

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Sygn. akt: KIO 478/17

Sygn. akt: KIO 503/17

WYROK

z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **przez odwołującego:**

I. E. – P. Sp. z o.o. ul. (...) wniesionego w dniu 13 marca 2017r. o Sygn. akt KIO 478/17

II. E. – P. Sp. z o.o. ul.(...), wniesionego w dniu 16 marca 2017r. o Sygn. akt KIO 503/17

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w J. ul.(...)

przy udziale wykonawcy:

„M.” Sp. z o.o. (...) przystępującego po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odstąpienie od wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę wybranego, ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty. W pozostałym zakresie oddala odwołanie z dnia 13 marca 2017 roku w sprawie o **Sygn. akt KIO 478/17**.
2. oddala odwołanie z dnia 16 marca 2017 roku w sprawie o **Sygn. akt KIO 503/17**
3. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w J. ul. (...) w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 478/17 i**
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E. – P. Sp. z o.o. ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,

str. 1

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

- 3.2 zasądza od Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w J. ul. (...) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz E.– P. Sp. z o.o. ul. (...) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
4. Kosztami postępowania E. – P. Sp. z o.o. ul. (...) w sprawie oznaczonej **Sygn. akt KIO 503/17 i**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E. – P. Sp. z o.o. ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od E. – P. Sp. z o.o. ul. (...) kwotę 3.600,00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w J. ul.(...) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 478/17 i KIO 503/17

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.03.2017 roku zarządzono do łącznego rozpoznania odwołania wniesione przez E. – P. Sp. z o.o. ul. (...) w dniu 13 marca 2017r. w sprawie oznaczonej o Sygn. akt KIO 478/17 roku oraz odwołanie wniesione również przez E. – P. Sp. z o.o. ul. (...) wniesione w dniu 16 marca 2017 roku w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 503/17.

Przedmiotem postępowania w sprawie odwołania o Sygn. akt KIO 478/17 prowadzonego pod numerem PKM/ZP/8/2016 jest „Dostawa 8 sztuk ładowarek Plug-in dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych”.

Z kolei przedmiotem postępowania w sprawie odwołania o Sygn. akt KIO 503/17 prowadzonego pod numerem PKM/ZP/9/2016 jest „Dostawa i montaż 5 sztuk stacji szybkiego ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych wraz z budową niezbędnych linii kablowych”.

Obydwa postępowania dotyczą zamówień sektorowych i prowadzone są w trybie przetargu nieograniczonego przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w J. ul. (...) zwane dalej „zamawiającym”.

Charakterystycznym jest też, że w obydwu postępowaniach oferty złożyło tylko dwóch tych samych wykonawców to jest odwołujący i przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany.

Sygn. akt KIO 478/17

W dniu 13 marca 2017 roku pismem z dnia 10 marca 2017 roku za wpływem bezpośrednim Prezes Krajowej Izby Odwoławczej otrzymał odwołanie od E.-P. Sp. z o.o., ul. (...) zwanego dalej „odwołującym”.

Odwołanie złożono w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w J. ul. (...) zwane dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze PKM/ZP/8/2016 jest „Dostawa 8 sztuk ładowarek Plug-in dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych”,

Postępowanie zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Publikacji Wspólnot Europejskich z dnia 31.12.2016r. roku pod pozycją 2016/S 253- 466837. Podstawę wniesienia odwołania stanowił art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 26 listopada 2015 r. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP” w związku z niezgodnymi z przepisami Ustawy czynnościami oraz zaniechaniami Zamawiającego w tym postępowaniu.

Jako zaniechania zamawiającego wymieniono w odwołaniu:

- zaniechanie wykluczenia M. Sp. z o.o., ul. (...) (dalej, jako: „M.”), z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazanie braku podstaw wykluczenia,
- zaniechania ujawnienia wyjaśnień M. z dnia 13.02.2017r. oraz wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2017r.
- zaniechanie uznania oferty M. za odrzuconą
- zaniechania odrzucenia oferty M. mimo, iż zawiera rażąco niską cenę.
- zaniechania odrzucenia oferty M. mimo, iż stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz dokonania w dniu 03.03.2017r. wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty

wykonawcy M.

Odwołujący w związku z powyżej wymienionymi zaniechaniami oraz czynnościami zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc niniejsze postępowanie rażąco naruszył w szczególności następujące przepisy Ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia, zaniechanie uznania oferty za odrzuconą oraz wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1-3 PZP poprzez błędną ocenę wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty noszącej znamiona rażąco niskiej,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1-2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503)(dalej, jako: "UZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty noszącej znamiona rażąco niskiej, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. art. 91 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów,
5. art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych wyjaśnieniach M. z dnia 13.02.2017r. oraz wyjaśnieniach stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2017r. mimo, iż wykonawca ten nie wykazał, by stanowiły one tajemnicę jego przedsiębiorstwa;

str. 4

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

6. art. 7 ust. 1 i 3 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
7. inne przepisy wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. nakazanie Zamawiającego dokonania ujawnienia wyjaśnień M. z dnia 13.02.2017r. oraz wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2017r.
 3. nakazanie Zamawiającego dokonania wykluczenia wykonawcy M. oraz uznania jego oferty za odrzuconą,
- Względnie nakazania Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty M.,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
 5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
 6. przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego Odwołania.

Odwołujący w dalszej części przedstawił w szczególności następujące okoliczności faktyczne oraz prawne stanowiące uzasadnienie wniesionego odwołania.

Przedstawił argumentację stanowiącą uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia a tym samym do złożenia odwołania. Powołując się na wymienione powyżej naruszenia przepisów ustawy stwierdził, że w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, to jego oferta, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i uzyskałby przedmiotowe zamówienie. W związku z takim działaniem zamawiającego może ponieść szkodę. Podnoszone przez Odwołującego naruszenia wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym oraz gospodarczym. Następnie odwołujący odniósł się do podniesionych we wstępie odwołania zarzutów faktycznych i prawnych przedstawiając w szczególności poniżej przedstawioną argumentację

I. Zarzut braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa ładowarek Plug-in dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych o następujących parametrach technicznych i cechach funkcjonalno-użytkowych: a)

ładowarki będą wykorzystywane do ładowania akumulatorów trakcyjnych

wyposażonego

akumulatory trakcyjne litowo - żelazowo-fosforanowe o łącznej pojemności 160 kWh; -U.

e.12 wyposażonego w akumulatory trakcyjne litowo-żelazowo- fosforanowe o łącznej

str. 5

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

pojemności 60 kWh. – U. e. 18 wyposażonego w akumulatory trakcyjne litowo-żelazowo-fosforanowe o łącznej pojemności 240 kWh. Powyższe oznacza, że ładowarki muszą być kompatybilne z systemem zainstalowanym w/w autobusach, a przeznaczonym do ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w tych autobusach. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego ładowarki winny być urządzeniami o mocy wyjściowej 85kW. Zamawiający w pkt. 7.2.2 SIWZ, ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. polegającą na dostawie fabrycznie nowych ładowarek do autobusów elektrycznych (lub też innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3,5 tony DMC napędzanych wyłącznie energią elektryczną) o wartości nie mniejszej niż 300 000 PLN.

Odwolujący uzasadniając zarzuty przywołał fakt, że Zamawiający potwierdził w odpowiedziach z dnia 27.01.2017 roku nie uwzględniając prośby Wykonawcy o dopuszczenie referencji ładowarek do baterii trakcyjnych. Bowiem istnieje wiele znaczących różnic, zarówno konstrukcyjnych, technicznych jak i funkcjonalnych, które przekładają się między innymi na bezpieczeństwo użytkowania, pomiędzy ładowarkami do autobusów elektrycznych (lub też innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3,5 tony DMC napędzanych wyłącznie energią elektryczną) a samymi ładowarkami do baterii trakcyjnych. Odwołujący przedstawił szereg różnic pomiędzy ładowarkami do autobusów elektrycznych a ładowarkami do baterii trakcyjnych. Wykonawca M. w dokumencie wykaz dostaw „Załącznik nr 7 do SIWZ”, będącym załącznikiem do oferty (strona 14 oferty), w pozycji nr 1 wskazał, iż wykonał dostawę 15 ładowarek baterii trakcyjnych do trolejbusów na rzecz S. B.&C. S.A., co poparł wystawionymi przez tą firmę referencjami, z których wynikają dostawy: a) 12 kompletów napędów trolejbusowych

kompletów napędów wraz z ładowarką baterii

trakcyjnych, do trolejbusów T18, b) 3

trolejbusowych wraz z ładowarką baterii trakcyjnych, do trolejbusów T12. W jego ocenie żadna z w/w dostaw nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego - dostawy odpowiadającej swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Ładowarki baterii trakcyjnych (inaczej zasilacze buforowe baterii trakcyjnych), które zostały wskazane w wykazie, są bowiem zupełnie innymi urządzeniami aniżeli urządzenia, będące przedmiotem zamówienia oraz wymaganymi przez zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawców. W szczególności urządzenia te: montuje się wewnątrz pojazdu lub na jego konstrukcji, a przedmiotem zamówienia są ładowarki zewnętrzne, typu off-board, ii. nie posiadają jakiegokolwiek portu komunikacji z pojazdem, dotyczącego obsługi parametrów ładowania, dynamicznie określanych przez pojazd

str. 6

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

ładowany (PN-EN 61851-24 w szczególności A. C), jest to zagadnienie szczególnie istotne ze względu na swoją bardzo dużą złożoność i komplikację oraz fakt, iż niedociągnięcia w tym zakresie skutkować będą brakiem możliwości ładowania pojazdów od różnych dostawców, iii. ich obudowy nie spełniają wymagań instalacji w przestrzeni publicznej, iv. są na stałe połączone z pojazdem, a przedmiotem przetargu są urządzenia typu Plug-in (odnosi się to do podłączenia ładowarki do pojazdu), v. spełniają dużo mniejszą funkcjonalność niż ładowarki autobusów elektrycznych (i innych pojazdów), także z punktu widzenia bezpieczeństwa użytkowania. Dostawy wskazane przez M. obejmują urządzenia na stałe połączone z pojazdem i stanowiące w pewnym

sensie jego wyposażenie, a nie zewnętrzne ładowarki typu plug-in. Urządzenia te zabudowuje się w trolejbusie, a ich sposób montażu (np. dach trolejbusu) uniemożliwia np. sygnalizację wizualną (jeden z podstawowych wymogów Zamawiającego wobec ładowarek będących przedmiotem zamówienia). Idąc dalej, w tego typu urządzenia zupełnie inny jest sposób komunikacji pomiędzy ładowarką a autobusem w trakcie ładowania. Zamawiający wskazał żądane normy dotyczące sposobu komunikacji dla ładowania pojazdów elektrycznych prądem stałym o napięciu do 1000V - PN-EN 61851-23 i PN-EN 61851-24. Normy te określają komunikację na wyższej warstwie pomiędzy ładowarką i autobusem (PN-EN 61851-24). Komunikacja ta musi zapewnić sterowanie z poziomu autobusu. Dostawy wskazane przez M. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej obejmują urządzenia, których parametry ładowania (prąd i napięcie) nie są sterowane w sposób wskazany w zapisach przytaczanych wyżej norm dotyczących między innymi sposobu komunikacji. Ponadto zarzucił M. dokonanie „sztucznego” zsumowania dostaw z okresu 2014-2016, w żadnym miejscu nie wykazując, iż faktycznie w/w dostawy stanowiły jedną dostawę (realizowane były na podstawie jednego zamówienia). Załączone do wykazu referencje wskazują wprost, iż na wskazaną przez wykonawcę jedną dostawę, składają się co najmniej dwie dostawy. Co więcej nieprecyzyjne określenie dat dostaw może wskazywać, że dostawy odbyły się w okresie dłuższym niż 3 lata przed dniem złożenia oferty. Z dokumentu referencji (inaczej niż z dokumentu wykazu dostaw) wynika, że wskazane ładowarki były integralną częścią układów napędowych, a nie autonomicznymi urządzeniami.

Zamawiający, mimo oczywistych wątpliwości wynikających z przedłożonych przez M. dokumentów (kwestia przedmiotu dostawy, kwestia sumowania różnych dostaw, kwestia możliwości wskazania dostaw, które miały miejsce wcześniej niż 3 lat przed terminem składania ofert), zaniechał wezwania tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 PZP do ich wyjaśnienia. Powyższe potwierdza, iż Wykonawca ten nie dysponuje wymaganymi przez

str. 7

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Zamawiającego kwalifikacjami, a tym samym winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Nadmienić należy, iż Zamawiający nie był w tym wypadku zobowiązany do wzywania M. do uzupełnienia oświadczenia albowiem oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na to, iż zawierała rażąco niską cenę oraz stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

II. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia.

W przedmiotowym postępowaniu, wykonawca M. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia albowiem nie złożył oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w terminie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 PZP. Złożone przez niego oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, złożone zostało przed terminem składania ofert, a zatem w dacie jego składania wykonawca nie miał wiedzy, jakie podmioty złożą oferty. W związku z powyższym nie wykazał On, iż nie należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP. Wskazuje na to również treść samego oświadczenia wykonawcy (str. 18 oferty), które odwołuje się do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP, a nie jakiegokolwiek grupy kapitałowej. Brak jest zatem możliwości wykazania za pomocą takowego oświadczenia, nie znając danych innych podmiotów składających ofertę, że nie podlega się wykluczeniu. W związku z faktem niewykazania przez M. braku podstaw do wykluczenia, obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie wykonawcy. Nadmienić należy, iż Zamawiający nie był w tym wypadku zobowiązany do wzywania M. do uzupełnienia oświadczenia albowiem oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na to, iż zawierała rażąco niską cenę oraz stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

I. Zarzut złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. 1) rażąco niska cena. Zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 PZP i wynika z obawy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje ceną bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku

dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący między innymi podkreśla jak poniżej: Podkreślić jednak należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie Zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie

str. 8

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

wykonawcy, do ich przedstawienia. Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, Zamawiający może zdecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP. Upřednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulacją jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno treść art. 90 ust. 1 PZP. Odwołujący uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie M. podniósł także jak poniżej: - wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny albowiem złożone przez niego na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia były lakoniczne, oderwane od realiów postępowania, a nadto wykonawca ten nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, -Zamawiający niewłaściwie ocenił złożone przez M. wyjaśnienia przez co zamiast wykonać ciążący na nim obowiązek i odrzucić ofertę M., bezprawnie ponownie wezwał tego wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez M. a ceną zaoferowaną przez Odwołującego, jak również w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia wynosi:

- w stosunku do ceny Odwołującego 448.704,00 zł brutto, tj. 39,65%;

- w stosunku do wartości zamówienia 793.104,00 zł brutto, tj. 53,73%;

co jednoznacznie wskazuje, że została przez M. skalkulowana nienależycie lub poniżej kosztów realizacji zamówienia. Na marginesie, przed podjęciem dalszych rozważań zauważyć należy, iż Zamawiający (bezprawnie w ocenie Odwołującego) odmówił ujawnienia wyjaśnień wykonawcy z dnia 13.02.2017r. oraz wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2017r., co w sposób znaczący utrudnia Odwołującemu szczegółowe odniesienie się do kwestii wskazanych przez M., jako mające wpływ na kalkulację ceny. Uzasadnienie powyżej tezy znajduje się w pkt. IV niniejszego odwołania. Podsumowując odwołujący stwierdza: W powyższym stanie faktycznym obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty M. Zaniechanie dokonania tej czynności, a następnie dokonanie niedozwolonego ponownego wezwania przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 90 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP oraz art. 7 ust. 1 i 3 poprzez nierówne traktowanie wykonawców. Odnosząc się szczegółowo do ceny ofertowej wskazanej przez Wykonawcę wskazać należy, iż nierealne jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zaoferowanej przez M. cenie. Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Odwołującego, który w ostatnim czasie wyprodukował i z sukcesem wdrożył około 100 sztuk ładowarek i stacji szybkiego ładowania autobusów elektrycznych typu „off-board”, zaproponowana cena wręcz jest niższa niż koszty wytworzenia i uruchomienia przedmiotu zamówienia. Jest bowiem wiele podzespołów, z których składa się ładowarka będąca przedmiotem zamówienia, jak i czynności mających na celu uruchomienie, które są

str. 9

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

niezbędne do realizacji zadania, a ich dostępność na rynku dla wszystkich wykonawców jest taka sama oraz w takiej samej lub bardzo zbliżonej cenie. Ładowarki różnych producentów mogą różnić się w zakresie wyposażenia pomiędzy sobą wyłącznie drobnymi elementami lub ich jakością jednak ze względu na konieczność spełnienia specyficznych wymagań norm oraz fakt, iż rynek poddostawców jest dość płytki, część kluczowych podzespołów pochodzi

bardzo często od tego samego producenta czy nawet dostawcy. Dlatego dość łatwo jest zweryfikować realność kosztów produkcji ładowarek, będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Należy przy tym zaznaczyć, że firma M. na dzień dzisiejszy nie dostarczyła na rynek zewnętrzny ani jednej sztuki ładowarki typu off-board (będącej przedmiotem zamówienia) do ładowania autobusów elektrycznych, co poprzez brak doświadczenia mogło bezpośrednio wpłynąć na nieprawidłowość i niekompletność wyliczenia ceny oferty M. Kolejno w oparciu o zarzut rażąco niskiej ceny odwołujący uzasadnił zarzut stanowiący konsekwencje powyżej podniesionego zarzutu to jest 2) czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe uczynił następująco: Składanie oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy UZNK. Art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP stanowi, iż obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący wskazuje, iż zaoferowanie przez M. rażąco niskiej ceny wypełnia znamiona czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, czyli utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym Odwołującego, w szczególności poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W miejscu podkreślić należy strukturę właścicielską wykonawcy, gdzie jednym z dwóch wspólników jest międzynarodowy koncern M. E. C. - posiada on 49% udziałów. Jest to koncern uznawany za światowego lidera w produkcji i sprzedaży urządzeń elektrycznych i elektronicznych wykorzystywanych w systemach informatycznych, telekomunikacji, technologiach kosmicznych, elektronice użytkowej, w przemyśle, energetyce, transporcie oraz do wyposażenia budynków. Oczywistym jest, iż w takiej sytuacji głównym celem działania M. jest eliminacja z rynku konkurentów, a dokonywane jest to poprzez oferowanie cen nierynkowych - dumpingowych, z którymi wykonawcy, nie mający takiego zaplecza finansowego, nie będą mogli konkurować. Rynek ładowarek do pojazdów elektrycznych dopiero raczkuje w Polsce, a rozpoczął rozwój na świecie. W związku zatem z faktem, iż jest to bardzo ograniczony rynek wystarczy 2-3 krotnie zaoferowanie ceny dumpingowej, by znacznie osłabić konkurencję, która wyłączona z możliwości pozyskiwania zamówień, przy braku kapitału zewnętrznego, nie będzie w stanie utrzymać się na rynku.

str. 10

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Co do zarzutu zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł: IV. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach M. z dnia 13.02.2017r oraz wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2017r. Wskazać należy, iż przepis art. 8 ust. 1 PZP formułuje naczelną zasadę PZP i wskazuje, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 96 ust. 3 PZP wskazuje, iż jawny jest również protokół postępowania wraz z załącznikami, przy czym załącznikami są w szczególności oferty, opinie biegłych, oświadczenia, itp. (art. 96 ust. 2). Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 96 ust. 3 zdanie drugie). Załącznikiem do protokołu są również wyjaśnienia wykonawcy M., a zatem dokument ten powinien być jawny i podlegać udostępnieniu. Od naczelnej zasady jawności postępowania istnieje wyjątek - możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadkach określonych w ustawie. Taki przypadek określony został w art. 8 ust. 3 PZP. Zgodnie z tym przepisem (zdanie pierwsze) "Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.". Powyższy przepis wprowadził zmianę w dotychczasowym sposobie postępowania i przeniósł ciężar wykazania przesłanek uprawniających do nieujawniania informacji na Wykonawcę. W związku z powyższym, zamawiający już nie bada zastrzeżonych informacji, lecz bada wyłącznie „wykazanie”, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy bada skuteczność ich zastrzeżenia. Jeżeli wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to przyjąć

należy, że:

1. nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności i
 2. zrezygnował z przysługującego mu uprawnienia do ich nie ujawniania
- w związku z czym informacje takie nie podlegają ochronie i muszą być udostępnione każdemu, kto o nie wystąpi.

To na wykonawcy, który zastrzega, że informacje nie mogą być udostępnione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa obowiązek wykazania, że informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym w przypadku braku udowodnienia w. w przesłanek, zamawiający zobligowany jest do udostępnienia zastrzeżonych informacji. W wyroku z dnia 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 279/15) Izba podkreśliła: „W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacją stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. (...) Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków

str. 11

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji"

W podobnym duchu wypowiedziała się Izba w orzeczeniu z dnia 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 291/15). gdzie wskazano, iż „Należy mieć bowiem na względzie, że przepis art. 8 ust. 3 ZamPubiU, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r. nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust 4 ZNKU. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust 3 ZamPubiU nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust 3 ZamPubiU ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby de iure et facto naruszenie komentowanego przepisu.” Powyższa jednolita linia orzecznicza znajduje również wyraz w wyrokach z dnia 25 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 34/16V. z dnia 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 561/15) z dnia 10 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2595/15). Wskazać również należy, iż w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić jedynie nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zatem dla skutecznego wykazania, że informacja faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca obowiązany jest udowodnić, że informacja ta łącznie spełnia następujące przesłanki: 1. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 2. ma charakter techniczny, organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiada wartość technologiczną, gospodarczą 3. przedsiębiorca podjął w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. Analiza treści wyjaśnień wykonawcy M. jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca ten nie sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach z dnia 13.02.2017r. zamiast podjąć próbą

str. 12

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, ogranicza się jedynie do zacytowania

brzmienia przepisu i zacytowania treści orzeczeń, zapominając o konieczności realnego wykazania (udowodnienia), iż określone informacje faktycznie stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, bądź też przedłożenia jakichkolwiek dowodów na poparcie powyższego. Co znamienne, fakt, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa każdorazowo wynika z indywidualnego stanu faktycznego, sytuacji przedsiębiorcy i co istotne poczynionych przez niego działań celem jej nieujawniania. Tym samym dopiero analiza całokształtu daje możliwość uznania skuteczności bądź nie zastrzeżenia tajemnicy. Celem podjęcia prawidłowego działania przez Zamawiającego, to Wykonawca powinien bezsprzecznie udowodnić, iż zastrzeżone informacje mają faktycznie charakter informacji poufnych. Wykonawca M. nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, by wykazać, że informacje znajdujące się wyjaśnieniach z dnia 13.02.2017r lub wyjaśnieniach stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2017r. taki charakter posiadały, a co więcej że dokonane przez niego zastrzeżenie było skuteczne. Wykonawca nie podjął nawet próby wykazania, jaki jest krąg osób, które zostały dopuszczone do zapoznania się z zastrzeżoną informacją ograniczając się do twierdzenia, iż nie jest ona udostępniana „powszechnie”. Pomiedzy tajemnicą a informacją niedostępną powszechnie nie można stawiać znaku równości. Wykonawca nie wykazał także jakie negatywne skutki dla jego pozycji konkurencyjnej niesłoby ze sobą ujawnienie tej informacji. Jak stwierdza KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2786/15) "D/a uznania bowiem słuszności zastrzeżenia określonych informacji nie wystarczy odwołać się do ogólnikowych stwierdzeń i niczym nie popartych oświadczeń wykonawców o tym, iż informacje mają znaczenie gospodarcze, zaś na skutek ich ujawnienia przedsiębiorca będzie potencjalnie narażony na szkodę. Wykonawcy winni wykazać Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Z całokształtu działań Wykonawcy zdaje się wynikać, iż celem zastrzeżenia wyjaśnień było jedynie utrudnienie weryfikacji prawidłowości danych zawartych w w.w dokumentach przez innych wykonawców, a nie ochrona tych danych. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne z punktu widzenia przepis art. 8 ust. 3 ustawy. Zwróciła na to uwagę Izba w wyroku z dnia 6 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 807/15): „Wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może wykorzystywać możliwości utajnienia oferty i dokumentów do niej załączonych (a także wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny) wyłącznie w celu utrudnienia wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, weryfikacji prawidłowości własnej oferty" Abstrahując od powyższego zauważyć należy, iż objęcie w całości wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania (dokonanego wraz ze złożeniem wyjaśnień) przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego

str. 13

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

ziszczenia się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UZNK, tj. wykazania, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. W przypadku pierwszego warunku powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Co do warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Natomiast informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Natomiast odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) wskazać należy, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Uwzględniając powyższe dokonane przez M. zastrzeżenie części wyjaśnień z dnia 13.02.2017r. oraz całości wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2017r. składanych w trybie art. 90 ust. 1 PZP, jako tajemnicy przedsiębiorstwa

jest bezpodstawne. Zawarte w tych wyjaśnieniach informacje nie realizują łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca. W konsekwencji zamawiający naruszył przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający zupełnie bezkrytycznie podszedł do faktu złożenia oświadczenia o objęciu tajemnicą wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy winien dokonać realnej oceny ewentualnej zawartej w nich tajemnicy. Każde odejście od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może mieć natomiast miejsca domniemanie tajemnicy, czy też bezwzględnie przyjmowanie przez zamawiającego, że spełnione zostały przesłanki do zastrzeżenia danej informacji. Wykonawca winien dokładnie wykazać jakie podjął kroki celem zachowania danej informacji w tajemnicy.

str. 14

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

W świetle art. 8 ust. 3 ustawy wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, w tym informacji dotyczących ceny. A zatem informacje odnośnie ceny ofertowej nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego w tym przypadku chodzi zarówno o cenę ofertową ogłaszaną w trakcie jawnego otwarcia ofert, jak również o poszczególne kalkulacje odnośnie ceny ofertowej. O ile zrozumiałym jest utajnienie dołączonych przez M. ofert złożonych mu przez jego potencjalnych dostawców, tak nie może mieć to zastosowania do praktycznie całości wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazuje, iż bardzo utrudnionym, a wręcz niemożliwym jest ustosunkowanie się do treści oferty złożonej przez M. bez analizy wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

V. Zarzut prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP, materializuje się on przez dokonanie wyboru oferty M., jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wykluczenia tego wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą zaniechanie ujawnienia wyjaśnień wykonawcy, zaniechanie odrzucenia oferty M. przez Zamawiającego. Zamawiający winien prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto zamówienie winno być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa.

Z tych powodów Odwołujący wnosi jak we wstępie.

W dniu 03.03.2017r. Zamawiający sporządził oraz przesłał Odwołującemu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej. Niniejsze Odwołanie zostaje więc złożone z zachowaniem ustawowego terminu - 10 dni, liczonego od dnia przesłania Odwołującemu informacji o czynności Zamawiającego.

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczony został przelewem bankowym. Dowód uiszczenia wpisu w załączeniu.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający pismem z dnia 03.04.2017 roku złożył następującą odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu według norm przepisanych, zgodnie z przedstawionym na rozprawie rachunkiem. W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

str. 15

Zawiadomieniem z dnia 3 marca 2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez M. Sp. z o.o., ul.(...) Natomiast oferta Odwołującego E.-P. Sp. z o.o. została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Dnia 10 marca 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia Zamawiającego dotyczącego ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

2. Zarzut braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu 2.1.

Niewystarczające doświadczenia Przystępującego. Zamawiający do przedstawionego zarzutu odniósł się następująco: Główny zarzut Odwołującego w zakresie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczy interpretacji pkt. 7.2.2 SIWZ, gdzie ustalone zostały następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, t.j. polegającą na dostawie fabrycznie nowych ładowarek do autobusów elektrycznych (lub też innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3,5 tony DMC napędzanych wyłącznie energią elektryczną) o wartości nie mniejszej niż 300 000 PLN.

Wykonawca M. w dokumencie wykaz dostaw „Załącznik nr 7 do SIWZ”, będącym załącznikiem do oferty (strona 14 oferty), w pozycji nr 1 wskazał, iż wykonał dostawę 15 ładowarek baterii trakcyjnych do trolejbusów na rzecz S. B.&C. S.A. Przedmiotowy dokument poparł wystawionymi przez tą firmę referencjami, z których wynikają dostawy: a) 12 kompletów napędów trolejbusowych wraz z ładowarką baterii trakcyjnych (ZBBT zasilacz buforowy baterii trakcyjnej) w 2014 do trolejbusów T18 do Lublina, b) 3 komplety - napęd trolejbusowy wraz z ładowarką baterii trakcyjnych (ZBBT - zasilacz buforowy baterii trakcyjnej) w 2016 do trolejbusów T12. Zdaniem Odwołującego żadna z w/w dostaw nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego - dostawy odpowiadającej swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Jednakże Odwołujący pomija w swojej interpretacji fakt, że Zamawiający doprecyzował, iż dostawa ta ma polegać na dostawie fabrycznie nowych ładowarek do autobusów elektrycznych (lub też innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3,5 tony DMC napędzanych wyłącznie energią elektryczną) o wartości nie mniejszej niż 300 000 PLN. I takie przesłanki spełnia dokument przedstawiony przez firmę M. Pojęcie „ładowarek do autobusów elektrycznych” obejmuje w sobie zarówno ładowarki do baterii trakcyjnych jak i ładowarki zewnętrzne typu plug-in. Zamawiający nie chcąc ograniczyć konkurencji celowo posłużył się szerszym pojęciem. Również norma do której odwołuje się Zamawiający w SIWZ, a więc norma PN-EN 61851-1 dotyczy systemu przewodowego ładowania pojazdów elektrycznych i obejmuje swoim

str. 16

zakresem zarówno ładowarki do baterii trakcyjnych, jak i ładowarki zewnętrzne typu plug-in. Nieprawidłowe jest ponadto wskazywanie, że zawężające rozumienie przez Zamawiającego pojęcia „ładowarek do autobusów elektrycznych” wynika z odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SIWZ z 27 stycznia 2017 r. Odpowiedź ze strony Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2017 roku była jednoznaczna: „Dla zapewnienia konkurencyjności w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, Zamawiający nie określił w zapisach pkt. 7.2.2 SIWZ mocy ładowarek, których dostawy mają być potwierdzeniem spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej”. Na dowód przywołał pismo z dnia 27 stycznia 2017 roku w aktach postępowania. Wszystko to oznacza, że Zamawiający szeroko określił zapis pkt. 7.2.2 SIWZ, aby zapewnić konkurencyjność prowadzonego Postępowania. Zatem zarzut odwołującego, że żadna z w/w dostaw nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego - dostawy odpowiadającej swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia jest zarzutem nieprawidłowym. I wynika z samodzielnej interpretacji pkt. 7.2.2 SIWZ przez Odwołującego, wbrew intencjom Zamawiającego, a nawet wbrew jego literalnemu brzmieniu.

2.2. Sztuczne zsumowanie zrealizowanych dostaw

Kolejny zarzut Odwołującego w zakresie braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu

dotyczy faktu, że jego zdaniem w wykazie Wykonawca M. dokonał „sztucznego” zsumowania dostaw z okresu 2014-2016, w żadnym miejscu nie wykazując, iż faktycznie w/w dostawy stanowiły jedną dostawę (realizowane były na podstawie jednego zamówienia). Odwołujący podkreśla, że „załączone do wykazu referencje wskazują wprost, iż na wskazaną przez wykonawcę jedną dostawę, składają się co najmniej dwie dostawy.” W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający analizował głównie wykaz dostaw jako dokument stwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dokument referencji wskazał mu jedynie należyte wykonanie tych dostaw. Z dokumentu „Załącznik numer 7 do SIWZ”, strona 14 oferty, jednoznacznie wynika, że ładowarki były dostarczane partiami w ramach jednej umowy na rzecz „S. B.&C.” S.A. Rozpoczęcie realizacji nastąpiło w lutym 2014 roku a zakończeniem w listopadzie 2016 roku. Wartość dostawy przekroczyła 500.000 złotych, zrealizowana zatem została dyspozycja zapisu pkt. 7.2.2. SIWZ. Ponadto Zamawiający pragnie podkreślić, że przedstawiony dokument nie budzi jego wątpliwości co do prawdziwości. Jeżeli Odwołujący posiada informację, że Przystępujący oświadczył nieprawdę, to na nim ciąży w tym zakresie obowiązek dowodowy.

2.3. Zrealizowanie dostaw w okresie dłuższym niż 3 lata

Odwołujący wskazuje również, iż jego zdaniem Przystępujący „nieprecyzyjnie określił daty dostaw”, co w jego interpretacji „może wskazywać, że dostawy odbyły się w okresie dłuższym niż 3 lata przed dniem złożenia oferty.”

str. 17

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Z dokumentu „Załącznik numer 7 do SIWZ”, strona 14 oferty, jednoznacznie wynika że ładowarki były dostarczane partiami w ramach jednej umowy na rzecz „S. B.&C.” S.A. Rozpoczęcie realizacji nastąpiło w lutym 2014 roku a zakończeniem w listopadzie 2016 roku. Zatem dostawa potwierdzająca posiadane przez wykonawcę doświadczenia powinna mieć miejsce nie wcześniej niż 2 lutego 2014 roku - 3 lata wstecz liczone od terminu składania ofert w postępowaniu (2 lutego 2017 r.). Dzień 1 lutego 2014 roku wypadł w sobotę, zatem Zamawiający w całości zaakceptował przedstawiony przez Przystępującego wykaz dostaw.

2.4. Brak autonomiczności urządzeń

Na zakończenie Odwołujący wskazuje, że z „dokumentu referencji (inaczej niż z dokumentu wykazu dostaw) wynika, że wskazane ładowarki były integralną częścią układów napędowych, a nie autonomicznymi urządzeniami.”

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiającemu jednoznacznie wynika z przedstawionego wykazu, że miała miejsce „dostawa 15 ładowarek baterii trakcyjnej do trolejbusów” za cenę ponad 500.000 złotych.

Nie wydają się mieć znaczenia dla sprawy fakt, że firma S. B. & C. S.A. zawarła umowę na dostarczenie zarówno napędu, jak i ładowarki.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniami Przystępującego, że ładowarka baterii trakcyjnych nie może być uznana „za ładowarkę autobusów elektrycznych”. Zdaniem Zamawiającego ładowarki stanowią osobny podzespół i nie wchodzi w skład układu napędowego. Logicznym natomiast jest, że mimo, iż stanowią autonomiczną część to muszą być połączone z systemem zasilającym napęd autobusu elektrycznego. Nie pozbawia to ich jednakże przymiotu autonomiczności, jak to próbuje zinterpretować Odwołujący.

Odwołujący podnosząc zarzut braku wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opiera go jedynie na polemiką z literalnym brzmieniem jednoznacznej treści pkt. 7.2.2 SIWZ, a przez to zarzut ten jest chybiony i nie może zostać uwzględniony

3. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący podnosi, że wykonawca M. Sp. z o.o. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia albowiem nie złożył oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w terminie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 Ustawy PZP. Oświadczenie wykonawcy o braku przynależności do grupy kapitałowej zostało złożone wraz z terminem do składania ofert. Odwołujący podnosi, że w tejże dacie wykonawca nie miał wiedzy, jakie podmioty złożą oferty, w związku z tym nie wykazał, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy PZP.

Zarzuty Odwołującego w danej kwestii są całkowicie bezzasadne.

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Wskazać należy, że Urząd Zamówień Publicznych dokonał interpretacji przepisów dot. składania oświadczeń o braku przynależności do grupy kapitałowej i ich nowelizacji. Idąc za Urzędem Zamówień Publicznych: „Oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej złożone wraz z ofertą, niezależnie od ilości ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, również potwierdza brak podstawy do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Należy jednak w tym przypadku pamiętać, że jakakolwiek zmiana sytuacji wykonawcy w toku postępowania (włączenie do grupy kapitałowej) będzie powodowała obowiązek aktualizacji takiego oświadczenia po stronie wykonawcy.”¹

Zatem złożenie przez Wykonawcę we wcześniejszym czasie oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej nie może być podstawą do jego wykluczenia z postępowania. W niniejszym postępowaniu po stronie Wykonawcy nie wystąpiła okoliczność włączenia Wykonawcy do grupy kapitałowej, tym samym nie zaistniała okoliczność obowiązku aktualizacji oświadczenia po stronie Wykonawcy, a pierwotnie złożone przez niego oświadczenie uznaje się za skuteczne w postępowaniu o zamówienie publiczne.

5. Zarzut złożenia oferty zawierającej rażąco niską ceną.

Odwołujący przywołuje liczne orzeczenia na temat oferty zawierającej rażąco niską cenę w taki sposób, aby wykazać, że oferta złożona przez Wykonawcę M. Sp. z o.o. cenę taką zawierała i prowadziła do naruszenia uczciwej konkurencji.

Zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie.

4.1. Odniesienie ceny do oferty Przystępującego

Jak podkreśla Odwołujący w treści złożonego pisma, ładowarki będące przedmiotem zamówienia to nowość na rynku europejskim, a zwłaszcza w Polsce. Odwołujący twierdzi, że niemożliwe jest obniżenie ceny wyprodukowania ładowarek do kwoty, którą zaproponował Wykonawca. W tym zakresie należy zauważyć, że przy analizowaniu przez Zamawiającego tego, czy oferta złożona przez Wykonawcę zawiera cenę rażąco niską, nie może on sugerować się działaniami, które podejmują inni Wykonawcy realizując zadanie będące przedmiotem zamówienia. To, że Odwołujący nie jest w stanie obniżyć kosztów wytworzenia ładowarek nie oznacza, że nie jest to realnie możliwe. Wskazać należy, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje żadnych podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów działalności określonego podmiotu. Podstawą do odrzucenia oferty byłoby stwierdzenie przez Zamawiającego, że wykonawca zaproponował ofertę z „rażąco niską ceną”, nie natomiast „niską”. (Wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 21 czerwca 2010 r., XIX Ga 175/10).

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Nie można uznać twierdzeń Odwołującego, że oferta Wykonawcy zawierała cenę rażąco niską tylko na tej podstawie, że Odwołujący nie byłby w stanie wyprodukować przedmiotu zamówienia w cenie podanej przez Wykonawcę. Również nie może być podstawą odrzucenia oferty fakt, że cena niska, a nie rażąco niska zaproponowana w ofercie przez Wykonawcę narusza interesy Odwołującego w postaci braku udzielenia mu zamówienia publicznego i wyboru jego oferty za najkorzystniejszą.

Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Wskazać również należy, że wraz z nowelizacją Ustawy Prawo zamówień

publicznych rozszerzony został katalog podstaw do wyjaśnień i przedłożenia ewentualnych dowodów, o które wzywa zamawiający, gdy uzna, że cena zaproponowana przez wykonawcę jest rażąco niska.

W piśmie z dnia 21 lutego 2017 roku Zamawiający jednoznacznie zwrócił się o udzielenie precyzyjnych wyjaśnień:

1. Czy złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania opisane w SIWZ, a zaoferowana cena uwzględnia wszelkie niezbędne do poniesienia koszty (z podaniem ich wysokości dla pojedynczej ładowarki), a w szczególności:

a) opracowanie mechanizmu komunikacji ładowarki z pojazdem w celu zarządzania procesem ładowania - wskazana norma PN-EN 61851-24 w SIWZ 3.3.7,
b) wyposażenie ładowarek w zabezpieczenia zgodne z normami PN-EN 61851-1 i PN-EN 61851-23 (wymaganie SIWZ 3.2.3 i 3.2.6), a w szczególności dotyczące:

- wyłączników różnicowo-prądowych typu A
- monitora rezystancji izolacji
- zabezpieczenia nad i pod napięciowego wyjścia

c) posiadanie przez urządzenia ładujące dwóch wyjść z możliwością równoczesnego ładowania 2 autobusów (moc do 40 kW każdy) lub jednego (moc do 85 kW) - wymaganie SIWZ 3.1.3.2,

d) posiadania przez ładowarki złącz fizycznych plug-in type 2, modę 4, CCS zgodnymi z IEC 62196 - wymaganie SIWZ 3.1.3.2,

str. 20

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

e) opracowania oprogramowania zarówno po stronie urządzeń jak i serwera, które umożliwi monitorowanie urządzeń w trakcie ich eksploatacji - wymaganie SIWZ 3.1.2,

f) wyposażenie ładowarek w przyrządy pomiarowe (liczniki energii służące do pomiaru pobranej energii elektrycznej podczas procesu ładowania, zarówno przez autobus, jak i stacje ładowania - wymaganie SIWZ 3.1.2.2. i odpowiedź Zamawiającego na pyt. 5 z dnia 20.01.2017,

g) dostosowania obudów ładowarek do wymagań Zamawiającego, a w szczególności w odniesieniu do ochrony przed korozją i uszkodzeniami mechanicznymi - wymaganie SIWZ wyposażenie ładowarek w zabezpieczenia przed dostępem osób 3.1.3.3, h)

nieuprawnionych -wymaganie SIWZ 3.1.3.3,

i) wyposażenie ładowarek w przewód zasilający nie krótszy niż 10 m - wymaganie SIWZ 3.1.3.3.

Zwrócił się ponadto o udzielenie informacji w jaki sposób została skalkulowana cena jednostkowa ładowarek, uwzględniająca wymagania SIWZ, poprzez rozbić ceny jednostkowej na poszczególne składniki, w szczególności:

1. koszty materiałów,
2. koszty poszczególnych urządzeń-podzespołów wchodzących w skład produktu końcowego,
- koszty montażu ładowarki plug-in - koszty robocizny, w tym bezpośredniej, wraz z towarzyszącymi kosztami,
4. narzut kosztów ogólnozakładowych (pośrednich) na jednostkową ładowarkę,
5. koszty ubezpieczenia transportu,
6. koszty transportu ładowarek,
7. koszty szkoleń z obsługi ładowarek plug-in,
8. koszty szkoleń z obsługi oprogramowania użytkowego dla ładowarek plugin.
9. koszty standardowych przeglądów gwarancyjnych w okresie 5 lat gwarancji w tym koszty osobowe, materiały, testy,
10. koszty instalacji ładowarek plug-in w tym koszty zapewnienia i pracy pojazdów/maszyn/urządzeń,
11. koszty instalacji i konfiguracji oprogramowania użytkowego na serwerze Zamawiającego.
12. koszty serwisowania w tym usuwania usterek w okresie 5 lat gwarancji włączając w to

koszty części zamiennych i utrzymywania magazynu części zamiennych,
13. koszty utrzymania i serwisu oprogramowania użytkowego dla ładowarek plug-in,
14. koszty odbiorów dla Etapu I,
15. koszty odbiorów końcowych ładowarek dla Etapu II,

str. 21

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

16. koszty finansowania projektu,
17. marża - zysk jednostkowy.

Wniósł również o złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1. Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 15 października 2002r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U nr 200, poz. 1679, z 2004., nr 240, poz. 2407 oraz z 2005r. nr 157 poz. 1314.
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

pismo Zamawiającego z dnia 21 lutego 2017 roku w aktach sprawy Dowód:
Przedstawiony w dniu 27 lutego 2017 roku dokument Przystępującego całkowicie rozwiął przedstawiając informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa wątpliwości, Wykonawcy (w aktach sprawy).

Dowód: pismo Przystępującego z dnia 27 lutego 2017 roku

Zamawiający miał na względzie wyjaśnienia Przystępującego, które miały wpływ na wysokość cen zaoferowanych przez obu Wykonawców oraz tak duże między nimi dysproporcję. Ładowarki Odwołującego składałyby się z elementów, które musiałby zakupić oddzielnie i następnie poskładać w całość. Natomiast wyjaśnienia Przystępującego wskazały, że Przystępujący jest producentem większości wykorzystywanych na potrzeby zamówienia elementów. Samodzielnie je wytwarza, nie jest jedynie pośrednikiem, zatem nie mają na niego wpływu wahania cen innych producentów.

Odnosnie zarzutu kilkukrotnego wzywania wykonawcy do przedstawienia informacji dotyczących ceny przyjętej w ofercie jako bezprawne zachowanie Zamawiającego, należy uznać ten zarzut za całkowicie chybiony.

Orzecznictwo stoi na stanowisku, że istnieje możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Ustawy PZP, w celu uzyskania niezbędnych informacji dotyczących ceny podanej w ofercie i nie może stanowić to przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Stanowisko to zostało potwierdzone również przez Sąd Okręgowy w Olsztynie (sygn. akt V Ga 122/10) brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z "rażąco niską ceną". Tezę potwierdza również wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2014 r., KIO 664/14

4.2. Szacunkowa wartość zamówienia w stosunku do ceny

Odwołujący wskazuje również w swoim piśmie na stosunek ceny zaoferowanej przed M. Sp. z o.o. do szacunkowej wartości zamówienia w stosunku do ceny Odwołującego na poziomie

str. 22

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

39 %, w stosunku do wartości zamówienia 53,73%. Wskazać należy, iż art. 90 ust. 1 a Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji nie przyjmuje sztywnej reguły 30% (cena badanej oferty niższa o tę wartość od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert) nakazującej obligatoryjnie badanie oferty. Granica ta zostaje złagodzona wraz z rygorem badania oferty. Nowe rozwiązania w tym zakresie wprowadzone art. 90 ust. 1a ustawy Pzp pozwalają zamawiającym każdorazowo na indywidualną ocenę każdego przypadku powzięcia wątpliwości co do rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie mógł oprzeć twierdzenia, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską tylko na fakcie, że cena przez niego zaoferowana jest znacząco niższa od oferty złożonej przez innego wykonawcę w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Natomiast w wyroku KIO z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UPZ 1492/08, wskazano także, że „Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np, 20%, 30% czy 60%) od ceny innego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę”. Zatem należy z całą stanowczością podkreślić, iż nie można mówić o rażąco niskiej cenie, jeżeli Wykonawca wykazuje jakikolwiek zysk, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Zamawiający podnosi, że Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, iż wykonanie przez M. sp. z o.o. zamówienia po oferowanej cenie nie jest możliwe i powodowałoby straty po stronie Wykonawcy, udzielona przez Przystępującego dnia 27 lutego 2017 roku odpowiedź wskazywała na zysk po stronie Przystępującego. Zamawiający nie miał zatem podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Ładowarki będące przedmiotem zamówienia to nowość na rynku europejskim, a zwłaszcza w Polsce. Takie postępowanie, powyżej progów unijnych jest pierwszym postępowaniem w Polsce, stąd trudności w oszacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego.

5. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zawartych wyjaśnieniach M. sp. z o.o. z dnia 13 lutego 2017 r. oraz wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie namawiającego z dnia 21 lutego 2017 r.

W omawianym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający nie był zobowiązany do ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy M. sp. z o.o. zgodnie z ogólną zasadą jawności postępowania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2602/13) Izba uznała, że dane liczbowe zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, podlegają ochronie jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślić należy, że dane te same w sobie,

str. 23

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

jako pojedyncze informacje, tak jak odwołujący wskazał je w odwołaniu, tj. bez uzupełniającego je opisu, nie stanowią istotnej wartości gospodarczej. Jednak zyskują one inne znaczenie, zważywszy na fakt, że informacje kwotowe zostały w tych wyjaśnieniach opatrzone komentarzem z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny oferty. Są to istotne składniki zaoferowanej ceny, skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia.

Sąd Okręgowy w K. w wyroku o sygn. akt XIX Ga 167/07 uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Wskazać również należy, że Wykonawca nie ma interesu w tym, aby inni wykonawcy, zważywszy na fakt, że działają w tej samej branży oraz są głównymi konkurentami na rynku, uzyskali informację na temat kosztorysów wykonania zamówienia. Wręcz przeciwnie, wykonawca za cel stawia sobie chronić wskazane informacje przed zapoznaniem się z nimi głównych konkurentów. Wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego jest domaganie się przez Odwołującego ujawnienia tychże informacji przez Zamawiającego. Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie może swobodnie decydować o tym, czy udostępnić informacje uzyskane od wykonawcy, gdy linia orzecznicza oraz przepisy nakazują informacje te pozostawić utajnione.

Ponadto w toku postępowania nie zostało wykazane przez odwołującego, że dane zastrzeżone w wyjaśnieniach zostały w jakikolwiek sposób wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej co dyskwalifikowałoby te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

6. Zarzut prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut pozwanego dotyczący uchybień w równym traktowaniu wykonawców nie został poparty żadnymi dowodami. Zarzut ten sprowadza się do ogólnych wywodów naruszenia tychże przepisów przez Zamawiającego. W tej kwestii należy jedynie zaznaczyć, że fakt

wybrania przez Zamawiającego oferty innej niż ta, która została złożona przez Odwołującego, nie może prowadzić do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców, a do tego stwierdzenia sprowadza się zarzut Odwołującego.

str. 24

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Opiera się on jedynie na bezzasadnych zdaniem Zamawiającego twierdzeniach o zaoferowaniu przez Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Zamawiający pragnie zauważyć, że obecne postępowanie jest pierwszym tak naprawdę konkurencyjnym. W dotychczas prowadzonych postępowaniach to Odwołujący zyskiwał zamówienie.

Może zatem zachodzić obawa, że to oferta Odwołującego, jako podmiot, który był jedyny na rynku (rynku całkowicie nowym) składał oferty w cenach znacznie przewyższających wartość realizowanych dostaw, a obecnie pojawił się element konkurencji. Niewątpliwie oferta Przystępującego spowodowała, że Odwołujący nie uzyskał konkretnego zamówienia, ale jest to sytuacja normalna na wolnym rynku i niewystarczająca do stwierdzenia, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji.

Czynu nieuczciwej konkurencji również nie uzasadnia fakt powszechnie znany i wszystkim dostępny, iż w skład struktury właścicielskiej Przystępującego wchodzi międzynarodowy koncern M. E. C. posiadający 49% udziałów w spółce Przystępującego. Nie powoduje to, że można przyjąć, że działa on w celu wyeliminowania polskich przedsiębiorców. Wówczas taką zasadą należałoby przyjąć do wszystkich przedsiębiorców z mniejszościowym kapitałem zagranicznym.

7. Stanowisko końcowe

Reasumując, Odwołujący nie wykazał przesłanek, które prowadziłyby do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne. Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy M. sp. z o.o. okazały się chybione. Odwołujący nie wykazał, aby cena zaproponowana przez konkurenta była rażąco niska. Nie wykazał, aby zaszkodziła konkurencji na rynku. Odwołujący nie wskazał również, że Wykonawca dokonując czynności zgodnie z przedmiotem zamówienia poniósłby stratę, a tylko wtedy można mówić o cenie rażąco niskiej. Odwołujący odnosił się do subiektywnych przesłanek mających wpływ na cenę wykonania zamówienia.

Również inne zarzuty Odwołującego, które miałyby na celu wykluczenie Wykonawcy M. Sp. z o.o. okazało się chybione, co przytoczono w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Wskazać również należy, iż żądanie odwołującego dotyczące ponownego badania ofert przez Zamawiającego, nie zostało w sposób dostateczny skonkretyzowane, do czego zobowiązany był Odwołujący.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji zamawiający wnosi o nieuwzględnienie odwołania.

str. 25

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Szczegółowe stanowisko w sprawie złożył również przystępujący popierając stanowisko zamawiającego.

Sygn. akt KIO 478/17

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Sygn. akt KIO 478/17

Odwołanie zostaje uwzględnione z uwagi na odtajnienie przez Izbę dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniem odwołującego to jest w zakresie złożonych dwukrotnie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, które na wniosek przystępującego/wykonawcy wybranego były zastrzeżone jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy mieć na uwadze, że sam wykonawca wybrany udostępnił zamawiającemu wyjaśnienia rażąco niskiej

ceny wraz z zastrzeżeniem ich tajemnicy w wersji zanonimizowanej, z którą zapoznał się odwołujący. Na podstawie udostępnionych wyjaśnień jak i zastrzeżeń tajemnicy co do rażąco niskiej ceny, odwołujący złożył zarzut naruszenia art.8 ust.3 jak i art.96 ust.3 ustawy Pzp w związku z nie udostępnieniem jemu pełnej wersji to jest niezanonimizowanej wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Na podstawie tak sformułowanego zarzutu wniósł żądanie odtajnienia obydwu składanych wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny. W związku z podniesionym zarzutem nieuprawnionego utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy wybranego i zgłoszonym żądaniem ich odtajnienia Izba zapoznała się z utajnionymi dokumentami zarówno uzasadnieniem do utajnienia jak i wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny to jest pism: z dnia 13.02.2017 roku jak i z dnia 27.02.2017 roku. W ocenie Izby żądanie utajnienia obydwu wyjaśnień nie zostało udowodnione (wykazane) w rozumieniu art.8 ust.3 ustawy Pzp z uwzględnieniem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi oświadczenia o charakterze ogólnym to jest poparte przykładami z orzecznictwa KIO czy też Sądów. Owszem podano przykładowy wzór umowy z pracownikami na okoliczność obowiązku zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa i zakazu nieuczciwej konkurencji jak również przedstawiono oświadczenie Informatyka o zabezpieczeniu dostępu do sieci informatycznej przed niepowołanymi osobami. Niemniej w ocenie Izby nie wykazano zasadniczej kwestii co do faktu, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą i powinny być chronione w myśl ochrony zasady uczciwej konkurencji. Zdaniem Izby wyjaśnienia zarówno pierwsze jak i drugie powinny być udostępnione odwołującemu dla zachowania zasady uczciwej konkurencji z uwagi na rozbieżności cenowe, które obligują zamawiającego do

str. 26

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

sprawdzenia zaofertowanej ceny lub kosztu. Zresztą zamawiający taką wątpliwość powziął dwukrotnie wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Ich odtajnienie nie narusza żadnej równowagi czy pozycji rynkowej wykonawcy wybranego. Powyższe stwierdzenie Izba opiera na fakcie, że zwłaszcza w drugich wyjaśnieniach informacje ujęte w formie tabeli wskazują na końcową wycenę poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (koszty produkcji czy też zakupu elementów wymaganych w ładowarce zgodnie z SIWZ). Wykonawca nie przedłożył do wyjaśnień dowodów używając formuły „koszty do wglądu w firmie”. Izba nie dokonuje oceny złożonych wyjaśnień, ponieważ prawo pierwszeństwa oceny złożonych wyjaśnień w związku z ich odtajnieniem należy do odwołującego. Również do oceny odwołującego należy zasadność powtórnego wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień jak i czy przedstawione zestawienie kosztowe jest uzasadnione ekonomicznie i odpowiada cenom rynkowym. Reasumując obowiązkiem zamawiającego jest udostępnienie odwołującemu wyjaśnień złożonych na wezwania z dnia 02.02.2017 roku jak i z dnia 21.02.2017 roku to jest wyjaśnienia z dnia 13.02.2017 roku jak i z dnia 27.02. 2017 roku w wersji odtajnionej wraz z załącznikami do wyjaśnień.

W pozostałym zakresie Izba oddala odwołanie to jest co do zarzutu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego. Izba mając na uwadze warunek SIWZ sprecyzowany w pkt 7.2.2. SIWZ wobec załączonego do oferty wykazu wykonanych dostaw jak i udzielonej referencji stwierdza, że warunek został spełniony przez wykonawcę wybranego. Co do zakresu i rodzaju dostaw objętych doświadczeniem zawodowym to postanowienia SIWZ nie wymagają tożsamyh dostaw z dostawami będącymi przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby stanowisko odwołującego poparte opinią naukową wystawioną przez prof. dr hab. inż. G. B. z Instytutu Inżynierii E. U. Z. zmierza do wykazania braku tożsamości doświadczenia ale właśnie w kontekście przedmiotu zamówienia. W sprawie bezspornie ustalono, że rynek ma charakter tzw. płytki i nie istnieje konkurencja o czym świadczy fakt złożenia w tym postępowaniu tylko dwóch ofert to jest oferty odwołującego i wykonawcy wybranego. Zamawiający na rozprawie podkreślał, że również jego wyjaśnienia na pytanie wykonawcy zmierzały do zwiększenia konkurencyjności postępowania co można uzyskać drogą racjonalnego sprecyzowania wymagań co do doświadczenia czyli odpowiadających rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Przedmiot na okoliczność wymaganego doświadczenia zawodowego określono jako ładowarki do autobusów elektrycznych bez określenia czy mają znajdować się poza

autobusem czy w autobusie. Bezsprzecznie dostawą objęte mają być ładowarki umieszczone poza autobusem (dostawa 8 sztuk ładowarek Plug-in dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych) ale dla

str. 27

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

sprawdzenia doświadczenia zawodowego zamawiający nie postawił wymogu dostawy

Również odwołujący nie wykazał, przedstawione ładowarek poza autobusem. że doświadczenie przez wykonawcę wybranego na rzecz S. B. & C.S.A. B.-O. zostało wykonane wcześniej niż trzy lata wstecz, ponieważ końcowe wykonanie dostaw nastąpiło w m-cu listopadzie 2016 roku (zakończenie realizacji). Co do zasady od daty wykonania (zakończenia) a nie początkowej daty dostaw (to jest rozpoczęcia dostaw) liczy się okres trzech lat, w których wykonano zamówienie (wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert). W niniejszym postępowaniu termin składania ofert upływał w miesiącu lutym 2017 roku. Tak więc skoro wykonanie dostaw zakończyło się w listopadzie 2016 roku to nie upłynął termin okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Z kolei co do zastrzeżeń, że dostawa ładowarek na łączną kwotę co najmniej 300.000,00zł nie obejmowała jednej umowy to z wykazu (oświadczenie wykonawcy wybranego) wynika, że była to jedna dostawa a nie kilka (ujęta dostawa w jednej pozycji Wykazu). Natomiast dowodem na to, że przedmiotem było więcej dostaw niż jedna dostawa nie jest referencja wystawiona przez S. B. & C. S.A. B.-O. mimo, że mówi się w niej o dostawach. Naturalną kolejną rzeczą jest, że jeżeli chodzi o dostawy wielu ładowarek to oczywistym jest, że ich wykonanie obejmować może kilka dostaw. Wystawiający referencje mówiąc o dostawach wyróżnia lata i miejsce dostaw. Natomiast przedmiot jest jednakowy (z podziałem na 12 i 3 komplety do L. i do G. do trolejbusów). Co do zasady to po stronie odwołującego leży obowiązek wykazania, że nie była to jedna dostawa (umowa) czego nie uczynił w toku postępowania odwoławczego. W związku z tym dla Izby nie budzi wątpliwości co do jego prawdziwości, oświadczenie zawarte w Wykazie, które składa bezpośrednio wykonawca. Natomiast skoro referencja, której zadaniem jest potwierdzenie należytego wykonania dostawy a składa ją tylko podmiot trzeci, Izba nie uwzględniła zarzutu braku posiadania doświadczenia zawodowego przez wykonawcę wybranego. Również nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu fakt, że przedmiotem dostawy były ładowarki wraz z napędem trolejbusowym. Także nie ma znaczenia dla zarzutu braku posiadania doświadczenia zawodowego, że przedmiotem dostaw były ładowarki wraz z napędem do trolejbusów nie do pojazdów samochodowych. Słusznie zauważono w trakcie rozprawy, że zarówno samochody jak i trolejbus mają koła. W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia, czy wykonawca posiada wymagane doświadczenie zawodowe w zakresie dostaw ładowarek do autobusów elektrycznych, nie ma znaczenia czy pojazd mechaniczny porusza się po drodze czy po szynach.

Izba również nie uwzględniła zarzutu odwołującego co do braku podstaw do złożenia oświadczenia, w zakresie przynależności do grupy kapitałowej zgodnie z art.24 ust.1 pkt 23 ustawy Pzp, już na etapie składania oferty. Fakt złożenia oświadczenia już wraz z ofertą nie

str. 28

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

wyklucza wiedzy wykonawcy co do przynależności do grupy kapitałowej. W przypadku zmian w tym zakresie, po złożeniu oferty, nie ma przeszkód do sprostowania oświadczenia w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy odwołanie, na mocy art.192 ust.2 ustawy Pzp., zasługuje na uwzględnienie, ponieważ przyznanie prawa odwołującemu do weryfikacji złożonych wyjaśnień, przez nakazanie ich odtajnienia, w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny mogą mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ w niniejszym postępowaniu drugą ważną ofertę złożył odwołujący.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00zł według załączonej faktury VAT

Sygn. akt KIO 503/17

Wykonawca E.-P. Sp. z o.o., ul. (...)

Wysockiego 8, 66-002 Z. G. zwany dalej „odwołującym” w dniu 16.03.2017 roku pismem z dnia 14.03.2017 roku złożył odwołanie w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w J., ul (...) zwane dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem tego zamówienia o nadanym wewnętrznym numerze: PKMZP/9/016 jest „Dostawa i montaż 5 sztuk stacji szybkiego ładowania dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych wraz z budową niezbędnych linii kablowych”. Tryb postępowania: zamówienie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego Ogłoszenie o zamówieniu nastąpiło w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 31.12.2016r. roku pod pozycją 2016/S 253-466836.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 26 listopada 2015 r. Dz.U. z 2015 r. poz.

str. 29

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

2164 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP” - od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu tj.:

- zaniechania wykluczenia M. Sp. z o.o., ul. (...) (dalej, jako: „M.”), z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazanie braku podstaw wykluczenia,

- zaniechanie uznania oferty M. za odrzuconą,

- zaniechania odrzucenia oferty M. mimo, iż nie odpowiada treści SIWZ.

- dokonania w dniu 6.03.2016r. wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty M.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc niniejsze postępowanie rażąco naruszył w szczególności następujące przepisy Ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia, zaniechanie uznania oferty za odrzuconą oraz wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia,

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy jej treść odpowiada treści SIWZ,

3. art. 91 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów,

4. art. 7 ust. 1 i 3 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

5. inne przepisy wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania wykluczenia wykonawcy M. oraz uznania jego oferty za odrzuconą, względnie nakazania Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty M.

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący wnosi także o :przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego Odwołania.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Na samym wstępie Odwołujący uzasadnia swój interes w złożeniu odwołania okolicznością, iż podnoszone zarzuty dotyczą niezgodnej z przepisami Ustawy czynności (zaniechania) Zamawiającego w postępowaniu za czym przemawiają podniesione powyżej zarzuty. Zatem w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, w sposób należyty zbadał ofertę M. to oferta Odwołującego, zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza i

str. 30

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

uzyskałby On przedmiotowe zamówienie. Podnoszone przez Odwołującego naruszenia wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym. Zatem w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i uzyskałby On przedmiotowe zamówienie. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego. I dalej odwołujący ponownie przywołuje naruszone przepisy to jest w szczególności: art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, art. 91 ust. 1 PZP, art. 7 ust. 1 i 3 PZP. Odnosząc się do Zarzutu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w szczególności wskazał jak poniżej.

Co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem zamówienia jest montaż i pierwsze uruchomienie 5 sztuk fabrycznie nowych stacji szybkiego ładowania (dalej, jako: "stacje") wraz z masztami i platformą zasilającą, dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych o określonych w SIWZ parametrach technicznych i cechach funkcjonalno-użytkowych. Odwołujący kolejno je wymieniał.

Podsumowując wymagane cechy ładowarek - muszą być kompatybilne z systemem pantografowym zainstalowanym w autobusach, a wykorzystywanym do ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w tych autobusach, składającym się z pantografu wyposażonego w głowicę pięciopopolową firmy S.

Zamawiający w pkt. 7.2.2 SIWZ, ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, polegającą na dostawie fabrycznie nowych stacji szybkiego ładowania o mocy min 50 kW do autobusów elektrycznych (lub też innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3.5 tony DMC napędzanych wyłącznie energią elektryczną) o wartości nie mniejszej niż 450 000 PLN.

M. w zakresie doświadczenia w ofercie wykazał się ładowarkami pokładowymi baterii trakcyjnych, które nie odpowiadają wymaganiom SIWZ. Otóż istnieje wiele znaczących różnic, zarówno konstrukcyjnych, technicznych jak i funkcjonalnych, które przekładają się między innymi na bezpieczeństwo użytkowania, pomiędzy stacjami ładowania, a samymi ładowarkami do baterii trakcyjnych. Odwołujący wskazał szereg różnic pomiędzy stacjami ładowania pojazdów elektrycznych a ładowarkami wewnętrznymi, ładowarkami baterii trakcyjnych, czy też innych urządzeń ładujących baterie np. „prostowników”.

str. 31

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Podsumowując różnice wskazał, że stacja ma na stałe podłączony kabel, który zakończony jest wtykiem spełniającym odpowiednie normy. Ładowarki „off-board” znacznie różnią się względem ładowarek (pokładowych) do baterii trakcyjnych.

Dodatkowo stacje szybkiego ładowania zintegrowane z platformą zasilającą pantografu są konstrukcjami budowlanymi, które muszą posiadać osobne projekty konstrukcyjne z wymaganymi obliczeniami wytrzymałościowymi, wykonanymi przez osoby z odpowiednimi uprawnieniami. Stacje szybkiego ładowania ponadto instalowane są do betonowego podłoża lub fundamentu, na podstawie projektu budowlanego oraz z zachowaniem wszystkich procedur formalno - prawnych, wynikających zarówno z prawa budowlanego jak i prawa

energetycznego. Zatem dostawa stacji szybkiego ładowania autobusów elektrycznych (na co niniejsze postępowanie przetargowe jest dowodem) nie zawęża się jedynie do sprzedaży urządzeń pomiędzy sprzedawcą i nabywcą, ale również do jej zainstalowania zgodnie ze wszelkimi procedurami budowlanymi. Wskazywał również na obowiązujące normy. Wykonawca M. w dokumencie wykaz dostaw »Załącznik nr 7 do SIWZ", będącym załącznikiem do oferty:

1) w pozycji nr 1 wskazał, iż wykonał dostawę 12 sztuk ładowarek baterii o mocy powyżej 50kW do pojazdów elektrycznych na rzecz firmy T. z H.

2) w pozycji 2 wskazał, iż wykonał dostawę 15 ładowarek baterii trakcyjnych do trolejbusów na rzecz S. B.&C. S.A., co popart wystawionymi przez w/w firmy referencjami. Z referencji wystawionych przez T. wynikają dostawy ładowarek do pojazdów szynowych. Wymaganiem Zamawiającego było wykazanie się dostawą stacji szybkiego ładowania o mocy minimum 50kW do autobusów elektrycznych lub innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3.5t DMC. Należy ponadto zwrócić szczególną uwagę na prawdziwe intencje M. przy składaniu oferty, czego dowodem jest tłumaczenie dokumentu referencji wystawionych przez firmę T. W wersji angielskiej (oryginalnej) napisane jest, że dostarczone urządzenia zostały zainstalowane wewnątrz pojazdów (inside), natomiast w tłumaczeniu na język polski przygotowanym przez M. napisano już, że urządzenia zostały zainstalowane na pojeździe elektrycznym. Tym samym powyższa dostawa nie potwierdza spełniania przez M. warunków udziału w postępowaniu.

Z referencji wystawionych przez S. B.&C. S.A. wynikają dostawy:

- a) 12 kompletów napędów trolejbusowych wraz z ładowarką baterii trakcyjnych, do trolejbusów T18,
- b) 3 kompletów napędów trolejbusowych wraz z ładowarką baterii trakcyjnych, do trolejbusów T12.

Żadna z w/w dostaw nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego - dostawy odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Ładowarki baterii trakcyjnych (inaczej zasilacze buforowe baterii trakcyjnych), które zostały wskazane w

str. 32

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

wykazie, są bowiem zupełnie innymi urządzeniami aniżeli urządzenia, będące przedmiotem zamówienia oraz wymagany przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawców. Dalej odwołujący wykazuje szereg różnic między urządzeniami wykazanymi w doświadczeniu wykonawcy wybranego a w opisie przedmiotu zamówienia. Chodzi głównie o to, że ładowarki przedstawione w wykazie:

montuje się wewnątrz pojazdu lub na jego konstrukcji, a przedmiotem zamówienia są ładowarki zewnętrzne, typu off-board, nie posiadają jakiegokolwiek portu komunikacji z pojazdem, dotyczącego obsługi parametrów ładowania, dynamicznie określanych przez pojazd ładowany, ich obudowy, są na stałe połączone z pojazdem, a przedmiotem przetargu są stacje będące konstrukcjami budowlanymi, spełniają dużo mniejszą funkcjonalność niż ładowarki autobusów elektrycznych. Dostawy wskazane przez M. obejmują urządzenia na stałe połączone z pojazdem i stanowiące w pewnym sensie jego wyposażenie, a nie zewnętrzne stacje ładowania. Urządzenia te nie wymagają, jak stacje szybkiego ładowania, pozwolenia na budowę, budowy i doprowadzenia linii kablowych czy też osobnego odbioru lub uruchomienia. Przedmiotowe urządzenia mają tyle wspólnego ze stacjami ładowania, co ładowarka do telefonu GSM z ładowarkami „plug-in" do pojazdów samochodowych. Idąc dalej, w tego typu urządzeniach zupełnie inny jest sposób komunikacji pomiędzy ładowarką a autobusem w trakcie ładowania itd. Negowanie przedstawionego doświadczenia przez wykonawcę wybranego opiera się na porównaniu urządzeń opisanych w Wykazie wykonawcy wybranego a parametrami technicznymi i funkcjonalnościami opisanego przedmiotu zamówienia.

Poza tym podnoszona jest kwestia sumowania dostaw z lat 2014 i 2016 jak w odwołaniu powyżej i oznaczonego Sygn. akt KIO 478/17. W wykazie Wykonawca M. dokonał „sztucznego" zsumowania dostaw z okresu 2014-2016, w żadnym miejscu nie wykazując, iż faktycznie w/w dostawy stanowiły jedną dostawę (realizowane były na podstawie jednego zamówienia). Załączone do wykazu referencje wskazują wprost, iż na wskazaną przez wykonawcę jedną dostawę, składają się co najmniej dwie dostawy. Ponadto jak w odwołaniu w sprawie KIO 478/17 odwołujący podnosi kwestie wykonania dostaw w okresie wcześniej

niż w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Na marginesie zauważyć należy, iż Zamawiający, mimo oczywistych wątpliwości wynikających z przedłożonych przez M. dokumentów (kwestia przedmiotu dostawy, kwestia sumowania różnych dostaw, kwestia możliwości wskazania dostaw, które miały miejsce wcześniej niż 3 lat przed terminem składania ofert, kwestia błędnego tłumaczenia), zaniechał wezwania tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 PZP do ich wyjaśnienia. Co równie ważne, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem wszelkie wątpliwości w tym zakresie należy rozstrzygać na jego niekorzyść. Powyższe potwierdza, iż Wykonawca ten nie dysponuje wymaganymi przez Zamawiającego kwalifikacjami, a tym

str. 33

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

samym winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą. Jako dowód wskazuje SIWZ i ofertę wykonawcy wybranego.

II. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia.

W przedmiotowym postępowaniu, wykonawca M. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia albowiem nie złożył oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w terminie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 PZP. Złożone przez niego oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, złożone zostało przed terminem składania ofert, a zatem w dacie jego składania wykonawca nie miał wiedzy, jakie podmioty złożą oferty. Odwołujący w kontekście zastrzeżeń podniesionych w odwołaniu stwierdza, że w związku z faktem niewykazania przez M. braku podstaw do wykluczenia, obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie wykonawcy.

Nadmienić należy, iż Zamawiający nie był w tym wypadku zobowiązany do wzywania M. do uzupełnienia oświadczenia albowiem oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ.

III. Zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ

1) Brak wskazania specyfikacji dla infrastruktury sprzętowej.

Zgodnie z odpowiedziami na pytania z dnia 18.01.2017r., Zamawiający wymagał, by wykonawca wraz z ofertą przedstawił specyfikację sprzętową, jaką musi dysponować Zamawiający, by możliwa była instalacja oprogramowania wchodzącego w skład dostaw, a tym samym, by możliwy było sprawdzenie i odbiór przedmiotu zamówienia:

Pytanie I Nowoczesny program użytkowy wymaga instalacji na dedykowanym serwerze m.in. ze względu na wykorzystanie bazy danych do przechowywania danych historycznych Czy Zamawiający udostępni infrastrukturę do instalacji „nowoczesnego programu użytkowego”, czy oczekuje, że wykonawca uwzględni w ofercie wykorzystanie własnej, infrastruktury?

Odpowiedź:

Zamawiający udostępni własną infrastrukturę sprzętową. Niezbędne jest jednak określenie przez Wykonawcę na etapie Składania oferty specyfikacji sprzętowej, protokołów transmisji oraz wszystkich niezbędnych danych technicznych do instalacji systemu w infrastrukturze Zamawiającego.

Wykonawca M. wbrew żądaniom Zamawiającego nie przedstawił wymagań w zakresie infrastruktury sprzętowej. Wskazać również należy, iż powyższy dokument nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3.

2) Niezgodność zaoferowanego przedmiotu świadczenia z wymogami Zamawiającego

W SIWZ określono, że wymiary stacji ładowania powinny być zgodne z załącznikami 9.1-9.3 do SIWZ. W dokumentacji SIWZ również czytamy, że stacja ładowania ma posiadać konstrukcję monolityczną, a w późniejszych odpowiedziach Zamawiający potwierdził, że rozumie przez to stację ładowania zintegrowaną z platformą zasilającą.

str. 34

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Z załączników 9.1-9.2 czytamy: Nr załącznika i lokalizacja Rodzaj konstrukcji Wymiary

Stanowisko Zamawiającego 9.1 B. A. Z projektów i wynika rysunków

konstrukcja z osobnym słupem 2107x1653x141 Om m ♦(platforma na wysokości 4500mm).W udzielonej odpowiedzi Zamawiający określił, że oczekuje stacji ładowania bez osobnego słupa. 9.2 Ch. W opisie określono stację ładowania jako zintegrowaną

monolityczną. Zawieszenie platformy min. 4500mm Wymiary 5000x1250x800mm m Wymiary podstawy 1250x800mm. Zamawiający w odpowiedziach zgodził się na zwiększenie wymiarów zewnętrznych podstawy o 10%

Tym samym Zamawiający w każdej lokalizacji oczekuje stacji ładowania zintegrowanej z platformą zasilającą, bez osobnego słupa, ale dla każdej lokalizacji są różne wymiary obudowy: a) B.: 2170x1653x141 Omm. b) Ch.: 5000x1250x800mm z możliwością zwiększenia podstawy o 10% Wykonawca podał natomiast w ofercie: Zgodnie z projektami załączonymi do postępowania lub mniejsze o wymiarach: 2000x1200x900 (do ustalenia z Zamawiającym na etapie realizacji). Powyższy sposób zapisu powoduje, że M. zaoferował stację ładowania z podstawą o wymiarach przekraczających maksymalne podane w SIWZ wymiary (800 + 10% = 880, a M. zaoferował obudowę o głębokości 900).

Powyższe zarzuty jednoznacznie wskazują na fakt, iż produkty Wykonawcy nie spełniają wymogów stawianych przez Zamawiającego, tym samym jego oferta jest w tym zakresie niezgodna z postanowieniami SIWZ. Przychylając się do stanowiska wyrażonego w doktrynie oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów (Komentarz Prawo zamówień publicznych, Jerzy Piróg, komentarz do art. 89). Co ważniejsze w przedmiotowej sprawie niezgodność z SIWZ dotyczy treści oferty, która zawiera szereg odstępstw prowadzących do jej niezgodności z SIWZ, w tym w szczególności dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia; który nie spełnia wymagań i norm stawianych przez Zamawiającego. Podobne stanowisko w tej kwestii prezentowane jest w orzecznictwie KIO m.in. w Wyroku z 6 kwietnia 2010 (KIO/UZP 360/10), gdzie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż „Treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego.” (por. wyr. ZA z 18.1.2005r., UZP/ZO/0-4/05; wyr. z 11.3.2005 r.t UZP/ZO/0-416/05).

str. 35

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

W ślad za orzecznictwem Sądowym dotyczącym Zamówień Publicznych oraz doktryną (m.in. G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, str. 447) należy podnieść, iż powszechnie przyjmowana jest rygorystyczna wykładnia eksponująca formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikająca z niego konieczność bezwzględnego obowiązku odrzucania oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Sąd Okręgowy w G. W. w wyroku z dnia 28 września 2005 r. (II Ca 29/05) stwierdził, iż formalizm stosowany przy zamówieniach publicznych uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji. Dlatego Zamawiający nie może oceniać ofert w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji (G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, str. 447). Również J. Piróg w Komentarzu do art. 89 Ustawy stwierdził, iż odrzucenie oferty jest elementem czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert. W zakres tej oceny, skutkującej odrzuceniem oferty, wchodzi badanie spełniania przez wykonawcę warunków określonych na podstawie art. 22 ust 1 oraz badanie, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2. Następnie do zakresu oceny wchodzi badanie zgodności treści oferty z treścią siwz (art. 82 ust. 3). To ostatnie odnosi się zarówno do formalnej strony oferty, jak i do jej merytorycznej zawartości. Powyższe rozważania wprost prowadzi do stwierdzenia, iż Oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. wobec czego zgodnie z dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy obowiązkiem Zamawiającego jest jej odrzucenie.

III. Zarzut prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP, materializuje się on przez dokonanie wyboru oferty M., jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wykluczenia tego wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą, zaniechanie ujawnienia wyjaśnień

wykonawcy, zaniechanie odrzucenia oferty M. przez Zamawiającego. Zamawiający winien prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto zamówienie winno być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa.

Rekapitulując: Z uwagi na zakres nieprawidłowości czynności (zaniechań) Zamawiającego. Odwołujący wnioskuje o nakazanie Zamawiającemu: 1. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty 2. nakazanie najkorzystniejszej. Zamawiającego dokonania wykluczenia wykonawcy M. oraz uznania tego oferty za odrzuconą, względnie oferty dokonania nakazania Zamawiającemu odrzucenia Medcom. 3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert. 4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tych powodów Odwołujący wnosi jak we wstępie.

str. 36

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

W dniu 06.03.2017r. Zamawiający sporządził oraz przesłał Odwołującemu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej. Niniejsze Odwołanie zostaje więc złożone z zachowaniem ustawowego terminu - 10 dni, liczonego od dnia przesłania Odwołującemu informacji o czynności Zamawiającego. Wpis od odwołania w kwocie 15.000 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczony został przelewem bankowym. Dowód uiszczenia wpisu w załączeniu.

Pismem z dnia 03.04.2017 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie podnosząc następującą argumentację za wnioskiem o oddalenie odwołania w całości. Na podstawie art. 186 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 t.j. z dnia 2015.12.22) dalej: ustawa PZP, odnosząc się niniejszym do treści odwołania Odwołującego z dnia 14 marca 2017 r., wnoszę o: 1. Oddalenie odwołania, 2. Zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu według norm przepisanych, zgodnie z przedstawionym na rozprawie rachunkiem. W uzasadnieniu zamawiający przedstawił w szczególności jak poniżej następującą argumentację. Zawiadomieniem z dnia 6 marca 2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez M. Sp. z o.o., ul. (...) Natomiast oferta Odwołującego E.-P. Sp. z o.o. została sklasyfikowana na drugim miejscu. Dnia 14 marca 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia Zamawiającego dotyczącego ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wobec zaniechania wykluczenia M. Sp. z o.o., zaniechania uznania oferty M. Sp. z o.o. za odrzuconą, zaniechania odrzucenia oferty M., mimo iż nie odpowiada treści SIWZ, dokonania w wyborze oferty M. sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. 2. Zarzut braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu 2.1. Brak doświadczenia Zgodnie z SIWZ i ogłoszeniem przedmiotem zamówienia jest montaż i pierwsze uruchomienie 5 sztuk fabrycznie nowych stacji szybkiego ładowania wraz z masztami i platformą zasilającą, dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych o następujących parametrach i cechach technicznych

ładowania będą ładowania do funkcjonalno-użytkowych: Stacje wykorzystywane akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach marki S. typu: a. U. e. 8.9 LE wyposażonego w akumulatory trakcyjne litowo-żelazowo- fosforanowe o łącznej pojemności 160 kWh. b. U. e. 12 wyposażonego w akumulatory trakcyjne litowo-żelazowo- fosforanowe o łącznej pojemności 160 kWh. c. U. e. 18 wyposażonego w akumulatory trakcyjne litowo-żelazowo- fosforanowe o łącznej pojemności 240 kWh, co oznacza, że ładowarki muszą być kompatybilne z systemem pantografowym zainstalowanym w/w autobusach, a wykorzystywanym do ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w tych

str. 37

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

autobusach, składającym się z pantografu wyposażonego w głowicę pięciopółową firmy S.

Zgodnie z żądaniem Zamawiającego stacje winny być urządzeniami o mocy wyjściowej 180kW. Zamawiający w pkt. 7.2.2 SIWZ, ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, t.j. polegającą na dostawie fabrycznie nowych stacji szybkiego ładowania o mocy min 50 kW do autobusów elektrycznych (lub też innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3.5 tony DMC napędzanych wyłącznie energią elektryczną) o wartości nie mniejszej niż 450 000 PLN. Wykonawca M. w dokumencie wykaz dostaw „Załącznik nr 7 do SIWZ”, będącym załącznikiem do oferty: 1) w pozycji nr 1 wskazał, iż wykonał dostawę 12 sztuk ładowarek baterii o mocy powyżej 50kW do pojazdów elektrycznych na rzecz firmy T. z H. 2) w pozycji 2 wskazał, iż wykonał dostawę 15 ładowarek baterii trakcyjnych do trolejbusów na rzecz S. B.&C. S.A o mocy 60 kW każda, co poparł wystawionymi przez w/w firmy referencjami.

Zdaniem Odwołującego „M. w zakresie doświadczenia w ofercie wykazał się ładowarkami pokładowymi baterii trakcyjnych, które nie odpowiadają wymaganiom SIWZ.” Odwołujący podnosi, że zrealizowanie zamówienia polegającego na dostawie ładowarek do baterii trakcyjnych nie jest tym samym, co dostawa stacji szybkiego ładowania. Z przedmiotowym stanowiskiem nie można się zgodzić, nie uwzględnia bowiem ono odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 25 stycznia 2017 r., w której na zadane pytanie: Czy Zamawiający uwzględni referencje wystawione na ładowarki o mocy powyżej 50 kW do ładowania baterii na pojeździe elektrycznym. - udzielił odpowiedzi: •Tak, Zamawiający uwzględni referencje wystawione na ładowarki o mocy powyżej 50 kW do ładowania baterii na pojeździe elektrycznym.

Zdaniem Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, o którym mowa w punkcie 7.2.2 SIWZ, wystarczające jest wykazanie się doświadczeniem w dostawie ładowarki o mocy powyżej 50 kW do ładowania baterii w pojeździe elektrycznym. Powyższe rozwiązanie miało zapewnić większą konkurencyjność. Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia referencji odnoszących się do ładowarek do pojazdów elektrycznych. 2.2. Zsumowanie dostaw Odwołujący podnosi ponadto, że w wykazie „Wykonawca M. dokonał „sztucznego” zsumowania dostaw z okresu 2014-2016, w żadnym miejscu nie wykazując, iż faktycznie w/w dostawy stanowiły jedną dostawę”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający analizował głównie wykaz dostaw jako dokument stwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dokument referencji wskazał mu jedynie należyte wykonanie tych dostaw. Z dokumentu „Załącznik numer 7 do

str. 38

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

SIWZ” wynika, że dla T. dostawa miała miejsce w roku 2016, zaś dla S. B. & C. S.A. ładowarki były dostarczane partiami w latach od lutego 2014 r. do listopada 2016 r. Ponadto Zamawiający pragnie podkreślić, że przedstawiony dokument nie budzi jego wątpliwości co do prawdziwości. Jeżeli Odwołujący posiada informację, że Przystępujący oświadczył nieprawdę, to na nim ciąży w tym zakresie obowiązek dowodowy.

2.3. Brak autonomiczności urządzeń Kolejny zarzut Odwołującego odnosi się do faktu, iż jego zdaniem z dokumentu referencji (inaczej niż z dokumentu wykazu dostaw) wynika, że wskazane ładowarki były integralną częścią układów napędowych, a nie autonomicznymi urządzeniami. Jednakże zdaniem Zamawiającego z referencji wynika jedynie, że S. B. & C. S.A. zamówił komplety obejmujące zarówno napęd jak i ładowarkę. Co nie zmienia faktu, że nadal mamy tu do czynienia z autonomicznym urządzeniem -ładowarką do autobusów elektrycznych.

3. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący podnosi, że wykonawca M. Sp. z o.o. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia albowiem nie złożył oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w terminie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 Ustawy PZP. Oświadczenie wykonawcy o braku przynależności do grupy kapitałowej zostało złożone wraz z terminem do składania ofert. Odwołujący str. 5 podnosi, że w tejże dacie wykonawca nie miał wiedzy, jakie podmioty złożyły oferty, w związku z tym nie wykazał, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy PZP. Zarzuty Odwołującego w danej kwestii są całkowicie

bezzasadne. Wskazać należy, że Urząd Zamówień Publicznych dokonał interpretacji przepisów dot. składania oświadczeń o braku przynależności do grupy kapitałowej i ich nowelizacji. Idąc za Urzędem Zamówień Publicznych: „Oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej złożone wraz z ofertą, niezależnie od ilości ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, również potwierdza brak podstawy do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Należy jednak w tym przypadku pamiętać, że jakakolwiek zmiana sytuacji wykonawcy w toku postępowania (włączenie do grupy kapitałowej) będzie powodowała obowiązek aktualizacji takiego oświadczenia po stronie wykonawcy. Zatem złożenie przez Wykonawcę we wcześniejszym czasie oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej nie może być podstawą do jego wykluczenia z postępowania. W niniejszym postępowaniu po stronie Wykonawcy nie wystąpiła okoliczność włączenia Wykonawcy do grupy kapitałowej, tym samym nie zaistniała okoliczność obowiązku aktualizacji oświadczenia po stronie Wykonawcy, a pierwotnie złożone przez niego oświadczenie uznaje się za skuteczne w postępowaniu o zamówienie publiczne.

4. Niezgodność oferty z SIWZ

4.1. Brak wskazania specyfikacji dla infrastruktury sprzętowej.

str. 39

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

Faktem jest, że jeden z wykonawców na etapie prowadzenia postępowania przetargowego zapytał o możliwość wykorzystania infrastruktury sprzętowej Zamawiającego dla potrzeb instalacji własnego oprogramowania, nie implikuje zdaniem Zamawiającego, że zamierza z tejże infrastruktury korzystać. Ponieważ w swojej ofercie Przystępujący M. sp. z o.o. zawarł jedynie informację, iż „oferowane stacje szybkiego ładowania są zarządzane nowoczesnym programem użytkowym spełniającym wymagania SIWZ” i jednocześnie nie wyspecyfikował oczekiwań wobec informatycznej infrastruktury sprzętowej Zamawiającego, Zamawiający uznał, że oprogramowanie zostanie dostarczone przez Przystępującego M. sp. z o.o. wraz z jego własną infrastrukturą sprzętową lub też Przystępujący M. sp. z o.o. w pełni dostosuje się do infrastruktury sprzętowej Zamawiającego, bez prawa oczekiwania od Zamawiającego dostosowania jakichkolwiek elementów tejże infrastruktury do potrzeb wykonawcy (Przystępującego). Zdaniem Zamawiającego powyższe jest oczywiste, ponadto jak już wspomniano powyżej, Przystępujący oświadczył, że „oferowane stacje szybkiego ładowania są zarządzane nowoczesnym programem użytkowym spełniającym wymagania SIWZ”.

Dowód: Strona 19 oferty Przystępującego w aktach sprawy

4.2. Niezgodność zaoferowanego przedmiotu świadczenia z wymogami Zamawiającego
Zdaniem Odwołującego załączniki 9.1 - 9.3 SIWZ precyzują wymiary podstawy dla dostarczanej stacji ładowania. Wskazuje też jego zdaniem, że dla stacji zlokalizowanej przy ul. Chełmońskiego Zamawiający wskazał maksymalne wymiary podstawy dla instalowanej stacji (głębokość-880 mm).

Zaś Wykonawca podał w swojej ofercie: Zgodnie z projektami załączonymi do postępowania lub mniejsze o wymiarach: 2000x1200x900 (do ustalenia z Zamawiającym na etapie realizacji). Powyższy sposób zapisu powoduje zdaniem Odwołującego, że „M. zaoferował stację ładowania z podstawą o wymiarach przekraczających maksymalne podane w SIWZ wymiary ($800 + 10\% = 880$, a M. zaoferował obudowę o głębokości 900).”

Zamawiający podając wymiary stacji ładowania miał na celu uzyskanie jak największej zgodności z wykonanymi już projektami ich zabudowy. Zamawiający w dniu 18 stycznia 2017 roku w związku z pytaniem oferenta dopuścił zwiększenie wymiarów podstawy ładowarki o 10% pod warunkiem, że wykonawca poniesie koszty związane z taką zmianą na etapie wykonawczym o ile będzie konieczne ich poniesienie. Tym samym Zamawiający potwierdził, że dokładnie precyzyjnie podane wartości wymiarów podstawy ładowarki nie są dla Zamawiającego krytyczne. Różnica plus 20 milimetrów w głębokości ładowarki jaka pojawia się w ofercie Przystępującego jest dla Zamawiającego różnicą klasyfikującą się poniżej poziomu istotności dla tego typu wymiarów. Jak wskazano powyżej Zamawiający podał te wymiary dla celów jak najlepszego dostosowania ładowarki do zaprojektowanego fundamentu i w tym wypadku dla tego typu instalacji budowlanych w postaci fundamentu pod ładowarkę różnica w wysokości 20 milimetrów klasyfikuje się z pewnością poniżej

str. 40

racjonalnego poziomu istotności. Biorąc pod uwagę wskazany powyżej poziom istotności Zamawiający nie był w stanie odrzucić oferty Odwołującego gdyż nie byłby w stanie racjonalnie i przekonująco uzasadnić takiego odrzucenia.

Jednakże dodatkowo Zamawiający oświadcza, że z dokumentacji technicznej stanowiącej integralną treść SIWZ wprost wynika, że maksymalny wymiar dla głębokości podstawy dla stacji ładowania jest większy niż 880 mm i wynosił 1410 mm.

W związku z powyższym, nie można mówić w tym przypadku o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

5. Zarzut prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut pozwanego dotyczący uchybień w równym traktowaniu wykonawców nie został poparty żadnymi dowodami. Zarzut ten sprowadza się do ogólnych wywodów naruszenia tychże przepisów przez Zamawiającego. W tej kwestii należy jedynie zaznaczyć, że fakt wybrania przez Zamawiającego oferty innej niż ta, która została złożona przez Odwołującego, nie może prowadzić do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców, a do tego stwierdzenia sprowadza się zarzut Odwołującego.

Szczegółowe stanowisko w sprawie złożył przystępujący popierając stanowisko zamawiającego.

Sygn. akt KIO 503/17

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Sygn. akt KIO 503/17

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego toczącego się przed Izbą aby wskazane w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp w związku z wskazanymi czynnościami jak i zaniechaniami zamawiającego miały miejsce uwzględniając zarówno postanowienia SIWZ jak i złożoną przez wykonawcę wybranego ofertę.

Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł zarzut nie spełnienia przez wykonawcę wybranego warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.2.2. SIWZ. Odwołujący

str. 41

chcąc wykazać brak spełnienia warunku doświadczenia zawodowego w zakresie wymaganych dostaw podnosił kwestię opisu przedmiotu zamówienia a nie warunków udziału w tym udzielonych wyjaśnień przez zamawiającego. Cała argumentacja odwołującego była skierowana na porównywanie opisu przedmiotu zamówienia to jest „dostawy i montażu stacji szybkiego ładowania dla potrzeb ładowania akumulatorów trakcyjnych zainstalowanych w autobusach elektrycznych wraz z budową niezbędnych linii kablowych” jako zewnętrznego urządzenia poza autobusem. Porównywanie odnosiło się do przedstawionego doświadczenia wykonawcy wybranego w Wykazie dostaw wraz z przywoływaniem dostarczonych do oferty referencji na okoliczność należytego wykonania dostaw. Odwołujący w swych wywodach całkowicie pominął zagadnienie postawionych warunków w punkcie 7.2.2. SIWZ a jak również udzielonych wyjaśnień przez zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert. Co prawda pierwotnie Zamawiający w pkt. 7.2.2 SIWZ, ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, t.j. polegającą na dostawie fabrycznie nowych stacji szybkiego ładowania o mocy min 50 kW do autobusów elektrycznych (lub też innych pojazdów samochodowych o masie powyżej 3.5 tony DMC napędzanych wyłącznie energią elektryczną) o wartości nie mniejszej niż 450 000 PLN.

Wykonawca M./ przystępujący po stronie zamawiającego w dokumencie Wykaz dostaw „Załącznik nr 7 do SIWZ”, będącym załącznikiem do oferty:1)w pozycji nr 1 wskazał, iż

wykonał dostawę 12 sztuk ładowarek baterii o mocy powyżej 50kW do pojazdów elektrycznych na rzecz firmy T. z H. 2) w pozycji 2 wskazał, iż wykonał dostawę 15 ładowarek baterii trakcyjnych do trolejbusów na rzecz S. B.&C. S.A o mocy 60 kW każda, co poparł wystawionymi przez w/w firmy referencjami.

Zdaniem Odwołującego „M. w zakresie doświadczenia w ofercie wykazał się ładowarkami pokładowymi baterii trakcyjnych, które nie odpowiadają wymaganiom SIWZ.” Odwołujący podnosi, że zrealizowanie zamówienia polegającego na dostawie ładowarek do baterii trakcyjnych nie jest tym samym, co dostawa stacji szybkiego ładowania. Z przedmiotowym stanowiskiem można się zgodzić ale tylko wtedy gdyby nie uwzględniło się, odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 25 stycznia 2017 r., w której na zadane pytanie: Czy Zamawiający uwzględni referencje wystawione na ładowarki o mocy powyżej 50 kW do ładowania baterii na pojeździe elektrycznym. – zamawiający udzielił odpowiedzi: Tak, Zamawiający uwzględni referencje wystawione na ładowarki o mocy powyżej 50 kW do ładowania baterii na pojeździe elektrycznym. Tak więc Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, o którym mowa w punkcie

str. 42

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

7.2.2 SIWZ, wystarczające jest wykazanie się doświadczeniem w dostawie ładowarki o mocy powyżej 50 kW do ładowania baterii w pojeździe elektrycznym. Zamawiający udzielając powyżej cytowanej odpowiedzi zapewnił większą konkurencyjność. Reasumując Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia referencji odnoszących się do ładowarek do pojazdów elektrycznych a nie tylko stacji szybkiego ładowania akumulatorów, która znajduje się poza autobusem. Na takie rozwiązanie zgodził się odwołujący nie oponując na tak udzieloną odpowiedź zamawiającego z dnia 25 stycznia 2017 roku.

Tak więc bezsporną okolicznością jest, że wykonawca wybrany w swym doświadczeniu nie przedstawił dostaw obejmujących stacje szybkiego zasilania w formie zewnętrznych ładowarek. Natomiast przedstawił doświadczenie obejmujące dostawę ładowarek do autobusów elektrycznych ale umiejscowionych wewnątrz a nie na zewnątrz autobusu. W punkcie 7.2.2 SIWZ zamawiający rzeczywiście wskazał na wymóg wykonania dostaw stacji szybkiego ładowania stanowiących zewnętrzne urządzenie czyli nie zamontowane w autobusie. Niemniej odwołujący pominął okoliczność wyjaśnień SIWZ jakich dokonał zamawiający w dniu 25 stycznia 2017 r. W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie wykonawcy zamawiający dopuścił oprócz szybkich stacji zasilania jako obiektów zewnętrznych również ładowarki znajdujące się w autobusie. Tę okoliczność w swoich argumentach odwołujący pominął dyskredytując doświadczenie jakie przedstawia wykonawca wybrany. W tym miejscu należy zaznaczyć, że wykaz obejmował dwie pozycje jako odrębne dostawy jedna z nich była dostawą bezpośrednio na rzecz firmy S. B. & C. S.A. B. koło P. a druga dostawa była realizacją na rzecz podmiotu hiszpańskiego T. W związku z tym, że dla spełnienia warunku doświadczenia zawodowego wystarczyło wykazać się jedną dostawą to z całą stanowczością Izba stwierdza, że warunek jest spełniony przez dostawę na rzecz hiszpańskiego odbiorcy T. Dla zaliczenia tej dostawy nie ma znaczenia okoliczność, że dostawa dotyczyła pojazdu szynowego, który według wiedzy Izby nie ma znaczenia w zakresie spełnienia wymogu dostawy ładowarki zgodnie z SIWZ. Mimo użycia w SIWZ formuły pojazd samochodowy bez wskazania na pojazd szynowy w ocenie Izby nie ma to wpływu na posiadanie czy wręcz brak posiadania doświadczenia w zakresie ładowarek do autobusów elektrycznych. Reasumując okoliczność, że dostawa ładowarek była do pojazdów szynowych a nie samochodowych nie ma wpływu na posiadanie doświadczenia w zakresie dostaw ładowarek do autobusów. Podnoszona przez odwołującego okoliczność dostaw do pojazdów szynowych a nie autobusowych nie dyskredytuje doświadczenia w zakresie dostaw ładowarek do autobusów elektrycznych. Czyli czy to ładowarka do pojazdu autobusowego, czy to ładowarka do pojazdu szynowego nie ma znaczenia dla oceny i stwierdzenia czy wykonane dostawy potwierdzają doświadczenia. Jeżeli chodzi o kolejność dostaw ładowarek wraz z napędem do producenta S. B. and C. S.A. B. k/P. to stwierdzenie w referencji o dostawach z wyróżnieniem dostawy do L. czy do G. nie oznacza, że dostawy

str. 43

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

nie były realizowane w ramach jednej dostawy w rozumieniu jednego kontraktu jak tego wymagał zamawiający. Słusznie zamawiający podkreślił, że oświadczenie wykonawcy w Wykazie ma podstawowe znaczenie dla oceny posiadania bądź nie posiadania doświadczenia a tam wyróżnia się 15 ładowarek baterii trakcyjnej do trolejbusów luty 2014 rozpoczęcie realizacji i listopad 2016 zakończenie realizacji na rzecz S. B. and C. S.A. B. k/P. Fakt stwierdzenia w referencji o dostawach w liczbie mnogiej nie przesądza o tym czy dostawa miała charakter jednego kontraktu, ponieważ z jego treści wynikają różne miejsca dostawy: L oraz G ale na rzecz producenta S B and C. Z treści można wywnioskować, że wymienia się dwie dostawy to jest 12 kompletów i 3 komplety ze względu na różne lata realizacji to jest 2014 i 2016 oraz różne miejsca przeznaczenia do eksploatacji trolejbusów to jest L i G. Natomiast z reguły dostawy odbywają się sukcesywnie w miarę produkcji czy też zamówień, które mogą być rozłożone w czasie ale w ramach jednego kontraktu. W ocenie Izby nie ma podstaw do kwestionowania posiadania doświadczenia na podstawie tak sformułowanej referencji, że nie dotyczy ona jednej dostawy. Wniosek, że nie była to jedna dostawa jest zbyt daleko idący w kontekście Wykazu dostaw to jest jego 2 pozycji (S. B. and C. S.A.) stanowiący oświadczenie wykonawcy a nie podmiotu trzeciego jakim jest wystawiający referencję. To po stronie odwołującego leży obowiązek wykazania, prawdziwości podnoszonych zarzutów i twierdzenia, że miało miejsce kilka co najmniej dwóch dostaw a nie jednej dostawy.

Izba również nie uwzględniła zarzutu nie złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej. Nie ma przeszkód formalnych czy też merytorycznych do złożenia oświadczenia o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej na etapie składania ofert. Również nie ma przeszkód do weryfikacji takiego oświadczenia już w toku postępowania po złożeniu ofert w przypadku gdyby zmieniła się sytuacja po stronie wykonawcy względem przynależności do grupy kapitałowej.

Izba również nie uwzględniła zarzutu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Dla Izby prawidłową jest argumentacja zamawiającego w zakresie skutków nie podania specyfikacji wymaganego sprzętu do oprogramowania użytego do stacji szybkiego ładowania. W ocenie Izby brak oświadczenia wykonawcy na etapie składania oferty skutkuje jedynie ewentualnym obowiązkiem zapewnienia sprzętu we własnym zakresie dla zainstalowania oprogramowania na etapie realizacji zamówienia. Natomiast brak takiego oświadczenia nie może powodować odrzucenia oferty z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Bowiem nie jest to zakres przedmiotu zamówienia tylko raczej sposób realizacji zamówienia i ewentualnego udziału lub braku udziału zamawiającego w jego realizacji przez dostarczenie sprzętu lub nie dostarczenie sprzętu do oprogramowania instalowanych stacji ładowania akumulatorów. Również drugi zarzut podnoszony w trybie art.89 ust.1 pkt 2 Pzp nie zasługuje na

str. 44

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

uwzględnienie. Słusznie zamawiający podkreślił, że rozbieżność w wymiarach stacji szybkiego ładowania w zakresie 20 mm nie ma cech istotności a po drugie z zobowiązania wykonawcy wybranego w złożonej ofercie wynika, że wymiary oferowanej stacji ładowania akumulatorów odpowiadają sporządzonemu projektowi. Na rozprawie Prezes zarządu zamawiającego oświadczył, że odstępstwo od ustalonych wymiarów stacji w stosunku do projektu było rozważane w związku z ewentualnością dodatkowych kosztów, które obciążą wykonawcę. W związku z powyższym rozmiary stacji nie są decydujące w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ tylko elementem ewentualnych dodatkowych kosztów w związku z rozbieżnością z projektem i wydanym pozwoleniem na budowę. Logicznym wydaje się, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ ze względu na przedmiot zamówienia w tym przypadku nie decyduje rozmiar stacji tylko dotrzymanie jej parametrów technicznych czy funkcjonalności. Inna byłaby sytuacja gdyby zamawiający wyraźnie zastrzegł w SIWZ np.: że odstępstwo w zakresie kolorystyki, kształtu czy ścisłego wymiaru stacji ładowania akumulatorów opisane w SIWZ spowoduje odrzucenie oferty. Podsumowując podniesione przez odwołującego zastrzeżenia jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ nie mogą rodzić skutków w postaci odrzucenia oferty wykonawcy wybranego. Bowiem wykonawca po pierwsze zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z sporządzonym projektem a przekroczenie wymiaru stacji wynosi 20 mm a brak wskazania sprzętu wymaganego do instalacji oprogramowania nie rodzi skutków w postaci zwolnienia wykonawcy z obowiązku

wykonania zamówienia skoro na własne ryzyko nie skorzystał z możliwości oferowanych przez zamawiającego. Tak więc oba podnoszone argumenty wskazujące na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ nie stanowią okoliczności, które mogłyby być kwalifikowane do art.89 ust.1 pkt 2 Pzp i skutkować odrzuceniem oferty. W związku z powyższym również nie potwierdzają się zarzuty naruszenia zasady uczciwej konkurencji jak i równego traktowania wykonawców jako podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sformułowanych w art.7 ust.1 i 3 ustawy Pzp skoro wykonawca nie podlega wykluczeniu a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia sprawy nie miała znaczenia oczywista omyłka odwołującego w odwołaniu w zakresie sformułowania naruszenia przepisu ustawy w pkt 2 o treści" art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego podczas gdy jej treść odpowiada treści SIWZ"- str. 2 odwołania, wobec zgodnego ze stanem rzeczy określenia zaniechania zamawiającego na str.2 odwołania o treści „zaniechania odrzucenia oferty M. mimo, że nie odpowiada treści SIWZ", jak i żądania „względnie nakazania Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty M." – str. 3 odwołania.

str. 45

Sygn. akt KIO 478 /17 i KIO 503/17

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. 2017r. poz.47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:

str. 46