

WYROK

Warszawa, dnia 10 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie – Osiedlu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Świeradów - Zdrój przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i 2 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddać odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 *petitum* odwołania.
3. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego – Gminę Miejską Świeradów - Zdrój i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie – Osiedlu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 4 338 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Gminę Miejską Świeradów - Zdrój tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Miejskiej Świeradowa - Zdroju rzecz odwołującego – wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie – Osiedlu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

Sygn. akt: KIO 1325/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Świeradów - Zdrój [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup taboru zeroemisyjnego na potrzeby świadczenia usługi transportu publicznego na obszarze Gminy Miejskiej Świeradów-Zdrój* (znak postępowania: GM1271-16/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2023 r. pod numerem 768712-2023.

W dniu 19 kwietnia 2024 r. wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie – Osiedlu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w SWZ w sytuacji, gdy wykonawca ten:

a. nie zadeklarował pojemności baterii oferowanego pojazdu – podczas gdy zgodnie

z uwagą w pkt. 6B wzoru Formularza ofertowego brak podania tego parametru w tym Formularzu będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 PZP,

b. złożył ofertę sporządzoną na podstawie nieaktualnego wzoru Formularza ofertowego – podczas gdy w informacji o zmianie SWZ z dnia 15 lutego 2024 r. Zamawiający zastrzegł, że „złożenie oferty na nieaktualnym formularzu będzie powodowało odrzucenie oferty, gdyż będzie niezgodna z SWZ”;

2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Busnex na podstawie nieprawidłowo zastosowanych kryteriów oceny ofert, tj. poprzez przyznanie tej ofercie maksymalnej liczby punktów w ramach Kryterium w sytuacji, gdy wykonawca ten nie zadeklarował pojemności baterii trakcyjnej oferowanego pojazdu, a tym samym nie było możliwe dokonanie prawidłowej oceny oferty na podstawie tego kryterium;

3) art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”) poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji o pojemności baterii pojazdu oferowanego przez Busnex, która została uwzględniona przy ocenie ofert w ramach Kryterium, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał w dostateczny sposób, że informacja ta stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości

i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP:

- 1) unieważnienie oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty Busnex jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 3) udzielenie wykonawcom informacji o pojemności baterii trakcyjnej, którą Zamawiający uwzględnił przy ocenie oferty Busnex w ramach Kryterium;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu z pominięciem oferty Busnex;

Ponadto wniósł o:

5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania się na te okoliczności

w postępowaniu przed Izbą;

6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

1. Niezgodność oferty Busnex z warunkami zamówienia – brak zadeklarowania pojemności baterii trakcyjnej

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pierwotną treścią SWZ oferty wykonawców podlegały ocenie w ramach kryterium cenowego oraz kryterium „Zużycie energii”. W dniu 15 lutego br. Zamawiający dokonał zmiany SWZ poprzez wprowadzenie dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert „Pojemność baterii” o wadze 20%. Jednocześnie odpowiedniej zmianie uległ wzór Formularza ofertowego, w którym dodano punkt 6B. Ponadto Zamawiający zastrzegł, że złożenie oferty na nieaktualnym formularzu będzie skutkowało jej odrzuceniem jako niezgodnej z SWZ.

Pomimo tych zastrzeżeń Busnex złożył ofertę na nieaktualnym wzorze Formularza ofertowego i tym samym nie złożył jednoznacznej deklaracji co do pojemności baterii trakcyjnej oferowanego pojazdu. W złożonym formularzu wskazano jedynie oferowaną cenę oraz parametr zużycia energii.

Odwołujący wskazał, iż zwrócił Zamawiającemu uwagę na tę ewidentną niezgodność oferty Busnex z treścią SWZ. W odpowiedzi Zamawiający potwierdził, że Busnex złożył ofertę z wykorzystaniem nieaktualnego Formularza ofertowego, a ponadto nie był wzywany do udzielenia wyjaśnień w zakresie pojemności baterii oferowanego pojazdu, bowiem Zamawiający wyinterpretował tę wartość z raportu z badania SORT 2.

Odwołujący powołał się na pismo Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2024 r.

W rezultacie Zamawiający w dniu 9 kwietnia ogłosił wybór oferty Busnex jako tej, która uzyskała największą liczbę punktów, w tym maksymalną liczbę punktów w ramach Kryterium. Rozstrzygnięcie takie jest jednak niedopuszczalne, bowiem ewidentnie narusza postanowienia SWZ, jak i przepisy PZP w zakresie oceny ofert.

Odwołujący uzasadniał, że przede wszystkim Zamawiający wprost przesądził, że zarówno złożenie Formularza ofertowego przy wykorzystaniu nieaktualnego wzoru, jak

i złożenie Formularza ofertowego bez wskazania deklarowanej pojemności baterii będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Zastrzeżenie Zamawiającego jest jednoznaczne i nie pozostawia pola do rozbieżnych interpretacji, które uzasadniałyby dopuszczalność wyboru oferty pomimo braku zadeklarowania pojemności baterii. Zatem już powyższe stanowi dostateczną podstawę do odrzucenia oferty Busnex.

Jednakże wadliwość oferty Busnex nie wynika wyłącznie z omyłkowego wykorzystania nieaktualnego wzoru Formularza oferty (jak zapewne będzie tłumaczył to ten wykonawca, o ile przystąpi do postępowania odwoławczego). Mianowicie oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie od wykonawców stanowczej i jednoznacznej deklaracji co do pojemności baterii trakcyjnej, w którą zostanie wyposażony zaoferowany i dostarczony pojazd. Oferowane w przetargach autobusy – inaczej niż np. samochody osobowe – są modyfikowane pod indywidualne wymagania zamawiających, co też uzasadnia długie terminy dostawy (w przypadku tego zamówienia – 14 miesięcy od dnia zawarcia umowy).

Z tego powodu producenci w tych samych modelach autobusów powszechnie stosują różne baterie w zależności od wymagań danego zamówienia, kierując się rachunkiem ekonomicznym, którego elementem jest założenie, że (w pewnym uproszczeniu) pojemniejsze baterie są droższe, zaś baterie o porównywalnych parametrach, lecz

o mniejszej pojemności – są tańsze. Dlatego w zależności od wymagań Zamawiającego co do parametrów autobusu, w tym baterii trakcyjnej, a także przyjętych kryteriów oceny ofert, wykonawcy na etapie przygotowania oferty zawsze

dokonują kalkulacji w celu optymalnego wyboru baterii – zapewniającej zgodność z OPZ, ale też umożliwiającą osiągnięcie największej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert (oprócz ceny takich jak: pojemność baterii czy zasięg autobusu).

Jednakże w omawianym przypadku Zamawiający nie dysponuje jednoznacznym oświadczeniem Busnex co do pojemności baterii zaoferowanego pojazdu. Niewątpliwie nie wynika ono z treści złożonej oferty, w tym z Formularza ofertowego. Zamawiający wartość tę wywiódł z raportu z badania SORT 2 dla oferowanego pojazdu, ale jednocześnie nie wzywał wykonawcy w tym zakresie do jakichkolwiek wyjaśnień, aby potwierdzić, że taki był zamiar Busnex, czy też w celu poprawienia omyłki w treści oferty (jakkolwiek akurat brak takiego wezwania należy uznać za prawidłowe, bowiem ewentualne wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie należałoby uznać za zmierzające do istotnej zmiany oferty).

Działanie takie jest nie tylko formalnie niezgodne z warunkami zamówienia, w których zastrzeżono odrzucenie oferty złożonej na nieprawidłowym Formularzu ofertowym czy niezawierającej zadeklarowanej pojemności baterii. Jest to również sprzeczne z interesem samego Zamawiającego, który wybierając ofertę Busnex, naraża się na ryzyko dostaw autobusów z bateriami o mniejszej pojemności, lecz wciąż zgodnymi z OPZ (po zmianie SWZ: minimum 380 kWh). Ostatecznie bowiem Busnex nie złożył jakiegokolwiek oświadczenia, które zobowiązałoby go do dostarczenia pojazdów z bateriami o takiej pojemności, jak obecnie (jednostronnie) przyjął Zamawiający, a co umożliwia temu wykonawcy realizację dostaw pojazdów ze słabszymi bateriami. Natomiast w ewentualne zastrzeżenia Zamawiającego w tym zakresie wykonawca będzie mógł odeprzeć argumentem, że w odniesieniu do pojemności baterii zadeklarował jedynie „zgodność

z SWZ”, natomiast to już Zamawiający „dopowiedział sobie”, że baterie będą miały wyższą pojemność.

Oczywiście Odwołujący nie przesądza, że taki zamiar towarzyszył jego konkurentowi przy składaniu oferty, lecz jedynie podkreśla, że treść oferty powinna w sposób jednoznaczny określać zakres zobowiązania wykonawcy. Tymczasem w omawianym przypadku nie jest on zdefiniowany w odniesieniu do baterii trakcyjnej, bowiem z oferty ten parametr w żaden sposób nie wynika.

2. Niedopuszczalność dokonania oceny oferty Busnex w ramach Kryterium na podstawie parametrów wskazanych w raporcie z badania SORT 2

Z przywołanej wyżej odpowiedzi Zamawiającego wynika, że do oceny oferty Busnex przyjął on parametr wskazany w załączonym do oferty raporcie z badania SORT 2. Jednakże treść tego dokumentu w żadnym wypadku nie daje podstaw do przyjęcia, że wykonawca zamierzał zaoferować pojazd właśnie z taką baterią, w jaką był wyposażony autobus poddany badaniu zużycia energii elektrycznej zgodnie z normami procedury badawczej SORT (ang. Standardised On-Road Tests). Przede wszystkim Zamawiający wymagał złożenia tego dokumentu wyłącznie celu potwierdzenia parametru zadeklarowanego

w ramach kryterium „Zużycie energii elektrycznej na 1 km wg SORT 2”. Zarówno

w pierwotnej, jak i zmienionej wersji SWZ zastrzeżono, że ocena w tym kryterium będzie dokonywana na podstawie oświadczenia zawartego w Formularzu ofertowym oraz dokumentu, o którym mowa w pkt. 5.2 ust. 2) SWZ, tj. aktualnego na dzień złożenia oferty dokumentu z badania SORT 2. Natomiast w opisie sposobu oceny oferty w ramach Kryterium (wprowadzonym w wyniku modyfikacji SWZ w dniu 15 lutego br.) wyraźnie wskazano, że ocena zostanie dokonana wyłącznie na podstawie treści Formularza ofertowego i nie nawiązano do raportu z badania SORT. Tym samym z SWZ bezsprzecznie wynikało, że raport – zgodnie z jego przeznaczeniem – miał stanowić podstawę do oceny oferty w zakresie zużycia energii, a nie do oceny pozostałych parametrów. Ponadto

z samego faktu przedstawienia do badań SORT pojazdu wyposażonego w określoną baterię w żaden sposób nie wynika, że dokładnie w tę samą baterię wyposażony zostanie pojazd dostarczony Zamawiającemu.

Natomiast zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z 9 kwietnia br. w raporcie znajduje się informacja „Testowany pojazd: X kWh” (gdzie X to utajniona wartość pojemności baterii). Ponieważ raport załączony do oferty został zastrzeżony jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa, zatem Odwołujący nie zna jego treści, ale nie wyklucza, że w jego treści znajdują się również inne możliwe pojemności baterii. Takie założenie wynika

z analogicznych dokumentów składanych przez Busnex we wcześniejszych postępowaniach, w których wskazywano alternatywne wartości. W takim przypadku odgórne założenie wartości dla testowanego autobusu jest tym bardziej dyskusyjne. Odwołujący przedstawił fragment innego raportu dla pojazdu oferowanego przez Busnex, który został odtajniony

w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadniał, że badania SORT przeprowadzane są z wykorzystaniem już istniejącego pojazdu. Tymczasem pojazd dostarczony Zamawiającemu dopiero zostanie wyprodukowany – może w nim zostać zastosowana zarówno ta sama bateria, którą wykorzystano w testowanym

pojeździe, ale może być to również zupełnie inna bateria, w tym cechująca się mniejszą pojemnością (a tym samym tańsza), która również będzie zgodna z SWZ, o ile tylko będzie miała pojemność co najmniej 380 kWh. Z tych wszystkich przyczyn przyjęcie przez Zamawiającego do oceny w ramach Kryterium parametru baterii wskazanego w raporcie SORT było całkowicie nieuzasadnione. Zarówno postanowienia SWZ, jak i treść oferty Busnex, z której w żadnym wypadku nie wynikał zamiar zaoferowania pojazdu z taką baterią, jak w testowanym pojeździe, nie dawały podstawy do przyjęcia wartości wskazanej w raporcie z badania SORT.

3. Brak możliwości wezwania Busnex do wyjaśnień w zakresie deklarowanej pojemności baterii oferowanego pojazdu czy też poprawienia oferty w tym zakresie

Odwołujący podniósł, iż w omawianym przypadku niedopuszczalne byłoby wzywanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie pojemności baterii, którą Busnex zamierzałby zadeklarować w poz. 6B Formularza oferty. Działanie takie stanowiłoby rażący przypadek niedopuszczalnych negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, o których mowa w art. 223 ust. 1 zd. 2 PZP. W ten sposób doszłoby do uzupełnienia oferty Busnex już po otwarciu ofert o kluczowy parametr oceniany w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, który miał bezpośredni wpływ na wynik postępowania (oferta Busnex otrzymała łącznie 95,50 pkt, podczas gdy oferta Odwołującego zaledwie 2 pkt mniej).

Z tej samej przyczyny brak jest podstaw do poprawienia oferty Busnex jako tzw. innej omyłki (art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP), bowiem w ten sposób doszłoby do istotnej zmiany treści oferty wykonawcy. Uzupełnienie kluczowego parametru podlegającego ocenie w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert w sytuacji, gdy nie był on pierwotnie wskazany, należy uznać za niedopuszczalną istotną zmianę oferty. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby.

Jakkolwiek formularz ofertowy nie stanowi przedmiotowego środka dowodowego, to jednak warto zauważyć, że w pkt 5.2.2) SWZ – w ślad za art. 107 ust. 3 PZP – z tej samej przyczyny zastrzeżono, że nie będzie podlegać uzupełnieniu przedmiotowy środek dowodowy, który „służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert”. Zarówno przepisy PZP, jak i postanowienia SWZ zasadnie przyjmują, że nie można uzupełniać oferty w zakresie, w jakim podlega porównaniu z ofertami konkurencyjnych wykonawców.

W przypadku oferty Busnex niedopuszczalne umożliwienie temu wykonawcy uzupełnienia formularza ofertowego może wypaczyć wynik przetargu i w sposób rażący naruszyć zasadę uczciwej konkurencji. Mianowicie wykonawca ten, mając wiedzę

o parametrach konkurencyjnych ofert, mógłby obecnie zadeklarować taką pojemność baterii, która co prawda pozwoli na uzyskanie maksymalnej łącznej punktacji dla oferty w ramach Kryterium, jakkolwiek przy wykorzystaniu możliwie najtańszej baterii (co zwiększy zysk

z realizacji zamówienia). Tymczasem taka kalkulacja powinna zostać dokonana przez Busnex na etapie przygotowywania oferty, a nie już po otwarciu ofert i z uwzględnieniem propozycji przedstawionych przez konkurentów.

W rezultacie jedynym możliwym działaniem w stosunku do oferty Busnex jest jej odrzucenie jako niezgodnej z warunkami zamówienia bez jakichkolwiek dalszych wezwań czy poprawienia omyłek.

4. Zaniechanie udostępnienia informacji o pojemności baterii pojazdu oferowanego przez Busnex, którą uwzględniono w Kryterium

Niezależnie od powyższych zarzutów Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez to, że nie ujawnił pojemności baterii pojazdu oferowanego przez Busnex, którą założył przy ocenie ofert w ramach Kryterium. Busnex bowiem nie uzasadnił, dlaczego ten parametr powinien podlegać ochronie zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP i na czym polega jego szczególny charakter, aby uznać, że stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Natomiast jeżeli takie uzasadnienie zostało jednak przedstawione, to Odwołujący wyjaśnia, że nie zostało ono mu przekazane pomimo złożonego do Zamawiającego wniosku w tym zakresie.

Zamawiający w dniu 6 maja 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami

i modyfikacjami oraz wyjaśnieniami, ofertę Busnex oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy złożony przez Odwołującego raport z badania SORT dla pojazdu Yutong ZK6128BEVG.

Ponadto Izba włączyła do akt sprawy złożony przez Przystępującego dowód w postaci oświadczenia producenta pojazdu wraz z tłumaczeniem objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, czemu Izba dała wyraz w punkcie 1. sentencji.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w SWZ oraz zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku przyznania tej ofercie maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „Pojemność baterii”.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty

z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu

w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny

z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jednocześnie stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Skład orzekający ustalił, iż bezsporne między Stronami było, że w wyniku modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia z dnia 15 lutego 2024 r. wprowadzone zostało dodatkowe pozacenowe kryterium oceny ofert „Pojemność baterii” o wadze 20%, badane przez Zamawiającego na podstawie oświadczenia wykonawcy. Jednocześnie odpowiedniej zmianie uległ wzór Formularza ofertowego, w którym dodano punkt 6B, w którym Zamawiający zastrzegł, iż „*Brak wpisania ww. informacji spowoduje odrzucenie oferty, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp*”. Ponadto w dokonanej zmianie SWZ Zamawiający wskazał, że złożenie oferty na nieaktualnym formularzu będzie skutkowało jej odrzuceniem jako niezgodnej z SWZ.

Niewątpliwie wykonawca Busnex złożył ofertę na nieaktualnym wzorze Formularza ofertowego, niezawierającym oświadczenia co do pojemności baterii trakcyjnej oferowanego pojazdu. W złożonym formularzu wskazano jedynie oferowaną cenę oraz parametr zużycia energii. Ponadto niesporne było, że Zamawiający nie wezwał Busnex do

udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie pojemności baterii oferowanego pojazdu. Zamawiający wyinterpretował tę wartość z raportu z badania SORT złożonego przez Busnex wraz

z ofertą. Zamawiający nie dokonał poprawy oferty Busnex w zakresie „pojemności baterii” na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W świetle tak ustalonych okoliczności faktycznych Izba wskazuje, iż oferta Busnex była niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w postępowaniu. Zauważenia wymaga, iż Zamawiający wprost przesądził, że zarówno złożenie Formularza ofertowego przy wykorzystaniu nieaktualnego wzoru, jak i złożenie Formularza ofertowego bez wskazania deklarowanej pojemności baterii będzie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym w świetle ustalonych przez Zamawiającego, wiążących, reguł postępowania oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu po pierwsze z uwagi na złożenie Formularza ofertowego przy wykorzystaniu nieaktualnego wzoru, a po drugie ze względu na brak wskazania deklarowanej pojemności baterii. Powyższe uchybienie Busnex rodziło z kolei doniosłe skutki prawne, bowiem treść złożonej oferty nie zawierała zobowiązania wykonawcy w zakresie pojemności baterii trakcyjnej pojazdu ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert.

Następnie Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że w omawianym przypadku niedopuszczalne byłoby wezwanie Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień treści oferty

w zakresie pojemności baterii, którą Busnex zamierzałby zadeklarować w poz. 6B Formularza oferty. Działanie takie stanowiłoby przypadek niedopuszczalnych negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, o których mowa w art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

W ten sposób doszłoby do uzupełnienia treści oferty Busnex już po otwarciu ofert

o kluczowy parametr oceniany w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, które miało wpływ na wynik postępowania.

Z tej samej przyczyny, wbrew twierdzeniom Zamawiającego oraz Przystępującego, niedopuszczalne byłoby poprawienie oferty Busnex na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia

w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Tym samym w sytuacji wystąpienia jednej z ww. omyłek w ofercie wykonawcy, obowiązkiem zamawiającego jest jej poprawienie oraz zawiadomienie wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Podkreślić należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z omyłką, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W szczególności zdaniem Izby w świetle dokumentów złożonych przez Busnex wraz

z ofertą, w tym raporcie SORT oraz homologacji, na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe odtworzenie w sposób jednoznaczny i pewny woli wykonawcy co do oferowanego przedmiotu świadczenia dotyczącego pojemności baterii stanowiącego kryterium oceny ofert. Obydwa dokumenty, na które powoływał się Przystępujący zawierały opcjonalne wartości

dotyczące pojemności baterii trakcyjnej (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), przy czym tylko jeden z nich spełniał wymogi specyfikacji warunkujące przyznanie ofercie Busnex maksymalną liczbę punktów w kryterium pozacenowym oraz brak podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z wymogami SWZ. Analogiczny wniosek wynika z dowodu złożonego przez Przystępującego w postaci oświadczenia producenta pojazdu, który objęty został tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe z kolei prowadzi do wniosku, że istniały dwa sposoby „poprawy” oferty Busnex. Nie jest

Izbie wiadome, ponieważ Zamawiający tego nie wyjaśnił, w jaki sposób Zamawiający odtworzył tok myślenia Przystępującego co do faktycznie zaoferowanej pojemności baterii, skoro złożone wraz z ofertą dokumenty (raport SORT oraz homologacja) wskazywały dwie możliwe wartości dotyczące pojemności baterii. Co więcej, zauważyć należy, iż ww. dokumenty nie były wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie kryterium dotyczącego pojemności baterii, lecz żądane były na inne okoliczności wskazane w dokumentach zamówienia. Jak już wskazano powyżej kryterium dotyczące pojemności baterii oceniane było przez Zamawiającego wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym. Tym samym z dokumentów zamówienia jednoznacznie wynikało, że raport SORT – zgodnie z jego przeznaczeniem – miał stanowić podstawę do oceny oferty w zakresie zużycia energii, a nie do oceny pozostałych parametrów pojazdu. Ponadto z samego faktu przedstawienia do badań SORT pojazdu wyposażonego w określoną baterię w żaden sposób nie wynika, że dokładnie w tę samą baterię wyposażony zostanie pojazd dostarczony Zamawiającemu. Przyjęcie zatem przez Zamawiającego do oceny w ramach kryterium parametru pojemności baterii wskazanego w raporcie SORT było nieuzasadnione. Zarówno postanowienia SWZ, jak i treść oferty Busnex, z której nie wynikał zamiar zaoferowania pojazdu z taką baterią, jak w testowanym pojeździe, nie dawały podstawy do przyjęcia wartości wskazanej w raporcie z badania SORT.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Busnex jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp polegający na przyznaniu ofercie wykonawcy Busnex maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym dotyczącym pojemności baterii, choć treść oświadczenia woli Przystępującego nie dawała ku temu podstaw. Tym samym wybór oferty Busnex jako najkorzystniejszej w postępowaniu był wadliwy.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uzhk w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła zaniechania udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Busnex złożonego wraz z ofertą mimo wniosku Wykonawcy.

Zgodnie z art. 18 ust.1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Stosownie natomiast do ust. 2 ww. przepisu, 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.), 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 .

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w dniu 18 marca 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu. Z kolei w dniu 19 marca 2024 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę wykonawcy Busnex, przy czym nie przekazał jawnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą. Rzeczne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało przekazane Odwołującemu również w odpowiedzi na wniosek z dnia 10 kwietnia 2024 r. zgłoszony po wyborze oferty najkorzystniejszej. Przedmiotowy dokument został przekazany Odwołującemu dopiero w dniu 22 kwietnia 2024 r. Tym samym Odwołujący nie dysponował ww. dokumentem w terminie umożliwiającym Wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej i zakwestionowanie wykazania przez Busnex przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonych art. 11 ust. 2 uzhk w zakresie informacji objętych poufnością. Dopiero skuteczne podważenie przez Odwołującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Busnex pozwoliłoby na uznanie za bezskutecznie zastrzeżoną informację dotyczącą pojemności baterii, której udostępnienia oczekiwał Wykonawca.

Zarzut ten pozostał jednak bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa

w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (por. wyrok SO w Warszawie sygn. akt XXIII Zs 18/21). Tym samym zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uzhk podlegał oddaleniu, czemu Izba dała wyraz w punkcie 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutu uwzględnionego dla rozstrzygnięcia odwołania - zarzut ten doprowadził bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Busnex.

Przewodnicząca: