

WYROK

Warszawa, dnia 8 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Rafał Malinowski

Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Arp**

e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Dęblin**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Owińskiej**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 lit. a, b, c, pkt 2 lit. a, d, pkt 3 lit. a, b, c, d, f, g, h, pkt 4 lit. a *petitum* odwołania, wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i 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.**

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:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Miasto Dęblin, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa zeroemisyjnego systemu komunikacji miejskiej w Dęblinie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”, z zastosowaniem przepisów wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 13 czerwca 2024 r. wykonawca **Arp e-Vehicles Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy**, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie (pisownia oryginalna):

1) wobec treści Ogłoszenia o udzieleniu Zamówienia (dalej: Ogłoszenie):

a) pkt 2.1. Procedura (w zakresie długości autobusu: od 8,9 m do 9,5 m)

b) pkt 2.1.2. Miejsce realizacji (w zakresie wymogu posiadania protokołu SORT 2 opracowanego dla autobusu zgodnego z oferowanym w zakresie: marka i typ autobus, marka i typ silnika/silników, marka i typ skrzyni biegów oraz w zakresie spełnienia wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118)

c) pkt 5.1.10. Kryteria udzielenia zamówienia (w zakresie zastosowania kryterium spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118 oraz kryterium liczby miejsc dla osób z ograniczeniem ruchowym dostępnych z poziomu niskiej podłogi)

2) wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ):

- a) Rozdział 3 pkt 3.3 lit. a) tiret pierwszy (w zakresie długości autobusu: od 8,9 m do 9,5 m)
- b) Rozdział 5 pkt 5.2. Przedmiotowe środki dowodowe (w zakresie wymogu dołączenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118)
- c) Rozdział 15 pkt 15.2 ppkt 2) T.1. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny oferty (w zakresie zastosowania kryterium oceny spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118)
- d) Rozdział 15 pkt 15.2 ppkt 2) T.3. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny oferty (w zakresie zastosowania kryterium liczby miejsc dla osób z ograniczeniem ruchowym dostępnych z poziomu niskiej podłogi)

3) wobec treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (część 3 – Elektrobusy) stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ (dalej: OPZ):

- a) pkt 2 ppkt 1 Wymiary Autobusu (w zakresie długości autobusu: od 8,9 m do 9,5 m)
- b) pkt 4.1 ppkt 3 lit. b) Nadwozie Autobusu. Konstrukcja (Wymagane dolne panele zewnętrzne pod linią okien poszycia odkręcane i dzielone w pionie)
- c) pkt 8 ppkt 7 Silnik trakcyjny. Urządzenia pomocnicze (w zakresie protokołu SORT 2, który winien zostać opracowany dla autobusu zgodnego z oferowanym w zakresie: marka i typ autobusu, marka i typ silnika/silników, marka i typ skrzyni biegów (o ile występuje), wymiary zewnętrzne oraz rozmiar ogumienia);
- d) pkt 8 ppkt 15 Silnik trakcyjny. Urządzenia pomocnicze (Zaleca się, aby urządzenia takie jak: rozdzielnica wysokiego napięcia, falowniki trakcyjne, konwertery mocy, zabudowane były w jednej wspólnej obudowie)
- e) pkt 9.1 ppkt 3 Akumulatory trakcyjne oraz ładowanie. Parametry podstawowe (Wymagana minimalna, dostępna (użyteczna) przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 350 kWh stanowiąca nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej);
- f) pkt 9.1 ppkt 6 Akumulatory trakcyjne oraz ładowanie (Zabudowa baterii na dachu i w tylnej części pojazdu);
- g) pkt 10 ppkt 1 Zawieszenie, oś przednia (Rodzaj osi przedniej: oś sztywna lub zawieszenie niezależne, wyposażona w stabilizator);
- h) pkt 19.1 ppkt 3 Ogrzewanie (Do ogrzewania pojazdu wymagane wykorzystanie klimatyzatora z pompą ciepła na czynnik CO₂);

4) wobec treści wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SWZ (dalej: Umowa):

- a) § 3 ust. 2 pkt 1 lit a) tiret pierwszy Umowy (długość autobusu: od 8,9 m do 9,5 m).

Odwołujący zarzucił 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, a ponadto przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności poprzez:

- a) określenie w treści Ogłoszenia o udzieleniu Zamówienia (pkt 2.1. Procedura), treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 3 pkt 3.3 lit. a) tiret pierwszy), treści Opisu Przedmiotu Zamówienia część 3 – Elektrobusy (pkt 2 ppkt 1 Wymiary Autobusu) oraz w § 3 ust. 2 pkt 1 lit a) tiret pierwszy Umowy, wymaganych parametrów technicznych autobusu w zakresie dot. długości autobusu: od 8,9 m do 9,5 m;
- b) określenie w pkt 4.1 ppkt 3 lit. b) Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część 3 – Elektrobusy) Wymaganych dolnych paneli zewnętrznych pod linią okien poszycia odkręcanych i dzielonych w pionie;
- c) określenie w pkt 8 ppkt 15 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część 3 – Elektrobusy), aby urządzenia takie jak: rozdzielnica wysokiego napięcia, falowniki trakcyjne, konwertery mocy, zabudowane były w jednej wspólnej obudowie;
- d) określenie w pkt 9.1 ppkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część 3 – Elektrobusy), aby zabudowa baterii była

wyłącznie na dachu i w tylnej części pojazdu;

e) określenie w pkt 10 ppkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Cześć 3 – Ekektrobusy), aby os przednia była wyposażona w stabilizator;

f) określenie w pkt 19.1 ppkt 3, aby do ogrzewania pojazdu wymagane było wykorzystanie klimatyzatora z pompą ciepła na czynnik CO₂; podczas gdy kryteria te znacznie ograniczają konkurencję, bowiem spełnia je wyłącznie jeden z producentów autobusów elektrycznych;

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, a ponadto przez określenie kryteriów oceny ofert w taki sposób, że dotyczą one właściwości wykonawcy, w szczególności poprzez:

a) sformułowanie w treści Ogłoszenia o udzieleniu Zamówienia (pkt 2.1.2. i pkt 5.1.10.) oraz w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział 5 pkt 5.2., Rozdział 15 pkt 15.2 ppkt 2) T.1. i T.3.), kryterium kwalifikacji wykonawców i warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie w zakresie zastosowania kryterium oceny spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118 oraz w zakresie zastosowania kryterium liczby miejsc dla osób z ograniczeniem ruchowym dostępnych z poziomu niskiej podłogi, w sposób nieuzasadniony i zaburzający rzeczywistą konkurencję w Postępowaniu, co prowadzi do dyskryminacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, gdy tymczasem rygorystyczne wymagania określone we wskazanym kryterium oceny oferty nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;

b) sformułowanie w treści Ogłoszenia o udzieleniu Zamówienia (pkt 2.1.2.) oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia część 3 – Ekektrobusy (pkt 8 ppkt 7) wymogu przedstawienia protokołu SORT 2, który winien zostać opracowany dla autobusu zgodnego z oferowanym w zakresie: marka i typ autobus, marka i typ silnika/silników, marka i typ skrzyni biegów (o ile występuje), wymiary zewnętrzne oraz rozmiar ogumienia;

c) sformułowanie w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia część 3 – Ekektrobusy (pkt 9.1 ppkt 2 i ppkt 3) wymogu, aby ilość zmagazynowanej energii w pojeździe powinna umożliwić przejechanie autobusem (w pełni obciążonym) przy zasilaniu elektrycznym, minimum 320 km, bez doładowywania baterii przy normalnym wykorzystaniu wszystkich urządzeń znajdujących się na pokładzie autobusu w zimowych warunkach drogowych Dębłina, przy czym ma pozostać 15% pojemności baterii według pomiaru zużycia energii SORT 2 oraz aby wymagana minimalna, dostępna (użyteczna) przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 350 kWh stanowiła nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej;

Odwołujący wniósł 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: określenie długości autobusu na: od 8,6 m do 9,5 m;

b) w zakresie pkt 2.1.2. Miejsce realizacji: usunięcie wymogu posiadania protokołu SORT 2 opracowanego dla autobusu zgodnego z oferowanym w zakresie: marka i typ silnika oraz marka i typ skrzyni biegów (o ile występuje), wymiary zewnętrzne oraz rozmiar ogumienia, a ponadto usunięcie kryterium spełniania przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118

c) w zakresie pkt 5.1.10. Kryteria udzielenia zamówienia: usunięcie kryterium spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118 oraz kryterium liczby miejsc dla osób z ograniczeniem ruchowym dostępnych z poziomu niskiej podłogi;

2) Specyfikacja Warunków Zamówienia

a) w zakresie Rozdziału 3 pkt 3.3 lit. a) tiret pierwszy: określenie długości autobusu na: od 8,6 m do 9,5 m;

b) w zakresie Rozdziału 5 pkt 5.2. Przedmiotowe środki dowodowe: usunięcie kryterium spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118;

c) w zakresie Rozdziału 15 pkt 15.2 ppkt 2) T.1.: usunięcie kryterium spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118 ;

d) w zakresie Rozdziału 15 pkt 15.2 ppkt 2) T.3.: usunięcie kryterium liczby miejsc dla osób z ograniczeniem ruchowym

dostępnych z poziomu niskiej podłogi;

3) Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ)

a) w zakresie pkt 2 ppkt 1: określenie długości autobusu na: od 8,6 m do 9,5 m;

b) w zakresie pkt 4.1 ppkt 3 lit. b): usunięcie wymogu, aby dolne panele zewnętrzne pod linią okien poszycia były odkręcane i dzielone w pionie;

c) w zakresie pkt 8 ppkt 7: usunięcie wymogu posiadania protokołu SORT 2 opracowanego dla autobusu zgodnego z oferowanym w zakresie marki i typu silnika oraz marki i typu skrzyni biegów (o ile występuje), wymiarów zewnętrznych oraz rozmiaru ogumienia;

d) w zakresie pkt 8 ppkt 15: usunięcie zalecenia aby urządzenia takie jak: rozdzielnica wysokiego napięcia, falowniki trakcyjne, konwertery mocy, zabudowane były w jednej wspólnej obudowie;

e) w zakresie pkt 9.1 ppkt 3: usunięcie wymogu, aby wymagana minimalna, dostępna (użyteczna) przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 350 kWh stanowiła nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej;

f) w zakresie pkt 9.1 ppkt 6: usunięcie wymogu, aby zabudowa baterii znajdowała się wyłącznie na dachu i w tylnej części pojazdu;

g) w zakresie pkt 10 ppkt 1: usunięcie wymogu, aby oś przednia była wyposażona w stabilizator;

h) w zakresie pkt 19.1 ppkt 3: usunięcie wymogu, aby do ogrzewania pojazdu wymagane było wykorzystanie klimatyzatora z pompą ciepła na czynnik CO₂;

4) wzór Umowy (Załącznik nr 9 do SWZ)

a) w zakresie § 3 ust. 2 pkt 1 lit a) tiret pierwszy Umowy: określenie długości autobusu na: od 8,6 m do 9,5 m;

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Owińskiej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, uwzględniając część zarzutów oraz wnosząc o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Ponadto wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, przedkładając pismo procesowe.

Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2024 r. oświadczył, iż cofa odwołanie w części.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 lipca 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu opisanego w punkcie 1 lit. a, b (w zakresie posiadania protokołu SORT 2), c (w zakresie kryterium liczby miejsc dla osób z ograniczeniem ruchowym dostępnych z poziomu niskiej podłogi), pkt 2 lit. a, d, pkt 3 lit. a, b, c, d, f, g, h, pkt 4 lit. a *petitum* odwołania, podlega umorzeniu, z powodu ich wycofania przez Odwołującego.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Na wstępie należy stwierdzić, że w przypadku odwołania na treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut, jak i konstrukcja żądania, muszą być opisane w sposób jasny i precyzyjny, musi z nich wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań odwołującego, a także uzasadnienie dlaczego w ocenie odwołującego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawierać uzasadnienie dla proponowanych przez siebie zmian dotyczących nowej treści SWZ.

Skład orzekający podziela prezentowany w orzecznictwie Izby pogląd, że w przypadku zaskarżenia brzmienia postanowień specyfikacji warunków zamówienia, dalsza kreacja ich treści ponad żądanie wskazane w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia, powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś do takiego ich ukształtowania, aby uczynić warunki realizacji zamówienia dogodnymi i możliwymi do spełnienia wykonawcom podnoszącym te żądania (vide wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 2864/21, KIO 2872/21).

Zarzut dotyczący Spełnienia wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2024 r. pod numerem 326735-2024.

Zgodnie z pkt 2.1.2 Miejsce realizacji: Informacje dodatkowe pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu *Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą n/w przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych autobusów z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 15.2 SWZ (wykonawca jest zobowiązany dołączyć dokumenty wymienione poniżej tylko w przypadku zadeklarowania w Formularzu ofertowym „Spełnienie Regulaminów nr 29, 66, 93 i 118”): 1) Dokument sporządzony przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, potwierdzający spełnienie przez oferowany autobus wymogów n/w Regulaminów Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych: a) Regulamin nr 29 w zakresie osób przebywających w kabinie pojazdu. b) Regulamin nr 66 w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich. c) Regulamin nr 93 w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu. d) Regulamin nr 118 w zakresie typu pojazdu w odniesieniu do palności części w pomieszczeniu wewnętrznym, komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym lub odporności na działanie paliw lub smarów materiałów izolacyjnych stosowanych w komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym.*

Stosownie do pkt 5.1.10 Kryteria udzielenia zamówienia ogłoszenia o zamówieniu *Kryterium: Rodzaj: Jakość Nazwa: Ocena rozwiązań technicznych (T) Opis: Zasady oceny ofert wg kryterium Ocena rozwiązań technicznych: 1) Kryterium T.1. Autobus spełnia wymogi: R29 w zakresie osób przebywających w kabinie pojazdu, R66 w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich, R93 w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu, R118 w zakresie typu pojazdu w odniesieniu do palności części w pomieszczeniu wewnętrznym, komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym lub odporności na działanie paliw lub smarów materiałów izolacyjnych stosowanych w komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym - max. liczba punktów 10. Punktacja: Autobus spełnia wymagania Regulaminów - 10 pkt. Autobus nie spełnia wymagań Regulaminów - 0 pkt. W celu oceny oferty w kryterium T. 1. zamawiający wymaga dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych opisanych w pkt. 5.2. SWZ.*

Jak stanowi Rozdział 5 pkt 5.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ” *Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą n/w przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych autobusów z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 15.2 SWZ (wykonawca jest zobowiązany dołączyć dokumenty wymienione poniżej tylko w przypadku zadeklarowania w Formularzu ofertowym „Spełnienie Regulaminów nr 29, 66, 93 i 118”):*

1) Dokument sporządzony przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, potwierdzający spełnienie przez oferowany autobus wymogów n/w Regulaminów Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych:

a) Regulamin nr 29 w zakresie osób przebywających w kabinie pojazdu.

b) Regulamin nr 66 w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich.

c) Regulamin nr 93 w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu.

d) Regulamin nr 118 w zakresie typu pojazdu w odniesieniu do palności części w pomieszczeniu wewnętrznym, komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym lub odporności na działanie paliw lub smarów materiałów izolacyjnych stosowanych w komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym.

Zgodnie z Rozdziałem 15 pkt 15.2 ppkt 2) SWZ T.1.: Nazwa kryterium: *Autobus spełnia wymogi: R29 w zakresie osób przebywających w kabinie pojazdu, R66 w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich, R93 w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu, R118 w zakresie typu pojazdu w odniesieniu do palności części w pomieszczeniu wewnętrznym, komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym lub odporności na działanie paliw lub smarów materiałów izolacyjnych stosowanych w komorze silnika i w każdym oddzielnym przedziale grzewczym*; max liczba punktów: 10; opis: *Autobus spełnia wymagania Regulaminów. W celu oceny oferty w kryterium T.1. zamawiający wymaga dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych opisanych w pkt. 5.2. SWZ. – 10 pkt; Autobus nie spełnia wymagań Regulaminów – 0 pkt.*

Odwołujący żądał usunięcia kryterium spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118, podnosząc, że o ile Regulaminy nr 66 i 118 mogą mieć zastosowanie do autobusów (dla klasy M), o tyle Regulaminy nr 29 i 93 są dedykowane jedynie dla kategorii aut ciężarowych (dla klasy N). W ocenie Odwołującego, Zamawiający wyżej sformułowanym kryterium, w sposób niczym nieuzasadniony, wbrew intencjom ustawy Pzp, utrudnia dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom. Równocześnie autobusy miejskie (będące przedmiotem niniejszego zamówienia) nie pełnią funkcji pojazdów do przewozu ładunku, służą bowiem do przewozu osób.

Zdaniem Odwołującego, Regulamin nr 29 EKG ONZ nie ma nic wspólnego z bezpieczeństwem osób znajdujących się w pojeździe. Odnosi się do bezpieczeństwa w kabinie kierowcy, a dodawanie dodatkowych wymogów dla autobusów, żeby spełniały wymogi Regulaminu nr 29 EKG ONZ ma dużo przeciwwskazań. Celem zaś Regulaminu nr 93 jest zapewnienie skutecznego zabezpieczenia chroniącego pojazdy przed wjechaniem pod przód pojazdów wymienionych w pkt. 1 reg., w przypadku zderzenia czołowego.

W ocenie Odwołującego wymagania spełniania określonych w przedmiotowych Regulaminach norm pozostaje w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i czyni spełnienie takich wymagań nadmiernym i nieproporcjonalnym.

Zamawiający podkreślał, że priorytetem dla niego jest, aby zakupione autobusy zapewniały bezpieczeństwo kierowcy i przewożonych pasażerów. Potwierdzenie spełnienia wymogów Regulaminu nr 29 i 93 EKG ONZ zwiększa bezpieczeństwo pojazdu. Zamawiający podnosił, że istotne jest, aby pojazdy oferowały sprawdzone i potwierdzone certyfikatem warunki ochrony dla kierowcy w przypadku zderzeń. W związku z tym preferowane są pojazdy zapewniające wyższy poziom bezpieczeństwa użytkowników, potwierdzone przez niezależne jednostki badawcze. Ww. regulaminy odnoszą się do bezpieczeństwa osób przebywających w kabinie kierowcy, które zasługują na taką samą ochronę jak pasażerowie.

Zgodnie z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp prawidłowo opisane kryterium oceny ofert musi być jednoznaczne i zrozumiałe. Ponadto, jak stanowi art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nie może pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz musi umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Dodatkowo, stosownie do art. 241 ust. 1 ustawy Pzp musi być związane z przedmiotem zamówienia. Przy czym, związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 241 ust. 2 ustawy Pzp. Dodatkowo, stosownie do art. 241 ust. 3 ustawy Pzp nie może dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Jednocześnie, jak stanowi art. 242 ust. 1 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników (zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że kryteria oceny ofert pełnią ważną rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowią instrument pozwalający zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Istotny jest zatem zarówno właściwy dobór kryteriów w zależności od przedmiotu zamówienia, ale także ich opis dokonany w taki sposób, aby wykonawca składający ofertę posiadał konkretną wiedzę o tym, które elementy i w jaki sposób będą podlegały ocenie. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż pozwala potencjalnemu wykonawcy ocenić szanse na uzyskanie zamówienia. Właściwy dobór kryteriów daje także zamawiającemu możliwość osiągnięcia celu postępowania, tj. wyboru oferty spełniającej jego oczekiwania i realizację zamówienia (vide wyrok Izby z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 177/20).

Podkreślić należy, że sama istota ustalania kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na założeniu, że każdy wykonawca zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach,

które odpowiadają zasadom oceny ofert w większym bądź mniejszym stopniu. Dopiero stosunek jakości do ceny lub kosztu decyduje o tym, czy złożona oferta jest najkorzystniejsza, czy też nie. Dostępu do zamówienia publicznego nie sposób utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1040/15, KIO 1043/15, naturalnym jest, że jednego rodzaju kryteria, jedni wykonawcy spełniają „lepiej”, a inni „gorzej”. Taki bowiem jest charakter kryteriów oceny ofert. Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku usług. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 25 marca 2022 r., sygn. akt KIO 610/22, gdzie wskazała, że kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców”, ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miały być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłyby kryteria pozacenowe. Ważne jest natomiast, aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć, że konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości.

W ocenie Izby, zakwestionowane przez Odwołującego kryterium dotyczące spełnienia wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118 nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców ma dowolność co do przyjętej przez siebie polityki uzyskiwania odpowiednich certyfikatów i strategii budowania przez siebie treści oferty. Jednocześnie kryterium nie uniemożliwia zainteresowanym podmiotom wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca, którego autobusy nie posiadają Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118, może tak skonstruować pozostałe oceniane elementy oferty, by jego oferta była nadal konkurencyjna. Tym bardziej, że Zamawiający nie wymaga, tak jak określił to Odwołujący, aby oferowane autobusy spełniały wymogi Regulaminów, a jedynie premiuje takie modele na etapie oceny ofert. Ponadto, spełnienie wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118 nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, a jedynie element kryteriów oceny ofert, który nie jest jedynym pozacenowym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem składu orzekającego, zakup przez Zamawiającego w ramach prowadzonej procedury zamówieniowej autobusów elektrycznych, w przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o zamówienie będzie posiadał autobusy spełniające wymogi określone w zakwestionowanym przez Odwołującego kryterium da Zamawiającemu gwarancję jakości i bezpieczeństwa, a tym samym uprawnione jest premiowanie posiadania tych dokumentów w ramach ustanowionych kryteriów oceny ofert.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wprowadzone w postępowaniu kryterium oceny dotyczące spełnienia wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118 było nadmierne i nieproporcjonalne. Zgodzić należy się z Zamawiającym oraz Przystępującym, że Regulaminy nr 29 oraz 93 odnoszą się do bezpieczeństwa osób przebywających w kabinie kierowcy, które zasługują na taką samą ochronę jak pasażerowie, a uzyskanie takich potwierdzeń certyfikatów powinno być celem większości producentów autobusów miejskich, gdyż stanowią one potwierdzenie nowoczesnych rozwiązań konstrukcyjnych, odnoszących się do bezpieczeństwa pasażerów jak i kierowców, niezależne od kategorii pojazdu (vide wyrok KIO z dnia 10 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3121/23).

Izba nie podzieliła również argumentów co do tego, że tak sformułowane kryterium nie jest związane z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby w sposób niebudzący żadnych wątpliwości kwestionowane kryterium odnosi się do przedmiotu zamówienia. Kryterium opisane przez Zamawiającego dotyczy wprost realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż odnosi się do oferowanych w postępowaniu autobusów. Powyższe oznacza, że Zamawiający premiuje pojazdy zapewniające wyższy poziom bezpieczeństwa zarówno pasażerom, jak i kierowcom, potwierdzone przez niezależne jednostki badawcze. Izba uznała, że posiadanie takich certyfikatów może gwarantować lepszą jakość pojazdów, niż pojazdy, które takich certyfikatów nie posiadają.

Ponadto, wskazać należy, że z uwagi na fakt, że kryteria oceny ofert ze swej natury prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający w ocenie Izby uzasadnił powód premiowania w kryteriach oceny ofert spełnienia przez autobusy wymogów Regulaminów EKG ONZ nr 29, 66, 93 i 118.

W związku z powyższym Izba za niezasadne uznała zarzuty naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 PZP, art. 241 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący Wymaganej minimalnej, dostępnej (użytecznej) przez cały okres gwarancji,

pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 350 kWh stanowiąca nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 9.2 opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”, *Deklarowany zasięg Ilość zmagazynowanej*

energii w pojeździe powinna umożliwić przejechanie autobusem (w pełni obciążonym) przy zasilaniu elektrycznym, minimum 320 km, bez doładowywania baterii przy normalnym wykorzystaniu wszystkich urządzeń znajdujących się na pokładzie autobusu w zimowych warunkach drogowych Dębina, przy czym ma pozostać 15% pojemności baterii według pomiaru zużycia energii SORT 2.

Stosownie do pkt 9.1.3 OPZ Wymagana minimalna, dostępna (użyteczna) przez cały okres gwarancji, pojemność baterii (akumulatorów) trakcyjnych 350 kWh stanowiąca nie mniej niż 80% wartości dostępnej początkowej.

Odwołujący wskazywał, że wymóg jakim jest minimalna pojemność baterii na poziomie 350 kWh narzuca zastosowanie konkretnych rozwiązań technicznych. Zdaniem Odwołującego wystarczającym wymogiem jest określenie nie minimalnej pojemności baterii, ale minimalnego zasięgu autobusu. Określenie minimalnej pojemności baterii jest, w ocenie Odwołującego, wymogiem nadmiarowym, niepotrzebnym, podnoszącym masę autobusu, koszty zakupu oraz eksploatacji. Tak duża pojemność baterii w autobusie o wielkości wymaganej przez Zamawiającego jest niespotykana na rynku. Wyjątek stanowi autobus - Solaris Urbino 9LE produkowany przez Przystępującego.

Zamawiający wyjaśnił, że w celu zapewnienia należytej sprawności działania systemu komunikacji miejskiej wymaga zastosowania źródeł energii, tj. akumulatorów trakcyjnych pojazdów o wydajności i żywotności pozwalającej uniknąć Zamawiającemu konieczności wymiany źródeł energii na własny koszt w okresie gwarancji ze względu na spadek wydajności w wyniku spadku pojemności akumulatorów. Spadek pojemności przekłada się bezpośrednio na skrócenie zasięgu pojazdów, co mogłoby w efekcie uniemożliwić pokonanie przez autobus całej zaplanowanej trasy na jednym ładowaniu. Taka sytuacja skutkowałaby sparaliżowaniem działania linii komunikacji miejskiej.

Izba uznała powyższą argumentację Zamawiającego za przekonującą. Tym bardziej, że jak wskazywał Przystępujący określenie oczekiwanej pojemności baterii i zasięgu autobusu stanowi dodatkową gwarancję dla Zamawiającego, że nabywany produkt będzie odpowiednio funkcjonował w różnych warunkach eksploatacyjnych. Dzięki temu Zamawiający może być pewien, że zakupione autobusy będą miały wystarczający zasięg i będą mogły być efektywnie i zgodnie z celem, dla którego są nabywane, wykorzystywane.

Równocześnie Izba wskazuje, że zarzut Odwołującego jakoby tylko jeden model autobusu (produkowany przez Przystępującego) spełniał kwestionowany wymóg nie podlegał uwzględnieniu, gdyż powyższe twierdzenie nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób wykazane. Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący ograniczył się do jednego zdania, że tylko autobus - Solaris Urbino 9LE produkowany przez Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. posiada baterie o pojemności do 350 kWh.

Inicjatywa dowodowa jest obowiązkiem Odwołującego i to Odwołujący powinien przedłożyć stosowne dowody, których ocena pozwoli na uwzględnienie jego argumentacji. Wskazać należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Oznacza to, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, przykładowo kart katalogowych pojazdów innych producentów, na potwierdzenie, że prócz autobusu Przystępującego, żaden inny nie posiada baterii o pojemności do 350 kWh.

Dlatego też Izba postanowiła powyższy zarzut oddalić.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....