

WYROK

z dnia 14 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2016 r. **przez odwołującego:** konsorcjum 1) 2G Bus and Coach sp. z o.o. ul. Jana Karola Chodkiewicza 60; 65-667 Bydgoszcz; 2) Blue Line sp. z o.o. ul. Heroldów 5A; 01-991 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. ul. Włociańska 52; 01-710 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) URSUS S.A. ul. Frazerów 7, 20-209 Lublin 2) AMZ-Kutno S.A. ul. Skłęczkowska 18; 99-300 Kutno 3) URSUS-BUS S.A., ul. Frazerów 7, 20-209 Lublin zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego.**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża konsorcjum 1) 2G Bus and Coach sp. z o.o. ul. Jana Karola Chodkiewicza 60; 65-667 Bydgoszcz; 2) Blue Line sp. z o.o. ul. Heroldów 5A; 01-991 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum 1) 2G

1

Sygn. Akt KIO 1837/16

- Bus and Coach sp. z o.o. ul. Jana Karola Chodkiewicza 60; 65-667 Bydgoszcz; 2) Blue Line sp. z o.o. ul. Heroldów 5A; 01-991 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od konsorcjum 1) 2G Bus and Coach sp. z o.o. ul. Jana Karola Chodkiewicza 60; 65-667 Bydgoszcz; 2) Blue Line sp. z o.o. ul. Heroldów 5A; 01-991 Warszawa kwotę 3.600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero) na rzecz Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. ul. Włociańska 52; 01-710 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. Akt KIO 1837/16

Uzasadnienie

Wykonawca/odwołujący wniósł odwołanie na czynności zamawiającego, w wyniku których wykluczono wykonawcę z postępowania, jako nie posiadającego wymaganego specyfikacją

istotnych warunków zamówienia (SIWZ) doświadczenia zawodowego.

W związku z tym oferta odwołującego nie brała udziału w wyborze najkorzystniejszej oferty, z powodu wykluczenia wykonawcy z postępowania i wybrano inną ofertę jako najkorzystniejszą to jest ofertę przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego. Według odwołującego naruszone zostały następujące przepisy ustawy p.z.p.: art.24 ust.2 pkt 4 i art.7 ust.1 wskazujące na podstawy wykluczenia z postępowania jak i na zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na interes w uzyskaniu danego zamówienia, przywołując art.179 ust.1 ustawy p.z.p., ponieważ przy obowiązujących kryteriach oceny ofert, jego oferta powinna być wybrana jako najkorzystniejsza co zapewniłoby jemu korzyści płynące z wykonania zamówienia, których nie uzyska w związku z wykluczeniem z postępowania.

W dniu 21 września 2016 roku zamawiający powiadomił odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego.

Odwołujący oczekuje uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazania ponownego badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący uzasadniając swoje odwołanie wskazał na postanowienia ustalające warunki udziału w postępowaniu ujęte w Rozdz. V. 1.2 SIWZ zgodnie z którymi zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy „w okresie 3 lat przed upływem terminu składania oferty o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali zamówienia polegające na dostawie lub dostawach autobusów miejskich elektrycznych i/lub trolejbusów, o łącznej wartości co najmniej 15.000.000,00 zł (piętnaście milionów złotych) netto”.

Również przywołał pismo zamawiającego z dnia 05.07.2016r. gdzie opublikował pytanie nr 37 o treści:

„Czy Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu wykonawcę, który wykazując się doświadczeniem, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował dostawę lub dostawy autobusów miejskich z napędem elektrycznym, o łącznej wartości, co najmniej 15.000.000 zł (piętnaście milionów złotych) netto”, oraz odpowiedź o treści następującej:

3

Sygn. Akt KIO 1837/16

Tak, Zamawiający dopuści takiego wykonawcę. Opisany w pytaniu sposób wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Rozdziale 5 pkt 1.2 SIWZ."

Przedstawione warunki udziału jak i udzieloną odpowiedź odwołujący traktuje jako wyjaśnienie, które powoduje dopuszczenie nie tylko autobusów dosłownie elektrycznych ale również autobusów z napędem elektrycznym i taki autobus odwołujący wykazał w doświadczeniu zawodowym.

Odwołujący zaistniałą sytuację, w związku z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią nr 37 w odwołaniu skwitował następująco: „Należy zatem zauważyć, iż w pytaniu powyższym wykonawca wyraźnie odniósł się do możliwości wykazania się wiedzą i doświadczeniem w dostawie autobusów z napędem elektrycznym, a nie autobusów stricte elektrycznych.

Zamawiający prawdopodobnie traktuje te terminy jako równoważne, ponieważ zarówno w informacji o wykluczeniu Odwołującego jak i w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zawarte jest sformułowanie: „Autobus elektryczny (autobus z napędem elektrycznym), który zgodnie z treścią SIWZ jest przedmiotem niniejszego zamówienia, ma być wyposażony w elektryczny silnik trakcyjny zasilany z akumulatorów trakcyjnych zabudowanych w autobusie, ładowanych z zewnętrznego źródła prądu (ładowarki) poprzez przyłącze plug-in lub poprzez zamontowane w autobusie urządzenie pantografowe.””.

Ponadto odwołujący podnosi, że zamawiający w swym stanowisku o wykluczeniu z postępowania ewidentnie utożsamia wymagane doświadczenie zawodowe z opisem przedmiotu zamówienia to jest z autobusami miejskimi elektrycznymi. Takie stanowisko jest nieprawidłowe, ponieważ czym innym jest autobus z napędem elektrycznym a czym innym

jest autobus elektryczny. Decydujące w sprawie ma znaczenie udzielona odpowiedź nr 37, którą to zamawiający dopuścił w doświadczeniu zawodowym autobusy również z napędem elektrycznym. Takie też doświadczenie wykazuje odwołujący w złożonej ofercie zarówno opisując je w Wykazie wykonanych usług jak i w referencji wystawionej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji w Częstochowie.

Odwołujący również upatruje swoje racje w tym, że dostarczone autobusy do MPK w Częstochowie są autobusami hybrydami szeregowymi (Solbus SM12HL), które należy odróżnić od hybryd równoległych. W pojeździe autobusowym hybrydowym pracującym równolegle, silnik spalinowy jest połączony mechanicznie z kołami. Dodatkowy silnik elektryczny tylko wspomaga silnik spalinowy w trakcie przyspieszania oraz odzyskuje energię elektryczną podczas hamowania. Z kolei w układzie szeregowym energia wytwarzana przez silnik spalinowy jest w całości przetwarzana na energię elektryczną

4

Sygn. Akt KIO 1837/16

wykorzystywaną do napędzania silnika elektrycznego, który stanowi napęd trakcyjny pojazdu. Zatem w przypadku hybrydy szeregowej energia mechaniczna wytwarzana przez silnik spalinowy nie służy do napędzania pojazdu jak to ma miejsce w przypadku hybrydy równoległej. W związku z tym napęd w autobusach wskazanych w wykazie dostaw ma wyłącznie charakter elektryczny, zaś silnik spalinowy służy jedynie do wytwarzania energii dostarczanej do silnika trakcyjnego po przetworzeniu i w żadnym razie nie napędza pojazdu, bowiem nie jest połączony mechanicznie z kołami. Tak więc z powyższych różnic w zależności od hybrydy czy to szeregowej czy to równoległej odwołujący upatruje spełnienie bądź nie spełnienie warunku doświadczenia w zakresie dostawy autobusów o napędzie elektrycznym. Zdaniem odwołującego pojęcie autobus o napędzie elektrycznym jest pojęciem szerszym niż autobus elektryczny i obejmuje również autobusy hybrydy o napędzie elektrycznym to jest hybrydy wyposażone w silnik spalinowy i elektryczny ale w układzie szeregowym a nie równoległym. Odwołujący wykazał dostawę do MPK w Częstochowie autobusów hybrydowych w układzie szeregowym a nie równoległym, dzięki czemu spełnia warunki udziału w postępowaniu, sprecyzowane przez zamawiającego w odpowiedzi nr 37 do pojęcia autobusy o napędzie elektrycznym. Tym bardziej jest odpowiednia powyżej opisana sytuacja (hybryda w układzie szeregowym) w zakresie doświadczenia zawodowego, skoro zamawiający dopuścił w doświadczeniu również dostawę trolejbusów, które są kategorią odmienną od autobusów.

Odwołujący kwitując postawiony zarzut stwierdza, że stanowisko wyrażone przez zamawiającego w piśmie z dnia 29.08.2016 roku stanowiącym wezwanie do złożenia wyjaśnień jest nieprawidłowe i nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach pzp. Nieprawidłowość i niezgodność z przepisami ustawy pzp odwołujący precyzuje do utożsamiania wymogu doświadczenia z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdza, że gdyby iść dalej tropem rozumowania zamawiającego to wykonawca wybrany a przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego, również nie spełnia warunku udziału bowiem doświadczenie zawodowe wykonawcy wybranego dotyczy trolejbusów, to jest pojazdów całkowicie innego typu, niż autobusy stanowiące przedmiot zamówienia. Odwołujący przywołuje na poparcie swoich racji narosłe orzecznictwo. Po pierwsze wskazał na obowiązującą zasadę proporcjonalności wymagań do przedmiotu zamówienia, która nie ogranicza dostępu do zamówienia a zapewnia zamawiającemu wykonanie zamówienia. Po drugie, że zamawiający nie może domagać się w zakresie doświadczenia wykonania tożsamego zadania a jedynie zbliżonego zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia. Poza tym odwołujący wskazuje, że wynika z nich zakaz interpretacji warunku, który może prowadzić do

5

Sygn. Akt KIO 1837/16

zawężenia grona wykonawców, o ile to nie wynika bezpośrednio z treści postawionego warunku. Chodzi głównie o zdolność do wykonania zamówienia. Warunki muszą być

określone jednoznacznie i rozumiane literalnie zgodnie z dosłowną treścią. Nie mogą być dowolnie interpretowane na etapie rozpatrywania wniosków ani przez zamawiającego, ani przez wykonawców. Nie ma racji w stwierdzeniu, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie warunku posiadania uprawnień może zastępować, czy doprecyzowywać opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie dostawy autobusów objętych wykazem, nie będzie zdolny do wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia.

Reasumując argumentację zawartą w odwołaniu wykonawca stwierdza, że zamawiający ocenił jego wiedzę i doświadczenie nie w oparciu o warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do wiedzy i doświadczenia, ale w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, co jak wykazywał w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Z kolei zamawiający pismem z dnia 13 października 2016 roku wnosząc odpowiedź na odwołanie wniosł o jego oddalenie w całości oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma jak i o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko przywołał wykaz wykonanych usług znajdujący się w ofercie odwołującego oraz wystawioną referencję. Wykaz obejmuje dostawę autobusów na rzecz zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Częstochowie, których dostawę zrealizowała spółka Lider Trading sp. z o.o. i której to spółce zamawiający ten wystawił referencje, w których stwierdza się należyte wykonanie dostawy. Przy czym w załączniku nr 28 do oferty odwołującego znajduje się umowa dzierżawy przedsiębiorstwa Lider Trading sp. z o.o. przez odwołującego, na podstawie, której odwołujący ma prawo powoływać się na doświadczenie dzierżawionej spółki. Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2016 roku w związku z powyższymi wątpliwościami, co do zgodności wykazanego doświadczenia z wymaganiami SIWZ w zakresie doświadczenia i wiedzy wezwał odwołującego do złożenia w tym zakresie wyjaśnień oraz przedstawienia dokumentów uzupełniających potwierdzających spełnienie wymagań SIWZ. Odwołujący na wezwanie zamawiającego przedłożył wyjaśnienia z przywołaniem odpowiedzi na pytanie nr 37, zgodnie z którą według odwołującego jego doświadczenie jest właściwe, ponieważ przedstawił wykonaną dostawę autobusów hybrydowych o układzie szeregowym. Odwołujący wraz z wyjaśnieniami przedstawił ten sam wykaz dostaw i referencji, które to dokumenty załączył

6

Sygn. Akt KIO 1837/16

już do oferty, ponieważ w jego ocenie stanowią potwierdzenie wymaganego doświadczenia i wiedzy zgodnie z SIWZ jak i odpowiedzią nr 37 udzieloną przez zamawiającego. Z kolei zamawiający w związku z tak udzielonymi wyjaśnieniami i nie uzupełnieniem dokumentów postanowił o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy p.z.p. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie przywołał postanowienia SIWZ jak i udzieloną odpowiedź nr 37 przez zamawiającego. Odnosząc się do udzielonego wyjaśnienia przywołał art.38 ust.4 ustawy p.z. zgodnie z którym zamawiający w uzasadnionych przypadkach może przed terminem składania ofert zmienić postanowienia SIWZ. Zamawiający na tę okoliczność przywołuje uzasadnienie wyroków KIO w innej sprawie, gdzie stwierdza się, że taka zmiana SIWZ powoduje zastąpienie dotychczasowych treści innymi treściami poprzez zastąpienie pewnej informacji inną, wykreślenie informacji, czy dodanie informacji nie znajdującej się w pierwotnej wersji SIWZ. Z treści przywołanych orzeczeń KIO wynika, że co do zasady „odpowiedź udzielona przez zamawiającego na pytanie wykonawcy nie stanowi - co do zasady- zmiany SIWZ, a jedynie wyjaśnienie istniejącej treści specyfikacji (art.38 ust.1 PZP)”. Według zamawiającego dokonał on oceny przedstawionego wykazu dostaw jak i referencji w ofercie odwołującego stosując literalną interpretację postanowień SIWZ jak i udzielonej odpowiedzi nr 37, które wymagają doświadczenia w zakresie dostaw miejskiego autobusu elektrycznego. Zamawiający też stwierdza nieprawdziwe informacje w odwołaniu powtarzane w nim kilkakrotnie jakoby doświadczenie zawodowe i wiedza miały być potwierdzone nie przez miejski autobus elektryczny, ale przez autobus o napędzie elektrycznym. Zamawiający z kolei wyjaśnia, że aby autobus mógł być uznany

za autobus elektryczny to musi spełniać następujące parametry to jest „musi być wyposażony w elektryczny silnik trakcyjny zasilany z akumulatorów trakcyjnych zabudowanych w autobusie, ładowanych z zewnętrznego źródła prądu (ładowarki) poprzez przyłącze plug-in, poprzez zamontowane w autobusie urządzenia pantografowe lub urządzenia dostarczające prąd bezstykowo, na zasadzie pola indukcyjnego. Jedynym źródłem energii elektrycznej poruszającej autobus są akumulatory trakcyjne,

Dalej magazynujące energię

elektryczną dostarczaną z zewnętrznego źródła prądu”.

zamawiający przywołuje właściwe dla zamówienia kody CPV, które w jego ocenie przesądzą o przedmiocie zamówienia, jakim jest miejski autobus elektryczny. Z kolei dla odwołującego to jest doświadczenia przez niego wykazywanego charakterystyczne są kody CPV wskazujące na autobus z napędem hybrydowym zasilany gazem to są charakterystyczne parametry dla Solbus SM 12HL znajdujący się w Wykazie dostaw odwołującego. Dalej zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dokonuje porównania między autobusami elektrycznymi a trolejbusami, których doświadczenie dopuszcza Rozdział V ust.1.2. SIWZ wyjaśniając ich różnice jak i podobieństwa. Zamawiający

7

Sygn. Akt KIO 1837/16

wskazuje, że trolejbus, co prawda zasilany wprost z sieci elektroenergetycznej podczas jazdy jest pierwowzorem dla miejskiego autobusu elektrycznego, który jest zasilany na postoju czy to w systemie plug-in czy to w systemie pantografu na przystanku też w czasie postoju. Niemniej podnoszona przez odwołującego kwestia dopuszczenia doświadczenia w zakresie dostaw trolejbusów w zamówieniu na autobusy elektryczne jest dla zamawiającego spóźniona, ponieważ podnosi zastrzeżenia, co do treści SIWZ, po terminie składania ofert. Kwitując zamawiający stwierdza, że autobusy hybrydowe z napędem spalinowo-elektrycznym pobierają energię w postaci gazu ziemnego ze stacji tankowania. Natomiast nie występuje w hybrydach proces ładowania czy zasilania z sieci elektroenergetycznej w związku z czym różnią się od autobusów elektrycznych czy trolejbusów.

Zamawiający uważa, że oferowany w wykazie odwołującego autobus SOLBUS SM 12HL dostarczony do MPK w Częstochowie nie jest autobusem o napędzie elektrycznym tylko o napędzie spalinowo-elektrycznym. Świadczy o tym, że jedynym źródłem energii elektrycznej poruszającej autobus jest silnik spalinowy zasilany paliwem tankowanym w stacji paliw do zbiorników zamontowanych w autobusie; bez uruchomionego silnika spalinowego autobus ten praktycznie nie może się poruszać. Autobus ten podczas jazdy emituje spaliny, co nie ma miejsca w autobusie elektrycznym traktowanym jako pojazd „czysty ekologicznie”, nie emitujący spalin. Autobus hybrydowy jest autobusem z napędem spalinowo-elektrycznym, w którym źródłem energii jest silnik spalinowy. Autobus ten nie posiada w ogóle akumulatorów trakcyjnych zabudowanych umożliwiających samodzielne poruszanie się oraz urządzeń sterujących ich pracą, jak również urządzeń służących do ich ładowania z zewnętrznego źródła radu. Również z dostarczonego świadectwa homologacji wynika, że autobus SOLBUS SM12HL jest autobusem hybrydowym z napędem spalinowym (gaz ziemny) oraz elektrycznym o zdolności magazynowania nadmiaru energii elektrycznej w wymiarze 0,4% wielkości wymaganej przez zamawiającego, co nie umożliwia poruszanie się bez pracującego silnika spalinowego.

W tym stanie rzeczy zamawiający wnosi i wywodzi jak na wstępie pisma o uwzględnienie odwołania.

8

Sygn. Akt KIO 1837/16

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się, w myśl art.22 ustawy zmieniającej ustawę pzp, według stanu prawnego sprzed wejścia w życie ostatniej zmiany ustawy pzp, to jest według stanu prawnego sprzed dn. 28 lipca 2016r.

Zmiana ustawy pzp została ogłoszona w Dzienniku Ustaw z dnia 13 lipca 2016 roku pod poz. 1020, w którym opublikowano ustawę z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 108 -193 860 w dniu 07.06.2016 r. i w tym samym dniu zostało zamieszczone na tablicy ogłoszeń w siedzibie zamawiającego. Reasumując obowiązuje w sprawie stan prawny według ustawy pzp sprzed 28 lipca 2016 roku.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest „Dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich elektrycznych dla Miejskiego Zakładu Autobusowego Sp. z o.o. w Warszawie”

Odwołujący składając odwołanie zaskarżył czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 i art.7 ust.1 ustawy pzp podnosząc, że wskutek udzielonej odpowiedzi nr 37 zamawiający dopuścił doświadczenie zawodowe także na dostawę autobusów z napędem elektrycznym według jego rozumienia obejmującą HYBRYDĘ o układzie szeregowym.

Jak powyżej wskazano odwołujący przez autobusy z napędem elektrycznym rozumie autobusy HYBRYDY (hybryda szeregowa) to jest autobusy wyposażone w dwa silniki: silnik spalinowy i elektryczny a konkretnie autobusy marki SOLBUS SM 12 HL, które w ilości sztuk 25 spółka Lider Trading Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dostarczyła do Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Częstochowie.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oferty odwołującego, w której w Wykazie wykonanych dostaw wymienia się autobus marki SOLBUS SM 12 HL opisany przez odwołującego następująco: „25 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych, 12-metrowych, miejskich autobusów z napędem elektrycznym wyposażonych w generator napędzany silnikiem spalinowym na paliwo gazowe, marki Solbus SM12HL Hybryda (hybryda szeregowa)”. Z załączonej do oferty referencji również wynika, że dla MPK w Częstochowie wykonano dostawę 25 autobusów z napędem elektrycznym wyposażonych w generator napędzany

9

Sygn. Akt KIO 1837/16

silnikiem spalinowym na paliwo gazowe Hybryda szeregowa. Dostawa została wykonana należycie.

Należy wyjaśnić w tym miejscu, że odwołujący nie posiada własnego doświadczenia zawodowego tylko posługuje się doświadczeniem spółki LIDER TRADING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której to zakład produkcyjny odwołujący wydzierżawił.

Reasumując odwołujący uważa, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazując dostawę autobusu hybryda o silnikach spalinowy (gaz) i elektryczny w układzie szeregowym. Układ szeregowy powoduje efekt, przeciwnie do układu równoległego hybrydy, polegający na tym, że cytując z odwołania str.4 ostatni akapit „napęd w autobusach wskazanych w wykazie dostaw ma charakter wyłącznie elektryczny, zaś silnik spalinowy służy jedynie do wytwarzania energii dostarczanej do silnika trakcyjnego po przetworzeniu i w żadnym razie nie napędza pojazdu, bowiem nie jest połączony mechanicznie z kołami”.

Reasumując Izba nie podziela stanowiska odwołującego, ponieważ w Wykazie dostaw stanowiącym oświadczenie odwołującego stwierdza on, że autobus SOLBUS ma dwa napędy to jest spalinowy i elektryczny („25 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych, 12-metrowych, miejskich autobusów z napędem elektrycznym wyposażonych w generator napędzany silnikiem spalinowym na paliwo gazowe, marki Solbus SM12HL Hybryda (hybryda szeregowa)”.

Ponadto w sprawie odwołujący wykazuje, że czym innym jest wymagany przedmiot doświadczenia a czym innym jest przedmiot opisany jako przedmiot zamówienia. Odwołujący takie różnice przywołuje w imię szeroko rozumianej konkurencji i szerokiego dostępu do rynku wykonawców w myśl art.7 ust.1 ustawy pzp jak również narosłego orzecznictwa Izby z którego wynika, że przedmiot doświadczenia nie może być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Dlatego też odwołujący nie kwestionuje, że przedmiotem

zamówienia jest „miejski autobus elektryczny” (czyli autobus czysty ekologicznie nie dający spalin do atmosfery i wyposażony tylko w silnik elektryczny). Odwołujący wywodzi, że zamawiający w zakresie wymaganego doświadczenia odstąpił od reżimu miejskiego autobusu elektrycznego i dopuścił „autobus o napędzie elektrycznym wyposażony w silnik spalinowy i elektryczny czyli powszechnie tzw. HYBRYDA z tym, że w układzie szeregowym a nie równoległym”.

Takie wywody odwołującego Izba uznaje za nieuprawnione, ponieważ zamawiający posługuje się pojęciem „napęd elektryczny” a nie pojęciem „napęd spalinowo-elektryczny” co jest charakterystyczne dla autobusu odwołującego marki SOLBUS, który jest HYBRYDĄ.

10

Sygn. Akt KIO 1837/16

Swoje racje odwołujący wywodzi z faktu, że zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 37, uznał za równoważne „miejskiemu autobusowi elektrycznemu”, również „autobusy o napędzie elektrycznym”, według własnego oraz indywidualnego rozumienia „napędu elektrycznego” przez odwołującego. Odwołujący, jak opisano powyżej, napęd elektryczny sprowadza do jego rozumienia jako „napęd na koła autobusu”. Odwołujący pomija okoliczność, że elementem wyposażenia jego autobusu jest również silnik spalinowy w tym przypadku napędzany gazem i bez którego to silnika spalinowego autobus nie ruszy z miejsca. Powyższe jest charakterystyczne dla HYBRYDY jako rozwiązania technicznego zawierającego zawsze co najmniej dwa źródła energii i co ma miejsce w przypadku autobusu SOLBUS SM12HL.

Tak więc Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że jego autobus SOLBUS ma tylko napęd elektryczny a nie ma napędu spalinowego.

Nawiązując jeszcze do głównego motywu odwołania to jest, że zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału nie kieruje się treścią SIWZ określającą warunek udziału jakim jest opis wymaganego doświadczenia a powołuje się tylko na opis przedmiotu zamówienia. Na te okoliczności odwołujący podnosi szereg przykładów z orzecznictwa KIO wskazujących na to, że wymóg doświadczenia nie może być tożsamy, identyczny z przedmiotem zamówienia zarówno co do zakresu jak i rodzaju przedmiotu zamówienia. Wymaganie od wykonawcy doświadczenia tożsamego z opisanym przedmiotem zamówienia stanowi o naruszeniu ustawy pzp co do zasady równego traktowania jak i uczciwej konkurencji a co generalnie świadczy o ograniczaniu dostępu do rynku. Powołując się również na te okoliczności zdaniem odwołującego spełnia on wymagania co do doświadczenia zawodowego. Z kolei zamawiający bezpodstawnie odstąpił od ustanowionych przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. W ocenie Izby doświadczenie wymagane przez zamawiającego nie ma charakteru dosłownie tożsamego, ponieważ zakres dostaw wymagany w doświadczeniu jest niższy niż zakres przedmiot zamówienia. Natomiast przedmiotem zamówienia jak i doświadczenia jest ewidentnie ten sam przedmiot to jest „miejski autobus elektryczny”.

Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów z akt postępowania o udzielenie zamówienia wskazanych na rozprawie przez strony i przystępującego jak i z urzędu oraz dokumentów przedłożonych w poczet dowodów na rozprawie zważyła jak poniżej.

Izba uwzględniając dokonane na rozprawie ustalenia jak i powyżej dokonane w uzasadnieniu ich oceny uznaje odwołanie za nie zasługujące na uwzględnienie.

11

Sygn. Akt KIO 1837/16

Jak już powyżej Izba wskazała przedmiotem postępowania jest dostawa 25 miejskich autobusów elektrycznych dla Miasta Warszawy. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że mają to być autobusy czyste pod względem ekologicznym a więc wyklucza się silniki spalinowe na rzecz silnika elektrycznego. Autobusy te mają być wyposażone w akumulatory będące źródłem energii elektrycznej przy pomocy której mają być poruszane. W zamawianych autobusach elektrycznych przewiduje się zasilanie dwojakiemu rodzaju plug –in jak i przez

pantografy. Zasilanie plug-in realizowane będzie na bazie autobusowej podczas postoju przez podłączenie autobusu do sieci elektroenergetycznej. Drugi rodzaj zasilania akumulatorów ma odbywać się przez umieszczone na autobusach pantografy, które umożliwiają ładowanie autobusów na przystankach w czasie postoju autobusu. Podsumowując jedynym źródłem energii ma być energia elektryczna, która uruchamia autobus ładując akumulatory przez system plug-in na bazie jak i przez zasilanie na przystankach poprzez pantograf w czasie postoju. Wyklucza się inne energie pochodzącą z silników spalinowych takich jak benzyna, olej czy gaz z powodów ekologicznych umożliwiających brak zanieczyszczeń atmosfery w czasie ich eksploatacji. Co do powyżej przedstawionych okoliczności odwołujący nie stwierdza aby zamawiający miał inne oczekiwania to jest aby dopuszczał jako przedmiot zamówienia autobusy zasilane paliwem powodując przesyłanie do atmosfery zanieczyszczeń w postaci spalin. Niemniej według odwołującego nie oznacza to, że zamawiający wymaga w ramach doświadczenia zawodowego dostawy takich autobusów jakie są przedmiotem zamówienia czyli czystych ekologicznie. Bowiem według odwołującego innym zagadnieniem jest rodzaj dostarczanych autobusów w ramach wykonania zamówienia (czyste ekologicznie – miejskie autobusy elektryczne). Z kolei innym zagadnieniem jest rodzaj autobusów jakie wykonawca ma wykazać w ramach wymaganego doświadczenia (hybrydy – spalinowo-elektryczne w układzie szeregowym). W ocenie Izby taki wywód odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ posiadane doświadczenie ma dać gwarancję zamawiającemu, że wykonawca sprostą przedmiotowi zamówienia w tym przypadku ze względów technicznych i technologicznych. Skoro podmiot udzielający doświadczenia zawodowego odwołującemu, nie produkował miejskich autobusów elektrycznych tylko HYBRYDY, to nie ma wymaganego doświadczenia do wykonania zamówienia, którego przedmiotem jest miejski autobus elektryczny. W niniejszej sprawie odwołujący nie posiada doświadczenia zawodowego nie tylko ze względów merytorycznych ale również nie posiada doświadczenia zawodowego ze względów formalnych (Rozdz. V. 1.2 SIWZ zgodnie z którymi zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy „w okresie 3 lat przed upływem terminu składania oferty o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali

12

Sygn. Akt KIO 1837/16

zamówienia polegające na dostawie lub dostawach autobusów miejskich elektrycznych i/lub trolejbusów, o łącznej wartości co najmniej 15.000.000,00 zł (piętnaście milionów złotych) netto”).

Bowiem z postanowień SIWZ zarówno odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia jak i warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wynika, że zamawiający używa w obydwu przypadkach pojęć „miejski autobus elektryczny”. Także chociażby z tej racji nie ma rozróżnienia pojęć na które w swoim odwołaniu powołuje się odwołujący.

Odwołujący koncepcję odwołania zbudował na okoliczności, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 37 użył pojęcia „o napędzie elektrycznym” odpowiadając wprost na pytanie czy autobusy o napędzie elektrycznym spełnią warunek doświadczenia zawodowego (Czy *Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu wykonawcę, który wykazując się doświadczeniem, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował dostawę lub dostawy autobusów miejskich z napędem elektrycznym, o łącznej wartości co najmniej 15.000.000 zł (piętnaście milionów złotych) netto*”, oraz odpowiedź o treści następującej: Tak, Zamawiający dopuści takiego wykonawcę. Opisany w pytaniu sposób wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Rozdziale 5 pkt 1.2 SIWZ”).

Odwołujący pomija okoliczność, że w odpowiedzi na to pytanie zamawiający potwierdzając napęd elektryczny jako właściwy przywołuje w dalszej części odpowiedzi postanowienie rozdz. V ust.1.2 SIWZ. Z kolei wielokrotnie powyżej cytowane postanowienie tego punktu SIWZ wskazuje na wymagane doświadczenie w zakresie dostawy „autobusu elektrycznego” czyli w tym zakresie tożsamego z przedmiotem zamówienia to jest „miejskiego autobusu elektrycznego”. Natomiast, jak już wyżej oceniono, dla Izby nie ma podstaw aby twierdzić, że

HYBRYDA nawet w układzie szeregowym a nie równoległym daje się zakwalifikować do napędu elektrycznego a tym samym do autobusu elektrycznego. Sam odwołujący przyznaje na rozprawie, że odpowiedź nr 37 nie zmieniła postanowień SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego. W ocenie Izby także odpowiedź nr 37 nie zmieniła postanowień Rozdz. V ust.1.2. SIWZ i nadal wymagane jest doświadczenie w zakresie dostawy autobusu elektrycznego czyli o napędzie elektrycznym a nie hybrydowym. Z kolei w razie powstania jakichkolwiek wątpliwości w związku z udzieloną odpowiedzią nr 37 należy kierować się właśnie do opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ to on wytycza wymagane doświadczenie zawodowe od dostawcy.

13

Sygn. Akt KIO 1837/16

Resumując Izba nie stwierdza naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art.7 ust.1 i art.24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp i na podstawie art.192 ust.2 ustawy nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania, ponieważ napęd elektryczny należy rozumieć dosłownie i literalnie.

Na marginesie odnosząc się do argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania, że skoro zamawiający uwzględnia w myśl rozdz. V ust.1.2 SIWZ również doświadczenie w dostawie trolejbusów to powinien także uwzględnić doświadczenie w zakresie HYBRYD. Po pierwsze doświadczenie w zakresie trolejbusów wynika wprost z postanowień SIWZ jako dopuszczone a HYBRYDY nie są dopuszczane. Po drugie na etapie badania i oceny ofert zarzut opisu warunku doświadczenia kwalifikujący pozytywnie dostawy trolejbusów nie podlega rozpoznaniu jako spóźniony.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego kwotę 3.600,00 złotych na rzecz zamawiającego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego według rachunku,.

Przewodniczący:

14