Sygn. akt: KIO 1423/22

WYROK

z dnia 17 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2022 r. przez wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łomża,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania oferty Odwołującego, w tym poprawienie w tej

ofercie - na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - omyłki polegającej na podaniu niezgodnego z wymaganiami SWZ rozmiaru opon;

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Łomża 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Miasto Łomża - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zakup i dostawa 6 szt. autobusów elektrycznych miejskich. Wartość zamówienia jest

większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2022 r. pod nr 2022/S 047-121520.

W dniu 27 maja 2022 r. wykonawca Busnex Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 107 ust. 2 i 4, ewentualnie w związku z art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 255 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia badania i oceny ofert, wezwania Busnex do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie, w którym nie potwierdzały spełniania wymagań Zamawiającego lub ewentualnie wyjaśnienia i poprawienia treści oferty w zakresie, w którym odbiegała od treści SWZ.

Odwołujący wskazał, że pismem z 17 maja 2022 r. Zamawiający poinformował go o unieważnieniu postępowania (w związku z brakiem ważnych ofert) oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w ww. piśmie na występującego - w jego ocenie - trzy przypadki niezgodności treści oferty (a konkretnie załączonego do oferty Busnex przedmiotowego środka dowodowego - Formularza rzeczowego - dane techniczne z SWZ).

Odwołujący wskazał, że przyczynami odrzucenia oferty były następujące okoliczności:

- rozmiar opon podany w pkt 18 Formularza rzeczowego jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego (podany w ofercie rozmiar został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa);

- w pkt 11 Formularza rzeczowego podano, że minimalna, dostępną przez cały okres gwarancji pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych, stanowi nie mniej niż 80% wartości nominalnej początkowej, podczas gdy wymaganie Zamawiającego odnosiło się do 80% wartości dostępnej początkowej;

- odnośnie złożonego wraz z ofertą raportu/protokołu z testu E-SORT 2 stwierdzono brak potwierdzenia zgodności przeprowadzonego badania z procedurą badawczą ESORT opracowaną przez UITP, brak informacji w zakresie warunków i norm przeprowadzenia testu oraz brak szczegółowych informacji na temat przyrządów pomiarowych użytych w badaniu.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że nie mógł wezwać do uzupełnienia czy poprawienia ww. dokumentu przedmiotowego w związku z zakazem uzupełniania tego rodzaju dokumentów dotyczących parametrów punktowanych ramach kryteriów oceny ofert, wynikającym z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp oraz zakazem negocjowania i poprawiania treści oferty wynikającym z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał, które z dokumentów i w jakim zakresie uznaje za potwierdzające zgodność z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Napomknął jedynie, że „pojemność akumulatorów trakcyjnych stanowi jedno z kryteriów oceny ofert", co w związku z postulatem kompletności, jasności i jednoznaczności uzasadnienia odrzucenia oferty (podania podstaw faktycznych odrzucenia oferty) pozwala przyjąć, że według Zamawiającego tylko tego rodzaju informację uważa za potwierdzającą zgodność z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

W odniesieniu do rozmiaru opon Odwołujący przyznał, że omyłkowo wskazał w załączonym do oferty Formularzu rzeczowym rozmiar opon inny rozmiar, zamiast wymaganego w SWZ w przypadku zastosowania jednego silnika trakcyjnego rozmiaru 275/70 R22,5. Wskazał również, że postulowane poprawienie Formularza rzeczowego rozmiaru opon nie może być uznane za istotną zmianę treści oferty.

Odwołujący podniósł, że rozmiar opon nie jest parametrem punktowanym w ramach kryteriów oceny ofert podawanym w formularzu ofertowym. To rodzaj oferowanego silnika, a nie rozmiar opon, stanowi jedno z kryteriów oceny ofert według rozdz. XX pkt 6 SWZ (Wyposażenie pojazdu). W ocenie Odwołującego, zakazu uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych wynikającego z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy dany środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny, nie należy rozumieć w sposób formalny, sprowadzający się do

traktowania poszczególnych środków dowodowych jako jednej, niepodzielnej „sztuki" czy „egzemplarza", który w przypadku jakichkolwiek, nawet najdrobniejszych braków czy błędów niedotyczących cech czy parametrów punktowanych, gdy jednocześnie zawiera również (nawet prawidłowe) informacje o parametrach punktowanych, nie może być uzupełniany. Przeciwnie, wskazane w ww. przepisie środki dowodowe należy rozumieć materialnie, jako informacje wskazujące i potwierdzające określone okoliczności faktyczne, które można i należy podzielić i rozróżnić jako wiele różnych informacji o różnym znaczeniu i charakterze, zarówno odnoszących się do punktowanych cech i parametrów przedmiotu oferty, jak też niepunktowanych. W konsekwencji, informacje zawarte w danych środkach dowodowych w zakresie odnoszącym się do cech czy parametrów punktowanych nie podlegają uzupełnieniu, natomiast w pozostałym zakresie jak najbardziej mogą być uzupełniane.

Odwołujący stwierdził, że zakaz wynikający z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp jest zakazem jak najbardziej oczywistym i ma na celu wykluczenie możliwości poprawiania i zmieniania po dacie składania ofert parametrów oferowanego przedmiotu dostawy, który jest przedmiotem oceny w ramach przewidzianych w SWZ kryteriów oceny ofert. Tego rodzaju parametry, nawet pomimo tego, że są czasem zawarte i podawane w uzupełnialnych dokumentach przedmiotowych, ewidentnie stanowią przedmiot zobowiązania wykonawcy warunkujący wybór jego oferty, i jako takie winny podlegać rygorom art. 223 ustawy Pzp. Natomiast pozostałe informacje podawane w ramach dokumentów przedmiotowych nie podlegają rygorom art. 223 ustawy Pzp. Informacje te służą jedynie potwierdzeniu, że oferowane dostawy będą odpowiadały wymaganiom SWZ. Natomiast w przypadku, gdy potwierdzenie takie jest niekompletne albo zawiera błędy, podlega uzupełnieniu, które może polegać na zastąpieniu treści nieprawidłowej treścią prawidłową. Zamawiający powinien więc wezwać Odwołującego do przedłożenia prawidłowego Formularza rzeczowego, tj. zawierającego informacje o rozmiarach ogumienia potwierdzające jego zgodność z SWZ.

Z ostrożności, na wypadek uznania, że informacja o rozmiarach ogumienia nie stanowi przedmiotowego środka dowodowego, ale jest treścią oferty, która nie może być uzupełniana i modyfikowana w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł o zastosowanie w tym przypadku dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawienie jego oferty. Stwierdził, że omyłka co do podanego rozmiaru ogumienia była wynikiem zwykłego przeoczenia szczególnych wymagań SWZ. Absolutnie nie jest i nie było intencją Odwołującego dostarczenie Zamawiającemu opon innych niż wskazane w SWZ, tym bardziej że opony są względnie tanim (w porównaniu z resztą pojazdu) akcesoryjnym elementem wyposażenia, który podlega częstym wymianom z powodu zużycia czy w ramach dostosowania do warunków drogowych lub potrzeb użytkownika.

W odniesieniu do parametrów baterii/akumulatorów Odwołujący przyznał, że przez przeoczenie nie dostrzegł dokonanej 7 kwietnia 2022 r. modyfikacji SWZ polegającej na zastąpieniu w opisie słowa „nominalnej" słowem „dostępnej". W związku z powyższym Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty stwierdził, że „Oferowana wartość jest wielkością mniejszą od określonej w SWZ". Innych podstaw i powodów stwierdzenia niezgodności oferty z SWZ w tym zakresie Zamawiający nie podał. Zamawiający wyprowadził powyższe z porównania wartości nominalnej i wartości początkowej, gdzie stwierdził, że wartość początkowa energii jest jedynie częścią wartości nominalnej baterii.

Tymczasem, skoro wartość początkowa jest niższa od wartości nominalnej, to 80% wartości początkowej dostępnej jest niższe niż 80% wartości nominalnej. Skoro zatem według Formularza, deklarowana wartości energii stanowić będzie nie mniej niż 80% wartości nominalnej, to tym bardziej stanowić będzie nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej. Stąd niezrozumiały jest zarzut Zamawiającego, że „Oferowana wartość jest wielkością mniejszą od określonej w SWZ". Określenie procentowego parametru wartości energii dostępnej, którego użył Odwołujący, oznacza jego wyższą wartość, niż parametru, którego użył Zamawiający w SWZ. Innymi słowy, 80% wartości energii nominalnej jest wartością większa niż 80% wartości energii dostępnej początkowej, a więc wartością większą niż minimum określone w SWZ. W związku z tym wskazana w informacji o odrzuceniu oferty jej sprzeczność z treścią SWZ ma charakter jedynie pozorny i sprowadza się do różnic terminologicznych, które nie skutkują materialną „niższością" opisanych w Formularzu parametrów baterii od parametrów wymaganych w SWZ. Kwestia ta mogła być prawidłowo zinterpretowana przez Zamawiającego albo przynajmniej wyjaśniona w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. Brak powyższego ze strony Zamawiającego należy uznać za przejaw skrajnego formalizmu albo pozamerytorycznego dążenia do odrzucenia oferty Odwołującego.

Z ostrożności, na wypadek wykluczenia możliwości zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia Formularza rzeczowego, Odwołujący wniósł o zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawienie opisu w zakresie wskazania procentu mocy nominalnej na procent mocy początkowej. Stwierdził, że tego rodzaju omyłka była wynikiem

przeoczenia wymagań Zamawiającego, a nie intencjonalnym złożeniem wraz z ofertą opisu, który miał być ze zmodyfikowaną SWZ niezgodny. Natomiast tego rodzaju poprawienie oferty (przez zmianę w opisie rodzaju energii) nie może być uznane za zmianę istotną.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w piśmie z 17 maja br. błędnie podaje czy sugeruje, że wymóg dotyczył punktowanego kryterium oceny ofert (jak wskazano w piśmie: „Dodatkowo kryterium pojemności akumulatorów stanowi jedno z kryterium oceny ofert"). Tymczasem zgodnie z rozdz. XX pkt 6 SWZ to nominalna pojemność akumulatorów trakcyjnych stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert. Pojemność taka została podana zarówno w formularzu ofertowym, jaki Formularzu rzeczowym i nie stanowiła przedmiotu jakichkolwiek zarzutów ze strony Zamawiającego. Kwestionowany w odwołaniu zarzut stanowiący postawę odrzucenia oferty dotyczył natomiast minimalnej pojemności baterii zachowywanej/dostępnej w całym okresie gwarancji.

W odniesieniu do testu E-SORT 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający zakwalifikował i wskazał jako brakujące informacje, których podania/zawarcia w Protokole testów wcale nie wymagał. Według postanowień rozdz. V pkt 1 lit b SWZ Zamawiający wymagał złożenia protokołu testów, który miał zawierać wyniki pomiarów drogowego zużycia energii elektrycznej wg testu E-SORT 2, a także wskazał, przez ten test należy rozumieć procedurę badawczą E-SORT opracowaną przez UITP, dla oferowanego autobusu (Międzynarodowej Unii Transportu Publicznego). Żadne szczegółowe wymagania dotyczące wymaganej zawartości protokołu (poza wskazanymi wyżej wynikami pomiarów), w szczególności takie, których brak obecnie stwierdza Zamawiający w protokole testu E-SORT 2 przedłożonym przez Odwołującego, w treści SWZ się nie znalazły. Stąd niezrozumiałe jest oraz nie zostało podane przez Zamawiającego, z którymi postanowieniami SWZ przedłożony protokół testowy ma być niezgodny.

Odwołujący podniósł, że przedłożył wraz z ofertą protokół testu E-SORT 2 zawierający wymagane dane na temat zmierzonego osiąganego przez badany pojazd zużycia energii, a także wskazanie (w nagłówku i w treści protokołu), że dokonane pomiary zostały przeprowadzone zgodnie z procedurą E-SORT (w nagłówku strony tytułowej oraz w pkt 2 ogólnego protokołu testowego, określanego w przedłożonym tłumaczeniu jako „Raport ogólny z testu"). Brak jest więc jakiejkolwiek niezgodności treści oferty z SWZ, a Zamawiający nie był w stanie jej wskazać w informacji o odrzuceniu oferty.

Z ostrożności, na wypadek uznania, że w postanowieniach SWZ rzeczywiście wymagano, aby w protokołach z testu podać dane, których brak wytknął Zamawiający, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wystosowania do Odwołującego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwania do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, opisujących sposób przeprowadzenia testów i zawierających dane postulowane przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że dysponuje dokumentami zawierającymi wszelkie dane w tym przedmiocie, dokładnie odpowiadającymi wyrażonym (dopiero) w informacji odrzuceniu oferty wymaganiom Zamawiającego i jak najbardziej może je przedstawić.

Odwołujący zaznaczył, że jakiekolwiek dane metodologiczne czy odniesienia regulacyjne, nie są w tym postępowaniu kryteriami oceny ofert. Kryterium takim jest wartość zużycia energii, która została podana w formularzu ofertowym i potwierdzona w przedłożonych raportach/protokołach z testu oraz pozostanie niezmieniona. Formalnie nie ma więc żadnych przeszkód dla uzupełnienia informacji w przedmiocie samego sposobu przeprowadzenia testu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego złożonymi na posiedzeniu i rozprawie, informacje, z powodu jakich parametrów została odrzucona jego oferta, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie są również tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, że w odniesieniu do żywotności baterii omyłkowo odwołano się do wartości początkowej nominalnej, zamiast dostępnej, a także informacje dotyczące testu E-SORT (przyczyny odrzucenia i uzasadnienie odwołania w tym zakresie). Wobec powyższego Izba stwierdziła, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest informacja o podanym w Formularzu rzeczowym

rozmiarze opon.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. V SWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia dotyczące przedmiotowych środków dowodowych:

Zamawiający żąda, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

a) Specyfikacje oferowanego autobusu - sporządzoną zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ - Formularz rzeczowy - dane techniczne,

b) Protokół testów zawierający wyniki pomiarów drogowego zużycia energii elektrycznej wg testu E-SORT 2, przez który należy rozumieć procedurę badawczą E-SORT opracowaną przez UITP, dla oferowanego autobusu.

2. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane świadczenia spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

3. Jako przedmiotowy środek dowodowy należy traktować etykietę, certyfikat oraz inne środki dowodowe, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

4. Jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie - z zastrzeżeniem art. 107 ust. 3 ustawy Pzp.

W punkcie 18.2 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (zał. Nr 9 do SWZ) Zamawiający zamieścił następujące wymaganie dotyczące rodzaju i typu opon: rozwiązanie zależne od zastosowanych przez producenta autobusu silników napędowych (np. 1 centralny czy 4 w każdym z kół). W przypadku zastosowania 1 silnika centralnego - rozmiar opon: 275/70 R22,5"; Wszystkie opony jednej marki (producenta), typu i o jednakowym bieżniku, przeznaczone do ruchu miejskiego. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania opon jednokierunkowych.

W punkcie 11.3 zał. Nr 9 do SWZ, po zmianach z 7 kwietnia 2022 r., określono następujące wymaganie: Wymagana minimalna, dostępna przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 160kWh stanowiąca nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej. UWAGA: KRYTERIUM PUNKTOWANE. W przypadku nie zachowania wymaganego minimalnego poziomu pojemności baterii Wykonawca zobowiązany jest w okresie gwarancji do ich wymiany na nowe. Definicja energii dostępnej (Ed) - jest to wydzielony zakres energii z energii nominalnej magazynu energii przez producenta magazynu energii lub autobusu, w którym powinien pracować magazyn energii w celu zapewnienia optymalnych i bezpiecznych warunków pracy tego magazynu energii.

Zerowy stan energii dostępnej musi odpowiadać wartość minimalnej SOC (ang. State of charge), a 100 % Ed musi odpowiadać wartości maksymalnej SOC. Wartość energii

dostępnej Ed musi stanowić co najmniej 80% wartości energii nominalnej w okresie

gwarancji na baterie trakcyjne.

Zgodnie z rozdz. XX SWZ jednym z kryteriów oceny ofert (kryterium nr 5) była pojemność akumulatorów trakcyjnych (w kWh) (P) - waga 8 pkt.

W punkcie 18 formularza rzeczowego Odwołujący podał rozmiar opon (tajemnica przedsiębiorstwa) różniący się od wymaganego przez Zamawiającego.

W punkcie 11.3 formularza rzeczowego Odwołujący podał: Minimalna, dostępna

przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 160 kWh

stanowiąca nie mniej niż 80% wartości nominalnej początkowej (...).

Odwołujący załączył do oferty raport techniczny - Testy oraz badania dotyczące E-SORT.

Pismem z 17 maja 2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postepowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie czynności odrzucenia oferty:

Zamawiający w załączniku nr 9 do SWZ (zaktualizowanym w dniu 07.04.2022 r.) - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt 10.1 określił, iż wymaga jednego silnika centralnego lub wielu silników elektrycznych (zespołu silników elektrycznych) określając jednocześnie, iż jest to kryterium punktowane. Informacje odnośnie kryterium oceny ofert zawarto w rozdziale XX SWZ, gdzie rodzaj silnika wskazano jako jedno z podkryteriów oceny ofert w ramach kryterium wyposażenie pojazdu. Natomiast w pkt 18.2. załącznika nr 9 do SWZ (zaktualizowanego w dniu 07.04.2022 r.) - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia wskazano, iż w przypadku zastosowania I silnika centralnego - rozmiar opon winien wynosić 275/70 R22,5".

Wykonawca (...) oferuje pojazd wyposażony w jeden elektryczny silnik centralny. (...) Jednocześnie w pkt 18 - „Koła ogumienie" podał, iż oferuje opony o rozmiarze (...). Powyższy oferowany rodzaj ogumienia jest niezgodny z zapisami pkt 18.2 załącznika nr 9 do SWZ, który stanowi, iż w przypadku 1 silnika centralnego - rozmiar opon winien wynosić 275/70 R22,5". Mając na uwadze powyższe można jednoznacznie stwierdzić, iż oferowane przez Wykonawcę ogumienie jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

(.) Wykonawca w swojej ofercie wskazuje, iż minimalna, dostępna przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych wynosi 160kWh i stanowi nie mniej niż 80% wartości nominalnej początkowej, natomiast w zmienionym załączniku wymagana jest minimalna dostępna przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 160kWh stanowiąca nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej. Oba pojęcia tj. wartość nominalna początkowa pojemności baterii (akumulatorów) i wartość dostępna początkowa pojemności baterii (akumulatorów) są od siebie różne. Wartość nominalna pojemności baterii (akumulatorów) to wartość określona przez producenta i wskazana na przykład na tabliczce znamionowej urządzenia, natomiast wartość dostępna początkowa pojemności baterii (akumulatorów) to pewna część wartości nominalnej dostępna do wykorzystania od początku użytkowania urządzenia tj. akumulatorów trakcyjnych. Wartość energii dostępnej powinna odnosić się do wartości dostępnej początkowej, gdyż producent dla każdego urządzenia ustanawia margines bezpieczeństwa, którego nie można przekroczyć, żeby nie utracić całkowicie użyteczności urządzenia.

Mając na uwadze powyższe nie można przyjąć, że deklarowana przez wykonawcę minimalna, dostępna przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych wynosząca 160kWh i stanowiąca nie mniej niż 80% wartości nominalnej początkowej jest równa określonej w Specyfikacji Warunków Zamówienia wartości i odpowiada minimalnej dostępnej przez cały okres gwarancji, pojemności baterii (akumulatorów) trakcyjnych 160kWh stanowiącej nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej. Oferowana wartość jest wielkością mniejszą od określonej w SWZ. Należy więc stwierdzić, że oferowana przez Wykonawcę minimalna, dostępna przez cały okres gwarancji pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych jest niezgodna z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Dodatkowo pojemność akumulatorów trakcyjnych stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

Dodatkowo w odniesieniu do Protokołu testów zawierającego wyniki pomiarów drogowego zużycia energii elektrycznej wg testu E-SORT 2, przez który należy rozumieć procedurę badawczą E-SORT opracowaną przez UITP, dla oferowanego autobusu stwierdzono brak potwierdzenia zgodności przeprowadzonego badania z procedurą badawczą E-SORT opracowaną przez UITP, brak informacji w zakresie warunków i norm przeprowadzenia testu oraz brak szczegółowych informacji na temat przyrządów pomiarowych użytych w badaniu.

W ramach prowadzonego postępowania zgodnie z przepisami art. 107 ust. 2 ustawy PZP

Zamawiający dysponuje możliwością wezwania Wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych, z wyjątkiem sytuacji określonych w art. 107 ust. 3 ustawy PZP oraz wezwania Wykonawcy do złożenie wyjaśnień w oparciu o przepisy art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp.

Przeanalizowano możliwość zastosowania, którejkolwiek z ww. przesłanek, opierając się na stanie faktycznym, istniejącym orzecznictwie i interpretacji przepisów ustawy Pzp. (...) Powyższe dało podstawę do jednoznacznego stwierdzenia, iż w zaistniałej w niniejszym postępowaniu sytuacji Zamawiający nie miał podstaw, aby zastosować jakąkolwiek przesłankę wynikającą z przepisów ustawy Pzp. W swojej ofercie Wykonawca jednoznacznie wskazał, iż oferuje opony o rozmiarze (.) przy jednoczesnym zastosowaniu jednego silnika centralnego, co jest niezgodne z zapisami pkt 18.2 załącznika nr 9 do SWZ, który stanowi, iż w przypadku 1 silnika centralnego - rozmiar opon winien wynosić 275/70 R22,5". Jednocześnie zadeklarowana przez wykonawcę minimalna, dostępna przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych wynosząca 160kWh i stanowiąca nie mniej niż 80% wartości nominalnej początkowej nie jest równa i nie odpowiada określonej w pkt 11.3 załącznika nr 9 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (aktualizacja z dnia 07.04.2022 r.) minimalnej dostępnej przez cały okres gwarancji, pojemności baterii (akumulatorów) trakcyjnych 160kWh stanowiącej nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej. Oferowana wartość jest wielkością mniejszą od określonej w SWZ. Należy więc stwierdzić, że oferowana przez Wykonawcę minimalna, dostępna przez cały okres gwarancji pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych jest niezgodna z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Dodatkowo pojemność akumulatorów trakcyjnych stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

Zaistniałe w złożonej ofercie rozbieżności prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie odpowiada wymaganiom określony w dokumentach zamówienia tj. Specyfikacji warunków Zamówienia wraz z załącznikami. (.)

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Stosownie do art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące

istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W ocenie Izby nie wystąpiły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do rozmiaru opon wskazać należy, że okolicznością bezsporną jest, iż

podany przez Odwołującego w Formularzu rzeczowym rozmiar jest niezgodny z wymaganiami SWZ, czego jednak nie można automatycznie utożsamiać z zaistnieniem przesłanek odrzucenia oferty.

Izba stwierdziła, że ww. Formularz, w związku z błędnym podaniem rozmiaru opon, nie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Jakkolwiek formularz ten został przez Zamawiającego określony w SWZ jako podlegający uzupełnieniom przedmiotowy środek dowodowy, to nie można pominąć tego, że służył on nie tylko potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SWZ, ale także konkretyzował przedmiot tej oferty - wykonawca prezentował w nim, jakie pojazdy oferuje i jakie mają one parametry oraz właściwości. W tym znaczeniu dokument ten kształtował treść oferty, co zresztą przyznał sam Odwołujący podczas rozprawy, podnosząc, że zaistniała niezgodność podlegała poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Chybiona jest natomiast argumentacja Zamawiającego, który twierdził, że niemożliwość uzupełnienia Formularza rzeczowego wynika z pośredniego związku rozmiaru opon z kryteriami oceny ofert - wezwanie takie - zdaniem Zamawiającego - byłoby

naruszeniem art. 107 ust. 3 ustawy Pzp. Odnosząc się do tego stanowiska Izba zauważa, że opony, w jakie wyposażone będą autobusy, nie podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny

ofert. Kryterium takim był natomiast rodzaj silnika (w ramach kryterium nr 6), punktowany w następujący sposób: silniki w piastach - 0 pkt, jeden silnik centralny - 1 pkt. Jednocześnie Zamawiający określił różne wymagania w zakresie rozmiaru opon, w zależności od rodzaju oferowanego silnika. Nie ma wątpliwości, jaki rodzaj silnika zaoferował Odwołujący i jaki w związku z tym powinien być rozmiar opon, to rodzaj silnika decydował bowiem o rozmiarze opon, a nie odwrotnie. Oferowany rozmiar opon nie miał więc żadnego wpływu na ocenę oferty. Niemożliwość skorzystania z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wynikała z tego, że Formularz rzeczowy kształtował treść oferty, nie zaś z zakazu określonego w art. 107 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia podlegała poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Oceniając możliwość skorzystania z powyższego przepisu w pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Podkreślenia wymaga, że sam fakt zaistnienia w ofercie niezgodności z dokumentami zamówienia nie jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyraźnie zezwala bowiem na poprawienie tego rodzaju błędów, pod warunkiem że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty.

Izba stwierdziła, że brak jest racjonalnych podstaw, aby przypisać Odwołującemu zamiar zaoferowania opon w rozmiarze w oczywisty sposób niezgodnym z wymaganiami Zamawiającego. Uprawnione jest natomiast założenie, że podanie nieprawidłowego rozmiaru wynikało z przeoczenia czy braku dokładności przy wypełnianiu obszernego Formularza rzeczowego. Jednocześnie brak jest podstaw do twierdzenia, że poprawienie zaistniałej omyłki spowoduje istotne zmiany w treści oferty. Oceniając kwestię tej istotności należy wziąć pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest dostawa sześciu nowych autobusów elektrycznych, zatem opony, w jakie wyposażone będą te autobusy, ani pod względem funkcjonalnym ani wartościowym, nie stanowią takiego elementu przedmiotu zamówienia, co do którego zmiana w zakresie rozmiaru mogłaby być uznana za istotną. Opony są bowiem częścią eksploatacyjną pojazdów, a za okoliczność notoryjną można uznać, że ich wartość ma bardzo mały udział w wartości całego pojazdu. W ocenie Izby odrzucenie oferty, w której zaoferowano przedmiot zamówienia zgodny z licznie wyspecyfikowanymi parametrami, tylko z powodu nieprawidłowego określenia rozmiaru opon, byłoby sprzeczne z zasadą proporcjonalności. To właśnie takim odrzuceniom ma zapobiegać przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zauważenia wymaga również, że rozmiar opon wskazany przez Odwołującego w Formularzu rzeczowym nie różni się znacznie od rozmiaru wymaganego przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę względy techniczne nie ma podstaw zakładać, że autobusy oferowane przez Odwołującego mogą być wyposażone jedynie w opony o rozmiarze określonym przez niego w Formularzu rzeczowym, nie zaś w opony wymagane przez Zamawiającego. W przypadku każdego pojazdu istnieje bowiem określona tolerancja w zakresie rozmiaru opon, czego zresztą Zamawiający nie kwestionował. Jeżeli jednak Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie, w ocenie Izby mógł zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia takie nie miałyby charakteru niedozwolonych negocjacji, polegałyby bowiem jedynie na upewnieniu się, czy rzeczywistym zamiarem wykonawcy było zaoferowanie opon w rozmiarze wymaganym przez Zamawiającego, a jego oświadczenie woli zostało zniekształcone wskutek omyłki. Jednak zdaniem Izby, również bez takich wyjaśnień Zamawiający uprawniony był do poprawienia oferty Odwołującego, zauważyć bowiem należy, że gdyby poprawienie takie nie odzwierciedlało intencji wykonawcy, miałby on możliwość niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki lub zakwestionowania sposobu jej poprawienia, stosownie do art. 223 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia miała charakter podlegającej poprawieniu omyłki i nie uzasadniała odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego nie powinna być odrzucona z powodu podania przez niego w Formularzu rzeczowym, że minimalna, dostępna przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 160 kWh stanowi nie mniej niż 80% wartości nominalnej początkowej (zamiast wartości dostępnej początkowej). W ocenie Izby powyższa rozbieżność w sposobie określenia żywotności baterii - wynikająca bez wątpienia z nieuwzględnienia przez Odwołującego zmiany SWZ z 7 kwietnia 2022 r. - nie świadczy o tym, że Odwołujący zaoferował baterie niezgodne z wymaganiami. Należało bowiem ocenić, czy utrzymanie pojemności baterii na poziomie 80% wartości nominalnej początkowej (jak wskazał Odwołujący) spełnia również wymóg pojemności na poziomie 80% wartości dostępnej początkowej (jak tego wymagał Zamawiający). Z uzasadnienia odrzucenia oferty zdaje się wynikać, że nawet zdaniem Zamawiającego różnica między wartością nominalną a dostępną jest taka, że spełnienie wymogu pojemności na poziomie 80% wartości nominalnej początkowej powinno być uznane za spełnienie wymogu pojemności na poziomie 80% wartości dostępnej początkowej. Jak bowiem stwierdził sam Zamawiający: wartość nominalna pojemności baterii (akumulatorów) to wartość określona przez producenta i wskazana na przykład na tabliczce znamionowej urządzenia, natomiast wartość dostępna początkowa pojemności baterii (akumulatorów) to pewna część wartości nominalnej dostępna do wykorzystania od początku użytkowania urządzenia tj. akumulatorów trakcyjnych. Skoro więc zdaniem Zamawiającego wartość dostępna początkowa jest mniejsza od wartości nominalnej początkowej, to zagwarantowanie pojemności baterii na poziomie 80% wartości nominalnej jest czymś więcej, niż zagwarantowanie jej na poziomie 80% wartości dostępnej. W związku z tym rację miał Odwołujący twierdząc, że w stanowisku Zamawiającego wystąpiła sprzeczność, z niewiadomych bowiem powodów stwierdził on w dalszej części uzasadnienia czynności odrzucenia, że oferowana wartość jest wielkością mniejszą od określonej w SWZ.

W ocenie Izby określenie gwarantowanej żywotności baterii w sposób nieuwzględniający zmian z 7 kwietnia 2022 r. powinno podlegać wyjaśnieniom w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z takim opisem tego parametru przez Odwołującego Zamawiający mógł mieć wątpliwości co do spełniania wymagań SWZ, nie miał natomiast podstaw stwierdzić niezgodności oferty z tymi wymaganiami. Potwierdzenie w drodze wyjaśnień, że w przypadku zagwarantowania pojemność baterii na poziomie 80% wartości nominalnej początkowej, zagwarantowana jest również pojemność na poziomie 80% wartości dostępnej początkowej, powinno prowadzić do uznania zgodności oferty z treścią SWZ, nawet bez potrzeby poprawienia omyłki w tej ofercie (niezgodność mogłaby być bowiem uznana za dotyczącą jedynie sposobu opisania parametru, a nie cech jakościowych przedmiotu zamówienia). Izba nie nakazała jednak skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnień, stwierdzając, że Odwołujący wykazał podczas rozprawy, iż w przypadku baterii oferowanych przez Odwołującego wartość dostępna początkowa i wartość nominalna początkowa są równe (nie występuje spadek energii dostępnej w stosunku do nominalnej), co zostało potwierdzone oświadczeniem producenta. Powyższe świadczy o spełnieniu wymagań dotyczących żywotności baterii.

Zauważenia wymaga również, że nietrafne jest oparcie stanowiska Zamawiającego na twierdzeniu, że pojemność akumulatorów stanowi jedno z kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że sporny parametr dotyczy żywotności baterii (dostępnej przez cały okres gwarancji pojemności baterii), sama pojemność akumulatorów, stanowiąca kryterium oceny ofert, została wskazana w formularzu ofertowym i nie była przez Zamawiającego kwestionowana.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, jakoby niezgodność oferty Odwołującego z SWZ polegała na tym, że wykonawca wskazał, że gwarantuje wartość minimum 160 kWh, bez podania konkretnej wartości liczbowej stanowiącej 80% wartości początkowej. Przede wszystkim zauważyć należy, że okoliczność ta nie została wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferty jako podstawa faktyczna tej czynności. Podkreślenia wymaga, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn

odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, z uwzględnieniem okoliczności podniesionych dopiero w postępowaniu odwoławczym.

W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że skoro pojemność akumulatorów została podana w formularzu ofertowym, a jednocześnie wykonawca oświadczył, że gwarantuje pojemność baterii na poziomie 80% wartości nominalnej początkowej (a zarazem wartości dostępnej początkowej), to z oferty wynika wartość liczbowa tej gwarantowanej pojemności, nawet jeśli nie zostało to wprost wskazane. Mogłoby to więc być uznane najwyżej za niedociągnięcie formalne (dotyczące sposobu prezentacji danych), ale nie za merytoryczną niezgodność oferty z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Następnie Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał nieprawidłowości przedstawionego przez Odwołującego protokół testu E-SORT. Uzasadnienie odrzucenia oferty z tego powodu jest lakoniczne i nie pozwala stwierdzić, jakich wymagań SWZ w tym zakresie Odwołujący nie dopełnił. Zamawiający podał jedynie, że stwierdził brak potwierdzenia zgodności przeprowadzonego badania z procedurą badawczą E-SORT opracowaną przez UITP, brak informacji w zakresie warunków i norm przeprowadzenia testu oraz brak szczegółowych informacji na temat przyrządów pomiarowych użytych w badaniu, nie wskazując, z czego wywodzi obowiązek zamieszczenia w protokole ww. informacji. Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie nie dowodzi nieprawidłowości przedłożonego raportu.

Z kolei wskazanie, że szczególne wątpliwości Zamawiającego wzbudziła kwestia uwzględnienia poprawek wprowadzonych do procedury badawczej w 2017 r., miało miejsce dopiero podczas rozprawy, informacji takiej nie ma w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Stanowi to więc niedopuszczalne rozszerzenie podstaw faktycznych odrzucenia oferty, na etapie postępowania odwoławczego. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Odwołujący przedłożył na rozprawie oświadczenie jednostki certyfikującej, na potwierdzenie zgodności raportu z przepisami UITP włączając zmiany z 2017 r. Powyższe pozwala uznać przedstawiony raport za prawidłowy.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: .....