

WYROK
z dnia 23 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lipca 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 czerwca 2024 roku** przez wykonawcę **Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Powiat Włocławski z siedzibą we Włocławku**

orzeka:

Jmarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: nr 3 (poz. 7,32,25 załącznika nr 1a do SWZ, OPZ - tabela strona 13-16) oraz nr 5 (postanowienia umowne – załącznik nr 2a do SWZ) z uwagi na uwzględnienie ich przez Zamawiającego;

N pozostałym zakresie uwzględni zarzuty odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ :

a) w kryterium T1 przez przyjęcie, że „Zabezpieczenie antykorozyjne” (max 10 pkt)

a) konstrukcja nośna podwozia oraz szkielet nadwozia zabezpieczony antykorozyjnie poprzez zanurzenie w kąpeli kataforetycznej lub konstrukcja nośna podwozia oraz szkielet nadwozia wykonane ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PNEN 10088)” prowadził będzie do uzyskania 10 pkt, natomiast b) inny sposób zabezpieczenia antykorozyjnego powodował będzie uzyskanie 0 pkt;

b) wykreślenie z zapisów SWZ kryterium T2;

c) w kryterium T4 wprowadzenie rozbudowanej gradacji przedziałów dla parametru zużycia energii;

d) wykreślenie wymogu zastosowania szyb podwójnych w punkcie 21 załącznika nr 1a do SWZ;

e) punktu 8. 1. 4 SWZ w następujący sposób: „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku doświadczenia odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia:*

Wymagane minimum dla Części nr 1: jedna dostawa co najmniej 6 sztuk fabrycznie nowych autobusów z napędem elektrycznym lub spalinowo-elektrycznym, niskopodłogowych lub które posiadają niską podłogę bez stopni poprzecznych pomiędzy drzwiami pierwszymi i drugimi oraz bezstopniowe wejście, wykonana w ramach jednego kontraktu”.

kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Powiat Włocławski z siedzibą we Włocławku** w następujący sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Powiatu Włocławskiego z siedzibą we Włocławku na rzecz Odwołującego – Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Zamawiający: Powiat Włocławski z siedzibą we Włocławku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Zakup zero- i niskoemisyjnych autobusów wraz z elementami infrastruktury technicznej i wyposażenia do obsługi linii pozamiejskich na terenie Powiatu Włocławskiego z podziałem na

3 części". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 18 czerwca 2024 r. pod nr. 360290-2024, numer wydania Dz.U. S: 117/2024.

Dnia 28 czerwca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zmianami, dalej: zwanej „ustawą Pzp”), odwołanie w zakresie części nr 1 złożył wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolechowcie-Osiedlu (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny; utrudniający uczciwą konkurencję, a w szczególności prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców z udziału w postępowaniu; naruszający zasadę równego traktowania wykonawców; naruszający zasadę przejrzystości i proporcjonalności,

a przede wszystkim w sposób zmierzający do obejścia przepisów ustawy Pzp;

2. określeniu w pkt 19.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) pozacenowych kryteriów oceny ofert, tj. kryterium T1 „Zabezpieczenie antykorozyjne”, kryterium T2 „Jednolitość rozwiązań technicznych” oraz T4 „Zużycie energii” w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób polegający na opisanu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jednocześnie uniemożliwiając zastosowanie rozwiązań równoważnych oraz w sposób niekorzystny dla samego Zamawiającego, gdyż „preferowane” przez niego rozwiązania nie gwarantują uzyskania najkorzystniejszych rozwiązań technicznych / technologicznych, a tym samym osiągnięcia celu postępowania;

3. określeniu warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności,

4. ukształtowaniu prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w sposób dowolny oraz niezgodny z przepisami Kodeksu cywilnego oraz Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz w zw. z art. 17 ust. 1 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą pozacenowych kryteriów oceny ofert – „Kryteriów T – Parametry techniczno-użytkowe” podkryteriów T1, T2 oraz T4, naruszając tym samym podstawowe zasady opisu przedmiotu zamówienia, ale również zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności

i przejrzystości prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, a ponadto

w sposób polegający na wskazaniu pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub oferowanych przez nich produktów;

2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z art. art. 16 pkt 1 i w zw. z art. 17 ust. 1 PZP poprzez ustalenie pozacenowych kryteriów oceny ofert T1, T2 oraz T4, o których mowa w pkt 19.4 SWZ w sposób dowolny oraz niezasadniony aktualnym stanem dostępnych na rynku rozwiązań technologicznych, a tym samym w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w szczególności prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców z udziału w postępowaniu, a ponadto w sposób naruszający zasadę przejrzystości i proporcjonalności postępowania; ponadto, w każdym wypadku:

3) art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez ukształtowanie wymagań i parametrów dotyczących pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, a ponadto w sposób polegający na wskazaniu pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub oferowanych przez nich produktów;

4) art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP, poprzez określenie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, tj. wskazanie w pkt 8.1.4 SWZ „Wymagane Minimum: dla Części nr 1” wymagania, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w zakresie jednej dostawy co najmniej 6 sztuk fabrycznie nowych autobusów międzymiastowych (klasy II) z napędem elektrycznym lub spalinowo-elektrycznym, niskopodłogowych lub które posiadają niską podłogę bez stopni poprzecznych pomiędzy drzwiami pierwszymi i drugimi oraz bezstopniowe wejście, wykonana w ramach jednego kontraktu;

5) art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 395 § 1 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (dalej jako KC) art. 16

pkt. 3 i 433 pkt. 4 PZP, poprzez ukształtowanie prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy, sprecyzowanego w § 15 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2a do SWZ, w sposób naruszający przepisy KC oraz PZP.

Odwolujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c PZP zmiany SWZ w sposób szczegółowo wskazany

w uzasadnieniu odwołania oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania tych okoliczności w postępowaniu przed Izbą.

Odwolujący wskazał, że ma interes z pozyskaniu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa z uwagi na następujące okoliczności:

1)Odwolujący jest zainteresowany udziałem w postępowaniu oraz zamierza złożyć ofertę w przewidzianym przez Zamawiającego terminie, stąd posiada interes w złożeniu odwołania w zakresie treści Ogłoszenia o zamówieniu / SWZ;

2)Naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa, o których mowa w petitum odwołania, może uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty, wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie zamówienia, pomimo że dysponuje on potencjałem umożliwiającym jego realizację (zgodnie z postanowieniami SWZ), co wskazuje na możliwą do zaistnienia dla Odwołującego szkodę – brak uzyskania zamówienia.

Dokumentacja postępowania została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 18 czerwca 2024 r. Tym samym odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie określonym w art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP>

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że przedmiotem zamówienia w zakresie części nr 1, jest dostawa zeroemisyjnych autobusów do obsługi linii pozamiejskich na terenie Powiatu Włocławskiego w ilości 13 sztuk takich samych, fabrycznie nowych, autobusów zeroemisyjnych elektrycznych, kategorii M3 klasa II (autobusy międzymiastowe) niskopodłogowych. W ocenie Odwołującego, sposób sformułowania kryteriów ocen ofert, wymagań technicznych, referencji oraz wzoru umowy został dokonany z naruszeniem przepisów PZP

ZARZUT NR 1: naruszenie art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp

Naruszenie to ma miejsce poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą pozacenowych kryteriów oceny ofert – Kryteriów „T” – Parametry techniczno-użytkowe, co stanowi nie tylko naruszenie podstawowych zasad opisu przedmiotu zamówienia, prowadząc naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, a ponadto w sposób polegający na wskazaniu pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub oferowanych przez nich produktów.

Wprawdzie Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (zwanym dalej: „OPZ”) dopuścił stosowanie rozwiązań równoważnych („innych”), niemniej zastosowane przez niego pozacenowe kryteria oceny ofert „Kryterium T – Parametry techniczno-użytkowe” w sposób bezsprzeczny eliminują lub w znaczący sposób ograniczają możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez niektórych wykonawców.

Pozacenowe kryteria oceny ofert „T” – „Parametry techniczno-użytkowe” ukształtowane zostały na zasadzie „spełnia”/„nie spełnia”. W przypadku, gdy pojazd oferowany przez wykonawcę będzie posiadał funkcjonalność opisaną w którymś z kryteriów „T”, Zamawiający przyzna mu 5 punktów (w przypadku kryterium T1 – 10 pkt). Natomiast w przypadku, w którym pojazd nie będzie posiadał tej określonej funkcjonalności – wykonawca otrzyma zero punktów.

Jako przykład Odwołujący wskazał podkryterium T1 dotyczące zabezpieczenia antykorozyjnego.

W tabeli opisującej warunki, wymagania, parametry techniczne oraz wyposażenie pojazdów znajdującej się na s. 3 – 16 OPZ, w poz. 19 Zamawiający wymaga zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji nośnej podwozia oraz szkieletu nadwozia w procesie całopojazdowej kateforezy zanurzeniowej (preferowane) lub w inny sposób zabezpieczenia antykorozyjnego. Jednocześnie, jeżeli wykonawca zaoferuje zabezpieczenie antykorozyjne poprzez zanurzenie w kąpeli kateforetycznej, Zamawiający w ramach podkryterium T1 przyzna mu 10 punktów, natomiast jeżeli wykonawca zaproponuje inne, równoważne i równie skuteczne zabezpieczenie antykorozyjne – Zamawiający przyzna mu 0 punktów.

Powyższa zasada, przy zmienionej liczbie punktów, dotyczy każdego z poniższych podkryteriów:

1)Poz. 13 baterie trakcyjne we wszystkich dostarczonych autobusach powinny być tego samego typu, kompatybilne pod względem elektrycznym i mechanicznym. Zamawiający nie definiuje warunku co do technologii zastosowanych baterii. Rozwiązanie ten sam producent baterii trakcyjnych i autobusu (ta sama grupa kapitałowa) – preferowane lub rozwiązanie nie spełniające tego warunku.

T2 „Jednolitość rozwiązań technicznych” - ten sam producent baterii trakcyjnych, co całego pojazdu (również w ramach grupy kapitałowej) – 5 pkt;

oferty nie spełniające powyższego warunku – 0 pkt;

2)Poz. 12 Wymagana wartość średniego zużycia energii przez autobus <1,0 kWh/km (wg protokołu opartego na warunkach E-SORT-2 opracowanego dla autobusu zgodnego

z oferowanym w zakresie: marki i typu autobusu, marki silnika/silników, marki i typu skrzyni biegów (o ile występuje), wymiarów zewnętrznych), (preferowana wartość średniego zużycia energii poniżej 0,81 kWh/km).

T4 „Zużycie energii” - Średnie zużycie energii na przejechanie 1 km oferowanym autobusem wg testu opartego na E-SORT-2:

- poniżej 0,81 kWh/km – 5 pkt

- powyżej lub równe 0,81 kWh – 0 pkt

Powyższe działanie Zamawiającego należy traktować w kategoriach obejścia prawa. Zgodnie bowiem z art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Sam fakt zastosowania takiego opisu przedmiotu zamówienia z mocy prawa jest traktowany przez ustawodawcę jako utrudnienie uczciwej konkurencji. Dla uznania, że zamawiający naruszył powołany przepis wystarczającym jest jedynie wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W doktrynie jasno wskazuje się, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogu jednego z producentów, dopuszczenie jednej technologii, gdy efekt zastosowania każdej z dostępnych jest porównywalny, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach) tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję.

Ustawodawca dopuścił możliwość opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia itd. jedynie w przypadku, w którym zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny

i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W postępowaniu Zamawiający jedynie pozornie dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych, promując tych wykonawców, którzy zaoferują „preferowane” przez Zamawiającego rozwiązania poprzez przyznanie im dodatkowych punktów. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla swoich „preferencji” dotyczących rozwiązań, do których odnoszą się poszczególne podkryteria T1, T2, oraz T4.

Odwolujący oczekuje od Zamawiającego modyfikacji postanowień pkt 19.1 SWZ w zakresie Kryterium „T” Parametry techniczno-użytkowe.

ZARZUT NR 2: naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i w zw. z art. 17 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 99 ust. 4 i ust. 5 Pzp

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu ustalenie pozacenowych kryteriów oceny ofert T1, T2 oraz T4, o których mowa w pkt 19.4 SWZ w sposób dowolny oraz nieuzasadniony aktualnym stanem dostępnych na rynku rozwiązań technologicznych, a tym samym w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

a w szczególności prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców z udziału w postępowaniu, a ponadto w sposób naruszający zasadę przejrzystości i proporcjonalności postępowania.

Kryterium T1: „Zabezpieczenie antykorozyjne” – 10 punktów

Zamawiający przyznaje 10 punktów za zaoferowanie konstrukcji nośnej podwozia oraz szkieletu nadwozia zabezpieczonego antykorozyjnie poprzez zanurzenie w kąpeli kataforetycznej (kataforeza). Za zaoferowanie innego sposobu zabezpieczenia antykorozyjnego – Zamawiający przyznaje 0 punktów.

Nie ma merytorycznego uzasadnienia dla skonstruowania przez Zamawiającego kryterium oceny ofert przyznającego maksymalną (10 pkt) ilość punktów za zaoferowanie konstrukcji nośnej podwozia oraz szkieletu nadwozia zabezpieczonego antykorozyjnie poprzez zanurzenie w kąpeli kataforetycznej i jednocześnie przyznania 0 punktów za inne rozwiązanie, w tym za konstrukcję wykonaną ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088).

Wykonanie elementów konstrukcyjnych szkieletu lub kratownicy, ramy lub podwozia w autobusach ze stali odpornej na korozję (norma PN-EN 10088) lub aluminium, które stanowią materiały odporne na korozję i spełniają wszelkie wymogi techniczne, oznacza zabezpieczenie przed korozją konstrukcji pojazdu w najlepszy z możliwych

sposobów.

Zarówno stal odporna na korozję, jak i aluminium są materiałami posiadającymi cechy odporności na korozję, podczas gdy inna stal uzyskuje tę cechę dopiero w procesie kateforezy, która polega na zanurzeniu materiału w określonych substancjach ciekłych. Stal poddana kateforezie oraz stal malowana proszkowo traci swoje właściwości przy każdej ingerencji

w konstrukcję autobusu (np. podczas kolizji drogowych lub uderzeń kamieni w szkielet podwozia podczas jazdy), podczas gdy taka sytuacja nie ma miejsca, gdy konstrukcja pojazdu jest od razu wykonana z materiałów posiadających cechy odporności na korozję (norma

PN-EN 10088 lub aluminium). Ponadto, w przypadku materiałów posiadających cechy odporności na korozję, Zamawiający może samodzielnie odtworzyć uszkodzony element pojazdu bez utraty jego właściwości i parametrów, co nie ma miejsca w przypadku stali poddanej kateforezie lub malowanej proszkowo.

Stosowanie stali odpornej na korozję jako materiału na elementy konstrukcji autobusów jest całkowicie uzasadnione i zgodne ze współczesnym trendem w budowie autobusów, stosowanym od lat przez Odwołującego, będącego jednym z czołowych producentów pojazdów elektrycznych na rynku europejskim. Stal odporna na korozję zdecydowanie przewyższa pod względem odporności korozyjnej jakiegokolwiek gatunek stali z grupy stali trudno rdzewiejących. Jako dowód Odwołujący przedstawił ekspertyzę „*Potwierdzenie trafności doboru stali 1.4003 jako materiału na elementy konstrukcji nośnej i poszyc autobusów miejskich*”

Stosowanie stali odpornej na korozję jest rozwiązaniem przeważnie premiowanym przez Zamawiających w postępowaniach na dostawę autobusów elektrycznych.

Z doświadczenia Odwołującego, stosowanie stali o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczonej antykorozyjnie metodą lakierowania zanurzeniowego (KTL-kateforeza) lub aluminium jest rozwiązaniem punktowym na równi lub niżej od stali odpornej na korozję. Zamawiający bardzo rzadko punktuje korzystniej konstrukcję zabezpieczoną kateforezą, z uwagi na bardzo istotne wady tego rozwiązania. Wśród postępowania, w których Zamawiający premiowali stal odporną na korozję lub stawiali kateforezę lub aluminium na równi ze stalą odporną na korozję można wskazać:

1.2023, Gmina Miejska Mielec, 5 x autobus elektryczny MIDI profile ze stali odpornej na korozję (PN-EN 10088 lub równoważną) lub aluminium – 5 pkt, profile ze stali

o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczone antykorozyjnie metodą katodowego lakierowania zanurzeniowego (kateforeza) – 0 pkt.

2.2023, Miasto Chełm, 26 x autobus elektryczny zasilany wodorem MAXI, profile z aluminium lub ze stali odpornej na korozję zgodnie z PN-EN 10088 – 7 punktów, profile wykonane ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości i wysokiej odporności na korozję, zabezpieczoną metodą KTL (kateforeza) – 0 pkt.

3.2023, Gmina Piła, 3 x autobus elektryczny MAXI, szkielet nadwozia wykonany ze stali nierdzewnej, odpornej na korozję zgodnie z PN-EN 10088 – 3 pkt, szkielet nadwozia wykonany ze stali zabezpieczonej metodą KTL, aluminium lub innego rozwiązania zabezpieczenia szkieletu nadwozia – 2 pkt.

4.2023, Gmina Miejska Przemyśl, 6 autobus elektryczny MAXI, elementy wykonane ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088 lub równoważnej) lub aluminium, niewymagające zabezpieczenia antykorozyjnego lub stali o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczonej metodą KTL (kateforeza) – 5 pkt, inne rozwiązanie – 0 pkt.

5.2023, Miasto Opole, 9 x autobus elektryczny MAXI, elementy wykonane ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088 lub równoważnej) lub aluminium niewymagające zabezpieczenia antykorozyjnego lub stali o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczonej metodą KTL (kateforeza) – 5 pkt, inne rozwiązanie - 0 pkt.

6.2023, Kaliskie Linie Autobusowe sp. z o.o., 5 autobus elektryczny MAXI, szkielet nadwozia wykonany ze stali o podwyższonej wytrzymałości, zabezpieczone metodą KTL (kateforeza) lub stali nierdzewnej, ze stali odpornej na korozję zgodnie z normą PN-EN10088 lub normą równoważną – 4 pkt, za zaoferowanie szkieletu nadwozia wykonanego z aluminium – 2 pkt, inne rozwiązania – 0 pkt.

7.2023, Gmina Legnica, 6 autobus elektryczny MAXI, elementy wykonane ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088) lub aluminium – niewymagające zabezpieczenia antykorozyjnego lub stali o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczonej antykorozyjnie metodą KTL (kateforezy) – 3 pkt, inne rozwiązanie – 0 pkt.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, powyższe kryterium znacząco ograniczenia konkurencyjność i wskazuje na rozwiązanie jednego producenta – IVECO, reprezentowanego przez ABP Bus & Coach sp. z o.o. sp.k., którego autobusy są zabezpieczone antykorozyjnie właśnie metodą kateforezy. Na dowód złożono kartę katalogową IVECO.

Odwołujący wskazał na konieczność zmiany kryterium oceny ofert T1 w sposób, który będzie prowadził do jednakowego traktowania wykonawców oferujących rozwiązania

w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego o tożsamym (a nawet wyższym od wskazanego) stopniu skuteczności i wytrzymałości.

Kryterium T2 „Jednolitość rozwiązań technicznych” – 5 punktów

Zamawiający przyznaje 5 pkt za zaoferowanie baterii wyprodukowanych przez ten sam podmiot, który jest producentem pojazdu (Zamawiający uznaje również podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej). Za zaoferowanie innego rozwiązania, tj. w przypadku, gdy producent pojazdu nie jest producentem baterii lub należą do różnych grup kapitałowych - Zamawiający przyznaje 0 pkt.

W ocenie Odwołującego, powyższe kryterium znacząco ograniczenia konkurencyjność i wskazuje na rozwiązanie jednego producenta IVECO, którego międzymiastowy autobus elektryczny – CROSSWAY Low Entry ELECO jest wyposażony baterią litową NMC, wyprodukowaną przez firmę FPT Industrial. Firma FPT Industrial, jak sama podaje na swojej stronie internetowej, jest częścią grupy Iveco Group N.V.

Nie istnieje merytoryczne uzasadnienie dla przyznania 5 pkt za zaoferowanie baterii wyprodukowanych przez ten sam podmiot, który produkuje autobus (lub podmiot z tej samej grupy kapitałowej) i jednocześnie przyznania 0 punktów za inne rozwiązania.

Marka zamontowanej baterii nie ma wpływu na walory eksploatacyjne i ekonomiczne oferowanych pojazdów, które notabene Zamawiający poddaje ocenie w ramach innego kryterium pozacenowego, a mianowicie kryterium T3 „Pojemność baterii” oraz T4 „Zużycie energii”. Kwestia podmiotu będącego producentem baterii pozostaje irrelevantna dla Zamawiającego nawet w kontekście ewentualnych roszczeń gwarancyjnych Zamawiającego, albowiem zgodnie z poz. 39 tabeli s. 3-16 OPZ, każdy z Wykonawców zobowiązany jest do zapewnienia: (i) gwarancji na cały autobus wraz z wyposażeniem – przez okres minimum 2 lat oraz (ii) gwarancji na akumulatory lub superkondensatory lub inne urządzenia służące do magazynowania energii silnika trakcyjnego – wynoszącej minimum 72 miesiące.

Zgodnie z art. 240 ust. 2 Pzp kryteria oceny ofert oraz ich opis powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. W świetle faktu, iż marka (producent) zamontowanej w pojeździe baterii nie ma żadnego wpływu na jego walory eksploatacyjne i ekonomiczne, należy uznać, że kryterium T2 w żaden sposób nie odnosi się do poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia.

Kryterium T4 „Zużycie energii” – 5 punktów

Zamawiający przyznaje 5 pkt. za zaoferowanie średniego zużycia energii na przejechanie 1 km oferowanym autobusem według testu opartego na warunkach ESORT-2,

w taki sposób, że za zaoferowanie średniego zużycia energii poniżej 0,81 kWh/km Zamawiający przyznaje 5 pkt, a za jakiegokolwiek zużycie energii powyżej lub równe 0,81 kWh/km, ale mniejsze niż 1,0 kWh/km, Zamawiający przyznaje 0 pkt.

Sposób punktacji zaproponowany przez Zamawiającego jest nietypowym rozwiązaniem. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że z reguły, w zamówieniach publicznych na dostawę autobusów elektrycznych, Zamawiający oceniają zużycie energii elektrycznej na zasadzie proporcji, tzn. dzieląc najniższe zużycie energii elektrycznej spośród wszystkich zaoferowanych autobusów przez zużycie energii elektrycznej przez zaoferowany autobus oraz mnożąc to następnie przez ilość możliwych punktów do uzyskania, co można przedstawić następującym wzorem:

$$E = \text{najniższe zużycie energii elektrycznej spośród wszystkich zaoferowanych autobusów} / \text{zużycie energii elektrycznej przez dany autobus} \times \text{ilość możliwych punktów do uzyskania}$$

Takie rozwiązanie jest w ocenie Odwołującego najbardziej sprawiedliwe i korzystne dla Zamawiającego, gdyż promuje najniższe zaoferowane zużycie energii, a nie tylko zużycie energii poniżej 0,81 kWh/km. Obecnie zaproponowany przez Zamawiającego kryterium oceny oferty promuje jedynie oferty poniżej tego progu, bez różnicowania czy pojazd będzie zużywał faktycznie np. 0,75 czy 0,76 kWh/km, co jest istotnym parametrem autobusu.

Wśród postępowań, w których Zamawiający punktowali zużycie energii z użyciem proporcji i porównania do pozostałych złożonych ofert, można wskazać:

1.2023 r., Gmina Miasto Włocławek – 6x autobus elektryczny MAXI, Zamawiający punktował zużycie energii elektrycznej na podstawie wzoru wskazanego;

2.2024 r., Urząd Miasta Kędzierzyn – Koźle, 2 x autobus elektryczny zeroemisyjny MAXI, Zamawiający punktował zużycie energii elektrycznej na podstawie zależności proporcjonalnej najkorzystniejszego zaoferowanego zużycia energii elektrycznej do badanego zużycia energii elektrycznej;

3.2023 r., Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. w Warszawie, 30 x autobusów elektrycznych klasy MAXI, Zamawiający punktował zużycie energii elektrycznej na podstawie zależności proporcjonalnej najkorzystniejszego zaoferowanego zużycia energii elektrycznej do badanego zużycia energii elektrycznej;

4.2023 r., Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, 12x autobus elektryczny MAXI, Zamawiający punktował zużycie energii elektrycznej na podstawie wzoru wskazanego w pkt. 4.3. powyżej;

5.2022 r., Miejski Zakład Komunikacji sp. z o.o. w Słupsku, 6x autobus elektryczny MAXI, Zamawiający punktował zużycie energii elektrycznej na podstawie zależności proporcjonalnej najkorzystniejszego zaoferowanego zużycia energii elektrycznej do badanego zużycia energii elektrycznej;

6.2023 r., Kaliskie Linie Autobusowe sp. z o.o., 5 x autobus elektryczny MAXI, Zamawiający punktował zużycie

energii elektrycznej na podstawie wzoru wskazanego.

Odwołujący zaproponował zmianę kryterium oceny ofert T4, gdyż jest to rozwiązanie korzystniejsze dla Zamawiającego, zgodne z zasadami sztuki technicznej oraz jest rozwiązaniem powszechnie stosowanym przez zamawiających w innych postępowaniach na dostawę pojazdów elektrycznych.

ZARZUT NR 3: naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP

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

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia to taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia, a także że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione i jednoznacznie określone (wyrok z dnia 1 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 66/22, wyrok z dnia 8 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2944/21).

Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwalać każdemu potencjalnemu wykonawcy, zamierzającemu złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie tylko na precyzyjne zidentyfikowanie jego zakresu, ale również na określenie potencjalnych ryzyk wiążących się z realizacją zamówienia oraz odpowiednie ujęcie ich w swojej cenie ofertowej.

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

Z orzecznictwa wynika, że zamawiający ma prawo żądać wykonania usług, dostaw czy robót budowlanych spełniających stawiane przez niego wymagania, posiadające określone cechy lub funkcjonalność. Jednakże powinien on zapewnić możliwość udziału w postępowaniu jak najszerszemu kręgowi wykonawców, którzy te wymagania mogą spełnić, unikając wprowadzania do opisu przedmiotu zamówienia postanowień, które tę konkurencję mogłyby znacząco utrudniać lub całkowicie wykluczać (tak wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 27.06.2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12).

Odwołujący podniósł, że OPZ sporządzony przez Zamawiającego nie spełnia powyższych wymagań w zakresie, w jakim dotyczy on:

- poz. 7 tabeli zamieszczonej na s. 3-16 OPZ, dot. liczby miejsc do przewozu pasażerów;
- poz. 21 tabeli zamieszczonej na s. 3-16 OPZ, dot. okien, oraz
- poz. 32 tabeli zamieszczonej na s. 3-16 OPZ, dot. systemów bezpieczeństwa
- poz. 25 tabeli zamieszczonej na stronie 3-16 OPZ dot. klimatyzacji i wentylacji

Poz. 7 Tabeli (s. 3-16 OPZ) – Liczba miejsc do przewozu pasażerów

W poz. 7 tabeli. „Liczba miejsc do przewozu pasażerów”, Zamawiający wymaga, aby pojazd był wyposażony w co najmniej 50 miejsc, w tym minimum 42 miejsca siedzące (bez fotela kierowcy), w tym m.in. 10 miejsc dostępnych bezpośrednio z niskiej podłogi i jedno miejsce do przewozu pasażera poruszającego się na wózku inwalidzkim.

Tak ukształtowane kryterium liczby miejsc w pojeździe znacząco ogranicza konkurencyjność postępowania i w ocenie Odwołującego, wskazuje na rozwiązania jednego producenta – IVECO, którego pojazd elektryczny międzymiastowy 12 metrowy posiada dokładnie 42 miejsca pasażerskie. Jako dowód: Karta katalogowa Iveco Bus

Na rynku funkcjonują pojazdy międzymiastowe o różnych konfiguracjach liczby siedzeń pasażerskich. Pojazdy oferowane przez producenta MAN, gdzie oferuje się pojazdy z 41 fotelami pasażerskimi.

Tak zero-jedynkowe wymaganie Zamawiającego dotyczące liczby miejsc wyklucza innych producentów, których pojazdy wyposażone są w mniejszą liczbę miejsc siedzących niż 42, m.in. takich producentów autobusów elektrycznych jak Odwołujący czy MAN. Wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia powinny umożliwić uczestniczenie jak najszerszemu kręgowi wykonawców w postępowaniu i nie powinny zawierać postanowień, które mogłyby znacząco utrudniać lub całkowicie wykluczać konkurencyjność postępowania.

Poz. 21 Tabeli (s. 3-16 OPZ) - Okna

W poz. 21 „Okna” Zamawiający wymaga m.in. aby pojazdy były wyposażone w okna boczne przyciemnianie z szybą podwójną, oraz, aby co najmniej 50% okien bocznych była wyposażona w część uchylną, zapewniającą naturalną wentylację wnętrza pojazdu.

W ocenie Odwołującego, korzystniejszym dla Zamawiającego rozwiązaniem jest zastosowanie szyb pojedynczych. Obecnie stosowane szyby pojedyncze wraz z odpowiednim stopniem przyciemnienia gwarantują odpowiednie właściwości termiczne i komfort wewnątrz pojazdu. Jednocześnie, zastosowanie szyb pojedynczych

znacząco obniża masę pojazdu. Szyby podwójne mogą powodować również szereg problemów serwisowych, m.in. rozszczelnianie się okien po kilku latach eksploatacji. Jako dowód Odwołujący złożył materiał fotograficzny - zdjęcia rozszczelnionych okien.

Szyby podwójne są też droższe od szyb pojedynczych, bez znaczącego uzasadnienia dla stosowania takiego rozwiązania, co przekłada się na wyższą całkowitą cenę pojazdu. Stosowanie szyb pojedynczych w pojazdach jest rozwiązaniem stosowanym przez innych niż Odwołujący producentów pojazdów elektrycznych międzymiastowych, m.in. Mercedes-Benz w modelu Intouro, strona 8 - Karta katalogowa pojazdu Mercedes-Benz Intouro.

Poz. 32 Tabeli (s. 3-16 OPZ) – System bezpieczeństwa oraz poz. 25 – Klimatyzacja i wentylacja

W poz. 32 „System bezpieczeństwa”, Zamawiający wymaga m.in. aby pojazdy były wyposażone w „*dwa otwierane elektrycznie szklane lub z tworzywa sztucznego szyberdachy, pełniące także funkcje wyjść bezpieczeństwa*”.

Zamawiający wymaga ponadto, żeby magazyn energii w autobusie był zabezpieczony przez przypadkami niewłaściwej eksploatacji skutkującej utratą gwarancji, a także tak konstrukcyjnie zabudowany i zabezpieczony, aby zminimalizować ryzyko jego uszkodzenia w przypadku wystąpienia kolizji drogowej.

Odwołujący planuje zaoferować pojazd z magazynami energii umiejscowionymi na dachu pojazdu. Taki sposób umiejscowienia magazynów energii gwarantuje zabezpieczenie baterii przed przypadkami niewłaściwej eksploatacji (np. przez osoby nieupoważnione, przechodniów, pasażerów) oraz znacząco minimalizuje ryzyko uszkodzenia baterii.

Należy jednak zaznaczyć, że wymaganie Zamawiającego do umieszczenia szyberdachu na dachu pojazdu stoi w sprzeczności z wymogiem zapobiegania przypadkom niewłaściwej eksploatacji baterii, gdyż pozwala to osobom trzecim (pasażerom) na dostanie się na dach pojazdu właśnie przez szyberdach.

W Regulaminie nr 107 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) określającym jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 i M3 w zakresie ich budowy ogólnej (dalej Regulamin) wprost wskazano, w Załączniku nr 3 pkt. 7.6.1.12 Regulaminu, że nie można montować luków w miejscach, gdzie zainstalowano komponenty techniczne, które stwarzają potencjalne zagrożenie dla pasażerów korzystających z luków ratunkowych (np. systemy wysokonapięciowe, systemu zawierające niebezpieczne ciecze lub gazy itp.).

Poz. 25 Tabeli s. 3-16 OPZ „Klimatyzacja i wentylacja”

Z kolei w poz. 25 tabeli Zamawiający wymaga m.in. „*wentylacji naturalnej przestrzeni pasażerskiej, realizowanej przez okna uchylane i wywietrzniki dachowe*”. Wywietrznikami dachowymi są właśnie szyberdachy.

Stosowanie szyberdachów nie ma uzasadnienia dla komfortu pasażerów. Nowoczesne autobusy międzymiastowe są wyposażone w odpowiednie systemy klimatyzacji, które zapewniają odpowiednią temperaturę i komfort jazdy dla pasażerów pojazdu.

W obecnie produkowanych pojazdach odchodzi się od umieszczania wywietrzników dachowych w pojazdach, które raczej były umieszczane w autobusach produkowanych kilkanaście lat temu, gdy otwierany szyberdach był jednym z głównych sposobów regulowania temperatury w pojeździe.

Odwołujący zaproponował zmianę specyfikacji technicznej pojazdu, gdyż jest to bezpieczniejsze rozwiązanie dla Zamawiającego oraz pasażerów pojazdu, będące zgodne z normami określonymi w przywołanym Regulaminie.

ZARZUT NR 4: naruszenie art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP

Zgodnie z pkt 8.1.4 SWZ Zamawiający wymaga od wykonawców legitymowania się doświadczeniem w postaci wykonania co najmniej jednej dostawy co najmniej 6 sztuk fabrycznie nowych autobusów międzymiastowych (klasy II) z napędem elektrycznym lub spalinowo-elektrycznym, niskopodłogowych lub które posiadają niską podłogę bez stopni poprzecznych pomiędzy drzwiami pierwszymi i drugimi oraz bezstopniowe wejście, wykonanej w ramach jednego kontraktu.

Odwołujący zakwestionował powyższy warunek w zakresie dotyczącym liczby dostarczonych autobusów (6 sztuk) oraz w odniesieniu do wymagania związanego z tym, by dostawa ta została wykonana w ramach jednego kontraktu. Takie ukształtowanie warunku udziału jest nadmierne i nieproporcjonalne, a w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania wykonawców, którzy są w stanie faktycznie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Określenie warunków powinno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze więc punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, przy czym przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować szeroko – jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający może więc powiązać warunki ze sposobem spełnienia

świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia .

W odniesieniu do warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy ustawodawca ponadto postawił w art. 116 ust. 1 PZP, by warunki te, dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiały realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu należy dążyć do równowagi pomiędzy zapewnieniem gwarancji należytego wykonania zamówienia a dopuszczeniem do postępowania wykonawców, którzy będą zdolni do jego wykonania. Możliwe jest bowiem takie opisanie warunków, by udział w postępowaniu wzięli tylko wykonawcy z doświadczeniem na bardzo wysokim poziomie, dający ponad wszelką wątpliwość rękojmię należytego wykonania zamówienia. Możliwe jest jednak również opisanie warunków w taki sposób, by zapewnić dostęp do zamówienia także innym wykonawcom, być może z innym zakresem doświadczenia, jednak bez uszczerbku dla rękojmi należytego wykonania zamówienia (w wyroku z dnia 08.02.2023 r., sygn. akt: KIO 224/23).

Zamawiający poprzez kształtowanie warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący uważa, że zastosowanie pojazdów z napędem elektrycznym lub spalinowo-elektrycznym w przejazdach międzymiastowych (autobusy klasy II) jest rozwiązaniem nowym, dotychczas właściwie niestosowanym na rynku polskim, a to oznacza, że krąg podmiotów mogących legitymować się doświadczeniem w wykonaniu dostawy 6 sztuk fabrycznie nowych autobusów spełniających wymagania Zamawiającego w ramach jednego kontraktu jest niezwykle wąski.

W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. w okresie od 24 lipca 2019 r.) tego rodzaju pojazdy, tj. autobusy klasy II przeprowadzono zaledwie kilka postępowań, przy czym Odwołujący zaznaczył, że autobusy zamówione w ramach tych postępowań nie spełniały wszystkich wymogów określonych w pkt 8.1.4 SWZ. Odwołujący wskazał przykłady mające jedynie na celu przedstawienia skali oraz wolumenu zamawianych autobusów w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składanie ofert:

1. Postępowanie na dostawę 3 autobusów klasy I maxi oraz 1 autobusu klasy II maxi ze sprzętem i oprogramowaniem diagnostycznym, prowadzone przez Gminę Miasto Nowy Targ (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 30.10.2019 r.); 1 sztuka
2. Postępowanie pn. „Zwiększenie udziału przyjaznego środowiska i dostosowanego do niepełnosprawnych transportu publicznego w obsłudze mieszkańców powiatu ślępskiego poprzez zakup nowoczesnego energooszczędnego taboru autobusowego”, (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 23.12.2020 r.); 6 sztuk
3. Postępowanie pn. „Zakup 5 szt. autobusów na potrzeby publicznej komunikacji Strzegom”, (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 23.02.2021 r.); 4 sztuki, (po 2 sztuki w 2 częściach)
4. Postępowanie na zakup autobusów na potrzeby publicznej komunikacji gminy Strzegom, 1 sztuka
5. Postępowanie na zakup i dostawę 4 sztuk fabrycznie nowych autobusów niskoemisyjnych”, prowadzone przez Powiat Czluchowski; (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 29.07.2022 r.); 4 sztuki
6. Postępowanie na dostawę 7 sztuk fabrycznie nowych autobusów hybrydowych, , prowadzone przez Koleje Małopolskie Sp. z o.o., (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 22.12.2022 r.); 7 sztuk
7. Postępowanie pn. „Dostawa niskoemisyjnych autobusów międzymiastowych klasy II z napędem hybrydowym pn. Poprawa ekologiczności regionalnego transportu drogowego przez zakup taboru autobusowego zasilanego gazem ziemnym”, prowadzone przez Związek Powiatowo Gminny „Wielkopolski Transport Regionalny; (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 06.03.2023 r.); 20 sztuk Wybór oferty najkorzystniejszej w dn. 12.05.2023 r., termin wykonania zamówienia do dn. 31.08.2024 r.
8. Postępowanie pn. Dostawa niskoemisyjnych autobusów między miastowych kategorii M3 klasy II z napędem hybrydowym pn: „Ograniczenie wykluczenia transportowego poprzez zakup niskoemisyjnego taboru autobusowego z napędem hybrydowym do obsługi istniejących oraz nowoutworzonych przez Powiat Bytowski pozamiejskich linii autobusowych”, prowadzone przez Powiat Bytowski, (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 16.05.2023 r.); 10 sztuk, wybór oferty najkorzystniejszej w dn. 22.05.2024 r;
9. Postępowanie pn. „Dostawa 15 sztuk takich samych, fabrycznie nowych, niezarejestrowanych niskoemisyjnych autobusów międzymiastowych klasy II z napędem hybrydowym”, prowadzone przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Poznaniu S.A. (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 23.05.2024 r.); 15 sztuk, postępowanie w toku;
10. Postępowanie pn. Zakup i dostawa nowych autobusów niskoemisyjnych, prowadzone przez Powiat Czluchowski, (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 07.06.2024 r.), 5 sztuk postępowanie w toku;

11. Postępowanie pn. Dostawa niskoemisyjnych autobusów międzymiastowych kategorii M3 klasy II z napędem hybrydowym pn: „Ograniczenie wykluczenia transportowego poprzez zakup niskoemisyjnego taboru autobusowego z napędem hybrydowym do obsługi istniejących oraz nowoutworzonych przez Powiat Bytowski pozamiejskich linii autobusowych” – etap II, prowadzone przez Powiat Bytowski, (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 10.06.2024 r.), 7 sztuk, postępowanie w toku;

12. Postępowanie pn. Dostawa niskoemisyjnych autobusów międzymiastowych kategorii M3 klasy II z napędem hybrydowym do Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Koninie”, prowadzone przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Koninie, (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 12.06.2024 r.), 13 sztuk, postępowanie w toku;

13. Postępowanie pn. Dostawa niskoemisyjnych autobusów międzymiastowych z napędem hybrydowym dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Słupsku w celu poprawy funkcjonowania Transportu Zbiorowego na terenie Powiatu Słupskiego, prowadzone przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Słupsku S.A, 10 sztuk, postępowanie w toku;

14. Postępowanie pn. Dostawa niskoemisyjnych autobusów międzymiastowych z napędem hybrydowym dla Nord Express sp. z o. o. w Słupsku w celu poprawy funkcjonowania Transportu Zbiorowego na terenie Powiatu Słupskiego, prowadzone przez NORD EXPRESS Sp. z o.o., ogłoszenie o zamówieniu z dn. 13.06.2024 r., 5 sztuk, postępowanie w toku;

15. Postępowanie pn. Zakup i dostawa 3 fabrycznie nowych, niskoemisyjnych autobusów kategorii M3 klasy II z napędem hybrydowym (MHEV) dla obsługi publicznego transportu zbiorowego przez JLA Sp. z o.o., prowadzone przez Jarocińskie Linie Autobusowe sp. z o.o. (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 14.06.2024 r.), 3 sztuki, postępowanie w toku;

16. Postępowanie pn. Zakup i dostawa niskoemisyjnych autobusów do obsługi linii pozamiejskich na terenie Zielonogórskiego Związku Powiatowo-Gminnego, prowadzone przez Zielonogórska Komunikacja Powiatowa Spółka z o.o. (ogłoszenie o zamówieniu z dn. 19.06.2024 r.); 20 sztuk, postępowanie w toku.

Z zestawienia wynika, że w ostatnich 5 latach były prowadzone zaledwie

2 postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę autobusów w liczbie, która odpowiadałaby wymaganiom stawianym przez Zamawiającego (poz. 2 i poz. 6 zestawienia). Oznacza to, że potencjalni wykonawcy zainteresowani udziałem i dysponujący zasobami umożliwiającymi jego należyte wykonanie nie mieli realnej szansy na nabycie doświadczenia, którego wymaga Zamawiający. Już tylko ta okoliczność świadczy, że wymagania stawiane przez Zamawiającego w sposób znaczący ograniczają konkurencję, jeżeli w ogóle nie eliminują potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniu.

Większość postępowań o podobnym wolumenie dostaw jak wymagany prowadzonych w okresie referencyjnym przez zamawiających publicznych dotyczyła jednak dostaw autobusów klasy I, tj. pojazdów z miejscami siedzącymi oraz obszarami stojącymi umożliwiającymi przewóz pasażerów na trasach o dużej liczbie przystanków (autobusy miejskie). Z punktu widzenia samej dostawy nie ma znaczenia, czy wykonawca dostarczył pojazd klasy I czy pojazd klasy II, albowiem zasoby (potencjał osobowy, potencjał techniczny) jakie musi on zaangażować w wyprodukowanie takiego pojazdu są właściwie tożsame.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał, że w postępowaniach o przedmiocie podobnym, zamawiający stawiali wykonawcom znacznie mniej rygorystyczne wymagania, np.: postępowanie pn.: Dostawa niskoemisyjnych autobusów międzymiastowych kategorii M3 klasy II z napędem hybrydowym do Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Koninie” – dostawa 13 sztuk autobusów; postępowanie pn. Zakup i dostawa niskoemisyjnych autobusów do obsługi linii pozamiejskich na terenie Zielonogórskiego Związku Powiatowo-Gminnego, prowadzone przez Zielonogórska Komunikacja Powiatowa Spółka z o.o., obejmująca dostawę 20 sztuk autobusów (poz. 16 zestawienia), w którym to postępowaniu warunek udziału w zakresie zdolności zawodowej obejmuje: (...) wykonanie (...) co najmniej trzech dostaw (jedna dostawa rozumiana jako jeden kontrakt) minimum 5 sztuk nowych autobusów w każdej dostawie (w każdym kontrakcie) – odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia (...) tj. autobusów mini lub midi lub maxi (...) z silnikiem o napędzie diesla.

Zatem dla wykonania zamówienia obejmującego dostawę określonej liczby autobusów niskoemisyjnych nie ma znaczenia, czy były to autobusy klasy II czy klasy I – w większości przypadków zamawiający wymaga, by były to jedynie autobusy niskoemisyjne bądź

o określonej długości (mini, midi, maxi), (bądź) względnie wymaga legitymowania się wykonaniem dostawy o określonej wartości.

Stawiany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 8.1.4 SWZ) jest warunkiem nieodpowiadającym uwarunkowaniom rynkowym, a tym samym nadmiernym i nieproporcjonalnym przez co prowadzącym do znaczącego zawężenia kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, o ile w ogóle nie czyniącym niemożliwym złożenie oferty przez jakiegokolwiek wykonawcę.

ZARZUT NR 5: naruszenie art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 395 § 1 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny oraz art. 16 pkt 3 i 433 pkt 4 PZP

W § 15 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2a do SWZ, Zamawiający wskazał, że Zamawiający może odstąpić od Umowy lub jej części w przypadku gdy nie otrzymał środków publicznych przyznanych mu w ramach Krajowego Planu Odbudowy, a które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Uprawnienie do odstąpienia może zostać zrealizowane w terminie 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiadomości o nie przyznaniu mu środków opisanych w zdaniu poprzedzającym.

W ocenie Wykonawcy, powyższe uprawnienie Zamawiającego jest sformułowane błędnie. Zgodnie z art. 395 § 1 zd. 1 KC, w umowie można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Skonstruowana przez Zamawiającego klauzula odstąpienia takiego terminu nie zawiera, gdyż Zamawiający nie sprecyzował, w jakim terminie podejmie wiadomość o nie przyznaniu mu środków z Krajowego Planu Odbudowy, wobec czego nie jest możliwe określenie początkowego terminu, od którego będzie biegł 30-dniowy termin, wskazany w § 15 ust. 5 wzoru umowy.

Nieograniczenie tego terminu w czasie rodzi dla Odwołującego stan niepewności oraz może powodować znaczące problemy po stronie Odwołującego, który może skierować już autobusy do produkcji, złożyć zamówienia na części itd.

Postanowienie w obecnym kształcie jest również niezgodne z art. 433 pkt 4 PZP, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r., KIO 3233/21). Tymczasem właśnie taka sytuacja ma miejsce – zarówno na etapie składania ofert, zawierania umowy, jak i przez cały okres jej realizacji wykonawca nie ma pewności, jaki będzie ostateczny zakres świadczenia w przypadku odstąpienia od umowy na ww. podstawie przez Zamawiającego.

Rozwiązanie to narusza też wyrażoną w art. 16 pkt 3 PZP zasadę proporcjonalności, którą należy rozumieć jako obowiązek formułowania wymagań w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym niestawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych, obciążeń wobec wykonawców, które mogą im utrudniać lub uniemożliwiać ubieganie się o zamówienie publiczne lub jego realizację.

Dlatego też powiązanie prawa odstąpienia od już zawartej umowy o zamówienie publiczne z ewentualną utratą środków przez Zamawiającego jest kwestionowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (tak wyrok z dnia 19 września 2011 r., KIO 1910/11).

Dodatkowo, działanie zamawiającego, który udziela zamówienia nie mając zabezpieczonych środków na ten cel, może być uznane za naruszające przepisy ustawy z dnia z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

O ile bowiem zamawiający może wszcząć i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie mając jeszcze zabezpieczonych środków na realizację zamówienia (a w razie ich nieuzyskania – zastrzec możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 PZP), to jednak niedopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązania, czyli zawarcie umowy w sytuacji nieposiadania środków finansowych na jej realizację.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Głównej Komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak i regionalnych komisji orzekającej, zamawiający nie może podpisać umowy bez zabezpieczenia wynikających z niej zobowiązań finansowych, gdyż jest to zakazane z punktu widzenia przepisów o finansach publicznych.

Dlatego też ustawodawca przewidział w art. 257 PZP możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak środków, ale jednocześnie nie dopuścił sytuacji, w której taka okoliczność mogłaby uzasadniać rozwiązanie odstąpienie od zawartej umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący wnosił o usunięcie § 15 ust. 5 wzoru umowy.

ŻĄDANIA

Biorąc pod uwagę opisane zarzuty, w zakresie kryteriów oceny ofert, Odwołujący wnosił o dokonanie zmian w następujący sposób:

1)w zakresie kryterium T1 pn. „Zabezpieczenie antykorozyjne” zmianę w następujący sposób:

Zabezpieczenie antykorozyjne (max 10 pkt)

Metodologia oceny:

a)konstrukcja nośna podwozia oraz szkielet nadwozia zabezpieczony antykorozyjnie poprzez zanurzenie w kąpeli kateforetycznej lub konstrukcja nośna podwozia oraz szkielet nadwozia wykonane ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PN-EN 10088) = 10 pkt

b)inny sposób zabezpieczenia antykorozyjnego = 0 pkt

2)w zakresie kryterium T2 pn. „Jednolitość rozwiązań technicznych” – wykreślenie kryterium;

3)w zakresie kryterium T4 pn. „Zużycie baterii” Zużycie energii (max 5 pkt)

Metodologia oceny

$E = \text{najniższe zużycie energii elektrycznej spośród wszystkich zaoferowanych autobusów} / \text{zużycie energii elektrycznej przez dany autobus} \times 5 \text{ punktów}$

Taki sposób ukształtowania kryterium zapewni obiektywnie uzasadnione i adekwatne porównanie złożonych ofert w zakresie parametrów technicznych oferowanych pojazdów, w tym w sposób odpowiadający rzeczywistym potrzebom Zamawiającego oraz wiedzy technicznej.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że „Swoboda przyznana zamawiającym w zakresie wyboru kryteriów ocen ofert może być realizowana tylko przy założeniu, że wybór dokonywany przez zamawiających nie jest arbitralny i że wybrane kryteria nie naruszają prawa. W swobodzie wyboru kryteriów oceny ofert zamawiający są również ograniczeni tym, że wybrane przez nich kryteria powinny pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Co więcej – wybrane kryteria powinny umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty, czyli muszą być odpowiednie dla ustalenia, która z ofert w odniesieniu do przedmiotu zamówienia będzie najkorzystniejsza. Kryteria oceny ofert powinny być związane z przedmiotem zamówienia, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i niedyskryminujące. Wybór kryteriów oceny ofert odpowiednich dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowy dla osiągnięcia celu porównywania ofert – wyboru najkorzystniejszej oferty.”

Odwolujący wnosił również, w zakresie OPZ (załącznik nr 1a do SWZ), o dokonanie zmian w tabeli, zamieszczonej na s. 3-16 Opisu Przedmiotu Zamówienia w następujący sposób:

1)w zakresie pkt. 7 "Liczba miejsc do przewozu pasażerów" w następujący sposób:

Lp.	Nazwa parametru	Metodologia oceny
-----	-----------------	-------------------

4.	Liczba miejsc do przewozu pasażerów	Co najmniej 50, w tym minimum
----	-------------------------------------	-------------------------------

39 - 41 miejsc siedzących (bez fotela kierowcy), w tym min. 10 miejsc dostępnych bezpośrednio z niskiej podłogi i jedno miejsce do przewozu pasażera poruszającego się na wózku inwalidzkim. (wg wymagań określonych w Regulaminie nr 107 EKG ONZ (Dz.U. UE L 255 z 29.9.2010, s.1).

2)w zakresie pkt. 21 "Okna" zmiana na:

Lp.	Nazwa parametru	Metodologia oceny
-----	-----------------	-------------------

5.	Okna	
----	------	--

- Szyba czołowa niedzielona, ogrzewana, która w górnej części stanowi świetlik przedniej elektronicznej tablicy kierunkowej;

- Okna boczne przyciemniane z szybą pojedynczą lub szybą podwójną

- Co najmniej 50% okien bocznych musi być wyposażana w część uchylną, zapewniającą naturalną wentylację wnętrza pojazdu (Zamawiający nie dopuszcza okien

z szybami przesuwными). W obliczeniach do ogólnej liczby okien nie zalicza się okien

o szerokości mniejszej niż moduł podstawowy.

- Część uchylna okien bocznych musi być wyposażona w rygiel, który umożliwi zablokowanie otwarcia okna, np. podczas pracy klimatyzacji całopojazdowej,

- Otwierana, podgrzewana szyba w oknie bocznym kabiny kierowcy;

- Rolety szyby czołowej sterowane elektrycznie,

- Roleta okna kierowcy,

2)w zakresie pkt. 32 "System bezpieczeństwa" zmiana na:

Lp.	Nazwa parametru	Metodologia oceny
-----	-----------------	-------------------

6.	System bezpieczeństwa	
----	-----------------------	--

- System wykrywania pożaru w komorze silnika, ogrzewania dodatkowego i baterii trakcyjnych.

- System automatycznego gaszenia pożaru w komorze silnika, ogrzewania dodatkowego i baterii trakcyjnych.

- Kontrolka informująca o sprawności/niesprawności systemu przeciwpożarowego umiejscowiona na desce rozdzielczej w kabinie kierowcy

- Główny wyłącznik prądu przy akumulatorach.

3)w zakresie pkt. 25 „Klimatyzacja i wentylacja” zmiana na:

Lp.	Nazwa parametru	Metodologia oceny
-----	-----------------	-------------------

7.	Klimatyzacja i wentylacja	
----	---------------------------	--

- Dachowa zintegrowana, całopojazdowa, automatyczna o mocy chłodzenia minimum 25 KW, z funkcją grzania,

- Centralne rozprowadzanie nawiewów, zapewniające równomierne i skuteczne schładzanie całego wnętrza pojazdu,

- Wentylacja naturalna przestrzeni pasażerskiej realizowana poprzez okna uchylne,
- Wentylacja stanowiska kierowcy przez boczną szybę,
- Układ wentylacji wraz z systemem klimatyzacji oraz układem ogrzewania muszą przeciwdziałać roseniu na suficie pojazdu oraz na szybach pojazdu

Odwołujący wnosił również, w zakresie pkt. 8.1.4. SWZ, o dokonanie zmian w następujący sposób:

8.1.4 zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

- wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku doświadczenia odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia:

Wymagane minimum: dla Części nr 1:

jedna dostawa co najmniej 6 sztuk fabrycznie nowych autobusów z napędem elektrycznym lub spalinowoelektrycznym, niskopodłogowych lub które posiadają niską podłogę bez stopni poprzecznych pomiędzy drzwiami pierwszymi i drugimi oraz bezstopniowe wejście, wykonana w ramach jednego kontraktu;

lub alternatywnie

Wymagane minimum: dla Części nr 1:

kilka dostaw co najmniej 4 sztuk fabrycznie nowych autobusów międzymiastowych (klasy II) z napędem elektrycznym lub spalinowo-elektrycznym, niskopodłogowych lub które posiadają niską podłogę bez stopni poprzecznych pomiędzy drzwiami pierwszymi i drugimi oraz bezstopniowe wejście, wykonana w ramach jednego kontraktu.

W zakresie § 15 ust. 5 wzoru umowy (załącznik nr 2a do SWZ), Odwołujący wnosił o wykreślenie tego postanowienia z wzoru umowy.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak we wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk pisemnych Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w części zarzuty odwołania nr 3 (poz. 7,32,25 załącznika nr 1a do SWZ, OPZ - tabela strona 13-16) oraz nr 5 (postanowienia umowne – załącznik nr 2a do SWZ), zaznaczając że dokonał już stosownych zmian w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, co odzwierciedla punkt 1 sentencji orzeczenia.

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie wiernie przytoczono zapisy dokumentów z postępowania, nie zachodzi potrzeba ich przywoływania ponownie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stanowiska Stron, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części podtrzymywanej przez Odwołującego, co odzwierciedla punkt 2 sentencji niniejszego orzeczenia.

Zarzuty nr 1 i nr 2

Z jednej strony Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dopuścił rozwiązania równoważne w stosunku do preferowanego wymagania, by konstrukcja nośna podwozia oraz szkielet nadwozia posiadało zabezpieczenie antykorozyjne wykonane w procesie całopojazdowej katalforezy zanurzeniowej, z drugiej jednak strony Zamawiający poprzez ustalenie pozacenowego kryterium oceny ofert T1 pozbawił wykonawców, którzy zastosują rozwiązanie równoważne możliwości uzyskania dodatkowych punktów w tym kryterium.

Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że zabezpieczenie antykorozyjne należy rozumieć jako szeroko pojętą użyteczność pojazdu związaną z bezproblemową eksploatacją i zapewnieniem wysokiej wytrzymałości w czasie dla konstrukcji nośnej podwozia oraz szkieletu nadwozia.

Celnie zauważył na rozprawie Odwołujący, że opis kryterium nie odnosi się do wytrzymałości konstrukcji elementów pojazdów ale do metody zabezpieczenia antykorozyjnego. Zatem uzasadnienie przedstawione przez

Zamawiającego dla wprowadzonego do SWZ kryterium nie jest de facto związane z cechą, do której to kryterium się odnosi. Zdaniem Izby Odwołujący co najmniej uprawdopodobnił, że obie dopuszczone przez Zamawiającego metody zabezpieczenia antykorozyjnego mają charakter równoważny. Potwierdza to ekspertyza prywatna złożona wraz z odwołaniem. Merytorycznego stanowiska w niej wyrażonego Zamawiający skutecznie nie zakwestionował. Odwołujący dodatkowo wskazał wiele przykładów postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, gdzie obie metody były uważane za równoważne. Co także istotne Zamawiający uznał, że kryterium to umożliwia uzyskanie aż 10 punktów, zatem przyjąć należy, iż ocena stosowanego rozwiązania niewątpliwie ma duży wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odnosił się cech związanych ze sposobem eksploatacji przedmiotu zamówienia (przeznaczenie autobusów do wykorzystania na trasach międzymiastowych, większe prędkości na drogach, stan dróg), podczas gdy kryterium odnosi się zdaniem Izby do oceny odporności elementów pojazdu na korozję. Zamawiający nie zdołał uprawdopodobnić związku przyczynowo - skutkowego między przyjętym sposobem zabezpieczenia antykorozyjnego a większą wytrzymałością elementów zużywanych w ramach eksploatacji przedmiotu zamówienia, tak by uzasadnione było premiowanie jednego tylko sposobu zabezpieczenia antykorozyjnego. Dlatego też przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzeczenie Izby KIO 120/11 należało uznać za nieprzydatne, ponieważ odnosiło się ono do innego stanu faktycznego.

Z tych powodów Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ w kryterium T1 przez przyjęcie, że „Zabezpieczenie antykorozyjne (max 10 pkt) a) konstrukcja nośna podwozia oraz szkielet nadwozia zabezpieczony antykorozyjnie poprzez zanurzenie w kąpeli kataforetycznej lub konstrukcja nośna podwozia oraz szkielet nadwozia wykonane ze stali odpornej na korozję (zgodnie z PNEN 10088)” prowadził będzie do uzyskania 10 pkt, natomiast b) inny sposób zabezpieczenia antykorozyjnego powodował będzie uzyskanie 0 pkt.

Zamawiający w kryterium T2 zaznaczył, że Wykonawca uzyska 5 punktów, gdy zaoferuje w ramach jednolitości rozwiązań technologicznych, tego samego producenta baterii trakcyjnych, co całego pojazdu (również w ramach grupy kapitałowej).

Niewątpliwie, jak stanowi art. 241 ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Ponadto kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W ocenie Izby ustalone przez Zamawiającego kryterium w obecnym kształcie narusza przywołaną regulację ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, iż oczekiwania zamawiającego w zakresie cech wymaganych od wykonawców są weryfikowane w ramach oceny zdolności podmiotowej wykonawców w celu kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby cecha połączenia producenta baterii z producentem pojazdu lub przynależności do tej samej grupy kapitałowej jest związana z sytuacją podmiotową wykonawcy w postępowaniu. Kryterium nie odnosi się do cech przedmiotowych zamówienia, nie jest zasadniczo związane z przedmiotem zamówienia ale dotyczy struktury organizacyjnej, podmiotu, który ma dostarczyć pojazd, czy też profilu wykonywanej działalności w ramach grupy kapitałowej.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że cecha ta nie jest związana także z roszczeniami gwarancyjnymi, za które w świetle postanowień umownych odpowiada wykonawca. Jeżeli zaś celem Zamawiającego jest uniknięcie problemów w okresie pogwarancyjnym, to do zabezpieczenia takiej sytuacji służą zapisy umowy a nie kryteria oceny ofert.

Zamawiający nie wykazał żadnego merytorycznego uzasadnienia dla ustalenia kryterium w obecnym kształcie. Zamawiający nie wykazał, że *Wykonawca będąc jednocześnie producentem pojazdu i baterii lub wytworzonego w ramach tej samej grupy kapitałowej, zapewnia lepszą integrację komponentów*. W ocenie Izby umiejętność integracji poszczególnych komponentów nie musi być powiązana z umiejętnością ich produkcji.

Są to dwa odrębne procesy, które nie muszą być wykonywane przez ten sam podmiot, nawet w ramach grupy kapitałowej. Kompletny i gotowy do użytkowania pojazd składa się z wielu komponentów, nie wiadzieć czemu akurat integracja baterii a nie przykładowo układu hamulcowego czy innych podzespołów, ma dla Zamawiającego tak istotne znaczenie.

Co więcej, umiejętność integracji komponentów pochodzących od różnych producentów

i doprowadzenie do skutecznego ich współdziałania, w ocenie Izby jest cechą świadczącą na korzyść danego wykonawcy, bowiem w taki sposób pokazuje On, że jest w stanie umiejętnie połączyć różne produkcyjne elementy celem uzyskania efektywnego rozwiązania dla całego pojazdu. Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, że zastosowanie rozwiązania prowadzi do *lepszej kompatybilności elektrycznej i mechanicznej*.

Stanowisko Zamawiającego o lepszym procesie produkcji pojazdu i baterii, efektywności i optymalizacji zużycia

energii, wydajności i bezpieczeństwie pojazdu, kontroli technologicznej, zwiększeniu zasięgu i trwałości baterii wynikające z odpowiedzi na odwołanie to jedynie dywagacje Zamawiającego, nie poparte jakimikolwiek dowodami o charakterze merytorycznym.

Z tych powodów Izba nakazała wykreślenie kryteriów z postanowień SWZ.

W przypadku kryterium T4 Zamawiający wprowadził zasadę oceny, że za zaoferowanie średniego zużycia energii na przejechanie 1 km oferowanym autobusem według testu opartego na warunkach ESORT-2, poniżej 0,81 kWh/km Zamawiający przyznaje 5 pkt, a za jakiekolwiek zużycie energii powyżej lub równe 0,81 kWh/km, ale mniejsze niż 1,0 kWh/km, Zamawiający przyznaje 0 pkt. Co do zasady Odwołujący nie kwestionuje istotności wprowadzonego kryterium i zgadza się, iż jego wprowadzenie prowadzi do wyboru rozwiązania optymalnego dla przedmiotu zamówienia.

Odwołujący kwestionuje wprowadzony opis sposobu oceny danego kryterium, który również w ocenie Izby nie prowadzi do wyboru rozwiązania optymalnego i zaburza uczciwą konkurencję.

Zrozumiałym dla Izby jest stanowisko Zamawiającego, że zależy mu na uzyskaniu rozwiązania ze znacznym obniżeniem średniego zużycia energii w stosunku wskazanego progu minimalnego. Jednakże ukształtowanie sposobu przyznawania punktów tylko przez podział 0:1, czyli albo 5 punktów albo 0 punktów, jest krzywdzące dla wykonawców, zwłaszcza, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego przyjął taką a nie inną wartość progu minimalnego. Sam też Zamawiający w odpowiedzi zaznacza, że różnice w poziomie zużycia energii mogą przyjąć minimalny poziom dla oferowanych wartości. Z drugiej strony Zamawiający arbitralnie wybiera określoną wartość jako próg minimalny, nie popierając takiego wyboru argumentami merytorycznymi.

Wybór wzoru jako sposobu oceny ofert należy do Zamawiającego i nie ma On obowiązku stosować wzoru zaproponowanego przez Odwołującego. Jednakże w ocenie Izby przy przyjęciu oceny stopniowanej, jak założono w SWZ, Zamawiający winien rozbudować sposób oceny kryterium przez wprowadzenie gradacji punktacji przez zwiększenie liczby przedziałów zużycia energii, by możliwe było uzyskanie jakichkolwiek punktów w kryterium. Przykłady takiej gradacji przedziałów wskazał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, gdzie przywołał postępowanie prowadzone przez Gminę Miejską Świdnik. Tam zamawiający przewidział możliwość uzyskania 5, 2 lub 0 punktów. Takie rozwiązanie w rzeczywistości premiuje oferowanie najniższego poziomu zużycia, nie zamykając drogi do uzyskania punktów wykonawcom, którzy to zużycie oferują na niewiele wyższym poziomie.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ w kryterium T4 przez wprowadzenie rozbudowanej gradacji przedziałów dla parametru zużycia energii.

Zarzut nr 3

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 21 załącznika nr 1a do SWZ przewidział wymóg zastosowania szyb podwójnych.

W odpowiedzi na odwołanie niewątpliwie przedstawiono uzasadnioną argumentację przemawiającą w części na korzyść opisanego wymogu. Tym niemniej, skoro Zamawiający za cel nadrzędny stawia wydajność energetyczną pojazdu, to wymóg ten znajduje się w opozycji do zakładanego celu. Jak wynika z odwołania, podwójne szyby są elementem, który znacząco wpływa na masę pojazdu i cenę pojazdu, co przekłada się na obniżenie wydajności energetycznej. Choć Zamawiający wskazuje, że jest to rozwiązanie stosowane przez większość znaczących producentów autobusów międzymiastowych, to zapomina, iż wymóg ten należy zestawić z całokształtem innych elementów tworzących opis przedmiotu zamówienia. Wówczas podawane przez Zamawiającego przykłady działają na jego niekorzyść, bowiem opisany parametr w zestawieniu z innymi cechami charakteryzuje jeden lub niewiele produktów.

Z tych względów Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie wymogu zastosowania szyb podwójnych.

Reasumując tę część wywodów Izby, za ograniczenie konkurencji należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Owszem opis przedmiotu zamówienia, czy ustalone kryteria oceny ofert nie zawsze muszą umożliwiać złożenie oferty każdemu wykonawcy z danego segmentu rynku. Jednakże ograniczenie prowadzące do sytuacji, gdzie tylko jeden wykonawca może realnie uzyskać przewagę w ramach ustalonych kryteriów nie prowadzi do wyboru oferty z najkorzystniejszym rozwiązaniem a prowadzi raczej do zamknięcia danego rynku. Opis przedmiotu zamówienia ma odpowiadać uzasadnionym potrzebom zamawiającego, a ustalone kryteria mają prowadzić do wyboru rozwiązania optymalnego. Stworzenie korzystniejszych warunków tylko dla jednego wykonawcy,

bez ich merytorycznego uzasadnienia, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Zarzut nr 4

Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu winien uczynić to

w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Wskazany w art. 112 ustawy Pzp „*minimalny poziom zdolności*” odczytywać należy w kontekście proporcjonalności warunku. Przy czym proporcjonalność ta nie oznacza relacji 1:1 w kontekście wartości zamówienia, lecz określenie takiego poziomu wymogu, który, pozostając w odpowiedniej proporcji do przedmiotu zamówienia, wyznacza jednocześnie poziom, którego spełnienie gwarantuje zamawiającemu, że zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot zdolny do podjęcia się tego zadania.

Fundamentalnym obowiązkiem każdego zamawiającego na etapie formułowania treści warunków udziału jest zatem ustalenie takiego ich poziomu, który zapewni prawidłowość wydatkowania środków publicznych. Wymóg ten generuje oczywisty wniosek, iż każdy warunek udziału stanowi pewne ograniczenie konkurencji. Ograniczenie to korzysta z ochrony prawnej, jednak jedynie tak długo, jak nie prowadzi do nieuzasadnionego i nadmiernego wpływu na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem drugim obowiązkiem zamawiającego jest troska o zapewnienie potencjalnym wykonawcom dostępu do zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być nadmierne i nie mogą prowadzić do niezasadnego ograniczania konkurencji w przetargu. Zamawiający, decydując się na jakiegokolwiek uszczegółowienie warunku udziału w postępowaniu, doprowadza do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, przy czym to ograniczenie, zgodnie z art. 116 ustawy Pzp, umożliwiać ma realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, w przypadku warunku odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy.

Zamawiający nie zaprzeczał, że zamawiane rozwiązanie jest nowe, dotychczas nie spotykane na rynku polskim, z uwagi na znaczące koszty związane z jego stosowaniem i brak możliwości pozyskania dofinansowania zewnętrznego na tego rodzaju rozwiązanie.

O ile sama ilość autobusów wymieniona w warunku nie budzi zastrzeżeń (6 sztuk autobusów w stosunku do 13 sztuk kupowanych), o tyle już zawężenie dostaw referencyjnych do dostarczenia autobusu w klasie II stanowi w ocenie Izby zaburzenie zasady proporcjonalności.

Choć Zamawiający twierdzi, że rozszerzył możliwość spełnienia warunku, ponieważ dopuścił na potwierdzenie spełniania warunku, doświadczenie wynikające z realizacji dostaw autobusów nie tylko elektrycznych, ale również elektryczno-spalinowych, to zapomina jednak, że oprócz potwierdzenia dostaw z odpowiednim napędem, konieczne jest także potwierdzenie innych cech wynikających z opisu warunku udziału w postępowaniu. Natomiast z zestawienia przedstawionego w odwołaniu wynika, że postępowania na dostawę autobusów klasy II na przestrzeni ostatnich lat charakteryzowały się znacząco mniejszą liczbą autobusów lub dostawy nie zostały jeszcze zakończone albo postępowania w celu wyłonienia wykonawcy są w toku. Zatem obiektywnie nie występuje żaden podmiot, poza wymienionym w odwołaniu, który wymagany przez Zamawiającego poziom doświadczenia zawodowego w ujęciu wszystkich wymaganych cech spełnia.

Prawdą jest, że istnieją różnice w wyposażeniu autobusów miejskich i międzymiastowych, inna jest specyfika wykonywania samych przewozów międzymiastowych, to jednak nie wykazano, że istnieje istotna różnica przy ich produkcji, samo zaś wyposażenie można dostosować do potrzeb i wymagań danego zamawiającego.

Z treści artykułu prasowego przywołanego w odpowiedzi na odwołanie wynika, iż „*Obecnie podział między autobusami miejskimi a podmiejskimi nie jest tak wyraźny. Można zaobserwować występowanie autobusów miejskich na liniach typowo podmiejskich, a także odwrotnie – autobusy podmiejskie na liniach miejskich. W krajach zachodnich przeważnie do komunikacji podmiejskiej używa się niskopodłogowych autobusów, które stanowią formę przejściową między autobusem miejskim a podmiejskim*”. Przeczy to więc twierdzeniom Zamawiającego, iż to przede wszystkim klasa pojazdu stanowi o proporcjonalności warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia i tylko posiadanie doświadczenia w dostawie autobusów klasy II pozwoli Zamawiającemu na wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie dostaw.

Z tych powodów Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów punktu 8. 1. 4 SWZ w następujący sposób:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku doświadczenia odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia:

Wymagane minimum dla Części nr 1:

jedna dostawa co najmniej 6 sztuk fabrycznie nowych autobusów z napędem elektrycznym lub spalinowo-elektrycznym, niskopodłogowych lub które posiadają niską podłogę bez stopni poprzecznych pomiędzy drzwiami

pierwszymi i drugimi oraz bezstopniowe wejście, wykonana w ramach jednego kontraktu”.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....