Sygn. akt: KIO 4038/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2024 roku przez *wykonawcę MAN Truck & Bus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nadarzynie*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Gmina Kielce – Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach*

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża *wykonawcę MAN Truck & Bus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nadarzynie* i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *MAN Truck & Bus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nadarzynie* tytułem wpisu od odwołania,
   kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez w*ykonawcę MAN Truck & Bus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nadarzynie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   kwotę 3 000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego *Gmina Kielce – Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2 zasądza od *wykonawcy MAN Truck & Bus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nadarzynie* na rzecz *Gminy Kielce – Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach* kwotę 3 000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego *Gminę Kielce – Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach* stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 4038/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Gmina Kielce – Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach* prowadzi postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą „Zielony transport publiczny
w Kielcach – zakup autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą ładowania", nr ref.: 9/2024.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 1822/S 024-180920.

W dniu 31 października 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2024.1320 t. j.; dalej jako: "ustawa Pzp"), wniósł odwołanie od:

1) czynności Zamawiającego polegającej na opisaniu przedmiotu zamówienia
w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, charakteryzujący produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, prowadząc tym samym do wyeliminowania niektórych wykonawców z Postępowania poprzez wprowadzenie w dniu 24 października 2024 r. zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "**SWZ**") bezwzględnie ograniczającej możliwość zaoferowania autobusów elektrycznych wyposażonych w urządzenia wspomagania ogrzewania wytwarzające energię cieplną na drodze spalania oleju opałowego;

2) czynności Zamawiającego polegającej na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) **art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 135 ust. 6 ustawy Pzp** przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, charakteryzujący produkty dostarczane wyłącznie przez konkretnego wykonawcę, prowadząc do wyeliminowania niektórych wykonawców z Postępowania poprzez

wprowadzenie w dniu 24 października 2024 r. zmiany SWZ ograniczającej możliwość zaoferowania autobusów elektrycznych wyposażonych w urządzenia wspomagania ogrzewania wytwarzające energię cieplną na drodze spalania oleju opałowego;

2) **art. 16 pkt 1) ustawy Pzp** przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1) wykreślenia z odpowiedzi na pytanie nr 1 do SWZ z dnia 24 października 2024 r. sformułowania:

"*Zamawiający nie dopuszcza zatem zastosowania w autobusach innego sposobu wsparcia wymaganej pompy ciepła, w tym za pomocą agregatów ogrzewania dodatkowego zasilanych olejem opałowym*" oraz wskazanie, że Zamawiający dopuszcza 3 możliwość zaoferowania autobusu wyposażonego w urządzenia wspomagania ogrzewania wytwarzające energię cieplną na drodze spalania oleju opałowego;

ewentualnie

2) w przypadku wydania wyroku w sprawie po terminie składania ofert, unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego Odwołania, celem wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania.

Odwołujący podał, że Odwołujący jest podmiotem zajmującym się dostawą autobusów elektrycznych, należąc do grupy kapitałowej MAN stanowiącej jednego z czołowych producentów autobusów w Polsce oraz na Świecei. Odwołujący posiada w swoim portfolio pojazdy spełniające oczekiwania i wymagania Zamawiającego. Udzielona przez Zamawiającego w dniu 24 października 2024 r. odpowiedź na pytanie do SWZ uniemożliwia jednak Odwołującemu złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty w Postępowaniu, pomimo że nie ma obiektywnych przesłanek do takiego działania Zamawiającego.

Termin na wniesienie odwołania:

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 25 października 2024 r., kiedy Zamawiający opublikował na stronie internetowej e-Zamówienia dokument pn. "*Pytania i [o]dpowiedzi 6*":

W świetle powyższego Odwołujący dotrzymał 10-dniowego terminu na jego wniesienie.

Dowód: Odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 24 października – *w aktach Postępowania*

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Autobusy elektryczne standardowo wyposażone są w systemy ogrzewania przestrzeni pasażerskiej oraz kabiny kierowcy wykorzystujące energię elektryczną zmagazynowaną w bateriach trakcyjnych. Energię cieplną do przestrzeni pasażerskiej oraz kabiny kierowcy dostarcza również klimatyzator z pompą ciepła, zainstalowania, którego w wersji z wykorzystaniem naturalnego czynnika R744 (CO_2) wymaga Zamawiający.

W krajach o ciepłym klimacie, elektryczne systemy ogrzewania wnętrza autobusu zapewniają w sposób dostateczny uzyskanie wymaganego poziomu komfortu termicznego w pojazdach. Niemniej jednak w przypadku takich krajów jak Polska, gdzie w jesieni i zimie temperatury powietrza spadają znacznie poniżej (0) zera koniecznym jest doposażenie autobusu w dodatkowy agregat ogrzewania. Takie agregaty są odrębnymi urządzeniami instalowanymi w autobusie i wspomagają systemy ogrzewania, które to systemy wykorzystują wyłącznie energię elektryczną zmagazynowaną w bateriach trakcyjnych (w tym działanie ww. klimatyzatora wyposażonego w pompę ciepła). Dodatkowe agregaty ogrzewania, inaczej niż podstawowe elektryczne systemy ogrzewania zużywające znaczące ilości energii elektrycznej zmagazynowanej w bateriach trakcyjnych, wytwarzają energię cieplną na drodze spalania oleju opałowego lub CNG i dzięki temu – pomimo występowania niskich temperatur zewnętrznych – nadal pozwalają na zachowanie komfortu termicznego wewnątrz pojazdu, przy jednoczesnym uzyskiwaniu satysfakcjonujących przebiegów w kilometrach między ładowniami baterii. Wszyscy czołowi producenci autobusów w Polsce i w Europie stosują w tym zakresie dodatkowe agregaty ogrzewania wytwarzające energię cieplną na drodze spalania oleju opałowego lub CNG (pozwalające wykorzystać energię elektryczną zmagazynowaną w bateriach na trakcję, a nie na ogrzewanie wnętrza autobusu). Zamontowanie dodatkowego agregatu grzewczego w autobusie bez względu na to jakie paliwo wykorzystywane jest w celu wytworzenia energii cieplej nie powoduje, że autobus przestaje być kwalifikowany jako autobus zeroemisyjny. Jak wynika z opinii Ministerstwa Klimatu oraz Środowiska (wiadomość mailowa z Ministerstwa znajduje się w aktach Postępowania) kryterium kwalifikacji autobusu jest źródło jego napędu (silnik),

a nie dodatkowe elementy wyposażenia. Zastosowanie dodatkowego agregatu grzewczego zasilanego konwencjonalnie jest rozwiązaniem akceptowanym przez instytucje wdrażające środki unijne oraz krajowe na zakup zeroemisyjnej floty autobusowej przez jednostki sektora terytorialnego.

Istota zakreślanego problemu

Zamawiający w dniu 19 września 2024 r. opublikował na swojej stronie internetowej oraz na stronie e-Zamówienia SWZ. W OPZ w pkt 5.1 zostały opisane wymagania dotyczące urządzeń ogrzewania pojazdów.

Względem podstawowego urządzenia grzewczego Zamawiający wskazał, że:

"*Ogrzewanie przedziału pasażerskiego realizowane przy pomocy układu wykorzystującego pompę ciepła powietrze/woda pracującą z naturalnym czynnikiem chłodzącym R744 (CO2))*."

Względem dodatkowych agregatów ogrzewania w OPZ nie określono żadnych wymagań. Wskazano jedynie, że Zamawiający preferuje, aby te agregaty były zasilane CNG, a więc jednym z dwóch (2) powszechnie dostępnych rozwiązań:

"*Zamawiający **preferuje** zastosowanie wspomagania w/w rozwiązania* [pompy ciepła – przyp. wł.] *urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG w przypadku, gdy pompa ciepła jest niewystarczająca do zapewnienia wymaganej temperatury (np. silne mrozy)."*

Odwołujący podał, że powyższe korespondowało z określonym w SWZ opisem sposobu oceny ofert w ramach kryterium T.6 (Pierwotnie kryterium nosiło numer T.8.)

T.6 Wspomaganie instalacji grzewczej opartej na pompie ciepła CO2

4 Wspomaganie CNG 4

Brak wspomagania CNG 0

Zamawiający wskazał także, że:

"*T.8 W ocenie Zamawiającego w warunkach zimowych zastosowanie samej pompy ciepła na czynnik CO2 może być nie wystarczający dla zapewnienia komfortu podróżowania, dlatego też **premiuje** rozwiązanie dopuszczone przez instytucje finansujące takie rozwiązanie*."

W toku postępowania przetargowego zarówno Odwołujący, jak i inni wykonawcy, zwracali się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę sposobu oceny ofert w ramach kryterium T.6 wskazując m. in., że instytucje finansujące dopuszczają inne rozwiązania,

tj. agregaty zasilane olejem opałowym (vide wiadomość mailowa z Ministerstwa Klimatu

i Środowiska dołączona do odwołania).

Dowód: wiadomość mailowa z Ministerstwa Klimatu i Środowiska z dnia 30 sierpnia 2024 r. - – w aktach Postępowania

Wykonawcy podejmowali próbę przekonania Zamawiającego, że agregaty zasilane olejem opałowym – podobnie jak te ze wspomaganiem CNG - pozwalają na zachowanie tych samych funkcjonalności oraz parametrów, a w związku z tym brak jest podstaw, aby jedno

z dwóch (2) dostępnych źródeł zasilania agregatu było premiowane, a drugie nie.

W dniu 21 października 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 14 do SWZ *"nie wyraził zgody na zmianę opisu kryterium oceny ofert T8*". Wykonawca w zadanym pytaniu wskazywał, że zasilanie dodatkowego agregatu ogrzewania olejem funkcjonalnie zbieżne jest z instalacją zasilaną CNG:

"*Z warunków przetargu należy wnioskować, że intencją Zamawiającego jest premiowanie autobusu, którego wnętrze jest ogrzewane nie tylko elektrycznie, ale jest wspomagane procesem spalania paliwa kopalnego, węglowodorowego – jako takie należy zakwalifikować gaz CNG. Wykonawca wskazuje, że do tej samej kategorii należy zaliczyć także wspomaganie ogrzewania piecem, który spala nie CNG, a olej."*

Również w pytaniu nr 84 do SWZ opublikowanym w dniu 21 października 2024 r. jeden

z wykonawców zwrócił uwagę na powyższy aspekt:

"*Prosimy o usunięcie kryterium oceny ofert w zakresie wspomagania ogrzewania zasilanego olejem napędowym. Treść uzasadnienia jest nieprawdziwa, bowiem instytucje finansujące*

i dofinansowujące zakup taboru zeroemisyjnego nie wskazują jakiego typu ogrzewanie

ma być zastosowane w pojeździe. Ustawa o elektromobilności wskazuje, że autobus jest zeroemisyjny, kiedy nie posiada silnika spalania zewnętrznego użytego do napędu pojazdu, nie mówi nic natomiast o innych układach w tym o ogrzewaniu."

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na to pytanie:

"*Zamawiający informuje, że układ ogrzewania autobusu jest elementem przedmiotu zamówienia, w tym zakresie Zamawiający ma swobodę w określaniu kryteriów oceny ofert*".

Przez cały okres postępowania aż do dnia 24 października 2024 r. Zamawiający podtrzymywał bez zmian postanowienia SWZ, tj. ani nie przychylał się do wniosków wykonawców, ani też nie zmieniał z własnej inicjatywy treści wymagań w powyższym zakresie. Wymogi Zamawiającego uległy jednak zmianie w wyżej wskazanej dacie, gdy

Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 1 w brzmieniu:
"*Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie możliwości zaoferowania autobusów wyposażonych w agregaty ogrzewania dodatkowego zasilane olejem opałowym".*
która brzmiała:
"Zgodnie z opisanymi w pkt 5 Załącznika nr 1A do SWZ wymogami, ogrzewanie przedziału pasażerskiego ma być realizowane przy pomocy układu wykorzystującego pompę ciepła powietrze / woda z naturalnym czynnikiem chłodzącym R744 (CO2).
Zamawiający premiuje poprzez przyznanie dodatkowych punktów w kryteriach oceny ofert rozwiązanie techniczne wspierające powyższy sposób ogrzewania urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG w przypadku, gdy pompa ciepła jest niewystarczająca do zapewnienia wymaganej temperatury (np. silne mrozy).
Zamawiający nie dopuszcza zatem zastosowania w autobusach innego sposobu wsparcia wymaganej pompy ciepła, w tym za pomocą agregatów ogrzewania dodatkowego zasilanych olejem opałowym."
Pomimo tego, że formalnie Zamawiający nie dokonał zmiany treści pkt 5.1 OPZ to faktycznie dokonał jego modyfikacji przez ograniczenie możliwości zaoferowania pojazdu wykorzystującego jako wspomaganie ogrzewania agregat zasilany olejem opałowym.
"*Udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem zapisu o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców, niezależnie od tego czy została dokonana modyfikacja SIWZ*." (KIO/KD 28/11)
W pierwotnym brzmieniu SWZ Zamawiający dopuszczał zatem dostawę autobusów
z dodatkowym agregatem grzewczym, nie wskazując w tym zakresie żadnych wymagań. Wykonawca mógł zaoferować pojazd wyposażony w agregat zasilany olejem opałowym lub CNG, przy czym jedynie drugie z rozwiązań pozwalało wykonawcy na uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryterium T8. Tymczasem, udzielona odpowiedź na wyżej wskazane pytanie w ogóle eliminuje z możliwości wzięcia udziału w Postępowaniu Odwołującego, który oferuje dostawę wysokiej klasy autobusów elektrycznych, spełniającego zasadniczo wszystkie wymagania Zamawiającego, poza dodatkowym wymogiem który został wprowadzony w/w odpowiedzią Zamawiającego.
Uzasadnienie prawne zarzutów odwołania
Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp: "*Przedmiotu zamówienia nie można opisywać*
w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów."
Jednocześnie zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Zamawiający posiada uprawnienie do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób uzasadniający jego obiektywne potrzeby. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *"Należy odróżnić uzasadnioną potrzebę od chęci posiadania jakiegoś rozwiązania. W przypadku uzasadnionej potrzeby zamawiający winien wykazać, dlaczego dane rozwiązanie jest mu niezbędne do realizacji zadań, a nie jedynie wskazać chęć jego posiadania*." (KIO 1527/18) Podobnie także: "*Kwestia sposobu wykazania potrzeb zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost*
od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u zamawiającego za zagadnienie techniczne. (...) Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją." (KIO 1814/15)oraz: "*Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji poprzez postawienie w SIWZ wymagań przewyższających realne potrzeby zamawiającego*
nie zasługuje na akceptację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego." (KIO 1880/15)
W realiach tej sprawy trudno mówić o uzasadnionym interesie Zamawiającego
w ograniczeniu dostępu do zamówienia podmiotom, którzy dostarczają autobusy, w których dodatkowe ogrzewanie jest zasilane olejem opałowym. Zamawiający może premiować zasilanie tych urządzeń CNG w ramach kryterium T.8, jednakże zawężenie dostępu
do zamówienia jedynie producentom wykorzystującym to rozwiązanie pozbawione jest jakiekolwiek sensu technicznego i ekonomicznego.
Po pierwsze, zastosowanie konwencjonalnego źródła zasilania dodatkowego agregatu grzewczego pozostaje bez wpływu na kwestie związane z ubieganiem się o dofinansowanie oraz rozliczenie projektu. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego instytucje finansujące
nie premiują urządzeń zasilanych CNG (co wynika wprost z przekazanej przez Odwołującego Zamawiającemu

korespondencji z Ministerstwa Klimatu i Środowiska). Obawa zatem przed nieotrzymaniem dofinansowania na zakup autobusów nie może być uznawana za obiektywną potrzebę Zamawiającego.
Po drugie, dodatkowe agregaty grzewcze zasilane olejem opałowym, jak i CNG,
z funkcjonalnego punktu widzenia (a także z punktu widzenia użytkownika) pozostają rozwiązaniami równoważnymi. Oba rozwiązania wymagają bowiem:
(i) zamontowania dodatkowego urządzenia grzewczego poza standardowym systemem ogrzewania elektrycznego wykorzystującym pompę ciepła, (ii) a urządzenie to pozwala
na ograniczenie zużycia energii elektrycznej (która może zostać wykorzystana na trakcję), (iii) wytwarzając energię cieplną z wykorzystaniem konwencjonalnych źródeł energii,
na drodze spalania węglowodorów (odpowiednio oleju albo CNG).
Doszukiwanie się interesu Zamawiającego w ograniczeniu możliwości zaoferowania
w Postępowaniu dostawy pojazdów jedynie do tych, które są dodatkowo ogrzewane CNG jest obiektywnie bezcelowe.
Po trzecie, zmiana SWZ w wyżej wskazanym zakresie spowoduje, że kryterium oceny ofert T.8 będzie miało charakter formalny, iluzoryczny. Faktycznie ocena ofert złożonych
w postępowaniu nie będzie podlegała miarkowaniu (0 lub 4 punkty). W postępowaniu może złożyć ofertę jedynie wykonawca, którego dodatkowy agregat grzewczy jest zasilany CNG,
a więc taki, który zapewnia automatycznie maksymalną liczbę punktów w kryterium T.8.
Celem kryterium oceny ofert jest przyznawanie dodatkowych punktów ofertom wykonawców, którzy deklarują dostawę pojazdów spełniających dodatkowe cechy ponad wymagane przez Zamawiającego minimum. Funkcjonalność, która pierwotnie była przedmiotem oceny
w ramach kryterium oceny ofert (parametr dodatkowy) stała *de facto* się wymogiem, warunkiem brzegowym udziału w Postępowaniu (parametr podstawowy). W takiej sytuacji kryterium T.8 jest pozbawione sensu.
Po czwarte, Odwołujący dokonał szczegółowej analizy oferowanych na rynku autobusów elektrycznych pod kątem wyposażenia w dodatkowe agregaty grzewcze.
Z przeprowadzanych analiz wynika, że tylko jeden producent, tj. Solaris Bus & Coach
sp. z o.o. posiada w swojej ofercie pojazdy, które (i) spełniają wszystkie wymogi określone
w OPZ, a także (ii) stosuje dodatkowe agregaty grzewcze zasilane CNG. W związku z tym na skutek udzielonej przez Zamawiającego w dniu 24 października 2024 r. odpowiedzi jedynie ten podmiot ma możliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty
w Postępowaniu.
W świetle powyższego nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Zamawiający
w sposób całkowicie nieuzasadniony ograniczył dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania. Opis przedmiotu zamówienia w kształcie zmienionym odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 24 października 2024 r. prowadzi do znaczącego zawężenia podmiotów mogących złożyć w Postępowaniu ważną ofertę (w ocenie Odwołującego jest to wyłącznie jeden podmiot). W niniejszej sprawie doszło zatem
do naruszenia dyspozycji art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podał również, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 522 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady Postępowania, a Izba będzie uprawniona
do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 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 nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim Izba merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła,
co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa", „Pzp") skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 października 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 24 października 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania oparty na przekonaniu faktycznym zamawiającego, że odwołujący „mógł posiąść w dniu opublikowania SWZ
co miało miejsce w dniu 19 września 2024 r." wiedź o wykluczeniu możliwości zastosowania urządzeń do wspomagania

autobusów z wykorzystaniem oleju opałowego.

Izba stwierdziła, że nie zaszła podstawa od odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej zgodnie z postanowieniami SWZ w odniesieniu
do opisu przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 A do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, autobusy elektryczne, w punkcie 5 Ogrzewanie, punkt 5.1. Ogrzewanie przedziału pasażerskiego zamawiający podał:

1.Ogrzewanie

5.1.Ogrzewanie przedziału pasażerskiego

*Ogrzewanie przedziału pasażerskiego realizowane przy pomocy układu wykorzystującego pompę ciepła powietrze/woda pracującą z naturalnym czynnikiem chłodzącym R744 (CO_2). **Zamawiający preferuje zastosowanie wspomagania w/w rozwiązania urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG w przypadku, gdy pompa ciepła jest niewystarczająca do zapewnienia wymaganej temperatury (np. silne mrozy).***

Ogrzewanie wnętrza cieczą za pomocą grzejników konwektorowych umieszczonych wzdłuż ścian wewnętrznych pojazdu albo minimum 3 nagrzewnic z wentylatorami dmuchawami umożliwiającymi automatyczne zał./wył. urządzenia w zależności

od temperatury we wnętrzu przedziału pasażerskiego (konstrukcja nagrzewnic bezpieczna dla pasażerów).

W udzielonych wyjaśnieniach do SWZ z dnia 24 października 2024 roku zamawiający podał:

Pytanie 1

Dotyczy: SWZ pkt. 40 ad. 2, T.8 oraz odpowiedzi na pytanie 14 z opublikowanego przez

Zamawiającego pliku „Pytania i odpowiedzi 3.pdf"

Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie możliwości zaoferowania autobusów wyposażonych w agregaty ogrzewania dodatkowego zasilane olejem opałowym.

Odpowiedź:

Zgodnie z opisanymi w pkt 5 Załącznika nr1A do SWZ wymogami, ogrzewanie przedziału pasażerskiego ma być realizowane przy pomocy układu wykorzystującego pompę ciepła powietrze/woda pracującą z naturalnym czynnikiem chłodzącym R744 (C02)).

Zamawiający premiuje poprzez przyznanie dodatkowych punktów w kryteriach oceny ofert rozwiązanie techniczne wspierające powyższy sposób ogrzewania urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG w przypadku, gdy pompa ciepła jest niewystarczająca do zapewnienia wymaganej temperatury (np. silne mrozy).

Zamawiający nie dopuszcza zatem zastosowania w autobusach innego sposobu wsparcia wymaganej pompy ciepła, w tym za pomocą agregatów ogrzewania dodatkowego zasilanych olejem opałowym.

W obliczu zadawanych pytań w odniesieniu do ukształtowanych kryteriów oceny ofert
w postępowaniu o zamówieniu wnioskowane zmiany przez wykonawców, w żaden sposób w ocenie Izby nie uzasadniały i nie dowodziły, że wykonawcy mieli świadomość tego,
że jedynymi dopuszczonym dodatkowym, wspomagającym pompę ciepła rozwiązaniem jest wspomaganie urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG. Okoliczność ta nie wynika
w żaden sposób z postanowień punktu 5.1 OPZ, bowiem wskazanie, że zamawiający „preferuje" nie oznacza w żaden sposób, że zamawiający „dopuszcza jedynie" czy „wymaga" takiego rozwiązania jako wspomagającego pompę ciepła, bowiem preferowanie
to przedkładanie czegoś nad coś (Słownik języka polskiego, PWN). W ocenie Izby, dopiero udzielone wyjaśnienia w dniu 24 października 2024 roku w sposób jednoznaczny wyartykułowały, że zamawiający dopuścił w ramach urządzenia wspomagającego pompę ciepła jedynie rozwiązanie techniczne jakim jest urządzenie zasilane gazem ziemnym CNG (*Zamawiający nie dopuszcza zatem zastosowania w autobusach innego sposobu wsparcia wymaganej pompy ciepła, w tym za pomocą agregatów ogrzewania dodatkowego zasilanych olejem opałowym.)*

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do odrzucenia odwołania, a dokonana przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 1 z dnia
24 października 2024 roku wykładnia postanowień SWZ jest wiążąca dla stron postępowania o zamówienie i z dniem 24 października 2024 roku wprowadziła wskazanie, że jedynym dopuszczonym rozwiązaniem technicznym wspomagającym pompę ciepła jest urządzenie zasilane gazem ziemnym CNG.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 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 dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię 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 stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego oraz Odwołujacego.

Izba uwzględniła stanowisko zawarte przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 8 listopada 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie otrzymane prze Zamawiającego w dniu 31 października 2024r.". Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz dopuszczenie dowodów wskazanych w piśmie i załączonych do pisma.

Izba nie dopuściła tych dokumentów jako dowodów w sprawie, bowiem na okoliczność ich powołania nie zostały przedstawiane tezy dowodowe, a jednocześnie dokumenty te stanowią akta postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez odwołującego.

Izba ustaliła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 135 ust. 6 ustawy - Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a w przypadkach, o których mowa w , przekazuje wykonawcom, którym przekazał SWZ, bez ujawniania źródła zapytania.

- art. 99 ust. 1 ustawy - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

- art. 99 ust. 4 ustawy - Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

- art. 99 ust. 5 ustawy - Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

- art. 99 ust. 6 ustawy - Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Izba stwierdziła:

Izba na wstępie w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania skierowanych do rozpoznania na rozprawie, wskazuje, że rozpoznaje odwołanie w zakresie zarzutów odwołania, co jednoznacznie wynika z treści art. 555 ustawy. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące zamawiającego i podlega ocenie w zakresie legalności czynności podjętych przez zamawiającego.

Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Izba podkreśla również, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy art. 516 ust. 1 odwołanie zawiera: 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z regulacji tej wynika w sposób jednoznaczny, że na Odwołującym ciążą określone obowiązki w zakresie złożenia odwołania. W ramach rozpoznania ww. zarzutów odwołania niezbędne jest również wskazanie, że uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozerwalny element podniesionych w petitum odwołania zarzutów odwołania

zakreśla jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę.

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 135 ust. 6 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia

w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, charakteryzujący produkty dostarczane wyłącznie przez konkretnego wykonawcę, prowadząc do wyeliminowania niektórych wykonawców z Postępowania przez wprowadzenie w dniu 24 października 2024 r. zmiany SWZ ograniczającej możliwość zaoferowania autobusów elektrycznych wyposażonych w urządzenia wspomagania ogrzewania wytwarzające energię cieplną na drodze spalania oleju opałowego;

oraz

w zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

- **Izba zarzuty 1 i 2 odwołania uznała za niezasadne.**

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami SWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 A do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, autobusy elektryczne, w punkcie 5 Ogrzewanie, punkt 5.1. Ogrzewanie przedziału pasażerskiego zamawiający podał:

1.Ogrzewanie

5.1.Ogrzewanie przedziału pasażerskiego

Ogrzewanie przedziału pasażerskiego realizowane przy pomocy układu wykorzystującego pompę ciepła powietrze/woda pracującą z naturalnym czynnikiem chłodzącym R744 (CO2)). Zamawiający preferuje zastosowanie wspomagania w/w rozwiązania urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG w przypadku, gdy pompa ciepła jest niewystarczająca do zapewnienia wymaganej temperatury (np. silne mrozy).

Ogrzewanie wnętrza cieczą za pomocą grzejników konwektorowych umieszczonych wzdłuż ścian wewnętrznych pojazdu albo minimum 3 nagrzewnic z wentylatorami dmuchawami umożliwiającymi automatyczne zał./wył. urządzenia w zależności

od temperatury we wnętrzu przedziału pasażerskiego (konstrukcja nagrzewnic bezpieczna dla pasażerów).

W udzielonych wyjaśnieniach do SWZ z dnia 24 października 2024 roku zamawiający podał:

Pytanie 1

Dotyczy: SWZ pkt. 40 ad. 2, T.8 oraz odpowiedzi na pytanie 14 z opublikowanego przez

Zamawiającego pliku „Pytania i odpowiedzi 3.pdf"

Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie możliwości zaoferowania autobusów wyposażonych w agregaty ogrzewania dodatkowego zasilane olejem opałowym.

Odpowiedź:

Zgodnie z opisanymi w pkt 5 Załącznika nr1A do SWZ wymogami,ogrzewanie przedziału pasażerskiego ma być realizowane przy pomocy układu wykorzystującego pompę ciepła powietrze/woda pracującą z naturalnym czynnikiem chłodzącym R744 (C02)).

Zamawiający premiuje poprzez przyznanie dodatkowych punktów w kryteriach oceny ofert rozwiązanie techniczne wspierające powyższy sposób ogrzewania urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG w przypadku, gdy pompa ciepła jest niewystarczająca do zapewnienia wymaganej temperatury (np. silne mrozy).

Zamawiający nie dopuszcza zatem zastosowania w autobusach innego sposobu wsparcia wymaganej pompy ciepła, w tym za pomocą agregatów ogrzewania dodatkowego zasilanych olejem opałowym.

W zakresie rozpoznania zarzutu 1 oraz zarzutu 2 odwołania Izba stwierdziła:

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać

w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Izba podkreśla, że powyższy przepis w części jest zbieżny z regulacją

art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z roku 2004, co pozwala

na korzystanie z dorobku doktryny jak i orzecznictwa wydanego w oparciu o te regulacje

na przestrzeni lat obowiązywania ówczesnych przepisów.

Spór jaki zawisł w rozpoznawanej sprawie oparty jest na tym, że zamawiający określił w ramach przedmiotu zamówienia (w zakresie jaki będzie podlegał ocenie w kryteriach oceny ofert), że jedynym dopuszczonym rozwiązaniem technicznym wspomagającym pompę ciepła jest urządzenie zasilane gazem ziemnym CNG, natomiast odwołujący twierdzi,

że ogranicza to konkurencję, że jeden producent posiada w swojej ofercie pojazdy, które spełniając wymagania OPZ posiadają agregaty grzewcze zasilane CNG.

Izba na wstępie podkreśla, że zamawiający jest uprawniony do nabycia przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami oraz przedmiotu zamówienia jaki określa
w dokumentacji postępowania. Izba zaznacza, że odwołujący upatruje naruszenia konkurencji w związku z tym, że nie jest możliwe zaoferowania autobusu elektrycznego, który posiada inne rozwiązanie techniczne wspomagające pompę ciepła niż to określone przez zamawiającego. Przy czym podkreślenia wymaga, że dookreślenie w zakresie przedmiotu zamówienia jakiego dokonał w piśmie z dnia 24 października 2024 roku zmawiający odnosi się do elementów jakie nie są bezwzględnie wymagane przez zamawiającego, a jakie będą podlegały ocenie w ramach kryterium oceny oferty.

Odwołujący nie dopatruje się naruszenia konkurencji w zakresie możliwości zaoferowania przedmiotu zamówienia jakiego oczekuje zamawiający w podstawowej wersji, lecz dla odwołującego naruszeniem konkurencji jest niemożliwość zaoferowania innego rozwiązania wspomagającego zasilanie pompy ciepła opartego na agregacie grzewczym zasilanym olejem opałowym, a które to rozwiązanie obecnie posiada odwołujący w zakresie, a w jakim ten element będzie podlegał ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.
Odwołujący pominął również w swoim stanowisku zawartym w odwołaniu, że przedmiot zamówienia tj. autobusy elektryczne miejskie klasy maxi, jakie chce nabyć zamawiający, stanowią zamówienie realizowane na potrzeby tego zamawiającego z terminem realizacji
12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (punkt 25 SWZ), a wyprodukowanych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed ustalonym umową terminem odbioru (Załącznik nr 10 do SWZ – Wzór umowy, §1 - Przedmiot Umowy, pkt 2). Okoliczność tam ma takie znaczenie dla rozpoznania tej sprawy, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia i określając wymagania jakie w jego ocenie są dla niego właściwe przewidział czas realizacji zamówienia dający wykonawcą możliwość dostosowania swoich autobusów do wymagań zamawiającego czy
to w wersji podstawowej jakiej oczekuje czy też w wersji jaka będzie premiowana w ramach kryteriów oceny ofert. Podkreślenia wymaga, że odwołujący nie kwestionował powyżej wskazanych dat dostarczenia autobusów miejskich, jak również nie kwestionował w żaden sposób, że nie jest możliwe dostosowanie autobusów jakie produkuje do wymagania zamawiającego. Nie sposób w ocenie Izby uznać, że zamawiający – na pewno nie wcześniej niż za rok, ale mając na uwadze, że przedmiotowe postępowanie o zamówienie jeszcze się nie zakończyło, co oznacza, że czas ten niewątpliwie będzie dłuższy – nie ma prawa oczekiwać przedmiotu zamówienia zgodnego ze swoimi potrzebami.
Wskazał w piśmie procesowym zamawiający, że dokonał oceny wszelkich różnych systemów ogrzewania autobusów w przedziale pasażerskim jakie są obecnie stosowane. Do takich systemów grzewczych należą rozwiązania przy wykorzystaniu energii elektrycznej zgromadzonej w bateriach trakcyjnych zasilających różnego rodzaju popy ciepła jako samodzielny system ogrzewania oraz na drodze spalania oleju opałowego i na drodze spalania gazu CNG lub LPG oraz hybrydowe kombinacje tych rozwiązań. Z tego wynika,
a czego nie kwestionował odwołujący, że poza rozwiązaniem jakie w ramach wspomagania pompy ciepła urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG dopuszcza w SWZ zamawiający oraz rozwiązaniem opartym na agregacie grzewczym zasilanym olejem opałowym istnieją również inne sposoby wspomagania pompy ciepła. Zamawiający dokonał wyboru rozwiązania, jakie zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego jest rozwiązaniem najbardziej odpowiadającym potrzebom zamawiającego uwzględniając wymagania ekologiczne, koszty utrzymania autobusów oraz sprawność eksploatacyjną.
Podkreślenia wymaga również w tym miejscu, co pomija w swoim stanowisku pisemnym odwołujący, że zamawiający w ramach przedmiotowego zamówienia dopuścił rozwiązanie ogrzewania przestrzeni pasażerskiej przy użyciu wyłączenie pompy ciepła (podstawowe rozwiązanie jakie nie jest premiowane). Natomiast rozwiązanie wspomagania pompy ciepła urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG jest premiowane przez zamawiającego,
co uzasadniał tym, że wykorzystanie energii elektrycznej zmagazynowanej w bateriach trakcyjnych na ogrzewanie może powodować spadek wydajności tych baterii,
a w konsekwencji niezbędność ich częstszego ładowania. Izba podkreśla w tym miejscu,
że w zakresie argumentacji zawartej w odwołaniu odwołujący pomija ten fakt, to znaczy,
że pomija w zupełności możliwość zaoferowania rozwiązania podstawowego, niepremiowanego przez zamawiającego.
Za niezgodne ze stanem faktycznym postępowania, co do przedmiotu zamówienia, Izba uznała twierdzenia odwołującego o tym, że w postępowaniu „może złożyć ofertę jedynie wykonawca, którego dodatkowy agregat grzewczy jest zasilany CNG". W żaden sposób odwołujący tego nie dowiódł. Nieprawdziwe jest również, w obliczu wymagania podstawowego co do przedmiotu zamówienia twierdzenie odwołującego, że jedynie tylko podmiot Solaris Bus & Coach sp. z o.o. ma możliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty. W obliczu braku argumentacji odwołującego
w odniesieniu do rozwiązania podstawowego, jak również ujmując fakt, że realizacja umowy ma nastąpić dopiero po 12 miesiącach od jej zawarcia, jak również to, że w żaden sposób odwołujący nie wykazał, że nie będzie miał możliwości zaoferowania autobusów elektrycznych w wersji podstawowej, albo że nie będzie miał możliwości zaoferowania autobusów elektrycznych z rozwiązaniem technicznym wspomagającym pompę ciepła urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG przedstawione stanowisko nie znajduje żadnego uzasadnienia. Wydaje się, że odwołujący chce utrzymać

określone rozwiązania
i wymaga, aby zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia takie rozwiązania dopuścił, nie jest to jednakże wystarczające uzasadnienie naruszenia konkurencji w postępowaniu. Odwołujący zwyczajnie chce, aby dopuszczone zostały autobusy elektryczne
z rozwiązaniem wspomagającym pompy ciepła jakie posiada obecnie, jednakże
na co zwrócił uwagę zamawiający, autobusy opisane w przedmiocie tego zamówienia
są pojazdami „skrojonymi" na potrzeby zamawiającego, co również w trakcie rozprawy przyznał odwołujący. Przyjmując sposób rozumienia odwołującego żaden zamawiający
nie mógłby się rozwijać i pozyskiwać dla realizacji swoich celów statutowych rozwiązań
jak najbardziej korzystnych dla interesu publicznego. Podkreślić należy, że zakup autobusów elektrycznych jest realizacją przedsięwzięcia na długie lata, i dla jej realizacji niezbędne jest myślenie perspektywiczne zamawiającego, jak wskazał z odniesieniem do aspektów ekologicznych oraz finansowych, a także eksploatacyjnych.
W odniesieniu do argumentacji dotyczącej baterii w jakie wyposażone są autobusy elektryczne miejskie Izba podkreśla ponownie, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SWZ dostawa autobusów będzie realizowana po upływie 12 miesięcy
od podpisania umowy, a autobusy nie mogą być wyprodukowane wcześniej niż 6 miesięcy przed dostawą. Co ma o tyle znaczenie, że przy powszechnej wiedzy jaka nie wymaga szczególnych informacji, rozwój technologiczny w zakresie pojazdów elektrycznych oraz baterii jakie są używane w pojazdach elektrycznych zapewne pozwala na dokonywanie zmian i ulepszeń jakie mogą mieć wpływ na zastosowane baterie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że nie jest możliwe zaoferowanie autobusu elektrycznego miejskiego, który nie spełniłby wymagań zamawiającego co do jego osiągów w wersji podstawowej wymaganej w SWZ (*ogrzewanie przedziału pasażerskiego ma być realizowane przy pomocy układu wykorzystującego pompę ciepła powietrze/woda pracującą z naturalnym czynnikiem chłodzącym R744 (C02))*.). Zapewne nie jest wystarczającym argumentem stwierdzenie odwołującego odnoszące się do „wożenia baterii", bowiem nie przesądza o tym, że nie jest możliwe oferowanie takiego podstawowego rozwiązania. Izba podkreśla jednocześnie w tym miejscu, że w trakcie rozprawy sam odwołujący wskazał, że rozwiązanie oparte na korzystaniu z energii elektrycznej (czyli podstawowy wariant zamówienia) jest najbardziej ekologiczne. Ma to o tyle istotne znacznie, że nie wykazał odwołujący, że niedopuszczenie przez zamawiającego w dniu 24 października 2024 roku, w ramach przedmiotu zamówienia podlegającego ocenie, wspomagania pompy ciepła opartego na agregacie grzewczym zasilanym olejem opałowym ograniczy konkurencyjność w ramach tego postępowania.
W odniesieniu do stanowiska odwołującego opartego na piśmie z dnia 30 sierpnia 2024 roku, a załączonego do pytań z dnia 8 października 2024 roku, Izba stwierdza, że korespondencja ta stanowi wycinek niewątpliwie szerszej dyskusji, która nie jest prowadzona jedynie
w odniesieniu do wymiany emalii, lecz dotyczy cyklicznych spotkań. Jednocześnie w treści tego tej korespondencji mailowej jednoznacznie czytamy, że korespondencja odnosi się
do problematyki „zamówionych już" autobusów oraz aneksów umów dostosowujących
do wymogów KPO w wyniku pytań beneficjentów PP Zielony Transport Publiczny. Izba podkreśla, że w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o zamówienie umowa nie została jeszcze zawarta. Dodatkowo, ta informacja odnosi się do wyłożenia regulacji prawnych w zakresie oceny zeroemisyjności autobusów z napędem elektrycznym wyposażonych w systemy wspomagania ogrzewania z wykorzystaniem gazu ziemnego / oleju napędowego. Niemniej, poza tym, że stanowisko to odnosi się do zamówionych już autobusów, to odnosi się również do oleju napędowego, sam odwołujący natomiast wskazuje w swojej argumentacji na olej opałowy. Stanowisko jakie przedstawił odwołujący odnosi się do innych okoliczności (zawarte umowy) oraz odnosi się do innego nośnika energii, bowiem nie wymaga szczególnej wiedzy, wiedzy ponad powszechną, że olej opałowy i olej napędowy to jednak są inne produkty.
Izba zaznacza w tym miejscu, że w ramach postępowania odwoławczego zamawiający przedstawił również swoje stanowisko (stanowisko strony) zgodnie z którym, w ramach programów finansowych z PARP pozyskał informacje, że nie będą dofinansowywane
z funduszy PARP autobusy elektryczne posiadające dodatkowe zasilanie przedziału pasażerskiego olejem opałowym, w części odnoszącej się do kosztów tego dodatkowego ogrzewania – co jak wskazywał pełnomocnik zamawiającego jest zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej. Przedmiotowe zamówienie, zgodnie z informacją zamawiająco finansowane jest z funduszy NFOŚ, niemniej zamawiający podał, że będzie realizował również projekty z funduszy PARP.
W zakresie dowodów 1 -3 przedstawionych na rozprawie przez odwołującego Izba wskazuje,
że w oparciu o te dowody można jedynie stwierdzić, że autobusy elektryczne poszczególnych producentów wskazanych w tych dokumentach posiadają wspomaganie ogrzewania olejowe. W ocenie Izby dowody te w żadne sposób nie

potwierdzają, że tylko jedne podmiot może złożyć ofertę w postępowaniu, dokumenty te potwierdzają, że dani producenci posiadają autobusy elektryczne wskazane w tych dokumentach, ale nie potwierdzają, że nie posiadaj innych autobusów, jak również nie potwierdzają, że podmioty te nie są w stanie zaoferować autobusów elektrycznych miejskich w wersji podstawowej wymaganej przez zamawiającego albo ze wspomaganiem pompy ciepła urządzeniem zasilanym gazem ziemnym CNG. Również dowód r 4 złożony na fakt tego, że firma Solaris oferuje autobus elektryczny, który jest wyposażony dodatkowo w ogrzewanie zasilane gazem ziemnym CNG dowodzi jedynie tego co w tym dokumencie jest podane. Nie dowodzi w ocenie Izby z pewnością tego, że tylko Solaris będzie mógł zaoferować oraz dostarczyć
w terminie 12 miesięcy od zawarcia umowy wyprodukowanych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dostawą autobusów elektrycznych z dodatkowo w ogrzewanie zasilane gazem ziemnym CNG.
W odniesieniu do dowodu 5 złożonego na okoliczność wykazania braku ogólnodostępnych stacji ładowania CNG w Kielcach, Izba stwierdza nieprzydatności tego dowodu z dwóch powodów – po pierwsze, przedstawiony wydruk ze strony internetowej nie zawiera daty
w jakiej ten wydruk został zrobiony; po drugie, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego
z rozprawy dowód ten nie ma znaczenia, ponieważ w trakcie rozprawy odwołujący
w wypowiedzi potwierdził, że jest jedna stacja ładowania CNG ogólnodostępna. Izba wskazuje w tym miejscu, że zamawiający również w trakcie rozprawy wyjaśniał, że jest
w Kielcach ogólnodostępna CNG. W zasadzie dowód nr 5 pozostaje nieprzydatny z tego powodu, że przeczy mu dowód nr 6, który został złożony na fakt wykazania ograniczonej ilości stacji CNG w Kielcach. Z dowodu nr 6 wynika jednoznacznie, że jest ogólnodostępna stacja CNG w Kielcach. Stwierdzić należy, że nie wskazał w żaden sposób odwołujący,
że dostępność jednej ogólnodostępnej stacji ładowania CNG w jakikolwiek sposób prowadzi do ograniczenia konkurencyjności w ramach prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.
W odniesieniu do dowodu 7 Izba stwierdza, że przedstawione wyliczenia oparte są jedynie na ogólnych założeniach, w każdym przypadku odwołujący wskazuje, że podane wartości
są wartościami „około", „założone". W ocenie Izby kalkulacja przedstawiona przez odwołującego jest tak dalece ogólna, że nie sposób uznać, że wartości tam wyliczone stanowią faktyczne odzwierciedlenie stanu rzeczy. Do tego przyjęte wartości zużycia paliwa nie zostały w żaden sposób wykazane dokumentami potwierdzającymi, że faktycznie są one zbieżne z rzeczywistym zużyciem. Przy takim poziomie ogólności poczynionych założeń
i przyjętych wartości podane różnice w kosztach mieszczą się w granicach błędów
i nie sposób uznać je w jakikolwiek sposób za miarodajne. Izba w tym miejscu wskazuje również, że wartością jest nie tylko wartość paliwa jakim zasilane są dodatkowe urządzenia wspomagające pompę ciepła ale również inne koszty eksploatacji do których odwołujący
nie odnosił się, a na które wskazał zamawiający jako te stanowiące podstawę dokonanego wyboru w zakresie przedmiotu zamówienia wspomagającego pompę ciepła.
Izba podkreśla w tym miejscu, że ocena zarzutów odwołania w ramach tej sprawy odwoławczej nie dotyczy kryteriów oceny ofert, a jedynie przedmiotu zamówienia
i wskazania zamawiającego w sposób jednoznaczny, że nie dopuszcza w ramach zamówienia wymagania, a które nie jest wymaganiem podstawowym, wspomagania pompy ciepła rozwiązaniem opartym na agregacie grzewczym zasilanym olejem opałowym. Wynika to zarówno z zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak również z rozpoznania wniosku
o odrzucenie odwołania i argumentacji odwołującego oraz faktu, że w zakresie kryteriów oceny ofert zamawiający nie wprowadził żadnej zmiany, a termin na kwestionowanie postanowień SWZ w zakresie kryteriów upłynął, co z pewnością stanowiło brak podnoszenia zarzutów przez odwołującego w tym zakresie. Izba stwierdza, że podnoszenie zarzutów odwołania w zakresie przedmiotu zamówienia i dookreślenia przez zamawiającego jednoznacznego rozumienia SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia nie może stanowić
i nie stanowi jakiegokolwiek odniesienia uprawniającego do skutecznego argumentowania
w zakresie innych elementów SWZ. Tym samym argumentacja odwołującego zawarta
w części odwołania w odniesieniu do zasadności postawionego kryterium oceny ofert T.8
nie może podlegać rozpoznaniu w ramach tego postępowania i w tym zakresie musi zostać uznana za spóźnioną.
W odniesieniu do stanowiska odwołującego zawartego w odwołaniu, a odnoszącego się
od tego, ze agregaty grzewcze zasilane olejem opałowym jak i CNG stanowią z punktu widzenia funkcjonalnego rozwiązania równoważne, należy uznać, że to stanowisko
nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Wydaje się, że to dwuzdaniowe stanowisko zostało podniesione przez odwołującego bez analizy przepisów art. 99 ust. 5 ustawy, jednocześnie w żadnej części odwołania odwołujący nie kwestionuje niedopuszczenia rozwiązania równoważnego. Natomiast zgodne z art. 99 ust. 5 ustawy przedmiot

zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". W rozpoznawanym przypadku przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w sposób jednoznaczny – czego odwołujący nie kwestionowała w żaden sposób – oraz zrozumiały i czytelny co oznacza, że przesłanka „zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób”
nie znajduje w tym przypadku uzasadnienia. Zamawiający również nie opisał przedmiotu zamówienia w zakresie wspomagania pompy ciepła przez zastosowanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Izba podkreśla, że odwołujący nie dowiódł, że tylko jedne podmiot będzie mógł złożyć ofertę i że tylko jeden podmiot może dostarczyć autobusy elektryczne opisane przez zamawiającego i że tylko jedne podmiot może zaoferować rozwiązania premiowane. Zaznaczenia wymaga również, a co nie było sporne między stronami, że zamówienie to w przedmiocie zamówienia jest przygotowane specjalnie na potrzeby zamawiającego oraz, że zamawiający ustalił 12 miesięczny termin dostawy od zawarcia umowy, autobusów wyprodukowanych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem dostawy. Wskazać należy również, że nie sposób mówić w tym przypadku
o równoważności, bowiem zgodnie z art. 99 ust. 6 ustawy jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób wyżej omówiony (tak jak w rat 99 ust. 5 ustawy) zamawiający wskazuje
w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. W tym przypadku w SWZ nie ma żadnych kryteriów równoważności dla wspomagania pompy ciepła, do żadnych takich nie odwołuje się również odwołujący. Podkreślenia wymaga również, że nie podnosi odwołujący naruszenia ww. przepisów oraz zaniechania wprowadzenia równoważności do SWZ. Z treści zawartych w odwołaniu wynika, że upatruje równoważności z punktu widzenia funkcjonalnego oraz użytkownika, niemniej wskazane elementy nie wypełniają przesłanek z art. 99 ust. 4 ustawy o czym wyżej, a co za tym idzie Izba uznała argumentację odwołującego w tym zakresie za chybioną.
Izba stwierdza, mając na uwadze powyższą argumentację, że za niezasadne uznała zarzuty odwołania (zarzut 1 i 2). W ocenie Izby, uwzględniając wynikający z przepisów obowiązek dowiedzenia przez odwołującego swojego stanowiska oraz to, że odwołujący
nie wykazała w ocenie Izby zasadności swoich twierdzeń, odwołanie nie zasługiwało
na uwzględnienie. Wymaga podkreślenia, że rozwiązania dotyczące wspomagania pompy ciepła stanowią element oceny w tym postępowaniu. Rozwiązania przyjęte przez zamawiającego w zakresie premiowanego wspomagania pompy ciepła nie stanowią
w ocenie Izby regulacji naruszających konkurencyjność postępowania. Odwołujący
w ramach swojej argumentacji pominął wiele okoliczności – jak chociażby termin dostawy, czy termin produkcji – nie wykazał, że faktycznie tylko jeden podmiot może złożyć ofertę
w postępowaniu oraz w żaden sposób nie dowiódł, że tak ukształtowane wymagania są
w sposób niezasadny wymagane przez zamawiającego. Nie odniósł się do ekologiczności rozwiązania opartego na gazie CNG, a który akcentował zamawiający, nie wykazał
ich chociażby równoważności. Podkreśla Izba, że zamawiający nie podnosił argumentów „zeroemisyjności” autobusów w związku ze stosowaniem wspomagania pompy ciepła, argumentację tę podniósł odwołujący, przy czym wskazany wydruk emaila z sierpnia bieżącego roku Izba oceniła powyżej. Izba podkreśla, że odwołujący upatruje naruszenia konkurencji w niedopuszczeniu w ramach rozwiązania punktowanego (a nie podstawowego) wspomagania pompy ciepła innego rozwiązania, niż na tą chwilę posiadają autobusy elektryczne produkowane przez odwołującego. W zasadzie odwołujący chce zmiany opisu przedmiotu zamówienia tak, aby mógł złożyć ofertę na autobusy jakie posiada. Nie chodzi tu zatem o konkurencyjność w ramach określonych wymagań zamawiającego lecz o zmiany przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawca mógł oferować to co posiada. Gdyby uznać takie stanowisko za prawidłowe, mogłoby to doprowadzić do sytuacji, gdzie żaden zamawiający nie mógłby realizować zamówień uwzgledniających rozwiązania jakie przewidział i jakich oczekuje. Publiczny zamawiający, działający w interesie publiczny
ma również prawo oczekiwać rozwiązań ekologicznych, odpowiadających potrzebom zamawiającego w zakresie kosztów utrzymania i sprawności eksploatacji. Ugruntowanym
w orzecznictwie jest stanowisko, że: „zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych

nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, jak i wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, że zamawiający powinien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego" (wyrok z dnia 15 listopada 2011 r. sygn. akt). „Prawie nigdy nie jest bowiem możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji" (tak wyrok z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt ; wyrok z dnia 20 czerwca 2013 r. sygn.. akt). Przy czym należy podkreślić, że odwołujący, na którym ciąży obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń, nie podołał w tym postępowaniu wykazaniu, że oczekiwania zamawiającego w ramach wspomagania pompy ciepła, która jest częścią opisu punktowaną, nie stanowią uzasadnionej potrzeby zamawiającego. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 10 sierpnia 2022 roku sygn. akt , gdzie podano, że: „Pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia aby uwzględnione zostały jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia. To zamawiający wie jaki cel chce osiągnąć i charakteryzuje go, przygotowując opis przedmiotu zamówienia. Celem tak przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danej branży".

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Izba zasadziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 000, 00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania (koszty pełnomocnika).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……