

Sygn. akt: KIO 80/13

Sygn. akt: KIO 81/13

WYROK
z dnia 31 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Brzeska**
 Barbara Bettman
 Renata Tubisz

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 stycznia 2013 r. przez **Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów**, adres do korespondencji: ul. Nowowiejska 10/7, 00-653 Warszawa
- B. w dniu 14 stycznia 2013 r. przez **AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. w Tarnowie, ul. Okrężna 9, 33-100 Tarnów**

przy udziale:

- **Solaris Bus & Coach S. A., adres do korespondencji: ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 80/13 oraz KIO 81/13 po stronie Zamawiającego,
- **AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 80/13 po stronie Zamawiającego,
- **Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów**, adres do korespondencji: ul. Nowowiejska 10/7, 00-653 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 81/13 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów i nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. w Tarnowie, ul. Okrężna 9, 33-100 Tarnów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów oraz AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. w Tarnowie, ul. Okrężna 9, 33-100 Tarnów** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz **Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz **AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 80/13

Sygn. akt: KIO 81/13

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. w Tarnowie, ul. Okrężna 9, 33-100 Tarnów prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Zakup 8 sztuk ekologicznych autobusów fabrycznie nowych niskopodłogowych zasilanych ON przeznaczonych do komunikacji miejskiej w MPK Spółka z o.o. w Tarnowie jako element projektu realizowanego w ramach MRPO.04.02.01-12-074/12*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 9 października 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2012 r. pod numerem 2011/S 198-326223.

Pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. wykonawcy zostali powiadomieni przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty Solaris Bus & Coach S.A. oraz o przyznanej wykonawcom punktacji w kryterium oceny ofert.

Odwołanie o sygn. akt KIO 80/13

Wykonawca Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów (zwany dalej: „Odwołującym Otobus”) w dniu 14 stycznia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na następujące czynności: - badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i ocenę ofert, - a w ich wyniku bezpodstawne wykluczenie z postępowania Odwołującego i odrzucenie jego oferty, a także zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie, - wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., - odmowę udostępnienia Odwołującemu bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. informacji, stanowiących w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa, - zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., i nieuprawnione uznanie skuteczności takiego zastrzeżenia, - z ostrożności procesowej wobec nieudostępnienia wglądu do zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty Solaris Bus & Coach S.A. - niewłaściwą ocenę tej oferty, w tym m.in. bezpodstawne przyznanie 10 pkt na podstawie kryterium parametrów technicznych w

zakresie parametru T4 wobec uznania, że w zakresie układu smarowania pojazdu, pojazd zaoferowany przez Solaris Bus & Coach S.A. jest cały bezobsługowy, - wobec nieudostępnienia wglądu do zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty Solaris Bus & Coach S.A. - zaniechanie wykluczenia wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4. ustawy Pzp wobec faktu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, - bezpodstawne wezwanie wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnień i wyjaśnień dokumentów, które nie stanowią pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, - wobec powyższego również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący Otobus zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, uznanie, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i wykluczenie Odwołującego z postępowania a z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego,
3. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. i uznanie, że utajnione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
4. art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędną ocenę punktową oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A.
5. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne wezwanie wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
6. także art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wykluczenia wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A.,
7. także art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Solaris Bus & Coach S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
8. a w ich wyniku naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

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

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert oraz nakazanie przywrócenia Odwołującego do postępowania,
4. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. nakazanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., z powodu braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu,
6. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ a w przypadku braku uznania zasadności żądań i wniosków 5 i 6,
7. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu oferty Solaris Bus & Coach S.A. w zakresie obejmującym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (celem możliwości weryfikacji zgodności tej oferty z SIWZ, oraz oceny tej oferty przez Zamawiającego),
8. nakazanie oceny oferty Solaris Bus & Coach S.A. w zakresie kryterium parametrów technicznych z uwzględnieniem zarzutów odwołania, w tym m.in. w zakresie kryterium T4 (mylna ocena Zamawiającego i przyznanie 10 pkt. za niewystępujący w ofercie Solaris Bus & Coach S.A. bezobsługowość całego pojazdu w parametrze układu smarowania pojazdu).

Odwołujący Otobus uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

W dniu 4 stycznia 2013 r., Odwołujący Otobus otrzymał od Zamawiającego faksem informacje o wyniku oceny ofert i wykluczeniu Odwołującego Otobus z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż zdaniem Zamawiającego Odwołujący Otobus nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonego w ust. 5 pkt. 1 lit. b SIWZ tj. wykazania się dostawą co najmniej 10 autobusów niskopodłogowych przeznaczonych do komunikacji miejskiej o długości do 11,80m do 12m tożsamyh z oferowanymi. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia Zamawiający odwołał się do definicji tożsamości autobusów oferowanych i wykazywanych w doświadczeniu wskazując treść przepisu ust. 5 pkt. 1 lit b. *„Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej komplementacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich*

samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania" oraz przepisu ust. 3 pkt. 4 zgodnie, z którym postawiono wymaganie wobec oferowanych autobusów w treści: „autobusy powinny cechować się sprawdzoną jakością eksploatacyjną, tj. oferowany tożsamy model znajduje się w eksploatacji od co najmniej 6 miesięcy do dnia składania ofert na terenie unii europejskiej w ilości co najmniej 10 sztuk. (Przez tożsame rozumie się autobusy w takiej samej komplekacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania)."

Ponadto Odwołujący Otobus nawiązał do odpowiedzi na pytanie wykonawcy z dnia 14 listopada 2012 r. w której wskazał, iż *„autobusy aby spełniały warunek tożsamości muszą się charakteryzować tą samą technologią wykonania konstrukcji pojazdu, takim samym materiałem użytym do wykonania konstrukcji oraz tą samą metodą wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego"* powołując się na wiedzę z poprzednich przetargów w dalszej części uzasadnienia Zamawiający podnosi, iż (...) *jako jedyny odbiorca autobusów Otokar Kent 290 LF, które dostarczyła Zamawiającemu firma Gran w ilości 8 szt. oraz Konsorcjum Firm Gran Sp. z o.o. i Otobus Sp. z o.o. w ilości 3 szt., dysponuje on dokumentami przetargowymi z poprzednich przetargów. W dostarczonych do Zamawiającego 8 szt. autobusów Wykonawca oferował i dostarczył autobusy, w których materiał poszycia zewnętrznego wykonany jest z aluminium, a dostarczonych do Zamawiającego 3 szt. autobusów Wykonawca oferował i dostarczył autobusy, w których materiał poszycia zewnętrznego wykonany jest ze stali nierdzewnej. Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu oferuje Zamawiającemu autobusy w ilości 8 szt., w których materiał poszycia zewnętrznego wykonany jest ze stali nierdzewnej",* by skonstruować następnie, że (...) *przedstawione przez Odwołującego referencje na dostawę do MPK Sp. z o.o. w Tarnowie (Zamawiający) 8 sztuk autobusów nie są tożsame z przedmiotem zamówienia, gdyż wykonane są z dwóch różnych materiałów poszycia_(...).*

Odwołujący Otobus nie zgadza się z przyjętą przez Zamawiającego argumentacją uznając, że narusza ona przepisy ustawy Pzp w zakresie wskazanym w przedmiotowym odwołaniu. W pierwszej kolejności autobusy będące przedmiotem oferty Odwołującego Otobus odpowiadają w pełni oczekiwaniom Zamawiającego określonym w SIWZ dla niniejszego postępowania przetargowego, w tym także w zakresie ich tożsamości z autobusami będącymi przedmiotem wcześniejszych dostaw wykazanych dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tak w zakresie przepisu ust. 3 pkt. 4 SIWZ, przepisu ust. 5 pkt. 1 lit b. SIWZ, jak też odpowiedzi Zamawiającego na pytanie z dnia 14 listopada 2012 r., pomijając skuteczność tych ostatnich. Tym samym Odwołujący Otobus spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia określony w ust. 5

pkt 1 lit. b SIWZ wskazywany przez Zamawiającego w podstawie skarżonego rozstrzygnięcia. Zgodnie ust. 5 pkt 1 lit. b SIWZ „*W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, a w przypadku okresowych lub ciągłych należycie wykonali dostawę na rynek Unii Europejskiej co najmniej 10 autobusów niskopodłogowych przeznaczonych do komunikacji miejskiej o długości od 11,80 m do 12 m tożsamych z oferowanymi. (Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania).*

Odwołujący Otobus analizując brzmienie tak sformułowanego warunku stwierdził, że nie sposób uznać, by o tożsamości oferowanych autobusów z referencyjnymi decydować miał rodzaj użytego materiału do budowy poszycia autobusu, skoro w zamkniętym zbiorze ocenianych dla tożsamości podzespołów i elementów konstrukcyjnych autobusu (a taki jest znaczenie użytego sformułowania „to jest” przedstawionego w postaci skrótu „tj” elementu takiego jak poszycie nie wyszczególniono. Gdyby bowiem miało to być wyszczególnienie przykładowe należało by użyć w miejsce użytego „tj.” sformułowania „dla przykładu”, „w szczególności” lub innego analogicznego. Z tą jednakowoż uwagą, że wówczas trudna do sięgnięcia byłaby wymagana od Zamawiającego w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu precyzja opisu wymagań, z czego zapewne zdawano sobie sprawę decydując się na opisane brzmienie warunku i życie sformułowania doprecyzowującego „tj.”. Podobnie przy definiowaniu tożsamości wymagania takiego wobec poszycia nie sformułowano w przepisie ust. 3 pkt. 4 SIWZ wskazując w nim, że „*przez tożsame rozumie się autobusy w takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania*”. Tak opisanej tożsamości dotyczącej któregośkolwiek z wymienionych w cytowanych przepisach elementów czy podzespołów autobusów oferowanych z referencyjnymi Zamawiający nie zakwestionował, podnosząc swoje zastrzeżenia jedynie do niewystępującego w nich poszycia i opierając to na treści odpowiedzi na pytanie z dnia 14 listopada 2012 r.

Odwołujący Otobus wskazał na treść pytań i odpowiedzi. Pytanie nr 1 dotyczące SIWZ, ust. 3 punkt 4 - Zamawiający w punkcie tym wymagał, aby oferowane autobusy charakteryzowały się sprawdzoną jakością eksploatacyjną, czyli były eksploatowane od co najmniej 6 miesięcy na terenie Unii Europejskiej w ilości Minimum 10 sztuk' i' były tożsame z oferowanymi, tzn. o tym samym modelu i typie silnika, skrzyni biegów itd. Pytanie: *Prosimy o wyjaśnienie czy autobusy, aby spełniały warunek tożsamości muszą się charakteryzować tą*

samą technologią wykonania konstrukcji pojazdu, takim samym materiałem użytym do wykonania konstrukcji oraz tą samą metodą wykonania ■ zabezpieczenia antykorozyjnego ?

Odpowiedz na pytanie nr 1: *Zamawiający wyjaśnia ,że autobusy aby spełniały warunek tożsamości muszą się charakteryzować tą samą, technologią wykonania konstrukcji pojazdu, takim samym materiałem użytym do wykonania konstrukcji oraz tą samą metodą wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego.*

W ocenie Odwołującego Otobus wątpliwości budzi skuteczność wpływu tak sformułowanej odpowiedzi na treść SIWZ, w tym warunku udziału w postępowaniu będącego wskazaną przez Zamawiającego podstawą wykluczenia Odwołującego Otobus. Pytanie, jak też odpowiedź Zamawiającego nie dotyczą przepisu ust. 5 pkt 1 lit. b SIWZ, co zważywszy na wymóg pisemności postępowania wynikający z przepisu art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, nie może kreować skutecznie zmiany treści nieporuszanej w nim regulacji SIWZ. Ponadto Zamawiający kreując odpowiedź na cytowane pytanie nie określa jej skutku dla treści SIWZ, gdyż nie wskazuje czy odpowiedź taka wywiera skutek dla jej dotychczasowego brzmienia (zamienia lub zastępuje i co zamienia lub zastępuje, który element treści, uzupełnia i który element treści), szczególnie że na brak wpływu cytowanej odpowiedzi na treść SIWZ, w tym w szczególności przepisu ust. 5 pkt 1 lit. b SIWZ, ale też ust. 3 pkt. 4 SIWZ wskazuje zachowanie samego Zamawiającego na etapie oceny ofert (a więc w okresie po udzieleniu odpowiedzi) skoro sam takiej zmiany nie identyfikuje w treści SIWZ i w wezwaniu do wyjaśnień kierowanym do Odwołującego Otobus z dnia 12 grudnia 2012 r. w zakresie tożsamości dotyczącej tzw. kompletacji pojazdów (referencyjnych wobec oferowanych i odwrotnie) przytacza definicję tożsamości bez zmiany jakoby wywołanej swoją odpowiedzią z dnia 14 listopada 2012 r. Cytat z powyższego wezwania: „Przez tożsame rozumie się autobusy w takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania.” Mając powyższe na uwadze, Odwołujący Otobus uznał, że interpretacja powołanego w skarżonym rozstrzygnięciu warunku udziału w postępowaniu prezentowana przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 4 stycznia 2013 r. stanowi niedozwoloną zmianę SIWZ. Powyższe choć istotne od strony formalnej, i wystarczające do stwierdzenia nieskuteczności domagania się wypełniania przez oferowane autobusy tożsamości z autobusami referencyjnymi w zakresie objętym nieskuteczną zmianą nie zmienia faktu, że autobusy referencyjne Odwołującego Otobus z poszczególnych dostaw wobec siebie, jak też wobec autobusów oferowanych są w pełni tożsame nawet z uwzględnieniem takiej zmiany jaka miałyby wynikać z odpowiedzi na pytanie z dnia 14 listopada 2012 r., jak też z takiej która została ujawniona w zawiadomieniu z dnia 4 stycznia 2013 r.

Odwołujący Otobus zwrócił uwagę, że ową „tożsamość” Zamawiający w skarżonym rozstrzygnięciu odnosi do poszycia autobusu, podczas gdy przywoływane na uzasadnienie takiego stanowiska i pytanie i odpowiedź z dnia 14 listopada 2012 r. poszycia w ogóle nie dotyczą. Tak pytanie (zadawane w kontekście dotychczasowego wskazywania wyszczególnionych podzespołów i elementów konstrukcyjnych tj. *typu, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązań elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania*), jak też odpowiedź dotyczą bowiem „tej samej technologii wykonania konstrukcji pojazdu, takiego samego materiału użytego do wykonania konstrukcji oraz tej samej metody zabezpieczenia antykorozyjnego”, nie odnosząc się do poszycia jako odrębnego i znaczeniowo, i zakresem elementu autobusu. O tym, że Zamawiający oddziela i rozróżnia konstrukcję i poszycie świadczy m.in. brzmienie przygotowanej przez niego SIWZ w części dotyczącej specyfikacji technicznej autobusu - zał. nr 1a, tabela 2, pkt. 9 gdzie opisano odrębnie wymagania względem poszycia oraz względem konstrukcji, - czy ust. 15 pkt. 7 lit. b gdzie dla parametru T6 - zabezpieczenie antykorozyjne wymagania dotyczą jedynie konstrukcji. Powyższe potwierdza, że interpretacja powołanego w skarżonym rozstrzygnięciu warunku udziału w postępowaniu tj. przepisu ust. 5 pkt 1 b prezentowana przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 4 stycznia 2013 r. stanowi niedozwoloną zmianę SIWZ wykraczającą poza warunki określone na etapie przed złożeniem ofert, a jednocześnie stanowi niewłaściwą ocenę oferty Odwołującego Otobus skoro Zamawiający przyjmuje, iż autobusy referencyjne pomiędzy sobą i wobec oferowanych nie zachowują tożsamości w tym także w zakresie poszycia (choć te jak wykazano powyżej nie było wymagane). Zgodnie z ust. 5 pkt 3 lit. c SIWZ Zamawiający wymagał, aby składając ofertę Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania przedstawił: *„wykaz wykonanych, a w przypadku okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw co najmniej 10 autobusów niskopodłogowych przeznaczonych do komunikacji miejskiej o długości od 11,80 m do 12 m tożsamyh z oferowanymi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (zgodnie z ust 5 pkt 1 lit. b) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców według wzoru określonego w załączniku nr 3 do SIWZ wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (np. referencje)”*. Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący w załączonym do oferty wykazie wykonanych dostaw wskazał wykonanie następujących zadań: - *Dostawa 8 szt. autobusów niskopodłogowych 12 m Otokar Kent 290 LF zasilanych olejem napędowym ON; Wartość zamówienia 6 975 379,20 zł, Dostawa 3 szt. autobusów niskopodłogowych 12*

m Otokar Kent 290 LF zasilanych olejem napędowym ON; Wartość zamówienia 2 800 341,00 zł. W ocenie Odwołującego Otobus Zamawiający pomija przy tym, że podobnie jak w niniejszym postępowaniu, obok lakonicznego w swej treści załącznika nr 1 b do SIWZ w skład każdej z ofert Odwołującego Otobus w obu poprzednich postępowaniach wchodził opis techniczny przedmiotu zamówienia stanowiący zał. nr 1 a do SIWZ w którym w pkt. 11 wskazano łączne występowanie każdego z tych materiałów w poszyciu oferowanych autobusów Otokar Kent 290 LF (np. zderzaki i dach wykonane są z tworzywa sztucznego, klapy serwisowe i podszybie z aluminium, a np. inne elementy ze stali nierdzewnej), o czym użytkownik (Zamawiający) powinien nie tylko wiedzieć z przedstawionego opisu, ale także doświadczenia płynącego z eksploatacji tych autobusów. Ponadto szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi standardowy załącznik do umowy na dostawę autobusów i na jego podstawie przeprowadzany jest odbiór autobusów. Poszycie zewnętrzne autobusów Otokar Kent 290 LF składa się wielu materiałów m.in. stali nierdzewnej, aluminium, tworzyw sztucznych - wszystkie materiały nierdzewne, a z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający w załączniku nr 1b do oferty wymagał wskazania tylko jednego materiału, w istocie w postępowaniu wskazanym w poz. 1 wykazu dostaw Odwołujący Otobus wskazał aluminium, natomiast w postępowaniu wskazanym w poz. 2 oraz w przedmiotowym postępowaniu wskazał stal nierdzewną. Jednakże nie stanowi to dowodu na potwierdzenie, iż Odwołujący Otobus w przedmiotowym postępowaniu oferuje autobusy nietożsame z dotychczas dostarczonymi Zamawiającemu, wskazanymi w wykazie wykonanych dostaw. O tożsamości poszycia stanowi bowiem opis oferowanego autobusu, gdzie zgodnie z rzeczywistością wymieniono każdy z materiałów znajdujących zastosowanie w poszyciu autobusu Otokar Kent 290 LF będącego przedmiotem dostaw referencyjnych, jak też oferty Odwołującego Otobus. Reasumując niezależnie od faktu, że oferowane autobusy, jak też autobusy referencyjne wykazują pełną tożsamość w tym także w zakresie ich poszycia, zaś w świetle przywołanych dowodów twierdzenia Zamawiającego, kwestionowanie tej tożsamości jest bezpodstawne, Zamawiający domagając się takiej tożsamości dokonuje zmiany SIWZ po terminie składania ofert. W cytowanej treści warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie bowiem określił, jakie elementy przedmiotu zamówienia stanowią o jego tożsamości z przedmiotem dostaw wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (*Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania*).

W ocenie Odwołującego Otobus żaden z wyżej wskazanych elementów nie dotyczy poszycia zewnętrznego autobusu, zatem uzupełnianie na tym etapie postępowania, po

otwarcu ofert wykonawców, SIWZ w zakresie tak określonego katalogu elementów przedmiotu dostawy, stanowiłoby niewątpliwie naruszenie przez Zamawiającego art. 38 ust.4 ustawy Pzp, poprzez zmianę treści SIWZ po terminie składania ofert. Zamawiający mógł tego dokonać jedynie przed terminem składania ofert, zwłaszcza, że nawet Odwołujący Otobus zwracał się do Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wykładni warunku udziału w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający udzielając odpowiedzi na zadane pytanie w dniu 14 listopada 2012 r. jednakowoż nie dokonał zmian w zakresie treści warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 5 pkt 1 lit. c. SIWZ poprzez dodanie dodatkowego elementu tożsamości w postaci materiału poszycia zewnętrznego. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Otobus za chybione i naruszające przepisy wskazane w niniejszym odwołaniu należy uznać stanowisko Zamawiającego, że wykaz usług oraz referencje złożone przez Odwołującego Otobus wraz z ofertą nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy dokumenty te są prawidłowe i potwierdzają, że Odwołujący Otobus spełnia powyższy warunek. Na marginesie tylko i z ostrożności procesowej Odwołujący Otobus wskazał, iż gdyby Zamawiający faktycznie miał podstawy do uznania, że Odwołujący Otobus nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, byłby związany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czego zaniechał w przedmiotowym zakresie. Zatem zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego stanowi naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Zamawiający uznał, że złożone w ofercie Odwołującego Otobus dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować wezwaniem Odwołującego Otobus do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie. Odwołujący zauważył na naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 8 ustawy Pzp poprzez uznanie za zasadne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie załącznika nr 1.1, 1.2, 5, 6 i 7 dokonane w ofercie wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A, dalej zwanym również wybranym wykonawcą. Wykonawca ten zastrzegł w swojej ofercie następujące dokumenty: - Załącznik 1.1 -opis techniczny przedmiotu zamówienia, - Załącznik 1.2 -wymagania techniczne autobusu miejskiego niskopodłogowego, - Aktualne świadectwo homologacji, - Dokumenty potwierdzające poziom związków toksycznych -homologacja silnika wraz z tłumaczeniem, -Wyniki testu zużycia paliwa wg. SORT2 -raport z badań wraz z tłumaczeniem. W uzasadnieniu dokonania przedmiotowego zastrzeżenia wskazał jedynie, iż wszystkie te dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane innym osobom, w tym innym uczestnikom postępowania oprócz osób rozpatrujących ofertę po stronie Zamawiającego. Zamawiający, pełniąc funkcję organizatora i gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest zobowiązany do wypełnienia

obowiązków nałożonych na niego w ustawie Pzp. W szczególności jest on zobowiązany zbadać, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei wykonawca powinien należycie uzasadnić swoje twierdzenie, iż powyższe przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione. W przedmiotowym postępowaniu ani Zamawiający nie żądał od wybranego wykonawcy udzielenia informacji na temat podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ani wybrany wykonawca nie udowodnił, iż zastrzeżone informacje faktycznie spełniają przesłanki wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tymczasem w ocenie Odwołującego Otobus zastrzeżenie poczynione w ofercie wybranego wykonawcy jest bynajmniej bezpodstawne i nieskuteczne, z uwagi na fakt, iż informacje te zostały wcześniej ujawnione do publicznej wiadomości. Dowodem na tę okoliczność jest fakt, iż wybrany wykonawca zastrzegł zasadniczo informacje techniczne w zakresie zaoferowanych autobusów. Wszystkie te elementy są tożsame (zgodnie z wymogiem SIWZ taki był warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu) z elementami technicznymi autobusów zaoferowanych i dostarczonych przez wybranego wykonawcę dla Miasta Białystok w postępowaniu pn. „Dostawa 40 autobusów w ramach projektu: Poprawa jakości funkcjonowania systemu transportu publicznego miasta Białegostoku - Etap III”, zgodnie z wykazem dostaw złożonym w ofercie. Odwołujący Otobus na mocy uprawnienia dostępu do informacji publicznej i zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne sprawdził zawartość oferty wybranego wykonawcy złożoną w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białystok, i stwierdził, że wówczas wybrany wykonawca nie dokonał zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych samych dokumentów (zawierających dane techniczne oferowanych autobusów), które zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu. Wobec powyższego w ocenie Odwołującego Otobus zaniechanie dokonania czynności przez Zamawiającego, tj. zaniechania udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Wybranego Wykonawcę, godzi w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, bowiem zaniechanie ujawnienia zastrzeżonych części oferty wykonawcy uniemożliwia Odwołującemu Otobus realizację podstawowego uprawnienia wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest prawo do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie w sytuacji, gdy spełnia łącznie powyższe wskazane przesłanki oraz jeśli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert złoży oświadczenie o jej zastrzeżeniu. Sferą tajemnicy można tym samym objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Obszar ten nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. W szczególności nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa

informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czyli zostały ujawnione do wiadomości publicznej). W następnej kolejności Odwołujący Otobus wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę oferty Solaris Bus & Coach S.A. w oparciu o określone w SIWZ kryteria w tym m.in. bezpodstawne przyznanie wybranemu wykonawcy 10 pkt. w zakresie parametru T4 wobec uznania, że w zakresie układu smarowania pojazdu, pojazd zaoferowany przez wybranego wykonawcę jest cały bezobsługowy. Powyższego dowodzi fakt, że wybrany wykonawca przedstawił w ofercie autobus tożsamy z autobusami będącymi przedmiotem dostaw wskazanych przez niego w wykazie dostaw dla Urzędu Miasta w Białymstoku, a w autobusie tym zaoferowano zawieszenie firmy ZF RL 75, które jest zawieszeniem przednim niezależnym, wymagającym smarowania, wobec czego nie może być uznane, jako oś bezobsługowa. To oznacza, iż Zamawiający bezpodstawnie przyznał wykonawcy 10 pkt w zakresie wskazanego kryterium, a możliwe także że również w zakresie pozostałych. Na marginesie Odwołujący Otobus wskazał, iż ten sam model zawieszenia (firmy ZF RL 75) został wskazany w ofercie innego wykonawcy w tym postępowaniu - AUTOSUN S.A., któremu to Zamawiający nie przyznał owych 10 pkt. w zakresie kryterium T4. Czynności zamawiającego wobec wyłonionego wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. stanowią także naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie tegoż wykonawcy w dniu 27 listopada 2012 r. do uzupełnienia dokumentów w postaci załączników nr 1 i 2 do Umowy Serwisowej. W ocenie Odwołującego Otobus Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż dokumenty te, wskazane w pkt. 18.2 SIWZ stanowiły dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czy dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Wobec powyższego Odwołujący Otobus uznał, iż Zamawiający bezpodstawnie zastosował procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwał wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w postaci Załącznika nr 1 oraz Załącznika nr 2 do Umowy Serwisowej, przez co umożliwił wykonawcy konwalidację oferty, która była obarczona wadą stanowiącą o jej niezgodności z treścią SIWZ, która powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Takie działanie w ocenie Odwołującego Otobus prowadzi do wniosku, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez faworyzowanie oferty wybranego wykonawcy w sposób dyskryminujący innych wykonawców. Ponadto Odwołujący Otobus wskazał na naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie wybranego wykonawcy w dniu 27 listopada 2012 r. do uzupełnień wyjaśnień treści dokumentu stanowiącego załącznik nr 1 b do SIWZ Wymagania techniczne autobusu miejskiego niskopodłogowego. Dokument ten nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie któregokolwiek z warunków udziału w postępowaniu, a jedynie zawartość

merytoryczną treści oferty w zakresie zaoferowanego produktu. Wobec powyższego Zamawiający po raz kolejny umożliwił wybranemu wykonawcy dokonania konwalidacji złożonej oferty, która w pierwotnej wersji nie odpowiadała treści SIWZ, co powinno skutkować uznaniem zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w załączniku nr 1 a do SIWZ Opis techniczny przedmiotu zamówienia, określił w Tabeli nr 1 minimalną liczbę miejsc do przewozu pasażerów, tj. *Ogółem minimum: 98 + 1 kierowca, Siedzących minimum: 30, Wózek inwalidzki: 1, Wózek dziecięcy: 1.* Wybrany wykonawca w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białystok, które zostało przez niego wskazane w wykazie wykonanych dostaw jako referencyjne zaoferował autobusy, w których liczba miejsc siedzących to 28 a stojących 66, co łącznie daje liczbę minimalną miejsc 94. Wobec faktu, iż Zamawiający w pkt. 5.1) b SIWZ wymagał aby wykonawcy *wykonali dostawę na rynek Unii Europejskiej co najmniej 10 autobusów niskopodłogowych przeznaczonych do komunikacji miejskiej o długości od 11,80 m do 12 m tożsamyh z oferowanymi (Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania),* w ocenie Odwołującego Otobus należy uznać zatem że doświadczenie wskazane przez wybranego wykonawcę nie dotyczy dostaw tożsamyh z przedmiotem zamówienia, a zatem wykonawca nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający zgodnie z przytoczonym powyżej warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu wymagał takich samych rozwiązań elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania. SIWZ precyzuje aby minimalna moc chłodnicza klimatyzacji wynosiła min 35kW. Dodatkowo jeden z wykonawców pytał o możliwość zastosowania klimatyzacji o mniejszej mocy, na co Zamawiający w udzielonej w dniu 26 października 2012 r. odpowiedzi nie wyraził zgody. Wybrany wykonawca w autobusach dostarczonych w postępowaniu w Białymstoku zastosowała klimatyzację o min. mocy chłodniczej przestrzeni pasażerskiej 32kW. Zatem doświadczenie wskazane przez wybranego wykonawcę nie dotyczy dostaw tożsamyh z przedmiotem zamówienia, a zatem wykonawca nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Co więcej należało by dla każdego takiego przypadku, w którym wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. mając przecież świadomość parametrów technicznych autobusów dostarczonych w ramach referencyjnego realizacji i przywołanych w wykazie dostaw, niezgodnie z prawdą powołuje się na tożsamości wymagana przepisami SIWZ, uznać że nastąpiło złożenie informacji nieprawdziwych

mających wpływ na wynik postępowania, co w konsekwencji prowadzi także do konieczności wykluczenia wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Wykazane naruszenie zasad oraz wskazanych przepisów ustawy Pzp spowodowało, że odwołanie stało się konieczne i jest w pełni uzasadnione. Biorąc zaś pod uwagę, że Odwołujący Otobus złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w przypadku uwzględnienia przedmiotowego odwołania byłaby ofertą najkorzystniejszą, należy uznać iż Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert z naruszeniem przepisów prawa.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy: Solaris Bus & Coach S. A., adres do korespondencji: ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska oraz AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109.

Odwołanie o sygn. akt KIO 81/13

Wykonawca AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109 (zwany dalej: „Odwołującym Autosan”) w dniu 14 stycznia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na:

- a) czynności wyboru oferty SOLARIS Bus & Coach S.A., ul. Obornicka 46 Bolechowo Osiedle, 62-005 Owińska (zwany dalej „Solaris”) jako najkorzystniejszej,
- b) zaniechania odtajnienia oferty Solaris oraz wyjaśnień i uzupełnień złożonych na wezwanie Zamawiającego,
- c) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Autosan zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowy wybór oferty Solaris jako najkorzystniejszej na skutek nieuzasadnionego przyznania Solaris 10 punktów w zakresie kryterium parametru technicznego „układ smarowania pojazdu” (parametr T4) za spełnienie warunku bezobsługowości całego pojazdu,
- b) naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez nierówne potraktowanie wykonawców, a mianowicie Solaris i Odwołującego wskutek dokonania odmiennej oceny spełnienia kryterium bezobsługowości całego pojazdu (parametr T4) pomimo zaoferowania przez

obu wykonawców osi, które wymagają periodycznej obsługi,

- c) naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezrefleksyjne utajnienie części oferty Solaris (w szczególności dokumenty w załącznikach 1.1, 1.2, 5, 6 i 7 na stronach od 4 do 14 i od 20 do 158) oraz złożonych wyjaśnień i uzupełnień na skutek wniosku tego wykonawcy pomimo tego, że nie wszystkie dokumenty i informacje mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa,

W związku z powyższym Odwołujący Autosan wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty Solaris jako najkorzystniejszej,
- b) nakazanie Zamawiającemu odtajnienie oferty Solaris oraz złożonych wyjaśnień i uzupełnień,
- c) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert,
- d) nakazanie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Odwołującego) po dokonaniu powtórnej oceny ofert.

Odwołujący Autosan uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Ad. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Solaris jako najkorzystniejszej:

W ocenie Odwołującego Autosan Zamawiający niezasadnie przyznał wykonawcy Solaris punkty w ramach oceny parametru technicznego T4 tj. układu smarowania pojazdu. Według Odwołującego Autosan, Solaris wprowadził w błąd Zamawiającego i musiał oświadczyć, iż zaoferowane pojazdy są bezobsługowe. Za spełnienie tego warunku, zgodnie z postanowieniami SIWZ, można było otrzymać 10 pkt. Jednakże informacje posiadane przez Odwołującego Autosan wykazują, że osł przednia pojazdów oferowanych przez Solaris nie spełnia warunku bezobsługowości. Pomniejszenie punktacji Solaris o ten właśnie parametr spowoduje, iż ocena tej oferty zgodnie z przyjętymi kryteriami wypadnie mniej korzystnie niż ocena oferty Odwołującego Autosan. Złożona przez Solaris deklaracja dotycząca bezobsługowości pojazdów - zdaniem Odwołującego Autosan - nie odpowiada stanowi rzeczywistości. Zatem przyznanie ofercie Solaris 10 punktów za kryterium T4 jest nieprawidłowe, gdyż oferowane przez tego wykonawcę pojazdy składają się z podzespołów wymagających obsługi, bądź po przekroczeniu limitu kilometrów np. 50.000 km, bądź limitu czasu np. co 12 miesięcy (takim podzespołem jest np. osł przednia). Z daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący Autosan stawia dodatkowy zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie nieprawdziwego oświadczenia, o bezobsługowości

oferowanego pojazdu, przez co Solaris w sposób nieuprawniony otrzymał 10 pkt, w konsekwencji w globalnej punktacji wyprzedził ocenę oferty Odwołującego Autosan, zatem takie informacje niewątpliwie mają wpływ na wynik postępowania. Potwierdzenie się tego zarzutu winno skutkować wykluczeniem wykonawcy Solaris z postępowania i odrzuceniem jego oferty, o co niniejszym Odwołujący Autosan wnosi.

Ad. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez nierówne potraktowanie wykonawców

W ocenie Odwołującego Autosan, Zamawiający z naruszeniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców odmiennie potraktował oferty Solaris i Odwołującego Autosan pomimo tego, iż obie oferty nie spełniły warunku określonego w parametrze T4, a zatem żaden z tych wykonawców nie powinien otrzymać 10 punktów w ramach tego kryterium. Wykonawca wybrany przez Zamawiającego jest preferowany w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali podobne rozwiązania techniczne i jednocześnie złożyli oświadczenie prawdziwe, tj. że pojazdy wyposażone są w centralne układy smarowania cało-pojazdowe lub częściowe, w konsekwencji zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert uzyskali 0 punktów. W przypadku oferty Solaris należy przyjąć, iż przyznana tej ofercie w ramach parametru technicznego T4 punktacja została przyznana w sposób nieuprawniony. W przypadku potwierdzenia się tego zarzutu (Odwołujący Autosan nie może jednoznacznie przesądzić nie znając pełnej specyfikacji technicznej pojazdu oferowanego przez Solaris), w przypadku ponownej oceny ofert, Solaris winien być wykluczony z postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad. zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Ustawy poprzez utajnienie całości oferty Solaris

W ocenie Odwołującego utajnienie oferty Solaris, a przede wszystkim akceptacja takiego stanu rzeczy przez Zamawiającego była czynnością automatyczną, dokonaną na wniosek tego wykonawcy, bez prawidłowej analizy poszczególnych części oferty w celu weryfikacji, czy rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec braku dostępu do tych części oferty Solaris oraz wyjaśnień i uzupełnień, które związane są z parametrami technicznymi zaoferowanych pojazdów, z uwagi na bezpodstawne objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący Autosan wnosi aby Izba odtajniła tę część oferty Solaris (o czym w dalszej części odwołania). Jednakże, gdyby okazało się, że w tej części rzeczywiście znajdują się jakiegokolwiek informacje, co do których istnieje podstawa prawna do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący Autosan wnioskuje o potwierdzenie, że oświadczenie o bezobsługowości pojazdu zostało przez Solaris złożone, albowiem jest to informacja, co do której brak jest jakichkolwiek podstaw uzasadniających wyłączenie

jawności. Odwołujący Autosan wnosi o nakazanie Zamawiającemu ujawnienie części oferty wykonawcy Solaris w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (przedmiotu oferty), w tym szczegółowej specyfikacji technicznej. W konsekwencji Odwołujący Autosan wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, (ii) ujawnienie oferty Solaris oraz wyjaśnień i uzupełnień, (iii) dokonanie ponownego badania i oceny tej oferty i w konsekwencji (iv) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników nakazanych czynności wobec oferty wykonawcy Solaris.

Zdaniem Odwołującego Autosan, znajdujące się w części zastrzeżonej oferty Solaris informacje nie mieszczą się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Niewytłumaczalne jest więc akceptowanie przez Zamawiającego w sposób automatyczny wniosku wykonawcy o utajnienie oferty. W szczególności uchybieniem ze strony Zamawiającego jest brak wystąpienia do Solaris o uzasadnienie wyłączenia jawności jego oferty. Odwołujący Autosan, po wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonał wglądu w dokumentację przetargową, jednakże Zamawiający odmówił udostępnienia oferty Solaris jak również odmówił wglądu w korespondencję jaką prowadził z tym wykonawcą. Odwołujący Autosan nie znalazł także w dokumentacji postępowania dokumentów świadczący o tym aby Zamawiający wyjaśniał z Solaris fakt objęcia tajemnicą części oferty, jak również zasadność wyłączenia złożonych wyjaśnień i uzupełnień. W związku z powyższym Odwołujący Autosan wnosi o ocenę przez Izbę prawidłowości działań w tym zakresie Zamawiającego i w przypadku przychylenia się do stanowiska Odwołującego Autosan, o odtajnienie oferty Solaris oraz korespondencji jaką Zamawiający prowadził z tym wykonawcą. Odwołujący Autosan nie ma obecnie wiedzy, czy Zamawiający zwracał się do Solaris o: a. uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących parametrów technicznych i eksploatacyjnych oferowanych pojazdów, czy otrzymał w tym zakresie odpowiedź i czy ewentualna odpowiedź dawała podstawy do utrzymania takich informacji jako tajemnice przedsiębiorstwa, b. wyjaśnienie, czy oferowane pojazdy zawierają wszystkie podzespoły nie wymagające obsługi, co pozwalałoby złożyć Solaris oświadczenie o bezobsługowości całego pojazdu, a w rezultacie otrzymanie 10 punktów w kryterium T4. W przypadku gdyby Zamawiający zwrócił się o powyższe wyjaśnienie, Odwołujący Autosan wniósł o ich ujawnienie jako że informacja taka nie spełnia przesłanek do uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa; budowa pojazdu będzie znana każdemu kto będzie na tyle zdesperowany, aby ją poznać po przekazaniu pojazdu Zamawiającemu do eksploatacji; szczególnie wyłączenie jawności w odniesieniu do parametrów technicznych i warunków eksploatacji zastosowanych osi pojazdu jawi się jako niezasadne z uwagi na fakt, że są to osie oferowane przez innych producentów na rynku, którzy udostępniają ich parametry

podmiotom zainteresowanym. W przypadku jeśli Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy o wyjaśnienie tej ważnej kwestii (rzutującej na wynik postępowania), Odwołujący Autosan stawia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skorzystanie przez Zamawiającego z tego uprawnienia spowodowałoby, że - o ile otrzymałby prawdziwe informacje - nie mógłby przyznać Solaris punktów w kryterium T4, bowiem wykonawca musiałby wskazać że choćby przedmiotową oś należy poddać okresowej obsłudze. Zasadność twierdzeń Odwołującego Autosan znajduje również wsparcie w judykaturze, w tym w orzeczeniach Sądu Najwyższego: wskazanych w SIWZ certyfikatów, oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi/dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Jeżeli więc podzespoły autobusu nie są produkowane i sprzedawane z wyłączeniem jawności, to tym bardziej dalszy przedsiębiorca w tym przypadku dokonujący zabudowy autobusu, nie ma podstaw aby informacje o zastosowaniu tych podzespołów utajniać, tym bardziej że wiedza o nich może być łatwo powzięta już w dniu przekazania autobusu Zamawiającemu. Rozwiązania możliwe do zastosowania w autobusie są powszechnie znane, elementy i podzespoły są wystawiane na różnego rodzaju targach, a informacje o ich parametrach szeroko dostępne w Internecie. Brak jest zatem uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji odnośnie produktów, których parametry są powszechnie dostępne w ofertach handlowych producentów.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Solaris Bus & Coach S. A., adres do korespondencji: ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska, zaś po stronie Odwołującego Autosan wykonawca Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tarnów oraz Solaris Bus & Coach S. A., adres do korespondencji: ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez obu Odwołujących wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że obaj Odwołujący przekazali Zamawiającemu kopie odwołań.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący (Odwołujący Otobus oraz Odwołujący Autosan) legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując jednocześnie kopię odwołania w dniu 15 stycznia 2013 r.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienia wykonawców: Solaris Bus & Coach S. A., adres do korespondencji: ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska (dalej zwanym również wykonawcą Solaris) oraz AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109 – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 80/13 - są skuteczne, gdyż wykonawcy zgłosili przystąpienia w dniu 18 stycznia 2013 r. (data wpływu pism do Prezesa Izby), tj. w 3 - dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 15 stycznia 2013 r.

Ponadto na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienia wykonawcy AUTOSAN S. A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 80/13 - jest skuteczne, gdyż wykonawca zgłosił przystąpienia w dniu 18 stycznia 2013 r. (data wpływu pism do Prezesa Izby), tj. w 3- dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 15 stycznia 2013 r.

Biorąc pod uwagę, okoliczność, iż oba odwołania (KIO 80/13 oraz 81/13) w części swym zakresem pokrywają się, Izba – część zarzutów, t.j. m. in. dotyczących kryterium oceny ofert T4, tajemnicy przedsiębiorstwa - rozpoznała razem, nie powtarzając wcześniej wskazanej argumentacji.

Oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego Otobus z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w ust. 5 pkt 1 lit. b SIWZ.

Powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 3 „Opis przedmiotu zamówienia”: ppkt 4) Autobusy powinny cechować się sprawdzoną jakością eksploatacyjną, tj. oferowany tożsamy model znajduje się w eksploatacji od co najmniej 6 miesięcy do dnia składania ofert na terenie Unii Europejskiej w ilości co najmniej 10 sztuk.(Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania).

Pkt 5. „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają obowiązek dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego”:

- 1) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp oraz spełniają warunki, dotyczące:
 - a. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
 - b. posiadania wiedzy i doświadczenia;

W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, a w przypadku okresowych lub ciągłych należycie wykonali dostawę na rynek Unii Europejskiej co najmniej 10 autobusów niskopodłogowych przeznaczonych do komunikacji miejskiej o długości od 11,80 m do 12 m tożsamy z oferowanymi . (Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego, zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania).

Jeżeli Wykonawca w przetargu polega na zasobach innego podmiotu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków):

- podmiot ten musi uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, ponadto z dokumentów musi wynikać, że dostawy wykonane lub wykonywane przez ten podmiot zostały wykonane lub były wykonywane należycie,
- zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami - w szczególności przedstawia w tym celu w oryginale pisemne zobowiązanie tego/tych podmiotu/ów do oddania mu do dyspozycji wiedzy i doświadczenia jak wskazano wyżej, na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający również w dniu 5 listopada 2012 r. udzielał odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Pytanie nr 1

Dotyczy SIWZ, ust. 3 punkt 4 - Zamawiający w punkcie tym wymaga, aby oferowane autobusy charakteryzowały się sprawdzoną jakością eksploatacyjną, czyli były eksploatowane od co najmniej 6 miesięcy na terenie Unii Europejskiej w ilości minimum 10 sztuk i były tożsame z oferowanymi, tzn. o tym samym modelu i typie silnika, skrzyni biegów itd.

Czy zatem dla potwierdzenia tego warunku, Zamawiający wymaga podania parametrów technicznych dostarczonych autobusów takich jak: moc silnika, pojemność silnika, moment obrotowy silnika, norma emisji spalin, długość pojazdu, pojemność pojazdu, moc klimatyzacji i czy wyżej wymienione parametry muszą być

- takie same jak parametry w autobusach oferowanych, aby warunek tożsamości został spełniony?

- Czy parametry te mają być wymienione w zał. nr 3 „Wykaz dostaw” w kolumnie nr 2 „Rodzaj dostawy-przedmiot”?

Odpowiedz na pytanie nr 1:

Wykonawca jest zobowiązany wykazać w załączniku nr 3 do SIWZ tylko dostawy tożsame wraz z referencjami zgodnie z zapisem SIWZ ust. 3 punkt 4 - „Autobusy powinny cechować się sprawdzoną jakością eksploatacyjną, tj. oferowany tożsamy model znajduje się w eksploatacji od co najmniej 6 miesięcy do dnia składania ofert na terenie Unii Europejskiej w ilości co najmniej 10 sztuk.(Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania).” Parametry te nie mają być wymienione w zał. nr 3 „Wykaz dostaw ” w kolumnie nr 2 „Rodzaj

dostawy-przedmiot".

Zamawiający również w dniu 14 listopada 2012 r. udzielał odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Pytanie nr 1

Dotyczy SIWZ, ust. 3 punkt 4 - Zamawiający w punkcie tym wymaga, aby oferowane autobusy charakteryzowały się sprawdzoną jakością eksploatacyjną, czyli były eksploatowane od co najmniej 6 miesięcy na terenie Unii Europejskiej w ilości minimum 10 sztuk i były tożsame z oferowanymi, tzn. o tym samym modelu i typie silnika, skrzyni biegów itd.

Prosimy o wyjaśnienie czy autobusy, aby spełniały warunek tożsamości muszą się charakteryzować tą samą technologią wykonania konstrukcji pojazdu, takim samym materiałem użytym do wykonania konstrukcji oraz tą samą metodą wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego ?

Odpowiedz na pytanie nr 1 :

Zamawiający wyjaśnia ,że autobusy aby spełniały warunek tożsamości muszą się charakteryzować tą samą technologią wykonania konstrukcji pojazdu, takim samym materiałem użytym do wykonania konstrukcji oraz tą samą metodą wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego.

Do oferty Odwołującego Otobus załączono m. in. wykaz dostaw:

- Dostawa 8 szt. autobusów niskopodłogowych 12 m Otokar Kent 290 LF zasilanych olejem napędowym ON; Wartość zamówienia 6 975 379,20 zł (tożsame z oferowanymi),
- Dostawa 3 szt. autobusów niskopodłogowych 12 m Otokar Kent 290 LF zasilanych olejem napędowym ON; Wartość zamówienia 2 800 341,00 zł (tożsame z oferowanymi).

Pismem z dnia 4 stycznia 2013 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Solaris oraz powiadomił wykonawców o wykluczeniu Odwołującego Otobus. Zamawiający wskazał, że zgodnie, ust. 5 punkt 1 lit b. SIWZ — Zamawiający w punkcie tym opisuje warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają obowiązek dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym

okresie, a w przypadku okresowych lub ciągłych należycie wykonali dostawę na rynek Unii Europejskiej co najmniej 10 autobusów niskopodłogowych przeznaczonych do komunikacji miejskiej o długości od 11,80 m do 12 m tożsamyh z oferowanymi . (Przez tożsame rozumie się autobusy o takiej samej kompletacji jak oferowane w tym postępowaniu, tj. o tym samym typie, modelu: silnika, skrzyni biegów, przedniego zawieszenia i tylnego mostu, nie mniejszej pojemności łącznej miejsc, takich samych rozwiązaniach elektrycznych i elektronicznych w tym klimatyzacji i ogrzewania). Zgodnie z SIWZ, ust. 3 punkt 4 - Zamawiający w punkcie tym wymaga, aby oferowane autobusy charakteryzowały się sprawdzoną jakością eksploatacyjną, czyli były eksploatowane od co najmniej 6 miesięcy na terenie Unii Europejskiej w ilości minimum 10 sztuk i były tożsame z oferowanymi, tzn. o tym samym modelu i typie silnika, skrzyni biegów itd. Nawiązując do pytania do SIWZ z dnia 14 listopada 2012 r. Wykonawcy do Zamawiającego co do tożsamości oferowanego pojazdu Zamawiający wyjaśnił: *że autobusy aby spełniały warunek tożsamości muszą się charakteryzować tą samą technologią wykonania konstrukcji pojazdu, takim samym materiałem użytym do wykonania konstrukcji oraz tą samą metodą wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego.* Zgodnie z SIWZ, ust. 5 punkt 3 lit. c. - Zamawiający w punkcie tym wymaga, aby Wykonawca przedłożył do oferty: c. wykaz wykonanych, a w przypadku okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw co najmniej 10 autobusów niskopodłogowych przeznaczonych do komunikacji miejskiej o długości od 11,80 m do 12 m tożsamyh z oferowanymi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (zgodnie z pkt 1 lit. b) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców według wzoru określonego w załączniku nr 3 do SIWZ wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (np. referencje).

Wykonawca w przedmiotowym przetargu składając ofertę przedłożył dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykaz dostaw i referencje od Zamawiającego. Zamawiający jako jedyny odbiorca autobusów Otokar Kent 290 LF które dostarczyła Zamawiającemu firma Gran w ilości 8 szt. autobusy oraz Konsorcjum Firm Gran Sp. z o.o. i Otobus Sp. z o.o. w ilości 3 szt. autobusów dysponuje dokumentami przetargowymi z poprzednich przetargów. W dostarczonych do Zamawiającego 8 szt. autobusów Wykonawca oferował i dostarczył autobusy w których materiał poszycia zewnętrznego wykonany jest z aluminium, a w dostarczonych do Zamawiającego 3 szt. autobusów Wykonawca oferował i dostarczył autobusy w których materiał poszycia zewnętrznego wykonany jest ze stali nierdzewnej. Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu oferuje Zamawiającemu autobusy w ilości 8 szt. w których materiał poszycia zewnętrznego wykonany jest ze stali nierdzewnej.

Mając powyższe na względzie, Izba zważyła co następuje:

Izba oceniając czynność Zamawiającego - w postaci wykluczenia Odwołującego Otobus - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Po pierwsze Izba wskazuje, że w opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może zawężać doświadczenia dotyczącego dostaw o charakterze podobnym do tożsamego przedmiotu zamówienia - jak w prowadzonym postępowaniu, tak w odniesieniu do jego przedmiotu, wartości czy zakresu. Zdaniem Izby, nie musi zachodzić pełna tożsamość, tak jak – de facto chciał tego Zamawiający. Dla uznania, że Zamawiający wymaga wykazania się dostawami tożsamymi, wystarczające jest podanie kilku, a nawet jednej cechy, która zamyka wykonawcy, zdolnemu wykonać należycie zamówienie, ubieganie się o możliwość złożenia oferty w postępowaniu. Interpretacja Zamawiającego – przyjęta w niniejszym postępowaniu - prowadzi w rzeczywistości do tego, że Zamawiający żąda de facto wykazania się dostawami identycznymi jak przedmiot zamówienia. Zastosowanie się do wymagań Zamawiającego prowadziłoby do sytuacji, że wykonawca musiałby wykazać się świadczeniem tych samych dostaw, które będą przedmiotem niniejszego zamówienia. Wykonawca musiałby już świadczyć dokładnie takie dostawy. Interpretacja w/w warunku udziału w postępowaniu przyjętą przez Zamawiającego należy uznać jako zbyt kazuistyczną i odnoszącą się zbyt ściśle do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odnosi - wskazane przez wykonawcę dostawy jako identyczne do świadczonego w przyszłości przedmiotu zamówienia. Tym bardziej interpretacja przyjęta przez Zamawiającego jest niewłaściwa, gdyż de facto na podstawie złożonych dokumentów - wykazu dostaw oraz załączonych referencji – jest ona nieweryfikowalna. Ograniczenie dostępu do postępowania przez dokonanie oceny spełniania warunku w sposób wskazany przez Zamawiającego, narusza interesy wykonawców, zainteresowanych udziałem w postępowaniu, gdyż mimo, że mają doświadczenie i posiadają odpowiednią wiedzę, przy tak ustalonej interpretacji warunku ustalonym przez Zamawiającego, pozbawia się wykonawców szansy na złożenie konkurencyjnej oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Konkluzja taka prowadzi do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez niezapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Tym bardziej stanowisko Izby jest uzasadnione analizując działania Zamawiającego. Zamawiający z jednej strony wyklucza wykonawcę Otobus, uznając że wykonawca nie wykazał się dostawami tożsamymi – dokonując oceny nie na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu – z drugiej strony jego niekonsekwencje w działaniu przejawiają się tym, że nie wyjaśnia powyższych kwestii

(tożsamości zrealizowanych dostaw) z innymi wykonawcami – przyjmując że spełniają oni postawione przez Zamawiającego warunki udziału (w tym w szczególności co do wymogów tożsamości dostarczonych zamówień). Jak wyjaśnił Zamawiający kwestie poszycia badał również w innych złożonych ofertach, jednak Zamawiający uznał, iż wykonawcy ci w zakresie tożsamości - co do poszycia spełniali wymagania Zamawiającego i nie występował o wyjaśnienia do innych wykonawców, jak również nie badał złożonych informacji i powyższej kwestii nie wyjaśniał. Zamawiający uznał, że jeśli w referencjach nie została wyszczególniona kwestia poszycia inni wykonawcy niż Odwołujący Otobus spełniają postawione przez niego wymagania. W ocenie Izby działania Zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości doprowadziły do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji. Ponadto – należy również zauważyć, że - niewystarczające jest powołanie się na doświadczenia i wiedzę Zamawiającego z innego prowadzonego postępowania. Ocena ofert może być dokonana wyłącznie przez pryzmat postawionych specyfikacją wymagań, na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów. Niezastosowanie się Zamawiającego do tej reguły prowadzi do złamania zasady pisemności i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wobec powyższej argumentacji należało stwierdzić, że działania Zamawiającego – będące przedmiotem odwołania - zaprzeczałyby regulacji przyjętej w ustawie Pzp i naruszały zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Po drugie niezależnie od powyższego, w ocenie Izby – biorąc pod uwagę udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców – należało uznać, że wykazane przez Odwołującego Otobus zamówienia mieściły się w przyjętym przez Zamawiającego pojęciu tożsamości. Jak słusznie zauważył Odwołujący Otobus w cytowanej treści warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie bowiem określił, jakie elementy przedmiotu zamówienia stanowią o jego tożsamości z przedmiotem dostaw wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak również powyższe wyartykułował w odpowiedziach na pytania wykonawców. W konsekwencji żaden z elementów podanych w odpowiedzi na zadane pytania nie dotyczył poszycia zewnętrznego autobusu, zatem uzupełnianie SIWZ na późniejszym etapie postępowania - po otwarciu ofert wykonawców - w zakresie tak określonego katalogu elementów przedmiotu dostawy, stanowiłoby niewątpliwie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez zmianę treści SIWZ po terminie składania ofert. Zamawiający mógł tego dokonać jedynie przed terminem składania ofert. W związku z powyższym za chybione i naruszające przepisy ustawy Pzp należy uznać stanowisko Zamawiającego, że wykaz oraz referencje złożone przez Odwołującego Otobus wraz z ofertą nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy dokumenty te

są prawidłowe i potwierdzają, że Odwołujący Otobus spełnia powyższy warunek.

Po trzecie, na marginesie – Izba dodatkowo dodaje – że wykluczenie wykonawcy za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu – w braku uprzedniego wezwania do uzupełnienia – jest przedwczesne. Izba ustaliła bowiem, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zastosowanie tej procedury jest każdorazowo obowiązkowe i winno poprzedzać decyzję o wykluczeniu wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopiero nieprzedstawienie – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie, może stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy (podobnie wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1641/12 oraz wyrok z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 38/11). Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, w którzy określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Należy przypomnieć, że czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Izba podkreśla, że niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane ogłoszeniem dokumenty wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli ze złożonych wraz z ofertą dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można arbitralnie wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, które potwierdzają

spełnienie postawionego warunku (czy też – jak w niniejszym stanie faktycznym – jest w stanie wykazać się innymi dostawami realizowanymi np. na rzecz zagranicznych podmiotów, spełniającymi wymagania Zamawiającego). Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Należy pamiętać, że to wykonawca przystępując do postępowania ma wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto podkreślić przy tym należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji niezłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem interpretacja Zamawiającego, zawężająca obowiązek wezwania była nieprawidłowa, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Jednak w niniejszym stanie faktycznym – odnosząc się do wymagań i kryteriów tożsamości zaoferowanych dostaw – Izba uznała – mając na uwadze powyższe rozważania, że nie ma konieczności - w spornym zakresie będącym przedmiotem rozpoznania przed Izbą - do wzywania wykonawcy o uzupełnienie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Po czwarte odnosząc się do argumentacji Odwołującego Otobus, że w przedmiotowym postępowaniu oferuje on autobusy tożsame i zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, Izba wskazała, że podstawą wykluczenia Odwołującego Otobus było niespełnienie warunku udziału w postępowaniu i w związku z powyższym Izba odniosła się wyłącznie do uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego w piśmie z dnia 4 stycznia 2013 r. Podanie wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego – obejmującego wszystkie okoliczności - ma dawać wykonawcom możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań Zamawiającego – w tym również przez Izbę - i być gwarancją dla wykonawcy obrony jego praw w postaci zapewnienia skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dlatego Izba uznała, że oświadczenia z dnia 8 stycznia 2013 r. ma charakter bezprzedmiotowy dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Reasumując, należy uznać, że wykaz oraz referencje złożone przez Odwołującego Otobus wraz z ofertą – w spornym zakresie - potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5 pkt 1 lit. b

SIWZ.

W następnej kolejności Izba rozpoznała zarzut przyznania wykonawcy Solaris 10 punktów w kryterium T4 wobec uznania, że w zakresie układu smarowania pojazdu, pojazd zaoferowany przez wybranego wykonawcę jest cały bezobsługowy.

Powyższy zarzut również zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, pkt. 15 „Opis kryteriów którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty”; ppkt b. Ocena punktowa kryterium parametrów technicznych: T4: układ smarowania pojazdu – centralne smarowanie cało pojazdowe lub częściowe – 0 pkt, bezobsługowy cały pojazd – 10 pkt.

Zatem za centralny układ smarowania cało-pojazdowy lub częściowy wykonawca otrzymywał 0 pkt zaś za bezobsługowość całego systemu 10 pkt.

Zamawiający pismem z dnia 4 stycznia 2013 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S. A. Oferta tego wykonawcy uzyskała najwyższą ilość punktów łącznie za wszystkie kryteria. Zamówienie otrzymał wykonawca, którego oferta spełniła warunki zawarte w SIWZ, oraz który uzyskał największą ilość punktów łącznie za wszystkie kryteria, jest ważna, nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Ilość przyznanych punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami:

	Ocena punktowa kryterium cenowego	Ocena punktowa warunków technicznych oferty	Ocena punktowa koszty zużycia energii, emisji CO ₂ i emisji NO _x , PM, NMHC	Liczba przyznanych punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami w ust. 15 SIWZ
SOLARIS Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46 Bolechowo- 62-005 Owińska	69,11	28	1,99	99,10
AUTOSAN Spółka Akcyjna 38-500 Sanok ul. Lipińskiego 109	70	25.20	1.90	97.10

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Liczba przyznanych punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami w pkt
-----------	-------------------------	--

1.	SOLARIS Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46 Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska	99,10
2.	Otobus Sp. z o.o. ul. Widok 39 33-100	oferta odrzucona
3.	AUTOSAN Spółka Akcyjna 38-500 Sanok ul. Lipińskiego 109	97,10

Izba ustaliła, że wykonawca Solaris Bus & Coach S. A. w kryterium T4 otrzymał 10 pkt zaś Odwołujący Autosan 0 pkt.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ustawy poprzez bezpodstawne wezwanie wybranego wykonawcy w dniu 12 grudnia 2012 r. do uzupełnień wyjaśnień treści dokumentu stanowiącego załącznik nr 1 b do SIWZ Wymagania techniczne autobusu miejskiego niskopodłogowego.

Izba ustaliła również, że Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2012 r. występował do wykonawcy Solaris Bus & Coach S. A. o uzupełnienie wyjaśnienia złożonych dokumentów. Oceniając czynność Zamawiającego Izba uznała, że Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie treści złożonej oferty, co jest dopuszczalne na podstawie art. 87 ustawy Pzp, zatem w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wskazał niewłaściwą podstawę prawną, co nie wpływa na czynność Zamawiającego, zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 nie potwierdził się.

Jednak Izba dokonując oceny złożonych wyjaśnień z dnia 19 grudnia 2012 r. (str. 3 – tajemnica przedsiębiorstwa) uznała, że Zamawiający wobec tak dokonanej oceny złożonych ofert w kryterium T4 naruszył art. 92 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę oferty Solaris Bus & Coach S.A. w oparciu o określone w SIWZ kryteria w tym bezpodstawne przyznanie wybranemu wykonawcy 10 pkt. w zakresie parametru T4 wobec uznania, że w zakresie układu smarowania pojazdu, pojazd zaoferowany przez wybranego wykonawcę jest cały bezobsługowy. W konsekwencji złamana została zasada równości i uczciwej konkurencji, gdyż odmiennie potraktował wykonawcę Solaris i Odwołującego Autosan w kryterium T4, a zatem żaden z tych wykonawców nie powinien otrzymać 10 punktów w ramach tego kryterium. Odwołujący Autosan nie otrzymał punktów w tym kryterium.

W ocenie Izby postanowienia SIWZ wyraźnie wskazywały, że bezobsługowość należało rozumieć w ten sposób, że owy system charakteryzował się brakiem jakiegokolwiek ingerencji ludzkiej, na co wskazywały wyjaśnienia Zamawiającego złożone w trakcie rozprawy, iż w kryterium T4 nie dopuszczał jakiegokolwiek ingerencji ludzkiej poza

ewentualnym przeglądem, wskazał również, że w ramach złożonych przez wykonawcę Solaris wyjaśnień wynika, że nie mamy do czynienia z przeglądem, w układzie tym mamy do czynienia z ingerencją ludzką, którą Zamawiający nie dopuszczał w rozumieniu systemu bezobsługowego.

Bezobsługowy, to inaczej samoczynny, zatem – w ocenie Izby - wobec powyższego należało uznać, że przyznana wykonawcy Solaris w ramach parametru technicznego T4 punktacja została przyznana w sposób nieuprawniony.

Następnie Izba rozpoznała zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz samej zasadności takiego zastrzeżenia przez wykonawcę Solaris.

W ocenie Izby powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje:

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie występował do wykonawcy Solaris o wyjaśnienia w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadność tego zastrzeżenia jednak Zamawiający badał.

Na wstępie Izba wskazuje, że zasada jawności jest podstawową zasadą systemu zamówień publicznych i doznaje ona ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie bądź w wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Izba – w niniejszym postępowaniu – wzięła pod rozwagę wyjaśnienia wykonawcy Solaris, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter dokumentacji technicznej i technologicznej, która posiada wartość gospodarczą dla wykonawcy. Zawierają one szczegółowe dane dotyczące konstrukcji pojazdu, jego funkcjonalności, zastosowanych rozwiązań technicznych, wykorzystanych podzespołów oraz ich konfiguracji. Zastrzeżone informacje są wynikiem wielu lat pracy wykonawcy nad doskonaleniem oferowanych produktów i jako całość stanowią jego własność. Wartość gospodarczą dla wykonawcy ma dokumentacja jako całość, a więc kompletne rozwiązanie ofertowane konkretnemu zamawiającemu. O wartości gospodarczej zastrzeżonych danych bez wątplenia przesądza także wysoki koszt projektowania pojazdów, prowadzenia odpowiednich testów czy uzyskiwania wymaganych pozwoleń. Ponadto każdy z pojazdów oferowanych przez wykonawcę w przetargach jest nieco inny, zatem nie oferuje się identycznych pojazdów różnym zamawiającym. Doświadczenie wypracowane przez wiele lat, pozwalające odpowiednio dobrać parametry oferowanych pojazdów, nawet co do najdrobniejszych szczegółów, pozwala wykonawcy na ciągłą ekspansję na rynku autobusów miejskich i nie tylko. Takie doświadczenie stanowiące zasoby wiedzy i know-how są istotnym składnikiem przedsiębiorstwa Solaris Bus & Coach SA, a co za tym idzie zasługuje na ochronę.

Zatem – w ocenie Izby - wobec powyższego należało uznać, że Zamawiający badał zasadność zastrzeżenia i zastrzeżenie przez wykonawcę powyższych informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Solaris.

Następnie Izba rozpoznała zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Solaris za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci niewykazania dostaw tożsamych z przedmiotem zamówienia.

Izba uznała, że wykonawca Solaris wykazał się dostawami tożsamymi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału. Izba w pełni podtrzymuje tezy i argumentację przedstawioną w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia w odniesieniu do zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego Otobus co do tożsamości dostaw i dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych ofert. Jak wcześniej wskazano nie musi zachodzić

pełna tożsamość, tak jak – de facto chciał tego Zamawiający. Dla uznania, że Zamawiający wymaga wykazaniem się dostawami tożsamymi, wystarczające jest podanie kilku, a nawet jednej cechy, która zamyka wykonawcy, zdolnemu wykonać należycie zamówienie, ubieganie się o możliwość złożenia oferty w postępowaniu. Wobec powyższego wykluczenie wykonawcy Solaris z uwagi na niewykazanie tożsamości dostaw w niniejszym postępowaniu konsekwentnie prowadziłyby do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Izba rozpoznała również zarzut na ruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Solaris, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji w niniejszym postępowaniu.

Powyższy zarzut nie potwierdził się.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, iż katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jedną z przesłanek, mieszczącą się w powyższym katalogu, skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące elementy: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie faktu złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, czy te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba przypomina, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazujący, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik

postępowania.

Zatem - odnosząc się do niniejszego stanu faktycznego – powołanie się na złożoną przez wykonawcę ofertę w innym postępowaniu nie może stanowić podstawy do uznania, że zostały złożone nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania. Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację, Izba uznała, iż nie zostało udowodnione naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp., w tym w szczególności przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ustawy poprzez bezpodstawne wezwanie wybranego wykonawcy w dniu 27 listopada 2012 r. do uzupełnienia załącznika nr 1 i 2 umowy serwisowej. W ocenie Odwołującego Otobus dokument ten nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie któregokolwiek z warunków udziału w postępowaniu, a jedynie zawartość merytoryczną treści oferty w zakresie zaoferowanego produktu. W konsekwencji – w opinii Odwołującego Otobus - oferta wykonawcy Solaris powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, pkt. 12 „Opis sposobu przygotowania ofert”; ppkt 10: wykonawca umieści wymagane dokumenty i oświadczenia wymienione w ust. 5 pkt 3,4 ust. 7 pkt 1 oraz załącznik nr 6, załącznik nr 7, załącznik nr 8, załącznik nr 9, załącznik nr 10 do SIWZ w kopercie. Zgodnie z pkt 18 „Wzór umowy”: Wzór umowy serwisowej jaka zostanie zawarta z wybranym wykonawcą, stanowi załącznik nr 9 wraz z załącznikami nr 1 i 2 do umowy serwisowej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2012 r. wykonawca Solaris w dniu 28 listopada 2012 r. uzupełnił wypełnione załączniki: nr 1 i 2 do umowy serwisowej.

Mając powyższe na względzie, Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ, to taka która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Tymczasem niezłączenie załączników do umowy serwisowej nie stanowi – w niniejszym stanie faktycznym - treści oferty, lecz jest jedynie warunkiem formalnym oferty, w związku z powyższym oferta wykonawcy Solaris nie powinna być odrzucona. Zatem niezastosowanie się do tych postanowień nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ, gdyż przepis ten dotyczy materialnej sfery oferty, nie dotyczy zaś wymogów formalnych wskazanych w SIWZ.

Ponadto w ocenie Izby powyższe dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu – jak twierdził Zamawiający. Na marginesie Izba zauważa, że czym innym jest badanie warunków udziału w postępowaniu a czym innym badanie treści złożonej oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Warunki udziału dotyczą strony podmiotowej wykonawcy (t.j. np. jego sytuacji ekonomicznej i finansowej), i spełnienie warunków dopiero kwalifikuje ofertę wykonawcy (bądź nie – w przypadku niespełnienia warunków udziału), do późniejszego etapu badania jej treści. Zatem w pierwszej kolejności Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca spełnia postawiony przez niego (w ogłoszeniu i SIWZ) warunek udziału. Jeżeli wykonawca spełnia warunki udziału, to jego oferta podlega analizie Zamawiającego pod względem jej zgodności z SIWZ. Badając ofertę Zamawiający co do zasady sprawdza czy opisany w ofercie przedmiot zamówienia (który ma być przez wykonawcę świadczony w przyszłości) odpowiada opisowi w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w takim stopniu w jakim oczekiwał tego Zamawiający w SIWZ. W ocenie Izby dokumenty wymagane załącznikiem nr 1 i 2 do umowy serwisowej nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również nie odnosiły się do materialnej sfery oferty, a jedynie wymogów formalnych dotyczących umowy serwisowej i jej załączników.

Odnosząc się w szczególności do dowodów w postaci: zdjęć, schematów, prospektów, Izba uznała, iż mają jedynie charakter poglądowy, zaś co do dowodów w postaci elementów oferty wykonawcy Solaris złożonej w innym toczącym się postępowaniu – prowadzonym przez innego zamawiającego – każde postępowanie ma charakter wyjątkowy, zindywidualizowany, zatem przedłożona dokumentacja pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Na marginesie, odnosząc się do złożenia przez pełnomocnika Odwołującego Otobus pisma – załącznika do protokołu rozprawy po jej zamknięciu, Izba wskazuje, że momentem, do którego należy składać wnioski dowodowe oraz prezentować stanowisko procesowe strony jest zamknięcie rozprawy. Uszło uwadze pełnomocnika Odwołującego Otobus, że rozpoznanie sprawy odbywa się na rozprawie. Ta zaś jest jawna, przebiega z udziałem stron i uczestników postępowania. Uwzględnienie stanowiska złożonego po zamknięciu rozprawy spowodowałoby naruszenie podstawowych zasad i standardów postępowania odwoławczego, z których wynika, że wyjaśnienie sprawy odbywa się na rozprawie w warunkach kontradyktoryjności, przy obecności przeciwnika procesowego, który może ustosunkować się do podnoszonych twierdzeń. Z powyższych względów złożonego stanowiska nie wzięto pod uwagę przy rozpoznawaniu zarzutów.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....