

Sygn. akt: KIO 1040/12

WYROK
z dnia 4 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawcę **Lider Trading sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, ul. Znana 4B/8, 01-100 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Komunikacji sp. z o.o.**, ul. Ignacego Łukaszewicza 8, 19-300 Ełk,

przy udziale wykonawcy **EvoBus Polska sp. z o.o.**, al. Katowicka 46, 05-830 Wolica zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie, ul. Znana 4B/8, 01-100 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie**, ul. Znana 4B/8, 01-100 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie**, ul. Znana 4B/8, 01-100 Warszawa na rzecz **Miejskiego Zakładu Komunikacji sp. z o.o.**, ul. Ignacego Łukaszewicza 8, 19-300 Ełk kwotę **2 500 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset 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 (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 Suwałkach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zakład Komunikacji sp. z o.o. w Ełku, 19-300 Ełk, ul. Łukasiewicza 8 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę 2 sztuk autobusów komunikacji miejskiej o długości nie krótszej niż 11,80 m i nie dłuższej niż 12,20 m, niskopodłogowych, fabrycznie nowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27/03/2012 pod numerem 2012/S 60-098097.

Odwołujący: Lider Trading sp. z o.o. w Warszawie, ul. Znana 4B, 01-100 Warszawa, Oddział w Łańcucie, ul. Podzwierzyniec 78, 37-100 Łańcut w dniu 11 maja 2012r. powziął wiadomość od Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy: EvoBus Polska sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica, zwanego dalej „EvoBus lub Przystępującym”.

Nie zgadzając się z powyższym stanem rzeczy Odwołujący w dniu 21 maja 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty EvoBus Polska sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,
- b) zaniechania wezwania EvoBus do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty lub wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
- c) zaniechania wykluczenia EvoBus z postępowania o udzielenie zamówienia,
- d) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniu Zamawiającego zarzucił:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty EvoBus, jako najkorzystniejszej, w tym w szczególności poprzez nieuzasadnione przyznanie EvoBus punktów w kryterium Warunki techniczno-eksploatacyjne (P) - podkryterium P1 Materiały użyte do wykonania konstrukcji podwozia i nadwozia,
- b) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EvoBus z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

c) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy EvoBus wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, względnie - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od EvoBus wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty EvoBus Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,
- b) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- c) wykluczenia wykonawcy EvoBus z postępowania o udzielenie zamówienia lub przyznania ofercie EvoBus - w ramach ponownej oceny ofert - 0 pkt w podkryterium P1 Materiały użyte do wykonania konstrukcji podwozia i nadwozia,
- d) nakazanie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Odwołującego).

Na wstępie odwołania zaznaczył, że jednym z kryteriów oceny ofert, opisanych w pkt 10.1.2 SIWZ, jest kryterium Warunki techniczno-eksploatacyjne (P) obejmujące podkryterium P1 - Materiały użyte do wykonania konstrukcji podwozia i nadwozia, a zgodnie z SIWZ w ramach tego podkryterium Zamawiający przyznaje :

- 1) 15 punktów za zaoferowanie konstrukcji ze stali obustronnie ocynkowanej o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczone antykorozyjnie metodą kataforezy zanurzeniowej całego szkieletu,
- 2) 7 punktów za zaoferowanie konstrukcji ze stali odpornej na korozję - nierdzewnej, aluminium, tworzyw sztucznych i ich kompozytów,
- 3) 0 punktów za inne rozwiązania, w zakresie materiałów użytych do wykonania konstrukcji podwozia i nadwozia.

Wskazał, że w złożonej ofercie wykonawca EvoBus (s. 2 pkt III Formularza Oferty) złożył oświadczenie TAK, potwierdzając, iż oferuje rozwiązanie Konstrukcji ze stali obustronnie ocynkowanej o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczone antykorozyjnie metodą kataforezy zanurzeniowej całego szkieletu, podczas gdy w świetle pozostałych informacji zamieszczonych w ofercie EvoBus, powyższą informację z pkt III Formularza Oferty – zdaniem Odwołującego - należy uznać jako nieprawdziwą.

Zwrócił uwagę, że stosownie do wymagania opisanego w pkt 4.3.1 SIWZ, wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą „Szczegółowy opis techniczny z parametrami techniczno-eksploatacyjnymi oferowanych autobusów.

Zauważył również, że w ofercie EvoBus, na stronach 6-13, znajduje się wymagana Specyfikacja Techniczna Przedmiotu Zamówienia, a zgodnie z zamieszczonymi w niej informacjami, Lp. 8.1, szkielet nadwozia oferowanego autobusu Mercedes-Benz typ 628 model O 530 Citaro jest „konstrukcją samonośną - wykonaną ze stali o podwyższonej wytrzymałości, zabezpieczonej w procesie kataforezy zanurzeniowej w zamkniętym cyklu produkcyjnym, o wymiarach przekrojów zapewniających odpowiednią wytrzymałość na skręcanie i zginanie, zabezpieczone antykorozyjnie w sposób umożliwiający bezawaryjne funkcjonowanie bez napraw głównych i dodatkowych konserwacji nadwozia w czasie 10 lat”.

Z powyższego Odwołujący wyprowadził wniosek, że opis oferowanego autobusu dowodzi, iż konstrukcja nadwozia, o ile jest wykonana ze stali o podwyższonej wytrzymałości, to jednak nie jest to stal obustronnie ocynkowana.

Jako potwierdzenie tej okoliczności wskazał inne postępowania o udzielenie zamówienia, w których EvoBus składał oferty obejmujące swym przedmiotem autobusy Mercedes-Benz typ 628 model O 530 Citaro, nie oferując nigdy konstrukcji ze stali obustronnie ocynkowanej.

Według Odwołującego Wykonawca EvoBus dokonując w ofercie opisu oferowanego autobusu w cytowany powyżej sposób pozbawił się możliwości przyznania punktów w podkryterium P1.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający z naruszeniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców przyznał ofercie EvoBus punkty w przedmiotowym kryterium. Odwołujący potraktował przyznanie ofercie EvoBus punktacji, w Warunkach techniczno-eksploatacyjnej (P), podkryterium P1 - Materiały użyte do wykonania konstrukcji podwozia i nadwozia, jako nieuprawnione jej zawyżenie.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zauważył, iż Zamawiający w SIWZ, we wzorze Formularza Oferty pkt III (pod tabelą) jednoznacznie podał w prawej skrajnej kolumnie (niewypełnione pola), iż należy wpisać w odpowiednim wierszu, zależnie od wariantu: TAK lub dokładną liczbę (P4, P5, P8), natomiast pozostałe pola odznaczyć kreską(—). Natomiast brak odpowiedzi, jak też podanie sprzecznych informacji skutkuje nieprzyznaniem punktów za to kryterium.

W ocenie Odwołującego, pomiędzy informacjami charakteryzującymi oferowany przez EvoBus autobus, opisanymi szczegółowo w Specyfikacji Technicznej Przedmiotu

Zamówienia (s. 9 oferty), a oświadczeniem „TAK” złożonym w pkt III Formularza Oferty, zachodzi sprzeczność, która zgodnie z cytowaną wyżej zasadą oceny ofert w kryterium P powinna skutkować nieprzyznaniem punktów w podkryterium P1, wobec czego Zamawiający przyznając maksymalną ilość punktów ofercie EvoBus w podkryterium P1, naruszył opisane uprzednio w SIWZ zasady oceny ofert.

Odwołujący podniósł również, iż pomimo powoływanych wyżej w odwołaniu informacji znajdujących się w ofercie EvoBus, Zamawiający nie podjął żadnych kroków zmierzających do wyjaśnienia kwestii możliwości przyznania ofercie EvoBus 15 pkt w podkryterium P1, a w szczególności nie dokonał żadnych działań w celu ustalenia, czy złożone w pkt III Formularza Oferty w podkryterium P1 oświadczenie „TAK” jest informacją prawdziwą.

Nadto wątpliwości Odwołującego budził fakt, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niespełna 48 godzin od ich otwarcia, nie korzystając z procedury wyjaśnienia czy uzupełnienia w odniesieniu do żadnej z ofert.

Takie działanie Zamawiającego, w konfrontacji z informacjami zawartymi w ofercie EvoBus, świadczy – zdaniem Odwołującego - o braku dochowania należytej staranności w toku badania i oceny ofert, zaś brak wezwania wykonawcy EvoBus do złożenia wyjaśnień należy traktować, jako naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący z ostrożności procesowej wskazał także, iż złożenie w pkt III Formularza Oferty oświadczenia „TAK” w zakresie zaoferowania konstrukcji ze stali obustronnie ocynkowanej o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczone antykorozyjnie metodą kataforezy zanurzeniowej całego szkieletu, należy rozpatrywać w kategorii złożenia nieprawdziwych informacji.

Informacja ta – w przekonaniu Odwołującego - miała wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem przyznanie ofercie EvoBus w podkryterium P1 maksymalnej ilości punktów zmieniło wynik postępowania i spowodowało, iż to oferta EvoBus przewagą 0,76 pkt nad ofertą Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, wykonawca EvoBus winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawca: EvoBus Sp. z o.o. w dniu 25.05.2012r. zgłosił skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 30 maja 2012r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11.05.2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 30.05.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art. 24 ust.2 pkt. 3, art.26 ust.4, art.87 ust. 1, art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Przystępujący złożył ofertę zawierającą nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz czy oświadczenia zawarte w tej ofercie powinny podlegać wyjaśnieniom w trybie przepisu art.26 ust.4 ustawy Pzp, względnie art.87 ust.1 tejże ustawy. Zdaniem Izby Przystępujący w złożonych przy ofercie dokumentach złożył oświadczenia, które w sposób wystarczający potwierdzały wymagania zarówno opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ w pkt. 1.3, l.p. 8.1 tabeli parametrów technicznych i wymagań oraz uzasadniały przyznanie maksymalnej ilości 15 punktów w ramach podkryterium – Materiały użyte do konstrukcji podwozia i nadwozia.

Należy wskazać, iż Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby oświadczenia złożone w ofertach wykonawców, a dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków techniczno-eksploatacyjnych oferowanych autobusów podlegające ocenie miały być wobec siebie tożsame czy identyczne.

Izba uznała, że złożone na stronie 2 formularza ofertowo – cenowego Przystępującego w rozdziale III, l.p. P1 warunki techniczno-eksploatacyjne oferowanych autobusów podlegające ocenie, oświadczenie w całości potwierdza spełnianie przez oferenta wariantu rozwiązania konstrukcji ze stali obustronnie ocynkowanej o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczonej metodą kataforezy zanurzeniowej całego szkieletu uzasadniającego przyznanie mu najwyższej punktacji w tym podkryterium.

Natomiast informacja znajdująca się na stronie 9 oferty będąca specyfikacją techniczną przedmiotu zamówienia pkt. 3, l.p. 8.1 stanowiła przeniesienie treści tabeli parametrów i wymagań z pkt. 1.3, l.p. 8.1 SIWZ i potwierdzała w całości spełnianie przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań Zamawiającego.

Przytoczone wyżej oświadczenia należy tłumaczyć rozłącznie i traktować je, jako odnoszące się do odrębnej materii. Treść oświadczenia złożonego przez Przystępującego na stronie 2 formularza ofertowego miała na celu umożliwienie Zamawiającemu przyznanie odpowiedniej ilości punktów w ramach podkryterium, zaś oświadczenie znajdujące się na stronie 9 oferty dawało Zamawiającemu możliwość oceny spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań SIWZ.

Wobec jednoznaczności oświadczenia Przystępującego potwierdzającego zadeklarowanie konstrukcji pojazdu ze stali obustronnie ocynkowanej poprzez wpisanie w rubrykę formularza ofertowego słowa: „TAK” Izba nie znalazła uzasadnienia do uznania, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw do przyznania najwyższej punktacji.

Poza tym z powodu braku uznania przez Izbę występowania kolizji pomiędzy złożonymi powyższymi oświadczeniami w ofercie Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu obowiązku prowadzenia wyjaśnień w trybie zarówno art.26 ust.4 ustawy Pzp, jak i art.87 ust.1 cyt. ustawy Pzp.

Jednocześnie próby Odwołującego przeprowadzenia dowodów na okoliczności złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego zakończyły się – w ocenie Izby - niepowodzeniem. Żadne z przedłożonych na rozprawie kopii dokumentów nie mogły zdaniem Izby stanowić dostatecznych dowodów do uznania, że cyt. wyżej informacje nie są prawdziwe.

Przedłożone na rozprawie przez Odwołującego formularze ofertowe w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę autobusów dla MZA sp. z o.o. w Warszawie i komunikacji miejskiej w Rzeszowie nie mogły stanowić - według Izby -

dowodu w przedmiotowej sprawie z tego powodu, że Przystępujący zaprzeczył, iżby Zamawiający w tamtych postępowaniach żądali konstrukcji pojazdu ze stali obustronnie ocynkowanej, a Odwołujący na rozprawie nie podważył tej okoliczności. Podobne wnioski dotyczą złożonej na rozprawie informacji internetowej o nowych mercedesach dla MPK.

Odnosząc się do przedłożonego przez Odwołującego fragmentu korespondencji mailowej pomiędzy PISonic a przedstawicielem firmy Daimler z dnia 23.05.2012r. to należy stwierdzić, że zawiera ona jedynie pytanie ofertowe. Dołączona przez Odwołującego kopia pisma PISonic skierowana do niego zawiera jedynie informację o braku możliwości zaoferowania autobusu wg. powyższej specyfikacji, gdyż autobusy produkowane przez Evo Bus są produkowane w systemie ciągłym na linii produkcyjnej, zaś wszystkie specjalne zabezpieczenia nie są możliwe.

Zdaniem Izby powyższa informacja jest mało precyzyjna, po pierwsze z tego powodu, że w piśmie tym jest mowa o autobusach produkowanych przez Evo Bus, a nie Daimler, jak w zapytaniu mailowym. Na podstawie tego pisma można jedynie przypuszczać, że pojazdy są produkowane dla Evo Bus, a linia produkcyjna jest zarezerwowana dla tego podmiotu. Jednak z faktu braku możliwości zaoferowania pojazdów ze specjalnymi zabezpieczeniami dla firmy PISonic nie można w żaden sposób wyprowadzić pewnego wniosku, że pojazdy wyprodukowane dla Evo Bus nie będą posiadały konstrukcji pojazdu ze stali obustronnie ocynkowanej. Nadto należy zwrócić uwagę, że w piśmie tym jest mowa o wszystkich specjalnych zabezpieczeniach, które obejmują również elementy dodatkowe oprócz konstrukcji pojazdu ze stali obustronnie ocynkowanej, a te elementy nie są przedmiotem sporu pomiędzy stronami.

Ostatecznie artykuł z magazynu nr 3(13) z 2007r. BusKurier dotyczący autobusów Mercedes-Benz i Setra wydawany przez EvoBus Polska sp. z o.o. pt; Pięć rewolucji Citaro – Kataforeza(3) nie zawiera informacji na temat konstrukcji pojazdu ze stali obustronnie ocynkowanej, lecz dotyczy procesu kataforezy. W ocenie Izby artykuł ten nie może stanowić dowodu obalającego treści złożonych przez Przystępującego oświadczeń.

Izba doszła również do przekonania, że żądana przez Zamawiającego sporna konstrukcja ze stali obustronnie ocynkowanej ma charakter wyjątkowy(zastosowanie w klimacie o podwyższonej wilgotności powietrza i niskich temperaturach) i jej specyfikacja techniczna nie musi znajdować odzwierciedlenia w powszechnie dostępnych w obrocie informacjach handlowych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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:

.....