

Sygn. akt: KIO 2124/20

WYROK

z dnia 30 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Protokolant: Piotr Cegłowski
Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 i 30 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 sierpnia 2020 r.** przez wykonawcę **SOR Libchavy spoi. s.r. o., Dolni Libchavy 48, 561 16 Libchavy (Republika Czeska)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Polkowice, Rynek 1, 59-100 Polkowice,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum firm: 1) BUSNEX POLAND Sp. z o.o. (Lider); 2) Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd., Yutong Road, Guancheng District, Zhengzhou City, Chiny (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Komitetu Obrony Robotników nr 45B, 02-146 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **SOR Libchavy spoi. s.r. o., Dolni Libchavy 48, 561 16 Libchavy (Republika Czeska)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SOR Libchavy spoi. s.r. o., Dolni Libchavy 48, 561 16 Libchavy (Republika Czeska).**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 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 Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zakup autobusów o napędzie elektrycznym dla połączeń miejskich i podmiejskich w gminie Polkowice Numer referencyjny: ZP.27L2.2020*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.02.2020 r. pod nr 2020/S 023-050579 przez: Gmina Polkowice, Rynek 1, 59-100 Polkowice zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 21.08.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum firm: 1) BUSNEX POLAND Sp. z o.o. (Lider); 2) Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd., Yutong Road, Guancheng District, Zhengzhou City (Partner); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Komitetu Obrony Robotników nr 45B, 02-146 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Busnex - Yutong*” albo „*Busnex*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – SOR Libchavy spoi. s.r. o., Dolni Libchavy 48, 561 16 Libchavy (Republika Czeska) zwane dalej: „*SOR*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 31.08.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm. - zwane dalej „*ustawa Pzp.*” albo „*Pzp*”) odwołanie złożył wykonawca **SOR Libchavy spol. s.r.o. z siedzibą w Dolni Libchavy, Republika Czeska** (dalej jako „*Odwołujący*”). Odwołanie wniesiono wobec czynności oraz zaniechania Zamawiającego w postępowaniu polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez konsorcjum firm: Busnex Poland Sp. z o.o. oraz Zhengzhou Yutong Bus Co. Ltd. (dalej łącznie: „*Busnex*”), jako najkorzystniejszej, pomimo iż Busnex podlegał wykluczeniu z przetargu, a jego oferta podlegała uznaniu za odrzuconą, jak również sama złożona przez Busnex oferta podlegała odrzuceniu, jako niespełniająca wymogów SIWZ;
2. czynności badania i oceny oferty Busnex;
3. zaniechanie wykluczenia Busnex, pomimo iż Busnex nie wykazał braku podstaw wykluczenia tj. w szczególności nie wykazał, by urzędujący członkowie organu zarządzającego oraz nadzorczego Partnera konsorcjum Busnex, tj. Yutong nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13) ustawa Pzp.;
4. zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, która została złożona niezgodnie z treścią SIWZ, tj. poprzez przedstawienie kopii Raportu Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2), tj. Raportu technicznego nr 62YTY0116A dla innego typu silnika niż oferowany przez Busnex;

5. zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, która została złożona niezgodnie z treścią SIWZ, tj. poprzez przedstawienie dokumentów, które nie potwierdzają zużycia paliwa przez silnik typ: TZ368XSYTB38, oferowany przez Busnex w przetargu.
6. zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, która została złożona niezgodnie z treścią SIWZ, tj. poprzez przedstawienie dokumentów z których wynika, że oferowany przez Busnex silnik posiada inne parametry niż wskazane w ofercie Busnex.
7. zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, która została złożona niezgodnie z treścią SIWZ, tj. poprzez przedstawienie dokumentów, które nie potwierdzają jakie parametry posiada silnik typ: TZ368XSYTB38 oferowany przez Busnex w przetargu,
8. zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, która została złożona niezgodnie z treścią SIWZ, pomimo przedstawienia dokumentów, które potwierdzają, że oferowany przez Busnex typ silnika jest niezgodny z pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ.
9. zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, która została złożona niezgodnie z treścią SIWZ, pomimo przedstawienia dokumentów, które potwierdzają, że pojazd oferowany przez Busnex jest niezgodny z pkt. 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ.
10. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo że oferta ta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13) i 14) ustawy Pzp., poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, pomimo, iż Busnex nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 13), 14), 21) ustawy Pzp. oraz § 7 ust. 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia („Rozporządzenie”), poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, pomimo, iż Busnex nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i tym samym nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Busnex do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie aktualnego składu osobowego Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzorczej Partnera Konsorcjum Busnex, tj. Yutong, mimo że Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dokumentów potwierdzających dokonanie zmian w składzie w/w organów, aktualnych na dzień 19 sierpnia 2020 roku;

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z pkt. IV.4.3.b) SIWZ, poprzez przedstawienie kopii Raportu Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) dla innego typu silnika niż oferowany przez Busnex;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z pkt. IV.4.3.b) SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex nie wykazał zużycia paliwa dla oferowanego pojazdu, w tym dla oferowanego typu silnika;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex zaoferował pojazd posiadający silnik o mocy wyższej niż 220 kW oraz o momencie obrotowym wyższym niż 1200Nm;
7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z pkt. IV.4.3.b) SIWZ w zw. z pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex zaoferował pojazd posiadający silnik, którego parametrów, w tym parametrów zużycia paliwa, w ogóle nie potwierdził;
8. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. pkt. 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex zaoferował pojazd nie spełniający parametru: liczba okien w autobusie z szybami przesuwными 4 sztuki, o wysokości od 20 do 60 cm;
9. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy (tj. Busnex) wybranemu przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący wnosił o:
 1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty Busnex jako najkorzystniejszej oferty;
 - b) przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert, i:
 - i. wykluczenia Busnex i uznania oferty za odrzuconą, albo
 - ii. odrzucenia oferty Busnex;
 - iii. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
 2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2020 r. zawiadomił wykonawców, w trybie art. 92 ustawy Pzp. o wyborze oferty Busnex, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z przyjętymi w SIWZ zasadami oceny ofert. Termin do

wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że złożył w przetargu ofertę niepodlegającą odrzuceniu i obecnie znajduje się na 2 pozycji pod względem przyznanej punktacji ofert. Zgodnie z zarzutami odwołania, Busnex podlegał wykluczeniu z przetargu, a jego oferta podlegała uznaniu za odrzuconą, ewentualnie Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Busnex. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a w rezultacie Zamawiający powinien udzielić zamówienia Odwołującemu. Zaniechanie czynności lub ich dokonanie niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. przez Zamawiającego, naraża Odwołującego na poniesienie szkody poprzez utratę spodziewanego zysku z wykonania inwestycji oraz poniesienie kosztów w związku z przygotowaniem oferty. W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący poinformował, że pierwotna czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 22 kwietnia 2020 r. została unieważniona na podstawie wyroku KIO z dnia 30 lipca 2020 r. (sygn. akt: KIO 946/20), a Zamawiający został zobowiązany do wezwania Busnex do przedstawienia oświadczeń w rozumieniu § 7 ust. 3 Rozporządzenia oraz odtajnienia dokumentacji Busnex w postaci opisu oferowanego pojazdu oraz rysunków technicznych. Ostatecznie, w dniu 21 sierpnia 2020 roku, Zamawiający ponownie poinformował wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Busnex.

Zdaniem Odwołującego Busnex:

1. nie wykazał braku podstaw wykluczenia Busnex, gdyż pomimo obowiązku wynikającego z § 7 ust. 3 Rozporządzenia oraz pkt. IV.4.5. SIWZ nie złożył prawidłowych dokumentów co do wszystkich urzędujących członków organów Yutong,
2. nie wykazał jaki jest aktualny skład organów spółki Yutong w dacie 19 sierpnia 2020 roku,
3. przedstawił kopię Raportu Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2), tj. Raportu Technicznego nr 62YTY0116A („Raport Techniczny”) dla zupełnie innego typu silnika niż wskazany w ofercie, gdyż w ofercie wskazano silnik typu: TZ368XSYTB38, a w Raporcie Technicznym YTMN280-CV9-H;
4. nie wykazał, jakie zużycie paliwa ma oferowany autobus Yutong E10 z silnikiem typ: TZ368XSYTB38 oraz sam silnik w/w typu;
5. Z treści Raportu Technicznego wprost wynika, że silnik z Raportu Technicznego posiada moc maksymalną 350kW, a więc o 135 kW wyższą niż wskazana w pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ;
6. Z rysunków technicznych oferowanego przez Busnex autobusu wynika, że nie posiada on w przedziale pasażerskim żadnych otwieralnych szyb w oknach, a więc nie spełnia wymagań pkt. 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1

do SIWZ, tj. parametru: „Minimalna liczba okien w autobusie z szybami przesuwными 4 sztuki, o wysokości od 20 do 60 cm”.

Powyższe zdaniem Odwołującego prowadzi do wniosku, że Busnex podlegał wykluczeniu, gdyż nie wykazał braku podstaw wykluczenia, tj. nie dołączył kompletu oświadczeń złożonych w trybie § 7 ust. 3 Rozporządzenia dla wszystkich członków Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzorczej Yutong, ujawnionymi w aktach postępowania. Poza tym Busnex, nie wykazał by w składzie w/w organów Yutong doszło do jakichkolwiek zmian, które uprawniałyby go do zaniechania składania dokumentów w trybie § 7 ust. 3 Rozporządzenia dla członków Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzorczej Yutong ujawnionych w dokumentach rejestrowych Yutong. Jednocześnie z uwagi na odtajnienie dokumentów Busnex, okazało się, że wbrew zapisom SIWZ, Busnex przedstawił Raport Techniczny dotyczący innego silnika niż oferowany w przetargu. Wskazany w Raporcie Technicznym silnik nie spełnia wymagań SIWZ. Dodatkowo, Busnex nie wykazał żadnych parametrów dla silnika TZ368XSYTB38, w tym również parametrów zużycia paliwa przez ten typ silnika. Jednocześnie z rysunków technicznych oferowanego autobusu, wyraźnie wynika, że oferowany autobus nie spełnia wymagań pkt. 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Komplektacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ.

A. Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13) i 14) ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 13), 14), 21) ustawy Pzp oraz § 7 ust. 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy; art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2020 roku, Busnex nie złożył do postępowania oświadczeń złożonych przez poniższe osoby, tj.

1. Z. B. - Członek Rady Dyrektorów,
2. D. H. - Członek Rady Dyrektorów,
3. Z. F. - Członek Rady Dyrektorów,
4. L. C. - Członek Rady Dyrektorów,
5. Z.Y. - Członek Rady Nadzoru,
6. W. X. - Członek Rady Nadzoru,

tj. osoby, które zgodnie z dokumentami rejestrowymi znajdującymi się w aktach postępowania, pełnią w/w funkcje w organach spółki Yutong.

Busnex zaniechał złożenia oświadczeń dotyczących wskazanych osób wyjaśniając lakonicznie, że aktualnie 6 osób nie pełni funkcji w organach spółki Yutong. Jednakże Busnex nie przekazał żadnych dokumentów potwierdzających okoliczność rezygnacji, odwołania lub innego powodu zmiany w Radzie Dyrektorów oraz Radzie Nadzoru Yutong.

Skoro Wykonawca zaniechał złożenia takich oświadczeń, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, należy wskazać, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 13), 14), 21) ustawy Pzp oraz § 7 ust. 3) Rozporządzenia, poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, pomimo, iż Busnex nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i tym samym nie wykazał braku podstaw wykluczenia z przetargu.

Ewentualnie, Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez wezwanie Busnex do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie aktualnego składu osobowego Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzorczej Partnera Konsorcjum Busnex, tj. Yutong, mimo że Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu dokumentów potwierdzających dokonanie zmian w składzie organów, aktualnych na dzień 19 sierpnia 2020 r/;

B. Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

Zgodnie z pkt IV.4.3.b) SIWZ: *„w celu potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom Zamawiającego, Zamawiający żąda następujących dokumentów: (...)*

b) na potwierdzenie wielkości zużycia paliwa należy przedłożyć kopię Raportu Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) dla oferowanego typu autobusu, odzwierciedlającego warunki eksploatacji występujące dla typowej trasy miejskiej, zapewniającego powtarzalność i porównywalność wyników pomiaru zużycia paliwa w autobusach komunikacji zbiorowej. Wykonawca może przedstawić dokument potwierdzający zużycie energii wystawiony na innej wielkości (długości) autobusu, jednak z tego samego typoszeregu (czyli tego samego typu autobusu, z takim samym wyposażeniem, bez względu na długość pojazdu).”

Wykonawcy nie musieli posiadać testu SORT 2 na konkretnie oferowany autobus. Jednakże Zamawiający wymagał, by ten dokument był wystawiony na autobus z tego samego typoszeregu, tj. „czyli tego samego typu autobusu, z takim samym wyposażeniem, bez względu na długość pojazdu”. Dodatkowo doprecyzowano powyższe w wyjaśnieniach Zamawiającego do SIWZ z dnia 24 lutego 2020 roku, w których Zamawiający odpowiedział na Pytanie 23 pkt 2:

„2. Prosimy o potwierdzenie, że przez zapis „z takim samym wyposażeniem” Zamawiający rozumie autobus wyposażony w taki sam silnik/silniki jak w autobusie oferowanym.”

Odpowiedz Zamawiającego:

„Zamawiający pisząc „z takim samym wyposażeniem” ma na myśli: z takim samym silnikiem/silnikami”

Powyższe w ocenie Odwołującego oznacza, że Zamawiający wymagał, by Raport Techniczny zużycia paliwa dotyczył autobusu, nie tylko z tego samego typoszeregu, ale przede wszystkim autobusu z takim samym silnikiem jak oferowany w przetargu.

Tymczasem Busnex przedstawił kopię Raportu Technicznego dotyczącego autobusu z innego typoszeregu, tj. autobusu Yutong E12, który jest autobusem typu MAXI, ale przede wszystkim Raport Techniczny dotyczy zupełnie innego typu silnika niż wskazany przez Busnex w ofercie, gdyż w ofercie wskazano silnik typu: TZ368XSYTB38, a Raport Techniczny dotyczy parametrów silnika typu: YTMN280-CV9-H - czyli innego.

Przekazany przez Busnex dokument nie spełnia wymagań SIWZ. Co więcej w żaden sposób nie wykazuje, by oferowany autobus Yutong E10 wyposażony w silnik typu: TZ368XSYTB38 spełniał wymogi SIWZ, gdyż badanie zużycia paliwa dotyczyło innego silnika i autobusu z innego typoszeregu. Dokument załączony do SIWZ nie potwierdza, jakie zużycie paliwa ma oferowany autobus Yutong E10 z silnikiem typ: TZ368XSYTB38 oraz sam silnik w/w typu. Żaden z dokumentów złożonych przez Busnex w przetargu nie potwierdza jakichkolwiek parametrów silnika typ: TZ368XSYTB38.

Z uwagi na powyższe, oferta Busnex jako niezgodna z SIWZ powinna zostać odrzucona. Zaniechanie odrzucenia oferty stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z pkt. IV.4.3.b) SIWZ.

Dodatkowo, z przedstawionego Raportu Technicznego wprost wynika, że badany w teście autobus posiadał silnik o mocy maksymalnej 350kW, a więc o 135 kW wyższą niż wskazana przez Busnex w pkt 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ.

Przedstawiony Raport Techniczny w żaden sposób nie potwierdza, by autobus spełniał wymogi z pkt 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, tj., że Busnex zaoferował w przetargu autobus posiadający silnik o mocy nie wyższej niż 220 kW oraz o momencie obrotowym nie wyższym niż 1200Nm.

Te parametry techniczne silnika, tj. maksymalna moc 220kW i maksymalny moment obrotowy 1200Nm były istotne dla Zamawiającego, gdyż w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 24 lutego 2020 roku, w odpowiedzi na pytanie 21 wskazał, że.:

„Dotyczy punktu 1, Silnik, Wymagania Szczegółowe Dotyczące Kompletacji i Wyposażenia, punkt 11, Moc silnika, Podstawowe Dane Techniczne, Załącznik nr 1 - opis Zamawiający zapisał w pkt. 1:

Moc silnika: 120 - 220 kW, Moment obrotowy: 425 - 1200 Nm Zamawiający zapisał w pkt. 11:

Moc minimalna silnika: 120 kW Minimalny moment obrotowy: 425 Nm (...). Czy Zamawiający jest skłonny usunąć z punktu i wartości graniczne maksymalne, tu moc 220 kW i moment 1200 Nm?"

Zamawiający odpowiedział:

„Nie, Zamawiający nie może usunąć wartości granicznych, może zmienić wartości graniczne”.

Jednakże, wartości graniczne nigdy nie zostały zmienione. Co oznacza, że wartości graniczne maksymalne, tj. moc 220 kW i moment 1200 Nm obowiązywała wszystkich wykonawców, w tym również Busnex.

Autobus oferowany przez Busnex nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, tj. w pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, a tym samym Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Busnex.

Oferowany przez Busnex autobus zdaniem Odwołującego nie spełnia również wymagań SIWZ w zakresie pkt. 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający wymagał by oferowany autobus posiadał następujący parametr: *„Minimalna liczba okien w autobusie z szybami przesuwными 4 sztuki, o wysokości od 20 do 60 cm”.*

Busnex w treści Załącznik nr 1 do SIWZ wskazał, że oferowany autobus spełnia wymogi wynikające z pkt 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ. Tymczasem złożone do przetargu zgodnie z wymogami Zamawiającego, szczegółowe rysunki techniczne oferowanego autobusu, uwzględniające nie tylko wymiary oferowanego autobusu, ale również jego kolorystykę, rozkład i wymiary miejsca, a także rzuty autobusu. Z analizy rysunku technicznych autobusu wynika, że w przedziale pasażerskim oferowany przez Busnex autobus nie posiada żadnych otwieralnych okien. Powyższe oznacza, że oferowany autobus nie spełnia wymagań pkt 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jeżeli Zamawiający:

a) zaniechał wykluczenia Busnex z przetargu pomimo niewykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału;

b) zaniechał odrzucenia oferty Busnex, pomimo iż nie odpowiadała ona SIWZ;

należy wskazać, że Zamawiający w trakcie przetargu naruszył szereg przepisów ustawy Pzp, w tym przede wszystkim przepisy powołane petitum odwołania. Z uwagi na powyższe, wybór oferty Busnex jako najkorzystniejszej stanowił jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle przytoczonych argumentów, odwołanie zdaniem Odwołującego należy uznać za całkowicie zasadne i konieczne w celu ochrony jego praw.

Zamawiający w dniu 31.08.2020 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.09.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Busnex - Yutong zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia.

W dniu 21.09.2020 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie w całości odwołania. Stwierdził w nim: „*Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania*

W pierwszej kolejności w odwołaniu sformułowano zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum ze względu na niewykazanie, iż urzędujący członkowie organu zarządzającego i nadzorczego spółki Yutong nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp (pkt 1.3 odwołania), co ma stanowić naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 Pzp oraz § 7 ust. 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „Rozporządzenie”).

Ewentualnie, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, w ten sposób, iż nie wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających aktualny skład organów zarządczych i nadzorczych Yutong.

Natomiast w uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podnosi, iż Konsorcjum nie wykazało braku podstaw wykluczenia z Przetargu, gdyż pomimo obowiązku wynikającego z § 7 ust. 3 Rozporządzenia oraz pkt. IV.4.5. SIWZ nie złożyło prawidłowych dokumentów, co do wszystkich urzędujących członków organów Yutong oraz nie wykazało jaki jest aktualny skład organów spółki Yutong w dacie 19 sierpnia 2020 roku. Innymi słowy, według Odwołującego, Konsorcjum nie złożyło dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 3 Rozporządzenia dla członków Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzorczej Yutong ujawnionych w dokumentach rejestrowych Yutong. Według Odwołującego, wskazane na stronie 6 odwołania osoby, zgodnie z dokumentami rejestrowymi znajdującymi się w aktach postępowania, pełnią w/w funkcje w organach spółki Yutong.

Stan faktyczny sprawy przedstawia się w tym zakresie następująco.

W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 18.03.2020 r. oraz z dnia 15.04.2020 r., Konsorcjum przedłożyło Zamawiającemu dokumenty potwierdzające niekaralność (wydruki ze strony China Judgements Online) wszystkich członków organów spółki Yutong pełniących aktualnie, tj. na datę wezwania i uzupełnienia, swoje funkcje.

Konsorcjum nie przedkładało przy tym żadnych dokumentów rejestrowych potwierdzających skład organów Yutong, ale pismem z dnia 16 kwietnia 2020 r. udzieliło w tym zakresie stosownych informacji, które Zamawiający zaakceptował.

W wyniku odwołania SOR Libchavy (w którym nota bene nie kwestionowano wyżej opisanego sposobu ustalenia kręgu osób, względem których dokumentów dot. niekaralności należy wymagać i przedkładać), wyrokiem z dnia 30 lipca 2020 roku, sygn. akt: KIO 946/20, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż tego rodzaju dokumenty, jak przedłożyło Konsorcjum, nie odpowiadają wymaganiom § 7 Rozporządzenia i nakazała wezwanie Konsorcjum do przedłożenia notarialnych oświadczeń w zakresie niekaralności.

Wykonując ww. wyrok Izby, pismem z dnia 12 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do przedłożenia dla członków organów spółki Yutong oświadczeń, o których mowa w § 7 ust. 3 Rozporządzenia.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r. Konsorcjum przesłało stosowne oświadczenia, a także, analogicznie jak w piśmie z 15.04.2020 r., podało informację, jaki jest aktualny skład organów spółki Yutong, który w międzyczasie uległ zmianie.

Przy czym na marginesie należy wskazać, iż pozyskanie i przedłożenie w wykonaniu wezwania, dokumentów dla urzędujących członków organów spółki jest zgodne z przepisami i znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 4 września 2019 r., sygn. akt KIO 1796/19, Izba wskazał, m.in.: Ustawa zatem jednoznacznie wskazuje na „urzędującego członka organu”, a więc wymóg wykazania niekaralności nie dotyczy członka organu, który złożył rezygnację. Jeżeli na dzień uzupełnienia dokumentów członek zarządu złożył rezygnację, nie ma podstaw do oczekiwania, że wykonawca złoży wówczas informację z KRK dotyczącą tej osoby. Wbrew argumentacji Odwołującego, nie pozwala to na dowolną wymianę członków zarządu w trakcie postępowania, jeżeli zostaną prawomocnie skazani - wykonawca ma nie podlegać wykluczeniu przez cały okres od momentu złożenia ofertą. Wykonawca składa oświadczenie, że spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu przez cały okres związania ofertą, od momentu jej złożenia. [...] Izba stwierdziła, że skoro Pani W. skutecznie złożyła rezygnację z funkcji członka zarządu (co ostatecznie przyznał sam Odwołujący na rozprawie, składając do akt postępowania odwoławczego jej rezygnację), to złożenie dotyczącej jej informacji z KRK nie było konieczne. Jak wyżej, wskazano, informacja z KRK ma dotyczyć „urzędującego członka zarządu” (art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych). Na dzień uzupełnienia dokumentów Pani W. nie była członkiem zarządu.

Jak wskazano, jest to uwaga czyniona na marginesie, bowiem zarzuty odwołania tej kwestii nie dotyczą. W odwołaniu nie wywodzi się, iż Konsorcjum winno złożyć zarówno oświadczenia historycznych członków organów Yutong, jak też aktualnych, tj. urzędujących

w dacie uzupełnienia dokumentów. Odwołanie zarzuca jedynie, iż Konsorcjum nie przedłożyło dokumentów dla członków organów, którzy według Odwołującego cały czas pełnią swoje funkcje, albo przynajmniej nie wykazało, że rzeczywiście nastąpiły zmiany w składzie osobowym organów Yutong.

Według Konsorcjum są to zarzuty niezasadne. Konsorcjum podało jaki jest aktualny skład organów Yutong oraz przedłożyło dokumenty (oświadczenia) potwierdzające brak karalności wszystkich aktualnych członków organów zarządzających i kontrolnych spółki Yutong, a Odwołujący nie jest w stanie wykazać okoliczności przeciwnych.

Jeśli Odwołujący twierdzi, iż Konsorcjum podało w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd i nieprawdziwe, to powinien postawić stosowne zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz dowieść okoliczności faktycznych, na których się zasadzają. Tymczasem Odwołujący tego nie uczynił.

Jak wynika z treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący nie jest w stanie, a nawet nie usiłuje dowieść, iż skład organów Yutong podany przez Konsorcjum jest niekompletny, nieaktualny czy po prostu nieprawdziwy, a tym samym, iż Konsorcjum nie przedłożyło dokumentów (oświadczeń) potwierdzających niekaralność dla wszystkich urzędujących aktualnie członków organów zarządczych i nadzorczych Yutong. Powołuje się jedynie na dokumenty rejestrowe, które mają znajdować się w aktach postępowania. Tymczasem Konsorcjum nie składało, a także Zamawiający nie zwracał się do Konsorcjum o złożenie w trakcie Postępowania, jakichkolwiek dokumentów rejestrowych, z których miałyby wynikać pełny skład organów Yutong inny niż podany przez Konsorcjum w piśmie z 19.08.2020 r.

Tymczasem Konsorcjum jest w stanie przedstawić stosowne dowody na okoliczność, iż podawane informacje w tym zakresie są prawdziwe, tj. na potwierdzenie okoliczności, iż w dniu 19.08.2020 r. Konsorcjum złożyło oświadczenia wszystkich aktualnie urzędujących członków organów korporacyjnych spółki Yutong. (...)

Natomiast odnosząc się do zarzutów odwołania, w ramach których Odwołujący wywodzi brak wykazania aktualnego składu osobowego Yutong i postuluje wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających aktualny skład organów zarządczych i nadzorczych Yutong, należy wskazać, iż pozbawione są podstawy prawnej.

Bez stosownej podstawy prawnej Odwołujący usiłuje „nałożyć” na Konsorcjum obowiązek przedstawiania w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia określonych dokumentów potwierdzających skład organów spółki. Tymczasem z przepisów Pzp czy rozporządzenia o dokumentach nie wynika żadna legalna teoria dowodowa w tym zakresie. Przepisy nie wskazują na żadne obligatoryjne dokumenty, których można czy należy żądać od wykonawców na potwierdzenie powyższego. O ile przepisy Rozporządzenia, w związku z art. 25 ust. 1 Pzp, określają jakich dokumentów może i powinien żądać zamawiający dla wykazania braku poszczególnych podstaw wykluczenia, nie określają w jaki sposób ma

ustalać osobowe składy organów osób prawnych, co do których winien żądać przedłożenia ww. dokumentów.

Jedynie przypadkiem składy organów często wynikają z dokumentów potwierdzających brak innych podstaw wykluczenia (np. z dokumentów rejestrowych potwierdzających brak likwidacji i upadłości takich jak polski odpis z KRS) lub dokumentów rejestrowych składanych uprzednio w postępowaniach celem wykazania umocowania osób podpisujących ofertę (np. takich jak polski odpis z KRS).

Pozostaje więc w gestii i swobodzie zamawiającego w jaki sposób poczyni ustalenia w tym zakresie, tzn. w jaki sposób ustali i zweryfikuje krąg osób, których niekaralność bada. Zamawiający może poczynić to zarówno na własną rękę, bez udziału i pomocy a nawet wiedzy wykonawcy, jak też poprosić wykonawcę o stosowne informacje w przedmiocie liczby i tożsamości osób wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp występujących u wykonawcy. Natomiast działania wykonawcy w tym zakresie sankcjonowane są normami art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zamawiający nie będzie bynajmniej rozliczany z dopełnienia należytej staranności w tym zakresie, ale z efektu i rezultatu dokonywanych czynności w postępowaniu, tj. z tego, czy zebrał i wyegzekwował wszystkie wymagane przepisami dokumenty potwierdzające brak postaw wykluczenia wybranego wykonawcy.

Tymczasem, jak już wskazano, rozpatrywanej sprawie Zamawiający w stosownej procedurze otrzymał i zgromadził oświadczenia potwierdzające niekaralność wszystkich aktualnie urzędujących członków organów Yutong.

Z tego względu należy stanąć na stanowisku, iż wyżej omawiane zarzuty odwołania są niezasadne — Konsorcjum zgodnie z przepisami wykazało brak karalności wszystkich aktualnie urzędujących członków organów zarządczych i nadzorczych spółki Yutong oraz nie podlega wykluczeniu.

Zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania, wskazując na ich generalną niezasadność, nietrafność i brak udowodnienia, należy podnieść, co następuje.

W rozdziale IV, pkt 4 pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał:

W celu potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom Zamawiającego, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

a) opis oferowanego pojazdu, z określeniem: marki, typu pojazdu, roku produkcji i pozostałych oczekiwań Zamawiającego wymienionych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (sporządzonym według Załącznika nr 1 do SIWZ) oraz przedstawieniem dodatkowych informacji na temat ewentualnego wyposażenia ponad wymagania Zamawiającego, jak również rysunek/rysunki z rozkładem siedzeń w pojeździe (dodatkowe

miejsce na drugi wózek lub rower) (załącznik nr 1 do SIWZ: Szczegółowy opis oferowanego autobusu komunikacji miejskiej i jego wyposażenia - wymagania Zamawiającego;

b) na potwierdzenie wielkości zużycia paliwa należy przedłożyć kopię Raportu Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) dla oferowanego typu autobusu, odzwierciedlającego warunki eksploatacji występujące dla typowej trasy miejskiej, zapewniającego powtarzalność i porównywalność wyników pomiaru zużycia paliwa w autobusach komunikacji zbiorowej. Wykonawca może przedstawić dokument potwierdzający zużycie energii wystawiony na innej wielkości (długości) autobusu, jednak z tego samego typoszeregu (czyli tego samego typu autobusu, z takim samym wyposażeniem, bez względu na długość pojazdu).

W formularzu ofertowym Busnex podano, iż oferowany jest autobus posiadający silnik marki Yutong typ TZ368XSYTB38, którego zużycie paliwa, tj. energii elektrycznej wynosi 0,76 kWh/1 km (jak najniższe zużycie energii było premiowane w ramach kryteriów oceny ofert)

W ramach tzw. dokumentów przedmiotowych, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przy piśmie z dnia 30 marca 2020 r. Konsorcjum przedłożyło:

- Raport techniczny nr: 62YTY0116A dotyczący zużycia paliwa.*
- Szczegółowy opis autobusów miejskich z napędem w stu procentach elektrycznym i ich wyposażenia (klasy MIDI/MAXI) — Wymagania Zamawiającego. Szczegółowy opis oferowanych autobusów komunikacji miejskiej i ich Uposażenia, sporządzone wg. wzoru Załącznika nr 1 do SIWZ.*
- Rysunki techniczne obrazujące ilość miejsc i rozkład siedzeń w oferowanym autobusie.*

Zdaniem Odwołującego, przedłożony przez Busnex Raport Techniczny wskazuje, iż testowano pojazd innego typu (MAXI) oraz z innym silnikiem (typ YTM280-CV9-H) niż oferowany (pojazd typu MIDI, i typ silnika TZ368XSYTB38), stąd nie można uznać, iż Busnex wykazał oferowane zużycie paliwa.

Odnośnie rzekomych różnic w typie autobusu należy wskazać, iż w prawodawstwie krajowym ani unijnym nie występują żadne typy autobusów określane jako „MIDI” i MAXI”. Są to określenia komercyjne, umowne, stosowane w obrocie, jednakże pozbawione wyraźnych rozgraniczeń w zakresie długości i pojemności autobusów. Przede wszystkim jednak nie odnoszą się do „typów” autobusów, np. Zamawiający w SIWZ, zamawiając autobusy MIDI lub MAXI posługuje się pojęciem „klasa MIDI/MAXI”, a nie pojęciem „typ MIDI/MAXI”. Natomiast pojęcie typu posiada definicję legalną zgodnie z art. 3 pkt 17 Dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu i Rady z dnia z dnia 5 września 2007 r. ustanawiająca ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów (L 263/1), „typ pojazdu” oznacza pojazdy należące do konkretnej kategorii, które nie różnią się od siebie przynajmniej pod

względem istotnych cech wymienionych w załączniku II sekcji B. Typ pojazdu może zawierać warianty i wersje określone w załączniku II sekcji B.

W rozumieniu ww. przepisów pojazd oferowany nie różni się pod względem istotnych cech od pojazdu testowanego w ramach przedłożonego Raportu technicznego, w tym pod względem wyposażenia, natomiast Zamawiający wyraźnie dopuścił w rozdziale IV, pkt 4 pkt 3 lit. b SIWZ różnice w długości pojazdów (która w tym przypadku wynosi ok. 1 m.)

Na marginesie można dodać, iż test autobusu dłuższego i cięższego niż oferowany, tym bardziej należy uznać za wystarczający dla potwierdzenia wielkości zużycia deklarowanych w ofercie - autobus oferowany jako lżejszy będzie osiągał w rzeczywistości lepsze wyniki spalania niż zaoferowane w oparciu o wyniki testu opisanego w przedłożonym Raporcie.

Natomiast jeśli chodzi o rodzaj testowanych silników, to Odwołujący myli się, iż w Raporcie technicznym opisano testy autobusu z silnikiem innym niż silnik w autobusie oferowanym w przedmiotowym Przetargu. Oznaczenie YTM280-CV9-H jest starszym i stosowanym głównie na rynku chińskim oznaczeniem silnika TZ368XSYTB38. Innymi słowy jest to ten sam silnik, wprowadzany do obrotu na różnych rynkach pod różnymi oznaczeniami. (...)

W tym stanie rzeczy upadają jakiegokolwiek twierdzenia i zarzuty, co do braków w potwierdzeniu deklarowanego i możliwego do osiągnięcia zużycia energii, oparte o występowanie wskazanych wyżej różnic, które nie istnieją.

W dalszej kolejności, Odwołujący wywodzi, że Należy wskazać, że przedstawiony Raport Techniczny w żaden sposób nie potwierdza, by autobus spełniał wymogi z pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, tj., że Busnex zaoferował w Przetargu autobus posiadający silnik o mocy nie wyższej niż 220 kW oraz o momencie obrotowym nie wyższym niż 1200Nm.

Tymczasem w świetle postanowień rozdziału IV, pkt 4 pkt 3 lit b SIWZ nie taka był cel żądania Raportu. W myśl ww. postanowień Raportu SORT-2 żądano jedynie na potwierdzenie wielkości zużycia paliwa, a nie wykazania innych parametrów oferowanego autobusu. Oferowane parametry silnika Konsorcjum potwierdziło i podało w przedkładanym w tym celu Załączniku nr 1 - zarówno w punkcie 1 1 tabeli „Podstawowe dane techniczne”, jak i w punkcie 1 tabeli „Wymagania szczegółowe dotyczące kompletacji i wyposażenia”. Są to parametry w pełni zgodne z SIWZ.

Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż z przedstawionego Raportu Technicznego wprost wynika, że badany w teście autobus posiadał silnik o mocy maksymalnej 350kW, a więc o 135 kW wyższą niż wskazana przez Busnex. Podana przez Busnex w Załączniku nr 1 moc silnika wynosi 215 kW i mieści się w przedziale określonym

przez Zamawiającego (120-220 kW). Taka moc znajduje również odzwierciedlenie w ww. Raporcie Technicznym, gdzie w pkt 8.3 (wiersz ostatni) podano moc znamionową silnika - 215 kW. Moc maksymalną netto również podawaną w Raporcie (350 kW) nie należy utożsamiać z mocą silnika, do której referuje Załącznik nr 1 do SIWZ.

Utożsamianie maksymalnej mocy netto silnika podanej w Raporcie Technicznym z mocą silnika opisaną przez Zamawiającego za pomocą określonego przedziału jest świadomym zabiegiem erystycznym Odwołującego - zwykłą ekwiwokacją w sposób absolutnie nieuprawniony podstawiającą górną moc z podanego przedziału, którą językowo można w tym kontekście określić jako maksymalną, z konkretnym pojęciem technicznym (moc maksymalna netto). Przedział mocy określony w Załączniku nr 1 do SIWZ przez Zamawiającego dotyczy określonej przez producenta tzw. mocy znamionowej silnika, na której poziom silnik został zaprojektowany i skonstruowany. Wskazanie mocy urządzenia, bez dookreślenia dodatkowych predykatów określających o jaką moc chodzi, oznacza, iż wartość ta referuje moc znamionową urządzenia. Powyższe dotyczy zarówno elektrycznych silników samochodowych, jak przystawionych odkurzaczy czy suszarek do włosów... etc.

Należy podkreślić, iż moc silnika netto dotyczy pracy jednostki bez obciążenia napędem testowanego pojazdu (moc uzyskiwana w warunkach hamowni silnikowej, gdzie silnik bądź silniki nie napędzają kół pojazdu) i nie może być uznana za moc rzeczywistą silnika, podawaną przez producenta dla silnika obciążonego, do której należy odnieść moc wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ.

Na podobnej zasadzie postawiony został zarzut niespełniania przez oferowany pojazd wymagań Zamawiającego opisanych w pkt. 20. tabeli „Wymagań Szczegółowych Dotyczących Komplektacji i Wyposażenia” Załącznika nr 1 do SIWZ, dotyczących m.in. okien (Minimalna liczba okien w autobusie z szybami przesuwными 4 sztuki)

Na postawie przedstawionych przez Busnex szczegółowych rysunków technicznych oferowanego autobusu, Odwołujący wywiódł, iż z nich jednoznacznie wynika, że w przedziale pasażerskim oferowany przez Busnex autobus nie posiada żadnych otwieralnych okien.

Tymczasem zgodnie z rozdz. IV, pkt 4 „ pkt 3 lit a SIWZ rzeczony rysunki nie służyły wcale potwierdzeniu ilości i sposobu ich otwierania, ale były dokumentem obrazującym i potwierdzającym spełnianie wymagań dotyczących miejsc. Rysunki przedłożone przez Busnex nie były żadnymi szczegółowymi rysunkami technicznymi i szczegółów dotyczących okien po prostu na nich nie zaznaczano. Zgodnie z ww. postanowieniami SIWZ spełnianie wymagań w tym zakresie Konsorcjum potwierdziło w szczegółowym opisie oferowanego autobusu (Załączniku nr 1 do SIWZ).

Reasumując, wszystkie ww. zarzuty należy uznać za niezasadne i nieudowodnione.

Ponadto na marginesie można zauważyć, iż zarówno Raport Techniczny, jak też opis oferowanego autobusu i rysunki obrazujące rozkład i liczbę miejsc stanowiły w myśl SIWZ tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dokumenty tego typu podlegają pełnemu uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a Busnex nie był dotychczas wzywany do ich uzupełnienia. Stąd w przypadku uznania, iż nie potwierdzają jakichkolwiek parametrów czy właściwości oferowanego pojazdu, Wykonawca winien otrzymać szansę ich poprawienia.

Również na marginesie można dodać, iż Odwołujący nie postawił zarzutu podania nieprawdziwych informacji i wprowadzenia Zamawiającego w błąd (art. 34 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp), których potwierdzenie i orzeczenie wykluczyłyby możliwość uzupełnienia i poprawienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.”

W dniu 22.09.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Stwierdził w nim: „Ad. Pkt 1, 2 i 3:

Zamawiający uważa, iż zarzuty Odwołującego.(w zakresie w/w pkt 1, 2 i 3) są niezasadne, z uwagi na poniższe:

Zamawiający, czyniąc zadość nakazowi wynikającemu z Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2020 r. (Sygn. akt: KIO 946/20), w dniu 12.08.2020 r. wezwał Przystępującego' na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy PZP do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 3) w/w ustawy potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający wymagał złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, potwierdzających brak podstaw wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 14 i 21 ustawy PZP oraz art. 24 ust. 5 pkt. 6 ustawy PZP dotyczących odpowiednio uczestnika konsorcjum Przystępującego tj. Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd., Yutong Road, Guancheng District, Zhengzhou City oraz osób wchodzących w skład organu nadzorczego, wspólników spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, prokurentów w/w uczestnika konsorcjum, w postaci:

- oświadczeń o których mowa w § 7 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126, z 2018 r. poz. 1993), w zakresie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 14 i 21 ustawy PZP oraz art. 24 ust. 5 pkt. 6 ustawy PZP. Dokumenty zawierać powinny odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego

reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem. lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub, gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby,, w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 14 i 21 ustawy PZP oraz art. 24 ust. 5 pkt. 6 ustawy PZP.

Przystępujący w dniu 19.08.2020 r. poinformował Zamawiającego, że na dzień otrzymania Wezwania oraz złożenia Zamawiającemu odpowiedzi, w skład urzędujących członków poszczególnych organów spółki Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. wchodzi następujące osoby:

- 1) T. Y. - Prezes Zarządu;
- 2) C. J. - Członek Rady Dyrektorów;
- 3) Y. L. - Członek Rady Dyrektorów;
- 4) Y. B. - Członek Rady Dyrektorów;
- 5) F. D. — Członek Rady Dyrektorów;
- 6) L. X. - Członek Rady Dyrektorów
- 7) L. K. - Członek Rady Dyrektorów
- 8) Y. X. - Członek Rady Dyrektorów;
- 9) G. X. - Członek Rady Dyrektorów;
- 10) S. X. - Członek Rady Nadzoru;
- 11) Z. Y. - Członek Rady Nadzoru;
- 12) Z. G. - Członek Rady Nadzoru;
- 13) W. Y. — Członek Rady Nadzoru;
- 14) Z. T. - Członek Rady Nadzoru.

Przystępujący poinformował także Zamawiającego, że załączone dokumenty i oświadczenia są aktualne na dzień ich złożenia. Wraz ze wskazaną powyżej informacją Przystępujący przekazał Zamawiającemu oświadczenia złożone przed notariuszem wraz z ich tłumaczeniem na język polski dotyczące spółki Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. oraz wskazanych powyżej osób.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż zaniechał wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów w zakresie aktualnego składu osobowego Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzorczej Partnera Konsorcjum Postępującego, gdyż nie przedłożył żadnych dokumentów potwierdzających dokonanie zmian w składzie w/w organów, aktualnych na dzień 19 sierpnia 2020 roku. Ponadto Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo, iż Przystępujący nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 1.3 odwołania, i tym samym nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania przetargowego.

Jak podnosi Odwołujący, Przystępujący nie przekazał żadnych dokumentów potwierdzających okoliczność rezygnacji, odwołania lub innego powodu zmiany w Radzie Dyrektorów oraz Radzie nadzoru Partnera Konsorcjum Przystępującego.

Rodzaj dokumentów jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców w toku procedury zamówienia publicznego oraz okoliczności, jakie dokumenty te mają potwierdzać określa Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282 t.j.).

Przywołane Rozporządzenie nie przewiduje żadnego szczególnego dokumentu, którego Zamawiający mógłby żądać na potwierdzenie składu organów nadzorczych Wykonawców. Pośrednio informacje takie zawarte są w przypadku Wykonawców posiadających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w dokumencie, o którym mowa w § 5 pkt 4) Rozporządzenia, tj. odpisie z właściwego rejestru lub centralnej lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji. W przypadku wykonawców z siedzibą poza terytorium RP odpowiedniki takich dokumentów mogą w swojej treści określać osobowy skład takich organów. Jednakże z treści Rozporządzenia nie wynika możliwość swobodnego żądania wskazanego dokumentu na potrzeby np. weryfikacji składu organów spółki, a tym bardziej wskazującego powody rezygnacji ich członków z zajmowanych funkcji, czy też dalsze okoliczności zmiany ich składu. Przywołany w § 5 pkt 4) Rozporządzenia wymóg dotyczący składania; przedmiotowego dokumentu jest ściśle powiązany z przesłanką wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt. 1 ustawy PZP (z uwagi na likwidację, lub upadłość wykonawcy), który jest przesłanką fakultatywną. Oznacza to, iż w przypadku gdyby w postępowaniu Zamawiający nie przewidział wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 ustawy PZP to nie miałby żadnych podstaw do wymagania przedłożenia dokumentu wskazanego w § 5 pkt 4) w/w Rozporządzenia.

Zamawiający ma także świadomość brzmienia art. 25 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym, może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W omawianym przypadku, wbrew stwierdzeniu Odwołującego, iż jakoby Przystępujący nie wykazał jaki jest aktualny skład organów spółki Yutong w dacie 19 sierpnia 2020 r., stwierdzić należy, że aktualny skład organów spółki Partnera , Konsorcjum Przystępującego został przez Przystępującego wskazany poprzez złożenie wraz z wymaganymi dokumentami oświadczenia wiedzy w tym zakresie. W związku z powyższym Zamawiający dysponuje wykazem osób aktualnie wchodzących w skład zarówno Rady Dyrektorów, jak, i Rady Nadzoru spółki Yutong Bus Co, Ltd. Jak wskazano w Wyroku KIO 1796/19 : „(...) informacja z KRK ma dotyczyć „urzędującego członka

zarządu” (art. 24 ust.1 pkt. 14 Prawa zamówień publicznych)”. Zasada ta dotyczy zatem wszystkich organów spółki. Żądanie dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów potwierdzających oświadczenie Przystępującego jest w opinii Zamawiającego nadmierne i nieuzasadnione, szczególnie z uwagi na fakt, iż Zamawiający pozyskał w toku prowadzonego postępowania aktualny dokument potwierdzający skład organów spółki Partnera Konsorcjum wystawiony na dzień 16.06.2020 r. Pozyskane dokumenty w wyniku wniosku o informację publiczną otrzymane od Gminy Bobowa w dniu 24.07.2020 r. znajdują się w aktach niniejszego postępowania przekazanych do KIO na nośniku DVD w pliku o nazwie „213f.BUSNEX KORESPONDENCJA - Udostępnione z Gminy Bobowa.zip” i dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Dostawa autobusu elektrycznego i stacji ładowania dla Gminy Bobowa” - znak sprawy RliGK 271.2.2020. W ramach dokumentów, którymi dysponuje Zamawiający znajduje się wyciąg z Krajowego Publicznego Systemu Informacji Kredytowej Dla Przedsiębiorstw, wskazujący identyczny skład organów spółki Partnera Konsorcjum Przystępującego jak w przedłożonym przez Przystępującego oświadczeniu wiedzy. W tym stanie sprawy Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, co do informacji o aktualnym składzie organów nadzorczych spółki Youtong.

Czyniąc zadość wymogom Odwołującego i dokonując uchylania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, po czym wzywając Wykonawcę najwyższej ocenionego do wyjaśnień w zakresie składu organów nadzorczych spółki Youtong Bus Co, Ltd., Zamawiający pozyskałby dokładnie te same informacje, którymi obecnie dysponuje. Skutek byłby jedynie taki, iż doprowadziłoby to do dodatkowego przedłużenia procedury, która w obecnym przypadku i tak jest już znacząco wydłużona - wszczęcie postępowania nastąpiło bowiem w dniu 29.01.2020 r..

Nadmienić należy także, że żądanie dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów potwierdzających oświadczenie Przystępującego nie może także być spowodowane chęcią ustalenia przyczyn zmian w składzie organów spółki Partnera Konsorcjum Przystępującego, tj. jak podnosi Odwołujący czy nastąpiło to w wyniku rezygnacji, odwołania lub innego powodu. Przyczyny zmiany składu organów spółki Partnera Konsorcjum Przystępującego są nieistotne dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Jeżeli natomiast Odwołujący posiada informacje, że skład organów spółki Partnera Konsorcjum Przystępującego jest inny niż wynika to z oświadczenia wiedzy Przystępującego to Odwołujący winien poinformować o tym fakcie Zamawiającego. W takiej sytuacji Zamawiający mógłby podjąć działania określone w ustawie PZP w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 15) i 17).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający nie ma wątpliwości dotyczących aktualnego składu organów spółki Partnera Konsorcjum Przystępującego i nie widzi konieczności wzywania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, a tym bardziej do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Ad. Pkt 4-7:

Z uwagi na fakt, iż przygotowanie i przeprowadzenie postępowania wymaga wiadomości specjalnych, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu powołał biegłych. Mając na uwadze, że zarzuty Odwołującego wskazane w pkt. 4-7 dotyczą parametrów technicznych oferowanego przez Przystępującego autobusu z napędem elektrycznym, Zamawiający pozyskał od powołanych biegłych opinię stanowiącą podstawę do oceny zarzutów Odwołującego.

Ad. Ppkt. 4 i 5

Zamawiający uważa, iż zarzuty Odwołującego (w zakresie w/w pkt 4 - 5) są niezasadne, z uwagi na poniższe:

Zamawiający działając w oparciu o opinię biegłych, którą dysponuje nie zgadza się ze zdaniem Odwołującego ponieważ na podstawie dostarczonego testu SORT 2 można tylko i wyłącznie stwierdzić, że oznaczenie silnika podane przez Przystępującego w złożonej ofercie w postępowaniu przetargowym i oznaczenie silnika w dostarczonym na potwierdzenie zużycia paliwa (w tym przypadku energii elektrycznej) dokumencie potwierdzającym przeprowadzenie testu SORT 2 nie są analogiczne. Jednak na podstawie wyłącznie nie tożsamego oznaczenia nie można jednoznacznie stwierdzić, że nie jest to ten sam silnik, jak próbuje udowodnić to Odwołujący.

Podczas badania oferty uznanej za najkorzystniejszą, u podstaw opinii Biegłych o zgodności oferty nr 1 z treścią SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia legły dwie istotne okoliczności:

Producent silnika trakcyjnego YUTONG, do oferowanego przez Przystępującego autobusu może używać dwóch oznaczeń tego samego silnika, czyli silnik dostarczany na rynek chiński posiada oznaczenie YTM280-CV9-H (nawiasem mówiąc błędnie określone przez Odwołującego w odwołaniu jako: „YTMN280-CV9-H”), co dla odbiorców w Chińskiej Republice Ludowej jest jednoznaczne, że silnik trakcyjny z oznaczeniem gdzie pierwszą literą jest Y oznacza, że został wyprodukowany w firmie YUTONG, a ten sam silnik dostarczany na rynek europejski posiada już typowe europejskie oznaczenie zaczynające się od litery T, czyli TZ368XSYTB38, w którym litera T oznacza silnik trakcyjny.

Biegli zwrócili uwagę na fakt, że test SORT 2 został wykonany w Chińskiej Republice Ludowej, co może mieć znaczenie przy oznaczaniu silnika w testowanym autobusie.

Nie można również wykluczyć sytuacji, że w okresie od dnia wystawienia dokumentu o przeprowadzonym teście, tj. od 8 lipca 2019 r. do dnia złożenia oferty przez Przystępującego, producent silnika YUTONG sam zmienił oznaczenie swojego produktu.

Zamawiający na podstawie opinii Biegłych stanowczo nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że na podstawie dostarczonego przez Przystępującego dokumentu: Raportu Technicznego test SORT 2 i Formularza ofertowego, w których występują inne oznaczenia silnika, można stwierdzić, że są to dwa różne silniki. Odwołujący poza wskazaniem na brak tożsamości oznaczeń nie przedstawił żadnych innych okoliczności, a nade wszystko nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które jego twierdzenia w tym zakresie by potwierdzały.

Na etapie badania oferty Biegli nie mieli wątpliwości, że chodzi o ten sam silnik. Tym bardziej, że podane parametry silnika są zgodne, zarówno w Załączniku nr 1 do SIWZ jak i w Raporcie Technicznym.

Odnosząc się jeszcze do podpunktu 5, w którym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu: „... poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex nie wykazał zużycia paliwa dla oferowanego pojazdu, w tym dla oferowanego typu silnika;” Zamawiający wskazuje, że żądał określenia w Formularzu ofertowym wyłącznie podania: zużycia paliwa, tj. energii elektrycznej przez oferowane autobusy z napędem w stu procentach elektrycznym”, czyli określenia zużycia paliwa dla oferowanego pojazdu a nie jak to sugeruje Odwołujący również „...w tym dla oferowanego typu silnika”,

Przedstawione powyżej stanowisko potwierdza Przystępujący w przesłanym Zamawiającemu w dniu 21.09.2020 r. piśmie procesowym.

Ad. Pkt 6 i 7:

Zamawiający uważa, iż zarzuty Odwołującego (w zakresie w/w pkt 6 i 7) są niezasadne, z uwagi na poniższe:

W celu zbadania tego zarzutu Biegli przeanalizowali dokument Raport Techniczny nr 62YTY0116A. Odwołujący w podpunkcie nr 6 zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że przystępujący zaoferował w postępowaniu pojazd posiadający silnik o mocy wyższej niż 220 kW i momencie obrotowym wyższym niż 1.200 niutonometrów.

Biegli w celu zbadania tego zarzutu i uniknięcia możliwości wystąpienia pomyłki chociażby podczas tłumaczenia dokumentu na język polski sięgnęli również do dokumentu źródłowego, czyli do kopii Raportu Technicznego nr 62YTY0116A dostarczonego w języku angielskim.

Przedstawiony przez Przystępującego Raport Techniczny nr 62YTY0116A drogowego zużycia paliwa (w tym przypadku energii elektrycznej) test SORT 2, tylko i wyłącznie w punkcie 8 Raportu podaje parametry techniczne dotyczące silnika zabudowanego w autobusie poddanym testom.

I tak punkt 8 Raportu Technicznego nr 62YTY0116A, zarówno oryginalny w języku angielskim, jak i w tłumaczeniu na język polski, przedstawia wyłącznie poniższe dane:

- „8 Silniki elektryczne*
- 8.1 Typ Silnik synchroniczny z trwałym magnesem*
- 8.2 Liczba Jeden*
- 8.3 Moc Maksymalna moc netto:
350 kW w 1700-3000 min⁻¹
Maksymalna moc 30 minut:
215 kW*
- 8.4 Waga 330kg”.*

Z przedstawionych w dokumencie parametrów technicznych dotyczących silnika w testowanym autobusie jednoznacznie wynika, że punkcie 8.1 przeprowadzający test określił, że przeprowadza test autobusu z zamontowanym jako jednostka napędowa silnikiem synchronicznym ze stałym magnesem, w punkcie 8.2 podał, że autobus jest wyposażony w jeden silnik (należy przypuszczać, że jest to tak zwany silnik centralny), z kolei w punkcie 8.3 podał dwie moce: maksymalną moc netto silnika, która wynosi 350 kW w 1.700 do 3.000 min⁻¹, oraz maksymalną - nominalną moc silnika (zwaną też jako moc znamionowa, oznaczana na tabliczkach znamionowych silnika), czyli moc silnika sprzężonego z wałem napędzającym oś pędną autobusu, który był testowany, zaś w punkcie 8.4 podał wagę silnika - 330 kg.

Przede wszystkim Zamawiający żądając od wybranego Wykonawcy testu SORT 2, żądał potwierdzenia dwóch rzeczy, pierwsza to jaką ilość energii elektrycznej zużyje autobus na przejechanie jednego kilometra, autobus a nie zamontowany w nim silnik, drugą, to jaką moc rzeczywistą będzie miał silnik z zespołem napędowym proponowanego autobusu. Zamawiającego nie interesowała moc netto stosowanego silnika w proponowanym autobusie, ponieważ ta moc potrafi być dużo ponad pięćdziesiąt procent niższa w momencie sprzężenia silnika z urządzeniem, które ma napędzać. Dlatego przytaczane przez Odwołującego wywody na temat odpowiedzi Zamawiającego dotyczące wyznaczonych widełek mocy nominalnej lub znamionowej jaką ma mieć silnik proponowanego autobusu są Biegłym niezrozumiałe. Zamawiający odpowiedział, że może zmienić granicę mocy silnika, ale nie zgadza się na likwidację takiej granicy. Zdaniem Biegłych zgoda na likwidację granicy, o której pisał jeden z potencjalnych Wykonawców mogła by doprowadzić do absurdów, tj. zastosowanie nad wyraz mocnego silnia, który w warunkach Zamawiającego nie będzie miał zastosowania, lub do zastosowania silnika z tak małą mocą, która by nie pozwoliła ruszyć autobusowi nawet z połową pasażerów na jaką został przystosowany.

O ile w pierwszym przypadku mogłoby to doprowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu przekroczenia granicy wyniku testu SORT 2, to w drugim przypadku

Wykonawca uzyskałby bardzo wysoką punktację, ale dostarczony autobus byłby nieprzydatny Zmawiającemu. Odwołujący sam doświadczył tego, że nie każdy autobus nadaje się w każde miejsce. Odwołujący zaproponował autobus z silnikiem o mocy znamionowej 120 kW. Autobus z tego samego typoszeregu jednak o długości 8 m, dostarczył do testów w Gminie Świeradów Zdrój i pomimo, że autobus nie był nawet w połowie wypełniony, to nie był w stanie pozytywnie zaliczyć testów. Powodem był za słaby silnik trakcyjny autobusu. A przecież Odwołujący zaproponował w niniejszym postępowaniu autobus o długości 11,1 m, czyli dużo cięższy. Idąc tym tokiem myślenia Odwołujący może błędnie uważać, że podawana moc znamionowa zastosowana w proponowanym autobusie może być mocą netto, czyli w rzeczywistości zastosowany silnik w proponowanym autobusie może nawet nie posiadać mocy znamionowej na poziomie 60 kW.

Najważniejszą kwestią jest fakt, że Raport Techniczny nr 62YTY0116A, jest raportem potwierdzającym przede wszystkim jakie ma zużycie paliwa (energii elektrycznej) autobus na 100 km. Dlatego też powoływanie się Odwołującego na moc silnika netto jest zdaniem Biegłych ewidentną próbą manipulacji. Zamawiający żądał Raportu SORT 2 na potwierdzenie wyniku zużycia energii elektrycznej przez autobus na dystansie 100 km, odzwierciedlającym warunki eksploatacji występujące dla typowej trasy miejskiej, czyli ilość energii elektrycznej zużytej przez silnik sprzężony z wałem napędowym autobusu, z kompletnym wyposażeniem autobusu. Tu Raport Techniczny nr 62YTY0116A podaje, że zamontowany silnik sprzężony z wałem napędowym badanego autobusu podczas testu zużył 76 kW na 100 km i osiągnął moc maksymalną 215 kW. czyli zgodnie z danymi przedstawionymi zarówno w ofercie przetargowej jak i w załączniku nr 1 do SIWZ.

W opinii biegłych, którą w pełni podziela Zamawiający, jest to wystarczający dowód, że proponowany autobus będzie średnio zużywał 76 kW na 100 km. Przedstawiony przez Wykonawcę nr 1 Raport Techniczny nr 62YTY0116A, co prawda podaje też moc netto silnika, czyli pracę silnika bez obciążania jego wału, jednak nie podaje jaką ilość energii elektrycznej zużył ten silnik podczas swojej pracy jałowej. Zresztą informacja ta jak i informacja jaką moc netto osiąga silnik zastosowany w autobusie jest Zamawiającemu do niczego niepotrzebna. Ważną informacją dla Zamawiającego jest natomiast rzeczywiste zużycie energii przez autobus podczas przejechanych 100 km i taką informację otrzymał.

W analizowanym dokumencie w oryginale jak i w dostarczonym przez Wykonawcę tłumaczeniu, Biegli nie znaleźli odniesienia do zarzucanego przez Odwołującego parametru, czyli momentu obrotowego. Dlatego Biegli uznają, że ten zarzut jest bezpodstawny i oparty na nieprawdziwych podstawach faktycznych.

Ponadto podane parametry silnika są zgodne, zarówno w Załączniku nr 1 do SIWZ jak i w Raporcie Technicznym. Raport Techniczny nr 62YTY0116A podaje, że zamontowany silnik sprzężony z wałem napędowym badanego autobusu podczas testu zużył 76 kW na

100 km i osiągnął moc maksymalną 215 kW, czyli zgodnie z danymi przedstawionymi zarówno w ofercie przetargowej jak i w załączniku nr 1 do SIWZ.

Ad. Pkt 8:

Zamawiający uważa, iż zarzuty Odwołującego (w zakresie w/w pkt 8) są niezasadne, z uwagi na poniższe:

Również z tym zarzutem postawionym przez Odwołującego Zamawiający stanowczo się nie zgadza. W opinii Zamawiającego przedłożone przez przystępującego rysunki przedstawiają to czego oczekiwał Zamawiający, są w pełni wystarczające i w pełni wyczerpują oczekiwania Zamawiającego.

Dokładne żądania Zamawiającego zostały opisane w SIWZ i zgodnie z jej zapisami wymagane było: „złożenie dokumentu w postaci: opisu oferowanego pojazdu, z określeniem: marki, typu pojazdu, roku produkcji i pozostałych oczekiwań Zamawiającego wymienionych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (sporządzonym, według Załącznika nr 1 do SIWZ) oraz przedstawieniem dodatkowych informacji na temat ewentualnego wyposażenia ponad wymagania Zamawiającego,, jak również rysunek/rysunki z rozkładem siedzeń w pojeździe (dodatkowe miejsce na drugi wózek lub rower) [załącznik nr, 1 do SIWZ: Szczegółowy opis oferowanego autobusu komunikacji miejskiej i jego wyposażenia - wymagania Zamawiającego].”

Jak wskazał w uzasadnieniu Odwołujący: „Tymczasem Busnex złożył do Przetargu zgodnie z wymogami Zamawiającego, szczegółowe rysunki techniczne oferowanego autobusu, uwzględniające nie tylko wymiary oferowanego autobusu, ale również jego kolorystykę, rozkład i wymiary miejsca, a także rzuty autobusu.”

Zamawiający natomiast nie wymagał w postępowaniu szczegółowych rysunków oferowanych autobusów. Przedłożone przez Przystępującego rysunki przedstawiać miały tylko i wyłącznie te elementy, o które wystąpił Zamawiający. Zamawiający nie żądał, w postępowaniu rysunków potwierdzających ilości i rozłożenia okien przesuwnych na ścianach bocznych w proponowanych w ofercie autobusach. Nie żądał też rysunków technicznych z wymiarami okien, a tym bardziej z wymiarami okien przesuwnych. W konsekwencji przedmiotowego zarzutu Odwołującego nie sposób podzielić z uwagi, na jego oczywistą bezzasadność.

Idąc tokiem myślenia Odwołującego, rysunki przedłożone przez Przystępującego mogłyby być dowodem na. niespełnienie prawie żadnego z warunków określonych w Załączniku nr 1. Jednak Zamawiający zażądał potwierdzenia konkretnych elementów i detali za pomocą rysunków, a dostarczone przez Przystępującego rysunki miały potwierdzić, tylko i wyłącznie to żądanie i zdaniem Zamawiającego to żądanie zostało, w pełni spełnione w przedstawionych przez Przystępującego rysunkach.

Ad. Pkt 9:

Zamawiający uważa, iż zarzuty Odwołującego (w zakresie w/w pkt 9) są niezasadne, z uwagi na poniższe:

Jak wskazano w powyższym uzasadnieniu Zamawiający nie ma podstaw do Wykluczenia Przystępującego z niniejszego postępowania z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie ma także podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w szczególności z powodu niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

Z uwagi na powyższe, w opinii Zamawiającego nie został naruszony art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP gdyż oferta Przystępującego została wybrana przez Zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy PZP.”

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, odpowiedziami na pytania, oferta Przystępującego, wezwaniami i uzupełnieniami Przystępującego, czy też informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odnośnie – złożonej na rozprawie w dniu 30.09.2020 r. opinii prywatnej złożonej przez Odwołującego, tj. Opinii nr PF -9/20 z 28.09.2020 r., czy też uzupełnienia tej opinii, jak i ekspertyzy z 29.09.2020 r. złożonej przez Przystępującego także na rozprawie w dniu 30.09.2020 r. Nadto, co do złożonego przez Odwołującego na rozprawie w dniu 30.09.2020 r. wykazu biegłych sądowych przy Sądzie Okręgowym w Legnicy, czy też wydruku strony internetowej danych zakładu budżetowego – tzn. Zakładu Komunikacji Miejskiej w Polkowicach.

W pierwszej kolejności, Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według

judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne stanowią stanowisko strony, w tym także w tym wypadku Przystępującego, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Izba także podnosi że nie było wniosku o powołanie dowodu z opinii biegłego, co jest istotne z punktu widzenia tego, iż postępowanie przed Izba ma charakter kontraktydoryjny i nie jest rolą składu orzekającego Izby zastępowanie w tym zakresie Odwołującego. Przy czym, Izba wskazuje na istotne dowody złożone na obu rozprawach przez Przystępującego pozwalające na wydanie adekwatnego do nich orzeczenia.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że autorami opinii dołączonej do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, są biegli powołani mocą zarządzenia nr 673/20 Burmistrza Polkowic z 27.01.2020 r. na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego, co dopuszczają i przewidują przepisy Pzp (art. 21 ust. 4), co czyni tą opinie elementem postępowania przetargowego.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie:

- pozyskany z Gminy Bobowa dokument potwierdzający aktualny skład organów Zhengzhou Yutong Bus Co., Ltd.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Odwołującego na rozprawie 23.09.2020 r.:

- wydruki (6 sztuk) wraz z tłumaczeniami stron internetowych dealera autobusów partnera konsorcjum, czyli Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. na rynek europejski i pozaeuropejski.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Odwołującego na rozprawie 30.09.2020 r.:

- wydruk zdjęcia modelu autobusu oferowanego przez Przystępującego E10.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Przystępującego na rozprawie 23.09.2020 r.:

- 1) odpis pełny z Krajowego Publicznego Systemu Informacji Kredytowej dla Przedsiębiorstw (chińskiego rejestru przedsiębiorców) wraz z tłumaczeniem;
- 2) Dwie Tabliczki znamionowe silnika typu TZ, jak i YTM, tj. wydruki ich zdjęć z tłumaczeniem;
- 3) Oświadczenie producenta z tłumaczeniem;
- 4) Test Report nr 2020051 OKI 0653 z tłumaczeniem.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Przystępującego na rozprawie 30.09.2020 r.:

- wydruki 4 folderów m.in. na rynek rosyjski, bułgarski wraz z odręcznym tłumaczeniem;
- wydruk definicji mocy znamionowej z encyklopedii internetowej PWN.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odpowiedź na odwołanie, pismo uczestnika postępowania, czyli Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13) i 14) Pzp., poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, pomimo, iż Busnex nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 13), 14), 21) Pzp. oraz § 7 ust. 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex, pomimo, iż Busnex nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i tym samym nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
3. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Busnex do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie aktualnego składu osobowego Rady Dyrektorów oraz Rady Nadzorczej Partnera Konsorcjum Busnex, tj. Yutong, mimo że Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dokumentów potwierdzających dokonanie zmian w składzie w/w organów, aktualnych na dzień 19 sierpnia 2020 roku;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z pkt. IV.4.3.b) SIWZ, poprzez przedstawienie kopii Raportu Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) dla innego typu silnika niż oferowany przez Busnex;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z pkt. IV.4.3.b) SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex nie wykazał zużycia paliwa dla oferowanego pojazdu, w tym dla oferowanego typu silnika;
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex zaoferował pojazd posiadający silnik o mocy wyższej niż 220 kW oraz o momencie obrotowym wyższym niż 1200Nm;
7. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z pkt. IV.4.3.b) SIWZ w zw. z pkt. 11. Podstawowych Danych Technicznych Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z pkt. 1. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex zaoferował pojazd posiadający silnik, którego parametrów, w tym parametrów zużycia paliwa, w ogóle nie potwierdził;
8. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. pkt. 20. Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex, pomimo że Busnex zaoferował pojazd nie spełniający parametru: liczba okien w autobusie z szybami przesuwными 4 sztuki, o wysokości od 20 do 60 cm;
9. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy (tj. Busnex) wybranemu przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma uczestnika postępowania, tj. Przystępującego.

Z oferty wynika, że Konsorcjum oferuje autobusy posiadające silnik (producent, typ): marka Yutong typ TZ368XSYTB38.

Złożono przy piśmie z 30.03.2020 r. Raport Techniczny nr 62YTY0116A, typ: ZK6128BEVG, w rubryce „Silnik” – podano producent oraz typ: Zhengzhou Yutong Bus Co. Ltd, YTM280-CV9-H. W rubryce nr 8 (silniki elektryczne) podano przy parametrze „Moc” (pkt 8.3) - maksymalna moc netto: 350kW at 1700-3000min, maksymalna moc 30 min: 215 kW. Podobnie rysunek będący podstawą zarzutu ósmego odwołania.

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. Z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, czyniąc zadość nakazowi wynikającemu z wyroku KIO z dnia 30 lipca 2020 roku, sygn. akt KIO 946/20, wezwał Przystępującego do złożenia, uzupełnienia lub

poprawienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający wymagał złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp dotyczących członka konsorcjum Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. oraz osób wchodzących w skład organu nadzorczego, wspólników spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, prokurentów uczestnika konsorcjum, w postaci oświadczeń, o których mowa w § 7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp.

Przystępujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, potwierdzających brak podstaw wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp dotyczących uczestnika konsorcjum, tj. Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. oraz osób wchodzących w skład organu nadzorczego, wspólników spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, prokurentów uczestnika konsorcjum, w postaci:

- oświadczeń, o których mowa w § 7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp złożył oświadczenia wraz z tłumaczeniami na język polski.

Jednocześnie wskazano, że na dzień otrzymania wezwania oraz złożenia odpowiedzi, w skład urzędujących członków poszczególnych organów spółki Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. wchodzi następujące osoby:

- 1) T. Y. – Prezes Zarządu;
- 2) C. J. – Członek Rady Dyrektorów;
- 3) Y. L. – Członek Rady Dyrektorów;
- 4) Y. B. – Członek Rady Dyrektorów;
- 5) F. D. – Członek Rady Dyrektorów;
- 6) L. X. – Członek Rady Dyrektorów
- 7) L. K. – Członek Rady Dyrektorów
- 8) Y. X. – Członek Rady Dyrektorów;

- 9) G. X. – Członek Rady Dyrektorów;
- 10) S. X. – Członek Rady Nadzoru;
- 11) Z. Y. – Członek Rady Nadzoru;
- 12) Z. G. – Członek Rady Nadzoru;
- 13) W. Y. – Członek Rady Nadzoru;
- 14) Z. T. – Członek Rady Nadzoru. Wykonawca poinformował, że załączone dokumenty i oświadczenia są aktualne na dzień ich złożenia.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów od pierwszego do trzeciego, w ocenie Izby podlegają one oddaleniu.

Przystępujący przedstawił jaki jest aktualny skład organów Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. w ramach pisma z 19.08.2020 r., tj. na dzień otrzymania wezwania (12.08.2020 r.), a zarazem złożenia odpowiedzi, jak i przedstawił stosowne oświadczenie złożone przed notariuszem. W ocenie Izby, Odwołujący w żaden sposób nie podważył złożonego oświadczenia, co do stanu osobowego. Jednocześnie, Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w odniesieniu do podmiotów zagranicznych odnosi się do stosownych odpowiedników w danym kraju. Przy czym, Odwołujący oczekiwał potwierdzenia, czy też weryfikacji składu organów spółki.

Jednakże z § 5 pkt 4) przywołanego Rozporządzenia wynika, iż wymóg dotyczący składania; przedmiotowego dokumentu jest ściśle powiązany z przesłanką wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp (z uwagi na likwidację, lub upadłość wykonawcy), który jest przesłanką fakultatywną. Oznacza to, iż w przypadku gdyby w postępowaniu Zamawiający nie przewidział wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp to nie miałyby żadnych podstaw do wymagania przedłożenia dokumentu wskazanego w § 5 pkt 4) w/w Rozporządzenia. Inaczej mówiąc, Zamawiający nie ma swobody w żądaniu takiego dokumentu. Przy czym, Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp, a dowód złożony na rozprawie będący chińskim odpowiednikiem polskiego KRS-u zupełnie powyższy zarzut dezawuuje.

W pozostałym zakresie, w ocenie Izby, Zamawiający mógł poprzestać na samym oświadczeniu, co do zaistniałej zmiany w składzie osobowym, gdyż przepisy przywołanego

powyżej Rozporządzenia nie określają w sposób definitywny określonego i ostatecznego sposobu weryfikacji przez taki lub inny dokument, mogło to być oświadczenie.

W konsekwencji, brak było też podstaw do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Złożony na rozprawie wydruku będący chińskim odpowiednikiem polskiego KRS-u sprawę definitywnie przesądza. W ocenie Izby, Zamawiający mógł poprzestać na oświadczeniu, dopóki Odwołujący nie udowodniłby Przystępującemu złożenie nieprawdziwych informacji, co nie miało miejsca.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów od czwartego do siódmego, w ocenie Izby podlegają one oddaleniu.

Odwołujący zarzucił Przystępującemu przedstawienie kopii Raportu Technicznego drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) dla innego typu silnika niż oferowany; nie wykazanie zużycia paliwa dla oferowanego pojazdu, w tym dla oferowanego typu silnika; zaoferowanie pojazdu posiadającego silnik o mocy wyższej niż 220 kW oraz o momencie obrotowym wyższym niż 1200Nm, ale i zaoferowanie pojazdu posiadającego silnik, którego parametrów, w tym parametrów zużycia paliwa, w ogóle nie potwierdził.

W pierwszej kolejności, izba podnosi, że producent silnika tak typu TZ, jak i YTM produkowanego dla firmy Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. jednoznacznie oświadczył (w ramach złożonego oświadczenia z 14.09.2020 r. przedłożonego na rozprawie w dniu 23.09.2020 r. i odtajnionego z kolei na rozprawie w dniu 30.09. 2020 r.), że: *„to ten sam silnik, tylko zasady jego nazewnictwa są inne, a konstrukcja jest taka sama”*. Następnie, Izba wskazuje, że podobnie wynika z Raportu szczelności, tj. Test Report nr 2020051 OKI 0653 złożonego na rozprawie w dniu 23.09.2020 r. (nazwę autora raportu z badania - CQC Intime Technology Co., Ltd. - odtajniono z kolei na rozprawie w dniu 30.09. 2020 r.). Wskazuje się tam, że modelem testowym był silnik TZ, ale z uwagi na tożsamość konstrukcyjną odnosi się do silników YTM.

W konsekwencji nie można skutecznie podważać Raportu Technicznego nr 62YTY0116A drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) dotyczącego autobusu Yutong E12. Należy też zauważyć, że poprzez wymóg z Rozdz. IV ust. 4 pkt 3 lit. b SIWZ Zamawiający dopuszczał raport dla autobusu nawet innej wielkości, ale z tego samego typoszeregu, przy czym z takim samym silnikiem jak w autobusie oferowanym (odpowiedzi na pytania 23 pkt 2 – pismo z 24.02.2020 r.).

W rezultacie należy, na podstawie przedłożonych dowodów, uznać, że złożony Raport Techniczny nr 62YTY0116A dla silnika typu YTM jest adekwatny dla silnika typu

TZ. Skutkuje to tym, że wbrew tezie Odwołującego Przystępujący wykazał zużycie paliwa dla oferowanego pojazdu, w tym dla oferowanego typu silnika.

Nadto, w ocenie Izby, pojazd zaoferowany E10, jego silnik ma moc 215 kW, jak i jest o mocy obrotowej 1200 Nm. Potwierdzają tak kolejne dowody złożone na rozprawie 23.09.2020 r. przez Przysypującego, tj. dwie Tabliczki znamionowe silnika typu TZ, jak i YTM, tj. wydruki ich zdjęć z tłumaczeniem, ale także dowody złożone przez samego Odwołującego na rozprawie 23.09.2020 r. – jeden z 6 sztuk wydruków wraz z tłumaczeniami stron internetowych dealera autobusów partnera konsorcjum, czyli Zhengzhou Yutong Bus Co, Ltd. na rynek europejski i pozaeuropejski. Dotyczy to wydruku tłumaczenia z j. hiszpańskiego (E12), gdzie stwierdza się moc znamionowa: 215 Kw, moc maksymalna 350 Kw, nominalny moment obrotowy 1200 Nm. Nadto, z wydruku tłumaczenia Oxford Bus Company wynika, że zarówno autobusy E10, jak i E 12 mają te same elementy. Z kolei, z wydruku tłumaczenia Newport Transport wynika, że E10 i E12 wykorzystują ten sam elektryczny układ napędowy. Dodatkowo potwierdzają to (moc znamionowa: 215 Kw, moc maksymalna 350 Kw, nominalny moment obrotowy 1200 Nm) dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie 30.09.2020 r. tzn. wszystkie 4 wydruki folderów m.in. na rynek rosyjski, bułgarski wraz z odręcznym tłumaczeniem. Tak dla autobusów E 10, jak i E 12.

W ocenie Izby, zaoferowany pojazd posiada silnik, które parametry zostały potwierdzone. Spełnia więc wymogi z pkt 11 Podstawowych Danych Technicznych załącznika nr 1 do SIWZ oraz pkt 1 Wymagań Szczegółowych Dotyczących Komplektacji i Wyposażenia załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący abstrahuje od złożonych dowodów, także przez siebie i próbuje konstruować nowe zarzuty, które nie były w odwołaniu. Przede wszystkim dotyczy to tego, że podnosił na rozprawie w dniu 30.09.2020 r., iż zaoferowano Zamawiającemu prototyp, jak i kwestii momentu obrotowego. W ocenie Izby, są one spóźnione i nie podlegają rozpoznaniu. Zwrócić jedynie należy uwagę Odwołującego na argumentację Zamawiającego z rozprawy, gdzie Zamawiający stwierdził, że: *„Wskazuje na § 1 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy, w którym znajduje się odniesienie do świadectwa homologacji, jak również w § 1 ust. 5 znajduje się zapis dot. obowiązku ponoszenia kosztów przez wykonawcę związanych z dostosowaniem autobusów do polskich norm jak również wymagań zgodnymi z polskimi przepisami homologacyjnymi.”*. Uznając, że świadectwo homologacji należało dostarczyć przy dostawie, a nie zaoferować obligatoryjnie produkt, który miał świadectwo homologacyjne w terminie składnia ofert. Nadto, na same dowody Odwołującego oraz Przystępującego co do zachowania momentu obrotowego silnika.

Jednocześnie, co do samych dowodów, względem mocy maksymalnej netto podanej w Raporcie Technicznym nr 62YTY0116A – nie jest to moc z wypełnionego załącznika nr 1 dołączonego do oferty. Chodziło bowiem o moc znamionową, która jest zgodna

z oczekiwana w przyjętych widełkach przez Zamawiającego (odpowiedzi na pytanie 21 – pismo z 24.02.2020 r.).

Dodatkowo, Izba ponownie wskazuje, tak jak obszernie powyżej, względem złożonych opinii, że są one jedynie stanowiskiem stron które je złożyły. Nie były elementem przesadzającym w przedmiotowej sprawie, gdyż Przystępujący na obu rozprawach złożył istotne dowody pozwalające na wydanie adekwatnego do nich orzeczenia. Potwierdziły one parametry silnika kwestionowane przez Odwołującego. Nadto, w samej opinii prywatnej złożonej przez Odwołującego znajduje się kwestie, które nie były elementem zarzutu (bateria). Izba także uważa że negowanie treści tabliczek, na podstawie dat na nich zawartych jest zbyt daleko idące. Przystępujący wskazywał, że data na tabliczce to data montażu tabliczki i silnika w autobusie. Nadto, nie świadczy wcale o tym, że silnik o danych symbolach nie był produkowany w dacie składania ofert. Silnik bowiem o danych symbolach był produkowany w dacie składania ofert. Wynika to z powszechnie dostępnych stron firmy Yutong. Autor też w żaden sposób nie podważył w sposób wiarygodny danych z tabliczek. Jednocześnie autor opinii opiera się na maksymalnym momencie obrotowym, a nie nominalnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu ósmego, w ocenie Izby podlega on oddaleniu.

Wymaga podkreślenia, że rysunki załączone przez Przystępującego w ramach pisma w dniu 30.03.2020 r. na wezwanie Zamawiającego, na podstawie których Odwołujący konstruuje swój zarzut są niewiarygodne i nieadekwatne, gdyż nie taki był ich cel, w konsekwencji nie musiały tych szyb zawierać. Rysunek ten był oczekiwany na potwierdzenie wymogu dotyczącego ilości miejsc siedzących oraz spełnienia wymogu dotyczącego zapewnienia miejsca dla 2 osób niepełnosprawnych obok siebie (rozd. IV ust 4 pkt 3 lit a SIWZ). W zakresie wymogów technicznych Przystępujący potwierdził wymóg dotyczący szyb z pkt 20 Wymagań Szczegółowych Dotyczących Kompletacji i Wyposażenia (załącznik nr 1 do SIWZ): „Minimalna liczba okien w autobusie z szybami przesuwanymi 4 sztuki, o wysokości od 20 do 60 cm” w ramach wypełnionego wzoru załącznika parametrów technicznych przedstawionego w ofercie (załącznik nr 1), tj. w pkt 20. Nadto, Zamawiający stwierdził na rozprawie 23.09.2020 r., iż nie oczekiwał żadnego odrębnego dokumentu na potwierdzenie parametru dotyczącego przesuwanych szyb. Dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie 30.09.2020 r. nie ma przełożenia w przedmiotowej sprawie, gdyż Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że producent może szyby dostosować,

w ramach danego modelu do potrzeb danego odbiorcy. Niewątpliwie nie będzie to oznaczać, że nie jest to pojazd seryjny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia wcześniejszych zarzutów odwołania, oddaleniu podlega ostatni zarzut dziewiąty.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....