) jak i klasy III (funkcjonalnie turystyczny). Jednoznaczne określenie przypisanej kategorii funkcjonalnej znajduje się w dokumencie COC (europejski certyfikat zgodności), który dostarczany jest do każdego wyprodukowanego autobusu.

Zamawiający odwołuje się w swej argumentacji do ogólnie dostępnych informacji handlowych przytaczając przykładowo odnaniezoną w serwisie „YouTube” wypowiedź przedstawiciela Iveco - pana Marcina Fica, który nazwał autobus Crossway Pro „typowym autobusem międzymiastowym”. W odniesieniu do tej argumentacji Odwołujący wskazuje, że tego typu wypowiedzi charakteryzują się bardzo niskim poziomem precyzji i są raczej ogólnymi informacjami. Pan Fica miał namyśli jedynie to, że autobus Crossway Pro najczęściej jest zamawiany jako autobus międzymiastowy, jednakże z uwagi na brak zasadniczych różnic konstrukcyjnych i homologację zarówno w klasie II jak i III, może on być również produkowany i dostarczany jako autobus turystyczny.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że o klasie autobusu nie decyduje organ rejestracyjny. Zasady klasyfikacji ustalone są powołanymi powyżej dokumentami normatywnymi, na podstawie których wydawana jest homologacja oraz europejski certyfikat zgodności wystawiany przez producenta. Dokument ten, stanowiący podstawę rejestracji pojazdu, określa jego kategorię, klasę, normę emisji spalin i pozostałe podstawowe dane.

Cena rażąco niska.

W postępowaniu złożono trzy oferty z cenami: 1.105.770,00 zł, 1.129.036,68 zł, 920.040,00 zł (oferta Odwołującego). Średnia tych cen wynosi 1.051.616 zł i w odniesieniu do niej oferta Odwołującego odbiega o 13%, co już wskazuje na rynkowy poziom ceny. Zamawiający wezwał raz Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w odpowiedzi na które Odwołujący złożył kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia, adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz treści wezwania, przedstawiając dowody bezpośrednio odnoszące się do przedmiotu oferty

(dotyczyły tego samego typu autobusu). Zamawiający w oparciu o Informację z Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców uznał, iż autobus CBCW3/00 Crossway, dostarczony innemu odbiorcy został zakwalifikowany do autobusu międzymiastowego. Odwołujący podniósł, iż na tej podstawie Zamawiający nie mógł wnioskować o tym, jaki autobus zostanie mu dostarczony.

Odwołujący od początku, co potwierdzał w wyjaśnieniach, zamierza dostarczyć autobus w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający raz powołuje się na niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia, a następnie z tego wywodzi wniosek o cenie rażąco niskiej. Odwołujący wyjaśnia, że jedynie część dowodów, składanych posiłkowo (faktury zakupu), nie odnosi się bezpośrednio do przedmiotu oferty, a pozostałe bezpośrednio wskazują na cenę oferty Odwołującego. Odwołujący nie uchylił się od złożenia wyjaśnień, zatem jeżeli Zamawiający nadal miał wątpliwości, których nie ujawnił w pierwszym wezwaniu, powinien był wezwać Odwołującego ponownie do złożenia wyjaśnień. Odrzucenie oferty Odwołującego albowiem nie zawiera ona ceny rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia były wyczerpujące, tym samym nie mogły ziścić się przesłanki odrzucenia wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc w niej o oddalenie w całości podnoszonych zarzutów i przedstawił dowody mające wskazywać na poprawność jego oceny, w tym wydruk ze strony Izby Gospodarczej Komunikacji Miejskiej (zawierające informacje o klasyfikacji autobusów w klasach I-III oraz A i B i podziale funkcjonalnym autobusów na miejskie, podmiejskie/międzymiastowe, turystyczne, szkolne, o szczególnym przeznaczeniu), wydruki ze stron producentów autobusów (Volvo, Mercedes, Solbus, Man), oferty i informacje handlowe, informacja techniczna Instytutu Transportu Samochodowego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została odrzucona, miał w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań

Zamawiającego, które mogą doprowadzić do wyboru oferty konkurencyjnej (droższej), a przede wszystkim pozbawiają Odwołującego realnej szansy na uzyskanie tego zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym oferty Odwołującego, jego wyjaśnień złożonych w toku postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wynikający zarówno z treści oferty jak i wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego w pismach z dnia 13.06.2017 r., 22.06.2017 r., 19.07.2017 r. oraz 24.07.2017 r.

Zasadniczo do uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z treścią siwz i zawierającą rażąco niską cenę doprowadziły ustalenia Zamawiającego, mające wskazywać, iż zaoferowany autobus typ CBCW3/00 Crossway Pro jest autobusem międzymiastowym.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do siwz, co poprzedzone zostało dialogiem technicznym, który dostarczył wiedzy Zamawiającemu co do potrzeby wskazania w opisie przedmiotu zamówienia na autobus turystyczny. Zamawiający oczekiwał dostawy autobusu fabrycznie nowego, wyprodukowanego w 2017 r., turystycznego o liczbie miejsc siedzących minimum 47, kategorii M₃ klasa III. W załączniku określone zostały szczegółowe wymagania dotyczące silnika; układu przeniesienia napędu, zawieszenia, układu kierowniczego i jezdnego; nadwozia; systemu bezpieczeństwa; innych cech funkcjonalnych i wyposażenia pojazdu. Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, iż musiał zrezygnować z części wyposażenia dla tego typu autobusów (WC, kabina do spania dla kierowców) z uwagi na kwotę środków, jaką dysponuje.

Zamawiający w związku z odwołaniem wniesionym w dniu 30 czerwca 2017 r. na czynność odrzucenia oferty ABP Bus & Coach Sp. z o.o. sp. k., pismem z dnia 11.07.2017 r. uznał, iż zachodzi konieczność wyjaśnienia dodatkowych okoliczności i przywrócił wykonawcę do postępowania w celu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert. W związku z tą informacją Wykonawca w dniu 12.07.2017 r. cofnął odwołanie (sygn. akt KIO 1344/17).

Zamawiający pismem z dnia 24 lipca 2017 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia wątpliwości, jakie Zamawiający powziął analizując złożone w trybie wyjaśnień rażąco niskiej ceny faktury, z których wynika, iż pod symbolem „CBCW30/00” kryje się model autobusu o nazwie Crossway Line. Ponadto, Zamawiający wskazał na pozyskane

informacje z Systemu Informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców o pojazdach CBCW3/00, zakwalifikowanych do autobusów międzymiastowych prosząc o potwierdzenie, że oferowany bus marki IVECO Bus typ CBCW3/00 model Crossway Pro jest autobusem turystycznym. Zamawiający odniósł się również do wyjaśnień w zakresie niższej ceny i podanej informacji o zaoferowaniu autobusu turystycznego „średniopodłogowego”, a nie „wysokopodłogowego”, prosząc o wyjaśnienie takiego podziału, gdyż w przepisach występuje podział na autobusy miejskie, międzymiastowe i turystyczne.

Pismem z dnia 24.07.2017 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazując w nich, iż *„dodatki typu Pro, Line oraz Pop stosowane w oznaczeniu autobusów Iveco służą zróżnicowaniu autobusu na poziomie wersji, wariantu oraz przeznaczenia. W konsekwencji pod typem i modelem CBCW3/00 mogą występować autobusy z różnym oznaczeniem.* Ponownie potwierdził, iż autobus zaoferowany jest autobusem turystycznym, kategorii M3 i klasy III. Podział autobusów na wysokopodłogowe i średniopodłogowe stosowany ma być umownie w branży autobusowej.

Wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny Odwołujący składał pierwotnie w piśmie z dnia 22.06.2017 r. wraz z dowodami (*informacja producenta z 21.06.2017 r., oferta handlowa, faktury sprzedaży autobusów CBCW3/00, umowa dostawy autobusu*). Następnie, ponownie na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.07.2017 r. o przedstawienie oryginału dokumentu: „informacja producenta” oraz przesłanie pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ten dokument. Odwołujący w piśmie z dnia 19.07.2017 r. wskazał na fizyczną niemożliwość złożenia oryginału będącego w posiadaniu osoby przebywającej za granicą i przedłożył oświadczenie producenta podpisane przez osobę umocowaną o tożsamej treści. Jednocześnie zauważył, iż Zamawiający w siwz nie żądał złożenia w ofercie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania i nie może takich żądań kierować do Wykonawcy. W złożonym w imieniu producenta oświadczeniu dyrektor sprzedaży odpowiedzialny za rynek polski potwierdził cenę autobusu zaoferowanego i spełniającego wszystkie wymagania określone w siwz.

Zamawiający w piśmie z dnia 03.08.2017 r. (informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego) wskazał w uzasadnieniu obu przesłanek odrzucenia wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Ustawy, na wspólną podstawę faktyczną wynikającą z ustalenia braku spełnienia wymagania dostawy autobusu **turystycznego** o liczbie miejsc siedzących min. 47, kategorii M3 klasy III (opisany w załączniku nr 1 do siwz). *Zamawiający zgodnie z własnymi potrzebami wymaga dostawy autobusu turystycznego, tj. jako autobus konstrukcyjnie i wyposażeniowo przeznaczony wyłącznie do przewozu pasażerów siedzących, na długich trasach, przy zapewnieniu wygodnych warunków jazdy, dobrej widoczności oraz m.in. dużej przestrzeni bagażowej.* Zamawiający ustalił w oparciu o ogólnie dostępne informacje handlowe (strona

internetowa producenta, wypowiedź przedstawiciela), iż stanowiący przedmiot oferty autobus marki IVECO Bus typ CBCW3/00 model Crossway Pro jest produkowany jako międzymiastowy, a nie turystyczny. IVECO posiada w swojej ofercie pojazdy w grupie autobusów turystycznych o nazwach handlowych Magelays i Evadys. Zaoferowane przez pozostałych dwóch wykonawców autobusy Mercedes Tourismo RH oraz Volvo 9700 są typowymi pojazdami z segmentu autobusów turystycznych. Zamawiający wygenerował raport z Systemu Informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców, z którego wynika, iż autobusy CBCW3/00 Crossway zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 27.09.2003 . w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach (Dz. U. z 2016 r., poz. 1088) należą do podrodzaju „autobus międzymiastowy”, a żaden z tych pojazdów nie został zakwalifikowany, jako podrodzaj „autobus turystyczny”. Zamawiający uznał, iż wykonawca zaoferował autobus z **segmentu autobusów międzymiastowych, doposażony do poziomu minimalnych wymagań zamawiającego.**

W powiązaniu z powyższym Zamawiający uznał cenę za rażąco niską, gdyż została złożona na pojazd z innego segmentu handlowego. W jego ocenie, złożone wyjaśnienia i dowody nie odnoszą się do kalkulacji ceny autobusu turystycznego, co jednocześnie wskazuje, iż wykonawca zamierza dostarczyć przedmiot zamówienia nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego. *Tym samym wykonawca potwierdził realność ceny autobusu międzymiastowego. Prawdopodobnie cena ta nie jest rażąco niska w tym segmencie autobusów. Nie można natomiast odnieść tych wartości do ceny autobusu turystycznego. Dlatego też zamawiający uznał, że wykonawca nie sprostął ciężącemu obowiązkowi udowodnienia realności swej ceny w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy i złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie obu podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Przedstawione na rozprawie dowody potwierdzały, iż oferta na dostawę autobusu Iveco typ CBCW3/00 Crossway Pro odpowiada wymaganiom Zamawiającego, w tym w zakresie spornego warunku dostawy autobusu turystycznego. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego kierował się informacjami, które pochodziły z innych źródeł, niż oferta i wyjaśnienia samego Wykonawcy, wnioskując z nich, iż zaoferowany autobus (który faktycznie dopiero zostanie wyprodukowany) nie spełnia jego wymagań. W niniejszej sprawie nie budziło zastrzeżeń Izby to, że Zamawiający weryfikował informacje wynikające z oferty i wyjaśnień, co jest działaniem poprawnym, natomiast wnioski, do jakich doszedł

Zamawiający były nieprawidłowe. Przede wszystkim Zamawiający w sposób dowolny dokonał oceny oferty Odwołującego uznając, iż autobus spełniający wszystkie wyspecyfikowane w siwz parametry minimalne (w części przekraczając je) nie jest autobusem turystycznym, chociaż jak sam wskazał, nie ma legalnej definicji autobusu turystycznego. Przyjmując zatem, co nie jest oczywiste, a do czego Izba odniesienie się poniżej, iż nie ma legalnej definicji autobusu turystycznego, Zamawiający nie mógł nadawać na etapie oceny ofert nowego rozumienia pojęcia autobus turystyczny, z pominięciem zapisów siwz, w tym informacji o wymaganej ilości miejsc siedzących oraz pozostałym wyposażeniu.

Odnosząc się zatem szczegółowo do obu podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, na wstępie należy zauważyć, iż słusznym było wskazanie w odwołaniu na brak możliwości jednoczesnego upatrywania w tym samym elemencie oferty podstawy do uznania oferty za niezgodną z siwz i jednoczesne wywodzenie z tej okoliczności podstawy wniosku o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisku prezentowanym na rozprawie przyznał, iż zaoferowana cena może nie być rażąco niska dla autobusu międzymiastowego. Jeżeli zatem Zamawiający uznał, iż wykonawca zaoferował autobus międzymiastowy (co stanowiło o niezgodności oferty z siwz), to nie mógł jednocześnie przyjąć, że cena jest rażąco niska. Zasadnym w tej sytuacji byłoby jedynie przyjęcie, że zachodzi niezgodność oferty z siwz i ograniczenie podstawy odrzucenia oferty do art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

W niniejszej sprawie nie było jednak uzasadnienia do tego, aby przyjąć, iż oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiu wskazującemu na konieczność zaoferowania autobusu turystycznego. Przedłożone na rozprawie dowody obu stron prowadzą do wniosku, iż autobus turystyczny klasy III przeznaczony jest wyłącznie do przewozu pasażerów siedzących, konstrukcyjnie i wyposażeniowo przeznaczony jest do przewozu pasażerów na długich trasach przy zapewnieniu wygodnych warunków jazdy, m.in. umożliwia dobrą widoczność, ma duże pomieszczenie bagażowe, często klimatyzację, wc, barek, a nawet miejsca do spania (dowód od Zamawiającego – informacja techniczna Instytutu Transportu Samochodowego, str. 2). W sposób mniej opisowy autobus turystyczny został określony w aktach normatywnych powołanych przez Odwołującego, tj. Polskiej Normie PN-S-47010 *Pojazdy drogowe, Autobusy, wymagania podstawowe*, w której w pkt. 1.2.1.3 autobus klasy III autobus turystyczny jest autobusem *o konstrukcji przeznaczonej wyłącznie do przewozu pasażerów siedzących*. Ta sama norma w pkt 1.2.1.2 opisuje autobus klasy II autobus międzymiastowy, jako *o konstrukcji przeznaczonej głównie do przewozu pasażerów siedzących, umożliwiającej przewóz pasażerów stojących w przejściu (1.2.4) i/lub przestrzeni do stania o powierzchni podłogi nie przekraczającej powierzchni przeznaczonej dla dwu*

podwójnych siedzeń. Również w aktach przyjętych na podstawie umowy międzynarodowej (o charakterze nieustawodawczym) – regulaminie nr 107 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG/ONZ) – Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 i M3 w odniesieniu do ich budowy ogólnej, w definicjach przyjętych dla celów regulaminu wskazano na definicję pojazdu (pkt 2.1 „pojazd” oznacza pojazd kategorii M2 lub M3 w zakresie określonym w pkt 1 powyżej): klasa I (pkt 2.1.1.1 – pojazdy, w konstrukcji których przewidziano przestrzeń dla pasażerów stojących, umożliwiającą częste przemieszczanie się pasażerów); klasa II (2.1.1.2 – pojazdy przeznaczone zasadniczo do przewozu pasażerów siedzących, o konstrukcji umożliwiającej przewóz pasażerów stojących w przejściach lub na powierzchni nie większej niż powierzchnia przeznaczona dla dwóch siedzeń podwójnych); klasa III (2.1.1.3 – pojazdy przeznaczone wyłącznie do przewozów pasażerów siedzących). Pojazd może być zaliczony do więcej niż jednej klasy. W takim przypadku dany pojazd może uzyskać homologację w każdej klasie, do której został zaliczony.

Z przywołanych aktów prawnych wynika więc, iż definicja pojazdu turystycznego istnieje na poziomie ogólnej charakterystyki konstrukcji pojazdu, w którym można przewozić wyłącznie osoby siedzące. Stąd, istotnym dla oceny zgodności ofert z siwz, poza ustaleniem, czy przestrzeń autobusu została przystosowana do przewozu wyłącznie pasażerów siedzących, były pozostałe wymagania Zamawiającego opisane w siwz, między innymi przywołane w piśmie Instytutu elementy wyposażenia i konstrukcji (WC, przestrzeń bagażowa, klimatyzacja). Ocena tych elementów nie budziła kontrowersji, gdyż Wykonawca zaoferował autobus dostosowany do minimalnych wymagań, lub nawet je przekraczając (moc silnika wyższa o 29%, ilość miejsc siedzących - 51, pojemność bagażnika – 5,7 m³, zbiornik paliwa większy o 43%, klimatyzacja 32kW, szyba przednia z filtrem UV, monitory 19 calowe, siedzenia turystyczne wyposażone w siatki i stoliki). W tym stanie faktycznym treść oferty potwierdzała, iż zaoferowany autobus stanowi autobus turystyczny spełniający wszystkie wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia wymagania dostosowane do potrzeb i możliwości finansowych Zamawiającego.

Pozostało zatem odnieść się do ustalenia Zamawiającego, iż zaoferowany autobus marki IVECO nie był dotychczas rejestrowany jako autobus turystyczny, co miało podważać oświadczenie Wykonawcy. Na wstępie należy zauważyć, iż Zamawiający przewidział w siwz czas na wyprodukowanie autobusu (5 m-cy) do czego sam referował na rozprawie, a zatem żaden z autobusów zaoferowanych zapewne w momencie złożenia oferty jeszcze nie został wyprodukowany. Miało to ten skutek, iż oświadczenia wykonawców o spełnianiu warunków przez oferowany przedmiot dostawy mogły być weryfikowane wyłącznie w oparciu o dokumenty wskazujące na ich istotne elementy konstrukcyjne, pozwalające ustalić, iż

pojazdy zaliczone są dla klasy III (M3), jako autobusy turystyczne, a także ewentualnie potwierdzające ich specyfikację techniczną (których Zamawiający nie wymagał wraz z ofertą). Zamawiający ustalił w oparciu o informacje powszechnie dostępne (raport z Systemu Informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców, dotyczący autobusu CBCW3/00 Crossway), iż pojazd ten był dotychczas kwalifikowany, jako autobus międzymiastowy. Przeciwno takiemu ustaleniu Odwołujący przedłożył dowody, dotyczące autobusu CBCW3/00 (opisanym w homologacji nr e8*2007/46*0085*15):

- oświadczenie o danych i informacjach o pojeździe niezbędnych do rejestracji i ewidencji pojazdów dla autobusu opisanego jako międzymiastowy (oświadczenie z 02.02.2017) oraz turystyczny (oświadczenie z 05.02.2015);

- świadectwo homologacji EC (e8*2007/46*0085*15) dla pojazdów IVECO Bus występujących pod markami handlowymi: Crossway, Recaro, Arway, Crossway H, Evadys H), wraz z dokumentem informacyjnym, w którym w pkt 13 *Przepisy szczególne dla autobusów i autokarów* wskazane zostały klasy pojazdu M3/II i alternatywnie M3/III;

- świadectwa zgodności EC dla pojazdu z podaną klasą pojazdu M3/III i liczbą miejsc siedzących/stojących - 45/0 – nr pojazdu 11102793 oraz dwa świadectwa zgodności dla pojazdu M3/II, z liczbą miejsc siedzących/stojących - 48/23 (nr pojazdu 11370883 oraz nr pojazdu 11370885).

Przeprowadzone na rozprawie dowody z tych dokumentów prowadzą do wniosku, iż pojazdy CBCW3/00 uzyskały homologację w klasie M3/II i M3/III, zgodnie z którą wystawione zostały świadectwa zgodności, dla pojazdów wyłącznie z miejscami siedzącymi i takich, w których są dodatkowo miejsca stojące. Powyższe znajduje umocowanie w przepisach znormalizowanych dopuszczających zaliczenie danego pojazdu do więcej niż jednej klasy. W związku z powyższym wyjaśnienia Odwołującego były wiarygodne i należało uznać, iż zaoferowany pojazd typu CBCW3/00 zostanie dostarczony, jako autobus turystyczny z ilością miejsc siedzących większą od wymaganej jako minimalna, spełniający wszystkie parametry zadeklarowane w ofercie. Oczekiwanie przez Zamawiającego na etapie składania wyjaśnień, iż taki pojazd został już zarejestrowany wykraczało poza opis sposobu weryfikacji zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego i w świetle przeprowadzonych dowodów nie mogło budzić wątpliwości.

Jedynie na marginesie można wskazać, iż także pojazdy marki Mercedes Tourismo (zaoferowane) w raportach generowanych ze strony Ministerstwa Cyfryzacji występują jako autobusy turystyczne i międzymiastowe (dowód: wygenerowane raporty z dnia 09.08.2017r. i 18.08.2017 r.).

Podsumowując, Izba uznała, iż stwierdzenie braku zaoferowania dostawy autobusu turystycznego stało w sprzeczności z treścią oferty i wyjaśnieniami Wykonawcy, a dodatkowe ustalenia jakie prowadził Zamawiający faktycznie wskazują, iż autobus Iveco Bus typ CBCW3/00 może być oferowany, jako autobus turystyczny dostosowany do przewozu wyłącznie osób siedzących. Tym samym Izba uwzględniła odwołanie, gdyż odrzucenie oferty Odwołującego wpływało na wynik postępowania, a Zamawiający zobowiązany został do przywrócenia oferty Odwołującego do oceny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty strony wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: