

WYROK
z dnia 27 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 r. przez wykonawcę ARP e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Krosno

przy udziale wykonawcy Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie - Osiedlu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Miasto Krosno unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego ARP e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Krosno i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Krosno na rzecz odwołującego ARP e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Krosno (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup nowych autobusów elektrycznych dla Miasta Krosna wraz z niezbędną infrastrukturą ładowania - Zakup 3 sztuk autobusów elektrycznych wyposażonych w elektroniczny system informacji pasażerskiej (nr ref. ZP.271.66.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2022 r. nr 2022/S 240-692772. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 10 marca 2023 r. wykonawca ARP e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Solcu Kujawskim (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia jego oferty w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z dokumentami zamówienia;
2. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., mimo że była ona mniej korzystna cenowo oraz technicznie od oferty Odwołującego;
3. art. 107 ust. 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści środków dowodowych, w szczególności wyników testu SROT-2 załączonego do złożonej oferty i dokonanie we własnym zakresie ustaleń oraz oceny treści tego dokumentu, które okazały się błędne i niewłaściwe.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym również zasądzenia zwrotu poniesionych kosztów zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika w kwocie nie wyższej niż 3 600 zł.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie zinterpretował treść sprawozdania SORT 2, w szczególności punkt 4.6 sprawozdania, ponieważ nie jest tam określony moment pomiaru, ani deklarowana pojemność baterii. Autobus w trakcie badań nie

był w pełni naładowany, co przeniosło się na wynik pomiaru. przedstawionym do badań autobusie były inne baterie o innej, mniejszej pojemności jak w autobusie oferowanym w przedmiotowym przetargu. Badany autobus posiadał baterie firmy IMPACT Clean Power Technology S.A. o pojemności całkowitej 213 kWh (300Ah) i łącznej masie baterii 2700 kg. Tymczasem, autobus oferowany przez Odwołującego w przedmiotowym przetargu ma baterie firmy BMZ Poland sp. z o.o. o całkowitej pojemności 289,6 kWh i masie 1840 kg. Z podzielenia pojemności przez wartość SORT 2 wynika zasięg 314,78 km. Ponieważ w autobusie będącym przedmiotem oferty Odwołujący proponuje baterie o pojemności większej o 76,6 kWh i masie łącznej mniejszej o 860 kg, można ustalić, że zasięg oferowanego autobusu jest większy, niż wynika to z analizy czysto matematycznej dokonanej przez Zamawiającego, ze względu na niższą masę własną autobusu wynikającą z lżejszych baterii oraz o mniejszej ilości pasażerów (w badanym autobusie wynosiła ona 74, a w oferowanym 64, co zmniejsza masę podczas badań o 340 kg) oraz wyższy stopień rekuperacji. W autobusie o mniejszej pojemności baterii ograniczony programowo max prąd rekuperacji powoduje, że część energii hamowania wytracana jest przez rezystor hamowania, co w mniejszym stopniu zachodzi w bateriach o dużej pojemności zdolnych do przejścia wyższych prądów, a więc większej energii. Na podstawie obliczeń własnych dokonanych przez Odwołującego oraz danych empirycznych uzyskanych w wyniku przeprowadzonych testów drogowych oferowany przez Odwołującego w przedmiotowym przetargu autobus PILEA RFS 10E osiąga przebieg maksymalny ponad 340km na jednym ładowaniu, co może potwierdzić Dyrektor ds. Rozwoju (pracownik Odwołującego). Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie wymagał przy podawaniu deklarowanego zasięgu odniesienia się do wartości SORT, jak też nie wymagał przedstawienia na potwierdzenie oferowanego w kryterium „zasięg” testu SORT-2. Powoływanie się przez Zamawiającego na parametry autobusu przedstawionego do badań SORT-2 bez uwzględnienia jego zasobników energii nie jest miarodajne i prowadzi do błędnych ustaleń.

Odwołujący wskazał ponadto, iż wprowadza do ruchu coraz to nowocześniejsze zasobniki energii o większych pojemnościach o znacznie niższej masie zestawu. Tempo wprowadzenia nowych rozwiązań nie zawsze daje możliwość ponownego przebadania autobusu. Odwołujący świadomie podał wartość deklarowanego zasięgu wyższą niż wynika z prostego przemnożenia oferowanej pojemności baterii w odniesieniu do badania SORT-2, ponieważ deklarowany zasięg wynika z przeliczania uwzględniającego wszystkie istotne zmienne parametry oraz przede wszystkim zasięgów faktycznie osiągniętych na testach tego modelu autobusu prowadzonych przez Odwołującego przy zastosowaniu zasobników energii o większej pojemności. Odwołujący planuje ponowne przebadanie autobusu pod kątem zasięgu, ze względu na uzyskiwany na testach wyższy poziom rekuperacji, szczególnie

istotny w ruchu miejskim. Dlatego, Odwołujący deklaruje wyższą wartość przebiegu, jak wynikałoby to z rachunku matematycznego, jednakże jest to uzasadnione właściwościami technicznymi baterii oraz osiąganymi uzyskiwanymi w toku rzeczywistej eksploatacji.

Niezależnie od powyższej argumentacji, Odwołujący podniósł, że SORT-2 nie może stanowić podstawy do katagorycznego wnioskowania o zasięg pojazdu, gdyż zawiera dane jedynie dla konkretnego badanego pojazdu, a ponadto pozwala wskazać jedynie zużycie energii wynikające z teoretycznego wyznaczonego przebiegu i w założeniach ma stanowić teoretyczną wartość do celów porównawczych. Wymagania Zamawiającego dotyczące SORT-2 stanowią: „Dokument potwierdzający zużycie energii elektrycznej [kWh/100km] dla zaoferowanego typu pojazdu. Wyniki badań wielkości zużycia energii elektrycznej [kWh/100km], muszą być wykonane zgodnie z wymaganiami określonymi przez UITP (Międzynarodowa Unia Transportu Publicznego, Union Internationales Transport Publics), w metodyce opracowanej dla przeprowadzania testów zużycia energii elektrycznej w pojazdach z napędem elektrycznym, test typu SORT 2 (Znormalizowany Test Jezdny, Standardised On-Road Test, wyd. 2014 r.; UITP Project E-SORT, Cycles for electric vehicles, wyd. 2017 r.). Test musi być wykonany dla oferowanego typu autobusu, przez certyfikowaną jednostkę badawczą zdolną do wykonania takiego testu.” Zatem, Zamawiający nie wymagał, aby SORT-2 był wykonany dla autobusu w wariantcie i wersji identycznej jak wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Zamawiający wymagał jedynie, że ma być on zrobiony dla oferowanego typu autobusu. Autobus badany i oferowany jest tego samego typu. Typ autobusu RFS. Odwołujący wskazał też na treść SWZ przewidującą możliwość wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Zauważył, że pomimo powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości, nie skorzystał on z prawa do wezwania Odwołującego do złożenia przez niego wyjaśnień na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp dokonując samemu ustaleń i ocen, które okazały się błędne i nieuprawnione.

Odnosząc się do oczywistej omyłki pisarskiej w treści pełnomocnictwa udzielonego Panu M. Z., polegającą na wskazaniu w treści pełnomocnictwa błędnej daty wydania ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że błąd ten nie miał żadnego znaczenia dla czynności dokonanych przez Odwołującego w toku przedmiotowego postępowania, w tym na ważność złożonej w tym postępowaniu oferty. Najistotniejsze z formalnoprawnego punktu widzenia jest bowiem zachowanie przewidzianej prawem formy umocowania oraz należyte określenie jego zakresu, które uprawniało pełnomocnika do złożenia w imieniu Odwołującego oferty w przedmiotowym postępowaniu, jak również które upoważnia go do złożenia odwołania.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż autobus będący przedmiotem oferty spełnia wszystkie parametry przewidziane przez Zamawiającego w SWZ, a tym samym to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najbardziej korzystna.

Zamawiający w dniu 20 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający przywołał treść SWZ w zakresie dotyczącym przedmiotu sporu. Zauważył, że w formularzu oferty Odwołujący określił wartość zasięgu na 340 km, natomiast w dołączonym do oferty teście SORT-2 wartość ta jest o wiele niższa niż wymagane 240 km. Zamawiający przyjął za bardziej wiarygodną wartość podaną przez certyfikowaną jednostkę badawczą od wartości wskazanej przez Odwołującego. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, iż co prawda nie żądał na potwierdzenie zadeklarowanego w formularzu oferty zasięgu autobusu dokumentów przedmiotowych potwierdzających ten parametr, jednakże w załączniku nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w poz. 8 pkt 2 wymagał, aby pojemność magazynu energii min. 280 kWh umożliwiała wykonanie (...) min. 240 km trasy bez doładowywania w okresie gwarancji magazynu energii, przy czym ma pozostać 15 % pojemności magazynu energii wg pomiaru zużycia energii SORT2. Wymóg ten został potwierdzony w odpowiedziach Zamawiającego z dnia 5.01.2023 r, dołączonych do postępowania na platformie zakupowej – Zamawiający przytoczył treść pytania nr 27 i udzielonej na nie odpowiedzi. Zdaniem Zamawiającego z dokumentów zamówienia ewidentnie wynika, że zasięg autobusu ma zostać zapewniony wg testu SORT-2 wykonanego przez certyfikowaną jednostkę badawczą zdolną do wykonania takiego testu, a nie jak twierdzi Odwołujący wg obliczeń własnych, oświadczeń, wyjaśnień, czy też zeznań świadka.

Po przeanalizowaniu dołączonego do oferty testu SORT-2 stwierdzono, że średnie zużycie energii elektrycznej (kWh/km) dla zaoferowanego przez Odwołującego autobusu wynosi 0,92081 kWh/ km, czyli zgodnie z parametrem zadeklarowanym w ofercie. Natomiast parametry dotyczące zasięgu autobusu na jednym ładowaniu zawarte w teście SORT-2 różnią się od parametru podanego przez wykonawcę w ofercie, tj.: w formularzu oferty jest: 340 km, w teście SORT-2 jest: poniżej 240 km. Informacje te zawarte zostały w pkt 4.6. testu pn. Dostępna energia elektryczna i zasięg autobusu, który zawiera wyliczenia poszczególnych dostępności energii elektrycznej zgromadzonej w REESS zgodnie z dodatkiem E SORT (dokument UITP D/2017 / 0105/9). Wartość dostępnej energii elektrycznej zgromadzonej w REESS wyniosła 113, 18 kWh. W związku z tym maksymalny zasięg badanego autobusu w cyklu SORT-2 wynosi 122,91 km. We wniosku końcowym sprawozdania z badań zużycia energii elektrycznej w teście SORT-2 podano, że zasięg autobusu (nazwa zastrzeżona przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa) w cyklu SORT-2 wynosi poniżej 240 km. Zamawiający zauważył, iż Odwołujący podważa wyniki badań certyfikowanej jednostki, której sam zlecił przeprowadzenie pomiarów i stwierdza, że SORT-2 nie może stanowić podstawy do kategorycznego wnioskowania o zasięgu pojazdu,

gdyż zawiera dane jedynie dla konkretnego badanego pojazdu, a ponadto pozwala wskazać jedynie zużycie energii wynikające z teoretycznego wyznaczonego przebiegu i w założeniach ma stanowić teoretyczną wartość do celów porównawczych. Zamawiający badając ofertę dokonał oceny konkretnego modelu autobusu zaoferowanego przez wykonawcę i podanego z nazwy w teście SORT-2 dołączonym do oferty, a nie pojazdu wymienionego w odwołaniu, który nie został jeszcze poddany badaniu w teście SORT-2.

Dalej Zamawiający podniósł, iż Odwołujący twierdzi, że dopiero „planuje ponowne przebadanie autobusu pod kątem zasięgu, ze względu na uzyskiwany na testach wyższy poziom rekuperacji, szczególnie istotny w ruchu miejskim, Dlatego, Odwołujący deklaruje wyższą wartość przebiegu, jak wynikałoby to z rachunku matematycznego, jednakże jest to uzasadnione właściwościami technicznymi baterii oraz osiąganymi uzyskiwanymi w toku rzeczywistej eksploatacji. Ponadto, nawet jeżeli Odwołujący odtworzył przebieg procedury badań w celu obliczenia zasięgu autobusu i posiada te same narzędzia pomiarowe, to nie jest on jednak certyfikowaną jednostką badawczą, a wyniki takich pomiarów należy traktować jako obliczenia własne. Poza tym, jeśli procedura taka zostanie w przyszłości przeprowadzona przez certyfikowaną jednostkę, to czy zostanie uwzględnione zużycie energii o wartości podanej w ofercie, tj. 0,92 kWh/km i potwierdzone w aktualnie posiadanym przez Odwołującego teście SORT22, czy też będzie miało ono inną wartość z uwagi na zastosowanie baterii o większej pojemności i równocześnie lżejszych, mniejszej liczby pasażerów, wyższego stopnia rekuperacji. W dalszej części odwołania Odwołujący sam przyznaje, że „w przedstawionym do badań autobusie były inne baterie o innej, mniejszej pojemności jak w autobusie oferowanym w przedmiotowym przetargu. Badany autobus posiadał baterie firmy IMPACT Clean Power Technology S.A. o pojemności całkowitej 213 kWh (300 Ah) i łącznej masie baterii 2700 kg. Tymczasem, autobus oferowany przez Odwołującego w przedmiotowym przetargu ma baterie firmy BMZ Poland sp. z o.o. o całkowitej pojemności 289,6 kWh i masie 1840 kg. Z podzielenia pojemności przez wartość SORT 2 wynika zasięg 314,78 km”. Jak widać z przytoczonej wypowiedzi zasięg autobusu jest o wiele większy niż w teście SORT-2, ale nadal różni się od tego podanego w ofercie. Zamawiający żądał wyników testu dla zaoferowanego autobusu, zatem jeśli - jak twierdzi Odwołujący - oferowanym autobusem jest PILEA RFS 10E, to dlaczego do oferty nie dołączono dokumentu potwierdzającego wielkość zużycia energii elektrycznej [kWh/ 100km] dla zaoferowanego typu pojazdu (która stanowi jednocześnie Jedno z kryteriów oceny ofert) wykonanego przez certyfikowaną jednostkę badawczą upoważnioną do wykonania pomiarów zgodnie z procedurą badawczą SORT-2. Skoro Odwołujący nie złożył przedmiotowego dokumentu, Zamawiający obowiązany jest odrzucić jego ofertę, ponieważ zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może wezwać

do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, ale wyłącznie pod warunkiem, że nie służą one potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo ich złożenia, oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający powołał się na orzecznictwo i poglądy doktryny w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu niezastosowania art. 107 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż nie miał żadnych wątpliwości co do treści testu SORT-2, nie miał też żadnych podstaw do podważania jego przebiegu, wyniku pomiarów oraz obliczeń i wniosków w nim zawartych, ponieważ został on wykonany przez certyfikowaną jednostkę badawczą. W związku z tym zarzut niezastosowania art. 107 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający uważa za bezzasadny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego - Zamawiający nie „dokonywał we własnym zakresie ustaleń oraz oceny treści testu”, czyli inaczej mówiąc interpretacji testu, ponieważ we wnioskach tego dokumentu oprócz określenia wartości zużycia energii elektrycznej autobusu oraz wartości dostępnej energii elektrycznej zgromadzonej w REESS autobusu, podano wprost, że maksymalny zasięg badanego modelu/typu/wariantu autobusu w cyklu SORT-2 wynosi mniej niż 240 km. W analizowanym przypadku nie mamy więc do czynienia z nieprecyzyjną lub niejednoznaczną treścią dokumentu, którą należałoby wyjaśniać. W opinii Zamawiającego nie ma w tej sytuacji możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowego środka dowodowego ponieważ udzielona odpowiedź wskazująca inną wartość zasięgu autobusu czy też inny model/typ/wariant autobusu tworzyłaby de facto nową treść oferty, co jest niedopuszczalne zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Takie właśnie wyjaśnienia zostały udzielone w odwołaniu, gdzie Odwołujący pisze: „Na podstawie obliczeń własnych dokonanych przez Odwołującego oraz danych empirycznych uzyskanych w wyniku przeprowadzonych testów drogowych oferowany przez Odwołującego w przedmiotowym przetargu autobus PILEA RFS 1 OE osiąga przebieg maksymalny ponad 340 km na jednym ładowaniu, co może potwierdzić Dyrektor ds. Rozwoju [...]”. Zamawiający wymagał, aby zasięg autobusu został zapewniony wg testu SORT-2 wykonanego przez certyfikowaną jednostkę badawczą zdolną do wykonania takiego testu (poz. 8.2 OPZ oraz odpowiedź nr 27), Odwołujący powołuje się na własne obliczenia potwierdzone przez pracownika spółki. Z dołączonego do oferty testu SORT-2 wynika, że zaoferowany autobus (nazwa zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa), to nie PILEA RFS IOE wskazana w odwołaniu. Zasięg autobusu w cyklu SORT-2 wynosi poniżej 240 km, natomiast wg obliczeń własnych Odwołującego ponad 340 km. Jak widać model i zasięg autobusu będącego obiektem badań w teście SORT-2 różnią się od modelu opisanego w odwołaniu. Umożliwienie składania wyjaśnień odnoszących się do kryteriów oceny prowadziłoby do zmiany ocenianych parametrów, a tym samym do

negocjowania oferty po terminie jej złożenia, a więc w sytuacji, gdy znane są pozostałe oferty. Takie działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Poza tym, zakładając hipotetycznie, że Zamawiający uwzględniłby zarzut Odwołującego odnośnie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, to konsekwencją tego byłyby następujące rozwiązania: 1) Autobusem zaoferowanym w ofercie jest PILEA RFS IOE, co Odwołujący próbuje dowieść w odwołaniu. Jednakże do oferty nie dołączono testu SORT-2 na potwierdzenie parametru „zużycie energii”- tego pojazdu określonego w opisie kryteriów ofert. Dokument ten - zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych -nie podlega uzupełnieniu, W konsekwencji oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia. 2) Autobusem zaoferowanym w ofercie jest (nazwa zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa), dla którego wykonano test SORT-2. Dokument ten dołączono do oferty, a wynika z niego, że zaoferowany autobus nie przejedzie wymaganych przez Zamawiającego 240 km na jednym ładowaniu. Wobec czego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia. W ocenie Zamawiającego zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający dokonał rzetelnej i starannej oceny Oferty Odwołującego i ustalił, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zaoferował w przedmiotowym postępowaniu przetargowym model autobusu (nazwa zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa) wymieniony w teście SORT-2, który został dołączony do oferty na potwierdzenie parametru „zużycie energii” zadeklarowanego w formularzu oferty. W dokumencie tym znajdują się również informacje na temat zasięgu autobusu, który jest o wiele mniejszy od minimalnej wartości 240 km wymaganej zapisami SWZ i różni się od tego podanego w formularzu ofertowym, tj. 340 km. Zamawiający badając ofertę nie mógł tej rozbieżności zignorować. Zamawiający nie jest również uprawniony do poddawania w wątpliwość dokumentów wystawionych przez certyfikowaną jednostkę badawczą na rzecz własnych obliczeń Odwołującego, do których przyjęto inne dane wyjściowe niż w teście SORT-2 tj.: zastosowanie baterii o większej pojemności i równocześnie lżejszych, mniejsza liczby pasażerów, wyższy stopień rekuperacji. Przedmiotowych rozbieżności nie można usunąć w drodze procedury wyjaśnień, poprawy omyłek, czy też uzupełnienia oferty, dlatego też Zamawiający zobowiązany był ofertę odrzucić.

W dniu 23 marca 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył także wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie – Osiedlu (dalej jako „Przystępujący”) wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie wskazano w szczególności, iż Zamawiający prawidłowo ustalił zakres oferty Odwołującego, na którą składają się nie tylko informacje zawarte w formularzu ofertowym,

ale też w załączonych przedmiotowych środkach dowodowych (w tym w teście SORT-2). Przystępujący podkreślił, że wszystkie załączone do oferty dokumenty – a nie jedynie deklaracje zawarte w formularzu ofertowym – wyznaczały zakres przyszłego zobowiązania wynikającego z oferty Odwołującego. Zamawiający słusznie dostrzegł rozbieżności pomiędzy treścią raportu z badania SORT-2 (dokument ten nie jest znany Przystępującemu, zatem nawiązuje tylko do jego fragmentów omówionych w pismach procesowych stron) w zakresie zasięgu autobusu (122,91 km), a parametrem zadeklarowanym w ofercie (340 km). W konsekwencji tych rozbieżności należało uznać za wiążący parametr ujawniony w wiarygodnym dokumencie, jakim jest raport z badania SORT-2, sporządzonym przez niezależną od wykonawcy jednostkę certyfikującą. Zamawiający nie mógł bowiem zignorować tego dokumentu i bezkrytycznie przyjąć deklaracji Odwołującego zawartej w formularzu ofertowym. Ocenie podlega bowiem całość oferty (tzw. oferta *sensu largo*), a nie jedynie treść formularza ofertowego. Przystępujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tego aspektu.

Ponadto zdaniem Przystępującego Odwołujący niezasadnie wywodzi, że gdyby Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień odnośnie do przedmiotowych środków dowodowych, to wówczas otrzymałby wytłumaczenie rozbieżności pomiędzy raportem z badania SORT, a deklaracją złożoną w ofercie. Przystępujący wskazał, iż skoro treść tego dokumentu nie budziła jakichkolwiek zastrzeżeń, to Zamawiający nie miał podstaw do skierowania wezwania na podstawie art. 107 ust. 4 Pzp. W ocenie Przystępującego na pominięcie zasługują twierdzenia odwołania co do rzekomych parametrów technicznych, które mają charakter jedynie stanowiska procesowego i które w żaden sposób nie zostały udowodnione. Dyskusja zarówno z twierdzeniami odwołania odnośnie do konstrukcji pojazdu i wykorzystywanej baterii, jak i analiza ewentualnie złożonych na tę okoliczność dowodów w trakcie rozprawy jest nieuprawniona dlatego, że w istocie zmierzałaby do istotnej zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Trafnie bowiem wywodzi Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że badając ofertę dokonał oceny konkretnego zaoferowanego pojazdu i wskazanego w teście SORT-2, a nie pojazdu, który nie został jeszcze takiemu badaniu poddany. Z kolei przedłożenie badania SORT dla autobusu wyposażonego w baterie wskazane w odwołaniu – już po złożeniu oferty – stanowiłoby uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, co w przypadku dokumentów potwierdzających zgodność z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert jest niedopuszczalne (art. 107 ust. 3 ustawy Pzp), jak i próbę zmiany złożonej oferty z naruszeniem przywołanego wyżej art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Przystępującego dyskusja w tym zakresie byłaby bezprzedmiotowa również z tej przyczyny, że sam Odwołujący nie ma przekonania, czy w istocie oferuje pojazd o

zasięgu 340 km czy jednak tylko 314,78 km (jak wskazuje na końcu str. 4 odwołania). Nie jest wiadome zatem, jaki parametr ostatecznie Zamawiający miałby przyjąć do oceny ofert w ramach kryterium dotyczącego zasięgu pojazdu i dlaczego zapewnienia zawarte czy to w formularzu ofertowym, czy w piśmie procesowym miałyby zostać uznane za bardziej wiarygodne niż treść badania SORT. Tymczasem kwestia ta, jako dotycząca parametrów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert, nie może pozostawać w sferze domysłów – szczególnie, jeżeli jednoznacznie przeczą jej dokumenty załączone do oferty. Zresztą jedyny argument mający przekonać Izbę o prawdziwości deklaracji zasięgu 340 km ma wynikać z rzekomych „*obliczeń własnych dokonanych przez Odwołującego oraz danych empirycznych uzyskanych w wyniku przeprowadzonych testów drogowych oferowanego przez Odwołującego w przedmiotowym przetargu autobusu PILEA RFS 10E.*” Jednocześnie Przystępujący zauważył, że w celu wykazania tej okoliczności Odwołujący nie powołuje się na jakiegokolwiek obliczenia, raporty z testów drogowych czy inne materiały, a jedynie na własną ofertę oraz zeznania przedstawicieli Odwołującego, a zatem dowody o znikomej wiarygodności. Równie niewiarygodne są twierdzenia, że autobus poddany badaniom SORT nie był w pełni naładowany, a co w żaden sposób zdaje się nie wynikać z treści raportu (jest to dokument niejawni dla Przystępującego, ale gdyby informacja o niepełnym naładowaniu była w nim zawarta, to Odwołujący zapewne by się na nią powołał). W świetle powyższego jedyny niebudzący wątpliwości dowód potwierdzający zasięg oferowanych pojazdów, to załączony do oferty Odwołującego raport SORT-2, potwierdzający zasięg niespełna 123 km. Wszystkie pozostałe twierdzenia odwołania w tym zakresie mają charakter spekulacyjny i zmierzają do wykazania okoliczności (tj. zasięg oferowanego pojazdu) niemającej oparcia w treści złożonej oferty. Przystępujący, nie mając wglądu w omawiany raport z badania SORT, jak i w pełną specyfikację oferowanych pojazdów, wyjaśnił, że nie może szerzej odnieść się do kwestii zasięgu możliwego do osiągnięcia przez te autobusy, jednak podkreśla, że zagadnienie to nie powinno znajdować się w sferze przypuszczeń, gdy załączony do oferty dokument jednoznacznie potwierdza, jaki jest maksymalny osiągalny zasięg. Z tych wszystkich względów Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie – Osiedlu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, który złożył ofertę w postępowaniu i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców wraz z załączonymi przedmiotowymi środkami dowodowymi oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj. oświadczenia p. M. B. z dnia 10 marca 2023 r., informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z KRS Odwołującego, wyciągów z dokumentów informacyjnych dotyczących wprowadzonych zmian w nazwie marki pojazdów, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 3 sztuk fabrycznie nowych, kompletnych i pełnowartościowych niskopodłogowych, jednoczłonowych, elektrycznych autobusów akumulatorowych BEV (Battery Electric Vehicle), dostosowanych dla osób niepełnosprawnych, o mocy silnika 160 kW, z ogrzewaniem elektrycznym i agregatem grzewczym na ON, wyposażonych w system informatyczny, system zliczania potoków pasażerskich, kasowniki, system zapowiedzi głosowej, bileterkę, ekrany LED i LCD, system monitoringu wizyjnego, bezprzewodowy internet, gniazda USB oraz klimatyzację, przeznaczonych do komunikacji miejskiej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 1 do SWZ.

W pkt 2.2.3 SWZ Zamawiający wskazał m.in., iż wymaga, aby maksymalne zużycie energii przez oferowane i dostarczone autobusy BEV w warunkach ruchu miejskiego według cyklu badawczego SORT-2 wynosiło 1,20 kWh/km. Oferta wykonawcy, w której maksymalne zużycie energii przekroczy wartość 1,20 kWh/km zostanie odrzucona jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał także, iż wymaga, aby zasięg oferowanego

autobusu BEV wynosił minimum 240 km dziennie bez potrzeby ładowania magazynów energii w warunkach miasta Krosno przez cały okres gwarancji zasobników energii. Roczny przebieg autobusu minimum 35 000 km. Oferta wykonawcy z zadeklarowanym zasięgiem poniżej 240 km zostanie odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W pkt 11 SWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą:

a) Specyfikacje oferowanego autobusu - opisy i wykazy danych technicznych oferowanych autobusów i parametry techniczno-eksploatacyjne, zawierające co najmniej dane dotyczące: konstrukcji szkieletu (łącznie z ramą) i nadwozia, szyby czołowej, poszycia zewnętrznego, rodzaju i pojemności baterii,

b) Dokument potwierdzający zużycie energii elektrycznej [kWh/100km] dla zaoferowanego typu pojazdu. Wyniki badań wielkości zużycia energii elektrycznej [kWh/100km], muszą być wykonane zgodnie z wymaganiami określonymi przez UITP (Międzynarodowa Unia Transportu Publicznego, Union Internationales Transport Publics), w metodyce opracowanej dla przeprowadzania testów zużycia energii elektrycznej w pojazdach z napędem elektrycznym, test typu SORT 2 (Znormalizowany Test Jezdny, Standardised On-Road Test, wyd. 2014 r.; UITP Project E-SORT, Cycles for electric vehicles, wyd. 2017 r.). Test musi być wykonany dla oferowanego typu autobusu, przez certyfikowaną jednostkę badawczą zdolną do wykonania takiego testu.

Ponadto Zamawiający w adnotacji „Uwaga” wskazał, iż jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający może również żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W pkt 21 SWZ określono kryteria oceny ofert: 1) cena (C) – 80 % (max. 80 pkt), 2) parametry techniczno – eksploatacyjne (T) – 20 % (max. 20 pkt), w tym: a) T1 – Okres gwarancji na baterie trakcyjne - 10 % (max. 10 pkt), b) T2 – Zużycie energii – 5 % (max. 5 pkt), c) T3 – Zasięg – 5 % (max. 5 pkt). Podstawę do oceny oferty w kryterium T2 - Okres gwarancji na baterie trakcyjne stanowi zadeklarowana w ofercie przez wykonawcę wartość zużycia energii przez oferowany autobus BEV (w kWh/km) zmierzona w cyklu jazdy zgodnym z procedurą badawczą SORT (ang. Standardised On-Road Test), opracowaną przez UITP (fr. Union Internationale des Transports Publics), która zapewnia powtarzalność i porównywalność wyników pomiarów zużycia energii w autobusach BEV, w cyklu badawczym SORT 2 – Easy Urban Cycle (vk=18 km/h) – odzwierciedlającym warunki eksploatacji występującej dla typowej trasy miejskiej. Zamawiający wyjaśnił, iż jeżeli wykonawca

zaferuje w swojej ofercie wartość zużycia energii przez autobus BEV w warunkach ruchu miejskiego SORT – 2 przekraczającą wartość 1,20 kWh/km, jego oferta będzie podlegać odrzuceniu. Z kolei podstawę do oceny oferty w kryterium T3 – Zasięg stanowi zadeklarowany przez Wykonawcę zasięg autobusu BEV (w km) na jednym ładowaniu. Zamawiający dodał, iż jeżeli wykonawca zaferuje w swojej ofercie zasięg autobusu BEV poniżej wartości 240 km, jego oferta będzie podlegać odrzuceniu.

W opisie przedmiotu zamówienia zawarto wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie, jakie muszą spełniać i posiadać oferowane autobusy elektryczne. W pkt 7 dotyczącym silnika wskazano m.in., iż zużycie energii elektrycznej przez pojazd w kWh/km ma być nie większe niż 120 kWh/100 km oraz musi zostać ustalone podczas testu wg procedury SORT-2, przez którą należy rozumieć procedurę badawczą SORT opracowaną przez UITP. W pkt 8 dotyczącym magazynu energii elektrycznej wskazano m.in. „Pojemność magazynu energii min. 280 kWh umożliwiającą wykonanie w warunkach atmosferycznych od -25° C do +35° C, przy włączonych podczas obsługi wszystkich urządzeniach, ogrzewania, systemu informacji pasażerskiej itp., przy pełnym napełnieniu i na trasach eksploatowanych przez Operatora – MKS w Krośnie Sp. z o.o. przy prędkościach i przyspieszeniach charakterystycznych do transportu miejskiego min. 240 km trasy bez doładowywania w okresie gwarancji magazynu energii, przy czym ma pozostać 15% pojemności magazynu energii wg pomiaru zużycia energii SORT2.”

W ramach wyjaśnień treści SWZ, w odpowiedzi na pytanie nr 27 dotyczące kryterium T3 – Zasięg, w którym wskazano: „(...) w załączniku nr 1 OPZ punkt 8.2 Zamawiający napisał: *Pojemność magazynu energii min. 280 kWh umożliwiającą wykonanie w warunkach atmosferycznych od -25° C do +35° C, przy włączonych podczas obsługi wszystkich urządzeniach, ogrzewania, systemu informacji pasażerskiej itp., przy pełnym napełnieniu i na trasach eksploatowanych przez Operatora - MKS w Krośnie Sp. z o.o. przy prędkościach i przyspieszeniach charakterystycznych do transportu miejskiego min. 240 km trasy bez doładowywania w okresie gwarancji magazynu energii, przy czym ma pozostać 15% pojemności magazynu energii wg pomiaru zużycia energii SORT2. Prosimy o potwierdzenie intencji Zamawiającego, że zasięg autobusu wynoszący min. 240 km ma zostać zapewniony wg testu eSORT2 (tj. m.in. bez włączonego systemu grzania / chłodzenia).*” Zamawiający wyjaśnił, iż potwierdza powyższe.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący w ofercie zadeklarował zużycie energii na poziomie 0,92 kWh/km oraz zasięg na jednym ładowaniu 340 km. Do oferty została załączona specyfikacja oferowanego autobusu (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) oraz dokument potwierdzający zużycie energii

elektrycznej dla zaoferowanego typu pojazdu – sprawozdanie z badań pomiaru zużycia energii elektrycznej w teście SORT-2 (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Zamawiający w dniu 1 marca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż podstawę do oceny oferty w kryterium „okres gwarancji na baterie trakcyjne” oraz „zasięg” stanowią zadeklarowane przez wykonawcę w formularzu oferty wielkości - w przypadku okresu gwarancji są to miesiące, natomiast w przypadku zasięgu są to kilometry. Z kolei podstawę do oceny ofert w kryterium „zużycie energii” stanowi zadeklarowana w ofercie przez wykonawcę wartość zużycia energii przez oferowany autobus BEV (w kWh/km) zmierzona w cyklu jazdy zgodnym z procedurą badawczą SORT (ang. Standardised On-Road Test), opracowaną przez UITP (fr. Union Internationale des Transports Publics), która zapewnia powtarzalność i porównywalność wyników pomiarów zużycia energii w autobusach BEV, w cyklu badawczym SORT-2 - Easy Urban Cycle ($v_k=18$ km/h) - odzwierciedlającym warunki eksploatacji występującej dla typowej trasy miejskiej. W celu potwierdzenia zadeklarowanego zużycia energii elektrycznej [kWh/ 100km] dla zaoferowanego typu pojazdu wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą wyniki badań wielkości zużycia energii elektrycznej [kWh/ 100km], które musiały być wykonane zgodnie z wymaganiami określonymi przez UITP (Międzynarodowa Unia Transportu Publicznego, Union Internationales Transport Publics), w metodyce opracowanej dla przeprowadzania testów zużycia energii elektrycznej w pojazdach z napędem elektrycznym, test typu SORT-2 (Znormalizowany Test Jezdny, Standardised On-Road Test, wyd. 2014 r.; UITP Project E-SORT, Cycles for electric vehicles, wyd. 2017 r.). Test musiał być wykonany dla oferowanego typu autobusu przez certyfikowaną jednostkę badawczą zdolną do wykonania takiego testu. Wykonawca na potwierdzenie zaoferowanego zużycia energii złożył wraz z ofertą sprawozdanie wykonane przez certyfikowaną jednostkę badawczą. Po przeanalizowaniu ww. dokumentu stwierdzono, że średnie zużycie energii elektrycznej (kWh/km) dla zaoferowanego przez wykonawcę nr 2 autobusu wynosi 0,92 kWh/ km, czyli zgodnie z parametrem zadeklarowanym w ofercie. Przedmiotowe sprawozdanie zawiera również dane dotyczące zasięgu badanego autobusu w cyklu SORT-2: maksymalny zasięg wynosi mniej niż 240 km. Widać więc, że parametry dotyczące zasięgu autobusu na jednym ładowaniu (poniżej 240 km) zawarte w teście SORT-2 różnią się od parametru podanego przez wykonawcę w ofercie (340 km). Co prawda Zamawiający nie wymagał na potwierdzenie oferowanego w kryterium „zasięg” testu SORT-2, jednakże dokument ten znajduje się w ofercie i nie tylko nie potwierdza on podanego w formularzu zasięgu na

jednym ładowaniu 340 km, ale również dowodzi, że zaoferowany autobus nie przejedzie wymaganych przez Zamawiającego w SWZ 240 km. Zamawiający nie może zignorować przedstawionych przez wykonawcę informacji, zwłaszcza, że zgodnie z zapisem zawartym w pkt 21 lit, c) SWZ, jeżeli wykonawca zaoferuje w swojej ofercie zasięg autobusu BEV poniżej wartości 240 km, jego oferta będzie podlegać odrzuceniu. Ponadto w dołączonym do oferty pełnomocnictwie udzielonym Panu M. Z. do reprezentowania spółki „ARP e-Vehicles” m.in. w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych powołano się na nieobowiązujący akt prawny tj. ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Aktualnie obowiązuje ustawa z dnia 11 września 2019 r, Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie został wezwany do złożenia pełnomocnictwa, które nie zawiera wspomnianego wyżej błędu, ponieważ oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, z przyczyn opisanych powyżej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Z kolei w myśl art. 107 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Izba stwierdziła, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oparta na podstawach faktycznych wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie była prawidłowa i naruszała ww. przepisy ustawy Pzp. Zarzuty odwołania okazały się zatem zasadne.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż Izba weryfikuje zgodność z prawem działania Zamawiającego tylko w zakresie podjętych przez niego lub zaniechanych czynności objętych zakresem zaskarżenia. W wyroku z dnia 16 listopada 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 108/21, Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy potwierdził wyrażane jednolicie w Izbie stanowisko, iż przedmiotem rozważań KIO (w konsekwencji także Sądu) mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi

przez Sąd. Sąd wskazał, iż ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Sąd podkreślił także, iż czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym bardziej czynność ta powinna być kompleksowo uzasadniona, tak aby była ona weryfikowalna, nie tylko przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, ale przez każdy podmiot, który byłby zainteresowany prześledzeniem procesu decyzyjnego zamawiającego.

W przedmiotowym przypadku ocenie Izby podlegała czynność odrzucenia oferty Odwołującego, przy czym ocena ta mogła być dokonana wyłącznie przez pryzmat podstaw faktycznych, które wskazano w zawiadomieniu z dnia 1 marca 2023 r., tylko w tym zakresie Odwołujący mógł bowiem skutecznie skorzystać ze środka ochrony prawnej. Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego na kanwie uzasadnienia zawartego w ww. piśmie było wyłącznie niespełnienie wymogu dotyczącego zasięgu oferowanego pojazdu, a zatem tylko ten aspekt podlegał ocenie Izby. Zamawiający uznał, iż oferowany przez Odwołującego pojazd – pomimo zawartej w ofercie deklaracji o zasięgu autobusu na jednym ładowaniu określonym na 340 km – nie spełnia obligatoryjnego parametru technicznego, aby zasięg oferowanego autobusu BEV wynosił minimum 240 km dziennie bez potrzeby ładowania magazynów energii w warunkach miasta Krosno przez cały okres gwarancji zasobników energii. Zamawiający wywiódł powyższe z przedmiotowego środka dowodowego załączonego do oferty Odwołującego - sprawozdania z badań (test SORT-2).

Zwrócić jednak należy uwagę, iż ww. dokument, zgodnie z postanowieniami SWZ, służył potwierdzeniu, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie zużycia energii elektrycznej dla zaoferowanego typu pojazdu. Oprócz tego przedmiotowego środka dowodowego wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą specyfikację oferowanego autobusu, która miała zawierać opisy i wykazy danych technicznych oferowanych autobusów i parametry techniczno-eksploatacyjne, zawierające co najmniej dane dotyczące: konstrukcji szkieletu (łącznie z ramą) i nadwozia, szyby czołowej, poszycia zewnętrznego, rodzaju i pojemności baterii. To ten dokument wskazywał zasadniczo dane techniczne oferowanego produktu, a sprawozdanie z badań (testu SORT-2) miało jedynie potwierdzać podany przez wykonawcę poziom zużycia energii. Informacje wynikające z załączonej do oferty specyfikacji oferowanego autobusu Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jednak pominął.

Izba stwierdziła, iż gdyby Zamawiający przeanalizował zarówno specyfikację załączoną przez Odwołującego do oferty, jak i sprawozdanie z testu SORT-2 zauważyłby, że sprawozdanie to nie koreluje z danymi technicznymi podanymi w specyfikacji oferowanego pojazdu w zakresie pojemności magazynu energii. Pojazd będący przedmiotem testu SORT-2 był wyposażony w urządzenie do magazynowania energii o mocy 213kW, czyli mniejszej niż wymagana w opisie przedmiotu zamówienia (zgodnie z OPZ pojemność magazynu energii miała wynosić min. 280 kWh). Odwołujący w specyfikacji oferowanego pojazdu wskazał zaś, że pojazd, który oferuje jest wyposażony w magazyn energii o pojemności 289kW. Podanie danych dotyczących rodzaju i pojemności baterii w specyfikacji oferowanego autobusu było w świetle postanowień SWZ obligatoryjne. Dlatego za niezrozumiałe należy uznać stanowisko Zamawiającego zawarte w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, gdzie z jednej strony wskazał on, iż nie może zignorować okoliczności wynikających z testu SORT, które wskazują na niższy niż wymagany zasięg pojazdu, podczas gdy z drugiej strony Zamawiający całkowicie zignorował przedstawioną przez Odwołującego specyfikację pojazdu, która wskazywała na wyższą pojemność magazynu energii niż pojemność baterii pojazdu podlegającego badaniom. Podkreślić należy, że Zamawiający zobowiązany jest dokonywać oceny dokumentów złożonych przez wykonawcę w sposób kompleksowy. Tymczasem Zamawiający nie spróbował nawet wyjaśnić istniejącej rozbieżności pod kątem zgodności oferty z warunkami zamówienia. Trudno przy tym stwierdzić, czy Zamawiający w ogóle ją dostrzegł, ponieważ w odpowiedzi na odwołanie do specyfikacji oferowanych autobusów złożonej przez Odwołującego wraz z ofertą, również się nie odniósł, a na rozprawie nie stawiał się. Zamawiający oparł się wyłącznie na danych pochodzących ze sprawozdania z badań, podczas gdy na podstawie informacji wynikających z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą był w stanie ustalić, iż testowi SORT-2 opisanemu w sprawozdaniu z badań nie został poddany autobus w pełnej konfiguracji zaoferowanej Zamawiającemu w postępowaniu (do sprawozdania z badań załączono szczegółowe dane dotyczące badanego pojazdu)..

Podjęta w takich okolicznościach stanu faktycznego decyzja Zamawiającego, iż zaoferowany pojazd nie spełnia wymagań w zakresie zasięgu, jest zdaniem Izby zbyt daleko idąca. Słusznie wskazał Odwołujący, iż powoływanie się przez Zamawiającego na parametry autobusu przedstawionego do badań SORT-2 bez uwzględnienia zaoferowanych zasobników energii nie będzie miarodajne. Nie budzi zaś wątpliwości fakt, iż odrzucenie oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy niezgodność ta ma charakter jednoznaczny i nieusuwalny. Bez znaczenia dla dokonanej przez Izbę oceny pozostaje okoliczność, iż wymagany zasięg autobusu miał być zapewniony wg testu SORT-2 (odpowiedź na pytanie nr 27). Zamawiający dokonał oceny oferty

Odwołującego w sposób wybiórczy, opierając się na sprawozdaniu z badań składanym w świetle SWZ co do zasady na potwierdzenie parametru dotyczącego zużycia energii a nie zasięgu, pomijając specyfikację oferowanego pojazdu złożoną przez Odwołującego, która zawierała obligatoryjne w świetle postanowień SWZ informacje o magazynie energii, w tym o jego pojemności, czyli o parametrze, który ma znaczenie kluczowe z perspektywy zasięgu. Ocena dokonana przez Zamawiającego nie była zatem kompleksowa. Jednocześnie Zamawiający nawet nie wytłumaczył, dlaczego w ogóle nie wziął pod uwagę informacji wskazanych przez Odwołującego w specyfikacji oferowanego pojazdu. Ten temat został przemilczany przez Zamawiającego zarówno w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, jak i w postępowaniu odwoławczym.

Izba miała również na uwadze, iż Zamawiający nie odniósł się też do twierdzeń Odwołującego, że sprawozdanie z badań SORT-2 miało potwierdzać zużycie energii przez oferowany typ pojazdu, czego zdaniem Odwołującego nie powinno się utożsamiać z koniecznością przedstawienia raportu z testu pojazdu w pełnej komplekacji zaoferowanej w postępowaniu. Jak wyjaśnił Odwołujący przedstawił on sprawozdanie z badań dla zaoferowanego typu pojazdu (RFS), ale dla innego wariantu (dla pojazdu o innej konfiguracji niż zaoferowana). Inna nazwa pojazdu wskazana w odwołaniu (PILEA) wynikała zaś z zastosowaniem nowej nomenklatury związanej ze zmianami organizacyjnymi w przedsiębiorstwie Odwołującego (na okoliczność czego podczas rozprawy przedstawiono informację odpowiadającą pełnemu odpisowi z KRS oraz wydruki dokumentów informacyjnych w odniesieniu do homologacji pojazdu).

Izba stwierdziła także, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że wskazane w odwołaniu informacje dotyczące pojazdu różnią się od zaoferowanych, w sytuacji gdy podane parametry magazynu energii były zbieżne z opisanymi przez Odwołującego w specyfikacji technicznej autobusu złożonej wraz z ofertą. Przy czym na marginesie zauważyć trzeba, że pewien zakres niewiedzy Zamawiającego wynikać może z jego własnych zaniechań. To, jakimi informacjami o oferowanym produkcie dysponuje Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia warunkowane jest bowiem przede wszystkim sposobem ukształtowania postanowień SWZ, w tym opisem parametrów i danych, jakie należało wraz z ofertą przedstawić w specyfikacji oferowanego autobusu oraz zakresem żądanych przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający kształtując treść dokumentów zamówienia powinien zadbać o to, aby móc zweryfikować w sposób rzeczywisty spełnienie przez oferowany produkt wymaganych parametrów technicznych, jak i deklaracje składane na potrzeby kryteriów oceny ofert w zakresie aspektów technicznych.

Izba nie podzieliła ponadto stanowiska Zamawiającego, iż stwierdzając w oparciu o sprawozdanie z badań SORT-2 brak spełnienia wymagań co do zasięgu pojazdu, nie mógł

on wezwać Odwołującego do wyjaśnień, czy to treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), czy to przedmiotowego środka dowodowego (art. 107 ust. 4 ustawy Pzp). Zamawiający powołując się na okoliczność, iż przedmiotowy środek dowodowy dotyczył kryteriów oceny ofert, pominął fakt, iż w świetle postanowień pkt 11 SWZ dokument ten był składany w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia, czyli służył przede wszystkim potwierdzeniu zgodności oferty z warunkami zamówienia. To za niezgodność oferty z warunkami zamówienia Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, zaskarżona czynność Zamawiającego nie odnosiła się do kwestii oceny oferty w kryteriach oceny ofert. Ponadto literalne brzmienie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp formalnie nie wyłącza zastosowania tego przepisu do przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, ustawodawca wyłączył jedynie możliwość wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia takich przedmiotowych środków dowodowych. Jak już wskazano powyżej, Zamawiający w oparciu o dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą był w stanie ustalić, że przedstawione sprawozdanie z badań nie dotyczy pojazdu w konfiguracji przewidzianej w specyfikacji technicznej oferowanego autobusu. Gdyby Zamawiający w sposób kompleksowy zweryfikował wszystkie przedstawione przez Odwołującego dokumenty i wezwał wykonawcę do wyjaśnień, to podjęte przez niego dalsze działania zapewne przybrałyby inną postać, np. skupiłyby się na weryfikacji, czy złożony przez wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy jest prawidłowy w świetle postanowień SWZ.

Podkreślić tu jednak należy, iż poza kognicją Izby w przedmiotowej sprawie leży dokonanie oceny, jakie skutki powinno nieść za sobą złożenie przez Odwołującego wraz z ofertą sprawozdania z badań (test SORT-2) dla autobusu o innej niż zaoferowana konfiguracji, w tym czy na gruncie postanowień SWZ ten dokument mógł być uznany za prawidłowy z uwagi na użycie w opisie przedmiotowego środka dowodowego sformułowania „typ pojazdu” („Dokument potwierdzający zużycie energii elektrycznej [kWh/100km] dla zaoferowanego typu pojazdu.”). Poza zakresem rozpoznania przez Izbę leży także ocenianie, czy wyliczone w sprawozdaniu z badań zużycie energii pojazdu o innym magazynie energii niż pojazd zaoferowany może być uznane za adekwatne dla potwierdzenia złożonej w ofercie deklaracji dotyczącej zużycia energii, czy też użycie innej baterii jako wpływające na poziom zużycie energii powinno być poparte odrębnym dokumentem z testów SORT-2. Wyżej wskazane kwestie wykraczają poza podstawy faktyczne wynikające z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba nie może ponadto dokonać na obecnym etapie sprawy oceny potencjalnych konsekwencji związanych z podnoszonymi dopiero w postępowaniu odwoławczym przez Zamawiającego i

Przystępującego uchybieniami w ofercie Odwołującego, w szczególności nie może wziąć pod uwagę twierdzeń o braku podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, czy też istnienia ewentualnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z innego niż wskazany w zawiadomieniu z 1 marca 2023 r. powodu. Izba przesądzając o dalszych losach postępowania zastępowałaby Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert, którego to sam Zamawiający powinien dokonać w sposób należyty i kompletny. Dalsze działania Zamawiającego również będą mogły zostać poddane weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej. Dlatego też Izba pozostawiła w gestii Zamawiającego powtórzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności, jakie wyniknęły w postępowaniu odwoławczym.

Jedynie uzupełniając, odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający błędnie zinterpretował treść sprawozdania SORT-2, gdyż nie jest tam określony moment pomiaru ani deklarowana pojemność baterii, a bateria pojazdu nie była w pełni naładowana, Izba wskazuje, iż uznała te twierdzenia za niewiarygodne. Analiza sprawozdania z badań pozwala stwierdzić, w jakie urządzenie do magazynowania energii wyposażony był pojazd poddany testom, w tym jej moc (pkt 1.14 załącznika nr 1), zaś z pkt 4.6 sprawozdania wynika, jaka była dostępna energia elektryczna uwzględniona podczas badania, oraz jak dokonano jej wyliczenia (z uwagi na objęcie tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba pominie przywołanie odpowiednich fragmentów).

Odnosząc się zaś do wskazanej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty kwestii wadliwego pełnomocnictwa załączonego do oferty Odwołującego Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż powołanie się w treści pełnomocnictwa na nieobowiązujący akt prawny tj. ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zamiast na aktualnie obowiązującą ustawę, nie wpływa na ważność i skuteczność tego pełnomocnictwa. Z treści pełnomocnictwa w sposób jednoznaczny wynika zamiar udzielenia osobie tam wskazanej upoważnienia do reprezentowania Odwołującego we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówienia (czy to prowadzonych na podstawie ustawy Pzp, czy nie podlegających tej ustawie).

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądząc od Zamawiającego na rzecz

Odwołującego koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: