

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę: **ARP e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Siedlce**

przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1934/24:

MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych w petitum odwołania w pkt II:

-ppkt 1 lit. b), c), e),

-ppkt 2. lit. b), c), e),

-ppkt 3. lit. a), b), d), lit. e) w części dotyczącej pkt II.9.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia,

2. oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego wykonawcę: **ARP**

e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1934/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Siedlce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup i dostawa autobusów zeroemisyjnych, budowa wiaty parkingowej z fotowoltaniką, magazynem energii oraz konieczną infrastrukturą oraz dostawa, montaż i uruchomienie stacji ładowania autobusów w ramach projektu pn. „Zrównoważona mobilność miejska na terenie Miejskiego Obszaru Funkcjonalnego Miasta Siedlce” (numer referencyjny postępowania - F.271.14.2024) zwane dalej Postępowaniem.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 306204-2024, nr wydania Dz.U. S: 100/2024, w dniu 24 maja 2024 roku.

I. W dniu 3 czerwca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę ARP e-Vehicles Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz wobec:

1) treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

- 2.1 Procedura

- 5.1. Część zamówienia LOT-0001

- 5.1.6. Informacje ogólne

- 5.1.9. Kryteria kwalifikacji

2) postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie:

- Rozdział 5, ust. 5.8
- Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 3 i ust. 6.3 pkt 3)
- Rozdział 6, ust. 6.2 pkt 4)
- Rozdział 9, ust. 9.2, pkt 4.1, ppkt a) i b)
- Rozdział 10, pkt 10.2.2
- Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P1
- Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P5
- Rozdział 22, ust. 22.2 i 22.3c)

3) treści Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ (dalej: OPZ)

w zakresie:

- pkt I. 1.
- pkt I. 2. pkt 2.2
- pkt I. 3. B.2
- pkt I. 3. D.1
- pkt II. 9.4.

4) treści wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ (dalej: Umowa) w zakresie:

- § 1 ust. 1 pkt 1 Umowy
- § 1 ust. 4 pkt 1 Umowy
- § 7 ust. 6 pkt 1 Umowy.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia

w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowanie

innych, jak również uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi, oraz który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje sprzeczny

z obowiązującymi regulacjami, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymagania, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji, w szczególności poprzez:

a) sformułowanie w treści ogłoszenia (2.1 Procedura, 5.1. Część zamówienia LOT-0001,

5.1.6. Informacje ogólne, 5.1.9. Kryteria kwalifikacji) oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 9, ust. 9.2, pkt 4.1, ppkt a) i b) doświadczenie zawodowe oraz

Rozdział 10, pkt 10.2.2 podmiotowe środki dowodowe) kryterium kwalifikacji wykonawców i warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

w zakresie kryterium zdolności technicznej i zawodowej konieczności wykazania wykonania dwóch dostaw, z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie

nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z napędem elektrycznym oraz ładowarek wraz z montażem, a ponadto przez użycie w § 1 ust. 1 pkt 1) i § 1 ust. 4 pkt 1) wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz w pkt I. 1.

Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) określenia „miejskich” w odniesieniu do autobusów elektrycznych;

b) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P5 Materiał konstrukcyjny szkieletu, nadwozia, ramy) oraz w pkt I. 3. D.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) Parametry techniczne oraz szczegółowy opis wyposażenia autobusów, kryterium premiującego rozwiązanie

w postaci konstrukcji autobusu, którego profile są wykonane ze stali o podwyższonej

wytrzymałości, zabezpieczone antykorozyjnie metodą katodowego lakierowania zanurzeniowego (KTL kateforezy) całej kompletnej karoserii w ramach zamkniętego cyklu technologicznego, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

c) określenie w treści w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne) oraz w Specyfikacji

Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 3

i ust. 6.3 pkt 3), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze

oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (Rozdział 22,

ust. 22.2 i 22.3c) wymogu przedstawienia Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT), potwierdzającego wymagania w zakresie podlegającego ocenie zużycia energii przez oferowany pojazd, dotyczącego oferowanego typu autobusu miejskiego (w kompletacji zbliżonej do oferowanej, tj. identyczne

- marka i typ pojazdu, silnik oraz skrzynia biegów), wykonanego zgodnie z wymogami UITP (Międzynarodowej Unii Transportu Publicznego) przez niezależną certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania takiego testu – pod rygorem odrzucenia oferty;
- d) określenie w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne), w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 4), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz w pkt I. 2. Pkt 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), konieczność złożenia wraz z ofertą aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;
- e) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P1) oraz w pkt I. 3. B.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) Parametry i opis wymagań magazynów energii trakcyjnej, bezzasadnie uprzywilejowanego kryterium umiejscowienia magazynów energii w autobusie na dachu pojazdu;
- f) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 5 ust. 5.8. Wymagania w zakresie elektromobilności) w pkt II. 9.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) oraz § 7 ust. 6 pkt 1 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych;
- 2) art. 240 ust. 1 i 2 Pzp, art. 241 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje sprzeczny z obowiązującymi regulacjami, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymogi, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji, a ponadto przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, jak również określenie kryteriów oceny ofert w taki sposób, że dotyczą one właściwości wykonawcy, w szczególności poprzez:
- a) sformułowanie w treści ogłoszenia (2.1 Procedura, 5.1. Część zamówienia LOT-0001, 5.1.6. Informacje ogólne, 5.1.9. Kryteria kwalifikacji) oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 9, ust. 9.2, pkt 4.1, ppkt a) i b) doświadczenie zawodowe oraz Rozdział 10, pkt 10.2.2 podmiotowe środki dowodowe) kryterium kwalifikacji wykonawców i warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie kryterium zdolności technicznej i zawodowej konieczności wykazania wykonania dwóch dostaw, z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z napędem elektrycznym oraz ładowarek wraz z montażem, a ponadto przez użycie w § 1 ust. 1 pkt 1) i § 1 ust. 4 pkt 1) wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz w pkt I. 1. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) określenia „miejskich” w odniesieniu do autobusów elektrycznych;
- b) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P5 Materiał konstrukcyjny szkieletu, nadwozia, ramy) oraz w pkt 3. D.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) Parametry techniczne oraz szczegółowy opis wyposażenia autobusów, kryterium premiującego rozwiązanie w postaci konstrukcji autobusu, którego profile są wykonane ze stali o podwyższonej wytrzymałości, zabezpieczone antykorozyjnie metodą katodowego lakierowania zanurzeniowego (KTL kataroforezy) całej kompletnej karoserii w ramach zamkniętego cyklu technologicznego, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;
- c) określenie w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne) oraz w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 3 i ust. 6.3 pkt 3), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (Rozdział 22, ust. 22.2 i 22.3c) wymogu przedstawienia Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT), potwierdzającego wymagania w zakresie podlegającego ocenie zużycia energii przez oferowany pojazd, dotyczącego oferowanego typu autobusu miejskiego (w kompletacji zbliżonej do oferowanej, tj. identyczne marka i typ pojazdu, silnik oraz skrzynia biegów), wykonanego zgodnie z wymogami UITP (Międzynarodowej Unii Transportu Publicznego) przez niezależną certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania

takiego testu – pod rygorem odrzucenia oferty;

d) określenie w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne), w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 4),

opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz

w pkt I. 2. Pkt 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), konieczność złożenia wraz z ofertą aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

e) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P1) oraz w pkt 3.

B.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) Parametry i opis wymagań magazynów energii trakcyjnej, bezzasadnie uprzywilejowanego kryterium

umieszczenia magazynów energii w autobusie na dachu pojazdu;

3) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności poprzez:

a) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 22, ust. 22.3b),

kryterium P5 Materiał konstrukcyjny szkieletu, nadwozia, ramy) oraz w pkt 3. D.1

Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) Parametry techniczne oraz

szczegółowy opis wyposażenia autobusów, kryterium premiującego rozwiązanie

w postaci konstrukcji autobusu, którego profile są wykonane ze stali o podwyższonej

wytrzymałości, zabezpieczone antykorozyjnie metodą katodowego lakierowania zanurzeniowego (KTL kataforezy) całej kompletnej karoserii w ramach zamkniętego

cyklu technologicznego, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

b) określenie w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne) oraz w Specyfikacji

Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 3

i ust. 6.3 pkt 3), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze

oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (Rozdział 22,

ust. 22.2 i 22.3c) wymogu przedstawienia Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT),

potwierdzającego wymagania w zakresie podlegającego ocenie zużycia energii przez oferowany pojazd, dotyczącego oferowanego typu autobusu miejskiego (w kompletacji zbliżonej do oferowanej, tj. identyczne

marka i typ pojazdu, silnik oraz skrzynia biegów), wykonanego zgodnie z wymogami UITP (Międzynarodowej Unii Transportu Publicznego) przez niezależną certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania

takiego testu – pod rygorem odrzucenia oferty;

c) określenie w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne), w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 4),

opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz

w pkt I. 2. Pkt 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), konieczność złożenia wraz z ofertą aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z

uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

d) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P1) oraz w pkt 3.

B.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) Parametry i opis wymagań magazynów energii trakcyjnej, bezzasadnie uprzywilejowanego kryterium

umieszczenia magazynów energii w autobusie na dachu pojazdu;

e) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 5 ust. 5.8.

Wymagania w zakresie elektromobilności) w pkt II. 9.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) oraz § 7 ust. 6 pkt 1 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r.

o elektromobilności i paliwach alternatywnych;

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę treści postanowień SWZ w następujący sposób:

1) Ogłoszenie o udzieleniu Zamówienia

- a) w zakresie pkt 2.1 Procedura, 5.1. Część zamówienia LOT-0001, 5.1.6. Informacje ogólne, 5.1.9. Kryteria kwalifikacji: poprzez zmianę wyrażen „minimum siedmiu” na „minimum pięciu” (sprostowane podczas rozprawy na treść: dostawy minimum siedmiu fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów z napędem elektrycznym oraz dostawy minimum siedmiu fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych) a wyrażen „autobusów miejskich” na autobusów”;
- b) w zakresie pkt 5.1.6. Informacje ogólne: usunięcie Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT), potwierdzającego wymagania w zakresie podlegającego ocenie zużycia energii przez oferowany pojazd, z listy przedmiotowych środków dowodowych, których Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą, a ponadto ograniczenie zakresu „Świadectwa homologacji typu pojazdu” składanego wraz z ofertą do oferowanego typu autobusu, bez uwzględnienia zgodności modelu, wariantu i wersji;

2) Specyfikacja Warunków Zamówienia

- a) w zakresie Rozdziału 5 ust. 5.8: poprzez wykreślenie zapisów dotyczących elektromobilności;
- b) w zakresie Rozdziału 6, ust. 6.2, pkt 3 i ust. 6.3 pkt 3): poprzez usunięcie wymogu przedstawienia Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT);
- c) w zakresie Rozdziału 6 ust. 6.2, pkt 4: poprzez ograniczenie zakresu „Świadectwa homologacji typu pojazdu” składanego wraz z ofertą do oferowanego typu autobusu, bez uwzględnienia zgodności modelu, wariantu i wersji;
- d) w zakresie Rozdziału 9, ust. 9.2, pkt 4.1, ppkt a) i b): nadanie nowego brzmienia poprzez usunięcie określenia „miejskich” z wyrażenia „autobusów elektrycznych”;
- e) w zakresie Rozdziału 22, ust. 22.3b), kryterium P1 i kryterium P5: usunięcie obu kryteriów w całości;
- f) w zakresie Rozdziału 22, ust. 22.2 i 22.3c): poprzez usunięcie wymogu przedstawienia Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT);

3) Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ)

- a) w zakresie pkt I. 1: nadanie nowego brzmienia poprzez usunięcie określenia „miejskich” z wyrażenia „autobusów elektrycznych”;
- b) w zakresie pkt I. 1. pkt 2.2: poprzez ograniczenie zakresu „Świadectwa homologacji typu pojazdu” składanego wraz z ofertą do oferowanego typu autobusu, bez uwzględnienia zgodności modelu, wariantu i wersji;
- c) w zakresie pkt I. 3. B.2: poprzez usunięcie w całości zdania: Preferowane są rozwiązania z magazynami energii umieszczonymi w dachu pojazdu, w jak największej ilości (pojemności nominalnej);
- d) w zakresie pkt I. 3. D.1: poprzez usunięcie w całości drugiego akapitu o treści:
„Samonośne o konstrukcji spawanej zintegrowanej z podwoziem (lub zintegrowane z podwoziem ramowym); wykonane z cienkościennych profili zamkniętych wytworzonych ze stali odpornej na korozję – nierdzewnej zgodnie z PN-EN 10088
lub ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości i wysokiej odporności na korozję, zabezpieczonej dodatkowo antykorozyjnie w procesie kateforezy poprzez zanurzenie całej kompletnej konstrukcji (KTL) – rozwiązanie preferowane.”;
- e) w zakresie pkt II. 9.4.: usunięcie w całości;

4) wzór Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ)

- a) w zakresie § 1 ust. 1 pkt 1 i § 1 ust. 4 pkt 1 Umowy: nadanie nowego brzmienia poprzez usunięcie określenia „miejskich” z wyrażenia „autobusów elektrycznych”;
- b) w zakresie § 7 ust. 6 pkt 1 Umowy: usunięcie w całości.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania ponieważ jest producentem autobusów, który jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a także uzyskaniem zamówienia. Odwołujący oferuje dostawy na runku, a więc posiada status wykonawcy

w rozumieniu ustawy Pzp. Odwołujący ma możliwość złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu oraz zaoferowania atrakcyjnych cenowo warunków realizacji zamówienia. Określone przez Zamawiającego zasady udziału w Postępowaniu oraz dostawy autobusów naruszają zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób ewidentny preferując konkretnego producenta autobusów. W konsekwencji Odwołujący, pomimo tego, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu nie może złożyć oferty na konkurencyjnych i równych zasadach. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niemożliwości uzyskania zamówienia oraz wygenerowania zysku z tytułu jego realizacji.

Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów skutkować może poniesieniem realnej i faktycznej szkody związanej z realizacją zamówienia w oparciu

o pierwotne brzmienie SWZ. Ponadto opracowana przez Zamawiającego dokumentacja stawia pod znakiem zapytania

możliwość złożenia prawidłowych i porównywalnych ofert. Odwołujący wywodzi swój interes we wniesieniu odwołania z prawa do uczciwej konkurencji, prawidłowej organizacji i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest wyprodukowanie dostawa 14 sztuk fabrycznie nowych, ekologicznych autobusów miejskich klasy maxi, o napędzie elektrycznym, przeznaczonych do użytkowania w komunikacji miejskiej na terenie Miasta Siedlce, zaprojektowanie wraz z przeniesieniem praw autorskich do projektu i wykonanie robót budowlanych wraz ze sprawowaniem nadzoru autorskiego, polegających na budowie wiaty parkingowej dla autobusów z instalacją PV, magazynem energii i stacjami ładowania autobusów elektrycznych oraz konieczną infrastrukturą techniczną, na terenie zajezdni operatora transportu przy ul. Starzyńskiego 20 w Siedlcach, a ponadto dostawa, montaż

i uruchomienie 1 sztuki fabrycznie nowej, dwustanowiskowej, stacjonarnej stacji ładowania, typu plug-in, przeznaczonej do jednoczesnego ładowania prądem stałym magazynów energii autobusów elektrycznych, o mocy ładowania min. 2 x 60 kW lub min. 120 kw, usytuowanej

na terenie pętli autobusowej przy ul. Kurpiowskiej w Siedlcach. w ramach postępowania

o udzielenie zamówienia pn.: „Zakup i dostawa autobusów zeroemisyjnych, budowa wiaty parkingowej z fotowoltaniką, magazynem energii oraz konieczną infrastrukturą oraz dostawa, montaż i uruchomienie stacji ładowania autobusów w ramach projektu pn. „Zrównoważona mobilność miejska na terenie Miejskiego Obszaru Funkcjonalnego Miasta Siedlce”.

W dniu 24.05.2024 r. Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, udostępniając jednocześnie zainteresowanym wykonawcom dokumentację Postępowania na swojej stronie internetowej. Ogłoszenie wszczynające Postępowanie, jak też część postanowień SWZ, w tym Załącznik nr 5 do SWA – wzór Umowy i Załącznik nr 6 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ), zawiera szereg postanowień istotnie ograniczających konkurencyjność w Postępowaniu.

Poniżej Odwołujący wykaże zasadność postawionych przez siebie zarzutów.

Ad) II. 1a) i 2a)

Konieczność wykazania wykonania dwóch dostaw, z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z napędem elektrycznym oraz dwóch dostaw , z których każda obejmowała minimum siedem ładowarek wraz

z montażem W Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 9, ust. 9.2, pkt 4.1, ppkt a) i b)

doświadczenie zawodowe, oraz Rozdział 10, pkt 10.2.2 podmiotowe środki dowodowe)

w zakresie spełniania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający

wskazał, że:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

4.1)w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie:

a)dwie dostawy z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z napędem elektrycznym;

b)dwie dostawy z montażem z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wyżej sformułowanym warunkiem, w sposób niczym nieuzasadniony, wbrew intencjom ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zawęży grono potencjalnych wykonawców. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający ograniczył niezasadnie krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie do dostawców „autobusów komunikacji miejskiej”. W ocenie Odwołującego warunek ten nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, którym są autobusy elektryczne. Dla podmiotów, które nie zajmują się produkcją czy dostawą autobusów, warunek może sprawiać wrażenie, że jest postawiony właściwie,

nie mniej jednak nieprawidłowością jest tu ograniczenie wykonawców, którzy w sposób należyty dostarczyli autobusy elektryczne w zabudowie innej niż miejska, w tym podmiejskiej, lokalnej czy szkolnej.

Z punktu widzenia doboru ich głównych podzespołów, budowy, konstrukcji, ich montażu, autobusy elektryczne w innej niż miejska zabudowie nie różnią się od autobusów miejskich.

Klasyfikacja autobusów określona przepisami unijnymi, zawarta w dyrektywie 2001/85/WE [4], wprowadza kilka klas autobusów:

Klasa I – pojazdy z miejscami siedzącymi oraz obszarami do stania, umożliwiającymi przewóz pasażerów na trasach o dużej liczbie przystanków (autobusy miejskie).

Klasa II – pojazdy przeznaczone przede wszystkim do przewozu pasażerów na miejscach siedzących, z pewnymi obszarami do stania (autobusy międzymiastowe).

Klasa III – pojazdy wyłącznie z miejscami siedzącymi (autokary).

Klasa A – pojazdy z miejscami siedzącymi oraz obszarami do stania.

Klasa B – pojazdy tylko z miejscami siedzącymi.

Odwołujący posiada aktualną homologację dla typu autobusów elektrycznych, które chce nabyć Zamawiający, czyli autobusów klasy I – autobusów miejskich, dlatego tym bardziej nie zrozumiałe jest ograniczenie doświadczenia Wykonawcy jedynie do referencji pozyskanych za dostawę tego jednego rodzaju autobusu, tj. autobusu miejskiego.

Podkreślenia wymaga również fakt, że inni zamawiający będący jednostkami samorządu terytorialnego, nie stosują tego typu zapisów. Odwołujący przywołał przykładowe postanowienia SWZ (dotyczące warunków udziału w postępowaniu) w postępowaniach

o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez np. Gminę - Miasto Jasło i Gminę Staszów.

Niezrozumiałym jest także określenie doświadczenia w zakresie dwóch dostaw, po 7 sztuk autobusów i podobnie w przypadku ładowarek - dwóch dostaw, po 7 sztuk.

Odwołujący, jako producent i dostawca autobusów dostarczył łącznie więcej niż 14 autobusów i więcej niż 14 ładowarek w okresie ostatnich 3 lat.

W ocenie Odwołującego stawiane przez Zamawiającego w Postępowaniu wymagania co do zdolności wykonawcy w zakresie doświadczenia są zbyt wygórowane i nieproporcjonalne do skali przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Zamawiający chcący kupić 14 sztuk autobusów ocenia zdolność wytwórcze potencjalnych wykonawców, tj. czy w określonym czasie potencjalny wykonawca jest w stanie dostarczyć określoną liczbę autobusów. Zatem nie ma specjalnego znaczenia, ile będzie dostaw o konkretnych wolumenach, natomiast ważne jest, żeby wykonawca wykazał, że to zamówienie nie wykracza poza jego zdolności wytwórcze, co przemawia za tym, aby pod uwagę brana była łączna liczba autobusów wytworzonych w danym okresie. Stanowisko to jest tym bardziej zasadne, że trudniej jest wykonać 7 dostaw po 2 sztuki autobusu, niż 2 dostawy po 7 sztuk. W ocenie Odwołującego, kwestionowany wymóg stawiany przez Zamawiającego został zastosowany wyłącznie celem wykluczenia małych producentów autobusów takich jak Odwołujący, a premiuje dużych dostawców, co nie służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia, a jednocześnie stanowi istotne ograniczenie konkurencji. W ocenie Odwołującego, jako wystarczające bo uwzględniające zasadę proporcjonalności i zapewniające należyty dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia będzie wykazanie przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej połowy zamówienia objętego Postępowaniem tj.: dostawy minimum siedmiu fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów z napędem elektrycznym oraz dostawy minimum siedmiu fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych.

Zauważyć również należy, że na rynku polskim w klasie maxi autobusów elektrycznych działa obecnie kilka podmiotów, które można wymienić w oparciu o rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, które zakończyły się w ostatnich 3 latach, co nie jest tajemnicą, a w branży e-automotive wręcz oczywiste. Podobną wiedzę posiadają zamawiający ogłaszający przetargi. W postępowaniach takich biorą udział tacy producenci autobusów, jak: Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., Busnex Poland sp. z o.o. (działający w konsorcjum z Zhengzhou Yutong Group Co., Ltd.), ARP e-Vehicles Sp. z o.o., a sporadycznie także czasami Ikarus Sp. z o.o. oraz King Long United Automotive Industry Co., Ltd. Na tak ograniczonym co do konkurencji rynku każdy dokładnie zna parametry oferentów i pojazdów oraz to, w ilu i jakich przetargach startował, oraz które zamówienia zrealizował i o jakim wolumenie (liczba sztuk pojazdów). Zatem, zastosowane przez Zamawiającego postanowienia wymagania co do zdolności wykonawcy w zakresie doświadczenia służą jedynie jeszcze większemu ograniczeniu konkurencji, a nie zapewnieniu przez zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący proponuje, aby Zamawiający zmienił warunek na warunek o następującym brzmieniu:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

4.1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie:

- a) dostawy, które w sumie obejmowały minimum siedem fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów z napędem elektrycznym;
- b) dostawy, które w sumie obejmowały minimum siedem fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych.

W ocenie Odwołującego, poprzez zmianę wyżej wspomnianych warunków Zamawiający rozszerzy grono o oferentów, zdolnych zaproponować niedostępne dotąd nowoczesne innowacyjne konstrukcje. Ponadto zmiana warunku doświadczenia dodatkowo pozwoli Zamawiającemu pozyskać większą liczbę ofert, co w efekcie przyczyni się do wzrostu

ich konkurencyjność w sferze finansowej.

Ad II. 1b), 2b) i 3a)

Kryterium premiujące rozwiązanie w postaci konstrukcji autobusu, którego profile są wykonane ze stali o podwyższonej wytrzymałości, zabezpieczone antykorozyjnie metodą katodowego lakierowania zanurzeniowego (KTL kataforezy).

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (opis kryteriów, którymi zamawiający będzie

się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P5) Zamawiający premiując rozwiązanie w postaci konstrukcji autobusu, którego profile są wykonane ze stali o podwyższonej wytrzymałości, zabezpieczone antykorozyjnie metodą katodowego lakierowania zanurzeniowego (KTL kataforezy) całej kompletnej karoserii w ramach zamkniętego cyklu technologicznego sam zaprzecza podanemu dalej uzasadnieniu, a mianowicie, że premiowane są rozwiązania,

w ocenie zamawiającego, dające większe prawdopodobieństwo długotrwałej eksploatacji

w trudnych warunkach jazdy miejskiej oraz w maksymalnym stopniu ułatwiające procesy naprawcze związane z potencjalnymi wymianami uszkodzonych profili konstrukcji nadwozia

w warunkach zamawiającego, a także potencjalną trwałość takich napraw. Tymczasem, kataforeza - rozwiązanie premiowane przez Zamawiającego, jest jednocześnie rozwiązaniem stosowanym wyłącznie przez jednego producenta, tj. MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o.,

al. Katowicka 9, Wolica, 05-830 Nadarzyn. Oznacza to, że omawiane kryterium

w obecnym brzmieniu premiuje tylko jednego producenta, dyskryminując pozostałych producentów.

Ad II. 1c), 2c) i 3b)

Wymóg przedstawienia Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT), potwierdzającego wymagania w zakresie podlegającego ocenie zużycia energii przez oferowany pojazd, dotyczącego oferowanego typu autobusu.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 3 i ust. 6.3 pkt 3), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (Rozdział 22, ust. 22.2

i 22.3c) Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą oczekuje złożenia wielu dokumentów, jako przedmiotowe środki dowodowe, w tym:

- Raportu z badania pomiaru zużycia energii (test E-SORT), potwierdzającego wymagania w zakresie podlegającego ocenie zużycia energii przez oferowany pojazd, dotyczącego oferowanego typu autobusu miejskiego (w kompletacji zbliżonej do oferowanej, tj. identyczne marka i typ pojazdu, silnik oraz skrzynia biegów), wykonanego zgodnie z wymogami UITP (Międzynarodowej Unii Transportu Publicznego) przez niezależną certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania takiego testu.

Zamawiający wprowadzając do kryterium oceny ofert warunek dotyczący zużycia energii autobusu wymusza niejako na wykonawcy posiadanie raportu z badań tego zużycia, które zostały wykonane przez niezależną certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną

do wykonywania takiego testu. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż powyższy dokument, jako przedmiotowy środek dowodowy, nie będzie podlegał złożeniu lub uzupełnieniu

w związku z faktem, iż służy on potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Wykonawca ma zatem obowiązek złożyć powyższy dokument wraz

z ofertą, inaczej narazi się na odrzucenie oferty.

Odwołujący stoi na stanowisku, że powyższe zapisy SWZ nie mogą stanowić podstawy wykluczenia

wykonawców (narażenia się na skutek w postaci odrzucenia oferty), którzy nie złożą raportu z badania zużycia energii (SORT), a mogą prowadzić jedynie do pozbawienia danego wykonawcy punktów w ocenianym w tym zakresie kryterium oceny ofert. Należy

tu wskazać, że raport badania zużycia energii w ramach procedury SORT nie jest dokumentem, którego posiadanie przez producenta autobusów jest wymagane przepisami prawa. Nie jest on niezbędny do procedury rejestracji pojazdu, nie służy też niczemu w trakcie użytkowania autobusu. Wynik to jedynie dana otrzymana w ramach laboratoryjnego badania, które jest prowadzone przez akredytowaną instytucję na zlecenie producenta autobusu.

Co ważne, jak wynika z doświadczeń podmiotów użytkujących autobusy, wynik pozyskany w ramach badania laboratoryjnego nie ma później odzwierciedlenia w rzeczywistych warunkach użytkowania autobusów (realne zużycie energii w rzeczywistości jest wyższe niż to uzyskane w warunkach laboratoryjnych). Dlatego Odwołujący wnioskuje jak na wstępie.

Ad) ll. 1d), 2d) i 3c)

Świadectwa homologacji typu pojazdu dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji.

Odwołujący posiada homologację typu WE dla oferowanych przez siebie autobusów, który to typ jest tożsamy z typem autobusów, które chce nabyć Zamawiający, czyli autobusów klasy I – autobusów miejskich. Ze względu na wprowadzenie nowych wariantów i wersji autobusów Odwołujący jest na końcowym etapie rozszerzenia homologacji typu o kolejne warianty

i wersje autobusów. Planowany termin zakończenia rozszerzenia homologacji to przełom czerwca i lipca 2024 r.

Odwołujący podnosi, że żądanie przez Zamawiającego homologacji, która uwzględnia nie tylko typ, ale również model, wariant i wersję pojazdu stanowi znaczne ograniczenie konkurencji, gdyż ogranicza doświadczenie wykonawcy jedynie do referencji pozyskanych za dostawę tego jednego rodzaju autobusu. Zdaniem Odwołującego, sformułowanie przez Zamawiającego takiego wymogu nie tylko ogranicza konkurencję, ale wręcz wskazuje jednego wykonawcę, tj. producenta pojazdu, który wyprodukował dokładnie taki pojazd, jaki wynika ze specyfikacji Zamawiającego. Tak też jest w niniejszej sprawie.

W październiku 2022 roku ten sam Zamawiający ogłosił przetarg na: „Dostawę fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych klasy maxi z napędem elektrycznym, wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem fabrycznie nowych stacji ładowania zajezdniowego” (Nr postępowania: F.271.29.2022). Ze specyfikacji warunków zamówienia wynika, że przedmiotem zamówienia były pojazdy o prawie identycznych parametrach jak w Postępowaniu, którego dotyczy odwołanie.

W Rozdziale 6 pkt 6.2 pkt 4) SWZ, Zamawiający zażądał „aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, wydane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 sierpnia 2023 r. w sprawie homologacji typu pojazdów (Dz. U. poz. 1651). Przedmiotowy przetarg wygrał MAN Truck & Bus Sp. z o.o., któremu Zamawiający udzielił zamówienia. Oznacza to, że to w/w producent pozostaje

w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców, bowiem posiada świadectwo homologacji uwzględniające nie tylko typ pojazdu, ale również uwzględniające model, wariant i wersję. Dowody: SWZ i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dot. przetargu prowadzonego przez Miasto Siedlce (nr postępowania: F.271.29.2022)

Homologacja typu pojazdu jest pojęciem szerokim, ale wystarczającym do tego aby złożyć ważną ofertę. Z kolei homologacja uwzględniająca model, wariant i wersję może być złożona z chwilą dostawy pojazdu. Taka homologacja szczegółowa jest bowiem niezbędna do tego, aby zarejestrować pojazd.

Odwołujący wskazuje również, że uzyskanie homologacji uwzględniającej model, wariant i wersję jest czasochłonne i niemożliwe w tak krótkim czasie, jaki Zamawiający określił na termin składania ofert (jeden miesiąc i 3 dni licząc od dnia ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego, załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej - nie później niż w ciągu dwóch miesięcy

od dnia wszczęcia postępowania, zaś w postępowaniu odwoławczym - w ciągu miesiąca

od dnia otrzymania odwołania. Sprawy dot. uzyskania homologacji dla typu pojazdu, uwzględniające model, wariant i wersję, toczące się przed Transportowym Dozorem Technicznym można zaliczyć do spraw szczególnie skomplikowanych, które trwają do 2 miesięcy w pierwszej instancji.

Z tych względów, Odwołujący podnosi, że homologacja uwzględniająca model, wariant i wersję pojazdu może być a nawet powinna dostarczona Zamawiającemu dopiero

wraz z dostawą autobusu.

Ad) II. 1d), 2e) i 3d)

Baterie trakcyjne na dachu autobusu

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (opis kryteriów, którymi zamawiający będzie

się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert Rozdział 22, ust. 22.3b), kryterium P1) Zamawiający wskazał, że:

Umiejscowienie magazynów energii w autobusie jest punktowane, przy czym:

90-100% ogólnej pojemności magazynów energii zabudowana na dachu pojazdu – 10 pkt

70-89% ogólnej pojemności magazynów energii zabudowana na dachu pojazdu – 5 pkt

0-69% ogólnej pojemności magazynów energii zabudowana na dachu pojazdu – 0 pkt

W ocenie Odwołującego, umieszczenie magazynu baterii tylko na dachu znacznie ogranicza właściwości eksploatacyjne autobusu. Baterie trakcyjne są bardzo ciężkim elementem autobusu. Wymagana przez zamawiającego pojemność baterii oraz punktowany przez niego sposób ich zabudowy spowoduje konieczność umieszczenia na dachu autobusu wagi ok 2-3 ton. Takie rozwiązanie jest niekorzystne z kilku względów:

1. Umieszczenie dużej masy na wysokości dachu pojazdu znacznie podnosi położenie środka ciężkości pojazdu co ma wielki wpływ na jego stabilność podczas pokonywania zakrętów, a tym samym na bezpieczeństwo i komfort pasażerów.
2. Znaczne podniesienie środka ciężkości powoduje konieczność montowania dodatkowych stabilizatorów w podwoziu, co podnosi koszty budowy autobusu, jego eksploatacji a także powoduje skomplikowanie całego układu zawieszenia.
3. Umieszczenie tak dużego ciężaru na dachu autobusu powoduje konieczność znacznego wzmocnienia całej konstrukcji ramy autobusu, żeby mogła utrzymać dodatkowy ciężar. Powoduje to wzrost masy własnej całego autobusu, a tym samym wpływa negatywnie na jego pojemność pasażerską oraz zużycie energii czyli koszty eksploatacji.
4. Oferowane autobusy muszą spełniać wymagania Regulaminu 107 EKG ONZ. Jednym z wymogów tego Regulaminu jest badanie zachowania się autobusu podczas przechyłu. Autobus podczas badania stawia się na specjalnej platformie, która przechyla autobus na boki. Minimalny kąt wychylenia wynosi 28o. Umieszczeni baterii na dachu powoduje duże utrudnienia i stosowanie dodatkowych rozwiązań, żeby autobusy mogłyby spełniać wymogi w/w Regulaminu.

Autobusy Odwołującego mają baterie zabudowane w większości pod podłogą autobusu, dzięki czemu:

- środek ciężkości jest bardzo nisko,
- właściwości trakcyjne są dużo wyższe niż przypadku zabudowy baterii głównie na dachu
- komfort i bezpieczeństwo pasażerów są znacząco wyższe, autobus nie przechyla się na zakrętach.

Warto również zauważyć, że pomimo dynamicznego rozwoju pojazdów elektrycznych, żaden z producentów samochodów osobowych, dostawczych lub ciężarowych nie stosuje montażu baterii na dachu. Wszyscy stosują zabudowę w podłodze.

Wobec powyższego prosimy o wykreślenie tego kryterium, które w naszej ocenie premiuje rozwiązanie mniej korzystne dla Zamawiającego i mniej bezpieczne.

Ad) II. 1f), 2f) i 3e) Ustawa o elektromobilności

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (opis przedmiotu zamówienia Rozdział 5, ust. 5.8)

w zakresie spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie elektromobilności Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający wymaga, by Wykonawca we flocie pojazdów samochodowych (w rozumieniu

art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym) użytkowanych przy wykonywaniu zadania publicznego, dysponował odpowiednią liczbą pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym, spełniając tym samym postanowienia art. 68 ust. 3

w związku z art. 35 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych, o ile wykonanie zamówienia będzie wymagało użycia pojazdów samochodowych.

Zamawiający wszelkie kwestie związane ze sposobem weryfikacji ww. wymagań, zasady obliczeń związanych z udziałem ww. pojazdów, uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę ww. wymogu oraz sankcje z tytułu nie spełnienia tych wymagań, określił w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr do 5 SWZ.

Ustawa o elektromobilności i paliwach alternatywnych wymaga stosowania pojazdów

z napędem alternatywnym jedynie w przypadkach realizacji zadań publicznych zleconych przez Gminę, natomiast dostawa autobusów elektrycznych wraz ze stacją ładowania

nie mieści się w katalogu tego typu zadań. Powyższe wymaganie wynika z dyspozycji art. 35 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, który stanowi, że:

1. Jednostka samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000, zapewnia, aby udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów w obsługującym ją urzędzie wynosił co najmniej 30% liczby użytkowanych pojazdów.
2. Jednostka samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000:
 - 1) wykonuje zadania publiczne określone w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 40), art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 1526) albo art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2094), z wyłączeniem publicznego transportu zbiorowego, przy wykorzystaniu co najmniej 30% pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub
 - 2) zleca wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w pkt 1, z wyłączeniem publicznego transportu zbiorowego, podmiotowi, którego co najmniej 30% floty pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu tego zadania stanowią pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym.
3. Przepisu ust. 2 pkt 2 nie stosuje się do zlecenia wykonania zadania publicznego, którego wartość nie przekracza równowartości kwoty 30 000 euro wyrażonej w złotych.

Jak wynika z powyższego brzmienia cytowanego przepisu, wykorzystanie co najmniej 30% pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym jest konieczne w przypadku realizacji zadań publicznych własnych lub zleconych przez Gminę.

Wskazane przez Zamawiającego rozwiązania stanowią nieuzasadnione ograniczenie konkurencji, albowiem możliwe są w użyciu inne technologie, równie skuteczne i prawidłowe.

Odwołujący, jako wieloletni, doświadczony producent i dostawca autobusów elektrycznych, zauważa, iż z ogólnej praktyki rynkowej nie wynika przy tym, aby istniało nadrzędne zapotrzebowanie na rozwiązanie przedstawione przez Zamawiającego, a tym samym,

aby wymaganie Zamawiającego było uzasadnione. Wskazane powyżej rozwiązania proponowane przez Odwołującego polegają bowiem na zagwarantowaniu określonej funkcjonalności, które są stosowane na rynku. Przedstawione przez Odwołującego rozwiązania winny zostać dopuszczone przez Zamawiającego w ramach wykonania przedmiotu zamówienia, albowiem daje ono analogiczną gwarancję ochrony wymaganej przez Zamawiającego. Tymczasem, pomimo możliwości zapewnienia konkurencyjności Postępowania poprzez dopuszczenie rozwiązań równoważnych, Zamawiający ogranicza dodatkowo konkurencyjność Postępowania narzucając konkretne rozwiązania, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4,5,6 Pzp.

W tym miejscu Odwołujący zauważa również, iż w przypadku wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia konkretnych danych/parametrów wskazujących na jednego producenta, po stronie wykonawcy nie leży ciężar udowodnienia (wykazania), iż przygotowany

przez zamawiającego opis techniczny mógłby niezasadnie utrudniać dostęp do zamówienia i ograniczać konkurencję. W takim przypadku wystarczającym jest wyłącznie uprawdopodobnienie, iż taki stan rzeczy może wywołać nieuzasadnione ograniczenie konkurencji i może wywoływać ten skutek, że tylko wąski krąg producentów jest w stanie zapewnić parametry zamówienia.

Zamawiający powinien zatem zmienić wymagania oraz dopuścić rozwiązania równoważne wszędzie tam, gdzie opracowany opis przedmiotu zamówienia zawęży w sposób

nieuzasadniony konkurencyjność postępowania. Dodatkowym obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym jest dookreślenie parametrów podlegających ocenie w kontekście równoważności (art. 99 ust. 6 Pzp).

Wniosek Odwołującego sprowadza się zatem do dostosowania treści SWZ do wymagań Pzp.

Uprawnienia zamawiających w zakresie kryteriów oceny ofert nie są jednak nieograniczone. Już bowiem z treści art. 240 Pzp wynika, że winny być one określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ponadto, jak wskazuje art. 241 ust. 1 Pzp muszą być one powiązane

z przedmiotem zamówienia. Bezsporne jest również, że kryteria, podobnie jak wszelkie inne mechanizmy stosowane przez zamawiających na gruncie regulacji wynikających z Pzp, muszą być kształtowane z poszanowaniem reguł wynikających z art. 16 Pzp, takich jak uczciwa konkurencja, równe traktowanie, przejrzystość i, przede wszystkim, proporcjonalność.

Reguła proporcjonalności wywodzi się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) jak np.

wyroki TSUE z 10 lipca 2014 r., w sprawie C-358/12, z 2 maja 2019 r. w sprawie C-309/18, z 6 października 2021 r. w sprawie C-398/19 czy z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/976. W orzecznictwie tym wypracowany został „test proporcjonalności”, pozwalający oceniać czy dany, postawiony przez zamawiającego wymóg, jest rzeczywiście proporcjonalny. Istota tego testu sprowadza się do oceny adekwatności wymagania. Proporcjonalność nie oznacza zatem jakiegokolwiek powiązania z przedmiotem zamówienia, ale taką relację wymogu zamawiającego do tego przedmiotu, która pozwala na stwierdzenie, że nie jest on (wymóg) nadmierny w relacji do celów przyświecających zamawiającemu udzielającemu danego zamówienia.

Przenosząc powyższe na zagadnienie kryteriów oceny ofert, uznać należy, że winny być one ukształtowane w taki sposób, aby, dając zamawiającemu możliwość premiowania spełnienia przez wykonawców określonych wymagań, gwarantować jednocześnie rzetelną i faktyczną konkurencyjność pomiędzy wykonawcami. Zatem nieproporcjonalne (a przy tym naruszające uprawnienia, z których korzysta zamawiający) będą takie kryteria oceny ofert, które np. premią nadmierne, a więc niewpływające na realizację przyszłego zamówienia, parametry, czy też takie, które w istocie nie pozwalają na uznanie, że wykonawca deklarujący ich spełnienie rzeczywiście w jakikolwiek sposób gwarantuje lepsze wykonanie zamówienia.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący stoi na stanowisku, iż autobus będący przedmiotem oferty spełnia wszystkie parametry przewidziane przez Zamawiającego w SWZ, a tym samym to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najbardziej korzystna. Dlatego, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

W dniu 6 czerwca 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca MAN Truck & Bus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający, pismem procesowym z dnia 20 czerwca 2024 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 24 maja 2024 roku (treści ogłoszenia o zamówienia oraz postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”). Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy i dopuściła tegoż wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego (tu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia) odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich ukształtowanie naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podniesionym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów podniesionych w pkt II petitum odwołania

-ppkt 1 lit. b), c), e),

-ppkt 2. lit. b), c), e),

-ppkt 3. lit. a), b), d), lit. e) w części dotyczącej pkt II.9.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia,

postępowanie odwoławcze w zakresie powyższych zarzutów zostało umorzone.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowanie innych, jak również uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi, oraz który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje sprzeczny z obowiązującymi regulacjami, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymogi, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji, w szczególności poprzez:

a) sformułowanie w treści ogłoszenia (2.1 Procedura, 5.1. Część zamówienia LOT-0001,

5.1.6. Informacje ogólne, 5.1.9. Kryteria kwalifikacji) oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 9, ust. 9.2, pkt 4.1, ppkt a) i b) doświadczenie zawodowe oraz Rozdział 10, pkt 10.2.2 podmiotowe środki dowodowe) kryterium kwalifikacji wykonawców i warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie kryterium zdolności technicznej i zawodowej konieczności wykazania wykonania dwóch dostaw,

z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z napędem elektrycznym oraz ładowarek wraz z montażem,

a ponadto przez użycie w § 1 ust. 1 pkt 1) i § 1 ust. 4 pkt 1) wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz w pkt I. 1. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) określenia „miejskich” w odniesieniu do autobusów elektrycznych;

d) określenie w treści w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne), w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 4), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz w pkt I. 2. Pkt 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), konieczność złożenia wraz z ofertą aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

f) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 5 ust. 5.8. Wymagania w zakresie elektromobilności) w pkt II. 9.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) oraz § 7 ust. 6 pkt 1 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych,

- Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp: art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Izba przywołuje treść wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 Pzp:

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług

lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4. 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.

5. 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”.

6. 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.

Z kolei zgodnie z treścią art. 16 Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W zakresie wymaganego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu określonego Ogłoszeniu o zamówieniu pkt 5.1.9. „Kryteria kwalifikacji” oraz w SWZ Rozdział 9 „Informacja o Warunkach Udziału w Postępowaniu” ust. 9.2 pkt 4, ppkt 4.1) zgodnie z którym:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że

4.1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie:

a) dwie dostawy z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z napędem elektrycznym;

b) dwie dostawy z montażem z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych,

Odwołujący kwestionuje treść powyższego warunku jako wygórowaną, niczym nieuzasadnioną, zawężającą grono potencjalnych wykonawców, nieproporcjonalną do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo podnosi, że Zamawiający niezasadnie ograniczył krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do dostawców „autobusów komunikacji miejskiej”. Warunek ten nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, którym jest dostawa autobusów elektrycznych. Odwołujący kwestionuje również wymóg wykazania się dwiema dostawami obejmującymi minimum siedem fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych i wskazuje, że jako producent i dostawca autobusów dostarczył łącznie więcej niż 14 autobusów i więcej niż 14 ładowarek w okresie ostatnich trzech lat.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu ocenia czy w określonym czasie wykonawca jest w stanie dostarczyć określoną liczbę autobusów, ważne jest zatem aby wykonawca wykazał, że dane zamówienie nie wykracza poza jego zdolności wytwórcze. Zamawiający powinien zatem oceniać łączną liczbę autobusów wytworzonych w danym okresie. Obecny warunek udziału w postępowaniu prowadzi do wykluczenia małych producentów autobusów takich jak Odwołujący, a premiuje dużych dostawców, co stanowi ograniczenie konkurencji na rynku.

Dlatego Odwołujący wnosi o zmianę powyższego warunku i zastąpienie go treścią: „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie: minimum siedem dostaw fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów z napędem elektrycznym oraz dostawy minimum siedmiu fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych”.

Odwołujący wskazał, że zmiana warunku udziału w postępowaniu w sposób przez niego zaproponowany rozszerzy grono wykonawców zdolnych zaproponować niedostępne dotąd nowoczesne innowacyjne konstrukcje oraz zwiększyć ilość wykonawców składających oferty w postępowaniu, co przyczyni się do wzrostu konkurencyjności w sferze finansowej.

W ocenie lzby argumentacja podnoszona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Choć zgodzić się należy z generalną zasadą, że zwiększenie ilości wykonawców składających oferty w postępowaniu przyczyni się do wzrostu konkurencyjności w sferze finansowej, to wskazać należy, że w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający ustanawiając warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określony w Ogłoszeniu o zamówieniu pkt 5.1.9. „Kryteria kwalifikacji” oraz w SWZ Rozdział 9 „Informacja o Warunkach Udziału w Postępowaniu” ust. 9.2 pkt 4, ppkt 4.1) ograniczył uczciwą konkurencję oraz naruszył zasadę proporcjonalności, co miało prowadzić do naruszenia zasad dotyczących opisu przedmiotu zamówienia określonych w art. 99 Pzp.

Przede wszystkim wskazać należy, że kształtowanie treści SWZ należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia. Nie należy więc postanowień SWZ rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego chcąc je uzyskać. Istotne jest natomiast to, aby postanowienia SWZ nie naruszały przepisów i zasad obowiązujących w ustawie Pzp. Odwołujący winien zatem wykazać, dlaczego określona przez Zamawiającego treść narusza przepisy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp, tj. doprowadzi do eliminacji niezgodności z przepisami, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia

wykonawcy podnoszącemu takie żądania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby nie zaistniały okoliczności, których wystąpienie zarzuca Odwołujący.

Jak wynika z treści dokumentów zamówienia przedmiotem zamówienia, jest m. in. wyprodukowanie i dostawa 14 sztuk fabrycznie nowych, jednej marki, niskopodłogowych, jednoczłonowych, ekologicznych autobusów miejskich klasy maxi, o napędzie elektrycznym, przeznaczonych do użytkowania w komunikacji miejskiej na terenie Miasta Siedlce, oraz wyprodukowanie i dostawa w sumie 12 sztuk fabrycznie nowych stacji ładowania autobusów elektrycznych.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedmiotowe autobusyprzeznaczone będą do komunikacji w warunkach miejskich, dlatego określenie przedmiotu zamówienia jako „autobusu miejskiego” jest w pełni uzasadnione potrzebami Zamawiającego oraz przeznaczeniem zamawianych pojazdów.

Określając warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymagał, „aby wszyscy zainteresowani wykonawcy zagwarantowali prawidłową jakość, powtarzalność i wiarygodność wykonania kontraktu. Zamawiający chce uniknąć dostawy produktów okazjonalnych, wyprodukowanych w małych ilościach, być może nie powtarzalnych lub prototypowych. Wykazanie przez wykonawców realizacji co najmniej dwóch dostaw, daje większą pewność tego, że co najmniej dwóch zamawiających już użytkuje oferowane produkty i co najmniej dwóch zamawiających potwierdza, że zamówienia te zostały wykonane należyście. Złagodzenie zapisów dotyczących tego warunku, zgodnie z propozycją Odwołującego może spowodować, że w postępowaniu zostaną złożone oferty producentów, którzy zajmują się jednostkową produkcją autobusów wszelkich klas, kategorii i rodzajów. Zamawiający, jako jednostka samorządu terytorialnego, zakupione autobusy przekaże

do użytkowania operatorowi transportu, świadczącemu usługę przewozu osób w komunikacji miejskiej, przeznaczonymi i przystosowanymi do tego autobusami miejskimi, na podstawie umowy powierzenia na wykonywanie usługi transportu publicznego w komunikacji miejskiej. Zgodnie z definicją komunikacji miejskiej, zawartą w art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2023 r., poz. 2778) (dalej: „PTZ”), komunikacją miejską są gminne przewozy pasażerskie wykonywane w granicach administracyjnych miasta albo miasta i gminy, jeśli zostało zawarte porozumienie, w celu wspólnej realizacji publicznego transportu zbiorowego. Miasto Siedlce, w umowie powierzenia usług operatorowi transportu, zawarło wymóg świadczenia usług przewozu osób na terenie miasta Siedlce autobusami do tego celu przystosowanymi, niskopodwoziowymi, czyli miejskimi. Wykorzystanie pojazdów innych, np. podmiejskich czy szkolnych, jest zatem niemożliwe. Dlatego też, przy tak dużej partii zamawianych autobusów nie można polegać

na doświadczeniu i „możliwościach” producentów autobusów o zabudowach innych, jak miejskie.

Nieuprawnione jest twierdzenie, że autobusy elektryczne w zabudowie innej jak miejska

w zakresie głównych podzespołów, budowy, konstrukcji i ich montażu nie różnią

się od autobusów miejskich. Są to zupełnie inne konstrukcje, rozwiązania, parametry pracy wynikające z całkowicie różnych warunków ich użytkowania. Nie bez znaczenia jest również trwałość konstrukcji autobusu miejskiego znacząco odbiegająca od trwałości innych pojazdów autobusowych. Różnice takie determinowane są również wielkością autobusu miejskiego (klasa maxi, midi, mini), co związane jest z różnicami w zakresie pojemności pasażerskiej,

a więc ciężkości warunków pracy(...). Zamawiający bardzo jasno, precyzyjnie i konkretnie określił swoje wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia oraz wymagania jakościowe pośrednio determinowane przez wykonawców, a wynikające z doświadczenia. Zamawiający adresuje swoje zamówienie do wszystkich wykonawców, do potrafiących i mogących wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego w zakresie jakości, funkcjonalności, powtarzalności. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż cykl życia autobusu miejskiego szacowany jest na ok. 18-20 lat w warunkach operatora transportu zamawiającego, w związku z tym ważnym wydaje się argument zapewnienia wsparcia technicznego

na przestrzeni lat eksploatacji. Ponadto, istotne z punktu widzenia eksploatującego

są pewność i stabilność w zakresie dostaw części zamiennych, w tym głównego komponentu – akumulatorów trakcyjnych. Jest to także kluczowe pod względem powtarzalności produkcji

i w 100% jednakowych parametrów, co jest trudne do osiągnięcia przy produkcji jednostkowej w zakresie danej kategorii i klasy pojazdu. (...) Stawiając wymóg okazania

się doświadczeniem w zakresie należytego wykonania dwóch dostaw po minimum siedem autobusów i dwóch dostaw po minimum siedem stacji ładowania, Zamawiający zastosował zasadę proporcjonalności w odniesieniu do wielkości zamówienia. Jest to działanie spójne

i logiczne, będące znaczącą częścią całości przedmiotowego zamówienia, obejmującej ponadto roboty budowlane w zakresie wiaty garażowej wraz z instalacją PV, budową niezbędnej infrastruktury technicznej, w tym energetycznej, dostawą stacji transformatorowej, dostawą magazynów energii, wykonaniem niezbędnych szkoleń pracowników oraz

dokonaniem koniecznych odbiorów i uzyskaniem pozwoleń, certyfikatów i dopuszczeń do użytkowania. Postawione wymagania w zakresie wykazania zrealizowanych należycie dostaw są adekwatne do całości przedmiotu zamówienia. Odwołujący skupił się jedynie na wymaganiach w zakresie ilości autobusów oraz stacji ładowania. Jest to niewystarczające do udowodnienia swojego potencjału, gdyż sprowadza się do tego, że Odwołujący chciałby udowodnić swoje możliwości, przedstawiając dowody łączne na potwierdzenie, że w ogóle wyprodukował łącznie 7 (lub 5) sztuk wszystkich autobusów elektrycznych wszystkich klas,

w zakresie wielkości, przeznaczenia (podmiejskich, szkolnych, itp.). Zdaniem Zamawiającego, taka „zbieranina” potwierdzeń dostaw różnego rodzaju autobusów na przestrzeni okresu ostatnich 3 lat nie świadczy o możliwości Odwołującego do wykonania przedmiotowego zamówienia w całości i w przewidzianym terminie realizacji (do 600 dni od dnia zawarcia umowy).

Dodatkowo, każde zamówienie to indywidualny proces tworzenia produktu (autobusu miejskiego) pod konkretne potrzeby i wymagania konkretnego zamawiającego. Dlatego

też, taka łączna kumulacja doświadczenia produkcji i dostaw różnych klas autobusów (również różnych wielkości), dodatkowo bez poświadczenia świadectwem homologacji ostatecznej kompletacji produktu, nie daje jednoznacznego potwierdzenia, że te pojazdy są takie same

i będą takie same. Każdy zamawiający ma inne wymagania co do np. pojemności magazynów energii, ilości drzwi, ilości okien otwieranych, ilości miejsc pasażerskich, w tym siedzących, rozwiązań w zakresie klimatyzacji, wentylacji czy ogrzewania. W ocenie Zamawiającego, takie „łączne zsumowanie” doświadczenia wykonawcy nie jest potwierdzeniem prawidłowych realizacji dostaw i prawdopodobieństwa, że przedmiotowe zamówienie zostanie zrealizowane należycie. Zamawiający wymaga jedynie potwierdzenia prawidłowego wyprodukowania

i dostawy autobusów i stacji ładowania na poziomie proporcjonalnym do wielkości postępowania, tj. odpowiednio w ilościach po 50% zamawianych produktów”.

Izba dała wiarę powyższym wyjaśnieniom potrzeb Zamawiającego. Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób merytoryczny i rzetelny przedstawił uzasadnienie dla postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie minimalnej ilości dostaw oraz co do wymogu zabudowy miejskiej. Sformułowane warunki udziału wynikają z obiektywnych potrzeb Zamawiającego, odnoszących się do zapewnienia aby przedmiotowe zamówienie zostało udzielone wykonawcy, posiadającemu doświadczenie w realizacji zamówień odpowiadających przedmiotowemu, oraz który daje gwarancję jego rzetelnego wykonania. Zamawiający nie chce dopuścić, aby przedmiotowe zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który wprawdzie ma jakieś doświadczenie przy wykonaniu dostawy autobusów, ale są to autobusy inne od zamawianych i w ilości, która nie gwarantuje należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Kwestionowany warunek udziału w postępowaniu nie narusza również zasady proporcjonalności, nie jest nadmiarowy oraz w pełni koresponduje z przedmiotem zamówienia, odnosi się bowiem do doświadczenia odpowiadającego po 50% zamawianych produktów.

Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych argumentów, wskazujących dlaczego kwestionowany warunek udziału w postępowaniu winien zostać zmieniony, jako naruszający ww. przepisy ustawy Pzp, a skoncentrował się jedynie na postulatcie jego zmiany w sposób korzystny dla siebie, tj. taki, który umożliwi mu spełnienie warunku. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu ograniczenie konkurencji, jednakże nie zarzucił ograniczenia uczciwej konkurencji, której naruszenie jest działaniem niezgodnym z prawem. Dodać należy, że określenie dowolnego warunku udziału w postępowaniu stanowi ograniczenie konkurencji, bowiem zawęży krąg wykonawców wyłącznie do tych, którzy taki warunek są w stanie spełnić. Nie jest to jednak jednoznaczne z ograniczeniem uczciwej konkurencji. Jeżeli warunek udziału w postępowaniu wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jest sformułowany w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a jego spełnienie jest możliwe przez kilku wykonawców, to przy jego określeniu Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Jak wynika z uzasadnienia Zamawiającego, któremu Izba dała wiarę, kwestionowany warunek udziału w postępowaniu wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Został on również określony w sposób, który nie narusza zasady proporcjonalności. Natomiast w stosunku do ilości podmiotów, które są w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego, to sam Odwołujący w odwołaniu wskazał, że warunek ten premiuje dużych wykonawców, co nie oznacza, że na rynku nie ma wykonawców spełniających warunek określony przez Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, wskazuje na wielość takich wykonawców.

Odwołujący koncentruje się wyłącznie na postulatcie ograniczenia warunku udziału w postępowaniu, do wymagań, które sam jest w stanie spełnić. Poza subiektywną argumentacją, Odwołujący nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności, korzystnych

dla Zamawiającego w stosunku do jego uzasadnionych potrzeb, spowodowanych proponowaną przez Odwołującego zmianą warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, że obecna treść warunku udziału w postępowaniu ogranicza w sposób nieuzasadniony krąg podmiotów posiadających zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia. Nie wykazał także, że zmiana warunku udziału w postępowaniu w sposób wnioskowany przez Odwołującego, doprowadzi do rozszerzenia grona wykonawców o takich, którzy są w stanie wykonać zamówienie należyście. Wręcz przeciwnie, Odwołujący wskazał, że proponowana zmiana warunku „rozszerzy grono oferentów zdolnych zaproponować niedostępne dotąd nowoczesne innowacyjne konstrukcje”, a więc wszystko to, czego Zamawiający chce uniknąć stawiając warunek udziału w postępowaniu. Jak wskazał bowiem Zamawiający podkreślając wielkość zamówienia, chce on uniknąć dostawy produktów okazjonalnych, wyprodukowanych w małych ilościach, być może nie powtarzalnych lub prototypowych, do czego w ocenie Izby jest uprawniony.

W ocenie Izby zmiana treści warunku udziału w postępowaniu w sposób wnioskowany przez Odwołującego jest więc nieuzasadniona.

Izba wskazuje również, że okoliczność, że inni zamawiający ogłaszając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę autobusów nie formułują warunków udziału w postępowaniu w taki sposób jak Zamawiający, a także że w postępowaniach tych wykonawcy nie korzystali ze środków ochrony prawnej co do treści warunków udziału w postępowaniu nie dowodzi, że w przedmiotowym postępowaniu warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej został określony z naruszeniem zarzucanych przez Odwołującego przepisów.

W tych okolicznościach zarzut należało oddalić.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowanie innych, jak również uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi, oraz który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje sprzeczny z obowiązującymi regulacjami, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymagania, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji, w szczególności poprzez określenie w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne), w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 4), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz w pkt I. 2. Pkt 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), konieczności złożenia wraz z ofertą aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych.

Odwołujący podnosi, że „żądanie przez Zamawiającego homologacji, która uwzględnia nie tylko typ, ale również model, wariant i wersję pojazdu stanowi znaczne ograniczenie konkurencji, gdyż ogranicza doświadczenie wykonawcy jedynie do referencji pozyskanych za dostawę tego jednego rodzaju autobusu”. W konsekwencji prowadzi do wskazania jednego wykonawcy, tj. producenta pojazdu który wyprodukował dokładnie taki pojazd, jaki wynika ze specyfikacji Zamawiającego, tj. wykonawcy MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o., któremu Zamawiający udzielił w dniu 27 stycznia 2023 r. zamówienia na dostawę pojazdów o prawie identycznych parametrach jak w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego Odwołujący wnosi o ograniczenie zakresu dla „Świadectwa homologacji typu pojazdu” składanego wraz z ofertą do oferowanego typu autobusu, bez uwzględnienia zgodności modelu, wariantu i wersji.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego i towarzyszące mu żądanie ograniczenia zakresu dla świadectwa homologacji typu pojazdu nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do powyższej argumentacji należy wskazać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych klasy maxi z napędem elektrycznym, wraz z dostawą, montażem

i uruchomieniem fabrycznie nowych stacji ładowania zajezdniowego” Numer referencyjny: F.271.29.2022, do którego referuje Odwołujący, Zamawiający w treści SWZ Rozdział 6 pkt 6.2 pkt 4) sformułował dokładnie taki sam wymóg jak w przedmiotowym postępowaniu

(z uwzględnieniem zmiany podstawy prawnej), dotyczący przedmiotowych środków podmiotowych, tj:

6.2.Przedmiotowe środki dowodowe, które należy złożyć wraz z ofertą:

(...)

4) Aktualne „Świadectwo homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z

uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, wydane zgodnie

z rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep oraz ich przedmiotów wyposażenia lub części (Dz. U. z 2015 r. poz. 1475).

Tak więc wykonawca, który chciał ubiegać się o ww. zamówienie, musiał już posiadać wymagane przez Zamawiającego świadectwo homologacji typu pojazdu z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji. Nie jest zatem oparte na prawdzie twierdzenie,

że w obecnym postępowaniu wymagane świadectwo homologacji typu pojazdu

z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji posiada wyłącznie jeden wykonawca, tylko dlatego, że realizował poprzednie zamówienia dla Zamawiającego.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „Zamawiający jest w swoim postępowaniu transparentny i konsekwentny, nie wyklucza żadnego z producentów, jeśli posiadają oni warunki i potencjał do wykonania zamówienia. Zamawiający wymaga zapewnienia odpowiednich parametrów oferowanego produktu, których potwierdzeniem jest m.in. posiadanie homologacji typu pojazdu w zakresie modelu, wariantu i wersji pojazdu,

jak w przedmiotowym zamówieniu. Dla Zamawiającego jest to jednoznaczne potwierdzenie, że taki pojazd istnieje, jest dopuszczony do ruchu i jeśli jest dodatkowo potwierdzenie dostaw przez co najmniej dwóch eksploatujących, to znaczy, że pojazdy te są użytkowane. Zamawiający chce uniknąć dostaw pojazdów prototypowych, małoseryjnych z niepotwierdzoną jakością”.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, że „Odwołujący informuje, że posiada aktualną homologację

dla autobusów elektrycznych klasy I, zdaniem Odwołującego – autobusów miejskich. Odwołujący nie doprecyzował jednak, że w klasyfikacji klasy I ujęte są różne warianty

i kategorie funkcjonalne pojazdów, w tym mogą być pojazdy wysokopodłogowe, niskowejściowe, które nie są najbliższe autobusom miejskim, jak w opisie zamawiającego. Ponadto, należy wspomnieć, że w definicji klasy I obejmującej pojazdy o pojemności powyżej 22 pasażerów, nie wspomniano o możliwości przewozu pasażerów na trasach o dużej liczbie przystanków (autobusy miejskie), jak przedstawił Odwołujący. Zgodnie z definicją ujętą w pkt 2.1.1.1. Regulaminu nr 107 EKG ONZ – Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 lub M3 w odniesieniu do ich budowy ogólnej [2015/922] z dnia 18 czerwca 2015 r. (Dz. U. U. E. L z 2018 r. nr 52, str. 1 z późn. zm), pojazdy klasy I, to „pojazdy, w konstrukcji których przewidziano przestrzeń dla pasażerów stojących, umożliwiającą częste przemieszczanie się pasażerów”; nie ma zatem wzmianki o liczbie przystanków, jak w definicji przytoczonej przez Odwołującego. Klasyfikacja ta używana jest głównie do celów homologacyjnych i przepisowych. W postępowaniach przetargowych, autobusy określane jako „miejskie” podlegają pod klasyfikację funkcjonalną i zgodnie z nią definiowane są jako pojazdy używane w komunikacji miejskiej, cechujące się dużą liczbą wejść i dużym udziałem miejsc stojących. Określenie przedmiotu zamówienia przez pojęcie „autobusu miejskiego” jest również powszechnie stosowane w postępowaniach przetargowych innych zamawiających, przeprowadzających postępowania o udzielenie zamówień, dotyczących dostawy taboru przeznaczonego do transportu publicznego w miastach, tj. w komunikacji miejskiej. Zarówno w opisach przedmiotu zamówienia, projektach umowy, jak i określeniach warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej pojawiają się określenia „autobusu miejskiego”, czy stricte „autobusu miejskiego z napędem elektrycznym”.

Jest to powszechnie stosowane wyrażenie, określające cechy funkcjonalne zamawianych pojazdów, jednoznacznie sugerujące, jakie są oczekiwania zamawiających. Ponadto, przetargi na dostawę autobusów miejskich to domena zamawiających – czy to organizatorów transportu (jednostek samorządu terytorialnego) czy operatorów transportu (podmiotów świadczących usługi publicznego transportu zbiorowego) w miastach, czyli w komunikacji miejskiej – patrz: definicja zawarta w art. 4 ust.1 pkt. 4 ustawy o PTZ”.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący w treści uzasadnienia naruszenia wskazanych przepisów, przedstawia wyłącznie argumentację dotyczącą posiadanej przez siebie homologacji, która nie wypełnia wymagań Zamawiającego.

Brak jest również jakiegokolwiek argumentacji wskazującej na niezgodność wymagań Zamawiającego w przepisami Pzp. Argumentacja co do możliwości spełnienia wymogu jedynie przez wykonawcę, który realizował poprzednie zamówienie dla Zamawiającego, nie znajduje potwierdzenia nawet w dowodach złożonych przez Odwołującego (Ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikacja Warunków Zamówienia dla postępowania „Dostawa fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych klasy maxi z napędem elektrycznym, wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem fabrycznie nowych stacji ładowania zajezdniowego” Numer referencyjny: F.271.29.2022 prowadzonego przez Miasto Siedlce).

Odwołujący nie wykazał również, że wnioskowana przez niego zmiana w zakresie świadectwa homologacji typu pojazdu doprowadzi do stanu zgodności z przepisami Pzp.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące wymogu złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci świadectwa homologacji typu pojazdu z uwzględnieniem modelu, wariantu i wersji oferowanego autobusu oraz braku wykazania przez Odwołującego, że powyższe wymagania Zamawiającego są tak specjalistyczne, że jest w stanie spełnić je tylko jeden podmiot, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Izba za niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowanie innych, jak również uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi, oraz który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje sprzeczny z obowiązującymi regulacjami, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymogi, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji, w szczególności poprzez określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 5 ust. 5.8. Wymagania w zakresie elektromobilności) oraz § 7 ust. 6 pkt 1 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

Odwołujący wnosi o wykreślenie z treści SWZ przywołanych postanowień dotyczących wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych, wskazując na to, iż wprowadzone wymogi zawężają w sposób nieuzasadniony konkurencyjność postępowania.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „Zamawiający - Miasto Siedlce jest jednostką samorządu terytorialnego o liczbie mieszkańców przekraczającej 50 tysięcy. Mają do niego zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności

i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 r. poz.875 z późn. zm.). Zgodnie z art. 68 ust. 3

w/w ustawy Jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotom, których łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%. Przepisu nie stosuje się do zlecania

lub powierzania wykonania zadania publicznego, do którego nie stosuje się ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, oraz do wykonywania, zlecania

lub powierzania zadań publicznych dotyczących letniego i zimowego utrzymania dróg polegającego na mechanicznej metodzie oczyszczania jezdni ulic, w szczególności zmiataaniu i zmywaniu oraz zapobieganiu i zwalczaniu śliskości zimowej, w tym gołoledzi i usuwaniu śniegu. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie postawił warunku udziału w postępowaniu w postaci spełnienia przez wykonawcę wymogów ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

Wykonawca w SWZ pkt 5.8 wskazał warunek dysponowania odpowiednią flotą pojazdów samochodowych, ale dopiero na etapie realizacji zamówienia

– a nie samego postępowania. Kwestia elektromobilności nie wpływa na sam udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie warunkuje możliwości złożenia oferty. Wykonawca musi spełnić konkretne wymogi dopiero po wyborze jego oferty, przy wykonywaniu umowy. Kwestie związane ze spełnieniem wymogu zapewnienia odpowiedniej ilości pojazdów oraz sankcji z tytułu nie spełnienia tych wymagań zostały zawarte w projekcie umowy. Należy mieć także na uwadze przepis art. 76 ust.2 ustawy o elektromobilności

i paliwach alternatywnych , który stanowi że Umowy zawarte przez jednostki samorządu terytorialnego na wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1,

z wyłączeniem publicznego transportu zbiorowego, wygasają z dniem 31 grudnia 2025 r., jeżeli nie zapewniają wykorzystania pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym na poziomie określonym w art. 35 ust. 2. Zamawiający nie jest zainteresowany,

aby z powodu nie zapewnienia udziału pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym w wykonywaniu zadań publicznych doprowadzić do wygaśnięcia z mocy prawa umowy, przed terminem na który została zawarta. Należy zwrócić uwagę, że zamówienie publiczne obejmuje nie tylko dostawę autobusów, ale także budowę wiaty parkingowej z fotowoltaiką, magazynem energii oraz konieczną infrastrukturą oraz dostawę, montaż

i uruchomienie stacji ładowania autobusów. Czynności związane z budową w/w elementów będą wymagały udziału pojazdów. Zgodnie zaś z art. 68 ust. 3 ich udział powinien wynosić 10%”.

W powyższych okolicznościach, wobec konieczności stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 r. poz.875 z późn. zm.) zarzut Odwołującego podlega oddaleniu.

W tych okolicznościach za niezasadny należy uznać również zarzut podniesiony w pkt . II ust. 2) ppkt lit. a), d) petitum

odwołania dotyczący naruszenia art. 240 art. 240 ust. 1 i 2 Pzp, art. 241 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje sprzeczny z obowiązującymi regulacjami, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymagania, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji, a ponadto przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, jak również określenie kryteriów oceny ofert w taki sposób, że dotyczą one właściwości wykonawcy, w szczególności poprzez:

a) sformułowanie w treści ogłoszenia (2.1 Procedura, 5.1. Część zamówienia LOT-0001, 5.1.6. Informacje ogólne, 5.1.9. Kryteria kwalifikacji) oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 9, ust. 9.2, pkt 4.1, ppkt a) i b) doświadczenie zawodowe oraz Rozdział 10, pkt 10.2.2 podmiotowe środki dowodowe) kryterium kwalifikacji wykonawców i warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie kryterium zdolności technicznej i zawodowej konieczności wykazania wykonania dwóch dostaw, z których każda obejmowała minimum siedem fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z napędem elektrycznym oraz ładowarek wraz z montażem, a ponadto przez użycie w § 1 ust. 1 pkt 1) i § 1 ust. 4 pkt 1) wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz w pkt I. 1. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ) określenia „miejskich” w odniesieniu do autobusów elektrycznych;

d) określenie w treści w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne), w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 4), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz w pkt I. 2. Pkt 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), konieczność złożenia wraz z ofertą aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

oraz zarzut podniesiony w pkt. II ust. 3 lit. c), d) petitum odwołania (w zakresie niewycofanym) dotyczący naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności poprzez:

c) określenie w treści w treści ogłoszenia (5.1.6. Informacje ogólne), w Specyfikacji Warunków Zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe, Rozdział 6, ust. 6.2, pkt 4), opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz w pkt I. 2. Pkt 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), konieczność złożenia wraz z ofertą aktualnego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” wraz z załącznikami, dla oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności modelu, wariantu i wersji, podczas gdy kryterium to znacznie ogranicza konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

e) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 5 ust. 5.8. Wymagania w zakresie elektromobilności) oraz § 7 ust. 6 pkt 1 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

W zakresie powyższych zarzutów Izba przywołuje argumentację jak dla rozpoznania zarzutu naruszenia art. 99 ust. 2,4,5,i 6 Pzp w związku z art. 16 Pzp. Izba dodaje również, że podniesiony przez Odwołującego art. 240 ust.1 i 2 Pzp oraz art. 241 ust. 1, 2 i 3 Pzp dotyczą kryteriów oceny ofert, które nie mają zastosowania w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym do warunków udziału w postępowaniu, świadectwa homologacji typu pojazdu ani przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

Reasumując, zarzuty podniesione w odwołaniu należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 pkt b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....