

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **CZ LOKO s.a.**

z siedzibą w Republice Czeskiej, Semaninská 580, 560 02 Česká Třebová, Republika Czeska w postępowaniu prowadzonym przez „PKP INTERCITY” S.A z siedzibą **w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **CZ LOKO s.a. z siedzibą w Republice Czeskiej, Semaninská 580, 560 02 Česká Třebová, Republika Czeska** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

CZ LOKO s.a. z siedzibą w Republice Czeskiej, Semaninská 580, 560 02 Česká Třebová, Republika Czeska tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez „PKP INTERCITY” S.A z siedzibą **w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 142A,**

02-305 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **51 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez „PKP INTERCITY” S.A z siedzibą **w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 142A,**

02-305 Warszawa tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

2.2. zasądza od wykonawcy **CZ LOKO s.a. z siedzibą w Republice Czeskiej, Semaninská 580, 560 02 Česká Třebová, Republika Czeska** rzecz „PKP INTERCITY” S.A z siedzibą **w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 142A,**

02-305 Warszawa kwotę **3 651 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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 328/24

Uzasadnienie

„PKP INTERCITY” S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę 18 lekkich manewrowych lokomotyw spalinowych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 sierpnia 2023 r. pod pozycją nr 2023/S 156-498602.

W dniu 29 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca CZ LOKO a.s. z siedzibą w Republice Czeskiej, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w ten sposób, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia pomimo, że oferta Odwołującego i oferowany nim przedmiot zamówienia są zgodne z warunkami zamówienia;

2.art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie się przez Zamawiającego do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień treści złożonej przez Odwołującego oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego pn. „Opis oferowanego Pojazdu”, w sytuacji wątpliwości Zamawiającego co do znaczenia treści tej oferty i ww.

przedmiotowego środka dowodowego w zakresie spełnienia przez oferowany przez Odwołującego pojazd wymagań technicznych opisanych szczegółowo w piśmie Zamawiającego z dnia 18.01.2024 r., znak BIZ4b-073-145/2024.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwania przez Zamawiającego Odwołującego - na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - do wyjaśnień treści oferty i przedmiotowego środka dowodowego pn. „Opis oferowanego Pojazdu” w zakresie spełnienia przez oferowany przez Wykonawcę pojazd wymagań Zamawiającego szczegółowo opisanych w piśmie Zamawiającego z dnia 18.01.2024 r., znak BIZ4b-073-145/2024

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w piśmie z dnia 18.01.2024 r. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskazując jako podstawę prawną odrzucenia oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i podnosząc, że w przedmiotowym środku dowodowym w postaci wypełnionego formularza p.n. „Opis oferowanego Pojazdu” Odwołujący wskazał parametry niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, przez co nie potwierdzają one wymagań stawianych przez Zamawiającego i prowadzą do niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Niezgodności zostały wskazane w formie tabeli.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał błędnej interpretacji jego oferty, łącznie z przedmiotowym środkiem dowodowym pn. „Opis oferowanego Pojazdu” załączonym do oferty. Zamawiający bowiem błędnie uznał, że oświadczenia Odwołującego zawarte w formularzu załączonym do oferty, a na które Zamawiający powołuje się w piśmie z dnia 18.01.2024 r., świadczyły o niespełnieniu wymagań stawianych przez Zamawiającego.

W ww. przedmiotowym środku dowodowym Odwołujący wskazał, iż:

- 1)w zakresie Lp. 4 pkt 4.5 Układ piaskowania – Odwołujący wskazał, iż potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie układu piaskowania. Jednocześnie dodał adnotację, że poziom piasku nie jest widoczny na liczniku i nie ma sygnalizacji diodowej.

W zakresie tego punktu wskazują, że pojazd oferowany przez Odwołującego spełnia wymogi Zamawiającego, a w zakresie wymaganej opcji możliwości sprawdzenia poziomu piasku na pulpicie maszynisty i na zbiorniku, Wykonawca oferuje rozwiązanie równoważne, co jest dopuszczalne w świetle rozdziału V pkt 12 SWZ – cytując:

„1) Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w SWZ za pomocą norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli pozwolą one uzyskać cechy lub parametry nie gorsze niż przywołane.

2) Zgodnie z art. 101 ust. 5 ustawy Pzp, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany udowodnić w ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia”.

Oferowane przez Odwołującego rozwiązanie równoważne polega na tym, iż:

Poziom piasku lokomotywy sprawdzany jest w inny sposób – przez okienko w piaskarkach. Jest to rozwiązanie wystarczające, zważywszy że instrukcje konserwacji pojazdu zalecają do codziennej, regularnej, naocznej kontroli stan piasku w piaskarkach. Takie działanie wynika z norm i powinno być również wdrożone i objęte wewnętrznymi regulacjami (procedurami) u Zamawiającego. Natomiast wymóg wskaźnika na pulpicie jest rozwiązaniem niemożliwym do spełnienia, ponieważ lokomotywy nie są wyposażane w tego typu wskaźniki, a wprowadzenie takiego rozwiązania na specjalne zamówienie byłoby skomplikowane, technicznie zawodne i nieuzasadnione. Byłoby to również ekonomicznie nieopłacalne, gdyż spowodowałoby to konieczność modyfikacji oprogramowania pojazdu i dokonanie ponownej homologacji pojazdu.

- 2)w zakresie Lp. 9 pkt 9.3 ppkt 8 Kabina Maszynisty – wymagania ogólne – Odwołujący wskazał, że potwierdza spełnienie wymogów Zamawiającego, dodano ponadto adnotację: falownik tylko 1 kW.

W tym zakresie wskazują, że - uwzględniając pozostałe wymagania techniczne co do rozwiązań i parametrów stawiane w SWZ w stosunku do pojazdu - wymóg ten obiektywnie nie może być spełniony lub jego spełnienie miałyby negatywne skutki uboczne dla bilansu sieci energetycznej pojazdu, tym samym prowadziłyby to do wadliwości oferowanego pojazdu. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że jeżeli postanowienia SWZ są niejednoznaczne lub niemożliwe z przyczyn obiektywnych do spełnienia, to ich interpretacja musi być dokonywana z korzyścią dla wykonawców (zob. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 28.11.2016 r., sygn. akt KIO 2145/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2021 r., sygn. KIO 1656/21 i inne). Wobec powyższego, zważywszy że rozwiązanie oferowane przez Odwołującego jest równoważne do wymogów stawianych przez Zamawiającego, należało uznać zgodność oferty z SWZ.

Nie ma możliwości zaimplementowania natężenia 80A (wyłącznik/bezpiecznik) dla mocy 2kW w sieci 24V. Na

lokomotywie zainstalowany jest alternator akumulatorowy 200A, który pracuje w zakresie prędkości CAT, na biegu jałowym silnika, moc tego alternatora pokrywa normalne zużycie lokomotywy i ładowanie akumulatora. W trybie spoczynku nie ma możliwości pobrania dodatkowych 83A (2kW). Kolejną kwestią jest techniczne rozwiązanie podłączenia okablowania w zakresie przekroju (przekrój przewodu zasilającego / instalacja / przekrój 95mm²). Przy zatrzymanym CAT, akumulator zostanie rozładowany w krótkim czasie i nie będzie można go później uruchomić. W pojeździe zainstalowana jest jednak kuchenka mikrofalowa, co oznacza, że podgrzewanie żywności i płynów jest możliwe w kuchence mikrofalowej, dzięki czemu zapewniony zostanie wystarczający komfort operatora i odpowiednie warunki pracy. W tym zakresie proponowane rozwiązanie należy uznać za równoważne i spełniające wymagania Zamawiającego.

3)w zakresie Lp. 11 pkt 11.4 ppkt 2 Rozruch – Odwołujący wskazał, że potwierdza spełnienie wymogów Zamawiającego, przy czym dodał adnotację: „zaciski tylko do ładowania akumulatora”.

W tym zakresie wskazuję, że - uwzględniając pozostałe wymagania techniczne co do rozwiązań i parametrów stawianych w SWZ w stosunku do pojazdu - wymóg ten obiektywnie nie może być spełniony lub jego spełnienie miałyby negatywne skutki uboczne dla bilansu sieci energetycznej pojazdu, tym samym prowadziłyby to do wadliwości oferowanego pojazdu. Ponownie powołuję się na wskazane wyżej orzecznictwo KIO, zgodnie z którym jeżeli postanowienia SWZ są niejednoznaczne lub niemożliwe z przyczyn obiektywnych do spełnienia, to ich interpretacja musi być dokonywana z korzyścią dla wykonawców.

Wyjaśniam, że w lokomotywie zamontowane jest gniazdo zasilające do podłączenia rozrusznika 24V/200A (z zainstalowanym okablowaniem 95mm²) i zgodnie ze stanowiskiem działu technicznego Odwołującego, możliwe jest krótkotrwałe przeciążenie gniazda podczas rozruchu. W tym zakresie wdrożone w pojeździe rozwiązanie należy uznać za równoważne i spełniające wymagania Zamawiającego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w doktrynie, przed odrzuceniem oferty Zamawiający zobowiązany jest – w przypadku powzięcia wątpliwości – do wyjaśnienia treści oferty i/lub przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi przepisami w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów czy oświadczeń. Użycie w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (i w art. 107 ust. 4 ustawy Pzp) sformułowania „zamawiający może” nie powinno być traktowane jako jedynie uprawnienie Zamawiającego do wystąpienia z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. W każdym przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty lub przedmiotowych środków dowodowych lub w przypadku, gdy wątpliwości te obiektywnie występują, prawo żądania wyjaśnień staje się jego obowiązkiem. Jednocześnie przepisy nie przewidują sankcji odrzucenia oferty z powodu niezłożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. W takim przypadku Zamawiający zobowiązany jest zbadać ofertę w oparciu o zawarte w niej informacje, co może, ale nie musi oznaczać negatywne konsekwencje dla wykonawcy (por. wyr. KIO z 15.7.2021 r., KIO 1654/21, Legalis) – zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska i inni, C.H. Beck, Warszawa 2023.

W niniejszej sprawie stanowisko Zamawiającego wynika ewidentnie z błędnego zrozumienia treści oferty Odwołującego i załączonego do niego przedmiotowego środka dowodowego pn. „Opis oferowanego Pojazdu”. Odwołujący w przedmiotowym środku dowodowym wprost wskazał, że potwierdza, iż oferowany pojazd spełnia poszczególne wymogi wymienione w formularzu, natomiast co do wybranych pozycji, zawarł dodatkowe adnotacje, które miały za zadanie zasygnalizować, że pojazd spełnia wymogi Zamawiającego, ale oferuje nieco inne rozwiązania, jednak równoważne i spełniające funkcje opisane przez Zamawiającego w SWZ.

Tymczasem Zamawiający potraktował przedmiotowe adnotacje w formularzu „Opis oferowanego Pojazdu” jako zaprzeczenie, że oferowany produkt spełnia poszczególne wymagania Zamawiającego. Bazując jednak na takiej interpretacji oświadczenia Odwołującego należałoby uznać, że Wykonawca w tym samym oświadczeniu jednocześnie potwierdza, jak i zaprzecza spełnieniu wymagań przez oferowany produkt, a co jest wewnętrznie sprzeczne i nielogiczne (należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowym dokumencie Odwołujący zaczyna zdanie od potwierdzenia spełnienia wymogów). Wobec tego, już z tego powodu, iż taka interpretacja oświadczenia Odwołującego dokonana przez Zamawiającego prowadzi do nielogicznych i wewnętrznie sprzecznych wniosków, należało zwrócić się do wyjaśnienia przedmiotowych kwestii w trybie powołanych wyżej przepisów art. 107 ust. 4 ustawy Pzp i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy wskazać zać na pewną niekonsekwencję Zamawiającego, bowiem tego typu adnotacje znalazły się w większej ilości pól w przedmiotowym środku dowodowym „Opis oferowanego Pojazdu” i w zakresie tych pól Zamawiający nie dokonał podobnej błędnej wykładni i nie wymienił ich w piśmie z dnia 18.01.2024 r. jako elementy świadczące o niespełnieniu wymogów SWZ – zob. przykładowo str. 4 pkt 5.2 Klocki hamulcowe – Oferent wskazał: „Nie, żeliwne bloki”; str. 6 pkt 8.1 – potwierdzenie przez Oferenta spełnienia wymagań, ale z dodatkową adnotacją o braku funkcji ogrzewania w klimatyzatorze, itp. W zakresie tych pól Zamawiający nie uznał, że tego typu analogiczne adnotacje

świadczą o niespełnieniu przez oferowany pojazd wymagań Zamawiającego, gdyż nie wymienił ich w piśmie z dnia 18.01.2024 r. Natomiast przy podobnie skonstruowanym oświadczeniu w Lp. 4 pkt 4.5, Lp. 9 pkt 9.3 ppkt 8, Lp. 11 pkt 11.4 ppkt 2, Zamawiający do takiej błędnej konkluzji doszedł.

Reasumując podniósł, że skoro Odwołujący złożył oświadczenie, że potwierdza, iż oferowane pojazdy spełniają poszczególne, wymienione w formularzu kryteria i wymogi techniczne, a Zamawiający podjął w tym przedmiocie wątpliwości, powinien był zwrócić się o wyjaśnienia do Odwołującego o sprecyzowanie złożonego oświadczenia. Zamawiający powinien był zwrócić się o wyjaśnienie do Wykonawcy jak należy rozumieć złożone w ofercie i formularzu oświadczenie potwierdzające spełnienie wymogów SWZ, gdzie jednocześnie Wykonawca zawarł poszczególne adnotacje, które mogą być rozumiane (przez Zamawiającego) jako zaprzeczenie poprzednio złożonego oświadczenia o zgodności oferowanego produktu z SWZ. Innymi słowy, powziawszy wątpliwości co do znaczenia złożonego przez Wykonawcę oświadczenia, Zamawiający powinien był zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 i art. 107 ust. 4 ustawy Pzp o jednoznaczne sprecyzowanie, czy oferowane pojazdy posiadają funkcjonalności wymienione szczegółowo w tabeli w piśmie Zamawiającego z dnia 18.01.2024 r. (znak BIZ4b-073-145/2024) lub czy oferują rozwiązania w tym zakresie równoważne oraz z wezwaniem do podania opisu konkretnych rozwiązań zastosowanych w oferowanych Pojazdach, które świadczą o spełnieniu przedmiotowych wymagań technicznych.

Zamawiający zaniechał zastosowania opisanej wyżej procedury, a zamiast tego dokonał samodzielnej interpretacji oferty Odwołującego i załączonego przedmiotowego środka dowodowego, co doprowadziło go do błędnego i nieuprawnionego wniosku o niezgodności oferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia z SWZ. Oferowane przez Odwołującego pojazdy spełniają wszystkie kryteria i wymogi techniczne opisane w SWZ, również te, o których mowa w piśmie Zamawiającego z dnia 18.01.2024 r.

Tym samym Zamawiający dopuścił się opisanego we wstępie naruszenia polegającego na niezasadnym niewdrożeniu procedury zmierzającej do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego i załączonego przedmiotowego środka dowodowego zgodnie z art. 223 ust. 1 i art. 107 ust. 4 ustawy Pzp oraz niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z SWZ, tj. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, w sytuacji gdy oferta Odwołującego i oferowane pojazdy spełniały wymogi opisane w SWZ.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż udzielenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 i art. 107 ust. 4 ustawy Pzp prowadziłoby w niniejszej sprawie do skutków sprzecznych z prawem, jak powołuje się Zamawiający, gdyż nie stanowiłoby to niedozwolonych w świetle Pzp negocjacji lub zmiany oferty oraz zmiany przedmiotowego środka dowodowego. Nie doszłoby do takiej zmiany, bowiem Odwołujący nie zaoferowałby innego produktu, niż ten, który został opisany w treści oferty i przedmiotowym środku dowodowym. Wyjaśnieniu uległaby jedynie okoliczność, czy oferowany pojazd (tj. ten sam, co opisany w ofercie) spełnia konkretne wymagania wymienione w tabeli w piśmie Zamawiającego z 18.01.2024 r.

W niniejszej sprawie nie doszłoby do zmiany merytorycznej oferty, bowiem oferowany produkt nie uległby zmianie ani pod kątem jakościowym, ani ilościowym. Przedmiotem oferty byłby nadal ten sam produkt, co pierwotnie opisany w ofercie złożonej przez Odwołującego w postępowaniu, o tych samych parametrach technicznych.

Odwołujący wskazywał bowiem, że potwierdza spełnienie przez oferowany produkt opisanych w SWZ wymogów technicznych, natomiast jedynie dodatkowa adnotacja zawarta w powołanym przez Zamawiającego formularzu („Opis oferowanego Pojazdu”), mogła być uznana za niejednoznaczną lub niezrozumiałą, i wymagała wyjaśnienia. Jeżeli mówić o zmianie oferty, to nastąpiłaby ona w sytuacji gdyby Odwołujący wskazał, że nie potwierdza spełnienia przez produkt poszczególnych wymogów technicznych. Natomiast w niniejszej sprawie Odwołujący oświadczył o spełnieniu przez oferowany pojazd wymogów technicznych, natomiast wątpliwości budziły dodatkowe, powołane przez Zamawiającego adnotacje zawarte w przedmiotowym środku dowodowym pn. „Opis oferowanego Pojazdu”. Tym samym wyjaśnienie znaczenia poczynionych adnotacji nie doprowadziłoby ani do zmiany jakościowej, ani ilościowej oferowanego produktu, ani też nie prowadziłoby do zmiany oświadczenia Odwołującego zawartego w przedmiotowym środku dowodowym „Opis oferowanego Pojazdu”, w którym Odwołujący wskazał, że potwierdza spełnienie przez oferowany produkt wymogów SWZ.

Na marginesie dodał, iż sam Zamawiający przewidział w SWZ możliwość zwrócenia się do Wykonawców o wyjaśnienia dotyczące treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń – zob. Rozdział XVI. Ocena i badanie ofert, pkt 2. Pomimo tego Zamawiający nie zastosował powołanej procedury.

Kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 01.02.2024 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 14 lutego 2024 r. (pismem z dnia 13 lutego 2024 r.) złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale V SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 17 podał *Informacja o Przedmiotowych środkach dowodowych: Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, wymaga złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:*

1) *wypełnionego formularza p.n. „Opis oferowanego Pojazdu” sporządzonego zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do SWZ, (...)*”.

Nadto w Rozdziale V SWZ, pkt 12 podał *„Rozwiązania równoważne:*

1) *Zgodnie z art. 101 ust. 4 Ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w SWZ za pomocą norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Ustawy Pzp, jeżeli pozwolą one uzyskać cechy lub parametry nie gorsze niż przywołane.*

2) *Zgodnie z art. 101 ust. 5 Ustawy Pzp, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany udowodnić w ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.”.*

Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców, pismem z dnia 31 października 2023 r., działając na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy Pzp, podał:

„Pytanie 3

Załącznik 4 do SWZ - Opis oferowanego pojazdu, pkt 10

„W odniesieniu do sieci pokładowej 24 V, technicznie możliwe jest wdrożenie gniazda o maksymalnej mocy wyjściowej 1 kW. Dostawca zwraca się zatem do Zamawiającego o potwierdzenie, że to rozwiązanie techniczne jest w porządku i będzie zgodne ze specyfikacją.”

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, iż w rozumieniu przedstawionego wniosku Wykonawcy, powinien się on dotyczyć punktu 9.3 Kabina maszynisty – wymagania ogólne punkt 8 Załącznika 4 do SWZ Opis oferowanego pojazdu. Jednakże uwzględniając błędne odniesienie, Zamawiający nie przychylił się do wniosku Wykonawcy, tym samym pozostawiając wymagania zabudowy gniazda o mocy 2kW.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony Załącznik nr 4 do SWZ „Opis oferowanego Pojazdu” Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzone pn. Dostawa 18 lekkich manewrowych lokomotyw spalinowych (nr referencyjny postępowania 23/WNP-018177/TUT)”, w którym w części określonej jako „Pozostałe parametry dotyczące oferowanego Pojazdu” podał:

ow punkcie 4.5 „Układ piaskowania”, w odniesieniu do którego w opisie podano *„Układ piaskowania powinien być sterowany pneumatycznie. Dysze wylotowe powinny być zamontowane na zewnątrz z każdego z kół napędowych w kierunku jazdy. Wymaga się zabudowania zbiorników o pojemności minimum 50 kg piasku na każdą*

piasecznice zabezpieczonych przed przedostawaniem się wody i wilgoci. Zamknięcie powinno być trwałe i nie powodować luzów spowodowanych drganiem w trakcie ruchu pojazdu. Dysze oraz zbiorniki piasku powinny być ogrzewane gdy temperatura spadnie poniżej 5°C. Załączenie ogrzewania powinno być sygnalizowane na pulpicy maszynisty oraz przez zieloną diodę zabudowaną na zbiornikach piasku. Poziom piasku powinien być widoczny na pulpicy maszynisty oraz na zbiorniku. Wziernik na zbiorniku powinien umożliwiać weryfikację napełnienia piaskiem od stanu pełnego zbiornika do stanu wyczerpania piasku. Z poziomu pulpitu maszynisty powinna istnieć możliwość przeprowadzenia testu sprawności systemu piasecznic.” Odwołujący w kolumnie „Potwierdzenie wymagania, opis rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę, wartości parametrów” wpisał „Potwierdzono, Poziom piasku nie jest widoczny na liczniku, nie mamy sygnalizacji diodowej”.

o w punkcie 9.3 „Kabina maszynisty – wymagania ogólne” w odniesieniu do którego w opisie podano:

- „1. Kabina maszynisty musi być zaprojektowana w sposób umożliwiający obsługę przez jednego maszynistę. Wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia analizy widoczności sygnałów niskich i wysokich oraz wyników badań zrealizowanych przez jednostkę notyfikowaną.
2. Kabina musi być oddzielona od przedziałów maszynowych i szafy elektrycznej oraz zamykana na klucz.
3. Pulpity maszynisty muszą znajdować się po prawej stronie pojazdu w kierunku jazdy.
4. Fotel powinien mieć możliwość obrotu o 180° bez kolizji z innymi elementami wyposażenia kabiny. Wymagana jest możliwość regulacji wysokości fotela.
5. Wymagane jest zachowanie miejsca na klipsy do dokumentów, podręczne rzeczy typu telefon komórkowy oraz wyposażenie w lampkę punktową LED na wysięgniku regulowaną we wszystkich płaszczyznach.
6. Wymaga się możliwości regulacji podświetlenia pulpitu za pomocą potencjometru.
7. Wyposażyć kabinę w chłodziarkę na napoje.
8. Zabudować gniazdko 230 VAC. W kabinie musi się znaleźć gniazdo o mocy 2kW (do podłączenia urządzeń zewnętrznych takich jak: np. czajnik elektryczny). Obwód gniazda zabezpieczony wyłącznikiem różnicowoprądowym z członem nadprądowym. Wymagana zabudowa wspornika na tablecie wraz z wyjściem USB o poborze prądu min. 2A – rozwiązanie kompatybilne z rozwiązaniem obowiązującym u Zamawiającego.
9. Zabudować wieszak na kurtkę.” Odwołujący w kolumnie „Potwierdzenie wymagania, opis rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę, wartości parametrów” wpisał „Potwierdzono, falownik tylko 1 kW”.

o w punkcie 11.4 „Rozruch”, w odniesieniu do którego w opisie podano:

- „1. Wymaga się zabudowy rozrusznika 24 VDC.
2. Wymaga się zabudowy skrzynki z zaciskami do rozruchu silnika z zewnętrznego źródła.” Odwołujący w kolumnie „Potwierdzenie wymagania, opis rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę, wartości parametrów” wpisał „Potwierdzono, zaciski tylko do ładowania akumulatora”.

W dniu 18 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia., wskazując jednocześnie:

- o odnośnie punktu 4.5 „Rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę nie posiada sygnalizacji diodowej na zbiornikach piasku, co oznacza niezgodność treści oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia”,
- o odnośnie punktu 9.3 „Rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę nie spełnia wymogu dotyczącego gniazda o mocy 2kW znajdującego się w kabinie maszynisty, co oznacza niezgodność treści oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia”,
- o odnośnie punktu 11.4 „Rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę nie spełnia wymogu dotyczącego zabudowy skrzynki z zaciskami do rozruchu silnika z zewnętrznego źródła. Zaciski do ładowania akumulatora nie umożliwiają rozruchu silnika bezpośrednio z zewnętrznego źródła, co oznacza niezgodność treści oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia”.

Z decyzją tą nie zgodził się Odwołujący i w tym zakresie wniósł odwołanie, kwestionując zasadność odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający postawił w SWZ wymóg wypełnienia Załącznika nr 4 do SWZ „Opis oferowanego Pojazdu”, w którym wyspecyfikował „podstawowe parametry pojazdu”, opis których zamieścił w kolumnie nr 3 złożonego załącznika. Załącznik ten wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że zaoferowany przez nich pojazd spełnia wskazane w tym załączniku i

opisane szczegółowo w kolumnie 3 „opis” wymagania Zamawiającego. Poza wypełnieniem tego załącznika Zamawiający nie wymagał złożenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów okoliczność tę potwierdzających. Jeśli jednak wykonawca oferował rozwiązanie równoważne opisywanym w SWZ to w takiej sytuacji zobowiązany był „udowodnić w ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.”

Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia a w tym stanie faktycznym zaoferowania pojazdu spełniającego wyspecyfikowane w Załączniku nr 4 wymagania Zamawiającego. Świadczenie wykonawcy ma bowiem te wymagania spełniać. Zatem to oświadczenie – oświadczenie zawarte w kolumnie 4 Załącznika „Potwierdzenie wymagania, opis rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę, wartości parametrów” podległo ocenie przez pryzmat zgodności z SWZ. W trzech jego pozycjach, tj. 4.5, 9.3 i 11.4 poza potwierdzeniem spełnienia wymogu a więc wpisaniem „Potwierdzono” dodano dodatkową treść, tj.: 4.5 „Potwierdzono, Poziom piasku nie jest widoczny na liczniku, nie mamy sygnalizacji diodowej”, 9.3 „Potwierdzono, falownik tylko 1 kW” i 11.4 „Potwierdzono, zaciski tylko do ładowania akumulatora”. A więc wskazano, że mimo potwierdzenia dany wymóg nie jest spełniony.

Uznanie, że przedmiot nie spełnia wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w SWZ wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności i w tym przypadku tak jest. Powyższe wynika bowiem wprost z treści złożonego oświadczenia.

Odwolujący przyznał, odnosząc się do pkt 4.5 Załącznika, że „Poziom piasku nie jest widoczny na liczniku, nie mamy sygnalizacji diodowej”, co więcej okoliczność tę przyznał także w treści odwołania, wskazując że „Poziom piasku lokomotywy sprawdzany jest w inny sposób – przez okienko w piaskarkach. Jest to rozwiązanie wystarczające, zważywszy że instrukcje konserwacji pojazdu zalecają do codziennej, regularnej, naocznej kontroli stan piasku w piaskarkach. Takie działanie wynika z norm i powinno być również wdrożone i objęte wewnętrznymi regulacjami (procedurami) u Zamawiającego. Natomiast wymóg wskaźnika na pulpicie jest rozwiązaniem niemożliwym do spełnienia, ponieważ lokomotywy nie są wyposażane w tego typu wskaźniki, a wprowadzenie takiego rozwiązania na specjalne zamówienie byłoby skomplikowane, technicznie zawodne i nieuzasadnione. Byłoby to również ekonomicznie nieopłacalne, gdyż spowodowałoby to konieczność modyfikacji oprogramowania pojazdu i dokonanie ponownej homologacji pojazdu.”. Powyższe stwierdzenia potwierdzają treść złożonego w Załączniku oświadczenia o braku spełnienia wymogu Zamawiającego, wskazując na niemożliwość i nieopłacalność takiego rozwiązania. Co więcej sam Odwołujący przyznał na rozprawie, że „Diody LED nie ma w standardowym rozwiązaniu”.

Kolejną pozycją, w której występuje niezgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ jest pozycja 9.3. „Kabina maszynisty – wymagania ogólne” w odniesieniu, do której Odwołujący w złożonym Załączniku podał „Potwierdzono, falownik tylko 1 kW”. Odwołujący wskazywał na brak możliwości „zaimplementowania natężenia 80A (wyłącznik/bezpiecznik) dla mocy 2kW w sieci 24V. Na lokomotywie zainstalowany jest alternator akumulatorowy 200A, który pracuje w zakresie prędkości CAT, na biegu jałowym silnika, moc tego alternatora pokrywa normalne zużycie lokomotywy i ładowanie akumulatora. W trybie spoczynku nie ma możliwości pobrania dodatkowych 83A (2kW)”. Zapytany na rozprawie czy oferowany pojazd spełnia wymóg określony w pozycji 9.3 stwierdził jednoznacznie, że oferowany pojazd „wymogu jako takiego nie spełnia”. Wskazał także, że z wymogiem gniazda 2 kW nie spotkał się wcześniej. Takie rozwiązanie jakiego oczekuje Zamawiający jest zbędne. Podgrzanie jedzenia i napojów umożliwi bowiem zainstalowanie kuchenki mikrofalowej. Niemniej jednak Zamawiający, opowiadając na pytania wykonawców, jednoznacznie potwierdził prawidłowość „wymagania zabudowy gniazda o mocy 2 kW”. Tym samym Odwołujący i tego wymogu nie spełnił.

Niezgodność w ofercie Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ występuje także w pozycji 11.4 „Rozruch”, w odniesieniu do którego Odwołujący podał „Potwierdzono, zaciski tylko do ładowania akumulatora”. I w tym przypadku Odwołujący w treści odwołania wskazał, że „wymóg ten obiektywnie nie może być spełniony lub jego spełnienie miałoby negatywne skutki uboczne dla bilansu sieci energetycznej pojazdu, tym samym prowadziłoby to do wadliwości oferowanego pojazdu”, potwierdzając tym samym niezgodność wynikającą już z treści złożonego wcześniej oświadczenia. Podniósł także, że „zaoferowane przez niego urządzenie pozwala na uruchomienie i ładowanie z zewnętrznego źródła”, tym niemniej – jak wyjaśnił Zamawiający – nie można wymogu z pozycji 11.4 łączyć z wymogiem opisanym w punkcie 11.14, w punkcie 5-ym którego jest mowa o rozruchu baterii akumulatorów ze źródła zewnętrznego, gdyż jest to inny wymóg. Natomiast w punkcie 11.4 – jak dalej wyjaśnił Zamawiający – chodzi o to, aby móc doprowadzić do rozruchu silnika bez akumulatora. Tak więc brak jest podstaw do uznania, że oferowany przez Odwołującego pojazd ten wymóg spełnia.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż w stosunku do kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji zaoferował rozwiązania równoważne Izba stwierdziła, iż brak jest w odniesieniu do tych pozycji (4.5, 9.3 i 11.4) wskazania, że wykonawca oferuje rozwiązania równoważne i podania w treści załącznik nr 4 w odniesieniu do tych właśnie pozycji na czym ta równoważność polega. Tym bardziej, że Zamawiający wprost wskazał w SWZ, że jeśli wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany udowodnić w ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. A tego

Odwołujący nie uczynił.

Art. 107 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych”.

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

Powyższe oznacza, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jest to więc, wbrew twierdzeniom Odwołującego, uprawnienie Zamawiającego a nie jego obowiązek. Celem wyjaśnień jest bowiem uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących treści złożonych dokumentów, które są nieprecyzyjne, niejasne, bądź też budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego, czy też nie. W wyniku składanych wyjaśnień nie może jednak dojść do zmiany ich treści.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że brak było podstaw do kierowania do Odwołującego wezwań do wyjaśnienia treści Załącznika nr 4 w zakresie kwestionowanych pozycji, gdyż jednoznacznie w nich wskazano na niespełnienie wymogu Zamawiającego w określonym zakresie. W tej sytuacji wszelkie wyjaśnienia stanowiłyby nieuprawnioną modyfikację treści złożonej oferty. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia 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: