

WYROK
z dnia 25 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 r. przez Zeszuta Sp. z o.o. w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie,

przy udziale wykonawcy MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. w Nadarzynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Zeszuta Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zeszuta Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zeszuta Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa – Jednostki Wojskowej nr 4226 w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 4226, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę autobusów, samochodów ciężarowo-osobowych do 3,5t, quadów, motocykli i przyczep do nauki jazdy. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 25.07.2012 r. w Dz. U. UE pod nr 2012/S 141-235668.

W dniu 3 października 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. w Nadarzynie (zwanej dalej „MAN”) jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia (zadanie nr 1).

W dniu 17 października 2012 r. Zeszuta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej „Zeszuta”) wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego, konkretnie wobec zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania i zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Man mimo, iż w ofercie nie przedstawiono wymaganego treścią ogłoszenia i siwz oświadczenia producenta pojazdu potwierdzającego zadeklarowane przez wykonawcę wyniki zużycia paliwa (z uwagi na fakt, iż z załączonego oświadczenia wynika, iż producent nie przeprowadził pomiarów zużycia paliwa w sposób i w warunkach wymaganych przez Zamawiającego w treści siwz [Rozdział XIII siwz kryteria oceny ofert, formularz ofertowy zał. 2A do siwz] oraz dołączone oświadczenie producenta nie odnosi się do zaoferowanego przez wykonawcę pojazdu);
2. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MAN do uzupełnienia dokumentów, tj. wymaganego treścią ogłoszenia i siwz oświadczenia producenta

- pojazdów potwierdzającego zadeklarowane przez wykonawcę wyniki zużycia paliwa;
3. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z powstępowania wykonawcy MAN, mimo, iż złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, tj. wykonawca nie zweryfikował prawdziwości i adekwatności danych producenta i posłużył się w dacie złożenia oferty danymi producenta pojazdu z oświadczenia dołączonego do oferty z którego to dokumentu wynika, iż producent pojazdu nie przeprowadził pomiarów zużycia paliwa w warunkach określonych w siwz-(dział kryteria oceny ofert jak i formularzu ofertowym) oraz przedstawił je dla pojazdu nie tożsamego z przedmiotem oferty wykonawcy;
 4. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAN, mimo, iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści siwz, tj. zaoferowany pojazd nie posiada wymaganej pkt V ppkt 1 [WET zał. 1a do siwz) konstrukcji opartej na samonośnym nadwoziu z dwiema osiami;
 5. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z powstępowania wykonawcy MAN, mimo, iż wykonawca ten nie wniósł do upływu terminu składania ofert wadium, tj. dołączony do oferty dokument nie jest bezwarunkowy i nie zobowiązuje banku do zapłaty sumy gwarancyjnej na pisemne wezwanie Zamawiającego, lecz wprowadza obowiązek złożenia żądania zapłaty jedynie w formie listu (który musi dotrzeć do Gwaranta 28.10.12 r.);
 6. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z powstępowania wykonawcy MAN, mimo, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. nie posiadania przez niego środków finansowych jak i zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 1 600 000 złotych, tzn. dołączona do oferty opinia bankowa potwierdza jedynie obroty na rachunku a nie stan posiadanych środków, jak również wskazany dostęp do linii kredytowej dla grupy kapitałowej MAN w Polsce nie może być utożsamiany ze zdolnością kredytową samego wykonawcy oraz brak jest informacji o stopniu wykorzystania linii przez wykonawcę jak i inne podmioty z grupy;
 7. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MAN do uzupełnienia dokumentów, tj. informacji o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej ogłoszeniem kwocie;
 8. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonana ponownej

- czynności badania i oceny ofert;
2. wykluczenie wykonawcy MAN, odrzucenia złożonej przez niego oferty; ewentualnie
 3. wezwania MAN do uzupełnienia dokumentów.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano:

Ad. 1

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy MAN mimo, iż w ofercie nie przedstawiono wymaganego treścią ogłoszenia i siwz oświadczenia producenta pojazdu potwierdzającego zadeklarowane przez wykonawcę wyniki zużycia paliwa. Z załączonego do oferty oświadczenia producenta wynika, iż producent nie przeprowadził pomiarów zużycia paliwa w sposób i w warunkach wymaganych przez Zamawiającego, tj. „zużycia paliwa należy dokonać na podstawie niżej wymienionych warunków:- płaski odcinek drogi (autostrada) dystans 100 km,- średnia prędkość przejazdu 70 km/h tolerancja +/- 2km/h, - pomiar należy dokonać poprzez zamontowanie legalizowanych urządzeń umożliwiających pomiar ilości zużycia paliwa, prędkości, czasu, - Pomiar wykonać trzykrotnie podając w oświadczeniu wartość średnią arytmetyczną w jednostce miary (l/km), z dokładnością trzech miejsc po przecinku". W oświadczeniu producenta wskazano, jakich metod badawczych normatywnego zużycia paliwa producent nie prowadzi a następnie stwierdzono, że w oparciu o przeprowadzone symulacje dla odcinka 100 km przy jeździe ze stałą prędkością 70 km/h zużycie paliwa będzie takie jak podano poniżej.

Dodatkowo podane przez producenta wartości podane są dla innego pojazdu niż zaoferowany przez MAN.

Ad. 2

Zamawiający mimo, iż nie posiadał prawidłowego oświadczenia producenta pojazdów potwierdzającego zadeklarowane przez wykonawcę wyniki zużycia paliwa zaniechał w tym zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Ad. 3

Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy MAN, mimo, iż złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca nie zweryfikował informacji i posłużył się w dacie złożenia oferty danymi producenta pojazdu z oświadczenia dołączonego do oferty z którego to dokumentu wynika, iż producent pojazdu nie przeprowadził pomiarów zużycia paliwa w warunkach określonych

w siwz (dział kryteria oceny ofert jak i formularzu ofertowym) oraz przedstawił je dla pojazdu nie tożsamego z przedmiotem oferty wykonawcy.

Ad. 4

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty MAN, mimo, iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści siwz, tj. zaoferowany pojazd nie posiada wymaganej pkt V ppkt 1 (WET zał. 1a do siwz) konstrukcji opartej na samonośnym nadwoziu z dwiema osiami.

Ad. 5

Zamawiający zaniechał wykluczenia z powstępowania wykonawcy MAN, mimo, iż wykonawca ten nie wniósł do upływu terminu składania ofert wadium. Dołączony do oferty dokument wadialny nie jest bezwarunkowy i nie zobowiązuje banku do zapłaty sumy gwarancyjnej na pisemne wezwanie Zamawiającego, lecz wprowadza obowiązek złożenia żądania zapłaty jedynie w formie listu (który musi dotrzeć do Gwaranta 23.10.12 r.).

Ad. 6

Zamawiający zaniechał wykluczenia z powstępowania wykonawcy MAN, mimo, iż nie wykazała on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca nie posiada środków finansowych jak i zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 1 600 000 złotych. Dołączona do oferty opinia bankowa potwierdza jedynie obroty na rachunku, a nie stan posiadanych środków, jak również wskazany dostęp do linii kredytowej dla grupy kapitałowej MAN w Polsce. Dostęp dla bliżej nieokreślonej grupy nie może być utożsamiany ze zdolnością kredytową samego wykonawcy. W dokumencie banku brak jest informacji o stopniu wykorzystania linii kredytowej przez wykonawcę jak i inne podmioty z grupy, natomiast zawarte są zastrzeżenia, że dokument nie może być traktowany jako przyrzeczenie udzielenia kredytu czy finansowania o podobnym charakterze.

Ad. 7

Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy MAN do uzupełnienia dokumentów, tj. informacji o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej ogłoszeniem kwocie.

Powyższe naruszenia doprowadziły w konsekwencji Zamawiającego do mającego istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który winien podlec wykluczeniu a jego oferta odrzucaniu ewentualnie uzupełnieniu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty wybranej, a także oświadczenia i dowody przedstawione przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła, co następuje.

Oдноśnie zarzutów nr 1, 3 i 4:

W rozdz. XIII pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz w Formularzu Ofertowym stanowiącym zał. nr 2A do SIWZ, wymagano podania parametrów zużycia energii oferowanego autobusu, wyliczonych i opartych m.in. na następujących wskazaniach zamawiającego:

„Ze względu na brak oficjalnej metody pomiarowej zużycia paliwa przez autobusy turystyczne, pomiaru zużycia paliwa należy dokonać na podstawie niżej wymienionych warunków:

- płaski odcinek drogi (autostrada) dystans 100 km,
- średnia prędkość przejazdu 70 km/h tolerancja +/- 2km/h
- pomiar należy dokonać poprzez zamontowanie legalizowanych urządzeń umożliwiających pomiar ilości zużycia paliwa, prędkości, czasu,
- Pomiaru wykonać trzykrotnie podając w oświadczeniu wartość średnią arytmetyczną w jednostce miary (l/km), z dokładnością trzech miejsc po przecinku.”

W rozdz. VI pkt 2.6 tiret 8 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, m.in. „oświadczenia producenta autobusów dołączone przez Wykonawcę o wartości zużycia paliwa – Wykonawca musi dostarczyć dokument potwierdzający zadeklarowany wynik wystawiony przez producenta lub przez niezależną jednostkę badawczą– dotyczy zadania nr 1 (autobusy)”.

Do oferty MAN załączono oświadczenie MAN Truck & Bus AG, producenta oferowanych autobusów (w języku angielskim – str 31 oferty, wraz z tłumaczeniem – str.33 oferty), w którym oświadczone, iż dla pojazdu typu autokar Lion's Coach o oznaczeniu BR07 K26, po przeprowadzeniu symulacji dla odcinka 100 km, przy jeździe ze stałą prędkością, zużycie paliwa (w oparciu o symulację) wynosi: 16,2 litra/100 km = 0,162 litra/km przy stałej prędkości 70 km/h.

MAN zaoferowała (Formularz ofertowy, Zadanie 1, str. 5 oferty) autobus produkcji MAN A.G., marki MAN, Typ R07, Model Lion's Coach.

W zał. nr 1A do SIWZ „Wymagania eksploatacyjno-techniczne (WET) na samochód ogólnego przeznaczenia – autobus”, w pkt V „Konstrukcyjne wymagania ogólne”, ppkt 1, zamawiający wskazał: „Konstrukcja autobusów musi być oparta na samonośnym nadwoziu z dwoma osiami”

Na str. 30 oferty MAN zamieszczono sporządzony przez wykonawcę „Wyciąg ze świadectwa homologacji” nr PL*2284*04 z dnia 19 lutego 2010 r. dla pojazdu MAN Lion's Coach R07, oświadczając w treści wyciągu, iż pod każdym względem odpowiada kompletnemu typowi opisanemu w ww. świadectwie homologacji.

W pkt 37 ww. wyciągu zaznaczono:

„Rodzaj nadwozia: samonośne, kratownicowe, szkielet spawany z rur o przekroju prostokątnym, ściany boczne wykonane w całości z obustronnie ocynkowanej blachy stalowej, dach z tworzywa sztucznego, maska przednia, kłapa tylna z włókna szklanego, klapy boczne z aluminium.”

Odnosnie powyższego, w trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów:

1. Przedstawione przez przystępującego Świadectwo homologacji nr PL*2284*04 pojazdu MAN R04 Lion's Coach wraz z Opisem technicznym do celów homologacji (w Opisie technicznym podano tożsame dane odnośnie konstrukcji nadwozia, jak w ww. Wyciągu ze świadectwa homologacji załączonym do oferty);
2. Przedłożone przez odwołującego:
 - a) Pismo Zeszuta z dnia 23.10.2012 r. skierowane do Przemysłowego Instytutu Motoryzacji w Warszawie (PIMot), zawierające pytanie: „czy w toku badań homologacyjnych, deklaracja producenta pojazdu autobusu typu M3 w zakresie rodzaju i charakteru nadwozia pojazdu podlega weryfikacji i badaniu ze strony organu homologacyjnego i czy organ opiera się jedynie na oświadczeniach, danych i rysunkach przekazywanych przez producenta a w dokumencie homologacyjnym zawiera dane zadeklarowane przez producenta pojazdu?”,
 - b) Pismo Przemysłowego Instytutu Motoryzacji w Warszawie z dnia 24 października 2012 r. stanowiące odpowiedź na powyższe, w którym stwierdzono: „w procesie homologacji europejskiej na zgodność z wymaganiami Regulaminu EKG ONZ nr 66 – Jednolite przepisy dotyczące homologacji dużych pojazdów pasażerskich w zakresie wytrzymałości ich konstrukcji nośnej, Przemysłowy Instytut Motoryzacji nie weryfikuje typu nadwozia, czy jest do nadwozie samonośne czy nadwozie ramowe lub

mieszane”,

- c) Ocena techniczna nr 04841/9/12-2201 z dnia 14 września 2012 r. wydana na zlecenie Zeszuta przez Biuro Rzecznawców Samochody Maszyny Urządzenia w Ciechanowie – Partnera DEKRA POLSKA w sprawie ustalenia czy konstrukcja autobusu MAN typ R07 Lion's Coach jest oparta na nadwoziu samonośnym,
- d) Opinia Nr 019/2012 z dnia 23 października 2012 r. wydana na zlecenie Zeszuta przez Przemysłowy Instytut Motoryzacji w Warszawie, w temacie „Wykonanie ekspertyzy dotyczącej wskazania typu nadwozia w autobusie MAN typ R07 model Lion's Coach RHC 444”

Odnosnie zarzutu nr 5 Izba ustaliła, iż MAN przedstawiła zamawiającemu w charakterze wadium, gwarancję wadialną nr 1889/12/WAR wystawioną przez BNP Paribas Bank Polska S.A. w Warszawie, w której treści gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązał się do zapłaty na rzecz beneficjenta gwarancji (zamawiającego) kwoty wadium, na jego pierwsze pisemne żądanie, we wskazanych i wymaganych ustawą okolicznościach.

Ponadto zaznaczono, iż gwarancja „jest ważna do dnia 28 listopada 2012 r, a następnie wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli żądanie z tytułu niniejszej gwarancji w formie listu nie dotrze do Banku do tego dnia”.

Odnosnie zarzutu nr 6 Izba ustaliła, iż treść adekwatnego warunku udziału w postępowaniu została akuratnie powołana w treści odwołania (co zostało zreferowane powyżej).

Na potwierdzenia posiadania wymaganych środków finansowych lub zdolności kredytowej MAN przedłożyła opinię bankową (str. 14 oferty), w której stwierdzono, iż obroty spółki na rachunkach prowadzonych przez Deutsche Bank Polska S.A.:

Po stronie WN – zamykają się kwotą dziesięciocyfrową

Po stronie MA – zamykają się kwotą dziesięciocyfrową.

Ponadto wskazano, iż aktualnie spółka posiada dostęp do linii kredytowej w kwocie 20 000 000 zł do wykorzystania jako kredyt w rachunku bieżącym, który został udostępniony dla podmiotów Grupy MAN w Polsce.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucano w odwołaniu, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Odnosnie podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, wskazać należy, iż według art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast

zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Interpretując wskazane wyżej przesłanki wykluczenia wykonawcy, należy podkreślić ich odrębny charakter. W przypadku art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przepis wymaga materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Natomiast przesłanka opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ma bardziej formalny charakter – dla wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu nie jest konieczne ustalenie czy wykonawca materialnie warunki udziału w postępowaniu spełnia, ale ustalenie i stwierdzenie czy powyższe wykazał na stosownym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób przez zamawiającego wymagany. Przepis znajduje więc zastosowanie w stosunku do wykonawcy, który warunki udziału w postępowaniu w rzeczywistości spełnia, ale nie przedstawił stosownych informacji (dokumentów, dowodów, oświadczeń...etc.) wystarczająco potwierdzających taką okoliczność.

Jak wynika z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością (innymi słowy – obiektywnie nieprawdziwe).

Przy czym w treści powoływanego przepisu, ani klauzulach generalnych ustawy, nie ma żadnych odesłań, które uzależniałyby zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp od stopnia świadomości wykonawcy, co do prawdziwości informacji, którymi się w postępowaniu o udzielenie zamówienia posługuje, lub które warunkowałyby wykluczenie wykonawcy od stopnia jego zawinienia przy braku ustalenia ich nieprawdziwości.

Powyższe powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami i przyczynami po stronie wykonawców, może być jednak postulowane i osiągnięte, przez zastosowanie bardziej celowościowych zabiegów interpretacyjnych, co uczynił m.in. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12).

Natomiast w kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle powoływanych wyżej przepisów, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc

generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

W zakresie zarzutów oznaczonych w treści odwołania nr 1 i 3, Izba wskazuje, iż oceniając okoliczności faktyczne na dane zarzuty się składające, nie stwierdziła ani niezgodności treści oferty wybranej z SIWZ ani podania przez wykonawcę MAN nieprawdziwych informacji – w odniesieniu do przedstawionego przez wykonawcę oświadczenia o średnim zużyciu paliwa. Zgodnie z wymaganiami SIWZ, MAN przedstawiła oświadczenie producenta potwierdzające średnie zużycie paliwa. Przy czym zamawiający z jakichś względów dopuścił, aby producent sam potwierdził deklarowane przez siebie wyniki. Oświadczenie załączone do oferty MAN spełnia więc w tym zakresie wymagania zamawiającego. Jest oświadczeniem producenta, które samo w sobie jest potwierdzeniem przez oświadczającego danych zawartych w jego treści. Przy czym zastrzec należy, iż zamawiający wymagał przeprowadzenia testów o określonych parametrach i podania w treści oferty średniego zużycia paliwa, jakie otrzymano w ich wyniku, a nie opisanie przeprowadzonych testów w treści oświadczenia.

Ponadto z treści opisanego w ustaleniach Izby oświadczenia bynajmniej nie wynika, iż wymaganych przez zamawiającego testów nie przeprowadzono. Odwołujący nadinterpretuje znaczenie użytego tam słowa „symulacja” (na podstawie której podano wartości zużycia paliwa), jako przesądzającego o tym, iż testy w rzeczywistości się nie odbyły. Pomijając kwestię, iż pojęcie „symulacja” jest w tym przypadku dosłownym tłumaczeniem angielskiego „simulation” wskazanego w oryginalnej treści oświadczenia, to wskazać należy na kontekst jego zastosowania, tzn. zostało ono użyte w odpowiedzi na konkretne wymagania zamawiającego, co do sposobu uzyskania wartości średniego zużycia paliwa przez autobus. W tym kontekście przyjąć można, iż symulacja oznaczała np. dokładne odtworzenie idealnych, wymaganych w SIWZ, warunków testowych i przeprowadzenie w tych warunkach testu. Wbrew sugestiom odwołującego w tym przypadku, nie musiała to być wcale symulacja komputerowa lub tym bardziej symulacja w rozumieniu udawania choroby, czy jakakolwiek inna nierealna symulacja.

W związku z powyższym rzeczony oświadczenie nie jest wcale dowodem na okoliczność, iż wymaganych w SIWZ testów zużycia paliwa nie przeprowadzono, a podane w tym zakresie dane na temat zużycia są nieprawdziwe. Natomiast jakichkolwiek innych dowodów na potwierdzenie powyższego odwołujący nie przedstawił i nie powołał.

Tym samym zarzut podania nieprawdziwych informacji przez MAN uznano za nieudowodniony, a ofertę MAN za zgodną z wymaganiami SIWZ odnośnie treści oświadczenia w zakresie średniego zużycia paliwa.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego zaoferowania przez MAN pojazdu o konstrukcji nadwozia niezgodnej z wymaganiami SIWZ, co do jego samonośności (zarzut oznaczony w treści odwołania numerem 4), w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, Izba nie znalazła wystarczających podstaw, do orzeczenia, iż autobus MAN R07 Lion's Couch oferowany w wybranej ofercie, posiada konstrukcję niesamonośną.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż wymagana przez zamawiającego samonośność nadwozia nie została zdefiniowana w SIWZ. Ponadto pojęcie to nie posiada żadnych definicji urzędowych, ani nie jest pojęciem naukowym o ściśle ustalonym znaczeniu.

Zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w potocznym rozumieniu, istnieje powszechna zgoda, co do podstawowego znaczenia i treści pojęcia, jednakże istnieją różnice, co do szczegółów i konkretnych elementów definicyjnych i związanych z tym kwalifikacji.

Dla przykładu Mała Encyklopedia Samochodowa (<http://www.auto-era.pl/encyk.php?nr=17>), podaje definicję następującą: „Nadwozie samonośne (bezzramowe) to złożona konstrukcja o odpowiedniej sztywności, która oprócz funkcji użytkowej zapewnia przestrzenne usytuowanie niezbędnych zespołów oraz przenoszenie wszystkich obciążeń statycznych i dynamicznych powstających podczas eksploatacji samochodu. Rozróżnia się nadwozia samonośne skorupowe, szkieletowe i mieszane”.

Jak wynika z powyższej definicji nadwozia skorupowe, szkieletowe i mieszane kwalifikowane są tu jako podrodzaje nadwozia samonośnego.

Natomiast w haśle „nadwozie samonośne” zawartym w Wolnej Encyklopedii Wikipedia (http://pl.wikipedia.org/wiki/Nadwozie_samono%C5%9Bne) wskazano:

„Nadwozie samonośne – rodzaj nadwozia, gdzie elementem nośnym jest samo pudło będące belką nośną, dzięki czemu wyeliminowano podział na podwozie ramowe oraz karoserię nieniosącą na nim osadzoną (np. samochody ciężarowe).

[...]

Nadwozie samonośne składa się z:

- płyty podłogowej (w samochodach osobowych i autobusach niskopodłogowych)
- kratownicy (w autobusach dalekobieżnych) lub ostoi (w konstrukcjach kolejowych)
- struktury nośnej nadwozia (słupki boczne, wzmocnienia dachowe itp.) [...]

Tę stronę ostatnio zmodyfikowano 16:33, 21 sie 2012. [...]

Zastrzec przy tym należy, iż Wikipedia, jako projekt masowy, tworzony przez internautów oraz nie zawsze redagowany i sprawdzany przez wystarczającą liczbę redaktorów posiadających odpowiedni stopień przygotowania merytoryczne w danej dziedzinie, nie w każdym przypadku jest wiarygodnym i rzetelnym źródłem informacji. Statystycznie rzecz ujmując, jest to jednak najpełniejsza i najbardziej kompletna encyklopedia świata, której znaczenie (choćby na użytek konkretnych postępowań dowodowych) jest niesłusznie generalnie deprecjonowane. Jakkolwiek samo ustalenie danych czy faktów w Wikipedii podawanych, częstokroć wymaga dodatkowej weryfikacji (choćby za pomocą przypisów tam zawartych), jednakże na polu obrazowania różnorodności i wielości znaczeń czy rozumień danych pojęć (zestawianych prawie we wszystkich językach), wartość Wikipedii trudna jest do przecenienia. Dzięki powszechności oraz masowości dokonywanej redakcji i edycji danego hasła, Wikipedia jest w stanie znakomicie oddać potoczne rozumienie opisywanego terminu czy hasła. Omawiając przy tym tak szeroki zakres znaczeń oraz poziom aktualności, które dla tradycyjnych encyklopedii nie są dostępne i osiągalne.

Konsekwentnie wskazać należy, iż samonośność nadwozia, jest pojęciem wyraźnym aczkolwiek nieostrym (z znaczeniu przyjmowanym w logice formalnej). Powyższe oznacza, iż w języku (w tym również w języku naukowym) występuje wystarczający zespół zdefiniowanych i przyjętych cech, które wystarczają dla wskazania takich przykładów, które ponad wszelką wątpliwość mieszczą się w zbiorze desygnatów danego pojęcia i takich przykładów, które z pewnością w zbiorze tym się nie mieszczą, jednakże owe kryteria nie pozwalają wytyczyć ostrej granicy zbiorów: desygnatów i nie-desygnatów. Ujmując powyższe prościej i na przykładzie pojęcia nadwozia samonośnego: istnieją nadwozia, co do których z pewnością nadwoziami samonośnymi są, istnieją również nadwozia, co do których ponad wszelką wątpliwość orzec można, iż nadwoziami samonośnymi nie są, a także istnieją przypadki graniczne, co do których kwalifikacji jako podwozi samonośnych bądź niesamonośnych zawsze będzie wątpliwa i zależna od przyjętych przez kwalifikującego kryteriów, choćby co do zakładanego i wymaganego stopnia „samonośności” (bądź stopnia „ramowości” nadwozia – w znaczeniu nazwy przeciwstawnej).

Powyższe przede wszystkim potwierdza sama opinia Przemysłowego Instytutu Motoryzacji, która za jeden ze swoich celów stawia sobie dopiero „opracowanie takich kryteriów”, tj. przyjęcie określonych kryteriów kwalifikacyjnych nadwozia jako samonośnego (pkt 1. str. 5). Opracowanie powyższe z postawionego przed sobą celu się wywiązuje – należyście uzasadnia i wyjaśnia przyjmowane na swoje potrzeby znaczenie pojęć i ich kwalifikacji (z podaniem źródeł) i konsekwentnie się nimi posługuje. Izba zakwalifikowała ww. opinię oczywiście jako opinię prywatną, a nie dowód z opinii biegłych, niemniej jednak w jej treści nie znalazła podstaw, do podważenia jej jakości i rzetelności. Jednakże, chociaż jest to

dokument rzeczowy i wiarygodny w zakresie określenia celu badań, sposobu i metodologii ich przeprowadzenia, a także opisu wyników, to sformułowane w nim wnioski, co do kwalifikacji badanego nadwozia autobusu MAN, zostały oparte na uznaniowo przyjętych i zaprojektowanych przez sporządzających opinię, kryteriach samonośności nadwozia autobusowego (pkt 8, str. 12). Równie rzetelnie i z należyтым uzasadnieniem powyższe kryteria można nieco zmodyfikować, zmieniając w ten sposób determinowaną przez nie kwalifikację konkretnych nadwozi. W szczególności zakwestionować można sam podział nadwozi na: ramowe, samonośne i mieszane, a przyjmować tylko podział dychotomiczny, dominujący na gruncie zastanego, potocznego rozumienia pojęć. Opis i kwalifikacja nadwozi autobusowych, nawet dokonywana przez osoby z tytułami naukowymi w sposób bezstronny i rzetelny, nie staje się w ten sposób częścią matematyki lub fizyki.

Za ilustrację powyższego może posłużyć następujące zdanie, zawarte w pkt 7 *ib initio*, na str. 7 ww. opinii: „Prosty podział struktur nośnych współczesnych autobusów na samonośne i nieniosące (na podwoziach ramowych) nie zawsze jest wystarczający. Wiele konstrukcji ma bowiem złożone układy nośne, które nazywane są niekiedy [podkreślenie Izby] układami mieszanymi”

Dodatkowo dla zilustrowania możliwości różnych kwalifikacji tego samego typu danych powołać można drugą opinię przedstawioną przez odwołującego – opinię Biura Rzecznawców. Pomijając fakt, iż opinia ta jest nieporównywalna pod względem sposobu prezentacji i zakresu uzasadnienia prowadzonych badań i przyjmowanych wniosków w stosunku do opinii PIMot, to osoba ją sporządzająca nie rozróżniła nadwozi mieszanych, ale nie wdając się w żadne subtelności techniczne i terminologiczne, przypisała autobusowi MAN brak jakiegokolwiek samonośności i pełną „ramowość” (str. 5 opinii, pkt II *in fine*). Zresztą odwołując się przy tym w swej treści do jedyne go źródła – publikacji „Pojazdy samochodowe WKŁ 2011” autorstwa Leona Prochowskiego i Andrzeja Żuchowskiego, a więc sporządzających opinię PIMot.

Na marginesie, jednakże na kanwie przedłożonej opinii Biura Rzecznawców, Izba zaznacza, iż w przypadku powoływania dowodów prywatnych odwołujących się do jakichkolwiek wiadomości specjalnych, strony winny dołożyć wszelkich starań, aby prezentowane w nich rozważania i stanowiska były należycie uzasadnione, udokumentowane i wyjaśnione. Dowody tego typu nie są przyjmowane na wiarę, ale podlegają normalnej ocenie pod względem ich wiarygodności, rzetelności i adekwatności. Samo powołanie się na autorytet sporządzającego lub instytucji opinię wydającej, czy oświadczenie, iż opinia została sporządzona zgodnie z najlepszą wiedzą lub sumieniem, nie wystarczy do przyjęcia tez w nich głoszonych za pewne.

Wniosek zawarty w pkt 5 opinii PIMot, co do kwalifikacji badanego nadwozia autobusu MAN R07 jako konstrukcji mieszanej, uznano jako wniosek ocenny, a samą opinię jako

nieprzesądzającą o niemożliwości przypisania nadwoziu pojazdu R07 miana „samonośnego”. Natomiast opinię Biura Rzecznawców uznano za niewiarygodną, zarówno co do wniosków w niej głoszonych, jak i w zakresie informacji jakie dokładnie nadwozie (jakiego pojazdu, w jakiej wersji... etc.) na jej potrzeby przebadano. Odwołujący nie przedstawił nawet wskazanego w treści opinii jako załącznik, dokumentu „Program MAN Nutzfahrzeuge”.

W świetle powyższego, w szczególności przedstawionego w opinii PIMot opisu budowy nadwozia autobusu MAN R07 Lion's Coach (choćby co do konstrukcji kratownicy i szkieletu) oraz przedstawionych wyżej dystynkcji terminologicznych, a także uwzględniając informacje wskazane w Świadectwie homologacji pojazdu MAN R07 Lion's Coach, Izba nie wyklucza, iż ze względu na wskazane elementy samonośności, nadwozie autobusu, tak jako to podaje producent, można zakwalifikować jako samonośne.

Tym bardziej, iż w ten sposób swoje nadwozie od lat kwalifikuje producent i tego typu informacje podaje zarówno w dokumentach urzędowych, jak i informacjach handlowych, a będący gospodarzem własnego postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający, nie ma do takiego rozumienia samonośności (w wydaniu MAN) żadnych zastrzeżeń i uznaje je za zgodne z wymaganiami opisanymi w SIWZ (dokonując w ten sposób jej autentycznej wykładni).

Oceniając przedmiot sporu, czyli rodzaj oferowanego nadwozia, Izba nie oparła się na informacji producenta zawartej w Świadectwie homologacji pojazdu i nie przypisała im decydującego znaczenia. Tym samym wykazywany przez odwołującego fakt, iż w procesie homologacji nie jest oceniany deklarowany przez producenta nadwozia typ jego konstrukcji, Izba uznała za nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

W związku z powyższym nie potwierdzono zarzutu niezgodności treści oferty MAN z treścią SIWZ, w opisywanym wyżej zakresie.

Żadnych wątpliwości Izby nie budzi tożsamość pojazdu oferowanego przez przystępującego (wskazanego w formularzu oferty), homologowanego, a także pojazdu, którego oświadczenie o zużyciu paliwa dotyczy.

Przystępujący na rozprawie i w piśmie procesowym wystarczająco wyjaśnił znaczenie używanych w tych dokumentach skrótów i oznaczeń. Litera „B” oznacza „bus”, natomiast symbole „K26” to oznaczenie silnika. Izba nie znajduje żadnych podstaw aby wiarygodność ww. informacji podważać i kwestionować.

Zarzut oznaczony w treści odwołania nr 5 jest niezasadny. Przedstawiona gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i nieodwoławalna, a wskazywane przez odwołującego jej postanowienia, dotyczące przekazania żądania wypłaty wadium, mają w istocie techniczny

charakter, i w żaden sposób nie przekreślają celu gwarancji oraz nie ograniczają uprawnień jej beneficjenta.

Zarzut oznaczony w treści odwołania nr 6 również nie znalazł potwierdzenia. Przedstawiona opinia bankowa potwierdza zdolność kredytową wprost przypisaną wykonawcy MAN, w wysokości wystarczającej do wypełnienia wymagań zamawiającego w tym zakresie. Fakt, iż jest to linia kredytowa, którą wykonawca dzieli z innymi powiązаныmi kapitałowo podmiotami, nie ma dla oceny spełniania warunku zdolności finansowej żadnego znaczenia. Wskazana w opinii bankowej zdolność kredytowa oznacza, iż kredyt w wysokości 20 000 000 zł wykonawca może uzyskać. Natomiast, to że w określonych warunkach może go również nie uzyskać (np. z tego powodu, iż linia kredytowa będzie już wyczerpana), jest okolicznością z badaniem zdolności kredytowej immanentnie związaną, naturalną i akceptowalną.

Pozostałe zarzuty odwołania są wtórne w stosunku do opisanych powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 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).

.....