Sygn. akt: KIO 2954/23

WYROK

z 31 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ernest Klauziński**

Małgorzata Matecka

Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 27 października 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 października 2023 r. przez wykonawcę ARP e-Vehicles Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Wałbrzych - Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, przy udziale wykonawców:

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

2.PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 5 odwołania.

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania obciąża w odwołującego: ARP e-Vehicles Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

……

……

Sygn. akt: KIO 2954/23

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

Gminę Wałbrzych - Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzych (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa autobusów elektrycznych zasilanych wodorem”, numer: DU.260.18.2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego 3 lipca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 125-396102.

6 października 2023 r. wykonawca ARP e-Vehicles Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu przez błędne przyjęcie, że treść oferty była niezgodna z dokumentami zamówienia,

2.art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. (dalej: Solaris), mimo że była ona mniej korzystna cenowo oraz technicznie od oferty Odwołującego,

3.art. 107 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie oraz art. 107 ust. 3 Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie i niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia środka dowodowego - załącznika nr 3 do oferty Odwołującego „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia”, skoro w ocenie Zamawiającego był on niekompletny, a brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;

4.art. 107 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści środków dowodowych w postaci załącznika nr 3 do oferty Odwołującego „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" w zakresie dotyczącym:

1)urządzenia ogrzewania stanowiska kierowcy „frontbox", które Zamawiający błędnie uznał za dodatkowe urządzenie, nie mieszczące się w katalogu urządzeń opisanych w załączniku nr 9 do SWZ, mogące generować dodatkowy pobór energii elektrycznej i dodatkowe koszty obsługi i serwisowania, skutkujące obniżeniem efektu ekonomicznego oraz zasięgu autobusów, będących przedmiotem zamówienia, podczas gdy urządzenie „frontbox" jest nazwą własną nagrzewnicy frontowej (oba określenia są synonimami) służącej do kompleksowego ogrzewania miejsca pracy kierowcy, w tym szyby przedniej i posiada właściwości identyczne, jak nagrzewnica frontowa wymagana przez Zamawiającego, o której mowa w załączniku nr 9 do SWZ,

2)agregatu grzewczego, który Zamawiający błędnie uznał za urządzenie hybrydowe, wykorzystujące dwa sposoby zasilania, tj. elektryczne i spalinowe, a także powodujące konieczność montażu dodatkowych elementów, m.in. zbiornika na paliwo, a co za tym idzie jako niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w załączniku nr 9 do SWZ, podczas gdy w rzeczywistości zaoferowany przez Odwołującego agregat grzewczy jest urządzeniem o w pełni elektrycznym źródle zasilania, gdyż posiada ustawienia, aby pracować wyłącznie w trybie elektrycznym (brak w ofercie Odwołującego zbiornika na olej napędowy, bez którego działanie urządzenia spalinowego nie jest możliwe), a tym samym nie jest urządzeniem, które będzie pracowało w trybie hybrydowym i spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ,

a przez to dokonanie przez Zamawiającego we własnym zakresie ustaleń oraz oceny treści tych środków dowodowych, które są błędne i niewłaściwe;

5.Art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 Uznk przez nieuzasadnione nieujawnienie danych dotyczących informacji o deklarowanych wartościach zużycia wodoru na 100 km, podanych w formularzach ofertowych przez: Solaris oraz PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. (dalej: PAK-PCE), z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo że deklarowane wartości nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż dane o zużyciu wodoru są jedynie deklaracją producenta pojazdu, a nie rzeczywistym zużyciem tego paliwa wynikającym z dokumentu SORT-2 wydanym przez niezależną organizację.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.odtajnienia danych dotyczących informacji o deklarowanych wartościach zużycia wodoru na 100 km, podanych w formularzach ofertowych przez wykonawców Solaris oraz PAK–PCE,
2.unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Solaris jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
3.unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
4.powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

20 października 2023 r. Zamawiający w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron prowadzonego w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 2954/23 i KIO 2964/23 oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 5 odwołania KIO 2954/23. Wobec braku sprzeciwu, co do uwzględnienia odwołania i istotne znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania odwoławczego, Izba zarządziła przekazanie Odwołującemu informacji, których dotyczył Zarzut nr 5 i odroczyła posiedzenie do 27 października 2023 r. Zamawiający zrealizował ww. zarządzenie, co potwierdził dowodami przekazanymi do Izby przed wznowieniem posiedzenia.

Ze względu na zmianę składu orzekającego posiedzenie w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 2954/23 i KIO 2964/23 27 października 2023 r. zostało przeprowadzone od nowa, przy czy Izba z urzędu włączyła dotychczas zgromadzony materiał dowodowy i pisma procesowe do akt sprawy.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, zostałaby wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza w postępowaniu, przez co Odwołujący uzyskałby wynagrodzenie

za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

W zakresie nieuwzględnionych zarzutów w uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m. in.:
Zamawiający wskazał trzy podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.
I. Zastosowanie dodatkowego ogrzewania stanowiska kierowcy „frontbox", a więc dodatkowego urządzenia, które nie mieści się w katalogu urządzeń opisanych w treści SWZ
Zamawiający wskazał, że w sposób szczegółowy opisał przedmiot zamówienia, w tym sposób ogrzewania wnętrza autobusu określony w części V załącznika nr 9 „V. Szczegółowe wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie, które muszą spełniać i posiadać oferowane autobusy" – lp. 12 tabeli „Ogrzewanie przedziału pasażerskiego i kabiny kierowcy". Zamawiający wymagał, aby urządzeniami zamontowanymi w pojeździe były m.in.: agregat grzewczy, klimatyzacja, pompa ciepła, nagrzewnice oraz grzejniki oraz dodatkowo Zamawiający wymagał niezależnej regulacji temperatury w kabinie kierowcy.
W ocenie Zamawiającego, Odwołujący w załączniku nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" wskazał zastosowanie urządzenia ogrzewania stanowiska kierowcy „frontbox",
a więc dodatkowego urządzenia, które nie mieściło się w katalogu urządzeń opisanych w SWZ. Ponadto urządzenie takie mogłoby generować dodatkowy pobór energii elektrycznej
i dodatkowe koszty obsługi i serwisowania, a więc obniżenie efektu ekonomicznego oraz zasięgu zamawianych autobusów. Z tych przyczyn Zamawiający uznał, że montaż urządzenia frontbox w autobusie jest niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w załączniku nr 9 do SWZ.
Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści środków dowodowych, mimo że byłyby one wystarczające do dokonania prawidłowych ustaleń przez Zamawiającego i wyjaśniałyby wszelkie wątpliwości w tym zakresie. Dlatego odrzucenie oferty w oparciu o dowolne ustalenia, dokonane we własnym zakresie przez Zamawiającego, zawierające błędne założenia było błędne. Zamawiający wzywał pozostałych dwóch oferentów do złożenia wyjaśnień treści środków dowodowych. Świadczyło to nie tylko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 107 ust. 4 Pzp, ale również naruszeniu zasady uczciwej konkurencji przez żądanie od wykonawców różnych oświadczeń i dokumentów lub nakładanie tylko
na niektórych wykonawców dodatkowych wymagań.
Zamawiający w pkt 12 załącznika nr 9 do SWZ (Opis techniczny przedmiotu zamówienia – strona 13) wskazał, że Ogrzewanie przedziału pasażerskiego i kabiny kierowcy powinno być: „elektryczne, wodne, wysokowydajne ogrzewanie wspomagane dodatkowo pompą ciepła
(o łącznej mocy grzewczej min. 25 kW), realizowane przez:

- –nagrzewnice z wentylatorami w przestrzeni pasażerskiej minimum 3 sztuki,
- –wymienniki ciepła układu klimatyzacji
- –nadmuch ciepłego powietrza musi być realizowany przez kanały powietrzne umieszczone pod pokrywami dachowymi w przestrzeni pasażerskiej,
- –zaleca się dodatkowo zastosowanie grzejnika/ów konwektorowego/ych rozmieszczonego/ych w przestrzeni pasażerskiej,
- –nagrzewnicę frontową służącą do kompleksowego ogrzewania miejsca pracy kierowcy, w tym szyby przedniej,
- –jedną dodatkową nagrzewnice, poza nagrzewnicą frontową określoną powyżej, zamontowaną w kabinie kierowcy".

Zaoferowane przez Odwołującego urządzenie „frontbox" było tożsame z wymaganą przez Zamawiającego „nagrzewnicą frontową służącą do kompleksowego ogrzewania miejsca pracy kierowcy, w tym szyby przedniej". Na dowód powyższego Odwołujący załączył do odwołania dwie wiadomości email od dwóch niezależnych dostawców takich urządzeń (Sanz Clima
Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Webasto Petemar Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach), którzy potwierdzały, że nazwy te są używane zamiennie i oznaczają dokładnie to samo urządzenie. Webasto Petemar Sp. z o.o. przesłała dodatkowo kartę katalogową takiego urządzenia (w języku angielskim), w której widnieje nazwa „Frontbox". Nie jest to zatem inne, dodatkowe urządzenie, zamontowane w autobusie, lecz określenie używane przez producenta nagrzewnicy frontowej. Odwołujący wskazuje, że urządzenie, którego nazwa własna
to „frontbox" (inaczej nagrzewnica frontowa) jest złożonym urządzeniem grzewczo-klimatyzacyjnym, które w jednym urządzeniu kompiluje całkowitą obsługę grzewczo-klimatyzacyjną kabiny kierowcy, w tym umożliwia regulację temperatury i prędkości strumienia powietrza jakie płynie do kabiny kierowcy, w tym na szybę czołową pojazdu, umożliwiając jej szybkie odszronienie czy odparowanie. Ponadto, jest to rozwiązanie typowe, stosowane również przez dwóch pozostałych oferentów.
Oba określenia („frontbox" i „nagrzewnica frontowa") są zatem synonimami, a nazwa „frontbox" jest nazwą własną tego

samego urządzenia stosowaną przez producenta (Odwołującego). Odwołujący podniósł również, że w złożonej ofercie nie wskazał żadnego innego urządzenia, którego funkcją byłoby ogrzewanie miejsca pracy kierowcy, w tym szyby przedniej.
Gdyby Zamawiający chciałby odrzucić ofertę to właśnie jako podstawę wskazałby raczej brak jednego z wymaganych przez siebie elementów przedmiotu zamówienia, a nie z uwagi
na „zastosowanie dodatkowego urządzenia, które nie mieści się w katalogu urządzeń opisanych w treści SWZ". Świadczy to o tendencyjnym podejściu Zamawiającego do treści oferty Odwołującego oraz nienależytym dokonaniu oceny wszystkich złożonych ofert.
Z uwagi na powyższe urządzenie „frontbox" nie będzie generowało dodatkowego poboru energii elektrycznej i dodatkowych kosztów obsługi i serwisowania, a co za tym idzie efekt ekonomiczny zostanie osiągnięty, tak samo jak zachowane zostaną zasięgi zamawiających autobusów.
II. Zastosowanie agregatu grzewczego hybrydowego (elektryczno-olejowego), podczas
gdy Zamawiający wymagał zastosowania agregatu grzewczego wyłącznie elektrycznego
Zdaniem Zamawiającego, wskazany przez Odwołującego w załączniku nr 3 do oferty „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" agregat był urządzeniem hybrydowym,
a więc wykorzystującym dwa sposoby zasilania: elektryczne i spalinowe. Takie rozwiązanie byłoby sprzeczne z ideą autobusu zeroemisyjnego, ale także powodowałoby montaż dodatkowych elementów, m.in. zbiornika na paliwo.
Zamawiający podniósł również, że Odwołujący w załączniku nr 3 podał nazwę agregatu. Zamawiający odtajnił załącznik nr 3 z wyłączeniem m.in. danych zawartych w tabeli - lp. 12 Układ
ogrzewania (ogrzewanie przedziału pasażerskiego i kabiny kierowcy) – w zakresie nazwy agregatu. Powyższe, zdaniem Zamawiającego wskazywało, że zaproponowany agregat był hybrydowy. Dlatego Zamawiający stwierdził niezgodność oferty z warunkami zamówienia określonymi w załączniku nr 9 do SWZ.
Zamawiający również w tym zakresie nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści środków dowodowych, mimo że do złożenia takich wyjaśnień wzywał pozostałych dwóch oferentów.
W związku z unifikacją pojazdów produkowanych przez Odwołującego, wszystkie egzemplarze autobusów wyposażane są w agregat grzewczy tego samego typu. W zależności od wymagań klienta (zamawiającego), agregat ten jest konfigurowany przez Odwołującego
do pracy hybrydowej (elektryczno-spalinowej) lub wyłącznie elektrycznej. Wynika to również
z faktu, że agregat ten jest shomologowany na pojazdach PILEA (nazwa własna autobusów produkowanych przez Odwołującego), a zmiana agregatu (zmiana źródła i sposobu zasilania) dla każdego klienta pociągałaby za sobą dodatkowe badania, koszty i ryzyka związane
z terminowym dostarczeniem pojazdów oraz z ich niezawodnością.
Sposób konfiguracji jest ustalany na bazie wymagań przetargowych klienta (zamawiającego) oraz w drodze pytań zadawanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku dokonania konfiguracji agregatu do pracy wyłącznie elektrycznej, nie jest możliwe uruchomienie głowicy spalinowej (olejowej), chociażby ze względu na brak podzespołów niezbędnych do jej pracy, takich jak zbiornik na olej napędowy, który nie jest
w takim przypadku montowany. Wysterowanie agregatu (ustawienie źródła lub źródeł jego zasilania) jest realizowane przez dokonanie odpowiednich ustawień oprogramowania autobusu.
Odwołujący zwrócił się z zapytaniem do Zamawiającego, czy nie chciałby skorzystać z pełnej opcji źródła ciepła jakie oferują pojazdy marki PILEA, co jest wartością dodaną i pewnym udogodnieniem dla większości zamawiających, gdyż ułatwia uruchamianie oraz odciąża pracę zasilania elektrycznego autobusu podczas niskim temperatur (zwłaszcza dużych mrozów). Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę SWZ w tym zakresie, dlatego Odwołujący zaoferował pojazd z agregatem grzewczym skonfigurowanym wyłącznie do pracy elektrycznej, co zostało zaznaczone w ofercie Odwołującego „elektryczne, wodne, wysokowydajne ogrzewanie wspomagane dodatkowo pompą ciepła (o łącznej mocy grzewczej min. 25 kW)". Oferowany przez Odwołującego agregat grzewczy nie posiada zbiornika olejowego.
W związku z tym warunek „wymóg, dotyczący ogrzewania elektrycznego, musi być zachowany" został przez Odwołującego zachowany. Wobec powyższego uzasadnienie tracą argumenty Zamawiającego mówiące o zaprzeczeniu idei pojazdu zeroemisyjnego oraz montażu zbiornika paliwa. Przy konfiguracji „czysto" elektrycznej pojazdy marki PILEA nie są w ogóle wyposażone w zbiornik paliwa.
Odwołujący wyjaśnił, że w złożonej ofercie agregat grzewczy określony został jako Hybrid. Odwołujący załączył do odwołania kartę katalogową tego urządzenia, w której producent nie posłużył się w ogóle nazwą „Hybrid". Nawet użycie tego określenia w ofercie przez Odwołującego nie oznaczało automatycznie, że praca tego urządzenia miałaby charakter hybrydowy, gdyż o charakterze pracy decydują jego właściwości i możliwości techniczne,
a agregat grzewczy zaoferowany przez Odwołującego jest pozbawiony zbiornika paliwa,
a co za tym idzie może on pracować wyłącznie w trybie elektrycznym i nie jest możliwa jego praca w trybie hybrydowym.

Samo określenie Hybrid zestawionej z nazwą urządzenia jest jego zunifikowaną nazwą handlową stosowaną przez Odwołującego.
Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zastosowanie w autobusie elektrycznym agregatu hybrydowego, a więc wykorzystującego dwa sposoby zasilania (elektryczne
i spalinowe) nie powoduje „zaprzeczenia idei autobusu zeroemisyjnego". Ustawowa definicja pojazdu zeroemisyjnego dotyczy bowiem jedynie jego napędu i nie odnosi się w ogóle do jego źródła ogrzewania. Jak stanowi art. 2 pkt 1) ustawy z 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych, autobus zeroemisyjny to autobus w rozumieniu art. 2 pkt 41 ustawy z 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym oraz trolejbus w rozumieniu art. 2 pkt 83 tej ustawy, wykorzystujące do napędu energię elektryczną, w tym energię wytworzoną z wodoru w zainstalowanych w nich ogniwach paliwowych, lub wyłącznie silnik, którego cykl pracy nie prowadzi do emisji gazów cieplarnianych lub innych substancji objętych systemem zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji, o którym mowa w ustawie
z 17 lipca 2009 r. o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji. Z definicji tej wynika, że autobus elektryczny czy wodorowy z ogrzewaniem nawet w pełni spalinowym nadal będzie autobusem zeroemisyjnym w rozumieniu ustawy.
III.Niekompletność środka dowodowego - załącznika nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia"
Zamawiający podniósł, że złożony przez Odwołującego środek dowodowy - załącznik nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" był niekompletny, ale nie wzywał Odwołującego do jego uzupełnienia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, gdzie i w jakim zakresie w jego ocenie ww. środek dowodowy był niekompletny.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 18 października 2023 r. wniósł o jego oddalenie
w zakresie zarzutów o numerach 1 do 4. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:
Zarzut 1
Z opisu oferowanych autobusów (załącznik nr 3 do oferty) wynikało, że oferowany przez Odwołującego autobus posiada zarówno „niezależne ogrzewane stanowisko kierowcy – frontbox", jak i „nagrzewnicę frontową służącą do kompleksowego ogrzewania miejsca pracy kierowcy". Oznacza to, że zamawiający prawidłowo zidentyfikował i zinterpretował, że w opisie oferowanego autobusu znajduje się nagrzewnica frontowa oraz dodatkowe urządzenie, które stanowi dodatkowy system grzewczy.
Określona liczba oraz struktura urządzeń w specyfikacji postępowania wg najlepszej wiedzy zamawiającego stanowi racjonalny sposób ogrzewania autobusu przy minimalizacji zużycia energii elektrycznej, a więc wpływającej na efekt ekonomiczny (w tym oprócz zużycia energii, kosztów obsługi i serwisowania), ekologiczny oraz maksymalny zasięg autobusów, będących przedmiotem zamówienia, co zostało opisane w treści załącznika nr 9 do SWZ: „(…) zakres temperatur będzie optymalny dla zapewniania komfortu pasażerów przy równoległym zachowaniu zdolności do wykonania przez autobus gwarantowanego przebiegu".
Odwołujący w ofercie wskazał zastosowanie niezależnego ogrzewania stanowiska kierowcy „frontbox", a więc dodatkowego urządzenia, oprócz tych, które zostały opisane w treści załącznika nr 9 do SWZ. Urządzenie takie w konsekwencji generuje dodatkowy pobór energii elektrycznej i dodatkowe koszty obsługi i serwisowania, a więc obniżenie efektu ekonomicznego oraz zasięgu autobusów, będących przedmiotem zamówienia.
Dodatkowy system ogrzewania powoduje czerpanie energii z baterii trakcyjnych, a tym samym ryzyko ich rozładowania podczas ogrzewania na postoju pojazdu w przypadku wyłączonego ogniwa paliwowego.
Powoduje to zmniejszanie się pojemności użytkowej baterii, a w przypadku jej nadmiernego rozładowania ryzyko utraty gwarancji.
Zarzut 2
Zamawiający wymagał zastosowania elektrycznego, wodnego, wysokowydajnego ogrzewania wspomaganego dodatkowo pompą ciepła oraz dopuścił agregat grzewczy jako urządzenie grzewcze. Dodatkowo w uwagach podkreślił, że: „wymóg, dotyczący ogrzewania elektrycznego, musi być zachowany".
Wymaganie Zamawiającego zostało również potwierdzone w odpowiedzi na pytanie odwołującego nr 3 z 14 lipca 2023 r. (pismo Zamawiającego z 18.07.2023 r., opublikowane
na stronie internetowej prowadzonego postępowania - Platformie zakupowej 18.07.2023 r.):
„Pytanie 3
Czy Zamawiający dopuści ogrzewanie piecem hybrydowym elektryczno-spalinowym?
Odpowiedź:
Zamawiający nie zmienia zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia".
Po opublikowaniu tej odpowiedzi Odwołujący nie zadawał kolejnych pytań związanych
z układem ogrzewania.
Wskazany przez Odwołującego w załączniku nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" agregat - wg

najlepszej wiedzy Zamawiającego - jest urządzeniem hybrydowym, a więc wykorzystującym dwa sposoby zasilania: elektryczne i spalinowe. Takie rozwiązanie powoduje nie tylko zaprzeczenie idei autobusu zeroemisyjnego, ale także powoduje montaż dodatkowych oraz niezgodnych z wymaganiami zamawiającego elementów urządzeń, które mają wpływ na koszty obsługi, czas serwisowania oraz zakres techniczny obsługi urządzenia grzewczego. Dowodzenie Odwołującego, że z definicji ustawowej autobusu zeroemisyjnego wynika, że autobus elektryczny czy wodorowy z ogrzewaniem nawet w pełni spalinowym nadal będzie autobusem zeroemisyjnym – było zdaniem Zamawiającego niepoprawne, gdyż zastosowanie w pojeździe elementów oraz podzespołów mogących wytwarzać energię przy użyciu spalania paliw kopalnych, powoduje emisję gazów cieplarnianych, czego skutkiem jest brak spełnienia definicji zeroemisyjności (braku produkcji zanieczyszczeń) w rozumieniu cytowanej ustawy o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji.
Odwołujący, mimo uzyskania odpowiedzi na pytanie o niedopuszczeniu zastosowania rozwiązań hybrydowych w przedmiocie dostawy - zaoferował takie rozwiązanie, co wykazał
w załączniku nr 3 do oferty złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne (przedmiotowym środku dowodowym).
Zamawiający świadomie nie przyjął rozwiązań hybrydowych w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż wówczas autobus będący przedmiotem zamówienia nie byłyby z definicji ustawowej autobusem zeroemisyjnym (art. 2 pkt 1 ustawy z 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności
i paliwach alternatywnych).
Odnosząc się do deklaracji Odwołującego, że można za pomocą odpowiedniego oprogramowania wyłączyć funkcjonalność „spalinową", zamawiający stwierdził, że agregat tego typu posiada dodatkowe elementy, które nie będą używane przez zamawiającego i będą powodować utrudniony serwis, występowanie problemów eksploatacyjnych z zastosowanym oprogramowaniem, a nawet zwiększenie masy pojazdu. Odwołujący w odwołaniu przedstawił kartę katalogową prezentowanego agregatu, ale nie jest ona w języku prowadzonego postępowania (nie złożono też tłumaczenia na język polski), co uniemożliwiało jej weryfikację.
Zarzut 3
Zamawiający w piśmie DU.260.18.2023 z 26.09.2023 r. - informacja o wyborze oferty, w części dot. informacji o ofercie odrzuconej poinformował, że:

- złożony przez Odwołującego przedmiotowy środek dowodowy - załącznik nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" jest niekompletny i wykazał
  w zakresie jakich zapisów występuje jego niekompletność,
- uwzględniając postanowienia art. 107 ust. 3 Pzp, nie wzywał Wykonawcy (Odwołującego) do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Zamawiający podtrzymał twierdzenie, że jego stanowisko było w tym zakresie prawidłowe.
Zarzut 4
Zastosowanie art. 107 ust. 4 Pzp stanowiłoby naruszenie prawa, bowiem byłoby negocjacjami treści oferty. Taką czynnością zamawiający naruszyłby art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.
Zamawiający nie miał wątpliwości co do treści oferty Odwołującego. Analiza
ww. przedmiotowego środka dowodowego „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" jednoznacznie prowadziła do wniosku, że Odwołujący zaoferował produkt niezgodny
z wymaganiami zamawiającego, a tym samym nie było podstaw do zwrócenia się do niego
o wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
oraz Przystępującego Solaris zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie
na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Odwołującego z załącznikami.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III.1 SWZ „Przedmiotem zamówienia – z uwzględnieniem zapisów dotyczących prawa opcji - jest dostawa 20 fabrycznie nowych, niskopodłogowych, przyjaznych środowisku autobusów miejskich standardowych o napędzie elektrycznym zasilanych ogniwami wodorowymi i długości w przedziale od 11,8 m do długości zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia".

Szczegółowy opis techniczny przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 9 do SWZ. Dla oceny ewentualnej zasadności zarzutów znaczenie miał przy tym punkt V.12 „Ogrzewanie przedziału pasażerskiego i kabiny kierowcy" w którym Zamawiający ustanowił następujące wymogi:

„elektryczne, wodne, wysokowydajne ogrzewanie wspomagane dodatkowo pompą ciepła (o łącznej mocy grzewczej min. 25 kW), realizowane przez:

- –nagrzewnice z wentylatorami w przestrzeni pasażerskiej minimum 3 sztuki,
- –wymienniki ciepła układu klimatyzacji – nadmuch ciepłego powietrza musi być realizowany przez kanały powietrzne umieszczone pod pokrywami dachowymi w przestrzeni pasażerskiej,
- –zaleca się dodatkowo zastosowanie grzejnika/ów konwektorowego/ych rozmieszczonego/ych w przestrzeni pasażerskiej,
- –nagrzewnicę frontową służącą do kompleksowego ogrzewania miejsca pracy kierowcy, w tym szyby przedniej,
- –jedną dodatkową nagrzewnice, poza nagrzewnicą frontową określoną powyżej, zamontowaną w kabinie kierowcy (…)".

Odwołujący załączył do swojej oferty przedmiotowy środek dowodowy (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), w którym w zakresie wymogów określonych w punkcie V.12 wskazał nazwę urządzenia, które miało realizować określone w tym punkcie wymogi (wraz ze słowem Hybrid przy nazwie) oraz m. in. podał także ilość nagrzewnic i wskazał na sposób ogrzewania stanowiska kierowcy. Pozostała część tego punktu stanowiła powielenie wymogów Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 9 do SWZ w punkcie V.12.

26 września 2023 r. Zamawiający upublicznił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

„Uzasadnienie prawne

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (…)

Uzasadnienie faktyczne

(…) Zastosowanie dodatkowego ogrzewania stanowiska kierowcy

Zamawiający w sposób szczegółowy opisał przedmiot zamówienia, w tym sposób ogrzewania wnętrza autobusu określony w części V załącznika nr 9 „V. Szczegółowe wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie, które muszą spełniać i posiadać oferowane autobusy" – lp. 12 tabeli „Ogrzewanie przedziału pasażerskiego i kabiny kierowcy". Zamawiający wymagał, aby urządzeniami zamontowanymi w pojeździe były m.in.: agregat grzewczy, klimatyzacja, pompa ciepła, nagrzewnice oraz grzejniki oraz dodatkowo Zamawiający wymagał niezależnej regulacji temperatury w kabinie kierowcy.

Wykonawca w załączniku nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" wskazał zastosowanie urządzenia ogrzewania stanowiska kierowcy „frontbox", a więc dodatkowego urządzenia, które nie mieści się w katalogu urządzeń opisanych w treści SWZ. Ponadto urządzenie takie może generować dodatkowy pobór energii elektrycznej i dodatkowe koszty obsługi i serwisowania, a więc obniżenie efektu ekonomicznego oraz zasięgu autobusów, będących przedmiotem zamówienia.

Uznać zatem należy, że montaż urządzenia frontbox w autobusie jest niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w załączniku nr 9 do SWZ.

Zastosowanie hybrydowego agregatu grzewczego

Zamawiający w sposób szczegółowy opisał przedmiot zamówienia, w tym sposób ogrzewania wnętrza autobusu określony w części V załącznika nr 9 „V. Szczegółowe wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie, które muszą spełniać i posiadać oferowane autobusy" – lp. 12 tabeli „Ogrzewanie przedziału pasażerskiego i kabiny kierowcy". Zamawiający wymagał zastosowania elektrycznego, wodnego, wysokowydajnego ogrzewania wspomaganego dodatkowo pompą ciepła oraz dopuścił agregat grzewczy jako urządzenie grzewcze. Dodatkowo w uwagach podkreślił,

że: „wymóg, dotyczący ogrzewania elektrycznego, musi być zachowany". Przedmiotem zamówienia były autobusy elektryczne zasilane wodorem, a więc pojazdy w pełni zeroemisyjne zapewniające osiągnięcie jak najwyższych efektów ekologicznych oraz ekonomicznych, o jak najbardziej racjonalnej konstrukcji.
Wskazany przez Wykonawcę w załączniku nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" agregat jest urządzeniem hybrydowym, a więc wykorzystującym dwa sposoby zasilania: elektryczne i spalinowe. Takie rozwiązanie powoduje nie tylko zaprzeczenie idei autobusu zeroemisyjnego, ale także powoduje montaż dodatkowych elementów, m.in. zbiornika na paliwo (…).
Wykonawca w załączniku nr 3 podał nazwę agregatu (…). W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazuje, że zaproponowany agregat jest hybrydowy. Uznać zatem należy,
że montaż hybrydowego agregatu grzewczego jest niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w załączniku nr 9 do SWZ.
Jednocześnie Zamawiający informuje, że złożony przez Wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy - załącznik nr 3 „Parametry oferowanego przedmiotu zamówienia" jest niekompletny. Zamawiający, uwzględniając postanowienia art. 107 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (…)".
Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania z przyczyn wskazanych
w przytoczonym wyżej uzasadnieniu była prawidłowa.
Na wstępie Izba wskazuje, że Odwołujący niesłusznie twierdził, że jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu, gdyby nie została z niego odrzucona. W odpowiedzi
na odwołania Zamawiający zawarł symulację punktacji ofert wykonawców biorących udział
w postępowaniu uwzględniając w niej ofertę Odwołującego. Zgodnie z nią lista rankingowa ofert w postępowaniu przedstawiałaby się następująco:

1.Solaris Bus&Coach sp. z o.o. - 99,91 pkt,
2.PAK–PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. 99,73 pkt,
3.ARP E-VEHICLES sp. z o.o. 98,64 pkt.

Na listę tą wskazywał również w piśmie procesowym Przystępujący Solaris. Odwołujący jednak w ogóle się do tej kwestii nie odniósł i nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego
i Przystępującego Solaris. Izba dała więc wiarę stanowisku Zamawiającego w tej mierze
i uznała, że niezależnie od ewentualnej, merytorycznej zasadności zarzutów odwołania, podlega ono oddaleniu ze względu na brak wpływu na wynik postępowania. Odwołujący nie kwestionował bowiem prawidłowości oferty Przystępujących Solaris oraz PAK-PCE, a zatem nawet gdyby Izba uznała, że oferta Odwołującego została niezasadnie odrzucona
z postępowania, to nie miałaby podstaw do nakazania Zamawiającego unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego Solaris. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ
na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.
Podkreślenia wymaga jednak, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się również
co do meritum. O ile kluczowe dla wydania wyroku informacje z załącznika do oferty Odwołującego objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa i Izba nie może ich przytoczyć, to skład orzekający jednoznacznie uznał, że Zamawiający w prawidłowy sposób ocenił przedmiot oferowany mu przez Odwołującego. Niezależnie od tego jaka były rzeczywiste intencje Odwołującego co do zamierzonego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający otrzymał od niego informacje nie dające się interpretować inaczej niż w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W szczególności w przedmiotowym środku dowodowych brak jest jakiejkolwiek wskazówki pozwalającej na wysnucie wniosku, że Odwołujący zamierza dostosować oferowane rozwiązania tak, by były w pełni zgodne z SWZ. Zamawiający nie może domyślać się treści oferty i charakteru oferowanych mu rozwiązań – muszą one wprost
i w sposób nie budzący wątpliwości wynikać z oferty wraz z załącznikami.
Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający winien był wezwać go do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego było niezasadne – spełnienie oczekiwania Odwołującego w tym zakresie prowadziłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty – Odwołujący otrzymałby bowiem możliwość zastąpienia postanowień sprzecznych z SWZ takimi, które byłby z wymogami Zamawiającego zgodne.
Zamawiający z tych samych powodów nie miał podstaw do wezwania Odwołującego
do wyjaśnienia podmiotowego środka dowodowego – jego literalne brzmienie nie budziło wątpliwości, w szczególności w zakresie charakteru oferowanego typu agregatu. Zamawiający prawidłowo uznał, że nie ma podstaw do wyjaśnień treści

złożonych mu dokumentów.

Podkreślenia wymaga, że składając ofertę w postępowaniu Odwołujący musiał mieć świadomość, że Zamawiający nie zgodził się na wyposażenie dostarczanych mu pojazdów
w agregaty hybrydowe. Dlatego umieszczenie w przedmiotowym środku dowodowym informacji dającej podstawę do uznania, że Odwołujący zaoferował jednak właśnie taki agregat było przynajmniej lekkomyślne przy braku adnotacji o zamiarze dostosowania urządzenia
do potrzeb i wymogów Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……….............…………………...……………

……….............…………………...……………

……….............…………………...……………