Sygn. akt:KIO 4491/24

KIO 4495/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Członkowie: Mateusz Paczkowski

Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2024 r. przez wykonawcę:

- **Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedle** (sygn. akt KIO 4491/24);

- **Busnex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 4495/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Zakłady Autobusowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 4491/24 – wykonawcy **Busnex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 4495/24 – wykonawcy **Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedle**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 4491/24 oraz KIO 4495/24 – wykonawcy **Spółka "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii**

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 4495/24 co do zarzutu z pkt 4*petitum* odwołania wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

2.Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 4491/24 w zakresie zarzutów określonych w pkt 1 i 2*petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Spółkę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3.Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 4491/24 w pozostałym zakresie.

4.Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 4495/24 w zakresie zarzutów określonych w pkt 2 oraz 3*petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Spółkę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także ponowne przyznania punktów pozostałym ofertom w Zadaniu I w kryteriach „Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat" oraz „Liczba miejsc pasażerskich".

5.Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 4495/24 w pozostałym zakresie.

6.Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 4491/24 obciąża **Spółkę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii** w części 1/2 i **Odwołującego** w części 1/2 i:

6.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** poniesioną przez **Spółkę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

6.2.zasądza od **Spółki "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii** na rzecz **Odwołującego** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, w części, w jakiej odpowiada za wynik postępowania.

7.Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 4495/24 obciąża **Spółkę "IRIZAR E-MOBILITY S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii** w części 1/4, wykonawcę **Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedle** w części 1/4 i **Odwołującego** w części 1/2 i:

7.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania; kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy)** poniesioną przez **Odwołującego** tytułem opłaty skarbowej, kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** poniesioną przez **Spółkę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** poniesioną przez wykonawcę **Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedle** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

7.2.zasądza od **Spółki "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii** na rzecz **Odwołującego** kwotę **6 454 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy czterysta pięćdziesiąt cztery złote zero groszy)** stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej, w części, w jakiej odpowiada za wynik postępowania;

7.3.zasądza od wykonawcy **Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedle** na rzecz **Odwołującego** kwotę **6 454 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy czterysta pięćdziesiąt cztery złote zero groszy)** stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej, w części, w jakiej odpowiada za wynik postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodnicząca:……...

Członkowie:……...

……...

Sygn. akt KIO 4491/24, 4495/24

U z a s a d n i e n i e

Miejskie Zakłady Autobusowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Zakup i dostawa 30 szt. Autobusów elektrycznych klasy maxi (12m) i 50 szt. autobusów przegubowych (18m).* Postępowanie zostało podzielone na 2 zadania:

a. Zadanie I: 30 sztuk klasy MAXI, ładowane wyłącznie za pomocą gniazda plug-in, o długości całkowitej 11,8 ÷ 12,2 m, trzydrzwiowych, z drzwiami w układzie 2-2-2;

b. Zadanie II: 50 sztuk autobusów przegubowych, ładowane wyłącznie za pomocą gniazda plug-in, o długości całkowitej 17,5 ÷ 18,2 m, czterodrzwiowych, z drzwiami w układzie 2-2-2-2.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp" lub „Pzp",z zastosowaniem przepisów wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 września 2024 r. pod numerem 535165-2024.

W dniu 29 listopada 2024 r. wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedle, dalej „Odwołujący Solaris", wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 4491/24), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 78^1 Kodeksu cywilnego i w zw. z art. 29 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji

elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE, a także w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Spółki "IRIZAR E-MOBILITY S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii, dalej „IRIZAR", jako najkorzystniejszej w postępowaniu (dla obu Zadań) a tym samym zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że podpis złożony pod formularzem ofertowym IRIZAR nie jest podpisem kwalifikowanym, albowiem nie został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego, co czyni tę ofertę nieważną;

2. art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty IRIZAR jako najkorzystniejszej w postępowaniu (dla obu Zadań), a tym samym zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że IRIZAR wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, nie zabezpieczając interesu Zamawiającego w sposób wymagany przez przepisy Pzp oraz postanowienia SWZ;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty IRIZAR jako najkorzystniejszej w postępowaniu (dla obu Zadań), a tym samym zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że IRIZAR nie wykazał, że posiada wymagane w SWZ doświadczenie w wykonaniu w sposób należyty dostaw autobusów miejskich o określonej wartości (z zastrzeżeniem konieczności uprzedniego wezwania IRIZAR do uzupełnienia referencji załączonych do Wykazu dostaw, a jeżeli wezwanie takie nie zostało jeszcze wystosowane do IRIZAR przez Zamawiającego, wówczas zarzucono co najmniej naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania);

4. art. 128 ust. 2 i art. 16 Pzp oraz art. 18 ust. 3 Pzp w zw. art. 18 z ust. 1 i 2 Pzp art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „UZNK", przez nieuzasadnione wezwanie IRIZAR do przedłożenia brakującego uzasadnienia wykazującego tajemnicę przedsiębiorstwa rzekomo zastrzeżoną w jego ofercie, a następnie bezrefleksyjne przyjęcie, że informacje zawarte w załącznikach do oferty IRIZAR oraz w dokumentach obejmujących podmiotowe środki dowodowe składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK i podlegają ochronie, podczas gdy IRIZAR nie dokonał w przepisanym terminie zastrzeżenia, że przedmiotowe informacje nie mogą być udostępniane, ani nie wykazał przy przekazywaniu tych informacji, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, a ponadto uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez IRIZAR w odpowiedzi na nieuprawnione wezwanie Zamawiającego nie wykazało spełnienia wszystkich przesłanek koniecznych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co w efekcie skutkowało nieudostępnieniem Odwołującemu wskazanych dokumentów z naruszeniem zasady jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania, zgodnie z wymogami art. 16 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty IRIZAR jako najkorzystniejszej w postępowaniu; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w ramach którego Zamawiający powinien: - odtajnić wszystkie dokumenty zastrzeżone przez IRIZAR jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. załączniki do oferty IRIZAR oraz wszystkie podmiotowe środki dowodowe złożone przez IRIZAR na wezwanie wystosowane do niego w trybie art. 126 ust. 2 Pzp); - odrzucić ofertę złożoną przez IRIZAR ze względów wskazanych w odwołaniu bez dokonywania dalszych wezwań do uzupełnienia czy wyjaśnienia, ewentualnie w dalszej kolejności, w razie uznania przez Izbę, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty IRIZAR na obecnym etapie, nakazanie co najmniej wezwania IRIZAR do uzupełnienia referencji lub do złożenia innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie referencyjnych dostaw; dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z pominięciem oferty IRIZAR.

W dniu 29 listopada 2024 r. wykonawca Busnex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący Busnex", wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 4495/24), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Irizar oraz oferty Solaris, pomimo podania w formularzu ofertowym liczby roboczogodzin obsługowych dla jednego pojazdu zamiast wymaganej w formularzu ofertowym sumarycznej liczby roboczogodzin;

2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez:

a) nieprawidłowe obliczenie punktacji należnej poszczególnym ofertom i w konsekwencji zaniżenie punktacji przyznanej ofercie Odwołującego w kryterium „Sumaryczna liczba roboczogodzin w okresie 10 lat";

b) zaniżenie punktacji przyznanej ofercie Odwołującego w kryterium „Liczba miejsc pasażerskich";

3) art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Irizar, pomimo że nie została prawidłowo zabezpieczona wadium;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Irizar, pomimo że wykonawca podlega wykluczeniu w związku z podaniem – odnośnie autobusów oferowanych w Zadaniu I – zaniżonej (nieprawdziwej) wartości minimalnego bezpiecznego poziomu rozładowania baterii trakcyjnej celem uzyskania podwyższonej punktacji w kryterium oceny ofert „Zasięg";

5) art. 18 ust. 1-3 Pzp przez odmowę udostępnienia Odwołującemu złożonych w postępowaniu przez Irizar oferty wraz z załącznikami oraz innych dokumentów, w szczególności dokumentów rejestrowych, pełnomocnictwa oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu – jako stanowiących rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa Irizar.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu I; odrzucenia oferty Irizar i oferty Solaris w Zadaniu I; ponownej oceny ofert i prawidłowego przeliczenia/przyznania punktacji poszczególnym ofertom w Zadaniu I, w tym prawidłowego przyznania punktów ofercie Odwołującego w kryteriach „Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat" oraz „Liczba miejsc pasażerskich"; odtajnienia złożonych w postępowaniu przez Irizar: oferty z załącznikami i pozostałych dokumentów składanych w ramach korespondencji z Zamawiającym, w szczególności dokumentów rejestrowych, pełnomocnictwa oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Solaris przystąpił w sprawie o sygn. akt KIO 4491/24 wykonawca Busnex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Do postępowań odwoławczych w sprawie o sygn. akt KIO 4491/24 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 4495/24 po stronie Zamawiającego przystąpiła Spółka "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii, dal „Przystępujący".

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 4495/24 po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedle.

Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2024 r. oświadczył, że w całości uwzględnia oba odwołania.

Przystępujący Solaris, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego przez wykonawcę Busnex, na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia ww. odwołania w części, tj. w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 2.1) i 2.2) odwołania.

Przystępujący Irizar wobec uwzględnienia przez Zamawiającego obu odwołań, na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy Pzp wniósł sprzeciw wobec powyższego uwzględnienia odwołań przez Zamawiającego w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż oba odwołania w zakresie rozpoznawanych zarzutów podlegają uwzględnieniu w części.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: protokół postępowania, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, oferty wykonawców, wezwania i uzupełnienia składane przez wykonawców w toku postępowania, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 grudnia 2024 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Izba postanowiła włączyć w poczet materiału dowodowego wyliczenia złożone przez Odwołującego Busnex oraz nie udostępniać ich przystępującym, gdyż zostały zastrzeżone przez Odwołującego Busnex jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ uznała, że byłoby to nieuprawnione skoro zawierają informacje dotyczące danych zastrzeżonych skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa w treści oferty Odwołującego Busnex. Izba uznała, że w tych okolicznościach jest to dowód składany na okoliczność uprawdopodobnienia zaniżenie punktacji przyznanej ofercie Odwołującego Busnex w kryterium „Sumaryczna liczba roboczogodzin w okresie 10 lat".

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego Irizar o odrzucenie: odwołania wykonawcy Solaris w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą, tj. zarzutu nr 4 oraz odwołania wykonawcy Busnex w zakresie

zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą, tj. zarzutu nr 5. Zdaniem Przystępującego Irizar zarzuty odnoszące się do nieodtajnionych dokumentów w treści oferty Przystępującego Irizar należy uznać za spóźnione. Przystępujący Irizar podnosił, że zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Od tego momentu zatem wykonawcy mają możliwość powziąć informacje o zakresie utajnień w ofertach konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z informacjami pozyskanymi od Zamawiającego, funkcjonalności platformy zakupowej pozwalają na automatyczne udostępnienie innym wykonawcom jawnych części oferty. Tym samym wykonawcy mieli wgląd do ofert konkurencji w zakresie w jakim oferty były jawne niemalże od otwarcia ofert.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odnosząc się do zgłoszonego wniosku, Izba wskazuje, iż z dokumentów zamówienia nie wynika, że Zamawiający zakończył proces badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego Irizar w dniu otwarcia ofert lub w dniu pozyskania przez Odwołującego Solaris części jawnej oferty Irizar. Jednocześnie z akt sprawy wynika, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 19 listopada 2024 r.

Wskazać należy, że ustawodawca nie uregulował w ustawie Pzp konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności. Z uwagi jednak na treść art. 74 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zasadą jest, iż o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle powyższego wniosek Przystępującego Irizar o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Dalej, Izba stwierdziła, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 4495/24 co do zarzutuwskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania, dotyczącego podania przez Irizar nieprawdziwych informacji w zakresie minimalnego bezpiecznego poziomu rozładowania baterii, podlega umorzeniu, wobec wycofania na posiedzeniu przez Odwołującego Busnex wyżej wskazanego zarzutu.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołania w pozostałym zakresie podlegały uwzględnieniu w części.

Sygn. akt KIO 4491/24

Izba uznała, że zasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Irizar jako niezgodnej z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Stosownie do art. 61 ust. 1 Pzp komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W art. 63 ust. 1 Pzp wskazano, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej.

Pojęcie formy elektronicznej zostało zdefiniowane w art. 78^1 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Przez podpis elektroniczny, stosownie do art. 3 pkt 10 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73 z

późn. zm.), dalej „rozporządzenie eIDAS”, rozumieć należy dane w postaci elektronicznej, które są dołączone lub logicznie powiązane z innymi danymi w postaci elektronicznej, i które użyte są przez podpisującego jako podpis.

Stosownie do art. 3 pkt 22 rozporządzenia eIDAS urządzenie do składania podpisu elektronicznego oznacza skonfigurowane oprogramowanie lub skonfigurowany sprzęt, które wykorzystuje się do składania podpisu elektronicznego.

Przepisy rozporządzenia eIDAS przewidują różne postaci podpisu elektronicznego. Zgodnie z art. 3 pkt 11 eIDAS zaawansowany podpis elektroniczny oznacza podpis elektroniczny, który spełnia wymogi określone w art. 26. Jak stanowi art. 26 ust. 1 eIDAS zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi:

a) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu;

b) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego;

c) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą; oraz

d) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

Natomiast kwalifikowany podpis elektroniczny, stosownie do art. 3 pkt 12 eIDAS oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

Stosownie do art. 3 pkt 23 rozporządzenia eIDAS ,,kwalifikowane urządzenie do składania podpisu elektronicznego" oznacza urządzenie do składania podpisu elektronicznego, które spełnia wymogi określone w załączniku II.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 rozporządzenia eIDAS, kwalifikowane urządzenia do składania podpisu elektronicznego muszą spełniać wymogi określone w załączniku II.

Jak stanowi Załącznik II. WYMOGI DLA KWALIFIKOWANYCH URZĄDZEŃ DO SKŁADANIA POD ELEKTRONICZNEGO

1.Kwalifikowane urządzenia do składania podpisu elektronicznego zapewniają dzięki właściwym środkom technicznym i proceduralnym co najmniej:

a) zagwarantowanie w racjonalny sposób poufności danych służących do składania podpisu elektronicznego użytych do złożenia podpisu elektronicznego;

b) w praktyce tylko jednorazowe wystąpienie danych służących do składania podpisu elektronicznego użytych do złożenia podpisu elektronicznego;

c) uniemożliwienie, z racjonalną dozą pewności, pozyskania danych służących do składania podpisu elektronicznego użytych do złożenia podpisu elektronicznego oraz skuteczną ochronę podpisu elektronicznego przed sfałszowaniem za pomocą aktualnie dostępnych technologii;

d) możliwość skutecznej ochrony, przez osobę uprawnioną do składania podpisu, danych służących do składania podpisu elektronicznego użytych do złożenia podpisu elektronicznego, przed użyciem ich przez innych.

2.Kwalifikowane urządzenia do składania podpisu elektronicznego nie zmieniają danych, które mają być podpisane, ani nie uniemożliwiają przedstawienia tych danych podpisującemu przed złożeniem podpisu.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 i 2 rozporządzenia eIDAS 1. Proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że:

a) certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I;

b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu;

c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej;

d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej;

e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej;

f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego;

g) integralność podpisanych danych nie została naruszona;

h) wymogi przewidziane w art. 26 zostały spełnione w momencie składania podpisu.

W przypadku gdy walidacja kwalifikowanych podpisów elektronicznych jest zgodna z normami, specyfikacjami i procedurami, o których mowa w ust. 3, domniemywa się zgodność z wymogami określonymi w akapicie pierwszym niniejszego ustępu.

2. System wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewnia stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z

bezpieczeństwem.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 9 pkt I ppkt 1) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", *Wykonawca musi złożyć w terminie określonym przez Zamawiającego w Rozdziale 15 wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym formularz ofertowy o treści zgodnej z wzorem określonym w załączniku nr 1 do niniejszej SWZ (PAdES). W przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wypełniając formularz ofertowy w miejscu „nazwa i adres Wykonawcy" należy wpisać członków konsorcjum wraz ze wskazaniem lidera (pełnomocnika).*

Stosownie do Rozdziału 10 pkt 2 SWZ,*Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zgodnie z art. 61 ustawy, za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej (dalej: „Platforma") pod adresem: https://platforma.eb2b.com.pl lub https://mza.eb2b.com.pl, która spełnia wymagania opisane w art. 64 ustawy.*

Jak stanowi Rozdział 10 pkt 11 SWZ,*Zalecenia zamawiającego odnośnie kwalifikowanego podpisu elektronicznego:*

1)dla dokumentów w formacie .pdf zaleca się zastosowanie podpisu w formacie PAdES,

2)dla dokumentów w formacie innym niż .pdf zaleca się zastosowanie podpisu wewnętrznego w formacie XAdES.

Zgodnie z Rozdziałem 14 pkt 3 SWZ,*Oferta wraz ze wszystkimi załącznikami musi być sporządzona w języku polskim (zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy) oraz podpisana przez osobę/osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy, z zachowaniem formy elektronicznej pod rygorem nieważności i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zalecenia Zamawiającego odnośnie kwalifikowanego podpisu elektronicznego:*

a)dla dokumentów w formacie .pdf zaleca się zastosowanie podpisu w formacie PAdES,

b)dla dokumentów w formacie innym niż .pdf zaleca się zastosowanie podpisu wewnętrznego w formacie XAdES.

Dalej, Izba ustaliła, że oferta Irizar oraz załączone do niej dokumenty zostały podpisane podpisem elektronicznym przez pana I.E.. Nie było sporne, że Irizar przesłał Zamawiającemu ofertę w postaci elektronicznej. Nie było również sporne, że ofertę Irizar opatrzono podpisem elektronicznym. Podpis ten został złożony 22.10.2024 r. g. 10:06:36. i został wydany przez Herritar eta Erakundeen CA- CA de Ciudadanos i Entidades (numer IDC 72464313F).

Odwołujący Solaris podnosił, że podpis ten nie został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego, a tym samym nie można go uznać za kwalifikowany podpis elektroniczny.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego należy się zgodzić.

W świetle art. 3 pkt. 12 rozporządzenia eIDAS w celu uznania podpisu elektronicznego za kwalifikowany podpis elektroniczny muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: posiadanie kwalifikowanego certyfikatu oraz złożenie podpisu za pomocą kwalifikowanego urządzenia, o którym mowa w art. 3 pkt. 22 i 23 oraz art. 29 i art. 30 ust. 1 rozporządzenia eIDAS (w świetle rozporządzenia eIDAS jest to skonfigurowane oprogramowanie lub skonfigurowany sprzęt, który wykorzystuje się do składania podpisu elektronicznego, który spełnia wymogi określone w załączniku II Rozporządzenia eIDAS). Brak spełnienia jednej z powyższych przesłanek prowadzi do niemożności uznania podpisu za kwalifikowany podpis elektroniczny.

W świetle powyższego, stosując wymogi określone przez rozporządzenie eIDAS w stosunku do podpisu p. I.E. na formularzu oferty i jej załącznikach oraz biorąc pod uwagę właściwości wynikające z opisu właściwości pliku o rozszerzeniu PDF oraz weryfikację przeprowadzoną za pomocą różnych programów przez Odwołującego należy wskazać, co następuje.

Podpis złożony przez p. I.E. na formularzu oferty i jej załącznikach nie może zostać uznany za kwalifikowany podpis elektroniczny w świetle art. 3 pkt 12 rozporządzenia eIDAS. Niekwestionowane było, że zastosowany przez p. I.E. podpis elektroniczny został opatrzony kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego wydanym przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania, natomiast niewątpliwie podpis nie został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego, na co wskazują właściwości pliku PDF, które nie zawierające informacji o zastosowaniu QSCD przy podpisaniu pliku. W szczegółach podpisu jest tylko mowa, że jest to podpis elektroniczny, co jest bezsporne; brakuje natomiast informacji, że jest to kwalifikowany podpis elektroniczny zgodny z przepisem UE 910/2014. We właściwościach pliku PDF nie ma też informacji, że klucz prywatny związany jest z tym certyfikatem przechowywany jest w urządzeniu QSCD (Qualified Signature Creation Devices).

Powyższe potwierdziła dodatkowa weryfikacja w kilku programach do walidacji podpisu. Po pierwsze, z raportu z weryfikacji przeprowadzonej za pomocą Systemu Informacyjnego Skarbowo-Celnego (PUESC) wynika, że podpis elektroniczny nie został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu (QSCD). Po drugie, z raportu z weryfikacji przeprowadzonej za pomocą proCertum SmartSign wynika, że certyfikat użyty do podpisu nie jest wydany przez kwalifikowany punkt dystrybucji (oznacza to, że podpis ten nie został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego), zaś wynik weryfikacji brzmi: „Błędnie zweryfikowany". Po trzecie, skoro Przystępujący Irizar podważał walidacje (dowody) Odwołującego Solaris to winien przedłożyć inną walidację, która

potwierdziłaby, że podpis elektroniczny na formularzu oferty i załącznikach do niej wykonawcy Irizar został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu. Izba nie znalazła obiektywnych przeszkód, aby nie można było złożyć dowodu przeciwnego dowodom Odwołującego Solaris. Zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność takiego podpisu. Przystępujący Irizar winien zatem dysponować danymi, z których by wynikało, że proces walidacji złożonego pod formularzem oferty podpisu, potwierdził prawidłowość dokonania tej czynności. Tym bardziej, iż do zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego wykonawcy Irizar zostało załączone pełnomocnictwo podpisane przez Etxeberria Agirre Iñigo (Firma), opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wraz z pozytywnym raportem kwalifikowanej walidacji dokumentu podpisanego elektronicznie, gdzie znajduje się adnotacja, że *Niniejszy raport, zgodnie z prawem Unii Europejskiej, stanowi prawny dowód z walidacji i potwierdza ważność lub nieważność kwalifikowanych podpisów oraz pieczęci elektronicznych*. Skoro, do zgłoszenia przystąpienia wykonawca Irizar mógł załączył dowód z walidacji podpisu, nic nie stało na przeszkodzie, by podobny dowód został przedłożony w toku postępowania odwoławczego.

Równocześnie, Izba uznała, że oświadczenie wystawcy certyfikatu, załączone do pisma procesowego Przystępującego Irizar nie może stanowić dowodu potwierdzającego, że złożony podpis jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Powyższe oświadczenie może być potraktowane przez Izbę jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Przystępującego Irizar. Jako dokument prywatny oraz zawierający subiektywną wykładnię, przygotowaną na potrzeby konkretnego wykonawcy, stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń.

Ponieważ oferta nie została w sposób prawidłowy podpisana, co naruszało formę elektroniczną zastrzeżoną pod rygorem nieważności, a przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają uzupełnienia podpisu, co równoznaczne byłoby ze złożeniem oświadczenia po terminie składania ofert, ofertę należy odrzucić, jako niezgodną z ustawą, która określa warunki ważności oferty sporządzonej elektronicznie i wnoszonej drogą elektroniczną. Wykonawca nie złożył oferty w formie elektronicznej wymaganej pod rygorem nieważności dla oferty na mocy art. 63 ust. 1 ustawy Pzp, składając ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej zaawansowanym podpisem elektronicznymi.

Należy podkreślić, że ścisłe przestrzegane przepisów ustawy nie jest wyrazem biurokratyzmu, ale ma na celu zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przepisy ustawy Pzp w sposób bezwzględnie obowiązujący zastrzegły dla ofert i innych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne formę elektroniczną.

W konsekwencji uchybienie wymogowi opatrzenia w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oferty, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, powoduje, że oferta jest nieważna; nie jest to bowiem oświadczenie złożone w formie elektronicznej zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Tym samym oferta taka misi zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako niezgodna z przepisami ustawy.

Równocześnie, Zamawiający w sposób jednoznaczny i czytelny w rozdziale 9 pkt I ppkt 1 SWZ wskazał, że wykonawca musi złożyć w terminie określonym przez Zamawiającego w Rozdziale 15 wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym formularz ofertowy o treści zgodnej z wzorem określonym w załączniku nr 1 do niniejszej SWZ (PAdES).

Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Przystępującego Irizar, że wymaganie stosowania przez wykonawców posługiwania się kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest sprzeczne z wymogami art. 40 ust. 6 dyrektywy 2014/25/UE, albowiem przepis ten dopuszcza wymaganie przez podmioty zamawiające posługiwania się przez wykonawców zaawansowanym podpisem elektronicznym, opartym na kwalifikowanym certyfikacie, który jest umieszczony na zaufanej liście, bez możliwości kreowania przez podmioty zamawiające dodatkowych wymogów dotyczących formy podpisu elektronicznego (takich jak wymóg posłużenia się kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

Zauważenia wymaga, że przepis art. 40 dyrektywy 2014/25/UE ma charakter normy minimalnej, to znaczy że państwa członkowskie zobowiązane są zapewnić komunikację elektroniczną co najmniej w zakresie określonym w art. 40, przy czym możliwe jest (i pożądane z punktu widzenia rozwoju komunikacji elektronicznej i różnych form przekazywania informacji za pomocą środków porozumiewania się na odległość, platform internetowych itd.), aby państwa członkowskie wdrażały formy elektronicznych zamówień publicznych w zakresie szerszym, niż wynika to z art. 40 ww. dyrektywy (vide Pawelec J., Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/ UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Komentarz, Warszawa, 2017).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uwzględniła zarzut zaniechania odrzucenia oferty Irizar jako niezgodnej z przepisami ustawy.

Izba uznała, że zasadny jest również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Irizar z uwagi na wniesienie przez wykonawcę gwarancji wadialnej w sposób nieprawidłowy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

Jak stanowi art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) gwarancjach bankowych; 3) gwarancjach ubezpieczeniowych; 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2024 r. poz. 419).

Zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej; 2) wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Stosownie do art. 134 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera również wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 11 SWZ, każdy z wykonawców zobowiązany został do wniesienia wadium w wysokości: a. dla Zadania I: 1.000.000,00 złotych (słownie: milion złotych); b. dla Zadania II: 2.000.000,00 złotych (słownie: dwa miliony złotych).

W odniesieniu do wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej Zamawiający zastrzegł w pkt 6 Rozdziału 11 SWZ, że *gwarancja bankowa bądź ubezpieczeniowa musi obejmować cały okres związania ofertą, a beneficjentem takich dokumentów muszą być Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., 01-710 Warszawa, ul. Włościańska 52. Poręczenia lub gwarancje muszą zawierać w swojej treści zobowiązania zgodne z art. 98 ust 6 ustawy.*

Wykonawca Irizar przedłożył gwarancję przetargową wystawioną przez ABANCA CORPORACION BANCAR S.A. nr 0589AVE000871 z dnia 16 października 2024 r., gdzie w pierwszej części dokumentu wskazał jako beneficjenta Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. ul. Wloscianska 52, 01-710 Warszawa.

Następnie wskazano, że *Zostaliśmy poinformowani, że IRIZAR E-MOBILITY, S.L. (zwana dalej „Zamawiajacym”) odpowiadajac na Panstwa zapytanie ofertowe nr 64/NT/AB/23 na dostawę 50 sztuk autobusów IEBUS 18 m i 30 sztuk autobusów IEBUS 12 m, złożyła Państwu swoją ofertę.(…)*

Na żądanie Zamawiającego, ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A. niniejszym nieodwołalnie zobowiązuje się zapłaty kwoty lub kwot nieprzekraczających łącznie kwoty trzech milionów złotych 00/100 (3.000.000 PLN)

Po otrzymaniu przez nas pierwszego pisemnego żądania i pisemnego oświadczenia stwierdzającego:

i) że Zleceniodawca narusza swoje zobowiązania wynikające z warunków przetargu; oraz

ii) w jakim zakresie Zleceniodawca dopuścił się naruszenia.(…)

Niniejsza gwarancja podlega Jednolitym zasadom dotyczącym gwarancji na żądanie, publikacja ICC nr 758.(pisownia oryginalna).

Odwołujący Solaris podnosił, że gwarancja zabezpieczająca ofertę IRIZAR nie pozwala Zamawiającemu na zaspokojenie jakichkolwiek jego roszczeń względem IRIZAR, związanych z okolicznościami enumeratywnie wskazanymi w art. 98 ust. 6 Pzp, nie identyfikuje też samego Zamawiającego, a co za tym idzie nie może być traktowana jako prawidłowo wniesione wadium.

Przystępujący Irizar podkreślał, że przedłożona gwarancja odnosi się do standardu URDG 758, co jego zdaniem ma kluczowe znaczenie dla sprawy. Wyjaśniał, że gwarancję należy w każdym przypadku interpretować w zgodzie z tym standardem, tak jakby jego postanowienia stanowiły załącznik do gwarancji. Dodatkowo przywoływał poszczególne artykuły ze standardu URDG 758 wskazując, że stosując reguły interpretacyjne, opierające się na językowej wykładni

gwarancji oraz URDG 758, który stanowi jej integralną część, załączona do oferty wykonawcy gwarancja jest prawidłowa.

Skład orzekający nie podzielił argumentacji prezentowanej przez Przystępującego Irizar.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Przystępującego Irizar, nie jest jasne czy gwarancja została wystawiona na rzecz Zamawiającego. Gwarancja w swojej treści posługuje się trzema pojęciami odnoszącymi się podmiotu uprawnionego do zaspokojenia się z gwarancji. Rzeczywiście w komparycji gwarancji jako beneficjenta wskazano Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. Natomiast w dalszej części to spółka IRIZAR E-MOBILITY, S.L. zwana jes Zamawiającym (*IRIZAR E-MOBILITY, S.L. (zwana dalej „Zamawiajacym")*. Z treści gwarancji wynika więc, że gwarant zobowiązał się do wypłaty wadium na żądanie IRIZAR, czyli przez „Zamawiającego" nie należy rozumieć Zamawiającego – Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. w Warszawie, ale samego wykonawcę – IRIZAR E-MOBILITY, S.L. Taki postanowienie przeczy istocie samego wadium, a co za tym idzie przedłożona gwarancja nie może być traktowana jako wadium zabezpieczające ofertę IRIZAR w postępowaniu.

Po drugie, z treści gwarancji nie wynika w jakich konkretnych przypadkach Zamawiający mógłby dochodzić zaspokojenia z gwarancji. Przystępujący podkreślał, że treść standardu URDG 758 stanowi integralną cześć gwarancji i wskazuje sposób dokonywania jej wykładni. Niemniej bezsporne między stronami było, że treść standardu URDG 758 nie została załączona do gwarancji, została przedłożona dopiero wraz ze stanowiskiem pisemnym Przystępującego Irizar w toku postępowania odwoławczego.

Dokumenty wadialne muszą dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta lub poręczyciela powstaje obowiązek zapłaty. Izba podziela pogląd, że nie ma przy tym konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Pzp, dopuszczalne jest odesłanie do ich numerów, ale również możliwe jest odwołanie się do odpowiedniego fragmentu SWZ, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium. Odesłanie to musi mieć jednak charakter jasny, czytelny i niebudzący wątpliwości.

Obowiązek wskazania w treści dokumentów wadialnych wszystkich przesłanek zatrzymania wadium znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie KIO i wywodzony jest z samodzielnego i abstrakcyjnego (wobec zobowiązania podstawowego) charakteru gwarancji wadialnych. Izba podkreśla, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego i od niego niezależnym, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Jakiekolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe.

Skład orzekający podziela pogląd prezentowany w wyroku z dnia 31 marca 2023 r. sygn. akt KIO 728/23, gdzie wskazano, że w przypadku gwarancji, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretne określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium. Owszem zgodzić można się, że treść gwarancji nie musi być wiernym odwzorowaniem przepisów ustawy, niemniej musi wyraźnie z niej wynikać, że swym zakresem obejmuje wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp.

Zatem, wszelkie przesłanki nakazujące zamawiającemu zatrzymywanie wadium muszą być wykładane ściśle i nie mogą być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej. Nie mogą też być wyinterpretowane z dokumentów, które nie były załączone do gwarancji wraz z ofertą. Przystępujący Irizar w swoim stanowisku wielokrotnie powtarzał, że przedłożona gwarancja w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego. Niemniej wniosek taki wysnuwał ze standardu URDH 758, którego treść w dniu otwarcia ofert nie była znana Zamawiającemu.

Równocześnie Irizar podkreślał, że gwarancja jasno i precyzyjnie wskazuje, że dotyczy przedmiotowego postepowania. Faktycznie w treści gwarancji znajduje się odesłanie do numeru postępowania, tj. 64/NT/AB/23, tyle że nazwa postępowania jest błędna (w treści gwarancji wskazano dostawę 50 sztuk autobusów IEBUS 18 m i 30 sztuk autobusów IEBUS 12 m). Dodatkowo postępowanie to określone jest jako zapytanie ofertowe, podczas gdy niniejsze

postepowanie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Przystępujący Irizar twierdził także, że kluczowe znaczenie ma fakt, że jedynym warunkiem dla skuteczności roszczenia gwarancyjnego oświadczenia stwierdzającego, *i) że Zleceniodawca narusza swoje zobowiązania wynikające z warunków przetargu; oraz ii) w jakim zakresie Zleceniodawca dopuścił się naruszenia.* Niemniej w treści samej gwarancji próżno szukać definicji Zleceniodawcy. Jak przyznał sam Irizar, nie ma takiej potrzeby, skoro standard URDG 758 ją podaje. Jednak, jak zostało już wskazane, treść standardu URDG 758 nie była znana Zamawiającemu w dniu otwarcia ofert. Nie sposób też przesądzić czy sformułowanie „warunki przetargu" odnosi się do przedmiotowego postępowania, czy być może do zapytania ofertowego na dostawę 50 sztuk autobusów IEBUS 18 m i 30 sztuk autobusów IEBUS 12 m. Reasumując, treść gwarancji nie pozostaje w jakimkolwiek związku z regulacją art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, odwołując się do bliżej nieokreślonych przypadków naruszenia „zobowiązań wynikających z warunków przetargu".

W ocenie Izby, zadaniem Przystępującego Irizar, było przedłożenie przed upływem terminu składania ofert skutecznej, zarówno w zakresie formy, jak i treści, gwarancji. Przystępujący Irizr złożył gwarancję, która nie pozwala Zamawiającemu na zaspokojenie jego roszczeń względem wykonawcy. Uchybienie Irizar nie może być sanowane poprzez złożenie–oświadczenia gwaranta czy też dokonanie rozszerzającej wykładni postanowień gwarancji na podstawie treści standardów nieznanych Zamawiającemu, z uwagi na abstrakcyjny charakter zobowiązania gwaranta.

W konsekwencji wadium wniesione przez Przystępującego Irizar w formie gwarancji o treści takiej jak w przedmiotowym postępowaniu, jako niedające pewności zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego jest wadium nieskutecznym, a zatem wniesionym w sposób nieprawidłowy, co skutkować winno odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Dlatego też powyższy zarzut podlegał uwzględnieniu przez Izbę.

Izba oddaliła zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Irizar jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia w wykonaniu dostaw autobusów miejskich o określonej wartości, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania do uzupełnienia referencji, o ile takie wezwanie nie zostało jeszcze wystosowane.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Jak stanowi art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 8 SWZ (pkt I ppkt 4), odnośnie zdolności technicznych niezbędnych do wykonania zamówienia Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu:

Zadanie I Warunek ten zostanie spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że:

a)wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienia polegające na dostawie lub dostawach autobusów miejskich elektrycznych[1] o łącznej wartości netto (bez podatku VAT): co najmniej 70.000.000,00 (słownie: siedemdziesiąt milionów) złotych.

Zadanie II Warunek ten zostanie spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że:

b)wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienia polegające na dostawie lub dostawach autobusów miejskich elektrycznych o łącznej wartości netto (bez podatku VAT): co najmniej 100.000.000,00 (słownie: sto milionów) złotych.

W celu potwierdzenia powyższego warunku Zmawiający wymagał złożenia na jego wezwanie przez wykonawcę najwyżej ocenionego, *wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, spełniającego warunek, o którym mowa w Rozdziale 8 pkt I. 2. 4). a), wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat*

wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy,

Wykaz należy sporządzić zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ.

Wykonawca składając ofertę łącznie na zadanie I i zadanie II musi wykazać, że spełnił powyższy warunek łącznie. W takim przypadku Zamawiający dopuszcza złożenie jednego wykazu zawierającego wykaz dostaw dla obydwu zadań.

Izba ustaliła, że wykonawca Irizar złożył Wykaz dostaw wraz z referencjami jako załącznik do oferty.

Pismem z dnia 8 listopada 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 wezwał wykonawcę Irizar do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu dostaw sporządzonego wg wzoru z Załącznika nr 7 do SWZ oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie.

Pismem z dnia 18 listopada 2024 Irizar przesłał dokumenty wymagane przez Zamawiającego.

Odwołujący Solaris wskazał, powołując się na wykaz dostaw wraz z referencjami załączonymi do oferty, że z referencji (za wyjątkiem dostawy wykonanej dla MPK w Krakowie)nie wynika fakt wykonania dostaw opisanych w wykazie w sposób należyty. Odwołujący Solaris podnosił, że dokumenty te zawierają jedynie podstawowe informacje o zrealizowanej umowie dostawy, takie jak jej przedmiot, liczba i wartość dostarczonych autobusów oraz moment zakończenia umowy. Wystawcy referencji nie zawarli w nich żadnej oceny co do jakości wykonanych dostaw, co z kolei jest niezbędne w świetle ustawy Pzp oraz wymagań zawartych w SWZ dla uznania, iż warunek doświadczenia został spełniony.

Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny. Sama okoliczność, że Odwołujący Solaris nie otrzymał dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa nie oznacza, że nie zostały one złożone lub, że nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przedłożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 listopada 2024 r. referencje potwierdzają należyte wykonania dostaw.

Izba oddaliła również zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu Solaris dokumentów złożonych przez Irizar w postępowaniu.

Izba ustaliła, że termin składania ofert w postępowaniu przypadał na dzień 22 października 2024 r. Wykonawca Irizar składając ofertę zastrzegł część dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do oferty Irizar nie zostało załączone uzasadnienie zastrzeżenia. Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2024 r. wskazał, że *zgodnie z art. 18 ust 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Państwo dokonaliście zastrzeżenia dokumentów tylko i wyłącznie poprzez platformę zakupowej eb2b, natomiast nie otrzymaliśmy od Państwa stosownych wyjaśnień, wykazujących iż dokumenty zastrzeżone na platformie zakupowej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. Zamawiający wzywa do uzupełnienia powyższych dokumentów.*

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Irizar przesłał pismo z dnia 18 listopada 2024 r. zatytułowane „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa". Z ww. pisma wynika, że wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących załącznikach złożonych wraz z ofertą:• General dimensions; • 18m technical; • 12m technical; • Administrative documents; • Zalacznik_nr_1.8.2_do_swz_signed; • Zalacznik_nr_1.7.2_do_swz_signed; • Załącznik nr 1.8.1 do SWZ_signed; • Załącznik nr 1.7.1 do SWZ_signed; • Seat roof layout; • Homologation; • ESORT; • Declaration; • Charging points; • Bank guarantee; • Aftersales.

Odwołujący Solaris podnosił, że czynności jakie podejmował Irizar w odniesieniu do dokumentów załączonych do oferty w celu objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa są spóźnione i nie mogą zostać uznane za prawidłowe.

Izba podziela powyższe stanowisko Odwołującego Solaris, niemniej ze względów formalnych zarzut został oddalony.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności

postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp), a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy podkreślić, że ustawodawca jednoznacznie w ustawie Pzp określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również na wykazanie, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie przekazania takich informacji. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Spóźniona próba wykazania będzie uznana za bezskuteczną, ponieważ aktualne brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia 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 art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Nie można więc na późniejszym etapie postępowania zastrzegać jako niejawne, tj. stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje złożone wcześniej.

Niewykazanie wraz ze złożoną informacją zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa będzie równoznaczne ze stwierdzeniem, że określone informacje podlegają ujawnieniu. Prowadzone przez zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji powinno opierać się wyłącznie na analizie zasadności i skuteczności wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, brak bowiem w przepisach podstawy prawnej do uzupełnienia zastrzeżenia.

Dlatego też wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia przez Irizar uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było nieuprawnione. Należy zwrócić także uwagę, że zastrzeżenie odnosi się wyraźnie jednie do dokumentów załączonych do oferty enumeratywnie wymienionych przez IRIZAR w tym że zastrzeżeniu, wśród których IRIZAR nie wskazuje na podmiotowe środki dowodowe składane na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła jednak zarzut naruszenia art. 128 ust. 2 i art. 16 Pzp oraz art. 18 ust. 3 Pzp (w zw. art. 18 z ust. 1 i 2 Pzp art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Izba uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Irizar na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 14 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie składu orzekającego, przy tak sformułowanym rozstrzygnięciu, jednoczesne nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Przystępującego Irizar dokumentów byłoby bezprzedmiotowe. Skoro bowiem Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty Przystępującego Irizar w związku z tym, że jest niezgodna z przepisami ustawy oraz wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, nieuprawnione w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp byłoby ujawnianie dokumentów. Cel odwołania został bowiem osiągnięty - ofertę Przystępującego Irizar wyeliminowano. Wobec czego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów, nie mógł zostać uwzględniony jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.

Sygn. akt KIO 4495/24

Izba oddaliła zarzut Odwołującego Busnex zaniechania odrzucenia oferty Irizar oraz oferty Solaris, pomimo podania w formularzu ofertowym liczby roboczogodzin obsługowych dla jednego pojazdu zamiast wymaganej w formularzu ofertowym sumarycznej liczby roboczogodzin. Odwołujący Busnex podnosił, że w formularzu ofertowym w zakresie „Sumarycznej liczby roboczogodzin" należało podać sumę wszystkich roboczogodzin deklarowanych dla całego przedmiotu oferty, a nie jedynie dla jednego autobusu. Natomiast wykonawcy Irizar i Solaris podali w swoich formularzach ofertowych liczby roboczogodzin w odniesieniu tylko do jednego autobusu, co stanowi niezgodność treści

ich ofert z wynikającym ze wzoru formularza ofertowego wymaganiem podania pełnej, sumarycznej liczby deklarowanych roboczogodzin dla przedmiotu danej oferty, i winno skutkować odrzuceniem ww. ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jedyną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Należy również podkreślić, że specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Zamawiający nie jest więc uprawniony w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w specyfikacji warunków zamówienia są mu potrzebne, a które nie. W efekcie zamawiający ma obowiązek weryfikować zgodność ofert z warunkami zamówienia pod kątem każdego wymagania, bez względu na to, czy po złożeniu ofert nadal uważa je za potrzebne, czy nie. Przeciwne działanie, tj. rezygnacja przez zamawiającego z określonych wymagań na etapie badania ofert, stanowi naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i tych, którzy mogliby zdecydować o wzięciu w nim udziału, gdyby wiedzieli, że spełnienie określonych wymogów nie będzie jednak weryfikowane. (vide wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1293/21).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem 18 SWZprzy ocenie ofert, Zamawiający będzie się kierował kryteriami przedstawionymi w tabeli, określającej równocześnie ich znaczenie.

Zadanie I. Autobusy HE

lp.	**opis kryterium**	**znaczenie kryterium** [pkt]
1.	Cena oferty	70
2.	Ekologia	19
	Zasięg w okresie 10lat lub 700.000km	*10*
	Trwałość baterii trakcyjnej w okresie od 11 roku do 15 roku eksploatacji	*5*
	Panele fotowoltaiczne	*2*

	Komfort termiczny	*2*
3.	Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat	7
4.	parametry techniczne	4
	liczba miejsc pasażerskich	*2*
	podatność do napraw powypadkowych	*1*
	wykonanie antykorozyjne nadwozia	*1*

Stosownie do pkt 1.3 Rozdziału 18 SWZ:

Kryterium Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat

Opis \ Rok	*Rok 1*	*Rok 2*	*Rok 3*	*…*	*Rok 10*	*Suma lat 1-10*
Sumaryczna liczba roboczogodzin						

Liczba roboczogodzin wymaganych dla czynności obsługowych - włącznie z obsługą zimową (OZ) i obsługą letnią (OL) w danym okresie.

Do sumarycznej liczby roboczogodzin WYKONAWCA poda katalog czynności obsługowych na każdy rok eksploatacji z wyszczególnieniem liczby roboczogodzin dla każdej operacji obsługowej oraz ilości tych operacji obsługowych.

Zamawiający dopuszcza wprowadzenie dodatkowych nie przewidzianych czynności określonych w powyżej w tabeli, do 2% w stosunku do podanej liczby roboczogodzin w każdym roku osobno.

W przypadku przekroczenia ww. 2% tolerancji różnicę kosztów ilości roboczogodzin pokryje WYKONAWCA zgodnie ze stawkami w obowiązującej umowie serwisowej.

Wszystkie czynności nieuwzględnione w katalogu czynności obsługowych będą podlegały refakturowaniu wraz z wszystkimi użytymi materiałami eksploatacyjnymi do tej czynności.

Jak stanowi pkt 2.13 opisu przedmiotu zamówienia, *Wykonawca, zobowiązany jest w celu potwierdzenia, że oferowany autobus spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, dostarczyć wraz z ofertą, osobno dla każdego typu autobusu: Oświadczenie Wykonawcy o deklarowanej liczbie roboczogodzin w okresie 10 lat tj. przedstawienia liczby roboczogodzin wymaganych dla czynności obsługowych - włącznie z obsługą zimową (OZ) i obsługą letnią (OL) w danym okresie. Do sumarycznej liczby roboczogodzin WYKONAWCA poda katalog czynności obsługowych na każdy rok eksploatacji z wyszczególnieniem liczby roboczogodzin dla każdej operacji obsługowej oraz ilości tych operacji obsługowych. Zamawiający dopuszcza wprowadzenie dodatkowych nie przewidzianych czynności określonych w powyżej w tabeli, do 2% w stosunku do podanej liczby roboczogodzin w każdym roku osobno. W przypadku przekroczenia ww. 2% tolerancji różnicę kosztów ilości roboczogodzin pokryje WYKONAWCA zgodnie ze stawkami w obowiązującej umowie serwisowej. Wszystkie czynności nieuwzględnione w katalogu czynności obsługowych będą podlegały refakturowaniu wraz z wszystkimi użytymi materiałami eksploatacyjnymi do tej czynności.*

Zgodnie z §4 ust. 4 pkt 4.6 wzoru umowy dostawy, *Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia następującej dokumentacji technicznej autobusu określonego w §1, opracowanej w języku polskim, która stanowi integralną część przedmiotu Umowy: Katalog norm czasowych, jeśli Wykonawca przewiduje stosowanie takiego katalogu. Katalog norm czasowych musi obejmować odpowiednio wszystkie czynności obsługowe i naprawcze przewidywane w instrukcji obsługi i naprawy, w tym zestawienie pracochłonności wykonania poszczególnych obsług technicznych, przebiegowych i czasowych, stanowiących całkowity cykl obsługowy autobusu, w roboczogodzinach (z wyłączeniem obsługi codziennej wykonywanej przez kierowcę – OC).*

Stosownie do §8 ust. 6 projektu umowy serwisowej, *WYKONAWCA w terminie 30 dni od podpisania Umowy zobowiązuje się przekazać ZAMAWIAJĄCEMU, zgodnego ze złożoną ofertą, wykaz wszystkich obsług technicznych, wraz z ich zakresem, czasochłonnością (ze wskazaniem kosztu roboczogodziny) oraz kosztem na okres 10 lat, podzielony na poszczególne lata. Szacowany łączny koszt posiadania autobusu, z pominięciem kosztu jego zakupu, w 10-letnim okresie eksploatacji wynosi ……. (wartość z oferty). Ewentualne zmiany w wykazie obsług, materiałów eksploatacyjnych, części zamiennych lub czasochłonności nie mogą spowodować zwiększenia łącznego kosztu obsługi pojazdu o więcej niż 20% szacowanej wyżej wartości w całym 10-letnim okresie, lub o więcej niż 10% w poszczególnych latach, zgodnie z wykazem stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej umowy. W przypadku gdy roczny lub całkowity łączny koszt posiadania*

autobusu przekroczy 120% wartości szacowanej, wszelkie koszty wykraczające poza tą wartość ponosi WYKONAWCA. Liczba roboczogodzin określona w wykazie może podlegać tolerancji w wysokości 2% rocznie. Tolerancja ta nie jest narastająca ani kumulacyjna; obliczana jest osobno dla każdego roku. W przypadku przekroczenia liczby roboczogodzin o więcej niż 2% w danym roku, ZAMAWIAJĄCY zastrzega sobie prawo do obciążenia WYKONAWCY za każd dodatkową roboczogodzinę według stawki określonej w umowie wraz z wszystkim kosztami niewymienionymi na wykazie. Niedopuszczalne jest wprowadzanie zmian w ww. wykazie, bez uprzedniego ich uzgodnienia i zaakceptowania przez ZAMAWIAJĄCEGO. Za opóźnienie w dostarczeniu ww. dokumentacji ZAMAWIAJĄCY naliczy karę umowną wysokości 1.000 zł za każdy dzień opóźnienia.

Powyższe postanowienia jasno wskazują, że sformułowanie „sumaryczność" należy odnosić do nałożonego na wykonawców obowiązku zsumowania liczby roboczogodzin wszystkich wymienionych przez nich czynności obsługowych dla pojazdu, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a nie jak twierdzi Odwołujący Busnex – do zsumowania liczy roboczogodzin dla oferowanych wszystkich autobusów (tj. dla 30 pojazdów).

Po pierwsze, należy wskazać, że wszystkie kryteria pozacenowe odnosiły się do jednego pojazdu. Po drugie, w tabeli wskazanej w pkt 1.3 Rozdziału 18 SWZ, powtórzonej w formularzu ofertowym, nie ma miejsca na przeliczenie godzin przez 30 sztuk (Zamawiający nie określił takiej formuły). Nie można też konieczności przemnożenia liczby roboczogodzin przez 30 sztuk pojazdów wywieść z opisu znajdującego się pod tabelą. Po trzecie, wykonawca był zobowiązany podać katalog czynności obsługowych na każdy rok eksploatacji z wyszczególnieniem liczby roboczogodzin dla każdej operacji obsługowej oraz liczby tych operacji obsługowych. Każdy z wykonawców taki katalog złożył i w każdym przypadku katalog ten dotyczy czynności obsługowych dla jednego pojazdu. Po czwarte, pkt 2.13 opisu przedmiotu zamówienia wymienia dokumenty, który wykonawca jest zobowiązany w celu potwierdzenia, że oferowany autobus spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, dostarczyć wraz z ofertą, osobno dla każdego typu autobusu. Po piąte §8 ust. 6 projektu umowy serwisowej odnosi pracochłonność czynności serwisowych do jednego pojazdu. Po szóste, §4 ust. 4 projektu umowy dostawy odwołuje się do katalogu norm czasowych obejmujących odpowiednio wszystkie czynności obsługowe i naprawcze jako element dokumentacji technicznej autobusu. Dodatkowo, Odwołujący Busnex nie przytoczył w treści odwołania żadnego konkretnego postanowienia dokumentacji postępowania, z którego wynikałby wymóg podania sumarycznej liczby roboczogodzin dla całego przedmiotu zamówienia (tj. dla 30 autobusów).

Dlatego też Izba uznała oddalając powyższy zarzut, że wykonawca Irizar oraz wykonawca Solaris prawidłowo wypełnili formularz ofertowy, tym samym ich oferty są zgodne z warunkami zamówienia w kwestionowanym zakresie i nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła zarzut nr 2 z *petitum* odwołania, tj. naruszenie art. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez nieprawidłowe obliczenie punktacji należnej poszczególnym ofertom i w konsekwencji zaniżenie punktacji przyznanej ofercie Odwołującego Busnex w kryterium „Sumaryczna liczba roboczogodzin w okresie 10 lat" oraz zaniżenie punktacji przyznanej ofercie Odwołującego Busnex w kryterium „Liczba miejsc pasażerskich".

W zakresie zarzutu zaniżenia punktacji przyznanej ofercie Odwołującego Busnex w kryterium „Sumaryczna liczba roboczogodzin w okresie 10 lat", jak już Izba wskazywała powyżej, sformułowanie „sumaryczność" należy odnosić do nałożonego na wykonawców obowiązku zsumowania liczby roboczogodzin wszystkich wymienionych przez nich czynności obsługowych dla jednego pojazdu, a nie wszystkich autobusów.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 18 SWZ przy ocenie ofert, Zamawiający będzie się kierował kryteriami przedstawionymi w tabeli, gdzie jednym z nich byłą *Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat.* W tabeli wskazanej w pkt 1.3 Rozdziału 18 SWZ, powtórzonej w formularzu ofertowym, należało wskazać *Sumaryczną liczbę roboczogodzin w okresie 10 lat*.

Jednocześnie według pkt 2.13 Załącznika nr 4 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał w celu potwierdzenia, że oferowany autobus spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, dostarczyć wraz z ofertą, osobno dla każdego typu autobusu: *oświadczenia Wykonawcy o deklarowanej liczbie roboczogodzin w okresie 10 lat tj. przedstawienia liczby roboczogodzin wymaganych dla czynności obsługowych - włącznie z obsługą zimową (OZ) i obsługą letnią (OL) w danym okresie. Do sumarycznej liczby roboczogodzin WYKONAWCA poda katalog czynności obsługowych na każdy rok eksploatacji z wyszczególnieniem liczby roboczogodzin dla każdej operacji obsługowej oraz ilości tych operacji obsługowych. Zamawiający dopuszcza wprowadzenie dodatkowych nie przewidzianych czynności określonych w powyżej w tabeli, do 2% w stosunku do podanej liczby roboczogodzin w każdym roku osobno. W przypadku przekroczenia ww. 2% tolerancji różnicę kosztów ilości roboczogodzin pokryje WYKONAWCA zgodnie ze stawkami w obowiązującej umowie serwisowej. Wszystkie czynności*

nieuwzględnione w katalogu czynności obsługowych będą podlegały refakturowaniu wraz z wszystkimi użytymi materiałami eksploatacyjnymi do tej czynności.

Izba ustaliła, że Przystępujący Irizar podał w formularzu ofertowym w zakresie Zadania I w kolumnie odnośnie *Sumarycznej liczbę roboczogodzin w okresie 10 lat* 160,16 roboczogodzin [rbh]. Dane w tym zakresie w ofertach wykonawcy Solaris oraz Odwołującego Busnex utajniono (dane te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Bezsporne było, że Odwołujący Busnex podał w swoim formularzu ofertowym sumaryczną liczbę roboczogodzin dla całego przedmiotu oferty (tj. dla 30 autobusów), podczas gdy wykonawca Solaris oraz Przystępujący Irizar podali liczbę roboczogodzin dla jednego autobusu.

Zgodzić się należy więc z Odwołującym Busnex, że nie może ostać się dokonane przez Zamawiającego porównanie i przyznanie punktów różnym wartościom godzinowym. Zamawiający przyjął bowiem do oceny punktowej sumaryczną liczbę godzin podaną przez Odwołującego Busnex dla całej oferty, natomiast w odniesieniu do ofert Irizar i Solaris liczbę przewidywaną dla jednego autobusu. Zamawiający porównał więc nieporównywalne wartości.

Dlatego też Zamawiający winien w ramach ponownej oceny i badania ofert ponownie przyznać punkty ofertom w ramach Zadania I w kryterium *Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat.* Możliwe jest bowiem ustalenie na podstawie złożonej przez Odwołującego Busnex oferty liczby roboczogodzin dla jednego autobusu. Zarówno sumaryczna liczba roboczogodzin dla całej floty pojazdów, jak i liczba roboczogodzin przypadająca na jeden pojazd zostały podane w ofercie Odwołującego Busnex, tj. w formularzu ofertowym oraz załączniku wymaganym w pkt 2.13 opisu przedmiotu zamówienia i w Rozdziale 18 SWZ - Katalog czynności obsługowych. W ww. dokumencie Odwołujący Busnex podał łączny czas pracy (w godzinach) dla czynności obsługowych koniecznych do wykonania na jednym pojeździe. Proste działanie matematyczne, tj. przemnożenie wskazanych godzin przewidywanych dla jednego autobusu przez liczbę 30 oferowanych pojazdów, daje liczbę roboczogodzin dla całej floty, która została podana przez Odwołującego Busnex w formularzu ofertowym.

Nie sposób zgodzić się z Przystępującym Irizar, że jedynie formularz ofertowy (a nie cała oferta) ma być wyłącznym źródłem danych na potrzeby obliczenia punktacji w kryterium liczby roboczogodzin. Biorąc pod uwagę, iż na ofertę składa się nie tylko formularz ofertowy, ale również inne dokumenty wymagane w SWZ, należy stwierdzić, iż z oferty Odwołującego Busnex wynikają wszystkie dane niezbędne do prawidłowego obliczenia punktacji w ramach kryterium *Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat*.

W odniesieniu do stanowiska Przystępującego Irizar, że Odwołujący Busnex nie postawił zarzutu zaniechania poprawienia jego oferty w zakresie kryterium *Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat*, należy wskazać, iż powyższe twierdzenie jest niezasadne. Z treści odwołania można wyczytać, że taki zarzut został *de facto* postawiony.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji.

Odwołujący podnosił, że w braku nakazania odrzucania ofert wykonawcy Solaris oraz Przystępującego Irizar, należy podnieść zarzut nieprawidłowego przyznania punktów w ramach kryterium *Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat* wynikającego załączonego do pisma Zamawiającego z 19 listopada 2024 r. Wskazywał, że w tym zakresie można np. poprawić oferty w oparciu o załączone do nich wykazy/katalogi czynności obsługowych lub wystarczające jest wyjaśnienie i ustalenie rzeczywistego charakteru podawanych w formularzach ofertowych liczb roboczogodzin w oparciu o ww. załączniki.

W związku z powyższym Izba uwzględniła powyższy zarzut i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne przyznanie punktów pozostałym ofertom w kryterium *Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat.*

Odnosząc się do zarzutu zaniżenia punktacji przyznanej ofercie Odwołującego Busnex w kryterium „Liczba miejsc pasażerskich", Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 1.4.1 Rozdziału 18 SWZ Zamawiający ustanowił kryterium „liczba miejsc pasażerskich" *Ocenie podlega podana w ofercie liczba miejsc pasażerskich, siedzących i stojących ogółem. Oferta z minimalną wymaganą liczbą miejsc pasażerskich (MP), to jest 70, otrzyma 0 punktów, Oferty z pośrednią ilością miejsc pasażerskich (MPBAD), otrzymają liczbę punktów obliczoną proporcjonalnie. Za każde dodatkowe miejsce pasażerskie w przedziale 70 - 90 oferta otrzyma obliczona liczbę punktów (PBAD) z zależności.*

Oferta z liczbą miejsc pasażerskich 90 lub większą, otrzyma maksymalną liczbę punktów za to kryterium, to jest 2 punkty.

Stosownie do formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) należało podać*Liczbę miejsc pasażerskich stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ ……...*

Jak stanowi zał. nr 1.1 do SWZ rozdział III tabela pkt 1*minimalna liczba miejsc pasażerskich: siedzących i stojących ogółem 70.*

Zgodnie z załącznikiem nr 1.7.1 do SWZ - OPIS TECHNICZNY OFEROWANEGO AUTOBUSU KLASY MAXI, nale podać ogólną liczbę miejsc pasażerskich wraz z rozbiciem na różne rodzaje miejsc, tj.: *Liczba miejsc pasażerskich siedzących ogółem, Liczba miejsc pasażerskich siedzących z dostępem bezpośrednio z niskiej podłogi, bez podestów, Liczba miejsc pasażerskich siedzących wykonanych jako siedzenia specjalne dla pasażerów niepełnosprawnych, Maksymalna liczba miejsc pasażerskich obliczona zgodnie z Regulaminem nr 107 EKG ONZ, Pole powierzchni dla pasażerów stojących S_1 obliczone zgodnie z Regulaminem nr 107 EKG ONZ, Liczba miejsc pasażerskich stojących obliczona przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,125 m^2 (wskaźnik napełnienia – 6,7 osoby/m2 powierzchni podłogi S_1).*

Zgodnie z modyfikacją SWZ z dnia 10 października 2024 r. nowe brzmienie otrzymuje zał. nr 1.1 do SWZ rozdział III tabela pkt 1: *minimalna liczba miejsc pasażerskich : siedzących i stojących ogółem 65* oraz Rozdział 18 ppkt 1.4.1 kryterium „liczba miejsc pasażerskich": *Ocenie podlega podana w ofercie liczba miejsc pasażerskich, siedzących i stojących ogółem. Oferta z minimalną wymaganą liczbą miejsc pasażerskich (MP), to jest 65, otrzyma 0 punktów; Oferty z pośrednią ilością miejsc pasażerskich (MPBAD), otrzymają liczbę punktów obliczoną proporcjonalnie. Za każde dodatkowe miejsce pasażerskie w przedziale 65 - 90 oferta otrzyma obliczona liczbę punktów (PBAD) z zależności.*

□□□□ = □□□□□ – *65 25*×□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□

Oferta z liczbą miejsc pasażerskich 90 lub większą, otrzyma maksymalną liczbę punktów za to kryterium, to jest 2 punkty.

Izba ustaliła, że Odwołujący Busnex zaoferował liczbę miejsc pasażerskich większą niż 70 (dane w tym zakresie znajdują się w dokumentacji postępowania i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy). Jak wynika z dokumentu *Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert -Zadanie I*, Odwołujący Busnex otrzymał w przedmiotowym kryterium 0 punktów.

Zdaniem Odwołującego Busnex, przyznanie mu 0 punktów w kryterium „Liczba miejsc pasażerskich" jest niezgodne z zasadami punktacji, które Zamawiający sam ustanowił. Stąd Odwołujący Busnex wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny jego oferty w tym zakresie i przyznanie mu prawidłowej liczby punktów w przedmiotowym kryterium.

Skład orzekający podzielił stanowisko Odwołującego Busnex, uznając że Zamawiający w sposób nieprawidłowy przyznał wykonawcy 0 punktów. Faktycznie w formularzu ofertowym w pozycji dotyczącej *Liczby miejsc pasażerskich stojących ustalonej zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ*Busnex podał liczbę miejsc pasażerskich mniejszą niż 70. Niemniej zgodnie z treścią formularza ofertowego należało podać jedynie liczbę miejsc pasażerskich stojących, podczas gdy w kryterium „Liczba miejsc pasażerskich" ocenie podlegała podana w ofercie liczba miejsc pasażerskich, siedzących i stojących ogółem. Taką informację należało wpisać w załączniku nr 1.7.1 do SWZ - OPIS TECHNICZNY OFEROWANEGO AUTOBUSU KLASY MAXI, w którym należało podać ogólną liczbę miejsc pasażerskich wraz z rozbiciem na różne rodzaje miejsc. Odwołujący Busnex podał w załączniku nr 1.7.1 do SWZ, przedłożonym wraz z ofertą, liczbę miejsc pasażerskich, siedzących i stojących ogółem, większą niż 70.

W związku z powyższym Zamawiający mógł odczytać dane niezbędne do oceny w ramach przedmiotowego kryterium na podstawie wypełnionego przez wykonawcę załącznika nr 1.7.1 do SWZ. Wbrew twierdzeniom Przystępującego Irizar, okoliczność, że liczba miejsc pasażerskich nie została wpisana w formularzu ofertowym, tylko w załączniku do oferty, nie czyni jej pomijalną. Pojęcie „treści oferty" nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy. Orzecznictwo wypracowało jednak jednolity pogląd, że należy pod nim rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, lecz również wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Ponadto, nie sposób zgodzić się z Przystępującym Irizar, że zarzut ten nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. W sytuacji gdy Izba nakazała odrzucenie oferty Przystępującego Irizar, ponowne przyznanie punktów pozostałym

wykonawcom (aktualnie różnica punktowa pomiędzy drugą i trzecią ofertą wynosi jedynie 0,06 pkt) ma wpływ na możliwość uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym Izba uwzględniła powyższy zarzut i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne przyznanie punktów pozostałym ofertom w kryterium „Liczba miejsc pasażerskich".

Izba uwzględniła również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Irizar, pomimo że nie została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie argumentacji dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Irizar, pomimo że nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, jak w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 4491/24, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie. Jedynie uzupełniająco należy dodać, że biorąc pod uwagę, że Miejskie Zakłady Autobusowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zostały w treści ww. gwarancji zdefiniowane jako „Beneficjent", natomiast Irizar eMobility SL jako „Zamawiający", a wypłata sum gwarantowanych może nastąpić tylko na żądanie „Zamawiającego" czyli według gwarancji – samego wykonawcy Irizar, nie sposób uznać, że tego typu gwarancja zapewnia i umożliwia uzyskanie i zatrzymanie kwoty wadium przez Miejskie Zakłady Autobusowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i może spełnić swoją ustawową rolę w przedmiotowym postępowaniu.

Należy również zgodzić się z Odwołującym Busnex, że w świetle treści przedłożonej gwarancji nie jest jasne jakiego postępowania tak naprawdę dotyczy (swoiste określenie przedmiotu „zapytania ofertowego"), czyje działania i zaniechania zabezpiecza (brak definicji „Zlecającego") oraz w jakich przypadkach powstaje zobowiązanie gwaranta do wypłaty z gwarancji (jakie warunki i jakiego przetargu mają zostać naruszone), podczas gdy Zamawiający wyraźnie wymagał wskazania wszystkich określonych i konkretnych przypadków zatrzymania wadium wynikających z przepisów ustawy Pzp.

Oceniając kwestię skuteczności wadium wniesionego przez wykonawcę, wskazać należy, iż dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Fakt, że dokument gwarancji odpowiada międzynarodowej praktyce obrotu oraz standardom zawartym w URDG 758 nie dowodzi zgodności ze szczegółowymi wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych i postanowieniami SWZ i nie wyłącza tym samym badania treści tego dokumentu w aspekcie spełnienia wymogów.

W świetle powyższego, należało uznać, że Przystępujący Irizar wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez odmowę udostępnienia Odwołującemu Busnex złożonych w postępowaniu przez Irizar oferty wraz z załącznikami oraz innych dokumentów, jako stanowiących rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa Irizar jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.

Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie argumentacji dotyczącej zaniechania udostępnienia dokumentów złożonych przez Irizar, jak w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 4491/24, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie.

Uzupełniająco Izba wskazuje, że wykonawca winien starannie i z rozwagą formułować uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy.

Za niedopuszczalną należy uznać praktykę zastrzegania całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa. W takim przypadku wykonawca zastrzegając wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę. Podkreślenia wymaga, że zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno odbywać się z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu, pojedyncze dane, pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty od początku do końca są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy.

Ponadto, z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest określenie terminu zastrzeżenia, jak również wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 18

ust. 3 ustawy Pzp oczywistym jest, że wykonawca Irizar zobligowany był dokonać tego nie później niż w terminie złożenia oferty. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Spóźniona próba wykazania będzie uznana za bezskuteczną, ponieważ niewątpliwie inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia.

Dlatego też niewątpliwie poczynione przez Irizar zastrzeżenie pozostaje spóźnione, wykonawca nie wskazał, że dane informacje nie mogą być udostępniane z chwilą ich przekazania oraz nie wykazał powyższego w wymaganym momencie, tj. wraz ze złożeniem oferty, ale zrobił to dopiero pismem z dnia 18 listopada 2024 r, podczas gdy otwarcie ofert nastąpiło w dniu 22 października 2024 r.

Niemniej, w ocenie składu orzekającego, przy tak sformułowanym rozstrzygnięciu, jednoczesne nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Przystępującego Irizar dokumentów byłoby bezprzedmiotowe. Skoro bowiem Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty Przystępującego Irizar w związku z tym, że jest niezgodna z przepisami ustawy oraz wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, nieuprawnione w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp byłoby ujawnianie dokumentów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:……..

Członkowie: ……..

……..