

Sygn. akt: KIO 701/11

## WYROK

z dnia 13 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia **4 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę: **EvoBus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy, al. Katowicka 46, 05-830 Wolica**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa**.

Przy udziale wykonawców:

- 1) **Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą ul. Obornicka 46, Bolechowo - Osiedle, 62 - 005 Owińska,**
- 2) **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łącut oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łącut,**

- zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie.**
2. **Nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert na część I, II oraz III zamówienia.**

3. **Nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert na część I, II oraz III zamówienia oraz dokonanie wyboru ofert na wymienione części zamówienia, poprzedzone poprawieniem w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. w zakresie podanej ilości roboczogodzin pracochłonności obsługi i napraw oraz poprzedzone wezwaniem konsorcjum: Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie do złożenia poprawionych dokumentów, w tym uzupełnienia brakującej płyty CD/DVD.**
4. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,0 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa.**
5. Nakazuje zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczzonego wpisu.
6. Zasądza od zamawiającego **Miejskich Zakładów Autobusowych sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa** na rzecz odwołującego **EvoBus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy, al. Katowicka 46, 05-830 Wolica,** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę 168 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2010 roku pod numerem: 2010/S 251 - 386726, podzielonym na trzy części, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 4 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawcę: EvoBus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 24 marca 2011 r. o wyborze oferty wykonawców:

1. Solaris Bus & Coach S.A., jako najkorzystniejszej w zakresie części II i III przedmiotu zamówienia.
2. Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie, oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie, zwanych dalej łącznie jako „konsorcjum Lider Trading sp. z o.o.,” jako najkorzystniejszej w zakresie części I przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższych czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miejskim Zakładom Autobusowym sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), t.j.:

- 1) naruszenie zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez uwzględnienie w toku badania i oceny ofert wyjaśnień wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pomimo, że prowadzą one do istotnej zmiany treści złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty oraz poprzez uwzględnienie, na podstawie ww. wyjaśnień, w toku badania i oceny ofert wykładni oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. sprzecznej z literalnym brzmieniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nakazujących podać gwarantowaną liczbę roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości, a nie ilości roboczogodzin przypadających na jeden autobus,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy, a tym samym uchybienie zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, przez wybór oferty Solaris Bus

& Coach S.A., jako najkorzystniejszej, pomimo, że winna ona ulec odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, względnie pomimo, że Solaris Bus & Coach S.A. jako wykonawca winien podlegać wykluczeniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy, a tym samym uchybienie zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, przez wybór oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, jako najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, pomimo że złożona przez to konsorcjum oferta winna ulec odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ,
- 4) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy poprzez uwzględnienie w toku badania i oceny ofert wyjaśnień wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo że ich uwzględnienie skutkowało istotną zmianą treści złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz winno zostać zakwalifikowane, jako prowadzenie pomiędzy zamawiającym, a Solaris Bus & Coach S.A. negocjacji dotyczących treści złożonej oferty,
- 5) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez uwzględnienie w toku badania i oceny ofert wyjaśnień wykonawcy konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pomimo, że ich uwzględnienie skutkowało istotną zmianą treści złożonej przez to konsorcjum oferty oraz winno zostać zakwalifikowane, jako prowadzenie pomiędzy zamawiającym, a tym konsorcjum negocjacji dotyczących treści złożonej oferty,
- 6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Solaris Bus & Coach S.A. z, jako sprzecznej z treścią SIWZ w zakresie, w jakim Solaris Bus & Coach S.A. zamiast gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus, określanej w ofercie jako pracochłonność obsługi i napraw, podał ilości roboczogodzin przypadających na jeden autobus, a także poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, jako sprzecznej z treścią SIWZ w brzmieniu uwzględniającym zmiany z 7 lutego 2011 r. w zakresie, w jakim:

- a) w załączniku nr 18 do oferty, na stronie 125, konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. podało, zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ, że komputer pokładowy w oferowanym przedmiocie zamówienia posiadać będzie „własne podtrzymanie zasilania przez 10 minut”, zamiast przez 30 minut, co stanowiło wymóg aktualnie obowiązującej wersji SIWZ,
- b) w załączniku nr 18 do oferty, na stronie 125, konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. podało, że w ramach wyposażenia dodatkowego dostarczy 1 sztukę łączników pośrednich do zaczepek holowniczych zamiast wymaganych w SIWZ 2 sztuk,
- c) w załączniku nr 18 do oferty, na stronie 125, konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. podało, że komputer pokładowy w oferowanym przedmiocie zamówienia „wyświetla alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat)” pomijając wprowadzony do SIWZ zmianą nr 4 z dnia 7 lutego 2011 r. obowiązek objęcia tą funkcją wszystkich urządzeń pokładowych,
- d) w załączniku nr 18 do oferty, na stronie 124, konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. zaproponowało lokalizację automatu do sprzedaży biletów niezgodną z lokalizacją wskazaną w załączony do oferty rysunkach (załączniki nr 20 - 22), tj. na prawym przednim nadkolu zamiast w przestrzeni pasażerskiej w pobliżu drugich drzwi,
- e) konsorcjum Lider Trading sp. z o.o., wbrew obowiązkowi zapisanemu w pkt 2.2. załącznika nr 1 do SIWZ, nie dołączyło do oferty płyty CD/DVD z dokumentacją techniczną w postaci elektronicznej, zapisaną w odpowiednim formacie zapisu danych,
- 7) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Solaris Bus & Coach S.A., jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zakresie, w jakim wskazana przez Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie pracochłonność obsługi i napraw rażąco odbiega od rzeczywistej przewidywanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw wskazanej w wyjaśnieniach przekazanych zamawiającemu w trybie art. 87 ust 1 ustawy,
- 8) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Solaris Bus & Coach S.A. z udziału w postępowaniu pomimo podania przez Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a to rażąco odbiegającej od rzeczywistej przewidywanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw, która stanowiła jedno z podlegających ocenie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert,

9) naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 tej ustawy, a tym samym uchybienie zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, we wszystkich częściach przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy oferty złożone przez Konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o. w odniesieniu do części I przedmiotu zamówienia oraz przez Solaris Bus & Coach S.A. w odniesieniu do wszystkich części przedmiotu zamówienia winny ulec odrzuceniu jako niezgodne z treścią SIWZ, względnie pomimo, że Solaris Bus & Coach S.A. jako wykonawca winien podlegać wykluczeniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta, jako nie dotknięta wadami nie podlegała odrzuceniu, w zakresie części II i III przedmiotu zamówienia była druga pod względem korzystności spośród wszystkich złożonych ofert. Natomiast w zakresie części I przedmiotu zamówienia złożona oferta okazała się być trzecią pod względem korzystności spośród ocenianych przez zamawiającego ofert. Powołując się na swój interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz okoliczność, że poniósł i może ponieść dalszą szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Solaris Bus & Coach S.A. jako najkorzystniejszej w zakresie części II i III przedmiotu zamówienia,
- 2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w zakresie części I przedmiotu zamówienia,
- 3) odrzucenia oferty Solaris Bus & Coach S.A., jako niezgodnej z SIWZ oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zakresie wszystkich części przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, względnie o nakazanie zamawiającemu :
- 4) wykluczenia Solaris Bus & Coach S.A. z udziału w postępowaniu, z uwagi na podanie w złożonej ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na jego wynik w zakresie wszystkich części przedmiotu zamówienia, w przypadku stwierdzenia, że zachodzą przesłanki uzasadniające wykluczenie Solaris Bus & Coach S.A.,
- 5) odrzucenia oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o., jako niezgodnej z SIWZ, w zakresie części I przedmiotu zamówienia,
- 6) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie wszystkich części przedmiotu zamówienia, z pominięciem ofert złożonych przez Solaris Bus & Coach S.A. oraz konsorcjum Lider Trading sp. z o.o..

7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący zaznaczył, że złożył w w/w postępowaniu ofertę w zakresie wszystkich trzech części przedmiotu zamówienia, tj na:

- część I obejmującą 20 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich klasy MIDI,
- część II obejmującą 36 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich klasy MAXI,
- część III obejmującą 112 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich przegubowych.

Szczegółowe wymagania dotyczących przedmiotu zamówienia zostały określone przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ.

Przedmiotem zamówienia jest także m.in. udzielenie gwarancji na dostarczane pojazdy oraz udzielenie zamawiającemu uprawnień autoryzacyjnych, w zakresie serwisowania, obsługi i napraw gwarancyjnych dostarczonych autobusów.

W ocenie odwołującego, z uwagi na szereg wskazanych w petitum niniejszego odwołania niezgodnych z ustawą czynności zamawiającego oraz niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, przeprowadzone badanie i ocena złożonych ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej, w zakresie wszystkich części przedmiotu zamówienia, dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

I. W pierwszej kolejności, odwołujący kwestionował wybór oferty Solaris Bus & Coach SA, jako najkorzystniejszej, w zakresie części II i III zamówienia, pomimo istniejących przesłanek uzasadniających odrzucenie tej oferty, lub ewentualnie wykluczenie Solaris Bus & Coach S.A. z udziału w postępowaniu w zakresie wszystkich części przedmiotu zamówienia. Przywołał postanowienia art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiące, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz korespondującą z nim normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakazującą zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, tj. przepisu zezwalającego zamawiającemu na poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnej zmian w treści oferty. Wskazał, że jednym z wymogów stawianych wykonawcom w treści SIWZ było zapewnienie udzielenia gwarancji jakości na dostarczone autobusy na warunkach określonych przez zamawiającego szczegółowo w załączniku nr 7 do SIWZ, w tym także przez określenie przez wykonawcę w ofercie gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji

jakości na cały autobus (rozd. 4 ust. 11 lit. e) SIWZ). Odpowiednie po temu pole zostało w związku z tym przewidziane przez zamawiającego także w załączonym do SIWZ (jako załącznik nr 6) formularzu oferty, gdzie wyjaśnione zostało również, co dokładnie należy rozumieć przez wskazywaną przez wykonawców pracochłonność obsługi i napraw. W ocenie odwołującego, nie może więc budzić wątpliwości jednoznaczna w swym brzmieniu treść ww. postanowienia, z której wynika, że deklarowana przez wykonawców gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości winna się odnosić łącznie do wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu, tj. jedynie z rozbiem na każdą z części przedmiotu zamówienia.

Tymczasem, w złożonej ofercie Solaris Bus & Coach S.A. wskazał, że deklarowana przez niego gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją wynosi odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 roboczogodzin, zaś w przekazanych zamawiającemu w trybie art. 87 ust 1 ustawy wyjaśnieniach z dnia 18 lutego 2011 r. doprecyzował, iż „w pkt. 2 oferty podana została ilość roboczogodzin obliczona dla 1 autobusu w poszczególnych 3 typach.” Zdaniem Solaris Bus & Coach S.A. oczywistym rzekomo ma być, „że gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus wynika z przemnożenia ilości roboczogodzin przypadających na 1 autobus przez ilość oferowanych autobusów w danym typie.”

Zdaniem odwołującego, tak sporządzona oferta, uwzględniając wyjaśnienia samego wykonawcy, nie może być uznana za zgodną z SIWZ w świetle przytoczonych wyżej postanowień SIWZ w tym formularza ofertowego. Uwzględnienie przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert powołanych wyjaśnień Solaris Bus & Coach S.A. złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że prowadzą one do istotnej zmiany treści złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz przyjęcie na podstawie ww. wyjaśnień wykładni oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A., sprzecznej z literalnym brzmieniem odpowiednich postanowień SIWZ, stanowi naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Jak podkreśla się bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy interpretowaniu dokumentów postępowania należy kierować się wyłącznie literalnym brzmieniem odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiającego na etapie badania ofert, oceny spełniania warunków przez wykonawców. Literalne brzmienie oznacza kierowanie się zwykłym znaczeniem słów, wyrażen i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i



składni języka polskiego" (por. wyrok KIO z 27 października 2010 r., KIO/UZP 2238/10, opubl. LEX 668194). W opinii odwołującego, nie sposób twierdzić, że w świetle zwykłego znaczenia słów, wyrażzeń i zwrotów, ustalonego z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składni języka polskiego liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu oznaczać może liczbę takich roboczogodzin obliczoną dla 1 autobusu w poszczególnych 3 typach, jak przedstawił to Solaris Bus & Coach S.A. Odwołujący zwrócił uwagę, że żadne z postanowień SIWZ, ani przepisów ustawy nie upoważniają do przyjęcia i przeprowadzenia sugerowanej przez Solaris Bus & Coach S.A., w ramach wykładni treści złożonej oferty, operacji matematycznej mającej polegać na przemnożeniu liczby roboczogodzin podanych dla 1 autobusu w poszczególnych 3 typach przez liczbę oferowanych autobusów. SIWZ jednoznacznie nakazywał bowiem podanie liczby gwarantowanych roboczogodzin dla wszystkich dostarczonych autobusów łącznie, a nie wyszczególnianie wielkości właściwych dla jednej sztuki dostarczanego przedmiotu zamówienia oraz jej łącznej sumy. Zdaniem odwołującego, również w stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ wymaganiach zamawiającego dotyczących warunków serwisowych (projekcie umowy serwisowej) zostało wprost wskazane oczekiwanie podania przez wykonawców gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu, bez rozbicia na wartość deklarowaną dla jednej sztuki autobusu i sumę dla wszystkich autobusów dostarczanych w ramach jednej części przedmiotu zamówienia. Nie istnieją, według odwołującego podstawy dla wyodrębniania, a w konsekwencji również podawania w składanej ofercie, liczby gwarantowanych roboczogodzin dla jednego autobusu, jak zrobił to Solaris Bus & Coach S.A. Podobnie, odwołujący stwierdził, że nie istniały również przyczyny uzasadniające postulowaną przez Solaris Bus & Coach S.A. operację matematyczną mającą polegać na przemnożeniu podanej przez Solaris Bus & Coach S.A. liczby roboczogodzin właściwej dla jednego autobusu przez ilość dostarczanych autobusów, w związku z czym powoływanie się na domniemanie, czy oczywistości, takiego zabiegu nie znajduje uzasadnienia.

Odwołujący argumentował, że wskazany brak podstaw do podawania w ofercie liczby gwarantowanych roboczogodzin dla jednego autobusu oraz brak podstaw uzasadniających przemnożenie podanej przez Solaris Bus & Coach S.A. liczby roboczogodzin właściwej dla jednego autobusu przez ilość dostarczanych autobusów wyklucza możliwość konwalidowania niezgodności oferty Solaris Bus & Coach S.A. z treścią SIWZ z powołaniem się na sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej lub błędu rachunkowego, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp. Fakt, że potraktowanie tej niezgodności, jako ewentualnego

błędu rachunkowego lub omyłki pisarskiej nie było dopuszczalne potwierdził pośrednio sam zamawiający zwracając się do Solaris Bus & Coach S.A. o wyjaśnienie treści złożonej oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nie zawiadamiając go o ich poprawieniu, zgodnie z ust. 2 powołanego artykułu. Odwołujący więc przyjął, że zamawiający celowo posłużył się wybraną przez siebie procedurą, świadom wadliwości jaką pociągałoby za sobą poprawienie treści oferty Solaris Bus & Coach S.A. w omawianym zakresie na zasadzie art. 87 ust. 2 ustawy. Na tej samej zasadzie, za niedopuszczalne uznał odwołujący założenie, że zamawiający poprawił w ofercie wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które jednak nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W pierwszej kolejności dlatego, że w kierowanej do Solaris Bus & Coach S.A. korespondencji, zamawiający powoływał się na instytucję wyjaśnień treści oferty, uregulowaną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a po drugie dlatego, że w dokumentacji postępowania brak jest zawiadomienia Solaris Bus & Coach S.A. o poprawieniu odpowiednich elementów przedmiotowej oferty.

Niezależnie jednak od opisanej powyżej sprzeczności oferty Solaris Bus & Coach S.A. z wiążącymi wszystkich uczestników postępowania postanowieniami SIWZ, odwołujący szczególnie zaakcentował, że przedstawiona przez Solaris Bus & Coach S.A. i zaakceptowana przez zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wykładnia treści oferty Solaris Bus & Coach S.A. prowadzi do jej istotnej zmiany, dokonanej już po terminie składania ofert. Tymczasem rozdział 11 ust. 7 SIWZ, jak i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp dopuszczają możliwość zmiany złożonej oferty wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Natomiast zaakceptowana przez zamawiającego wykładnia treści oferty Solaris Bus & Coach S.A. prowadzi do jej zmiany, w sytuacji gdy na potrzeby oceny, punktacji i weryfikacji ofert zamawiający przyjął do obliczeń liczbę gwarantowanych roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu, nie zaś jak wyjaśnił Solaris Bus & Coach S.A. w piśmie z 18 lutego 2011 r, liczbę roboczogodzin obliczoną dla jednego autobusu. Ustalenie przez zamawiającego liczby gwarantowanych roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu, jaką mógł chcieć zadeklarować Solaris Bus & Coach S.A. (a czego nie uczynił, jak sam wskazał w piśmie z 18 lutego 2011 r.), w oparciu o uzyskane od tego wykonawcy wyjaśnienia treści złożonej oferty, jest jak ocenił odwołujący, zmianą tejże oferty. Przede wszystkim zaś dlatego, że w ofercie Solaris Bus & Coach S.A. wskazał, że deklarowana przez niego gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją wynosi

odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 roboczogodzin. W ofercie tej nie było natomiast jakiegokolwiek wzmianki o tym, że podana ilość roboczogodzin obliczona została dla 1 autobusu w poszczególnych 3 typach, a zatem należało raczej uznać, że jest to liczba deklarowana przez wykonawcę dla wszystkich autobusów łącznie. Tym samym, późniejsze wyjaśnienia Solaris Bus & Coach S.A., jak i przeprowadzona zgodnie z nimi operacja matematyczna polegająca na przemnożeniu podanej przez Solaris Bus & Coach S.A. liczby roboczogodzin przypadającej na jeden autobus przez ilość oferowanych autobusów, stanowi zmianę treści złożonej oferty.

Na marginesie zaznaczał, iż przemawia to także za wskazaną powyżej niedopuszczalnością poprawienia treści oferty wykonawcy przez zamawiającego na zasadzie art. 87 ust. 2 ustawy, jak i stanowi rażące naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy. Istotność, omawianej zmiany treści oferty Solaris Bus & Coach S.A. stanowi bezpośrednią konsekwencję tego, jak wysoce było, zgodnie z SIWZ, punktowane i wartościowane przez zamawiającego kryterium pracochłonności obsługi i napraw. Wg danych ujętych w tabelach zamieszczonych w rozdz. 13 SIWZ kryterium temu zamawiający przyporządkował bowiem aż 6 pkt, co stanowi ponad 1/3 punktów możliwych do uzyskania za parametry techniczne oferowanych autobusów. Stąd za oczywiste przyjął, że jakiegokolwiek zmiany treści oferty, któregośkolwiek z wykonawców w zakresie elementów podlegających ocenie zamawiającego w kontekście wyboru najkorzystniejszej oferty uznać należy za istotną zmianę oferty. Zmiana treści oferty Solaris Bus & Coach S.A. polegająca na podniesieniu wielkości jednego z takich ocenianych według kryteriów, elementów, tj. deklarowanej przez niego gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją, z wartości na poziomie odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 do poziomu odpowiednio 2020, 3636 i 12312 roboczogodzin, nie może więc nie zostać uznana za istotną.

Odwołujący uzasadniał zarzut, że podanie w ofercie przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw oferowanych autobusów, rozumianej jako gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus na poziomie odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 roboczogodzin, winno być także zakwalifikowane przez zamawiającego, jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zakresie, w jakim wskazana przez Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie pracochłonność obsługi i napraw rażąco odbiega od rzeczywistej przewidywanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw wskazanej w wyjaśnieniach przekazanych

zamawiającemu w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. W myśl pomienionego art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest bowiem działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Sprzecznym z dobrymi obyczajami (a także z prawem w zakresie, w jakim oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie może być sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia) było więc podanie przez Solaris Bus & Coach S.A. rażąco zaniżonej pracochłonności obsługi i napraw oferowanych autobusów, bez jakiegokolwiek wzmianki o tym, że podana ilość roboczogodzin obliczona została dla 1 autobusu w poszczególnych 3 typach, a nie dla wszystkich autobusów łącznie. Wszak, gdyby zamawiający nie zwrócił się do Solaris Bus & Coach S.A. o wyjaśnienie treści złożonej oferty, okoliczność odmiennego (i sprzecznego z brzmieniem SIWZ) rozumienia podanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw w ogóle nie wyszłaby na jaw. Zamawiający musiałby wówczas dokonać oceny ofert z uwzględnieniem złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, w której pracochłonność obsługi i napraw ustalona została na poziomie odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 roboczogodzin. Przy przyjętym w SIWZ sposobie obliczania punktów w odniesieniu do omawianego kryterium pracochłonności obsługi i napraw (rozdz. 13 ust. 2 lit. g) SIWZ), gdzie liczba przyznanych wykonawcy punktów stanowi wynik podzielenia najniższej oferowanej pracochłonności przez pracochłonność oferty badanej oraz przemnożenia otrzymanego rezultatu przez ustalone przez zamawiającego znaczenie kryterium, Solaris Bus & Coach S.A. ze względu na znaczące zaniżenie deklarowanej przez siebie pracochłonności obsługi i napraw zawsze uzyskiwałby ocenę tego kryterium nieproporcjonalnie bardziej korzystną w stosunku do pozostałych wykonawców. Zważywszy zatem na brak jakiegokolwiek wskazania przez Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie, że podana pracochłonność obsługi i napraw odnosi się za każdym razem do jednego autobusu każdego typu, za uprawnione poczytał odwołujący twierdzenie, że działanie Solaris Bus & Coach S.A. nakierowane było na doprowadzenie do oceny złożonych ofert i rozstrzygnięcia postępowania z uwzględnieniem złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, w której pracochłonność obsługi i napraw ustalona została na warunkach nieproporcjonalnie bardziej korzystnych w stosunku do ofert pozostałych wykonawców. Co więcej, pracochłonność obsługi i napraw wskazana przez Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie rażąco odbiegała od rzeczywistej przewidywanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw wskazanej w wyjaśnieniach przekazanych po otwarciu ofert zamawiającemu w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Takie działanie Solaris Bus & Coach S.A, jak zarzucał odwołujący, wyczerpuje zaś znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwłaszcza, że jest to działanie sprzeczne

z prawem i dobrymi obyczajami, które zagrażało interesom zamawiającego i interesom pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zagrożenie interesu zamawiającego, wyrażającego się w rozstrzygnięciu postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, odwołujący upatrywał w okoliczności, że gdyby nie ujawniono - na skutek zwrócenia się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - rzeczywistej treści złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, mogłoby dojść do zawarcia umów o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnych z załączonymi do SIWZ wzorami, w ramach których zadeklarowana pracochłonność obsługi i napraw oferowanych autobusów, rozumiana jako gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus wynosiłaby odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 roboczogodzin, w sytuacji gdy rzeczywista przewidywana przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonność obsługi i napraw kształtowała się na poziomie odpowiednio 2020, 3636 i 12312 roboczogodzin. Wskazywał, że na tej samej zasadzie, zagrożony był także interes pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, (w tym w szczególności interes odwołującego) wyrażający się w rozstrzygnięciu postępowania, poprzez wybór ich ofert jako najkorzystniejszych. Dodatkowo zaznaczył, że podanie przez Solaris Bus & Coach S.A. zaniżonej i niezgodnej z rzeczywistością przewidywanej pracochłonności obsługi i napraw na poziomie odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 roboczogodzin, było dla Solaris Bus & Coach S.A. korzystne także od strony ekonomicznej. Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 2.3 wymagań zamawiającego dotyczących warunków serwisowych (projektu umowy serwisowej) stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ, wykorzystanie całej gwarantowanej liczby roboczogodzin przed upływem okresu gwarancji jakości, skutkować będzie naliczeniem na wszystkie przedmiotowe przeglądy techniczne i naprawy, wykonywane od tego momentu aż do końca okresu udzielonej gwarancji jakości, odpowiedniej kary umownej w wysokości 30 zł od każdej roboczogodziny wykonanych przeglądów i napraw. Zdaniem odwołującego, prosta symulacja pozwala zauważyć, że maksymalna wysokość kar umownych, jakie Solaris Bus & Coach S.A. musiałby zapłacić z tytułu przekroczenia podanej przez siebie w ofercie pracochłonności obsługi i napraw dla całości przedmiotu zamówienia, liczona do wysokości rzeczywistej przewidywanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw nie przekracza 0,25% łącznej ceny oferty. Tymczasem sama wartość pracochłonności obsługi i napraw, w stosunku do wartości (ceny) całości przedmiotu zamówienia, ustalonych dla całości przedmiotu zamówienia na podstawie podanych przez zamawiającego znaczeń (wagi) poszczególnych branż pod uwagę kryteriów oceny ofert, odpowiada około 7,5 % wartości (ceny) przedmiotu zamówienia. Oznacza to w przekonaniu

odwołującego, że z ekonomicznego punktu widzenia, nieporównywalnie korzystniejszym było podanie zaniżonej i nierzeczywistej przewidywanej pracochłonności obsługi i napraw oraz ewentualne ponoszenie kosztów naliczanych przez zamawiającego kar umownych z tytułu przekroczenia podanej gwarantowanej liczby roboczogodzin, które jednak znacząco zwiększało szanse wyboru oferty Solaris Bus & Coach S.A., jako najkorzystniejszej, z uwagi na omawiane kryterium, niż podanie rzeczywistej przewidywanej pracochłonności obsługi i napraw. Odwołujący podtrzymał zarzut, że określenie przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw oferowanych autobusów, rozumianej jako gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus na poziomie odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia 101, 101 i 114 roboczogodzin, w sytuacji gdy rzeczywista przewidywana przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonność obsługi i napraw kształtowała się na poziomie odpowiednio 2020, 3636 i 12312 roboczogodzin, należy również zakwalifikować jako podanie w złożonej ofercie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Gdyby zamawiający nie zwrócił się do Solaris Bus & Coach S.A. o wyjaśnienie treści złożonej oferty, okoliczność odmiennego (i sprzecznego z brzmieniem SIWZ) rozumienia podanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsługi i napraw w ogóle nie wyszłaby na jaw, a zamawiający musiałby dokonać oceny ofert z uwzględnieniem złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, w której pracochłonność obsługi i napraw ustalona została na rażąco zaniżonym poziomie. Przy przyjętym w SIWZ sposobie obliczania punktów w odniesieniu do omawianego kryterium pracochłonności obsługi i napraw (rozdz. 13 ust. 2 lit. g) SIWZ), Solaris Bus & Coach S.A. zawsze uzyskiwałby więc ocenę tego kryterium nieproporcjonalnie bardziej korzystną w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Podkreślał, iż w świetle posiadanej przez Solaris Bus & Coach S.A. wiedzy o tym, że podana pracochłonność obsługi i napraw odnosi się w sposób rzekomo oczywisty do liczby roboczogodzin dla jednego autobusu w ramach każdego typu (choć nie było w SIWZ po takim wnioskowaniu żadnych przesłanek), bez jednoczesnego zamieszczenia o tym jakiegokolwiek wzmianki w złożonej ofercie, było złożeniem nieprawdziwych informacji, które z racji podlegania ocenie przez zamawiającego jako jedno z kryteriów oceny ofert, mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Działanie takie, jak zaznaczył odwołujący, wyczerpuje hipotezę art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i skutkować powinno wykluczeniem Solaris Bus & Coach S.A. z udziału w postępowaniu. Przyjmuje się bowiem, że „za nieprawdziwe informacje należy uznać informacje sprzeczne ze stanem faktycznym (tak wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 marca 2006 r. UZP/ZO/0-635/06, LexPolonica nr 1900596). Nie może zaś

rodzić jakichkolwiek wątpliwości fakt, że zadeklarowana przez Solaris Bus & Coach S.A. w ofercie pracochłonność obsługi i napraw była sprzeczna ze stanem faktycznym. Powszechnie uznaje się również, że „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W przypadku zaistnienia przesłanki wykluczenia jest ono obligatoryjne” (tak. wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 3 sierpnia 2006 r., UZP/ZO/0-2197/06, LexPolonica nr 1953574).

Dodatkowo, odwołujący zarzucał, że uwzględnienie przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert całej serii wyjaśnień Solaris Bus & Coach S.A. złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, winno zostać zakwalifikowane, jako prowadzenie pomiędzy zamawiającym a Solaris Bus & Coach S.A. negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, co stanowi z kolei naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno pismo Solaris Bus & Coach S.A. z 18 lutego 2011 r. przesłane w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty, jak i drugie pismo Solaris Bus & Coach S.A. z 10 marca 2011 r. przesłane w odpowiedzi na drugie wezwanie do wyjaśnienia złożonej oferty prowadzą do zmiany treści złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, co w świetle powołanego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zostało przez ustawodawcę jednoznacznie zabronione. W odniesieniu natomiast do okoliczności wskazanych w drugim z powołanych pism, odwołujący stwierdził, że doszło do zmiany wykazów narzędzi specjalnych oraz innego wyposażenia, w zakresie określenia asortymentu, wartości, kosztu i terminu ich dostarczenia. Ilość wymienionych pomiędzy zamawiającym a Solaris Bus & Coach S.A. pism w tej sprawie świadczy natomiast o prowadzonych pomiędzy stronami negocjacjach w zakresie treści i sposobu rozumienia złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty.

II. Analogicznie do sytuacji przedstawionej powyżej w odniesieniu do Solaris Bus & Coach S.A., za naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym również uchybieniem zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, uznał odwołujący wybór przez zamawiającego oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie, jako najkorzystniejszej w zakresie części I przedmiotu zamówienia pomimo, że złożona wymienionego wykonawcę oferta winna ulec odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ. Ponownie przywołał art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiący że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wraz z korespondującą z nim normą art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakazującą odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. przepisu zezwalającego zamawiającemu na poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnej zmian w jej treści.

Oferta konsorcjum Lider Tradng sp. z o.o., zdaniem odwołującego, okazała się być sprzeczną z treścią SIWZ w brzmieniu uwzględniającym zmiany wprowadzone do SIWZ przez zamawiającego 7 lutego 2011 r. w zakresie, w jakim: w załączniku nr 18, na stronie 125 złożonej oferty, wymienione konsorcjum podało, zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ:

- a) że komputer pokładowy w oferowanym przedmiocie zamówienia posiadać będzie „własne podtrzymanie zasilania przez 10 minut,” zamiast przez 30 minut, co stanowiło wymóg aktualnie obowiązującej wersji SIWZ (pkt 4 załącznika nr 1.5 do SIWZ),
- b) w załączniku nr 18 do oferty, na stronie 125, podało, że w ramach wyposażenia dodatkowego dostarczy 1 sztukę łączników pośrednich do zaczepu holowniczego zamiast wymaganych zgodnie SIWZ (pkt V.8 załącznika nr 1.1. do SIWZ) 2 sztuk, tj. po jednym na każde 10 autobusów,
- c) w załączniku nr 18 do oferty, na stronie 125, podało, że komputer pokładowy w oferowanym przedmiocie zamówienia „wyświetla alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat),” pomijając wprowadzony do SIWZ zmianą nr 4 z dnia 7 lutego 2011 r. obowiązek objęcia tą funkcją, co do zasady, wszystkich urządzeń pokładowych (pkt 4 załącznika nr 1.5 do SIWZ),
- d) w załączniku nr 18 do oferty, na stronie 124, konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. zaproponowało lokalizację automatu do sprzedaży biletów niezgodną z lokalizacją wskazaną w załączonych do oferty rysunkach (załączniki nr 20 - 22), tj. na prawym przednim nadkolu zamiast w przestrzeni pasażerskiej w pobliżu drugich drzwi,
- e) konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. wbrew obowiązkowi zapisanemu w pkt 2.2. załącznika nr 1 do SIWZ, nie dołączył do oferty płyty CD/DVD z dokumentacją techniczną w postaci elektronicznej, zapisaną w odpowiednim formacie zapisu danych.

Odwołujący podkreślał, że złożenie przez konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. oferty niekompletnej, niezawierającej wszystkich wymaganych zgodnie z SIWZ elementów, a także niezgodnej z SIWZ w jej aktualnym i wiążącym wszystkich pozostałych wykonawców brzmieniu, jednoznacznie musi skutkować odrzuceniem oferty z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że możliwość konwalidowania niezgodności z treścią SIWZ oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie z powołaniem się na sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej lub błędu rachunkowego, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 1 i



2 ustawy Pzp, należy uznać za wykluczone. Po pierwsze dlatego, że niezgodność oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. z treścią SIWZ nie dotyczy tego rodzaju błędów w jej przygotowaniu, a stanowi konsekwencję posłużenia się w jej opracowywaniu nieaktualną wersją SIWZ, nieuwzględniającą zmian wprowadzonych przez zamawiającego w dniu 7 lutego 2011 r. Po drugie zaś dlatego, że również sam zamawiający zwrócił się do konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. o wyjaśnienie treści złożonej oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zawiadamiając wykonawcy o poprawieniu ww. niezgodności treści oferty z SIWZ, zgodnie z ust. 2 powołanego artykułu. Przyjął, iż zamawiający celowo posłużył się wybraną przez siebie procedurą, świadom wadliwości jaką pociągałoby za sobą poprawienie treści oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w omawianym zakresie na zasadzie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Z tych samych przyczyn, za niedopuszczalne poczytał odwołujący uznanie, że zamawiający poprawił w ofercie konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które jednak nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W pierwszej kolejności dlatego, że sam zamawiający w kierowanej do wymienionego konsorcjum korespondencji powoływał się na instytucję wyjaśnień treści oferty uregulowaną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a po drugie dlatego, że w dokumentacji postępowania brak jest zawiadomienia konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. o poprawieniu odpowiednich elementów przedmiotowej oferty. Z treści wzmiankowanego pisma z 8 marca 2011 r. skierowanego do Lider Trading sp. z o.o. wynika, że zamawiający oczekiwał jedynie potwierdzenia, że oferowany zestaw narzędzi jest wystarczający, że w ramach wyposażenia dodatkowego zostaną dostarczone łączniki pośrednie w liczbie 2 sztuk, że zamontowany w autobusach komputer pokładowy będzie posiadał własne podtrzymanie zasilania przez 30 minut i będzie wyświetlać alerty o awarii wszystkich urządzeń pokładowych, oraz że usytuowanie automatów biletowych jest jedynie wstępną propozycją. Ponadto, że płyta CD/DVD zawierająca dokumentację techniczną w postaci elektronicznej, zostanie niezwłocznie przekazana na etapie przygotowywania umowy. Zamawiający nie dokonał w ten sposób poprawienia oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o., które i tak musiałyby zostać uznane za istotną zmianę treści złożonej oferty, to jeszcze w ocenie odwołującego, doszło w opisany powyżej sposób do negocjacji pomiędzy zamawiającym, a konsorcjum Lider Trading sp. z o.o., dotyczących treści złożonej oferty, a działanie takie jest zaś sprzeczne z wyraźnym zakazem przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przez uwzględnienie w toku badania i oceny ofert wyjaśnień konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, w opinii odwołującego, naruszył również wyrażony w tym przepisie zakaz dokonywania jakichkolwiek

zmian w złożonej ofercie, gdyż treść oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o., niezgodnej z SIWZ, znacząco odbiega od tej, która została przyjęta przez zamawiającego na potrzeby rozstrzygnięcia postępowania i oceny ofert.

W kontekście niezgodności oferty Konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. z treścią SIWZ, w tym w szczególności w zakresie niedołączenia do oferty, wbrew obowiązkowi zapisanemu w pkt 2.2. załącznika nr 1 do SIWZ, płyty CD/DVD z dokumentacją techniczną w postaci elektronicznej, zapisaną w odpowiednim formacie zapisu danych, odwołujący zaznaczał, że nie może również dla jej usunięcia znaleźć zastosowania instytucja uzupełniania dokumentów, przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych produktów i usług nie może bowiem prowadzić do zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty, a do tego sprowadzałoby się uwzględnienie w toku badania i oceny złożonych ofert wyjaśnień konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub przekazanych dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia oferty, konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. nie uzupełniło złożonej oferty, w tym zwłaszcza nie przedłożyło ww. płyty CD/DVD z dokumentacją techniczną w postaci elektronicznej, a jedynie zadeklarowało wolę dostarczenia jej w toku sporządzania umowy dostawy. Tym samym, niezgodności oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. nie zostały usunięte, a według opinii odwołującego, zamawiający winien był tę ofertę odrzucić z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, iż jego oferta w zakresie części II i III przedmiotu zamówienia nie została odrzucona i była druga pod względem korzystności spośród wszystkich złożonych ofert. W zakresie części I przedmiotu zamówienia oferta złożona przez Odwołującego okazała się być trzecią po względem korzystności spośród ocenianych przez zamawiającego ofert. W przeciwieństwie do kwestionowanych w niniejszym odwołaniu, z przedstawionych powyżej przyczyn, oferty złożonej przez Konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie w odniesieniu do części I przedmiotu zamówienia oraz oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. w odniesieniu do wszystkich części przedmiotu zamówienia, oferta odwołującego nie jest dotknięta wadami, mogącymi skutkować jej odrzuceniem, bądź wykluczeniem wykonawcy. W razie zaś powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia ofert Konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w odniesieniu do części I przedmiotu zamówienia oraz Solaris Bus & Coach S.A. w odniesieniu do wszystkich części przedmiotu zamówienia objętych postępowaniem, względnie wykluczenia Solaris Bus & Coach S.A. z udziału w postępowaniu, jako najkorzystniejsza w zakresie wszystkich trzech części przedmiotu zamówienia powinna zostać wybrana oferta odwołującego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego pismami złożonymi w dniu 7 i 8 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w kopii przesłanym stronom postępowania, przystąpili wykonawcy:

- 1) Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą ul. Obornicka 46, Bolechowo - Osiedle, 62 - 005 Owińska,
- 2) Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łącut oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łącut,

- zgłaszający swoje przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący powołując się na interes w utrzymaniu czynności zamawiającego wyboru ich ofert na poszczególne części zamówienia, wnosili o odrzucenie lub też oddalenie odwołania.

Konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie podnosiło, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu była niezwykle skomplikowana, przy uwzględnieniu, że jej warunki uległy zmianie w trakcie postępowania. Z czynności podjętych przez zamawiającego wynika, że wszyscy uczestnicy przetargu zawarli w swoich ofertach sformułowania, które budziły wątpliwości interpretacyjne po stronie zamawiającego. Zamawiający nie odrzucił złożonych ofert, ale wystąpił do wszystkich wykonawców o złożenie wyjaśnień. Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, jakoby skutek zapytania zamawiającego z dnia 7 marca 2011 r. i udzielonej odpowiedzi doszło do zabronionych przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji po upływie terminu złożenia oferty. Zdaniem przystępującego „negocjacje to sposób porozumienia się w celu rozwiązania konfliktu.” Natomiast złożone wyjaśnienia nie wprowadziły żadnych istotnych zmian w treści złożonej przez przystępującego oferty. Nie może w ocenie przystępującego, zostać uznane za istotną zmianę oferty: kwestia lokalizacji automatu do sprzedaży biletów, nie dołączenie płyty CD/DVD, oferowana zamiast 2 sztuk, jedna sztuka łączników pośrednich do zaczepu holowniczego w ramach wyposażenia dodatkowego, oznaczona funkcja komputera pokładowego wyświetlania alertów w przypadku awarii urządzeń pokładowych, czy też kwestia posiadania własnego zasilania przez komputer. Podkreślał, że wszyscy wykonawcy zaoferowali w swoich ofertach komputer pokładowy tego samego producenta R&G PLUS Sp. z o.o., tak więc zasilanie tego komputera jak i jego funkcje dla wszystkich złożonych ofert były takie same i nie odbiegały od wymagań SIWZ. Przystępujący zaznaczał, że na stronie 1- 4 oferty zaakceptował wszystkie warunki podane przez zamawiającego, co następnie potwierdził w swoim piśmie wyjaśniającym z dnia 9 marca 2011 r.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r. przystępujący Solaris Bus & Coach S.A. przyznał, że kwestionował postanowienia SIWZ, a krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20

stycznia 2011 r. sygn. akt 28/11 wypowiedziała się w ten sposób, iż niejasne wymagania zamawiającego mają być interpretowane na korzyść wykonawcy. Przystępujący zaznaczył, że odmienność wykładni, w tym przypadku skutkowałą jedynie różnicą w formalnym ujęciu oferty, a nie jej treści. Podanie liczby roboczogodzin dla jednego autobusu danego typu, przy równoczesnym określeniu ich ilości, dostarczało wiedzy na temat ilości roboczogodzin dla wszystkich autobusów danego typu. Zamawiający zaś dokonał wykładni oświadczenia woli wykonawcy na podstawie art. 65 § 1 K.c., której rezultatem było przyjęcie, że, w punkcie 2 oferty Solaris podana została ilość roboczogodzin obliczona dla jednego autobusu. Podkreślił, że przyjęcie, iż zaoferował 101 roboczogodzin zarówno dla 20 jak i 36 sztuk autobusów lub, że zaproponował 114 roboczogodzin dla 112 pojazdów, sprowadza rozumienie złożonego oświadczenia woli ad absurdum. Zamawiający jest użytkownikiem znaczącej liczby autobusów Solaris, więc posiada orientację co do ilości roboczogodzin przeglądów planowych oraz napraw gwarancyjnych. Przystępujący przedstawił zestawienie ilości roboczogodzin w poszczególnych typach autobusów z ofertą odwołującego, z których wynikały porównywalne wielkości w przeliczeniu na jednostkę pojazdu. Przystępujący Solaris zaprzeczał twierdzeniom o prowadzeniu jakichkolwiek negocjacji w tym zakresie. Powołał się ponadto na okoliczność, że o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, zamawiający zwracał się do wszystkich wykonawców, co dowodzi ich równego traktowania. Przystępujący kategorycznie zaprzeczył, ażeby wskutek udzielonych wyjaśnień doszło do modyfikacji jego oferty. Uwzględniając rzeczywistą treść oświadczenia woli przystępującego, nie mogło dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak argumentował przystępujący. Natomiast przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, według przystępującego, nie może mieć zastosowania, gdyż złożenie nieprawdziwych oświadczeń może dotyczyć faktów – jako oświadczeń wiedzy, a nie oświadczeń woli, jako zakresu zobowiązania wykonawcy. Przystępujący powoływał się na okoliczność, że na wezwanie zamawiającego, wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego składali bardziej lub mniej obszerne wyjaśnienia, czego nie można zakwalifikować do prowadzenia negocjacji, w przypadku przystępującego Solaris w odniesieniu do informacji dotyczących zestawu narzędzi specjalnych i wyposażenia do obsługi autobusów.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców:

- 1) Solaris Bus & Coach S.A.
- 2) Konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o.  
- po stronie zamawiającego.

I. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 kwietnia 2011 r. w odniesieniu do zarzutów odwołującego wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. podał, że zdrowy rozsądek oraz doświadczenie branżowe przemawiały za przyjęciem, że wykonawca ten błędnie odczytał postanowienia SIWZ i zamiast wymaganego podania liczby roboczogodzin dla całej partii autobusów danego typu, określił ją w ofercie tylko dla jednego autobusu. Świadczyła o tym okoliczność zadeklarowania niskiej ilości roboczogodzin, która dopiero po przemnożeniu przez liczbę autobusów danego typu dawała wartość oczekiwaną, porównywalną z innymi ofertami. Za taką interpretacją przemawiała zbliżona liczba godzin we wszystkich trzech częściach zamówienia, tj. 101-114, podczas gdy ze względu na przewidziane ilości autobusów zamawianych w poszczególnych częściach zamówienia, tj. 20, 36, 112, ilość roboczogodzin winna być odpowiednio zróżnicowana. Ponadto wykonawca podając zaniżoną liczbę roboczogodzin, nie obejmującą rzeczywistej ilości roboczogodzin potrzebnych do wykonania przeglądów gwarancyjnych i napraw, naraziłby się na zapłatę zastrzeżonych we wzorze umowy kar umownych, w trakcie realizacji umowy. Zamawiający nie wykluczył jednak sytuacji, że podanie przez Solaris Bus & Coach S.A. bardzo małej ilości roboczogodzin mogło oznaczać także świadome działanie wykonawcy, który w ten sposób zamierzał uzyskać większą liczbę punktów w danym kryterium. Z tych przyczyn zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące na zobowiązanie zamawiającego, wynikające z zachowania reguł należytej staranności do żądania wyjaśnień od wykonawcy, w przypadku wątpliwości co do treści oferty, przed podjęciem czynności jej odrzucenia. Udzielna odpowiedź przez Solaris Bus & Coach S.A., w ocenie zamawiającego, pozwalała na przyjęcie, że wykonawca mylnie zinterpretował wymagania oraz na uwzględnienie prawidłowej ilości roboczogodzin, tj. podanej w wyjaśnieniach, w celu porównania ofert. Zdaniem zamawiającego, poza interpretacją, nie doszło do zmiany w treści kwestionowanej oferty. Zamawiający oświadczył, iż bazował na danych podanych od początku w wymienionej ofercie, dokonał jedynie operacji przemnożenia liczby autobusów przez podaną liczbę roboczogodzin pracochłonności jednostkowej. Zamawiający przyznał, że taka operacja nie została przewidziana w SIWZ, jednak gdyby jej nie wykonał, wykazałby się zbytnim formalizmem. Zdaniem zamawiającego wystarczające było samo uzyskanie wyjaśnień, nie musiał się więc uciekać do wyczerpania procedury skorygowania omyłki wymienionej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Gdyby nawet stanowiło to uchybienie proceduralne, to pozostające bez wpływu na wynik postępowania. Tak samo za uprawione uznał zamawiający, złożone na jego wezwanie przez Solaris Bus & Coach S.A. uzupełnionych wykazów (str. 116,117,118 oferty) narzędzi i wyposażenia specjalnego. Udzielone w tym zakresie informacje, jak wyjaśniał zamawiający, nie miały istotnego znaczenia w kontekście

świadczenia wykonawcy i dokonania oceny oferty. Nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Zamawiający wyjaśnił, że tak samo potraktował ofertę odwołującego, zezwalając na uzupełnienie rysunków rozmieszczenia górnych poręczy w autobusie. Zamawiający przyznał, że dopuścił w dokumentacji postępowania, doprecyzowanie pewnych szczegółów rozwiązań technicznych wyposażenia, przed podpisaniem umowy. Zaprzeczył zarzutom prowadzenia negocjacji z wykonawcą Solaris Bus & Coach S.A. i dokonania oceny tej oferty, po wprowadzeniu do niej nowych, odmiennych od pierwotnych treści.

Zamawiający zaznaczył, że z uwagi na znaczny stopień skomplikowania przetargu, zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie wątpliwości postanowił interpretować na korzyść wykonawców. Działanie takie, w przekonaniu zamawiającego, nie uchybia regułom prowadzenia postępowania z zachowaniem równego traktowania wykonawców. Za okoliczność nie bez znaczenia, uznał także fakt ogólnego zadeklarowania przez wykonawców zgodności złożonych ofert z wymaganiami SIWZ. Wobec przyjętych przez siebie założeń, że Solaris Bus & Coach S.A. podał w ofercie liczbę roboczogodzin w odniesieniu do jednego autobusu, ale uczynił to mylnie i w sposób niecelowy, zamawiający nie uznał zasadności zarzutu, że złożenie oferty przez Solaris Bus & Coach S.A. stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji, a zarazem podanie nieprawdziwych informacji.

II. Wobec zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o. na część I zamówienia, zamawiający uznał, że ze względu na niewielką wagę stwierdzonych uchybień, nie był uprawniony do odrzucenia oferty. Zaznaczył, że wymagana dokumentacja techniczna, służąca do oceny i wyboru oferty, zgodnie z postanowieniami SIWZ została dostarczona w formie papierowej. Natomiast dokumentacja w formie elektronicznej, była jej zdublowaniem. Zatem jej niezłożenie stanowi jedynie uchybienie formalne.

Biorąc pod uwagę okoliczność zaoferowania przez wszystkich wykonawców tego samego typu komputera pokładowego – pochodzącego od jednego producenta, R&G PLUS Sp. z o.o., tak więc zasilanie tego komputera jak i jego funkcje dla wszystkich złożonych ofert były takie same i nie odbiegały od wymagań SIWZ. Zamawiający uznał wyjaśnienia dotyczące, realizowania przez komputer funkcji podtrzymania zasilania przez 30 minut.

W odniesieniu do łączników do zaczepek holowniczych, wymóg podania 1 łącznika na 10 autobusów, mógł być rozumiany w ten sposób, iż podany w ofercie konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o. 1 łącznik, przy liczbie autobusów danym zadaniu 20, obejmował 2 sztuki łączników, co wykonawca potwierdził w wyjaśnieniach.

W odniesieniu do realizowania funkcji przez zamontowany w autobusach komputer pokładowy, tj., wyświetlania alertów o awarii wybranych urządzeń pokładowych, biorąc pod

uwagę ten sam typ autokomputera oferowany przez innych wykonawców, spełniający wymagania SIWZ, zamawiający uznał warunek podawania komunikatów o awarii urządzeń pokładowych za spełniony.

Zamawiający wyjaśnił, że zawsze propozycja lokalizacji automatu do sprzedaży biletów w autobusie, jest w ofercie dostawy lokalizacją wstępną, która musi uzyskać akceptację także ze strony Zarządu Transportu Miejskiego. Szczegóły rozwiązań w tym zakresie będą zgodnie z postanowieniami SIWZ uzgadniane przed zawarciem umowy, uwzględniając konkretny wybrany typ autobusu, w wersji najbardziej korzystnego i ergonomicznego rozwiązania dla pasażerów. Zamawiający nie określił konkretnych odległości usytuowania tego urządzenia w przestrzeni autobusu.

W odniesieniu do oferowanego zestawu narzędzi specjalnych, to jest on uzależniony od marki autobusu, pozostaje bez wpływu na cenę autobusu. Nawet gdyby zamawiający uznał podany przez wykonawcę zestaw za niewystarczający, nie miałby podstaw do odrzucenia oferty, skoro pozostawił wykonawcy swobodę doboru narzędzi wchodzących w skład takiego zestawu.

W świetle wyżej przytoczonej argumentacji, zamawiający zaprzeczył zarzutom naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, oraz prowadzeniu niedozwolonych negocjacji z wykonawcami po upływie terminu na złożenie oferty.

Z ostrożności, gdyby wskazane niedopatrzenia w ofercie konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o. należało zakwalifikować jako omyłki, prostowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazał, że ewentualne naruszenie w ten sposób przepisów ustawy Pzp nie miałyby wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, wyjaśnieniami i dokonanymi zmianami, protokołu postępowania z załącznikami, ofert wykonawców - Solaris Bus & Coach S.A., konsorcjum: Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, Autosan S.A., Man Truck & Bus Polska sp. z o.o., korespondencji kierowanej przez zamawiającego do wykonawców oraz udzielonych odpowiedzi. W tym wnioskowanych przez odwołującego dowodów:

- załącznika nr 2 do SIWZ wzoru umowy dostawy,

- załącznika nr 7 do SIWZ wymagania zamawiającego dotyczące warunków serwisowych (projektu umowy serwisowej),
- zmiany wprowadzonej do SIWZ przez zamawiającego 7 lutego 2011 r. w załączniku nr 1.8 do SIWZ,
- zmiany nr 4 z dnia 7 lutego 2011 r. (pkt 4 załącznika nr 1.5 do SIWZ),
- formularza ofertowego złożonego przez Solaris Bus & Coach S.A.
- pisma zamawiającego z dnia 17 lutego 2011 r. kierowanego do Solaris Bus & Coach S.A.,
- wezwania zamawiającego z 8 marca 2011 r. kierowanego do Solaris Bus & Coach S.A.
- pisma Solaris Bus & Coach S.A. z 18 lutego 2011 r.
- pisma Solaris Bus & Coach S.A. z 11 marca 2011 r.
- pisma zamawiającego z dnia 8 marca 2011 r. kierowane do konsorcjum: Lider Trading sp. z o.o.,
- udzielonej odpowiedzi przez konsorcjum: Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie z 9 marca 2011 r.,
- zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp Izba dopuściła dowód z akt postępowania sygn. akt KIO 28/11.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Rozdział 3. SIWZ Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 168 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich:

- część I obejmującą 20 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich klasy MIDI,
- część II obejmującą 36 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich klasy MAXI,
- część III obejmującą 112 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich przegubowych.

Punkt 7. Każdy autobus musi spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia.

Szczegółowe wymagania dotyczących przedmiotu zamówienia zostały określone przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ.

Załącznik nr 1.1 zawiera wymagania dotyczące 20 sztuk autobusów miejskich klasy MIDI,

Załącznik nr 1.2 zawiera wymagania dotyczące 36 sztuk autobusów miejskich klasy MAXI,

Załącznik nr 1.3 zawiera wymagania dotyczące 112 sztuk autobusów przegubowych.

Według punktu 1.6 załącznika nr 1 do SIWZ - wykonawca zobowiązany jest zapewnić zamawiającemu świadczenie usług serwisowych na warunkach określonych w umowie serwisowej według załącznika nr 7 do SIWZ oraz zapewnić udzielenie zamawiającemu autoryzacji na wykonywanie obsługi technicznych oraz napraw gwarancyjnych i



pogwarancyjnych dostarczonych autobusów Wymagania zamawiającego w tym zakresie zostały określone szczegółowo w § 10 załącznika nr 7 do SIWZ.

Wykonawca w ofercie zobowiązany był podać następujące informacje, które zostaną wprowadzone do umowy serwisowej:

- 1.6.2 wykaz narzędzi specjalnych oraz innego wyposażenia, w tym specjalistycznego oprogramowania, które zostanie dostarczone zamawiającemu, zgodnie z § 10 ust. 3 załącznika nr 7 do SIWZ oraz punktu 2.4 niniejszego załącznika: wykaz musi określać asortyment, wartość, koszt i termin dostarczenia.

Przedmiotem zamówienia jest także m.in.:

- udzielenie gwarancji jakości na dostarczane autobusy, na warunkach określonych w załączniku nr 7,

Punkt 1.7.4. załącznika nr 1 wymagał aby w ofercie została określona gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus, o której mowa w § 2 ust. 1.1.1 załącznika nr 7 do SIWZ. Wielkość oferowanej gwarantowanej liczby roboczogodzin będzie uwzględniona przy ocenie oferty zgodnie z rozdziałem 13 SIWZ, jako osobne kryterium oceny ofert – „pracochłonność obsługi i napraw:”

- gwarantowana liczba roboczogodzin musi obejmować wykonanie wszystkich planowych przeglądów technicznych określonych czasem eksploatacji i przebiegiem autobusu oraz napraw objętych gwarancją jakości, wykonywanych przez zamawiającego, serwis wykonawcy lub autoryzowany serwis zewnętrzny,

- system obsługi musi być oparty o przeglądy techniczne wykonywane z częstotliwością co 30 000 km (nie dotyczy przeglądu gwarancyjnego i obsługi sezonowych),

- wykorzystanie całej gwarantowanej liczby roboczogodzin przed upływem ww. okresu gwarancji jakości będzie skutkowało naliczaniem na wszystkie przedmiotowe przeglądy i naprawy wykonywane od tego momentu do końca okresu gwarancji kary umownej naliczanej od każdej roboczogodziny przeglądów i napraw określonych powyżej, o których mowa w § 2 ust. 2 załącznika nr 7 do SIWZ.

W punkcie 2.2 załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał: wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty dokumentację techniczną określoną w punkcie 2.2 załącznika nr 1 do SIWZ, w zakresie opisanym podpunktami od 2.1.1 do 2.2.13 wymienionego punktu, sporządzoną osobno dla każdego typu autobusu, opracowaną w języku polskim, która musi być dostarczona w postaci wydrukowanej i podpisanej przez osoby upoważnione oraz dodatkowo w postaci elektronicznej na płycie CD/DVD w oznaczonych formatach.

Punkt 23 załącznika nr 1 do SIWZ stanowi, że dokumentację techniczną wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć zamawiającemu po podpisaniu umowy.

W załączniku nr 1.1 szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia część I autobusy klasy MIDI.

Punkt 37. autobus przystosowany do zainstalowania automatu do sprzedaży biletów. Lokalizacja w przestrzeni pasażerskiej w pobliżu drugich drzwi. Szczegóły dotyczące (...) sposobu montażu urządzenia zostaną ustalone na etapie uzgodnień przed podpisaniem umowy.

Punkt V.8. wymienionego załącznika wymagał w zakresie wyposażenia dodatkowego: łącznika pośredniego do zaczepu holowniczego (umożliwiającego zamocowanie holu sztywnego przed zderzakiem), jeżeli jest przewidywany, w liczbie 1 na każde 10 autobusów. Załącznik nr 1.5. do SIWZ obejmuje szczegółowe wymagania dotyczące urządzeń systemów elektronicznych. Punkt 4 komputer pokładowy. Minimalne wymagania własne podtrzymanie zasilania przez 10 minut.

W punkcie 11 lit. e SIWZ zamawiający wymagał, aby określona została w ofercie gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus. Wielkość udzielonej gwarancji jakości została podana przez zamawiającego i wynosiła 300 000 km przebiegu lub 4 lata, w zależności co nastąpi wcześniej. Gwarantowana liczba roboczogodzin obejmuje wykonanie wszystkich planowanych przeglądów technicznych, określonych czasem eksploatacji i przebiegiem autobusu oraz napraw objętych gwarancją jakości, wykonywanych przez zamawiającego, serwis wykonawcy, lub inny autoryzowany serwis zewnętrzny. Do napraw objętych gwarantowaną liczbą roboczogodzin nie zalicza się napraw nie objętych gwarancją jakości.

Rozdział 6 pkt III.1. SIWZ. Wykonawca wraz z ofertą musi złożyć:

1. wypełniony i podpisany formularz ofertowy, o treści zgodnej z wzorem załącznika nr 6 do SIWZ wraz ze wszystkimi wymaganymi dokumentami i oświadczeniami,
2. wykaz narzędzi specjalnych oraz innego wyposażenia, o którym mowa w załączniku nr 1 pkt 1.6.2.,
3. pkt 12. wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty dokumentację techniczną określoną w punkcie 2.2 załącznika 1 do SIWZ, w zakresie opisanym pod literami od a do m wymienionego punktu.

Rozdział 13 SIWZ. Przy ocenie ofert zamawiający będzie kierował się między innymi następującymi kryteriami:

- cena – znaczenie 78%;
- ekologia - 5%;
- parametry techniczne 16%, w tym, pracochłonność obsługa i napraw: 6%.

Punkt 2 sposób obliczania lit. g kryterium pracochłonności obsługa i napraw:

Ocenie podlega przedstawiona w ofercie wielkość gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus.

Liczba punktów = 
$$\frac{\text{najniższa oferowana pracochłonność}}{\text{pracochłonność oferty badanej}} \times \text{znaczenie kryterium}$$

Ofertą najkorzystniejszą będzie oferta z największą ilością punktów.

Wykonawcy zobowiązani byli złożyć formularz ofertowy wypełniony według wzoru załącznika nr 6 do SIWZ, którego załącznikiem były między innymi warunki gwarancji i jakości.

Załącznik nr 2 do SIWZ zawiera projekt umowy, jaką będzie zobowiązany zawrzeć wykonawca, którego oferta zostanie wybrana.

Załącznik nr 7 do SIWZ zawiera projekt umowy serwisowej, jaką będzie zobowiązany zawrzeć wykonawca, którego oferta zostanie wybrana.

Załącznik nr 1.8 do SIWZ zawierał wymagania w zakresie szczegółowej kompletacji oferowanego autobusu, w tym:

- opis lokalizacji, przewidywanego mocowania i zasilania automatu do sprzedaży biletów,
- opis akcesoriów, w tym: łączniki do holowania.

W odpowiedzi z dnia 7 lutego 2011 r. na zapytanie nr 26 do SIWZ dotyczące punktu 4 załącznika 1.5 do SIWZ, zamawiający podał, że wymaga realizacji funkcji alertów (ogólnie diagnostyki systemów: kasowników, biletomatu, a także innych urządzeń pokładowych zamontowanych w autobusie) ze wszystkich urządzeń przez komputer pokładowy, wyjątek może stanowić system kasowników, stanowiącego integralną całość, wyłącznie przez sterownik systemu kasowników, jeżeli nie będzie możliwe zrealizowanie tej funkcji przez komputer pokładowy. W punkt 4 załącznika nr 1.5 do SIWZ wprowadził do SIWZ zapis o treści „komputer pokładowy wyświetla alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat), wymagane jest objęcie tą funkcją wszystkich urządzeń pokładowych wyjątek może stanowić system kasowników.”

Zmianą nr 11 do SIWZ, zamawiający wprowadził wymóg własnego podtrzymania zasilania komputera pokładowego przez 30 minut, zamiast 10 minut.

Zamawiający zwracał się do wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty:

- pismem z dnia 17 lutego 2011 r. w odniesieniu do podanej w ofercie pracochłonności obsługi i napraw, odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia: 101, 101 i 114 roboczogodzin, a którą to ilość należało podać łącznie dla wszystkich dostarczanych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji na cały autobus.

- pismem z dnia 8 marca 2011 r. odnośnie wymogu SIWZ rozdziału 6 pkt III.4 SIWZ oraz pkt 1.6.2 załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca był zobowiązany przedstawić w ofercie wykaz narzędzi specjalnych. Przedstawione wykazy nie zawierają pełnych wymaganych informacji, dotyczących wartości pozycji kosztu całego zestawu, terminu dostarczenia. Jednocześnie zamawiający zapytywał, czy dane te zostaną uzupełnione na etapie przygotowania umowy dostawy.

Wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. udzielił odpowiedzi:

- pismem z dnia 18 lutego 2011 r, że w punkcie 2 oferty podana została ilość roboczogodzin obliczona dla jednego autobusu w poszczególnych 3 typach. Wobec tego oczywistym jest, że gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus wynika w oczywisty sposób z przemnożenia podanej ilości roboczogodzin przypadającej na jeden autobus przez ilość oferowanych autobusów w danym typie, tj.

W części nr I - dotyczącej autobusów U10 - pracochłonność obsługi i napraw wynosi:  $101 \text{ rbg} \times 20 = 2020$  (słownie: dwa tysiące dwadzieścia) rbg.

W części nr II - dotyczącej autobusów U12 - pracochłonność obsługi i napraw wynosi:  $101 \text{ rbg} \times 36 = 3636$  (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści sześć) rbg.

W części nr III - dotyczącej autobusów U18 - pracochłonność obsługi i napraw wynosi;  $114 \text{ rbg} \times 108 = 12312$  (słownie: dwanaście tysięcy trzysta dwanaście) rbg. W ramach części 3 na 112 autobusów dostarczamy 4 H18 i zgodnie z SIWZ nie są one objęte wyceną roboczogodzin stad w części III liczba 108 a nie 112.

Pismem z dnia 8 marca 2011 r, wykonawca Solaris zwrócił uwagę, że w formularzu ofertowym na stronach 5-9 zaakceptował wszelkie warunki i wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ. W związku z powyższym złożył wyjaśnienie na temat danych dostarczonych w zestawieniu podstawowych narzędzi specjalnych do obsługi i napraw autobusów wraz ze specjalistycznym oprogramowaniem odpowiednio do udzielonej autoryzacji i zgodnie z dokumentacją obsługowo naprawczą w ofercie (str. 116, 117 i 118) w zakresie: wartości poszczególnych pozycji, kosztu (wartości) całkowitego zestawu oraz oferowanego terminu dostarczenia, poprzez przedłożenie załącznika nr 1, załącznika nr 2 oraz załącznika nr 3 do pisma. Jednocześnie wyjaśnił, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego koszt narzędzi specjalnych do obsługi i napraw autobusów został uwzględniony już w całkowitej cenie oferty. A zatem cena oferty była od początku ostateczna, niezmienna i umożliwiała jednoznaczną ocenę oferty wg przyjętych kryteriów, a

załączone dane mają charakter informacyjny na temat wartości narzędzi. Wyjaśnił także, że narzędzia specjalne do obsługi i napraw autobusów wraz ze specjalistycznym oprogramowaniem dostarczone zostaną zgodnie z zaakceptowanymi przez Solaris wymogami SIWZ, to jest najpóźniej w terminie przed dostawą pierwszej partii autobusów. Do pisma zostały dołączone trzy wykazy zestawienia podstawowych narzędzi specjalnych do obsługi i napraw oferowanych autobusów.

Zamawiający zwracał się również do konsorcjum wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o., o wyjaśnienie dotyczące:

- wymogu SIWZ rozdział 6 pkt III. 4 SIWZ oraz pkt 1.6.2 załącznika nr 1 do SIWZ - wykonawca był zobowiązany przedstawić w ofercie wykaz narzędzi specjalnych. Przedstawione wykazy nie zawierają pełnych wymaganych informacji, dotyczących wartości pozycji kosztu całego zestawu, zgodnie z par. 10 ust. 3 załącznika nr 7 do SIWZ. Zdaniem zamawiającego oferowany zestaw nie był wystarczający.

- zgodnie z wymaganiami SIWZ pkt V.8 załącznika nr 1.1. wykonawca był zobowiązany do dostarczenia w ramach wyposażenia dodatkowego łączników pośrednich po jednym na 10 autobusów, zatem w przypadku danej oferty 2 sztuki. W załączniku nr 18 do oferty znajduje str. 125 się zapis łączniki do holowania 1 szt.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ zmiana nr 4 komputer pokładowy winien posiadać zasilanie własne 30 minut. W załączniku nr 18 (str. 125) do oferty widnieje zapis „własne podtrzymanie zasilania 10 minut.”

W punkt 4 załącznika nr 1.5 do SIWZ wprowadził do SIWZ zapis o treści „wyświetla alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat), wymagane jest objęcie tą funkcją wszystkich urządzeń pokładowych, wyjątek może stanowić system kasowników.

W załączniku nr 18 (str. 125) do oferty widnieje zapis „wyświetla alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat), bez uwzględnienia zmian.

Zgodnie z wymaganiami załącznika 1.1 do SIWZ pkt IV. 37 oferowany pojazd miał być przystosowany do zamontowania automatu do sprzedaży biletów, przy czym wymagana była lokalizacja – w przestrzeni pasażerskiej w pobliżu drugich drzwi. Na załączonych do oferty rysunkach załącznik 20, 21, 22 pokazane zostało usytuowanie ww. automatu na prawym przednim nadkolu, w miejscu które jest dość oddalone od drugich drzwi.

W punkcie 2.2 załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał aby wykonawca załączył do oferty dokumentację techniczną określoną w punkcie 2.2 załącznika 1 do SIWZ, która musi być dostarczona w postaci wydrukowanej i podpisanej przez osoby upoważnione oraz dodatkowo w postaci elektronicznej na płycie CD/DVD w oznaczonych formatach. Do oferty nie została załączona płyta z dokumentacją techniczną w postaci elektronicznej.

W nawiązaniu do treści złożonej oferty, w której w pkt. 2. konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o. zaoferowało dostawę autobusów „według specyfikacji technicznej i wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ i w załącznikach do SIWZ,” zamawiający prosił o wyjaśnienie powyższych niezgodności oraz potwierdzenie, że: Ad. 1 - oferowany zestaw narzędzi jest wystarczający, a brakujące informacje zostaną niezwłocznie przekazane na etapie przygotowywania umowy dostawy, w sytuacji gdyby dana oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, w niniejszym postępowaniu oraz, że wykonawca zobowiązuje się, w razie wystąpienia takiej potrzeby, do uzupełnienia dostarczonego zestawu narzędzi o inne narzędzia specjalne niezbędne do wykonania obsługi technicznych i napraw dostarczonych autobusów.

Ad 2 - w ramach wyposażenia dodatkowego zostaną dostarczone łączniki pośrednie do zaczepu holowniczego w liczbie 2 sztuk.

Ad 3 - zamontowany w autobusach komputer pokładowy będzie posiadał własne podtrzymanie zasilania przez 30 minut, zgodnie z wymogami SIWZ.

Ad 4 - zamontowany w autobusach komputer pokładowy będzie wyświetlać alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat) i funkcja ta obejmie wszystkie urządzenia pokładowe, zgodnie z wymogami SIWZ.

Ad 5 - usytuowanie automatu do sprzedaży biletów pokazane na załączonych do oferty rysunkach jest jedynie wstępną propozycją, ostateczna lokalizacja ww. automatu będzie spełniała wymagania zamawiającego i będzie uzgodniona na etapie podpisywania umowy oraz, że technicznie jest możliwe usytuowanie automatu do sprzedaży biletów naprzeciwko drugich drzwi, np. na podeście przy pojedynczym fotelu pasażerskim.

Ad 6 - płyta CD/DVD, zawierająca dokumentację techniczną załączaną do oferty w postaci elektronicznej zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, zostanie niezwłocznie przekazana na etapie przygotowywania umowy dostawy, w sytuacji gdyby oferta konsorcjum została wybrana.

W odpowiedzi z dnia 9 marca 2011 r. wykonawca konsorcjum: Lider Trading sp. z o.o. udzielił wyjaśnień, w których potwierdził, że:

Do Ad. 1. - oferowany zestaw narzędzi jest wystarczający, a brakujące informacje zostaną zamawiającemu niezwłocznie przekazane na etapie przygotowywania umowy dostawy w sytuacji gdyby oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza oraz zobowiązał się, w razie wystąpienia takiej potrzeby do uzupełnienia dostarczonego zestawu narzędzi o inne narzędzia specjalne niezbędne do wykonania obsługi technicznych i napraw dostarczonych autobusów.

Do Ad. 2. - w ramach wyposażenia dodatkowego zostaną dostarczone łączniki pośrednie do zaczepu holowniczego w liczbie 2 sztuk.

Do Ad. 3. - zamontowany w autobusach komputer pokładowy będzie posiadał własne podtrzymanie zasilania przez 30 minut, zgodnie z wymogami SIWZ.

Do Ad. 4. - zamontowany w autobusach komputer pokładowy będzie wyświetlać alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat) i funkcja ta obejmie wszystkie urządzenia podkładowe, zgodnie z wymogami SIWZ.

Do Ad. 5. - usytuowanie automatu do sprzedaży biletów pokazane na załączonych do oferty rysunkach jest jedynie wstępną propozycją, ostateczna lokalizacja automatu będzie spełniała wymagania zamawiającego i będzie uzgodniona na etapie podpisywania umowy. Technicznie jest możliwe usytuowanie automatu do sprzedaży biletów naprzeciwko drugich drzwi.

Do Ad. 6. płyta CD/DVD zawierająca dokumentację techniczną zostanie przekazana na etapie przygotowania umowy dostawy.

Zamawiający zwracał się także do odwołującego o wyjaśnienia niejasności w zakresie ilości miejsc pasażerskich stojących, wymiarów części przesuwanych okien bocznych, usytuowania słupków poręczy górnych i uchwytów. Zamawiający przyjął wyjaśnienia odwołującego oraz dostarczone przez wykonawcę uzupełniające rysunki rozmieszczenia słupków i poręczy górnych i uznał przedmiotową ofertę za zgodną z SIWZ.

Pismem z dnia 24 marca 2011 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze ofert:

- 1) na część I obejmującą 20 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich klasy MIDI, wykonawcy konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie, oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łańcucie, cena 18 179 400,00 zł, punktacja 88,46, pozycja druga oferta Solaris Bus & Coach S.A. 19 146 180,00 zł, punktacja 85,51, pozycja trzecia oferta odwołującego - punktacja 83,91, cena 20 578 392,00;
- 2) na część II obejmującą 36 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich klasy MAXI, wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., punktacja 92,50 cena 38 071 944,00 zł, pozycja druga oferta odwołującego - punktacja 91,34, cena 40 300 113,60;
- 3) na część III obejmującą 112 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich przegubowych wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. punktacja 93,10, cena 160 471 212,00 zł, pozycja druga oferta odwołującego - punktacja 91,35, cena 173 565 752,64 zł.

Oferty złożyli również wykonawcy: Autosan S.A. oraz Man Truck & Bus Polska sp. z o.o.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, skoro ubiega się o przedmiotowe zamówienie, złożył ofertę na wszystkie części zamówienia, która mogłaby zostać wybrana, w przypadku potwierdzenia się zarzutów, iż zaskarżone czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany, pozostawały niezgodne z ustawą oraz naruszały interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

- I. W odniesieniu do czynności wyboru oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. na część II oraz III zamówienia.

Podstawą stawianych zarzutów wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. była bezsporna okoliczność, że zamawiający wymagał aby w ofercie została określona „gwarantowana liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus.” Dyspozycja tej samej treści została powtórzona wielokrotnie: w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział 3 pkt 11e) oraz załącznikach, składających się na dokumentację postępowania, tj. w załączniku nr 1 opisie przedmiotu zamówienia (pkt 1.7.4), w załączniku nr 7 wzorze umowy na udzielenie gwarancji § 2 ust. 2 oraz w formularzu ofertowym według wzoru załącznika nr 6 do SIWZ.

Formularz ofertowy zawierał objaśnienie, że w pozycji „pracochłonność obsługa i napraw” (za wyjątkiem autobusów przegubowych klasy MEGA oraz z napędem hybrydowym), należy podać gwarantowaną liczbę roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus.” Okoliczność bezsporną stanowi, że wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. w formularzu oferty podał, że pracochłonność obsługa i napraw wynosi odpowiednio dla poszczególnych części zamówienia: 101 rbg dla I i II oraz 114 rbg dla III części. Dopiero na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tłumacząc, iż ilość gwarantowanych roboczogodzin określona w ofercie dotyczyła pojedynczego autobusu, odwołujący skorygował podane ilości w poniższy sposób.

W części nr I - dotyczącej autobusów U10 - pracochłonność obsługa i napraw wynosi:  $101 \text{ rbg} \times 20 = 2020$  (słownie: dwa tysiące dwadzieścia) rbg.

W części nr II - dotyczącej autobusów U12 - pracochłonność obsługa i napraw wynosi:  $101 \text{ rbg} \times 36 = 3636$  (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści sześć) rbg.



W części nr III - dotyczącej autobusów U18 - pracochłonność obsługi i napraw wynosi; 114 rbh x 108 =12312 (słownie: dwanaście tysięcy trzysta dwanaście) rbh. W ramach części III na 112 autobusów dostarczamy 4 H18 i zgodnie z SIWZ nie są one objęte wyceną roboczogodzin stad w części III liczba 108 a nie 112.

W zaistniałej sytuacji, zdaniem Izby, brak było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że wskazania zamawiającego, co do sposobu podania ilości gwarantowanych roboczogodzin były niejasne, nieprecyzyjne, czy rozbieżnie podane w różnych miejscach dokumentacji postępowania. Opis został dokonany z uwzględnieniem wymagań mających wpływ na treść oferty, zgodnie z postanowieniami art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie omawiany opis SIWZ pozostaje precyzyjny i jednoznaczny, nie poddający się różnym interpretacjom. Stąd Izba uznała, że nie zachodziły żadne podstawy aby przyjąć, że wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. podał ilość roboczogodzin w zakresie pracochłonności obsługi i napraw – przypadające na jednostkę autobusu, jako dokonaną wskutek okoliczności leżących po stronie zamawiającego, wprowadzających w błąd, niejasnych instrukcji co do sposobu sporządzenia oferty.

Z dokumentacji akt postępowania w sprawie KIO 28/11 wynika, że w odwołaniu z dnia 5 stycznia 2011 r. wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. kwestionował między innymi postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się do podania gwarantowanej ilości roboczogodzin, pisząc w ten sposób: „Zamawiający w § 2 ust. 1 pkt 1.1.1 załącznika nr 7 do SIWZ wymaga udzielenia gwarancji na cały autobus 300.000 km lub 4 lata w zależności co nastąpi wcześniej. Z kolei w § 2 ust. 2 załącznika 7 do SIWZ wymaga określenia gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus o której mowa w pkt 1.1.1. Gwarantowana liczba roboczogodzin obejmuje wykonanie wszystkich planowych przeglądów technicznych określonych czasem eksploatacji i przebiegiem autobusu oraz napraw objętych gwarancją jakości wykonywanych przez Zamawiającego, serwis Wykonawcy lub inny autoryzowany serwis zewnętrzny. Ilość roboczogodzin jest jednocześnie jednym z kryteriów oceny oferty - Rozdz. 13 pkt 2g SIWZ. W oparciu o tak zdefiniowany okres obowiązywania gwarancji (300.000 km lub 4 lata) jest niemożliwym jednoznaczne wyliczenie ilości roboczogodzin dla przeglądów uzależnionych od czasu eksploatacji i przebiegu.”

Przystępujący Solaris wnosił o zmianę opisaną częśći SIWZ - przez jej opracowanie w sposób precyzyjny i pozwalający na realne i prawidłowe opracowanie oferty, lub ewentualnie poprzez rezygnację z określenia gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości.

Z kolei zamawiający odnosząc się do przedstawionych zarzutów podał, że w odniesieniu do zarzutu nieprecyzyjności zapisu § 2 ust. 1 pkt 1.1.1. załącznika nr 7 do SIWZ - umowy serwisowej, że "w ramach gwarancji jakości wymaga określenia gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, jako deklaracji wykonawcy, bez żadnego potwierdzenia czy uzasadnienia podanej wartości. Zamawiający ustalił również w rozdziale 13 ust. 2 pkt g) SIWZ, że deklarowana wartość zostanie wykorzystana podczas oceny ofert, jako osobne kryterium oceny: „pracochłonność obsługi i napraw." Zamawiający przewidział równocześnie możliwość zastosowania kary umownej w sytuacji, gdy deklarowana wartość okaże się za mała i cała gwarantowana liczba roboczogodzin zostanie wykorzystana przed upływem okresu udzielonej gwarancji jakości. Możliwość zastosowania kary umownej ma tutaj stanowić swoiste zabezpieczenie przed podaniem przez wykonawcę wartości nierzeczywistej, w celu uzyskania większej liczby punktów w ocenie ofert." „Mając na uwadze wszystkie powyższe wymagania i uwarunkowania. zamawiający oczekiwał przede wszystkim określenia przedmiotowej gwarantowanej liczby roboczogodzin w sposób rzetelny. Wykonawca powinien określić tę liczbę jako maksymalną możliwą, to jest wliczając do niej wszystkie przeglądy i obsługi wynikające z uzyskanego przebiegu 300.000 km. jak również wszystkie przeglądy i obsługi wynikające z eksploatacji autobusu w okresie 4 lat. Zdaniem zamawiającego określona w ten sposób pracochłonność obsługi i tak nie będzie decydująca w ogólnej liczbie roboczogodzin w zestawieniu z pracochłonnością napraw objętych gwarancją jakości. Tylko w ten sposób określona liczba roboczogodzin będzie liczbą rzetelną, zabezpieczającą wykonawcę przed ewentualnym naliczeniem przez zamawiającego kar umownych, co może mieć miejsce w przypadku zminimalizowania zadeklarowanej liczby roboczogodzin w celu uzyskania większej liczby punktów podczas oceny oferty.”

Wyrokiem z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 28/11 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, odnosząc się do powyższego tematu, uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 względnie art. 29 ust. 1 Pzp, przez wymaganie określenia liczby gwarantowanych roboczogodzin potrzebnych do wykonania napraw i przeglądów z uwzględnieniem aż dwóch czynników warunkujących długość trwania gwarancji (przebieg i okres). Wykonawcy znając ww. wartości mogą i powinni określić nakład pracy niezbędny do wywiązania się z obowiązków serwisowych według najwyższego, możliwego zapotrzebowania wynikającego z któregośkolwiek parametru warunkującego długość trwania gwarancji. Wszelkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty zostały przez zamawiającego w tym zakresie podane. W sferze ryzyka wykonawcy mieści się więc sposób przygotowania oferty w tym zakresie, tzn. do jego decyzji pozostawiono przyjęcie odpowiedniej, a przynajmniej bezpiecznej,

liczby roboczogodzin lub przyjęcie ich takiej liczby, która narazi wykonawcę na kary umowne z tytułu przekroczenia ale podniesie punktację oferty w trakcie jej oceny.

Przytoczone wyżej dowody poświadczają, że wymagany sposób podania liczby gwarantowanych roboczogodzin z tytułu obsługi serwisowej i gwarancyjnej był przystępującemu wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. dokładnie znany.

Dodatkowo należało mieć na względzie, że zamawiający w rozdziale 13 SIWZ podał, że przy ocenie ofert będzie kierował się między innymi kryterium:

- parametry techniczne 16%, w tym między innymi: - pracochłonność obsług i napraw: 6%. Punkt 2 sposób obliczania lit. g kryterium pracochłonności obsług i napraw: gdzie liczba przyznanych wykonawcy punktów stanowi wynik podzielenia najniższej oferowanej pracochłonności przez pracochłonność oferty badanej oraz przemnożenia otrzymanego rezultatu przez ustalone przez zamawiającego znaczenie kryterium. Ocenie podlegała przedstawiona w ofercie wielkość gwarantowanej liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości na cały autobus. W sytuacji, gdy wymagania przedmiotowe stanowią jednocześnie podstawę dla oceny oferty w oznaczonym kryterium, zawsze zachodzi przypadek, iż dotyczą one istotnej treści oferty.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że w pierwszej kolejności przy interpretowaniu dokumentów postępowania należy kierować się literalnym ich brzmieniem, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiającego na etapie badania ofert, oceny spełniania warunków przez wykonawców. Wykładnia gramatyczna oznacza kierowanie się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składni języka polskiego (por. wyrok KIO z 27 października 2010 r., KIO/UZP 2238/10, opubl. LEX 668194). Jednakże nie można pomijać, iż przez uregulowania art. 14 ustawy Pzp, stanowiącego, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, między innymi w zakresie składania oświadczeń woli, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zatem zastosowanie znajdują także postanowienia art. 65 § 1 K.c. nakazujące tłumaczyć oświadczenie woli, z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało ono złożone.

W omawianym przypadku literalna wykładnia złożonego oświadczenia w ofercie wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. zawodzi. Przyjęcie że wykonawca podał: w części nr I – 101rbg, w części nr II -101rbg, części nr III – 114 rbg, jako łączną liczbę roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu, prowadzi bowiem do nielogicznych wniosków. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego

oraz przystępującego Solaris, że zdrowy rozsądek oraz doświadczenie branżowe przemawiały za przyjęciem, że wykonawca ten błędnie odczytał postanowienia SIWZ i zamiast wymaganego podania liczby roboczogodzin dla całej partii autobusów danego typu, określił ją w ofercie tylko dla jednego autobusu. Świadczyła o tym okoliczność zadeklarowania niskiej ilości roboczogodzin, która dopiero po przemnożeniu przez liczbę autobusów danego typu dawała wartość oczekiwaną, porównywalną z innymi ofertami. Za taką interpretacją przemawiała zbliżona liczba godzin we wszystkich trzech częściach zamówienia, tj. 101-114, podczas gdy ze względu na przewidziane różne ilości autobusów zamawianych w poszczególnych częściach zamówienia, tj. 20, 36, 112, ilość roboczogodzin, logicznie rzecz ujmując, winna być odpowiednio zróżnicowana. Przyjęcie, że Solaris Bus & Coach S.A. zaoferował 101 roboczogodzin zarówno dla 20 jak i 36 sztuk autobusów, lub że wykonawca zaproponował 101 rbg dla 20 sztuk a 114 (tylko o 13 więcej) dla 112 sztuk pojazdów, sprowadza rozumienie złożonego oświadczenia woli ad absurdum. Zważywszy, że przystępujący w części III zamówienia zaoferował 114 rbg dla 112 pojazdów na cały czteroletni okres gwarancji lub 300 000 km przebiegu, co jest równoznaczne z określeniem około jednej roboczogodziny na pojazd, byłoby to całkowicie nierealne, biorąc pod uwagę zakres przeglądów, ich częstotliwość, nie wspominając o naprawach gwarancyjnych.

Wprawdzie mogła zachodzić wątpliwość, którą wyraził także zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że podanie przez Solaris Bus & Coach S.A. bardzo małej ilości roboczogodzin mogło oznaczać także świadome działanie wykonawcy, który w ten sposób zamierzał uzyskać większą liczbę punktów w danym kryterium. Jednakże Izba uznała, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, że więcej argumentów przemawia za tym, iż wykonawca Solaris, wskutek własnej niestaranności przy sporządzeniu oferty, wbrew wyraźnym instrukcjom zamawiającego, podał w punkcie 2 formularza oferty - przedmiot dostawy, ilości roboczogodzin, odnoszące się do pojedynczego pojazdu, na wszystkie trzy części zamówienia. Opis przedmiotu dostawy zawarty w punkcie 2 wymienionego formularza dotyczył cech jednostkowych oferowanego pojazdu, czym wykonawca mógł się zasugerować (nie sięgając do objaśnień formularza odnoszących się do danej pozycji), przy określeniu liczby roboczogodzin pracochłonności obsługi i napraw na jeden pojazd. Skoro rzeczywistą wolą wykonawcy, jak wynika z całego kontekstu sytuacyjnego, było podanie: w części nr I zamówienia - 2020 rbg, w części nr II - 3636 rbg, w części nr III -12312 rbg, zachodziły podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i sprostowania w ofercie Solaris Bus & Coach S.A. tej omyłki przez przyjęcie ilości roboczogodzin obsługi gwarancyjnej, jak wyżej podana, a wynikającej z przemnożenia podanych w ofercie ilości roboczogodzin, przypadających na jeden pojazd, przez liczbę oferowanych autobusów. Izba podzieliła poglądy zamawiającego oraz przystępującego Solaris, że mimo, iż zamawiający

nie przewidział przeprowadzenia takiej operacji metamatematycznej, zmiana sprowadza się jedynie do sposobu formalnego sporządzenia oferty, nie wprowadzającego istotnych zmian w jej treści, skoro dwa kluczowe elementy, tj. ilość roboczogodzin pracochłonności obsługi i napraw dotycząca poszczególnych typów autobusów została podana w wielkości na jeden autobus wraz z określeniem ilości oferowanych pojazdów. Taka interpretacja nie wprowadziła nowych, odmiennych od pierwotnych treści omawianej oferty. Natomiast podwyższenie ilości roboczogodzin ogółem, stanowi jedynie konsekwencję rachunkową dokonanych poprawek.

Bezspornie zamawiający wystąpił w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przystępującego Solaris o wyjaśnienie treści oferty w odniesieniu do podanej w ofercie pracochłonności obsługi i napraw, odpowiednio dla I, II i III części przedmiotu zamówienia: 101, 101 i 114 roboczogodzin, a którą to ilość należało podać łącznie dla wszystkich dostarczanych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji na cały autobus. Zamawiający był uprawniony aby żądać wyjaśnień, skoro zasadnie uznał ofertę przystępującego Solaris za budzącą wątpliwości. Ani zapytanie zamawiającego, ani też udzielona odpowiedź wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. nie nosiły cech prowadzenia niedozwolonych negocjacji po upływie terminu złożenia oferty.

Błędem zamawiającego, było jedynie oparcie się przy ocenie ofert, wyłącznie na złożonych wyjaśnieniach przystępującego, że prawidłowo w jego ofercie winno być podane:  
w części nr I zamiast 101 - 2020 rbg,  
w części nr II zamiast 101 - 3636 rbg,  
w części nr III zamiast 114 - 12312 rbg.

Zdaniem Izby, zamawiający w danym przypadku nie mógł tak dalece uprościć procedury i pominąć przed oceną ofert, trybu prostowania omyłek, określonego przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Uzyskanie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dawało zamawiającemu jedynie wiedzę dlaczego oferta wykonawcy, odbiega od oczekiwań zawartych w SIWZ oraz czy zachodzą podstawy do jej odrzucenia, bądź skorygowania w oparciu o reguły ustanowione w ustawie Prawo zamówień publicznych. Doszło zatem do rozbieżności między ofertą złożoną, a tą która podlegała ocenie. Zamawiający nie przeprowadził procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a wykonawca nie zaakceptował zmian. Poprawienie oferty, w sytuacji gdy nie prowadzi to do dokonania istotnych zmian oferty, jest natomiast obowiązkiem zamawiającego, nałożonym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezpodstawne uwzględnienie w toku badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert wyjaśnień wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. pomimo, że prowadził one do istotnej zmiany treści złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty oraz poprzez

uwzględnienie, na podstawie ww. wyjaśnień, w toku badania i oceny ofert wykładni oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. sprzecznej z literalnym brzmieniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nakazujących podać gwarantowaną liczbę roboczogodzin koniecznych do wykonania wszystkich planowanych przeglądów technicznych oraz napraw objętych gwarancją jakości, łącznie dla wszystkich dostarczonych autobusów każdego typu przez cały okres udzielonej gwarancji jakości, a nie ilości roboczogodzin przypadających na jeden autobus.

Izba natomiast uznała za uzasadnione zarzuty odwołującego, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy, przez wybór oferty Solaris Bus & Coach S.A., jako najkorzystniejszej na część II i III zamówienia, pomimo, że w jej obecnym kształcie, bez dokonania poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pozostaje ona niezgodna z treścią SIWZ.

Wybór oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., jako najkorzystniejszej w części II i III zamówienia, przy przyjętej jak wyżej, niezgodności z treścią SIWZ prowadził również do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym uchybiał zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu.

Mając na uwadze teść rozstrzygnięcia Izby, uznanie popełnienia przez przystępującego Solaris omyłki i dopuszczalności korekty podanej liczby gwarantowanych roboczogodzin potrzebnych do wykonania napraw i przeglądów, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że złożenie oferty przez przystępującego Solaris Bus & Coach S.A. w jej pierwotnym brzmieniu, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, obligujący zamawiającego do odrzucenia oferty, jak również świadczy o złożeniu nieprawdziwych informacji. W myśl powołanego wyroku Izby, sygn. akt 28/11 wykonawca był uprawniony aby podać realną, ale też uznaną przez siebie ilość roboczogodzin związanych z wykonywaniem przeglądów i napraw autobusów w okresie gwarancyjnym, nawet gdyby podana w ofercie ilość godzin nie zapewniała wystarczającej ilości roboczogodzin w tym celu, narażając wykonawcę na zapłatę kar umownych. Skoro takie działanie wykonawcy było uprawnione w świetle postawionych warunków, gdyż albo wykonawca ustalił wystarczającą ilość godzin obsługi i napraw autobusów w okresie gwarancyjnym, albo w przypadku odmiennym zobowiązany był również wykonać naprawy i przeglądy okresu gwarancyjnego, płacąc dodatkowo karę umowną w wysokości 30,00 zł za każdą przekroczoną godzinę zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 2.3 umowy serwisowej – („wykorzystanie całej gwarantowanej liczby roboczogodzin przed upływem okresu gwarancji jakości (...) będzie skutkowało naliczaniem na wszystkie przedmiotowe przeglądy do końca okresu gwarancji kary umownej w wysokości 30,00 zł od każdej roboczogodziny”), to nie można było przyjąć, że nawet podanie w pewnym stopniu zaniżonej ilości roboczogodzin w ofercie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji, lub też podanie nieprawdziwych informacji. Działanie, które Izba

uznała za uprawione nie mogło prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W opisanych okolicznościach wobec wskazań, że w "sferze ryzyka wykonawcy mieści się więc sposób przygotowania oferty w tym zakresie, tzn. do jego decyzji pozostawiono przyjęcie odpowiedniej, a przynajmniej bezpiecznej, liczby roboczogodzin lub przyjęcie ich takiej liczby, która narazi wykonawcę na kary umowne z tytułu przekroczenia ale podniesie punktację oferty w trakcie jej oceny," nie można było przypisywać wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji lub złożenia nieprawdziwych informacji, chociażby nawet podana ilość obiegała w jakimś stopniu od realnej ilości roboczogodzin potrzebnych do wykonania przeglądów i napraw gwarancyjnych.

W tych okolicznościach Izba uznała, że brak jest uzasadnionych podstaw do przypisania zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Solaris Bus & Coach S.A., jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zakresie, w jakim wskazana przez Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie pracochłonność obsłóg i napraw odbiega od rzeczywistej przewidywanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsłóg i napraw wskazanej w wyjaśnieniach przekazanych zamawiającemu w trybie art. 87 ust 1 ustawy. Jak również przypisania naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Solaris Bus & Coach S.A. z udziału w postępowaniu pomimo podania przez Solaris Bus & Coach S.A. w złożonej ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, odbiegającej od rzeczywistej przewidywanej przez Solaris Bus & Coach S.A. pracochłonności obsłóg i napraw, która stanowiła jedno z podlegających ocenie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Ponadto trafne było stanowisko przystępującego Solaris, że zarzutu podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, nie powinno się w zasadzie odnosić do oświadczeń woli wykonawcy, objętych sferą jego dyspozytywności.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że wskutek złożonych wyjaśnień z dnia 10 marca 2011 r. doszło do zmiany wykazów narzędzi specjalnych oraz innego wyposażenia, w zakresie określenia asortymentu, wartości, kosztu i terminu ich dostarczenia, a ponadto ilość wymienionych pomiędzy zamawiającym a Solaris Bus & Coach S.A. pism w tej sprawie świadczy o prowadzonych pomiędzy stronami negocjacjach w zakresie treści i sposobu rozumienia złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, prowadzących do zmiany treści złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, co w świetle powołanego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zostało przez ustawodawcę jednoznacznie zabronione. Zamawiający powołując się na ścisłe wymagania odnośnych przepisów i norm

jakie powinny spełniać pojazdy dopuszczone do ruchu, nie ustalił odrębnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tzw. warunków granicznych, których niespełnienie w sposób ściśle wyznaczony będzie powodowało odrzucenie oferty, w odróżnieniu do warunków, gdzie wykonawcy pozostawiono pewną dowolność w określeniu oferowanego zakresu świadczenia. Wykaz narzędzi specjalnych oraz innego wyposażenia, wiązał się z typem oferowanego autobusu, był kompletowany i oznaczany przez samego wykonawcę. Doprecyzowanie zatem informacji wymaganych przez zamawiającego w uzupełniająco złożonych na wezwanie zamawiającego załącznikach do pisma z dnia 10 marca 2011 r. tj. wykazach zestawienia podstawowych narzędzi specjalnych do obsługi i napraw rodziny autobusów Solaris w trzech oferowanych typach, nie spowodowało, w ocenie Izby, zmiany treści złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A. oferty, zabronionej w świetle powołanego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, przystępujący, uprzedził niejako działania, do jakich zamawiający byłby zobligowany przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i samodzielnie bez wezwania złożył uzupełnione wykazy narzędzi specjalnych oraz innego wyposażenia, w zakresie określenia asortymentu, wartości, kosztu i terminu ich dostarczenia.

II. W odniesieniu do zarzutów odwołującego na czynność wyboru oferty konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, na część I zamówienia, Izba uznała co następuje.

1. Wobec wymogu SIWZ rozdział 6 pkt III. 4 SIWZ oraz pkt 1.6.2 załącznika nr 1 do SIWZ - wykonawca był zobowiązany przedstawić w ofercie wykaz narzędzi specjalnych, w odniesieniu do którego zamawiający ustalił, że przedstawiony wykaz nie zawiera pełnych wymaganych informacji, dotyczących wartości pozycji kosztu całego zestawu, zgodnie z § 10 ust. 3 załącznika nr 7 do SIWZ. Wykaz narzędzi specjalnych oraz innego wyposażenia, wiązał się z typem oferowanego autobusu, był kompletowany i oznaczany przez samego wykonawcę. Doprecyzowanie zatem informacji wymaganych przez zamawiającego w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach było dozwolone. Nie mniej, zamawiający jest zobowiązany wyczerpać procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (lub złożyli dokumenty niekompletne, obarczone błędami), a więc odnoszących się także do wymagań przedmiotowych (w tym przypadku pełnych danych zestawienia podstawowych narzędzi specjalnych do obsługi i napraw), do ich uzupełnienia w oznaczonym terminie, zanim byłby uprawniony do poddania oferty ocenie, czy też do jej odrzucenia.

2. Zgodnie z wymaganiami SIWZ pkt V.8 załącznika nr 1.1. wykonawca był zobowiązany do dostarczenia w ramach wyposażenia dodatkowego łączników pośrednich po jednym na 10 autobusów, zatem w przypadku danej oferty, obejmującej dostawę 20 autobusów w części I



zamówienia - 2 sztuk. W załączniku nr 18 do oferty na str. 125 znajduje się zapis łączniki do holowania 1 sztuka. Cytowane postanowienie wymienionego załącznika 1.1 wymagało w zakresie wyposażenia dodatkowego: łącznika pośredniego do zaczepek holowniczych (umożliwiającego zamocowanie holu sztywnego przed zderzakiem), jeżeli jest przewidywany, w liczbie 1 na każde 10 autobusów. Zatem nawet nie podanie wymienionego łącznika pośredniego w ofercie (gdyby nie był on przewidywany), nie powodowało by jej odrzucenia. Skoro wymieniony łącznik jest technicznie niezbędny w celu zamocowania holu sztywnego w oferowanym typie autobusu, uzupełniające zadeklarowanie jego dostarczenia, w ramach samodzielnej kompletacji przez samego wykonawcę zestawienia podstawowych narzędzi specjalnych do obsługi i napraw, nie powodowało niedozwolonej zmiany treści oferty. Wymagało jedynie uzupełnienia prawidłowo sporządzonego dokumentu.

3. Zgodnie z wymaganiami SIWZ zmiana nr 4 komputer pokładowy winien posiadać zasilanie własne 30 minut. W załączniku nr 18 (str. 125) oferty widnieje zapis „własne podtrzymanie zasilania 10 minut.” Potwierdziła się okoliczność, że wszyscy wykonawcy zaoferowali w swoich ofertach komputer pokładowy tego samego producenta R&G 6000 R&G Plus Sp. z o.o. Mielec, tak więc zasilanie tego komputera jak i jego funkcje dla wszystkich złożonych ofert były takie same i nie odbiegały od wymagań SIWZ. Jeżeli nawet, zgodnie z wymaganiami SIWZ przed modyfikacją, przystępujący konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o. określił w swojej ofercie, że oferowany komputer pokładowy posiada możliwość podtrzymania zasilania własnego na poziomie minimalnym 10 minut, a w rzeczywistości jak wynika z danych technicznych tego urządzenia, posiada ono możliwość zasilania własnego przez okres 30 minut, to nie stanowi zmiany oferty, sprecyzowanie, że oferowany komputer pokładowy spełnia wymagania zamawiającego, określone w zmienionej SIWZ. Możliwość taka była bowiem zapewniona przez sam fakt zaoferowania określonego typu urządzenia. Nieodzwone jest natomiast uzupełnienia prawidłowo sporządzonego dokumentu.

4. W punkt 4 załącznika nr 1.5 do SIWZ zamawiający wprowadził do SIWZ zapis o treści „wyświetla alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat), wymagane jest objęcie tą funkcją wszystkich urządzeń pokładowych, wyjątek może stanowić system kasowników. W załączniku nr 18 (str. 125) oferty widnieje zapis „wyświetla alerty o awarii wybranych urządzeń pokładowych (np. kasownik, biletomat), bez uwzględnienia zmian. Zapis ten odnosi się również do oferowanego komputera pokładowego wraz z oprogramowaniem. Odwołujący nie podnosił, iż zaoferowany w ofercie konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. rodzaj komputera pokładowego, wymienionej właściwości nie posiada. Jak zaznaczono wyżej, wszyscy wykonawcy zaoferowali w swoich ofertach komputer pokładowy tego samego producenta R&G PLUS Sp. z o.o., tak więc

funkcje tego komputera dla wszystkich złożonych ofert były takie same i nie odbiegały od wymagań SIWZ. Wykonawca powinien uzupełnić prawidłowo sporządzony dokument.

5. Zgodnie z warunkami załącznika 1.1 do SIWZ pkt IV. 37 oferowany pojazd miał być przystosowany do zamontowania automatu do sprzedaży biletów, przy czym wymagana była lokalizacja – w przestrzeni pasażerskiej w pobliżu drugich drzwi. Na załączonych do oferty rysunkach załącznik 20, 21, 22 pokazane zostało usytuowanie ww. automatu na prawym przednim nadkolu, w miejscu które jest dość oddalone od drugich drzwi. Zamawiający podał, iż szczegóły montażu tego urządzenia w tym wyposażenia autobusu w specjalny stelaż zostaną ustalone na etapie uzgodnień przed podpisaniem umowy. Tak więc sam zamawiający ostateczną lokalizację biletomatu pozostawił do dalszych uzgodnień z wykonawcą, w zależności od możliwości technicznych zainstalowania urządzenia w wybranym typie i modelu autobusu, w ramach ogólnie oznaczonej w SIWZ przestrzeni. Doprecyzowanie informacji zawartej w ofercie konsorcjum wykonawców: Lider Trading sp. z o.o. w tym zakresie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie stanowiło ani niedozwolonych negocjacji, ani tym bardziej zmiany treści oferty. Wymagane jest jednak złożenie dokumentu – rysunku, wskazującego przybliżoną lokalizację urządzenia, jaką określił przystępujący w swoich wyjaśnieniach.

6. W punkcie 2.2 załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał aby wykonawca załączył do oferty określoną dokumentację techniczną, która musi być dostarczona w postaci wydrukowanej i podpisanej przez osoby upoważnione oraz dodatkowo w postaci elektronicznej na płycie CD/DVD w oznaczonych formatach. Do oferty nie została załączona płyta z wymaganą na etapie złożenia oferty dokumentacją techniczną oferowanego autobusu w postaci elektronicznej. Wykonawcy oraz zamawiający są związani ustanowionymi warunkami przetargu. Zamawiający nie jest uprawniony aby odstępować od wymagań SIWZ, a wykonawca nie może skutecznie deklorować, że nie załączył wprawdzie dokumentacji w formie elektronicznej, jak było to wymagane, ale uczyni to przed zawarciem umowy, jeżeli jego oferta zostanie wybrana.

Na etapie złożenia oferty, zamawiający nie wymagał pełnej dokumentacji autobusu, ale jedynie jej fragmenty ściśle oznaczone w punkcie 2.2 załącznika nr 1.1 do SIWZ. Odwołujący nie podnosił, iż w formie papierowej dokumentacja ta w takim zakresie, w jakim była wymagana przy złożeniu oferty, nie została załączona do oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. Żądany zaś przez zamawiającego dodatkowy nośnik informacji w tym zakresie, w postaci płyty CD/DVD w oznaczonych formatach, który wbrew wymogom nie został dołączony do oferty, nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przystępujący zadeklarował jego dostarczenie przed zawarciem umowy, co nie może być uznane za wypełnienie dyspozycji zamawiającego zawartej w SIWZ. Przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą, zamawiający żądał dokumentacji pojazdu w szerszym zakresie.

Dotychczas wykonawca - konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. nie był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia tego braku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Samo ogólne zaakceptowanie w ofercie wszelkich warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ, zdaniem Izby, nie świadczy o spełnieniu wymogów, jeżeli szczegółowe deklaracje tego nie potwierdzają, jest natomiast wyrazem wewnętrznej sprzeczności danej oferty.

Postępowanie dowodowe w sprawie potwierdziło naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy, a tym samym uchybienie zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, przez wybór oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, jako najkorzystniejszej w zakresie części I przedmiotu zamówienia, pomimo że złożona przez to konsorcjum oferta w jej obecnym kształcie, bez dokonania uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest niezgodna z postanowieniami SIWZ.

Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uwzględnienie w toku badania i oceny ofert wyjaśnień wykonawcy konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie złożonych wyjaśnień, wbrew zarzutom odwołującego nie skutkowało istotną zmianą treści złożonej przez to konsorcjum oferty. Nie może też zostać zakwalifikowane, jako prowadzenie pomiędzy zamawiającym, a konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, nawet uwzględniając zmiany wprowadzone dnia 7 lutego 2011 r. do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wybór oferty konsorcjum Lider Trading sp. z o.o. oraz Blue Line sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, na część I zamówienia, w jej obecnym kształcie narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże w ocenie Izby, istnieje możliwość uzupełnienia braków tej oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez złożenie poprawnych dokumentów i oświadczeń, dotyczących spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, w stwierdzonym zakresie, w jakim ww. dokumenty oferty tego konsorcjum wymagają uzupełnienia, ze względu na ich treść, bądź ze względu na ich niezłożenie (nośnik CD/DVD).

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 tej ustawy, a tym samym uchybienia zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, we wszystkich częściach przedmiotu zamówienia, gdyż nakazane ponowne badanie ofert oraz ich ocena wykaże czy oferta odwołującego jest

najkorzystniejsza i zachodzą warunki do jej wyboru na całość zamówienia, jak postulował odwołujący.

Izba uznała, iż stwierdzone uchybienia, w szczególności w zakresie pominięcia procedury nakazanej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dopiero skuteczne uzupełnienie dokumentów, jak również poprawienie oferty oraz wyrażenie zgody przez wykonawcę na dokonanie poprawek w jego ofercie, zapobiega jej odrzuceniu, oraz daje podstawy do poddania oferty merytorycznej ocenie.

W sytuacji nakazanej ponownej oceny ofert w zależności od dalszego przebiegu postępowania, możliwy jest wybór oferty odwołującego, tym samym Izba przyjęła, że stwierdzone naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu. Odwołujący, mimo że wnosił o zasądzenie kosztów nie złożył rachunku za zastępstwo przez pełnomocnika, zatem na podstawie § 3 pkt 1 oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zwrot kosztów ograniczał się do kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

