

## WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Członkowie: Marek Bienias

Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2025 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 3 lutego 2025 r. przez wykonawcę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii,

B.w dniu 10 lutego 2025 r. przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu  
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 394/25:

A.wykonawcy Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 509/25:

A.wykonawcy Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

### **orzeka:**

#### **KIO 394/25**

- 1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 264 ust. 1 ustawy Pzp umowy z 3 lutego 2025 r. zawartej przez zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z wykonawcą Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przekazanie Odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu wraz z ofertą oraz dokumentów podmiotowych i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 7 stycznia 2025 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2.zasądza od zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." z siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego

#### **KIO 509/25**

- 1.oddala odwołanie,
- 2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu i:
  - 2.1.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.

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:.....

.....

.....

**KIO 394/25, 509/25**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa 30 szt. autobusów elektrycznych klasy maxi (12m) i 50 szt. autobusów przegubowych (18m)” (nr postępowania: 64/NT/AB/23). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 września 2024 r. pod nr 535165-2024

3 lutego 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył w sprawie o sygn. KIO 394/25 wykonawca "IRIZAR E-MOBILITY, S.L." siedzibą w Aduna (Gipuzkoa) w Hiszpanii.

10 lutego 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył w sprawie o sygn. KIO 509/25 wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu.

W sprawie o sygn. KIO 394/25 odwołanie złożono w zakresie zadania II wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający ustawę Pzp i zasady jawności i przejrzystości postępowania, uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej „uznk”) informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Solaris Bus & Coach Sp. z o. o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu (zwanej dalej również: „Solaris”) w ofercie oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 07 stycznia 2025 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz braku przekazania Odwołującemu dokumentów niezastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa lub wadliwie zastrzeżonych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne wobec informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Solaris w ofercie oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 07.01.2025 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, pomimo że wykonawca ten nie wykazał przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk;
- 2) art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu kompletnego protokołu postępowania wraz z wszystkimi dokumentami, w tym nieprzekazanie dokumentów podmiotowych przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 07.01.2025 r. przez Solaris;
- 3) art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób rażąco naruszający zasady jawności i przejrzystości.

Odwołujący wnosil o:

- 1)uwzględnienie odwołania,
- 2)nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3)nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Solaris jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 4)nakazanie przekazania Odwołującemu dokumentów złożonych przez Solaris wraz z ofertą oraz dokumentów podmiotowych i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 7 stycznia 2025 r.
- 5)zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu oferty zostały złożone przez dwóch wykonawców – Odwołującego oraz Solaris. Oferta Odwołującego została odrzucona na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2024 r. (KIO 4491/24, KIO 4495/24). W tej sytuacji odrzucenie oferty Solaris skutkowałoby unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, co stworzyłoby Odwołującemu możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia w przyszłości, w wyniku powtórnego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący podniósł, że ma tym samym interes w kwestionowaniu bezprawnej decyzji Zamawiającego w przedmiocie uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich zastrzeżonych przez Solaris informacji. Działania Zamawiającego uniemożliwiają z kolei ocenę prawidłowości decyzji Zamawiającego w kwestii wyboru oferty Solaris jako

najkorzystniejszej dla zadania II. Solaris zastrzegł bowiem zdaniem Odwołującego praktycznie wszystkie kluczowe informacje i dokumenty (składające się na treść oferty jak i dokumenty podmiotowe). Odwołujący podkreślił, że nie miał możliwości zakwestionowania drugiej oferty (w tym w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) na wcześniejszych etapach postępowania, z tego względu, że oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Solaris ponadto został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych dopiero po odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że nieprzyznanie mu prawa do wniesienia środka ochrony prawnej w tej sytuacji naruszałoby wprost zasadę proporcjonalności oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W sprawie o sygn. 509/25 odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu, a polegających na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu dla zadania I oferty złożonej przez wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również jako: Busnex), podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako:

1. nieważna podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 387 § 1 k.c., ponieważ przedmiotem oferty w zakresie czynności obsługowych jest świadczenie niemożliwe;
2. niezgodna z warunkami zamówienia w związku z zaoferowaniem zaniżonej liczby roboczogodzin niezbędnych do wykonania czynności obsługowych oraz podanie niepełnego katalogu tych czynności;
3. złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.;
4. złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) i 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu dla Zadania I oferty złożonej Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że nie znajdował się w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku ze wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego – a następnie potwierdził aktualność złożonego zapewnienia w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ składanym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp – podczas gdy ze złożonych przez wykonawcę Busnex referencji wystawionych przez zamawiającego – Miasto Jelenią Górę - wynika, że wobec tego wykonawcy zostały naliczone kary w wysokości 100.000,00 zł w związku z nieterminową dostawą autobusów elektrycznych;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c.1 i art. 387 § 1 k.c. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu dla zadania I przez wykonawcę Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że oferta złożona przez Busnex jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 387 § 1 k.c. z uwagi na to, że przedmiotem oferty w zakresie czynności obsługowych jest świadczenie niemożliwe, nierealne do wykonania w świetle aktualnego stanu wiedzy i techniki, co w konsekwencji stanowi nadużycie prawa w zakresie kształtowania świadczenia usług obejmujących czynności obsługowe i jako takie nie może korzystać z ochrony;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, a także w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu dla zadania I przez wykonawcę Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że oferta Busnex jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zadeklarowanej liczby roboczogodzin wymaganych do realizacji czynności obsługowych, które są nierealne do dotrzymania oraz katalogu czynności obsługowych, poprzez pominięcie niezbędnych do wykonania czynności obsługowych, co miało na celu nieuprawnione uzyskanie zawyżonej punktacji w kryterium „Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat” i w konsekwencji do tego doprowadziło;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu dla Zadania I przez wykonawcę Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że Busnex złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k., tj. celowo zaoferował zaniżoną liczbę roboczogodzin wymaganych do realizacji czynności obsługowych, która jest nierealna do dotrzymania, oraz pominął w katalogu czynności obsługowych istotne czynności niezbędne do należytej realizacji usługi, co powoduje, że zadeklarowana liczba roboczogodzin ma charakter pozorny, niemożliwy do dotrzymania w świetle stanu wiedzy i techniki, niezgodny z dobrymi praktykami, a działanie Busnex służyło wyłącznie uzyskaniu wyższej punktacji w kryterium „Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat” oraz nieuczciwej przewagi konkurencyjnej i pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia przez

Odwołującego, który przygotował rzetelną ofertę w tym zakresie.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla zadania I;
2. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu dla zadania I, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Busnex dla zadania I;
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla zadania I spośród pozostałych ofert;
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania się na te okoliczności w postępowaniu przed Izbą;
5. 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.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył w postępowaniu – zarówno w zakresie zadania I, jak i zadania II (dla którego podpisał już z Zamawiającym umowę na realizację) – ważną ofertę, która powinna zostać uznana jego zdaniem za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego na realizację zadania I plasuje się na drugim miejscu w rankingu ofert opracowanym przez Zamawiającego na potrzeby wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Podniósł on, że gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty złożonej przez Busnex na realizację zadania I, to odrzuciłby tę ofertę z przyczyn opisanych w odwołaniu, a konsekwencji jako najkorzystniejsza w postępowaniu dla zadania I powinna zostać wybrana oferta Odwołującego.

Odwołania w sprawach o sygn. 394/25 i 509/25 zostały wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania odwołujący w sprawie o sygn. 394/25 uzyskał 24 stycznia 2025 r. (otrzymanie zawiadomienia o wyborze oferty Solaris jako najkorzystniejszej w zadaniu II). W związku z powyższym odwołania wniesione w dniu 3 lutego 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania odwołujący w sprawie o sygn. 509/25 uzyskał 29 stycznia 2025 r. (otrzymanie zawiadomienia o wyborze oferty Busnex jako najkorzystniejszej w zadaniu I). W związku z powyższym odwołania wniesione w dniu 10 lutego 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpisy od obu odwołań w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) każdy zostały uiszczone przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazali kopie odwołań Zamawiającemu oraz załączyli potwierdzenia przekazania odwołań Zamawiającemu.

W dniu 17 lutego 2025 r. Zamawiający złożył w sprawie o sygn. 394/25 pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) odroczenie rozprawy na podstawie art. 550 ustawy Pzp z powodu zaistnienia innych ważnych przyczyn. Zamawiający wskazał, że 13 lutego 2025 r. wpłynęła skarga Odwołującego na wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2024 r. w sprawach o sygn. KIO 4491/24 i KIO 4495/24. W związku z tym przed dokonaniem merytorycznej oceny zarzutów konieczne jest zdaniem Zamawiającego ustalenie kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania i wyjaśnienie aktualnej pozycji prawnej Odwołującego w postępowaniu. Jest to uzasadnione w ocenie Zamawiającego brzmieniem orzeczenia KIO z dnia 23 grudnia 2024 r., w którym oddalono wniosek o ujawnienie treści oferty Odwołującego z uwagi na odrzucenie jego oferty i wyłączenie jej poza dokumentację postępowania. Tym samym rozpoznawanie obecnego odwołania według Zamawiającego prowadziłoby do stworzenia odmiennej pozycji prawnej dwóch uczestników tego samego postępowania, w której jeden z jej uczestników uzyskał ochronę treści swojej oferty przed ujawnieniem jej treści, a drugi takiej ochrony nie posiada.

W dniu 21 lutego 2025 r. Zamawiający złożył w sprawie o sygn. 394/25 pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że w całości podtrzymuje stanowisko zawarte w piśmie znak: MZA/ND/64/82/25 z dnia 29 stycznia 2025 roku o wyniku postępowania, oraz uznaje za prawidłowe swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Busnex Poland Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że dokonał wyboru wykonawcy Busnex Sp. z o.o. zgodnie z brzmieniem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2024 roku w sprawach KIO 4491/24 i KIO 4495/24, w którym Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wykładni treści Specyfikacji Warunków Zamówienia i udzieliła Zamawiającemu jednoznacznych dyspozycji w zakresie kryteriów oceny ofert oraz interpretacji treści oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników obu postępowań, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestników obu postępowań, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w obu odwołaniach nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących ich odrzuceniem, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie. W sprawie o sygn. KIO 394/25 odnosząc się do wniosku zgłoszonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie o odroczenie rozprawy Izba wskazuje, że Irizar jest wykonawcą, któremu na dzień złożenia odwołania przysługuje status wykonawcy, niezasadne jest w związku z tym oczekiwanie na rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych w celu ustalenia kręgu wykonawców uprawnionych do wniesienia odwołania. Krąg ten z uwagi na wniesienie przez Odwołującego skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych jest zdaniem Izby znany. Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania zgłoszonego przez Solaris w piśmie procesowym oraz popartym przez Zamawiającego podczas rozprawy Izba wskazuje, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp tj. z uwagi na wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony. 12 lutego 2025 r. Irizar złożył do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych skargę na orzeczenie wydane przez KIO 23 grudnia 2024 r. w sprawie o sygn. KIO 4491/24 w części tj. w zakresie pkt 2 dotyczącego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Irizar. Przesądza to o tym, że mamy do czynienia z podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, bowiem wyrok KIO z 23 grudnia 2024 r. nie uzyskał statusu prawomocności. Jak słusznie zauważył Irizar dopóki Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych nie wyda rozstrzygnięcia co do wniesionej skargi, tak długo należy uważać, że Odwołujący ma status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie nie ma również podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący na wcześniejszym etapie postępowania, kiedy to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie mógłby wykazać szkody, co jest niezbędnym elementem wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania, w związku z czym nie można uznać, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odnosząc się do wniosku zgłoszonego w sprawie o sygn. 509/25 podczas posiedzenia przez Busnex, popartego przez Zamawiającego Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Pierwotnie oferta Busnex uplasowała się na ostatniej pozycji w rankingu ofert. Dopiero ponowne przeliczenie punktów będące następstwem wyroku KIO z 23 grudnia 2024 r. spowodowało, że oferta Busnex stała się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, tym samym wyprzedzając ofertę złożoną przez Solaris. Mając to na uwadze, Odwołujący na wcześniejszym etapie postępowania, kiedy to jego oferta zajmowała wyższą pozycję w rankingu, aniżeli oferta Busnex, nie mógłby wykazać szkody, co jest niezbędnym elementem wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania, w związku z czym nie można uznać, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła, że wykonawcy wnoszący odwołania wykazali interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. 394/25 wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, a następnie w oparciu o uzyskane informacje wniesienia odwołania oferta Solaris zostałaby odrzucona, wówczas postępowanie zostałoby unieważnione przez Zamawiającego, w związku z czym Odwołujący miałby szansę ponownego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Interes we wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. 509/25 wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, oferta Odwołującego znalazłaby się na pierwszej pozycji w rankingu ofert, w związku z czym Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W sprawie o sygn. 394/25 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, ani opozycji. Izba postanowiła w związku z powyższym dopuścić wykonawcę Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W sprawie o sygn. 509/25 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, ani opozycji. Izba postanowiła w związku z powyższym dopuścić wykonawcę Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić w sprawie o sygn. 394/25 dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego złożonego przez przystępującego, pism procesowych złożonych przez Odwołującego i kopię odpowiedzi na skargę z 24 lutego 2025 r. złożoną podczas posiedzenia przez Odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić w sprawie o sygn. 509/25 dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego złożonego przez przystępującego, dowodów złożonych na posiedzeniu przez Odwołującego i dowodów

złożonych na posiedzeniu przez przystępującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników obu postępowań i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w sprawie 394/25 zasługiwało na uwzględnienie, zaś odwołanie w sprawie o sygn. 509/25 nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa 30 szt. autobusów elektrycznych klasy maxi (12m) i 50 szt. autobusów przegubowych (18m)”. Zgodnie z rozdziałem 4 pkt SWZ postępowanie zostało podzielone na 2 zadania:

a) Zadanie I: 30 sztuk autobusów klasy maxi, ładowanych wyłącznie za pomocą gniazda plug-in, o długości całkowitej  $11,8 \div 12,2$  m, trzydrzwiowych, z drzwiami w układzie 2-2-2;

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

Zamawiający dopuścił możliwość złożenia przez jednego wykonawcę oferty dla obu zadań.

W Postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

a) dla Zadania I:

- Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowo-Osiedle (Odwołujący w sprawie o sygn. 509/25),
- Busnex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (przystępujący w sprawie o sygn. 509/25),
- Irizar e-mobility SL z siedzibą w Adunie

b) dla Zadania II:

- Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowo-Osiedle (przystępujący w sprawie o sygn. 394/25),
- Irizar e-mobility SL z siedzibą w Adunie (Odwołujący w sprawie o sygn. 394/25).

Solaris wraz z ofertą złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem następujących dokumentów składających się na treść oferty:

a) Dane zawarte w formularzu oferty dla zadania I i zadania II dotyczące: sumarycznej liczby roboczogodzin, zużycia energii elektrycznej oferowanego autobusu, gwarantowanego zasięgu, gwarantowanej trwałości baterii trakcyjnych, deklarowanego minimalnego bezpiecznego poziomu SoC (State of charge) baterii trakcyjnych, liczby miejsc pasażerskich.

b) Świadectwo homologacji typu pojazdu wraz z oświadczeniem

c) Homologacja EWG pojazdu odnośnie do palności materiałów użytych wewnątrz konstrukcji oferowanego autobusu uzyskana zgodnie z Regulaminem 118 EKG ONZ dla zadania I i zadania II

d) Opis techniczny dla zadania I i zadania II

e) Rozkład siedzeń dla zadania I i zadania II

f) Rysunek zewnętrzny dla zadania I i zadania II

g) Wyniki badania wielkości zużycia energii elektrycznej dla zadania I i zadania II

h) Oświadczenie o deklaracji gwarantowanego zasięgu wyrażonym w [km] dla zadania I i zadania II

i) Oświadczenie o trwałości ogniw bateryjnych dla zadania I i zadania II

j) Oświadczenie o wysokości rabatu na części zamienne

k) Wykaz narzędzi

l) Oświadczenie o minimalnym bezpiecznym poziomie SoC

m) Wykaz czynności obsługowych z rbh.

n) Oświadczenie o deklarowanej łącznej mocy paneli fotowoltaicznych

o) Oświadczenie Wykonawcy o deklarowanej przez Wykonawcę trwałości baterii trakcyjnych

p) Załączniki – dowody do niniejszego pisma

19 listopada 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru ofert złożonych przez Irizar e-mobility SL (dalej również: Irizar) jako najkorzystniejszych w postępowaniu zarówno dla zadania I, jak i zadania II.

29 listopada 2024 r. Solaris i Busnex wnieśli odwołania (sygn. KIO 4491/24 i KIO 4495/24).

23 grudnia 2024 r. KIO uwzględniła odwołania w sprawach o sygn. KIO 4491/24 i KIO 4495/24 nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w obu zadaniach, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Irizar w zakresie zadania I i zadania II oraz ponowne przyznanie punktów ofertom Solaris i Busnex w zadaniu I w kryteriach „Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat” oraz „Liczba miejsc siedzących”.

7 stycznia 2025 r. Zamawiający wezwał Solaris do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

7 stycznia 2025 r. w odpowiedzi na wezwanie Solaris przekazał Zamawiającemu następujące dokumenty:

a) Wykaz dostaw wraz z referencjami,

b) Informacja banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy nie mniejszą niż 20 000 000,00 PLN,

- c) Dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 10.000.000,00 PLN,
- d) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego,
- e) Oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, - wg załącznika nr 6 do SWZ
- f) Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego,
- g) Zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,
- h) Odpis z KRS,
- i) Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy. - wg załącznika nr 6 do SWZ
- j) Oświadczenie wykonawcy art. 7a ustawy sankcyjnej oraz 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2024. - wg załącznika nr 6b do SWZ
- k) Wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał, że zastrzeżenie tajemnicy dotyczy wszystkich przekazanych dokumentów i nie udostępnił Irizar żadnego z dokumentów złożonych w dniu 7 stycznia 2025 r.

24 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Solaris jako najkorzystniejszej w zakresie zadania II. W związku z tym, że Zamawiający nie udostępnił Irizar dokumentów, o które wnioskował (zastrzeżonych przez Solaris jako tajemnica przedsiębiorstwa), Irizar 3 lutego 2025 r. złożył odwołanie.

29 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Busnex jako najkorzystniejszej w zakresie zadania I. Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Solaris składając 10 lutego 2025 r. odwołanie.

28 stycznia 2025 r. Zamawiający skierował do Solaris zaproszenie do zawarcia umowy w zakresie zadania II.

3 lutego 2025 r. Zamawiający zawarł z Solaris umowę dostawy dotyczącą zadania II.

12 lutego 2025 r. Irizar złożył do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych skargę na orzeczenie wydane przez KIO 23 grudnia 2024 r. w sprawie o sygn. KIO 4491/24 w części tj. w zakresie pkt 2 dotyczącego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Irizar.

Przedmiotem rozpoznania sprawy o sygn. 394/25 było ustalenie, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy Pzp poprzez:

1. uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne wobec informacji i dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Solaris w ofercie oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 07 stycznia 2025 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
2. zaniechanie przekazania Odwołującemu kompletnego protokołu postępowania wraz z wszystkimi dokumentami, w tym nieprzekazanie dokumentów podmiotowych przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 07 stycznia 2025 r. przez Wykonawcę Solaris;
3. prowadzenie postępowania w sposób rażąco naruszający zasady jawności i przejrzystości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 i 2 Izba wskazuje, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest jego jawność. Dodatkowo zastrzeżenie treści całych dokumentów jest dopuszczalne w bardzo wyjątkowych sytuacjach. Nie sposób się w związku z tym zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, który podczas rozprawy wskazał, że jego działania były prawidłowe, ponieważ wykonawcy zastrzegali dokumenty w najszerszym możliwym zakresie, a on tę tajemnicę szanował. Zarówno w zakresie załączników do oferty, jak i przedłożonych podmiotowych środków dowodowych wykonawca Solaris zastrzegł całe dokumenty. Zamawiający uznając takie zastrzeżenie za skuteczne pozbawił wykonawcę chociażby możliwości zweryfikowania ich prawidłowości. Zdaniem Izby zasadne jest twierdzenie Odwołującego, że zastrzeżenie przez wykonawcę Solaris treści całych dokumentów miało na celu uniemożliwienie innym wykonawcom dokonanie kontroli złożonej przez niego oferty. Wykonawca Solaris podczas rozprawy wskazał, że taka jest praktyka, że zastrzega się informacje oraz że uzasadnienie zastrzeżenia być może nie jest doskonałe, ale jest wystarczające. Izba wskazuje, że to na Zamawiającym spoczywał ciężar rzetelnego dokonania oceny uzasadnienia z uwzględnieniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W przedmiotowym postępowaniu Solaris w zastrzeżeniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa załączonym do oferty nie wykazał elementów niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia tj. m.in. wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Poprzestał on na zacytowaniu wybranego orzecznictwa oraz gołosłownych, ogólnych stwierdzeniach, które nie pozwalają na określenie, jakie korzyści przyniesie mu zastrzeżenie lub jakich strat pozwoli uniknąć. Podobnie wykonawca Solaris nie wskazał, jakie dokładnie działania podjął w celu zachowania informacji w poufności. Przedłożył co prawda dowody, które również zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie powiązał ich jednak z dokumentami, które zastrzega w niniejszym postępowaniu. Solaris w zastrzeżeniu nie wykazał również tego, że informacje nie są powszechnie znane dla osób, które się nimi zajmują, jak również że nie mogą one ich z łatwością uzyskać. Poprzestał w tym zakresie ponownie na ogólnym i gołosłownym

stwierdzeniu, że informacje nie są powszechnie znane. Jak słusznie wskazał Irizar Solaris zastrzegł m.in. informacje dotyczące liczby miejsc pasażerskich, podczas gdy w treści wyjaśnień z 23 stycznia 2025 r. sam podał tę ilość.

Dodatkowo jak słusznie zauważył Odwołujący, należy wskazać, że niedopuszczalne jest zastrzeżenie tajemnicy uzasadnienia zastrzeżenia, co przedkładając podmiotowe środki dowodowe uczynił Solaris. Dokument ten powinien umożliwiać innym wykonawcom dokonanie zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zastrzegając zastrzeżenie wykonawcy zostają pozbawieni możliwości weryfikacji tego, czy dane informacje (w przedmiotowej sprawie całe dokumenty) powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nazwanie tego dokumentu „Wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa” nie zmienia tego faktu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zdaniem Izby bezrefleksyjnie utajnił wszystkie dokumenty złożone przez Solaris zarówno wraz z ofertą, jak i 7 stycznia 2025 r., nie podejmując nawet próby analizy i ewentualnie objęcia tajemnicą jedynie wybranych informacji, które jego zdaniem zasługiwałyby na ochronę. Za nieprawidłowe i sprzeczne w ocenie Izby z intencją Solaris należy również uznać utajnienie przez Zamawiającego dokumentów od pkt 1 do 9 złożonych podmiotowych środków dowodowych. Ze zgromadzonego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że intencją tego wykonawcy nie było ich zastrzeżenie, bowiem wskazał on, że: „Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., w myśl art. 8 w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) zastrzega, że informacje zawarte: w załączniku nr 10 – oświadczenie o dostawcy oraz w załącznikach do załącznika nr 11, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane innym osobom, w tym innym uczestnikom postępowania przetargowego, oprócz osób rozpatrujących ofertę po stronie Zamawiającego”.

Odnosząc się do nieudostępnienia przez Zamawiającego protokołu postępowania wraz ze złożonymi przez wykonawcę Solaris 7 stycznia 2025 r. dokumentami należy zauważyć, że zaniechaniem tym Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej i ewentualnego zakwestionowania czynności Zamawiającego.

Z uwagi na uwzględnienie przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 2, również zarzut nr 3 dotyczący prowadzenia postępowania w sposób rażąco naruszający zasady jawności i przejrzystości, będący zarzutem wynikowym jest zasadny.

Przedmiotem rozpoznania sprawy o sygn. 509/25 było ustalenie, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy Pzp poprzez:

1. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu dla Zadania I oferty złożonej Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo, że wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania, bowiem przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp wskazał, że nie znajdował się w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku ze wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego – a następnie potwierdził aktualność złożonego zapewnienia w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ składanym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp - podczas gdy ze złożonych przez wykonawcę Busnex referencji wystawionych przez zamawiającego – Miasto Jelenią Górę - wynika, że wobec tego wykonawcy zostały naliczone kary w wysokości 100.000,00 zł w związku z nieterminową dostawą autobusów elektrycznych;
2. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu dla zadania I przez wykonawcę Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że oferta złożona przez Busnex jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 387 § 1 k.c. z uwagi na to, że przedmiotem oferty w zakresie czynności obsługowych jest świadczenie niemożliwe, nierealne do wykonania w świetle aktualnego stanu wiedzy i techniki, co w konsekwencji stanowi nadużycie prawa w zakresie kształtowania świadczenia usług obejmujących czynności obsługowe i jako takie nie może korzystać z ochrony;
3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu dla zadania I przez wykonawcę Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że oferta Busnex jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zadeklarowanej liczby roboczogodzin wymaganych do realizacji czynności obsługowych, które są nierealne do dotrzymania oraz katalogu czynności obsługowych, poprzez pominięcie niezbędnych do wykonania czynności obsługowych, co miało na celu nieuprawnione uzyskanie zawyżonej punktacji w kryterium „Liczba roboczogodzin w okresie 10 lat” i w konsekwencji do tego doprowadziło;
4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu dla zadania I przez wykonawcę Busnex, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że Busnex złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, tj. celowo zaoferował zaniżoną liczbę roboczogodzin wymaganych do realizacji czynności obsługowych, która jest nierealna do dotrzymania, oraz pominął w katalogu czynności obsługowych istotne czynności niezbędne do należytej realizacji usługi, co powoduje, że zadeklarowana liczba roboczogodzin ma charakter pozorny, niemożliwy do dotrzymania w świetle stanu wiedzy i techniki, niezgodny z dobrymi praktykami, a działanie Busnex służyło wyłącznie uzyskaniu wyższej punktacji w kryterium „Liczba roboczogodzin w

okresie 10 lat" oraz nieuczciwej przewagi konkurencyjnej i pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, który przygotował rzetelną ofertę w tym zakresie.

Zarzut nr 1 dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Busnex, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego. Odwołujący konieczności wykluczenia Busnex upatruje w tym, że wykonawca ten w formularzu JEDZ nie wykazał kary umownej zapłaconej na rzecz Miasta Jelenia Góra. Izba wskazuje, że nie każda kara umowna musi zostać wskazana przez wykonawcę w formularzu JEDZ. Jak wynika z orzecznictwa zarówno KIO, jak i Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, wskazana powinna zostać kara, która ma charakter odszkodowawczy, aby zostały wypełnione przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Busnex nie zataił tego, że podczas realizacji umowy została naliczona kara umowna. Zarówno fakt jej naliczenia, jak i wysokość wynikały z referencji wystawionych przez Miasto Jelenia Góra, skąd informację pozyskał Solaris. Te same referencje potwierdzały należyte zrealizowanie umowy przez wykonawcę (z należyłą starannością i zgodnie z jej warunkami). Naliczona kara stanowiła 0,18% wartości umowy. Odwołujący nie wykazał, aby naliczona kara miała charakter odszkodowawczy, a jak wiadomo nie każda kara ma taki charakter. Z przedłożonych przez Busnex dowodów nr 4-7 wynika, że opóźnienie, w konsekwencji którego została naliczona kara było spowodowane czynnikami od niego niezależnymi (uszkodzenia autobusów). Mając na uwadze powyższe, nie ma również podstaw do uznania, że Busnex w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć wpływ na podejmowane przez niego w postępowaniu decyzje. Zamawiający dokonując wyboru oferty Busnex jako najkorzystniejszej miał świadomość, że w trakcie realizacji przez tego wykonawcę umowy z Miastem Jelenia Góra została naliczona kara umowna.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 sprowadza się on do niemożności wykonania czynności obsługowych w zadeklarowanym przez Busnex czasie co przesądza o tym, że mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym i nierealnym przez co oferta tego wykonawcy jest nieważna. W pierwszej kolejności należy wskazać na rozdział 18 pkt 1.3 SWZ, zgodnie z którym to na wykonawcach ciąży obowiązek wskazania czynności obsługowych włącznie z obsługą zimową (OZ) i obsługą letnią (OL) w danym okresie. Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w określeniu, jakie czynności obsługowe wskażą w tabeli, przy czym dopuścił on wprowadzenie dodatkowych nie przewidzianych czynności określonych w tabeli, do 2% w stosunku do podanej liczby roboczogodzin w każdym roku osobno. Dodatkowo zaznaczył, że wszystkie czynności nieuwzględnione w katalogu czynności obsługowych będą podlegały refakturowaniu wraz z wszystkimi użytymi materiałami eksploatacyjnymi do tej czynności. Wynika z tego, że ryzyko za ewentualne niedokładności w obliczeniach lub pominięcie czynności spoczywa na wykonawcy. Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego sprowadza się do polemiki z wartościami podanymi przez Busnex oraz zestawieniem ich z wartościami podanymi przez Odwołującego (przedłożony przez Solaris dowód nr 1). Już sam układ obu tabeli potwierdza, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom tego, jakie czynności obsługowe powinni oni uwzględnić. Różnice mogą bowiem wynikać chociażby z tego, że wykonawcy oferują różne pojazdy. Odwołujący zdaniem Izby nie podołał wykazaniu, że nie jest możliwe wykonanie czynności obsługowych w zadeklarowanym przez Busnex czasie. Odwołujący powołał się na to, że niemożliwe jest wykonanie tych czynności w świetle stanu wiedzy i techniki, nie poparł jednak tego twierdzenia dowodami np. w postaci opinii technicznej uprawnionego rzeczoznawcy. Nie można za takie niewątpliwie uznać załączonych do odwołania instrukcji obsługi i instrukcji naprawczych, podczas gdy z przedłożonych przez Busnex dowodów nr 1 i 3 jednoznacznie wynika realność wykonania kwestionowanych przez Solaris czynności we wskazanym w tabeli czasie, co potwierdza zarówno producent, jak również użytkownicy autobusów.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Busnex pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia Izba wskazuje, że Odwołujący ową niezgodność odniósł do oferowanej liczby roboczogodzin oraz kompletności katalogu czynności obsługowych. Jak jednak wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 2, Zamawiający nie narzucił w żadnym postanowieniu SWZ (Odwołujący również takiego postanowienia nie wskazał) katalogu czynności, które powinny zostać ujęte. W uzasadnieniu faktycznym zarzutu Odwołujący wskazał na wagę kryterium oceny ofert, którym jest liczba roboczogodzin w okresie 10 lat. Nie podał on jednak w jaki sposób przekłada się ewentualne zaniżenie roboczogodzin za poszczególne czynności lub ich nie uwzględnienie na przyznaną punktację. Nie wykazał on wpływu na wynik postępowania. Co więcej zarzut dotyczył niezgodności oferty z warunkami zamówienia, a związku z nimi Odwołujący nie wykazał. Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący w oparciu o przedłożony podczas posiedzenia dowód nr 2, podczas rozprawy podjął próbę wykazania, że oferta Busnex jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Zamawiający w rozdziale IV pkt 14 SWZ wymagał zaoferowania agregatu grzewczego spalinyowego, zasilanego ON, zastosowanego jako dodatkowe urządzenie grzewcze, którego Busnex nie zaoferował, jednak należy zauważyć, że zarzut taki nie został postawiony w odwołaniu, którego zakresem podczas orzekania jest związana Izba.

Z uwagi na nieuwzględnienie przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i 3, również zarzut nr 4 dotyczący złożenia przez Busnex oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez celowe zaniżenie liczby roboczogodzin,

będący zarzutem wynikowym również nie jest zasadny.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. 394/25 orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą postępowanie, czyli Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. 509/25 orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą postępowanie, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....