Sygn. akt: KIO 443/16

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: −

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 roku przez wykonawcę BYD Europa B.V., s-Gravelandsweg 256, 3125 BK Schledam w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, ul. J. Brożka 3, 30 – 347 Kraków

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ polegającą na:
a) dopuszczeniu składania ofert częściowych (tj. ofert na dostawę autobusów standardowych lub ofert na dostawę autobusów przegubowych)
b) wprowadzeniu możliwości dostarczenia autobusów o maksymalnej wysokości 3,36 m
c) opisaniu warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w ten sposób, aby wystarczającym było wykazanie przez wykonawców, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali dostawy co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych autobusów zasilanych energią elektryczną o długości co najmniej 9 metrów każdy;
d) dopuszczeniu dostarczenia wyniku testu SORT 2 opracowanego przez Internacional Association of Public Transport (UITP), przeprowadzonego przez uprawnioną, certyfikowaną jednostkę badawczą nie później niż na 2 tygodnie przed datą dostawy pierwszego autobusu, a wraz z ofertą – oświadczenia producenta autobusu o wysokości zużycia energii elektrycznej przez oferowany autobus.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

3. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, ul. J. Brożka 3, 30 – 347 Kraków i:
3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BYD Europa B.V., s-Gravelandsweg 256, 3125 BK Schledam tytułem wpisu od odwołania;
3.2 zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. w Krakowie, ul. J. Brożka 3, 30 – 347 Kraków na rzecz wykonawcy BYD Europa B.V., s-Gravelandsweg 256, 3125 BK Schledam, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: …….

…….

Sygn. akt KIO 443/16

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, ul. J. Brożka 3, 30 – 347 Kraków, dalej zwane także „Zamawiającym" prowadzi postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę 20 sztuk fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich zasilanych energią elektryczną dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. w Krakowie", Znak sprawy: FZ-281-154/15.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.03.2016 r. pod numerem 89660-2016-PL. Obecnie postepowanie znajduje się na etapie składania ofert przez wykonawców. Potencjalny wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w tym postepowaniu BYD Europa B.V., s-Gravelandsweg 256, 3125 BK Schledam, dalej zwany także „Odwołującym" w dniu 25 marca 2016 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na sformułowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ") z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający w sposób jednoznaczny uprzywilejował jednego z dostawców autobusów działających na rynku. Precyzując zarzuty wskazał na naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez:
- wprowadzenie wymogu dostarczenia łącznie 20 sztuk autobusów standardowych (tj. o długości +/- 12.000 mm) oraz przegubowych (tj. o długości +/- 18.000 mm), podczas gdy większość producentów, nie posiada w swojej ofercie obu rodzajów autobusów; a ponadto
- wprowadzenie wymogu dostarczenia autobusów o maksymalnej wysokości 3,3 m, podczas gdy większość producentów, w tym Odwołujący, nie posiada w swojej ofercie obu rodzajów autobusów o wskazanej maksymalnej wysokości; a ponadto
- wprowadzenie wymogu dostarczenia autobusów przegubowych czterodrzwiowych, podczas gdy większość producentów, w tym Odwołujący, nie posiada w swojej ofercie takich autobusów; a ponadto
- nie dopuszczenie składania ofert częściowych lub wariantowych pomimo tego, że dopuszczenie składania ofert częściowych lub wariantowych pozwoliłoby na zwiększenie konkurencyjności postępowania;
2. art. 22 ust. 4 i 5 Pzp, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, jak i sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w sposób nie związany z przedmiotem

zamówienia lub nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym prowadzący do wyeliminowania z postępowania wykonawców: nie spełniających postawionych warunków, lecz zdolnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia;
w szczególności poprzez:
- wprowadzenie do treści SIWZ wymogu, ażeby Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali dostawy co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych autobusów komunikacji miejskiej zasilanych energią elektryczną o długości co najmniej 9 metrów każdy - podczas gdy w ocenie Odwołującego wymóg ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zaś Wykonawca nie legitymujący się takim doświadczeniem daje rękojmię należytego wykonania zamówienia;
- wprowadzenie do treści SIWZ wymogu dostarczenia świadectwa homologacji typu WE oferowanego autobusu przegubowego zasilanego energią elektryczną wydanego przez uprawnioną jednostkę - wraz z ofertą podczas gdy w ocenie Odwołującego wystarczające byłoby dostarczenie takiego świadectwa homologacji przed przystąpieniem do realizacji zamówienia;
- wprowadzenie do treści SIWZ wymogu dostarczenia wyniku testu SORT 2 przez Internacional Association of Public Transport (UITP) i opracowanego przeprowadzonego przez uprawnioną jednostkę badawczą (certyfikowana jednostka) wraz z ofertą podczas gdy w ocenie Odwołującego, wystarczające byłoby dostarczenie tych

dokumentów przed przystąpieniem do realizacji zamówienia;
3. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, a ponadto opisanie warunków udziału w postępowaniu i sposobu spełnienia tych warunków w sposób naruszający uczciwą konkurencję, a ponadto prowadzący do nierównego traktowania wykonawców, w szczególności w sposób wskazany w pkt. 1 i 2 powyżej.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób omówiony w treści odwołania, tj. w szczególności poprzez:
- dopuszczenie składania ofert częściowych (tj. ofert na dostawę autobusów standardowych lub ofert na dostawę autobusów przegubowych); a ponadto
- dopuszczenie składania ofert wariantowych; a ponadto
- wprowadzenie wymogu dostarczenia autobusów o maksymalnej wysokości 3,4 m w przypadku autobusów standardowych (tj. o długości +/- 12.000 mm) oraz o maksymalnej wysokości 3,5 m w przypadku autobusów przegubowych (tj. o długości +/-18.000 mm); a ponadto
- dopuszczenie dostarczenia autobusów przegubowych trzydrzwiowych; a ponadto

- wprowadzenie do treści SIWZ wymogu, ażeby Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali dostawy co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych autobusów zasilanych energią elektryczną (lecz niekoniecznie *„autobusów komunikacji miejskiej")* o długości co najmniej 9 metrów każdy.
- dopuszczenie dostarczenia świadectwa homologacji typu WE oferowanego autobusu przegubowego zasilanego energią elektryczną wydanego przez uprawnioną jednostkę nie później niż na 2 tygodnie przed datą dostawy pierwszego autobusu (a nie wraz z ofertą);
- dopuszczenie dostarczenia wyniku testu SORT 2 opracowanego przez Internacional Association of Public Transport (UITP) i przeprowadzonego przez uprawnioną jednostkę badawczą (certyfikowana jednostka) nie później niż na 2 tygodnie przed datą dostawy pierwszego autobusu (a nie wraz z ofertą).

Ponadto wniósł o nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert w taki sposób, aby upływ ww. terminu nastąpił po upływie co najmniej 30 dni od daty wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego niniejsze postępowanie - zgodnie z art. 182 ust. 5 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu pierwszego Odwołujący podał, że z pkt. I „Opis przedmiotu zamówienia" ust. 2.1 oraz 2.2 SIWZ wnosić należy, że zakres zamówienia, którego dotyczy postępowanie obejmuje dostawę: 17 sztuk fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich zasilanych energią elektryczną spełniających wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 i załączniku nr 2 do SIWZ oraz 3 sztuk ww. autobusów przegubowych. Następnie z załącznika nr 1 do SIWZ wynika (wiersz XII Podstawowe parametry użytkowe), że autobusy standardowe winny posiadać długość 12.000 mm +/- 5%, a załącznik nr 2 do SIWZ stanowi, także w wierszu XII, że autobusy przegubowe powinny posiadać długość 18.000 mm +/- 4%. Ponadto z wiersza II pkt 8 załącznika 1 do SIWZ i załącznika 2 do SIWZ wynika jednakowo, że autobus standardowy oraz autobus przegubowy nie może być wyższy niż 3,3 metra od poziomu jezdni. Załącznik nr 1 do SIWZ stanowi także, iż autobus standardowy musi być autobusem trzydrzwiowym, a załącznika nr 2 do SIWZ - że autobus przegubowy może być wyłącznie autobusem czterodrzwiowym. Ponadto wskazał na postanowienie pkt. 9 „Opis sposobu składania oferty" ust. 1.4 i ust. 1.5 SIWZ, który stanowi, że *nie dopuszcza się składania ani ofert częściowych, ani wariantowych.* Mając powyższe na względzie podkreślił, że w skali Europy już sam tylko autobus elektryczny pozostaje produktem stosunkowo nowym, natomiast elektryczny autobus przegubowy, o którym mowa w pkt. I ust. 2.2 SIWZ stanowi produkt oferowany przez jedynie kilku producentów. Warunek dostarczenia łącznie z 17 autobusami standardowymi zaledwie 3 autobusów przegubowych dyskryminuje producentów, którzy produkują i sprzedają autobusy standardowe, nie posiadając jednocześnie w swojej ofercie autobusów przegubowych.

Podał, że Odwołujący posiada w swojej ofercie autobusy elektryczne standardowe o wysokości 3,36 m (o sześć centymetrów więcej niż wynosi akceptowalna wysokość maksymalna) oraz autobusy elektryczne przegubowe o wysokości 3,435 m (tj. o trzynaście i pół centymetra wyższe niż dopuszcza Zamawiający). Ponadto Odwołujący posiada zarówno autobusy 12-metrowe, jak i 18-metrowe, nie posiada jednak świadectwa homologacji na 18-metrowy autobus czterodrzwiowy, a jedynie na 18-metrowy autobus trzydrzwiowy oraz autobusy Odwołującego pozostają za wysokie (powyżej 3,3 m.) w stosunku do wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Natomiast spośród znanych Odwołującemu producentów autobusów jedynym producentem spełniającym postawione przez Zamawiającego wymagania, jest Solaris Bus&Coach, który posiada obydwa produkty będące przedmiotem zamówienia wraz z homologacją.

W kolejnym zarzucie, dotyczącym potrzeby wykazania się spełnieniem warunkiem udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia podał iż Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się, że *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy* - w *tym okresie, należycie wykonali dostawy co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych autobusów komunikacji miejskiej zasilanych energia elektryczna o długości co najmniej 9 metrów każdy.*

W ocenie Odwołującego powyższy warunek w sposób istotny ogranicza liczbę wykonawców mogących wziąć udział w Postępowaniu. Z uwagi na fakt, że dotychczas zrealizowana sprzedaż autobusów elektrycznych w skali Europy pozostaje na względnie niskim poziomie, wskazać należy, że liczba producentów, którzy należycie zrealizowali dostawy co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych miejskich autobusów elektrycznych, a co za tym idzie możliwość potencjalnego wzięcia udziału w Postępowaniu została ograniczona do jednego, ewentualnie dwóch podmiotów (w tym Solaris Bus&Coach).

Wskazał także, że w pkt. IX „Opis sposobu przygotowania oferty" ust. 3.3.6 SIWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawcy dostarczyli m.in. dokument potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w postaci świadectwa *homologacji typu WE oferowanego autobusu miejskiego przegubowego zasilanego energia elektryczna wydane przez uprawniona jednostkę.* Z kolei pkt. IX ust. 3.4.3 SIWZ zalicza w poczet dokumentów potwierdzających sposób i poziom spełnienia wymagań opisanych w pkt. XII.10 SIWZ *raport techniczny drogowego zużycia energii elektrycznej przez oferowany autobus miejski przegubowy zasilany energia elektryczna (wyrażony w kWh/100 kml wo testu SORT 2 opracowanego przez International Association of Public Transport (UłTP). wykonany przez niezależna, uprawniona jednostka badawcza do wykonania takiego testu (certyfikowana jednostkę).*

W związku z powyższym Odwołujący podkreślił, że proces pozyskiwania ww. świadectwa homologacji trwa szereg miesięcy, natomiast Zamawiający wymaga od wykonawców dostarczenia dokumentu w nieprzekraczalnym terminie do dnia 25.04.2016 r do godz. 11:00, pomimo że dostawa miejskich autobusów elektrycznych będzie w rzeczywistości realizowana dopiero w I kwartale 2017 roku. Tym samym uniemożliwienie wykonawcom przez Zamawiającego wylegitymowania się powyższym świadectwem homologacji w terminie późniejszym niż termin składania ofert, eliminuje z udziału w postępowaniu znaczną liczbę wykonawców, stanowiąc naruszenie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców przez Zamawiającego. Podobnie jego zdaniem, należy ocenić także żądanie Zamawiającego dotyczące dostarczenia do dnia 25.04.2016 r. do godz. 11:00 ww. raportu technicznego drogowego zużycia energii elektrycznej, przez oferowany autobus miejski standardowy zasilany energią elektryczną wg testu SORT 2. Natomiast według Odwołującego w rzeczywistości dla potrzeb Zamawiającego w pełni wystarczające byłoby dostarczenie przez wykonawcę ww. dokumentów w terminie bezpośrednio poprzedzającym zrealizowanie pierwszej dostawy w wykonaniu umowy o zamówienie publiczne.

Podniósł także, że taki opis przedmiotu zamówienia narusza zasady równego traktowania wykonawców, gdyż zawiera nazbyt dużo rygorystycznych wymagań, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający określił parametry techniczne w sposób

niezwykle rygorystyczny, nie uzasadniony obiektywnymi potrzebami, w praktyce ograniczając krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia do jednego podmiotu.

Konkludując powyższe stwierdził, że nie ma żadnego uzasadnienia o charakterze technicznym, funkcjonalnym czy jakimkolwiek innym, ażeby zarówno autobusy standardowe, jak i przegubowe miały być objęte jedną ofertą i pochodzić od tego samego producenta, aby autobusy miały wysokość nie przekraczającą 3,3 m, a autobusy przegubowe musiały być koniecznie i jedynie czterodrzwiowe. Dlatego też opis przedmiotu zamówienia, jak i opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu udokumentowania i oceny ich spełnienia został dokonany z naruszeniem szeregu przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, stwierdzając, że żaden z kwestionowanych postanowień SIWZ nie zasługuje na zmianę. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania wskazał na wstępie, że przedmiotowe postępowanie jest pierwszą częścią projektu zakupu dla Krakowa w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, 107 sztuk autobusów. Przedmiotowym postępowaniem objęto zakup 20 niskoemisyjnych,

niskopodłogowych autobusów elektrycznych, obejmujących 17 autobusów elektrycznych - standardowych oraz 3 autobusy elektryczne przegubowe.

W zakresie pierwszej grupy zarzutów stwierdził, że połączenie w jednym postępowaniu zamówienia na autobusy standardowe oraz przegubowe uzasadnione jest specyfiką tego przedmiotu zamówienia. Dla autobusów objętego tym postępowaniem, Zamawiający wymaga, aby autobusy były wykonane z wykorzystaniem najnowszych osiągnięć techniki i wiedzy warsztatowej zapewniającej bezawaryjną pracę przy minimalnym nakładzie robót utrzymania bieżącego. Ponadto, aby do produkcji zostały wykorzystane materiały sprawdzone i dopuszczone do stosowania w działalności gospodarczej.

W uzasadnieniu wskazał na szereg wymagań które winny spełniać zamawiane autobusy. Stwierdził, że każde z wymagań jest istotne dla Zamawiającego, a ich niespełnienie utrudnia lub uniemożliwia użytkowanie autobusów. Zdaniem Zamawiającego nie ma technicznych możliwości wykonania autobusów w podobnej kompletacji przez różnych producentów.

Uzasadniając brak możliwości podzielenia tego zamówienia na części wskazał w szczególności na mogące powstać trudności w utworzeniu systemu zasilania autobusów, ponieważ przewidziane są ładowarki małej mocy (20 szt.), które mają być wszystkie jednakowe dla autobusów standardowych i wielkopojemnych. Ładowarka działa w ten sposób, że jest podłączana do napięcia 400 V i na wyjściu ma wtyczkę dedykowaną do gniazda w autobusie. Podział zamówienia na części spowoduje wprowadzenie różnych gniazd i wtyczek oraz różne napięcie wyjściowe z ładowarki. Stanowiska małej mocy muszą być zamiennie stosowane dla autobusów krótkich i długich. Podział zamówienia mógłby spowodować dostarczenie innych ładowarek do 17 autobusów i innych ładowarek do 3 autobusów przegubowych. Utrudniłoby to wykorzystywanie tych samych stanowisk dla wszystkich autobusów. Brak kompatybilności spowoduje brak możliwości naładowania autobusów. Komunikacja (interfejs) pomiędzy ładowarką a autobusem byłaby inna, co może uniemożliwiać naładowanie autobusu. Ten sam rodzaj ładowarek umożliwi sekwencyjne ładowanie autobusów, czyli jeden zjeżdża i się ładuje, kończy i można ładować następny autobus. Ponadto dodał, że nie w tym lecz w odrębnym postepowaniu planuje zakup systemu ładowania autobusów elektrycznych.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego postanowienia SIWZ iż wysokość obu rodzajów zamawianych autobusów nie może być wyższa niż 3,3 m podał, że ograniczenie wysokości autobusów wynika z ograniczeń przejazdów infrastruktury miejskiej, co powoduje, że tylko autobusy nieprzekraczające określonej wysokości można wykorzystywać do obsługi komunikacyjnej na jak największym obszarze aglomeracji krakowskiej. Stwierdził, że postępowania przetargowe prowadzone przez Zamawiającego od dziesięciu lat posiadają zapis ograniczający wysokość autobusów do 3,3 metra.

W kolejnym zarzucie Odwołujący domagał się zmiany wymagania SIWZ aby znieść obowiązek wyposażenia autobusów przegubowych w czworo drzwi. W tym zakresie podał,

że Zamawiający wykonuje przewozy w komunikacji miejskiej na podstawie umowy zawartej z Gminą Miejską Kraków - „Świadczenie autobusowych usług przewozowych w publicznym transporcie zbiorowym w ramach systemu Komunikacji Miejskiej w Krakowie". Umowa ta w załączniku nr 3 , przewiduje w zakresie świadczenia usług autobusy wielkopojemne o liczbie drzwi równej „cztery". Umowa ta jest dokumentem warunkującym i wyznaczającym ramy świadczenia podstawowej działalności Zmawiającego i realizację celu, dla jakiego spółka MPK S.A. w Krakowie została powołana.

Odnosząc się do żądania dopuszczenia w postepowaniu składania ofert wariantowych Zamawiający zauważył, iż zarzut braku dopuszczenia ofert wariantowych nie został przez Odwołującego w żaden sposób sprecyzowany, co uniemożliwia odniesienie się do niego w jakikolwiek merytoryczny sposób. Zgodnie z art. 2 pkt 7) Pzp. przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Odwołujący nie wskazał jakie miałyby to być warunki. Nie uprawdopodobnił również w jaki sposób brak dopuszczenia ofert wariantowych ogranicza konkurencję.

W kolejnym zarzucie Odwołujący oczekiwał zmiany treści postanowienia SIWZ dotyczącego warunku udziału w postepowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy wykazali się dostawą co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych autobusów komunikacji miejskiej zasilanych energią elektryczną o długości co najmniej 9 metrów. Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający podał, że zarzut ten w istocie dotyczy występującego w tym wymogu wykazania się dostawami autobusów miejskich, podczas, gdy w ocenie Odwołującego się wystarczające jest wykazanie doświadczenia w zakresie dostaw autobusów również innych niż miejskie. Z zarzutem tym nie można się zgodzić, ponieważ autobusy komunikacji miejskiej są produktem specyficznym wyposażonym w komponenty typowe tylko do autobusów komunikacji miejskiej i tylko doświadczenie w dostawach autobusów komunikacji miejskiej, a nie jakikolwiek innych, gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

W dwóch ostatnich zarzutach Odwołujący podnosił aby dokonać zmiany wymagania SIWZ by wykonawcy mieli obowiązek dostarczenia świadectwa homologacji typu WE oferowanego autobusu przegubowego, zasilanego energia elektryczną, wydanego przez uprawnioną jednostkę nie wraz z ofertą, a przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego tylko dostarczenie świadectwa homologacji w połączeniu z postawionymi wymaganiami dla tych autobusów gwarantuje, że przedmiotowy autobus

zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami SIWZ, oraz że uzyska przedmiotowy dokument przed terminem dostawy (przykład Solbus-a). Niezrealizowanie dostawy w terminie skutkuje wstrzymaniem dla Zamawiającego dofinansowania z UE dla wszystkich autobusów objętych projektem. Nadto podniósł, że Odwołujący nie zakwestionował szeregu innych postanowień SIWZ w sposób nierozerwalny związany z wymogiem homologacji co czyni, że nawet uwzględnienie tego zarzutu nie będzie miało wpływu na możliwość złożenia prawidłowej oferty. Wskazał nadto iż Zamawiający określił, że przyznaje punkty za posiadanie dokumentu homologacji dotyczącej palności materiałów konstrukcyjnych wewnątrz konstrukcji oferowanego autobusu, uzyskanej zgodnie z warunkami określonymi w Dyrektywie 95/28/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. (Dz. Urz. WE L 281 z 23.11.1995 r.) dotyczącej palności materiałów konstrukcyjnych używanych w niektórych kategoriach pojazdów silnikowych. Uzyskanie homologacji dotyczącej palności materiałów konstrukcyjnych jest możliwe tylko dla pojazdów posiadających homologację typu WE, poprzez zrobienie dodatkowych badań określonych w dyrektywie.

Podobnie sformułowane zostało żądanie dotyczące dostarczenia wyniku testu SORT2 nie wraz z oferta, ale nie później niż na 2 tygodnie przed data dostawy. Zamawiający podał iż wprowadził zużycie energii jako kryterium oceny oferty. Wielkość zużycia energii ma być określona wg ustalonych procedur zapewniających porównywalność ofert. Aby było możliwe dokonanie oceny, Zamawiający musi posiadać wiarygodne informacje. Takie informacje zawiera żądany dokument.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi

zamawiającego na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący jako potencjalny wykonawca spełnia przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1Pzp. W odwołaniu od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty- zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Na tym etapie wystarczające jest

wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia, a interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Odwołujący odnosząc się do treści podniesionych zarzutów wskazał, że podstawowym zarzutem, który uniemożliwia mu dostęp do przedmiotowego postepowania jest zarzut odnoszący się do braku możliwości składania ofert częściowych i ofert wariantowych. Co do możliwości złożenia oferty wariantowej, to Izba za Zamawiającym wskazuje, że brak było możliwości nie tylko uwzględnienia tego zarzutu, ale *de facto* brak było możliwości jego merytorycznej analizy i oceny. Odwołujący poza przywołaniem takiego zarzutu, zarówno w uzasadnieniu odwołania jak i na rozprawie nie przedstawił na czym miałaby polegać możliwość złożenia oferty wariantowej. Takie postępowanie Odwołującego uniemożliwiało rozpatrzenie tego zarzutu. Tym samym w zakresie dopuszczenia możliwości złożenia oferty wariantowej zarzut ten, jako nieudowodniony został przez Izbę oddalony.

Odnosząc się do braku możliwości złożenia ofert częściowych tj. takich które pozwalałyby na złożenie ofert osobn0 na dostawę 17 autobusów standardowych i osobno na 3 autobusy przegubowe, Odwołujący zwracał uwagę w szczególności na ograniczenie konkurencji i opisanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie w sposób wskazujący na jednego producenta, tj. Solaris Bus&Coach.

Izba powyższy zarzut uznała za zasadny. Na wstępie oceny tego zarzutu wskazać należy, że Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp), a w szczególności prowadzić do faworyzowania jednego wykonawcy. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. Dlatego też zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający w szczególności zachowanie zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wszczynając postepowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postepowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (lub ściśle ograniczony krąg) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są w stanie – dają rękojmię, należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający argumentując brak podstaw do podziału zamówienia na części w zakresie ww. wskazał, że tylko połączenie dostawy tych dwóch autobusów przez jednego producenta umożliwi mu uzyskanie produktu o określonej jakości i cenie, w sposób znaczący ograniczy koszty ich eksploatacji i serwisu, a także umożliwi stworzenie jednolitego systemu ich

ładowania.

Nawiązując do powyższego i treści zarzutu wskazać należy, że Odwołujący złożył dowód prywatny w postaci wykazu 16 producentów tego rodzajów autobusów, wraz z informacją o możliwości spełniania przez poszczególnych producentów warunków udziału w postępowaniu oraz zaoferowaniu autobusów zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego. Dane z tego wykazu nie zostały zakwestionowane przez Zamawiającego. Z przedmiotowego wykazu wynika, że obecnie jest znanych 16 – 17(Skoda) producentów autobusów elektrycznych. Z powyższej ilości wykonawców 12 produkuje autobusy standardowe -12 m., a 4 produkuje autobusy przegubowe -18 metrowe.

Jednakże oceniając łącznie stawiane przez Zamawiającego wymagania np. co do wymogu ilości drzwi w autobusach przegubowych, posiadanie homologacji na obydwa rodzaje autobusów, wykazaniem się dostawą co najmniej 15 szt. autobusów miejskich, a w szczególności wysokością tych autobusów max 3,3 m, stwierdzić należy, że tylko wykonawca Solaris Bus&Coach spełnia tak postawione wymagania. Tak więc tylko ten wykonawca mógłby złożyć ofertę w tym postepowaniu.

Izba uwzględniając ten zarzut miała w szczególności na uwadze fakt, że przez taki opis przedmiotu zamówienia Zamawiający w sposób niezasadny ograniczył możliwość złożenia oferty, tylko do jednego wykonawcy. Nadto Izba nie uznała za zasadnego stanowiska Zamawiającego iż zapewnienie dostawy obu rodzajów autobusów umożliwi uzyskanie niższej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Poza sporem i wiedzą wynikającą z zachowań rynku jest fakt, że tylko zapewnienie rzeczywistej konkurencji między podmiotami ubiegającymi się o uzyskanie danego zamówienia daje rękojmie, iż Zamawiający uzyska przedmiot zamówienia o dobrej jakości i za konkurencyjna cenę. Ponadto za stanowiskiem KIO zawartym w Uchwale z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO/KD 14/12 stwierdzić należy, że *jeśli opis przedmiotu zamówienia publicznego może choćby tylko potencjalnie utrudniać uczciwą konkurencję, to jest on sprzeczny z prawem zamówień publicznych.* Zamawiający uzasadniając potrzebę udzielenia zamówienia w przedmiotowym zakresie jednemu producentowi wskazywał na szereg argumentów tj, że będą identyczne pod względem kompletacji, mają możliwość ładowania energii elektrycznej na tych samych stanowiskach, będzie możliwość urządzenia dla obu rodzajów jednego serwisu, itd. Jeśli część z tej argumentacji można by uznać za zasadną potrzebami Zamawiającego, to jednak znacznej jej części, trudno nadać przymiot cech mających funkcjonalno- użytkowe znaczenie. Wskazać można chociażby na taką argumentację, że; posiadają nadwozia z taką

samą stylizacją i kolorystyką zewnętrzną i wewnętrzną, a różna stylizacja nadwozi pozostaje w sprzeczności z oczekiwaniami społecznymi mieszkańców Krakowa, mają taką samą szerokość autobusów przegubowych i standardowych, zawierają identyczne wyposażenie i organizację stanowiska kierowcy, itd. Przyjęcie takich argumentów jako uzasadniających ograniczenie konkurencji do jednego wykonawcy i mających ważkie znaczenie użytkowe nabywanych autobusów, zdaniem Izby byłoby niezasadne. Ponadto nieprzekonywujące dla Izby było stanowisko Zamawiającego iż tylko zakup obu typów autobusów od jednego producenta ograniczy Zamawiającemu koszty związane z przygotowaniem stanowisk ładowania akumulatorów autobusów. Niewątpliwym jest, co stwierdził sam Zamawiający, że dopiero zamierza on w osobnym postępowaniu dokonać zakupu systemu ładowania autobusów elektrycznych. W takim postępowaniu, przy odpowiednim opisie przedmiotu zamówienia można doprowadzić do unifikacji wtyczek i gniazd zasilania obu typów autobusów. Ewentualny ich dodatkowy koszt wydaje się znikomy w porównaniu z możliwą do uzyskania niższą ceną zakupu autobusów, jeśli nastąpi to w drodze konkurowania wykonawców (12 - na autobusy 12 m i 4 - na autobusy przegubowe), a nie udzielenia zamówienia z góry wiadomemu producentowi.

Dlatego też Izba uznała zasadność żądania dopuszczenia składania ofert częściowych tylko na jeden typ autobusów, czyli na autobusy standardowe lub przegubowe, równocześnie nie wykluczając możliwość złożenia jednej oferty na oba typy autobusów.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wnosił o dopuszczenie możliwości oferowania autobusów wyższych niż 3,3 m. W uzasadnieniu podkreślał, że Zamawiający od wielu miesięcy testuje w komunikacji miejskiej na terenie Krakowa autobusy elektryczne 6 producentów. Każdy z tych autobusów (prócz Autobusu Solari Bus) jest wyższy niż 3,3 m i autobusy te bez problemu wykonują przewozy pasażerów na terenie całego Krakowa.

Dlatego też Odwołujący wnosił o złagodzenie wymagania w tym zakresie i dopuszczenia możliwości zaoferowania autobusów 12 metrowych o wysokości do 3,4 m i autobusów przegubowych o wysokości do 3,435m.
Natomiast Zamawiający stał na stanowisku iż wymóg ograniczenia wysokości autobusów do 3,3 m wynika z ograniczeń przejazdów pod infrastrukturą miejską Krakowa, a ponadto stwierdził, że dotychczas w prowadzonych postepowaniach przetargowych zawsze był umieszczany zapis ograniczający wysokość autobusów do 3,3 metra.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba uznała podnoszony zarzut za częściowo zasadny. Otóż Odwołujący wykazał - czego nie kwestionował Zamawiający, iż pod najniższym wiaduktem w Krakowie, który znajduje się w ciągu ulicy Prądnickiej bez problemów poruszają się autobusy Odwołującego mające wysokość 3,36 m. Niezależnie od pewnych obostrzeń co do szybkości przejazdu pod ww. wiaduktem to ruch tymi autobusami elektrycznymi na tym odcinku, odbywa się bez przeszkód.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za zasadne dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości złożenia oferty na autobusy elektryczne posiadające wysokość do 3,36m. Natomiast żądanie, dalszego zwiększenia dopuszczalnej wysokości autobusów, do wysokości wskazanej w żądaniach, jako nieudowodnione Izba oddaliła. W szczególności niezasadnym było żądanie dopuszczenia zaoferowania autobusów 12 metrowych o wysokości do 3,4 metra w sytuacji, kiedy Odwołujący dysponuje autobusami o niższej wysokości.

Izba oddaliła zarzut dotyczący nakazania Zamawiającemu wprowadzenia zamiast wymogu dostarczenia autobusów przegubowych czterodrzwiowych, autobusów przegubowych trzydrzwiowych, ponieważ Odwołujący nie posiada w swojej ofercie takich autobusów.

Zamawiający w sposób niewątpliwy wykazał, że wykonuje przewozy pasażerów w komunikacji miejskiej na podstawie umowy zawartej z Gminą Miejską Kraków - „Świadczenie autobusowych usług przewozowych w publicznym transporcie zbiorowym w ramach systemu Komunikacji Miejskiej w Krakowie". Umowa ta w załączniku nr 3 , przewiduje w zakresie świadczenia usług autobusy wielkopojemne o liczbie drzwi równej „cztery". Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie mógłby świadczyć przedmiotowych usług za pomocą autobusów przegubowych posiadającym mniej niż czworo drzwi. Ponadto stwierdzić należy, że taki wymóg Zamawiającego posiada także uzasadnienie praktyczne, zwiększający możliwości szybszej wymiany pasażerów na przystankach, jak również umożliwia szybszą ewakuację pasażerów w przypadku różnych zagrożeń, czy też zdarzeń drogowych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postepowaniu Zamawiający postawił wymaganie, aby wykonawca dla wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazał się dostawą *co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych autobusów komunikacji miejskiej zasilanych energią elektryczną o długości co najmniej 9 metrów każdy.* Odwołujący uzasadniając zarzut wskazywał, że nie ma uzasadnienia, aby dla wykonania tego zamówienia trzeba legitymować się tylko dostawą autobusów dla komunikacji miejskiej, gdyż wystarczającym byłoby wykazaniem się dostawą tego typu autobusów. Ponadto dodał, że nie ma przeszkód, aby Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, jakie wyposażenie i funkcje takie autobusy winny posiadać i spełniać.

Izba odnosząc się do tego zarzutu stwierdziła jego zasadność. Podać należy, że przedstawiony warunek dotyczy „dostawy autobusu elektrycznego" i to o parametrach nie zamawianych w tym postepowaniu, gdyż możliwe było wykazanie się dostawą autobusów o długości 9 metrów. Z powyższego należy wywieść, że Zamawiający oczekuje iż wykonawca posiada doświadczenie w dostawach autobusów elektrycznych. Warunek ten nie jest w żaden sposób w treści powiązany z wcześniejszym wyprodukowaniem dostarczanych

autobusów, ani z innymi dodatkowymi wymaganiami. Dlatego też Izba uznała, że nie ma różnicy w nabywaniu doświadczenia w dostawie autobusów elektrycznych, ze względu na rodzaj ich przeznaczenia.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wnosił o wykreślenie wymogu dostarczenia

świadectwa homologacji typu WE oferowanego autobusu przegubowego zasilanego energia elektryczną wydanego przez uprawnioną jednostkę wraz z ofertą, podczas gdy w ocenie Odwołującego wystarczające byłoby dostarczenie takiego świadectwa homologacji przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny. Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, że żądanie, aby świadectwo homologacji było dostarczone przed przystąpieniem do realizacji zamówienia nie gwarantuje, że przedmiotowy autobus zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami SIWZ, oraz że uzyska przedmiotowy dokument przed terminem ich dostawy do Zamawiającego, a po podpisaniu umowy. Niezrealizowanie dostawy w terminie skutkowałoby wstrzymaniem dla Zamawiającego dofinansowania z UE dla tego projektu. Ponadto jest to uzasadnione ze względu na przyjcie do kryterium oceny ofert parametru palności materiałów konstrukcyjnych wewnątrz konstrukcji oferowanego autobusu, a to można ocenić w oparciu o dokument homologacji.

Z tym zarzutem co do żądania zbieżny był kolejny zarzut odwołania zmierzający do zmiany treści SIWZ w zakresie wymogu dostarczenia wraz z ofertą wyniku testu SORT 2 opracowanego przez Association of Public Transport (UITP) i przeprowadzonego przez uprawnioną jednostkę badawczą. Odwołujący żądał zmiany w kierunku umożliwienia złożenia tego dokumentu przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. Izba uznała powyższy zarzut za zasadny, brak jest podstaw do tak rygorystycznego oczekiwania spełnienia tego wymogu w sytuacji, kiedy nie dotyczy to możliwości dopuszczenia pojazdu do ruchu, ale wskazuje na koszty jego eksploatacji. Nie ma przeciwskazań, aby Zamawiający – jak to czynił w dotychczasowych postępowaniach nie mógł akceptować na etapie składania ofert, oświadczenia producenta autobusu o wysokości zużycia energii elektrycznej przez oferowany autobus. Nie ulega wątpliwości iż dane z tego oświadczenia winny znaleźć odzwierciedlenie w przedłożonym teście SORT 2, co Zamawiający może w SIWZ obwarować sankcją.

Izba, odnosząc się ponadto do żądania Odwołującego dotyczącego nakazania Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert w taki sposób, aby upływ ww. terminu nastąpił po upływie co najmniej 30 dni od daty wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia podkreśla, że brak było w tym zakresie zarzutu uzasadniającego potrzebę przedłużenia terminu składania ofert. Jednakże wskazuje, że w związku z faktem iż w wykonaniu wyroku Izby, następuje rozszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców, którzy w związku z nakazanymi zmianami SIWZ będą mogli wziąć udział w tym postepowaniu, to tym

samym Zamawiający winien w zmianach SIWZ, dostosować termin składania ofert do obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy Pzp.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest rzeczą Izby w ramach postępowania odwoławczego obejmującego zarzuty wobec treści postanowień SIWZ, analiza dostępnych na rynku produktów, ich cech i właściwości, lecz ocena czy Zamawiający prawidłowo, mając na względzie zasadę konkurencyjności, dokonał opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postpowaniu.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp postępowanie przed Izbą ma charakter całkowicie kontradyktoryjny, dlatego też strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Natomiast ciężar udowodnienia faktów podnoszonych przez strony, wynikający z art. 6 kodeksu cywilnego, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: *Lex* nr 487510).

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7; 191 ust. 2 oraz 192 ust.1,2,3 pkt 1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust.

9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a)i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……

Członkowie: …….

…….