

WYROK

z dnia 30 września 2021 roku
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Śniadowo, ul. Ostrołęcka 11, 18-411 Śniadowo

przy udziale wykonawcy Busnex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Annapol 3, 03-236 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska na rzecz zamawiającego: Gmina Śniadowo, ul. Ostrołęcka 11, 18-411 Śniadowo kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Gmina Śniadowo (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa autobusu elektrycznego dostosowanego do przewozu dzieci oraz stacji ładowania”, numer referencyjny: RGI.Z.271.6.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 czerwca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer 2021/S 104-273090.

Zamawiający 27 lipca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Busnex Poland sp. z o.o. (dalej: „Busnex” lub „Wykonawca”). Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca Solaris Bus & Coach sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP przez zaniechanie wykluczenia Busnex, podczas gdy wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd co do zgodności oferty z warunkami zamówienia, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, bowiem skutkowało błędnym uznaniem, że pojazd wykonawcy jest wyposażony w układ kierowniczy z pełną regulacją pulpitu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. nie określającej modelu oferowanej ładowarki, jak i niezgodnej z pkt 6 (min. trzy moduły ładowania), 7 (zastosowanie rampy) i 17 (regulowany pulpit) OPZ;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę najdalej idących zarzutów z pkt 1 i 2 Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego:

3) art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Busnex do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie spełnienia parametrów technicznych oferowanego pojazdu określonych w pkt 6 - 12, 18 i 20 OPZ.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) wykluczenie Busnex z postępowania i odrzucenie oferty tego wykonawcy;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę najdalej idących zarzutów i żądań związanych wykluczeniem tego wykonawcy i z odrzuceniem jego oferty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

2) wezwanie Busnex do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie spełnienia przez oferowany pojazd parametrów określonych w pkt 6 - 12, 18 i 20 OPZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że przedmiotem zamówienia jest dostawa autobusu elektrycznego dostosowanego do przewozu dzieci oraz dostawa stacji ładowania. Wymagania techniczne nabywanego pojazdu zostały szczegółowo

wskazane w załączniku nr 1 do SWZ - Opisie przedmiotu zamówienia (w treści: „OPZ”). Ponadto w toku postępowania Zamawiający czterokrotnie udzielał wyjaśnień odnośnie treści SWZ, które w zdecydowanej większości dotyczyły parametrów technicznych. Wykonawcy składając ofertę powinni byli wypełnić formularz ofertowy, a także załączyć do niego formularz oferty technicznej (dalej: „Oferta techniczna”). W dokumencie tym zawarte były wszystkie wymogi OPZ wraz z osobnymi rubrykami, w których należało wskazać oferowany pojazd i stację ładowania pojazdów (producent, marka, typ pojazdu i urządzenia), a także przedstawić konkretne parametry lub cechy oferowanych produktów. W opisie kolumny 4 Zamawiający wyraźnie wskazał, że „należy wypełnić podając parametry techniczne oferowanego pojazdu/urządzenia”. Dokument ten miał kluczowe znaczenie, bowiem umożliwiał Zamawiającemu weryfikację zgodności oferowanego pojazdu oraz stacji ładowania z wymogami OPZ, a nie oparcie się jedynie na samych zapewnieniach wykonawcy o zgodności z SWZ. Busnex w złożonej Ofercie technicznej zaniechał wskazania szczegółów technicznych oferowanych rozwiązań niemal we wszystkich rubrykach dotyczących parametrów technicznych wskazując jedynie „Zgodnie z OPZ do SWZ”. Taki sposób wypełnienia Oferty technicznej był niedopuszczalny w świetle kategorycznej instrukcji Zamawiającego, zgodnie z którym w dokumencie tym należało wskazać konkretne parametry techniczne oferowanego pojazdu i urządzenia. W istocie uniemożliwiło to

weryfikację zgodności oferty z wymogami SWZ, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę, że wykonawca zaoferował pojazd chińskiego producenta (YUTONG ICE 12), którego parametry nie są powszechnie znane. Co więcej, Busnex nie wskazał jaką konkretnie stację ładowania pojazdów oferuje, ograniczając się do podania nazwy: Chargenex. Tymczasem we wzorze Oferty technicznej wyraźnie zaznaczono, że należy wskazać producenta, markę oraz typ pojazdu i urządzenia. W związku z tym Zamawiający 19 lipca br. wezwał Busnex na podstawie art. 223 ust. 1 PZP do udzielenia wyjaśnień odnośnie treści oferty, wskazując że „Wykonawca Busnex Poland Sp. z o.o. w większości przypadków ograniczył się do zapisu „Zgodnie z OPZ do SWZ”, co nie pozwala ocenić czy oferowany autobus YUTON ICE 12 oraz stacja ładowania CHARGENEX rzeczywiście spełnia wymagania zawarte w OPZ”. W wezwaniu zażądano od wykonawcy wskazania rzeczywistych parametrów oferowanych produktów. Wykonawca 21 lipca br. udzielił wyjaśnień poprzez złożenie dokumentu zatytułowanego: „Uzupełniony szczegółowo na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 19.07.2021r. Formularz oferty technicznej”. W dokumencie tym zawarto bardziej szczegółowy opis osiąganych parametrów czy cech, jednak wciąż nie w sposób wyczerpujący. Dopiero w oparciu o uzupełnioną Ofertę techniczną możliwe stało się dostrzeżenie ewidentnych niezgodności oferty Busnex z wymogami OPZ, w szczególności w zakresie zaoferowania pojazdu z windą, podczas gdy wymagana była rampa, czy też w odniesieniu do parametrów ładowarki. Natomiast w zakresie wymogu dotyczącego regulacji położenia pulpitu wykonawca udzielił takich wyjaśnień, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, co do spełnienia tego wymogu. Ponadto z dokumentu tego nie wynikało, jaki w istocie model ładowarki został zaoferowany. Zdaniem Odwołującego w konsekwencji należało uznać, że oferta jest niezgodna z SWZ, a co więcej - wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd w zakresie zgodności z SWZ, co miało mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (uznanie, że oferta jest zgodna z OPZ). Co najmniej zaś wykonawca powinien zostać ponownie wezwany do udzielenia dalszych wyjaśnień odnośnie parametrów oferowanych produktów. Tymczasem Zamawiający 27 lipca br. Dokonał wyboru oferty Busnex.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku wskazania modelu stacji ładowania Odwołujący podał, że z treści oferty Busnex wynika jedynie, że zaoferowano stację ładowania Chargenex, co prawdopodobnie jest nazwą handlową ładowarek produkowanych przez producenta oferowanego autobusu, lecz nie wskazano w niej jakichkolwiek oznaczeń pozwalających zidentyfikować zaoferowany model. W konsekwencji przedmiotem oferty jest bliżej niesprecyzowana ładowarka Chargenex o nieznanym parametrach. Wykonawca nie miał problemu z prawidłową interpretacją oczekiwań Zamawiającego, bowiem w przypadku oznaczenia autobusu precyzyjnie wskazał nie tylko producenta, tj. YUTONG (jest to nazwa handlowa - pełna nazwa producenta to Yutong Bus Co. Ltd), ale też model - ICE 12. W konsekwencji Zamawiający nie mając wiedzy, jaką ładowarkę mu zaoferowano, nie jest w stanie zweryfikować jej zgodności z OPZ. W dalszej perspektywie nie ma zaś pewności, czy dostarczone urządzenie będzie zgodne z wymogami umowy. Zważywszy na sposób przekazania informacji odnośnie parametrów ładowarki w Ofercie Technicznej Busnex, jak i w świetle informacji dostępnych na stronie internetowej tego wykonawcy, można dojść do wniosku, że takie ogólne wskazanie wyłączenie na producenta ładowarki było zabiegiem celowym. Zgodnie bowiem z pkt 6 OPZ (Magazyn energii elektrycznej, elektrycznego układu napędowego i system jego ładowania): ładowanie akumulatorów magazynu energii musi być realizowane: przewodowo, zewnętrzną mobilną ładowarką typu „plug-in”, o mocy max. 40kW - autobus musi być wyposażony w przyłączy (gniazdo systemu CCS, Combo 2- zwane dalej

gniazdem) oraz instalacje do podłączenia zewnętrznej ładowarki plug-in o prądzie ładowania do 63A, gniazdo winno być umieszczone pod klapką rewizyjną w uzgodnionym na etapie realizacji umowy (z Zamawiającym) miejscu, gniazdo (lub bezpośrednie sąsiedztwo gniazda) winno być dodatkowo wyposażone w kontrolkę informującą o możliwości odłączenia przewodu zasilającego z ładowarki plug-in, ładowanie magazynu energii, w tym rozwiązaniu musi: zapewnić pełne (do 100%) naładowanie magazynu energii w czasie nie większym niż 6 godzin, podczas ładowania ładowarką o mocy max 40 kW - zwane dalej ładowaniem „nocnym”. Ograniczenie maksymalnej mocy ładowarki jest uwarunkowane infrastrukturą Zamawiającego. Tymczasem zgodnie z wykazem oferowanych stacji ładowania dostępnym na stronie internetowej Busnex dostępne są ładowarki o mocy od 60kW do 180kW. W ofercie wykonawcy nie ma zaś ładowarek o mniejszej mocy, w tym nieprzekraczającej 40 kW. Natomiast w uzupełnionej Ofercie technicznej wykonawca w pkt 6 nie podał mocy ładowarki, a jedynie lakonicznie wskazał: „Ładowanie magazynu energii ładowarką zewnętrzną typu »plug-in«”. Również z żadnego innego fragmentu oferty wykonawcy nie sposób wywieść, jaka jest moc oferowanej stacji ładowania. Kolejna niezgodność rozwiązań oferowanych przez Busnex dotyczy zakresu napięcia wyjściowego, który powinien wynosić 200-800V (+/-10%). Tymczasem rozwiązania oferowane przez wykonawcę przewidują pracę w zakresie 250-750V („output voltage”). Określenie zakresu napięcia ma na celu zapewnienie, że ładowarka obsłuży różnego typu pojazdy - ograniczenie zakresu w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego spowoduje, że pojazdy funkcjonujące w górnej lub dolnej granicy mocy nie zostaną naładowane. Z tych

przyczyn oferta jest niezgodna z wymogami zamówienia, przy czym nie chodzi tu wyłącznie o niezgodność w aspekcie formalnym, tj. brak wskazania modelu wbrew wymogowi zawartemu we wzorze Oferty technicznej. Przede wszystkim nie został sprecyzowany zakres oferty - nie jest bowiem wiadome, co zostało zaoferowane Zamawiającemu i co ostatecznie zostanie mu dostarczone. Nie można przy tym wykluczyć, że jest to celowe działanie wykonawcy, który - nie mając w ofercie ładowarek zgodnych z OPZ - nie sprecyzował, jakie urządzenie dostarczy. Następnie zaś, już na etapie realizacji umowy, dostarczy ładowarkę o mocy wyższej niż maksymalna określona przez zamawiającego wiedząc, że z perspektywy Zamawiającego korzystniej będzie ostatecznie przyjąć do eksploatacji ładowarkę o innych niż zakładane parametry niż odstępować od umowy - szczególnie, że zamówienie jest objęta dofinansowaniem, które w przypadku odstąpienia od umowy podlegałoby zwrotowi. Niezależnie jednak od rzeczywistych intencji Busnex, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta spełnia wymagania Zamawiającego (art. 6 KC). W omawianym przypadku Busnex ciężarowi temu nie sprostał. Natomiast ewentualne doprecyzowanie modelu ładowarki na obecnym etapie stanowiłoby niedopuszczalną, sprzeczną z art. 223 ust. 1 in fine PZP, zmianę treści oferty, bowiem umożliwiłoby wykonawcy potwierdzenie, jakie urządzenie zamierza zaoferować już po otwarciu ofert, a zatem po powzięciu wiedzy o konkurencyjnych ofertach i zawartych w nich cenach oraz parametrach.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niespełnienia wymogu w zakresie rampy Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 7 OPZ (Przedział pasażerski) autobus powinien być wyposażony przy drugich drzwiach w rozkładaną ręcznie pochylnię (rampę) najazdową, umożliwiającą wjazd do autobusu wózka inwalidzkiego lub wózka dziecięcego. Busnex zamierzał zaoferować Zamawiającemu pojazd wysokopodłogowy, zatem zadał Zamawiającemu pytanie o możliwość zaoferowania autobusu „z podłogą przedziału pasażerskiego płaską, tworzącą jednolitą powierzchnię bez stopni na całej długości autobusu, do której dostęp zapewniony jest przez drzwi pasażerskie ze stopniami poprzecznymi. Producent autobusu pragnie zaznaczyć, że oferowany pojazd jest wyposażony w funkcję „przyklęk”, ułatwiającą wejście na pokład, a wjazd do autobusu wózka inwalidzkiego lub wózka dziecięcego jest możliwy przy wykorzystaniu windy.” Zamawiający w wyjaśnieniach z 10 czerwca potwierdził, że dopuści pojazd „z podłogą przedziału pasażerskiego płaską, tworzącą jednolitą powierzchnię bez stopni na całej długości autobusu, do której dostęp zapewniony jest przez drzwi pasażerskie ze stopniami poprzecznymi”, lecz jednocześnie nie odniósł się do dopuszczalności zastosowania windy. Również żadne późniejsze zmiany SWZ nie wprowadziły dopuszczalności zastosowania tego rozwiązania. Zdaniem Odwołującego dopuszczalne było zatem zaoferowanie pojazdu o podłodze takiej, jak opisana w pytaniu Busnex, pod warunkiem, że dostęp do autobusu wciąż będzie zapewniony przy wykorzystaniu rampy, a nie windy. Odwołujący podkreślił, że rampa i winda są odmiennymi rozwiązaniami zapewniającymi dostęp do pokładu autobusu przez osoby z ograniczoną sprawnością ruchową i nie są wobec siebie równoważne. Zamawiający decydując się na dane rozwiązanie kierują się znanymi sobie potrzebami, dostępną infrastrukturą czy zasobami finansowymi. W przypadku rampy wyróżnia się następujące argumenty przemawiające za jej wykorzystaniem zamiast windy: ręcznie odchylana rampa jest praktycznie bezawaryjnym rozwiązaniem bez względu na warunki pogodowe, porę roku czy ilość stosowanej soli czy piasku w okresie zimowym; elektryczna winda potrafi się zacinać, a dodatkowo pojawia się problem z jej wysuwaniem z podestu w przypadku używania do odśnieżania dróg piasku czy soli; aby użyć windy, trzeba zabezpieczyć wejście do autobusu, bo w tym samym czasie nie można korzystać z drugich drzwi, gdy winda jest obsługiwana; w przypadku rampy najazdowej nic się nie stanie, jeżeli w tym samym czasie pasażerowie będą chodzić po otwartej rampie, ponieważ ma ona udźwig do 350 kg; czas jaki jest potrzebny do ręcznego odchylenia rampy najazdowej jest niewspółmiernie krótszy niż w przypadku czasu jaki jest potrzebny do wyciągnięcia, użycia i złożenia windy elektrycznej chowanej w stopniu wejściowym; ręcznie odchylana rampa zajmuje dużo mniej miejsca podczas używania i można ją rozłożyć na każdym podłożu, zaś winda elektryczna zajmuje dużo więcej miejsca i można jej używać tylko na płaskim gruncie. Ręcznie odchylana rampa jest urządzeniem bezobsługowym i nie trzeba go serwisować (poza tym, że trzeba sprzątać podłogę co jest normalnym zadaniem). Winda elektryczna to urządzenie dźwigowe i podlega regularnym kontrolom technicznym, które musi przeprowadzać urzędnik Urzędu Dozoru Technicznego, a co wiąże się z dodatkowymi kosztami (których dostawca autobusu już nie ponosi i które nie były przewidziane w ofercie Busnex). Windę składa się z wielu elementów, które mogą ulec awarii, co często powoduje w późniejszych latach eksploatacji wyłączenie autobusu z użytku na wiele tygodni. Powyższe zalety rampy są dostrzegalne szczególnie w terenach słabo zurbanizowanych, a właśnie do takich zalicza się obszar Zamawiającego, będący gminą wiejską. Autobus ma operować na terenach wiejskich, które - szczególnie w okresie zimowym - cechują się trudniejszymi warunkami eksploatacji (np. rzadziej odśnieżane przystanki). Różnice pomiędzy oboma rozwiązaniami Odwołujący zilustrował na fotografiach. W ocenie Odwołującego Zamawiający celowo i zasadnie oczekiwał zaoferowania pojazdu wyposażonego w rampę, a wykluczył zastosowanie windy. Jednocześnie w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencyjności zgodził się na zaoferowanie pojazdu wysokopodłogowego, o ile jednak również będzie posiadał rampę. W

przypadku oferty Busnex bezsporne jest zaoferowanie pojazdu wyposażonego w windę. Wynika to jednoznacznie z uzupełnionej Oferty technicznej, w której wskazano, że „oferowany pojazd jest wyposażony w funkcję „przyklęk” ułatwiającą wejście na pokład, a wjazd do autobusu wózka inwalidzkiego lub wózka dziecięcego jest możliwy przy wykorzystaniu windy umieszczonej w stopniu drugich drzwi (pkt 7, str. 6). Niezgodność z wymaganiami OPZ jest zatem ewidentna. Zamawiający, pomimo wniosku wykonawcy, nie dopuścił bowiem zastosowania windy i oczekiwał zaoferowania pojazdu wyposażonego w rampę.

Uzasadniając zarzut dotyczący niespełnienia wymogu w zakresie regulacji położenia pulpitu Odwołujący stwierdził, że zgodnie z pkt 17 OPZ pojazd powinien być wyposażony w układ kierowniczy „z pełną regulacją położenia pulpitu oraz koła kierownicy (regulacja wysokości i pochylenia z pneumatyczną blokadą wybranego ustawienia)”. Regulacja obu tych elementów jest coraz powszechniej stosowana przez producentów autobusów, jakkolwiek jest to rozwiązanie droższe, dlatego w przypadku niektórych pojazdów (np. autobusy turystyczne) rezygnuje się z regulacji pulpitu. Regulacja pulpitu wydatnie zwiększa ergonomię prowadzenia pojazdu. Dzięki niej kierowca może bowiem dostosować do swoich potrzeb odległość całego pulpitu, na którym umieszczone są przyciski oraz wskaźniki. Ma to też korzystne przełożenie na bezpieczeństwo eksploatacji pojazdu, a w konsekwencji na bezpieczeństwo pasażerów. Busnex w uzupełnionej Ofercie technicznej następująco potwierdził spełnienie tego wymagania: „Układ kierowniczy ze wspomaganie działającym zarówno w czasie jazdy jak i na postoju z załączonym napędem, wyposażony w przyłącze diagnostyczne z pełną regulacją (regulacja wysokości i pochylenia z pneumatyczną blokadą wybranego ustawienia)”. Tak zredagowane oświadczenie wykonawcy zdaniem Odwołującego było obliczone na wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do spełnienia omawianego warunku. Użycie sformułowania „Układ kierowniczy (...) z pełną regulacją” użyty w kontekście przywołanego w pkt 4.1 wymogu sugeruje, że chodzi o pełną regulację zarówno kierownicy, jak i pulpitu. Aby regulować pulpit wraz z kierownicą musi być on oddzielony od parapetu przedniego. Tymczasem autobus YUTONG ICe 12 jest pozbawiony tej funkcjonalności, co potwierdza poniższe zdjęcie, na którym widać, że pulpit jest jednym zwartym elementem z parapetem przednim (oznaczono na czerwono), a tylko kierownica ma możliwość regulacji. Dla porównania Odwołujący przedstawił zdjęcia obejmujące pulpit regulowany w pojazdach Odwołującego, na czerwono oznaczając pulpit, który jest regulowany i który nie jest trwale związany z tzw. parapetem. Ponadto sposób, w jaki wykonawca udzielił wyjaśnień odnośnie spełnienia tej funkcjonalności wywołał po stronie Zamawiającego mylne przekonanie, że pojazd posiada regulowany pulpit. Zamawiający - opierając się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy - nie był w stanie stwierdzić, że w rzeczywistości pojazd nie posiada deklarowanej przez wykonawcę funkcjonalności. Z tej przyczyny Busnex powinien zostać wykluczony z postępowania jako wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP). Zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia Zamawiający przewidział w pkt 9.2 SWZ („Ponadto Zamawiający wykluczy Wykonawcę wobec którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o której mowa w 109 ust. 1 pkt 1-10 ustawy”).

Następnie Odwołujący wskazał na niespełnienie wymogu w zakresie parametrów ładowarki, wskazując, że wymogi dotyczące stacji ładowania, określone w pkt 6 OPZ („Magazyn energii elektrycznej, elektrycznego układu napędowego i system jego ładowania), w tabeli „Pozostałe parametry ładowarki”, określały, że ładowarka musi być wyposażona w co najmniej trzy moduły mocy. Jest to istotny parametr dotyczący efektywności pracy ładowarki. Więcej modułów podnosi sprawność ładowarki. W przypadku awarii któregoś modułu w ładowarce 2-modułowej jej sprawność spada o 50%, a w przypadku awarii modułu przy ładowarce 3-modułowej, jej sprawność spada jedynie o 33%. Jest to kluczowe z punktu widzenia czasu w jakim ładowarka ma naładować baterie do 100%. Mniejsza sprawność oznacza dłuższy czas ładowania. Natomiast Busnex w pierwotnej Ofercie technicznej wskazał „Zgodnie z OPZ do SWZ”, zaś w wyjaśnieniach sprecyzował, że stacja ładowania jest wyposażona w dwa moduły mocy, a zatem urządzenie oferowane przez Busnex tego wymogu nie spełnia. Tym samym oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że pomimo jednoznacznego wezwania

Zamawiającego do podania rzeczywistych parametrów oferowanych produktów Busnex nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień, w szczególności nie potwierdził w sposób kategoryczny spełnienia określonych wymagań zawartych OPZ. W wielu przypadkach wykonawca ograniczył się do powielenia wymogów Zamawiającego, wskazując np. „wymaga się, aby klimatyzacja załączała się automatycznie” czy „system ogrzewania musi być wyłączony, a wymienniki ciepła nie mogą emitować ciepła”, zamiast jednoznacznie potwierdzić, że dany wymóg jest spełniony. W innych przypadkach w ogóle pominięto potwierdzenie, że pojazd posiada daną funkcjonalność (gdy jednocześnie potwierdzono spełnienie innych

funkcjonalności objętych danym wymogiem OPZ). Odwołujący przedstawił zestawienie tych wymagań Zamawiającego, których spełnienie nie zostało w jego ocenie jednoznacznie potwierdzone przez Busnex.

Pismem z 2 września 2021 r. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego. W uzasadnieniu Zamawiający podał m.in., że podtrzymuje swoje stanowisko o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożyła Busnex Poland Sp. z o.o. Analizując Formularz oferty technicznej Busnex Zamawiający uznał, że oferowane parametry techniczne pojazdu i urządzenia spełniają jego oczekiwania i są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik 7 do SWZ oraz wyjaśnieniami nr 1, 2, 3 i 4 do treści SWZ. W trakcie odbioru dostarczonego pojazdu i urządzenia Zamawiający będzie szczegółowo sprawdzał, czy dostarczony produkt jest zgodny z formularzem oferty technicznej. W przypadku dostarczenia produktu niezgodnego z parametrami technicznymi przedstawionym w ofercie Zamawiający odmówi odbioru dostarczonego pojazdu i urządzenia. Wykonawca musi dostarczyć autobus i ładowarkę, zgodnie z przedłożoną ofertą, spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego.

Ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wskazał:

1) odnośnie braku określenia modelu oferowanej ładowarki - Wykonawca podał model o nazwie CHARGENEX, parametry techniczne dostarczonego urządzenia muszą być zgodne z wymaganiami technicznymi określonymi w formularzu oferty technicznej.

Dostarczona ładowarka musi być o mocy max 40 KW o żądanym napięciu znamionowym i częstotliwości. Zaoferowane urządzenie spełnia oczekiwania Zamawiającego;

2) odnośnie zaoferowania ładowarki wyposażonej w dwa moduły ładowania - Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SWZ nr 01 z dnia 8 czerwca br., odstąpił od wymogu dotyczącego ilości modułów stosowanych w ładowarce. Zaoferowane urządzenie spełnia oczekiwania Zamawiającego;

3) odnośnie zaoferowania autobusu wyposażonego w windę zamiast rampy - Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SWZ nr 02 z dnia 10 czerwca br., dopuścił autobus z podłogą przedziału pasażerskiego płaską, tworzącą jednolitą powierzchnię bez stopni na całej długości autobusu, do której dostęp zapewniony jest przez drzwi pasażerskie ze stopniami poprzecznymi, w tym również zastosowanie windy. Pytanie nr 1 dotyczyło „Czy Zamawiający dopuści autobus z podłogą przedziału pasażerskiego płaską, tworzącą jednolitą powierzchnię bez stopni na całej długości autobusu, do której dostęp zapewniony jest przez drzwi pasażerskiej ze stopniami poprzecznymi? Producent autobusu pragnie zaznaczyć, że oferowany pojazd jest wyposażony w funkcję „przyklęk” ułatwiającą wejście na pokład, a wjazd do autobusu wózka inwalidzkiego lub wózka dziecięcego jest możliwy przy wykorzystaniu windy umieszczonej w stopniu drugich drzwi. Proponowane rozwiązanie jest powszechne w autobusach szkolnych na terenie Unii Europejskiej, ponieważ zapewnia komfortowy dostęp dla osób z ograniczeniami ruchowymi oraz bezpieczne podróżowanie wszystkich pasażerów. Co więcej, takie rozwiązanie pozwala na bezpieczne umieszczenie bagaży w lukach znajdujących się pod podłogą przestrzeni pasażerskiej”.

W tym przypadku zastosowanie rampy w pojeździe wysokopodłogowym ze względów bezpieczeństwa ruchu drogowego, funkcjonalnych i technicznych jest niezasadne. Stąd oczywistym jest, iż dopuszczając rozwiązanie opisane w pyt. 1 Zamawiający dopuścił zastosowanie windy. Ponadto wyrażając zgodę na autobus wysokopodłogowy, Zamawiający również brał pod uwagę przejazd pojazdu po nieutwardzonych drogach gminnych. Autobus wysokopodłogowy spełni oczekiwania Zamawiającego w trudnych warunkach drogowych w okresie jesiennym i zimowo-wiosennym.

4) odnośnie braku regulacji pulpitu - oferowany autobus musi posiadać układ kierowniczy ze wspomaganiem działającym zarówno w czasie jazdy jak i na postoju z załączonym napędem, wyposażonym w przyłącze diagnostyczne z pełną regulacją (regulacja wysokości i pochylenia z pneumatyczną blokadą wybranego ustawienia). Wymagana przez Zamawiającego pełna regulacja dotyczy koła kierownicy i pulpitu związanego z układem kierowniczym. Zaoferowane urządzenie spełnia oczekiwania Zamawiającego.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Busnex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania. W piśmie z 28 września 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący podał m.in., że nie nastąpiło wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez oświadczenie w wyjaśnieniach z 21 lipca 2021, że oferowany autobus spełnia wymagania zawarte w pkt 17 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ, zał. nr 1 do SWZ). Stosowane w nim rozwiązania są bowiem zgodne z wymaganiami w zakresie regulacji pulpitu zawartymi w SWZ. Natomiast Odwołujący przedstawia w tym zakresie własną projektującą i nieuprawnioną interpretację wymagań SWZ w tym zakresie, odnosząc ją do własnego autobusu, który jest autobusem typu miejskiego, i w którym stosuje się takie rozwiązania jak opisuje w odwołaniu, jednak nie ze względu na ich koszty, ale dostępność miejsca w kokpicie. Wymagania SWZ dotyczą układu kierowniczego, którego Zamawiający nie zdefiniował. Należy więc przyjąć potoczne, rozumienie tego pojęcia, tj., że chodzi o układ związany z kierowaniem pojazdem (najlepszym dowodem na potoczne rozumienie pojęć jest edytowana przez użytkowników internetowa encyklopedia, Wikipedia, i

definicje tam zawarte: kierowniczy). W SWZ nie

zdefiniowano również pojęcia „pulpitu”, tj. do jakich dokładnie przycisków, manipulatorów czy innych sterowników występujących w pojeździe, pojęcie to ma się odnosić. W szczególności, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w SWZ nie sformułowano żadnego wymogu aby „cały pulpit”, czyli położenie wszystkich przycisków obecnych w pojeździe było regulowane. Tak rozumianego wymagania nie spełnia nawet autobus Solaris, który posiada również przyciski i manipulatory poza pulpitem zakreślonym na zdjęciu zamieszczonym w odwołaniu. Odwołujący, w tym przypadku miesza i utożsamia pojęcie pulpitu układu kierowniczego użyte w SWZ z pojęciem całej deski rozdzielczej pojazdu i przyjmuje, iż ww. wymaganie odnosi się do deski rozdzielczej. Tego typu utożsamienie jest nieuprawnione zwłaszcza w świetle przedłożonych dowodów za nieuprawnione należy uznać przyjęcie, iż przez odniesienie do układu kierowniczego Zamawiający miał na myśli deskę rozdzielczą. W przypadku wymagania regulacji deski rozdzielczej Zamawiający wyraźnie by to wskazał. W świetle powołanych postanowień SWZ oraz przywoływanego rozumienia pojęć należy przyjąć, że w pkt 17 OPZ chodzi o pulpit bezpośrednio związany z układem kierowniczym. Postanowienia SWZ wprost wskazują, iż wymagany jest układ kierowniczy z określoną regulacją „pulpitu oraz koła kierownicy”. Można nawet, na podstawie literalnej wykładni SWZ przyjąć, iż chodzi o regulację pulpitu dookreślonego dopełniaczem zawartym po słowie „koła”. Innymi słowy, wymaganie odnosi się do „pulpitu kierownicy”, tak samo jak do „koła kierownicy”. Przy czym w pojazdach pulpit kierownicy nie musi być i nie zawsze jest zintegrowany z kołem kierownicy - co mogłoby wytwarzać wrażenie, iż są to pojęcia równoważne lub rozdzielane sztucznie. Koło kierownicy może obracać się niezależnie od pulpitu umieszczonego w środku kolumny kierownicy, na którym znajdują się różne przyciski i manipulatory. Powyższe obrazuje np. krótkie nagranie pracy kierownicy w Citroenie C4: . Stąd należy podkreślić, iż pulpit w oferowanym autobusie ICE 12 związany z układem kierowniczym (zintegrowany z kołem kierownicy i kolumną kierownicy) posiada pełną regulację wysokości i pochylenia z pneumatyczną blokadą wybranego ustawienia - cały pulpit (wszystkie przyciski, manetki i manipulatory) umieszczony na kolumnie kierownicy i koło kierownicy reguluje się w takim samym zakresie jak sama kolumna kierownicy. Nie jest natomiast zrozumiałe, na jakiej podstawie Odwołujący zakłada konieczność odrębnej i niezależnej regulacji jakkolwiek rozumianego pulpitu od regulacji kolumny kierownicy lub konieczność odrębnej regulacji wszystkich innych pulpitów (zwłaszcza pulpity składających się na deskę rozdzielczą pojazdu), a nawet zakłada, że w skład „pulpitu” powinny wchodzić wyświetlacze.

W podsumowaniu stanowiska w odniesieniu do powyższego zarzutu Przystępujący stwierdził, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania przez układ kierowniczy w jego pojeździe wymagań SWZ, ponieważ układ kierowniczy jest zgodny z SWZ gdyż pulpit z nim zintegrowany posiada możliwość regulacji wysokości i pochylenia z pneumatyczną blokadą wybranego ustawienia. Informacje o konstrukcji pulpityw związanych z układem kierowniczym, tak samo jak informacje o konstrukcji deski rozdzielczej autobusów Yutong, są powszechnie dostępne i możliwe do zweryfikowania nawet na zdjęciach prezentowanych w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku podania modelu oferowanej ładowarki, Przystępujący stwierdził, iż wbrew stanowisku Odwołującego taki model został w ofercie podany, bowiem jest to CHARGENEX. Przystępujący wyjaśnił, że ChargeNex jest określeniem modelu ładowarki produkcji Busnex, która zostanie wykonana, dostarczona i zamontowana na potrzeby zamówienia oraz w pełni odpowiada wymaganiom SWZ, dotyczącym konstrukcji i parametrów ładowarki. Busnex produkuje i dostarcza własne ładowarki (na zasadzie zlecenia produkcji OEM), służące do ładowania oferowanych przezeń autobusów. Jako producent dowolnie decyduje, jakim oznaczeniem modelu posłuży się, aby nazwać dany produkt, a także w jakie parametry i konfigurację go wyposaży w granicach technicznej możliwości. W SWZ brak jest wymagań, aby oferowane autobusy czy ładowarki

były tzw. gotowymi i już wyprodukowanymi egzemplarzami z półki. Oferowana ładowarka jest ładowarką przygotowaną („uszytą na miarę”) na potrzeby niniejszego przetargu. Stąd niezrozumiałe jest jakich informacji oczekuje i spodziewa się uzyskać Odwołujący na podstawie samej nazwy modelu. Ładowarka oferowana w przedmiotowym przetargu nie jest żadną z ładowarek prezentowanych na stronie internetowej Busnex, a odwoływanie się do parametrów tam opisywanych można rozpatrywać jedynie w kategorii nieporozumienia. Ładowarki o parametrach wskazanych przez Zamawiającego są względnie nieskomplikowanymi urządzeniami, których konstrukcja i produkcja nie jest ani trudna technicznie ani szczególnie kosztochłonna. Tym samym skonstruowanie i wyprodukowanie ładowarki o mocy 40 kW i wskazanym zakresie napięcia wyjściowego nie nastręcza żadnych problemów. Ponadto, jak podano w pkt 6 załącznika do pisma Busnex z 21 lipca br., oferowana ładowarka CHARGENEX jest ładowarką wyposażoną w dwa moduły o mocy 20 kW każdy oraz charakteryzuje się napięciem wyjściowym w zakresie 200-800 V.

Z kolei odnośnie zarzutu dotyczącego ilości modułów ładowarki, Przystępujący zauważył, że Odwołujący nie uwzględnił aktualnego na dzień składania ofert brzmienia wymagań zawartych w odpowiedzi na pytanie nr 3 w piśmie z 8 czerwca br., gdzie Zamawiający odstąpił od wymogu dotyczącego ilości modułów stosowanych w ładowarce. Stąd zaoferowanie ładowarki składającej się z dwóch modułów ładowania (zamiast rzekomo wymaganych trzech modułów) nie może stanowić niezgodności z treścią SWZ.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego niespełnienia wymogu w zakresie rampy, Przystępujący wskazał, że opiera się on na niewłaściwej interpretacji pytania i odpowiedzi nr 1 zawartych w piśmie Zamawiającego z 10 czerwca 2021 r. Nie jest okolicznością sporną, iż oferowany autobus Yutong ICE12 nie jest wyposażony w rampę, ale funkcja dostępu dla osób niepełnosprawnych/poruszających się na wózkach realizowana jest przy pomocy windy. Jednak takie rozwiązanie Zamawiający dopuścił ww. pismem z 10 czerwca br., co dodatkowo potwierdza w piśmie procesowym z dnia 2 września 2021 r. Natomiast interpretacja przedstawiona w odwołaniu, według której Zamawiający dopuścił pojazd wysokopodłogowy, a nie dopuścił zastosowania windy ale wymagał zastosowania rampy, jest nie tylko wyrwana z kontekstu i oczywiście nie odpowiada intencjom pytającego i udzielającego wyjaśnień, ale również sprowadza w takim przypadku wymagania SWZ do absurdu. Zastosowanie rampy do autobusu wysokopodłogowego oferowanego przez Wykonawcę jest niemożliwe. Dla umożliwienia wjazdu na wysokość ostatniego stopnia przeciwnego, dla zachowania parametrów pochylenia pozwalającej na bezpieczne i wygodne użytkowanie rampy, jej długość musiałaby wynosić ok. 10 metrów. Tym samym niemożliwe byłoby używanie rampy na przystankach czy poboczach dróg i ulic. Pomimo to Odwołujący wywodzi, iż Zamawiający dopuścił pojazd wysokopodłogowy, jednak nadal wymagał zastosowania w nim rampy. Interpretacja Odwołującego nie uwzględnia całości opisu zadanego pytania w zestawieniu z odpowiedzią Zamawiającego, ale w sposób wybiórczy posługuje się jedynie samą wyrwaną z kontekstu odpowiedzią, wbrew oczywistym intencjom Wykonawcy zadającego pytanie i Zamawiającego. Taką, wykładnię tego typu, należy uznać za sprzeczną z dyrektywami wykładni oświadczeń woli zawartymi w art. 65 k.c.

Busnex zadając ww. pytanie opisał, o dopuszczenie jakiego konkretnie autobusu występuje, doprecyzował przy tym, iż w takim autobusie dostęp dla wózków ułatwiany jest przez funkcję przyklęk i realizowany przez windę. I właśnie takiego autobusu dotyczyła odpowiedź Zamawiającego, tj. Zamawiający potwierdził, że dopuszcza zaoferowanie tego typu autobusu. Taką interpretację swojej odpowiedzi prezentuje również Zamawiający, co potwierdził w swoim piśmie z dnia 2 września br.

W przedmiocie ewentualnego zarzutu nr 3, a właściwie grupy zarzutów opartych o wątpliwości Odwołującego, co do spełniania przez ofertę Wykonawcy wskazanych wymagań OPZ i konieczności dalszych wyjaśnień w tym przedmiocie, Przystępujący wskazał, że są to zarzuty wyjątkowo formalistyczne, oparte o pewne sformułowania zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy z 21 lipca 2021 r., które można określić najwyżej jako gramatycznie niezręczne, które jednak nie dają żadnych merytorycznych podstaw do powstania wątpliwości w przedmiocie zgodności oferowanych rozwiązań z SWZ. Powielenie w opisie tabeli przez Wykonawcę wyrażań modalnych używanych w SWZ (typu „musi być”, „nie może”... etc.) było pewną niezręcznością z jego strony, niemniej jednak nie zachodzą żadne wątpliwości, iż Wykonawca w ten sposób opisywał rozwiązania, które zostaną zastosowane w oferowanym pojeździe i ładowarce oraz generalnie potwierdzał ich zgodność z wymaganiami SWZ. Odnośnie pkt 6 OPZ Przystępujący wskazał, iż przez użyte w swoich wyjaśnieniach sformułowanie „nie może być większy niż 20%” miał na myśli i chciał potwierdzić, iż spadek pojemności magazynu energii nie będzie większy niż 20%. Wbrew twierdzeniom Odwołania potwierdzono zgodność mocy oferowanej ładowarki z wymaganiami określającymi jej moc maksymalną (40 kW) — w pkt 6 załącznika do wyjaśnień z 21 lipca br. wskazano, iż ładowarka składa się z dwóch modułów o mocy 20 kW każdy. Odnośnie wskazywanego w odwołaniu braku potwierdzenia, że autobus posiada funkcjonalność uruchamiania się od

ustalonej temperatury, Przystępujący wskazał, iż wykonawcy wcale nie musieli przepisywać każdego elementu opisu przedmiotu zamówienia — wystarczająca jest w tym zakresie deklaracja, że oferowane rozwiązanie jest zgodne z OPZ. Takie oświadczenie Wykonawca w pkt 6 tabeli Zał. nr 7 (Formularz oferty technicznej) zawarł. Wskazane w pkt 7 OPZ kolory podświetlenia i aktywności przycisków zostały potwierdzone przez złożoną w zał. nr 7 deklarację zastosowania rozwiązań zgodnych z OPZ. W ocenie Wykonawcy nie było konieczne odrębne przepisywanie tego fragmentu SWZ. Analogicznie należy, zdaniem Przystępującego, odnieść się do kolejnych zarzutów dotyczących pozostałych wskazanych w odwołaniu punktów OPZ, bowiem do potwierdzenia wymogu wystarczała złożona deklaracja zastosowania rozwiązania opisanego w OPZ, a powielając dane modalne sformułowania SWZ Wykonawca miał na myśli i chciał potwierdzić, że wskazywane rozwiązania są czy będą wykonane zgodnie z SWZ.

Na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzut dotyczący stacji ładowania w części odnoszącej się do liczby modułów. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania. Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska zaprezentowane w przedstawionych powyżej pismach. W związku z tym rozpoznaniu Izby podlegały zarzuty odwołania z wyłączeniem w ww. części zarzutu dotyczącego stacji ładowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do odwołania i złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci trzech zdjęć autobusu Autosan oraz przez Przystępującego w postaci wydruku z Wikipedii zawierającego definicję układu kierowniczego, wydruku ze strony Internetowej Regent zawierającego informacje o budowie układu kierowniczego, wydruku z Wikipedii zawierającego definicję deski rozdzielczej, wydruku ze strony Internetowej Autokult zawierającego informacje o desce rozdzielczej, wyciągu z Instrukcji kierowcy autobusu Solaris Urbino 12 III, Karty charakterystyki ładowarki, rysunku obejmującego zarys autobusu i rampę.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu z postępowania i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, błędnie sklasyfikowaną przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert, podczas gdy powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe przesądza, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych przepisów PZP.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę na zawarcie umowy z Zamawiającym.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Na wstępie zauważenia wymaga, że na zarzut składają się okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy na skutek dokonanej lub zaniechanej czynności zamawiającego, do której był zobowiązany na podstawie ustawy.

Ad zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Busnex

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, którego zastosowanie Zamawiający przewidział w pkt 9.2 SWZ, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane

przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Izba ustaliła, że poz. 17 Tabeli Formularza oferty technicznej, stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ oraz w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, dotyczy układu kierowniczego i to do tego układu odnoszą się wymogi dotyczące pełnej regulacji położenia pulpitu oraz koła kierownicy. Poz. 17 tabeli zawiera bowiem w kolumnie drugiej: „Układ kierowniczy” zaś w kolumnie trzeciej wymóg: „(...) z pełną regulacją położenia pulpitu oraz koła kierownicy (regulacja wysokości i pochylenia z pneumatyczną blokadą wybranego ustawienia)”.

Jak zauważył Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, Zamawiający nie zdefiniował użytych w SWZ terminów układu kierowniczego, jak też pulpitu. W związku z tym za uprawnione należy uznać rozumienie tych terminów w sposób prezentowany przez Przystępującego, poparty ww. dowodami, tj. że przez układ kierowniczy, do którego odnoszą się wymogi dotyczące pulpitu, należy rozumieć zespół mechanizmów umożliwiających kierowanie pojazdem, który składa się m.in. z koła kierownicy i kolumny kierownicy, w pobliżu których zamontowane jest ramię kierownicze. Układ ten należy odrębnie traktować od deski rozdzielczej, będącej elementem wyposażenia kabiny pojazdu, na której umiejscowione są zegary oraz dodatkowe wskaźniki. W Instrukcji obsługi autobusu zaoferowanego przez Odwołującego jest m.in. informacja: „Deska rozdzielcza wraz z kierownicą posiada możliwość regulacji kąta nachylenia, co znacznie podnosi komfort jazdy Kierowcy”. Jak jednak wynika z ww. poz. 17 Tabeli OPZ wymóg dotyczący regulacji pulpitu odnosi się do układu kierowniczego, a nie także deski rozdzielczej. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, z którego w tym zakresie wynika nadinterpretacja postanowień SWZ, dokonana z uwzględnieniem rozwiązań przewidzianych w zaoferowanym przez niego autobusie.

W sytuacji istniejących niejednoznaczności postanowień SWZ, związanych z brakiem definicji ww. terminów użytych w SWZ, na co wskazuje argumentacja przedstawiona przez

Strony i Przystępującego na poparcie prezentowanych stanowisk, nie można uznać za zasadny zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Ewentualne wątpliwości w zakresie sposobu rozumienia postanowień SWZ należy tłumaczyć na niekorzyść autora tekstu.

Skoro pojęcie pulpit, zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka polskiego PWN oznacza m.in. „urządzenie z blatem wyposażonym we wskaźniki i wyłączniki, służące do sterowania innymi urządzeniami”, to przyjmując, jak twierdzi Przystępujący, że układ kierowniczy oferowanego przez niego autobusu posiada taki pulpit, nie można uznać, za nieodpowiadające rzeczywistości twierdzenia zawartego w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach, tj. „Układ kierowniczy z pełną regulacją (regulacja wysokości i pochylenia z pneumatyczną blokadą wybranego ustawienia)”. Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji przeciwko takiemu twierdzeniu Przystępującego. Twierdzenia odnoszące się m.in. do kolejnego niewymienionego w ww. poz. 17 i niezdefiniowanego w SWZ terminu, tj. parapełu przedniego nie mogą być uznane za przekonujące dla obalenia stanowiska Przystępującego i Zamawiającego, który potwierdził, że wymagana przez niego pełna regulacja dotyczy koła kierownicy i pulpitu związanego z układem kierowniczym, a zaoferowane przez Przystępującego urządzenie spełnia oczekiwania Zamawiającego.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex jako niezgodnej z warunkami zamówienia

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Stosownie do art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez warunki zamówienia „należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania

o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia,

wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert (...)”.

Oznacza to, że dla stwierdzenia takiej niezgodności treści oferty wymagane jest wykazanie która treść oferty jest niezgodna z określonym przez Zamawiającego warunkiem zamówienia i na czym ta niezgodność polega.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że Odwołujący naruszenia ww. przepisu dopatruje się w tym, że Przystępujący nie określił modelu oferowanej ładowarki, bowiem w tym zakresie w Tabeli w odniesieniu do Stacji ładowania pojazdów elektrycznych podał

jedynie „CHARGENEX”, a jak przypuszcza, jest to nazwa handlowa ładowarek produkowanych przez producenta oferowanego autobusu.

Tymczasem, jak wyjaśnił Przystępujący, ChargeNex jest określeniem modelu ładowarki, której jest producentem. Zaoferowana przez niego ładowarka w pełni odpowiada wymogom SWZ dotyczącym konstrukcji i parametrów ładowarki oraz zostanie wykonana, dostarczona i zamontowana na potrzeby zamówienia. Jako producent dowolnie decyduje, jakim oznaczeniem modelu się posłuży, aby nazwać dany produkt, a także w jakie parametry i konfigurację go wyposaży, a te będą zgodne z SWZ. Nadto w SWZ brak jest wymagań, aby oferowane ładowarki były już wyprodukowanymi egzemplarzami, co na rozprawie potwierdził Zamawiający.

Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający nie ma wiedzy jaką ładowarkę Przystępujący zaoferował. Jak wyjaśnił Zamawiający, użyte w tabeli określenie ładowarki oraz podane przez tego wykonawcę jej parametry, pozwalają na pozyskanie wystarczającej wiedzy o zaoferowanej ładowarce i stwierdzenie, że spełnia ona wymogi SWZ.

Kolejną niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia Odwołujący upatruje w braku zastosowania rampy w zaoferowanym przez Przystępującego autobusie, który, co nie jest sporne, jest wyposażony w windę.

W tym zakresie rozstrzygający jest sposób rozumienia odpowiedzi Zamawiającego na pytanie Wykonawcy, dotyczące możliwości zaoferowania autobusu wysokopodłogowego wyposażonego w windę, zamiast przewidzianego w SWZ autobusu niskopodłogowego wyposażonego w rampę, w sytuacji, gdy w odpowiedzi Zamawiający nie użył sformułowań dotyczących windy.

Jak zostało ustalone, Przystępujący zadał Zamawiającemu pytanie w brzmieniu: „Czy Zamawiający dopuści autobus z podłogą przedziału pasażerskiego płaską, tworzącą jednolitą powierzchnię bez stopni na całej długości autobusu, do której dostęp zapewniony jest przez drzwi pasażerskiej ze stopniami poprzecznymi? Producent autobusu pragnie zaznaczyć, że oferowany pojazd jest wyposażony w funkcję „przyklęk” ułatwiającą wejście na pokład, a wjazd do autobusu wózka inwalidzkiego lub wózka dziecięcego jest możliwy przy wykorzystaniu windy umieszczonej w stopniu drugich drzwi. Proponowane rozwiązanie jest powszechne w autobusach szkolnych na terenie Unii Europejskiej, ponieważ zapewnia komfortowy dostęp dla osób z ograniczeniami ruchowymi oraz bezpieczne podróżowanie wszystkich pasażerów. Co więcej, takie rozwiązanie pozwala na bezpieczne umieszczenie bagaży w lukach znajdujących się pod podłogą przestrzeni pasażerskiej”.

Zamawiający w wyjaśnieniach z 10 czerwca 2021 r. potwierdził, że dopuści pojazd „z podłogą przedziału pasażerskiego płaską, tworzącą jednolitą powierzchnię bez stopni na całej długości autobusu, do której dostęp zapewniony jest przez drzwi pasażerskie ze stopniami poprzecznymi”, nie odnosząc się do dopuszczalności zastosowania windy.

W ocenie Izby, treść udzielonej odpowiedzi, w kontekście treści zadanego pytania i specyfiki przedmiotu zamówienia, wskazuje, że Przystępujący był uprawniony zinterpretować w ten sposób, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie wskazanego w pytaniu autobusu. Okoliczność, iż w odpowiedzi Zamawiający wprost nie wskazał na windę, wbrew stanowisku Odwołującego, nie musi oznaczać, że mimo dopuszczenia pojazdu wysokopodłogowego, Zamawiający wymagał wyposażenia takiego autobusu w rampę. W sytuacji dopuszczenia opisanego w pytaniu autobusu, w którym było opisane zastosowane w nim rozwiązanie, w tym winda, bez poczynienia zastrzeżenia, że ta akceptacja nie odnosi się do windy, za wiarygodne należy uznać twierdzenie Zamawiającego, że jego intencją było dopuszczenie opisanego w pytaniu autobusu, a zatem autobusu wyposażonego w windę. Tym bardziej, że jak wynika ze stanowisk Zamawiającego i Przystępującego zastosowanie rampy do takiego autobusu byłoby nieracjonalne.

Niezależnie od powyższego, przyjmując za dopuszczalną interpretację zastosowaną przez Odwołującego, związaną z tym, że w odpowiedzi na ww. pytanie Zamawiający nie wyartykułował wyraźnie swojego stanowiska poprzez stanowcze stwierdzenie, że dopuszcza zastosowanie windy, co zdaniem Odwołującego oznacza, że wprawdzie dopuścił autobus wysokopodłogowy, ale nie zgodził się na to, aby był wyposażony w windę, należałoby uznać, że odpowiedź Zamawiającego może być interpretowana na dwa sposoby, a zatem na wątpliwości, co do rzeczywistych intencji jej autora. Takie ewentualne wątpliwości, z uwagi na to, że należałoby je uznać za wywołane działaniem Zamawiającego, jako autora SWZ i odpowiedzi na pytanie do niej, zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby i sądów

powszechnych, nie mogą jednak negatywnie skutkować dla wykonawcy, który oparł się na jednej z możliwych interpretacji.

Powyższe wskazuje, że najdalej idące zarzuty nie zostały wykazane przez Odwołującego, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

W związku z tym rozpatrzeniu podlegał zarzut ewentualny dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Busnex do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie spełnienia parametrów technicznych oferowanego pojazdu określonych w pkt 6 - 12, 18 i 20 OPZ.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający skorzystał z uprawnienia do wystąpienia do Wykonawcy o wyjaśnienia złożonej oferty w zakresie spełnienia parametrów technicznych oferowanego pojazdu, w tym określonych w pkt 6 - 12, 18 i 20 OPZ. Nastąpiło to za pismem z 19 lipca 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za wystarczające do potwierdzenia zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Zauważenia wymaga, że omawiany zarzut Odwołującego nie odnosi się do niezgodności oferty Przystępującego z SWZ, lecz jedynie do zaniechania ponownego wystąpienia o wyjaśnienia. Tymczasem złożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia treści oferty służą rozwianiu wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia. Podlegają one ocenie zamawiającego, która w sytuacji, gdy jest negatywna, skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy. W okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający dokonał pozytywnej oceny wyjaśnień, nie dopatrył się niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, a Odwołujący nie postawił zarzutu i nie wykazał, że w tym zakresie oferta Przystępującego zawiera przedmiot zamówienia, który nie odpowiada wymogom SWZ. Jak zostało to powyżej przedstawione, niezgodności oferty z SWZ Odwołujący dopatruje się jedynie w zakresie braku określenia modelu oferowanej ładowarki, zaoferowania autobusu wyposażonego w windę a nie w rampę, braku regulacji pulpitu. W związku z tym zarzut ten należy uznać za chybiony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie złożonego przed zamknięciem rozprawy rachunku do wysokości przewidzianej w nw. rozporządzeniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

