

Warszawa, 27 grudnia 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina – Miasto Płock

Stary Rynek 1

09-400 Płock

E-mail: przetargi@plock.eu

Nr tel. 24 364 55 55

Strona internetowa prowadzonego postępowania:
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/1037262>

Odwołujący:

PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o.

ul. Kazimierska 45

62 -510 Konin

KRS: 0000704441

Nr tel.: 887 356 725

e-mail: wasil.marek@polskiautobuswodorowy.pl

reprezentowany przez:

Macieja Nietopiel – Prezesa Zarządu

Katarzynę Piec – Członka Zarządu

Przedmiot zamówienia: Dostawa 18 szt. fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów o napędzie elektrycznym, zasilanych wodorem, do komunikacji miejskiej o długości do 12,5 m., znak postępowania: WZP.271.1.118.2024.JM, zwane dalej: „Postępowaniem”

Nr ogłoszenia: 770390-2024 -publikacja w dniu 17 grudnia 2024 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „Ustawą”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1. Art. 99 ust. 1 i art. 99 ust. 4 w zw. z art. 101 ust. 1 w związku z art. 16 Ustawy, poprzez określenie wymagań, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nałożenie wymagań premiujących jednego wykonawcę, stanowiąc jednocześnie nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia i niezwiązane z tym przedmiotem wymagania dotyczące spełnienia i udokumentowania wymagań, jednocześnie stanowiące naruszenie określonych enumeratywnie sposobów opisanie przedmiotu zamówienia określonych w art. 101 ust. 1 Ustawy, dotyczących następujących wymagań:
 - 1) Posiadania silnika centralnego asynchronicznego (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące kompletacji autobusu, Pkt 2 Układ napędu autobusu, ppkt 1);
 - 2) Wymagania dotyczące stabilizacji tylnej osi pojazdu (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące kompletacji autobusu, Pkt 7 Zawieszenie, ppkt 4);
 - 3) Homologacji typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z **Regulaminem nr 118** Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.U.E.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące parametrów ogólnych autobusu pkt 4 lit. h);
2. Art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy, poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a jednocześnie premiujący rozwiązania konkretnego wykonawcy w obiektywnie nieuzasadniony sposób, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności, jak również zasadę efektywności, poprzez ustalenie w zakresie Kryterium 2 w części 2 następujących podkryteriów:
 - 1) Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego
„Zastosowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego Wykonawca na potwierdzenie deklarowanego rozwiązania technicznego ma obowiązek załączyć oświadczenie Wykonawcy nie spełnia warunku 0 pkt spełnia warunek. 5 pkt”
3. Art. 105 ust. 4 w zw. z art. 105 ust. 1 Ustawy, poprzez wymaganie złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci testu typu SORT-2 – dokumentu wystawionego przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w zakresie parametru ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert – zużycie wodoru w kg/100km przebiegu, i niedopuszczenie do złożenia równoważnych środków dowodowych w stosunku do produktu, wobec którego wykonawca nie ma możliwości uzyskania testu typu SORT-2 w odpowiednim terminie.
4. Art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy, przez niedookreślone i nadmierne wymaganie dotyczące przedstawienia świadectwa homologacji dla autobusu spełniającego wymagania OPZ przed podpisaniem umowy, co narusza zasadę proporcjonalności oraz równego traktowania i uczciwej konkurencji, a jednocześnie w

niedozwolony sposób preferuje rozwiązanie konkretnego wykonawcy (załącznik nr 1 do SWZ, Część: Wymagania dotyczące parametrów ogólnych autobusu, pkt 3);

5. Art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 223 ust. 1 zd. drugie w zw. z art. 16 Ustawy, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia i wprowadzenie w załączniku nr 1 do SWZ klauzul dotyczących uzgodnienia z Zamawiającym elementów istotnych dla wyceny oferty i związany z tym brak sprecyzowania wymagań opisu przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie zakazu równego traktowania wykonawców, i jednocześnie stanowi naruszenie zakazu negocjowania treści oferty wyrażonego w art. 223 ust. 1 zdanie drugie Ustawy, dotyczące w szczególności wymagań w zakresie:
- 1) Wymagania wyposażenia autobusów w "urządzenie klimatyzacyjne wykorzystujące czynnik R134a, lub alternatywne rozwiązanie uzgodnione z Zamawiającym" podczas gdy bliżej nie określony zakres uzgodnień z Zamawiającym można zastąpić wymaganiem, aby zastosowany czynnik chłodzący był zgodny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego w zakresie grupy gazów HCF;
 - 2) Wymagania (Tabela, Wiersz 9 pkt 12) zd. 2 załącznika nr 1 do SWZ), zamontowania we wszystkich oferowanych autobusach ogumienia klasy PREMIUM. Szczegóły do ustalenia z Zamawiającym przed podpisaniem umowy" w zakresie w jakim takie postanowienie uzależnia zawarcie Umowy od wymagań, niesprecyzowanych w SWZ i przedstawianych przez Zamawiającego po terminie składania ofert;
 - 3) Wymagania dotyczące wykonania bilansu mocy elektrycznej pojazdu obejmującego źródła zasilania i odbiorniki, w które został wyposażony pojazd zgodnie z SWZ. „Z bilansu mocy musi wynikać, że instalacja elektryczna pojazdu musi zapewnić prawidłowe funkcjonowanie pojazdu i jego wyposażenia oraz wykazywać zapas mocy na poziomie do ustalenia z Zamawiającym (uwzględniający montaż autokomputera i biletomatów). Na powyższą okoliczność Wykonawca przed podpisaniem umowy przedstawi Zamawiającemu do zatwierdzenia bilans mocy pojazdu;”.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy stanowiącego załącznik do SWZ poprzez:

1. w zakresie zarzutu 1:
 - 1) Wykreślenie bezwzględnego wymagania dotyczącego posiadania silnika centralnego asynchronicznego i zastąpienie go dopuszczeniem innych, zgodnych z prawem, rozwiązań technicznych (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące kompletacji autobusu, Pkt 2 Układ napędu autobusu, ppkt 1);
 - 2) Wymagania bezwzględnego wymagania dotyczącego stabilizacji tylnej osi pojazdu (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące kompletacji autobusu, Pkt 7 Zawieszenie, ppkt 4);
 - 3) Wymagania bezwzględnego wymagania dotyczącego posiadania Homologacji typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych

kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z **Regulaminem nr 118** Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.U.E.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące parametrów ogólnych autobusu pkt 4 lit. h), ewentualnie wprowadzenie wymagania dotyczącego zgodności z Regulaminem 118 na etapie odbioru pojazdu;

2. w zakresie zarzutów opisanych w pkt 2 zmianę wskazanych wymagań poprzez ich wykreślenie i nadanie pozostałym kryteriom odpowiednio zmienionej wagi;
3. W zakresie zarzutu 3 – zastąpienie wymagania dotyczącego przedłożenia raportu z testu SORT-2 oświadczeniem Wykonawcy co do deklarowanego poziomu zużycia wodoru w stosunku do oferowanego autobusu.
4. W zakresie zarzutu 4, doprecyzowanie i zmianę wymagania poprzez nadanie pkt 3 w Części Wymagania dotyczące parametrów ogólnych autobusu OPZ następującego brzmienia:
„3) Autobusy winny bezwzględnie posiadać aktualne „Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu” wraz z załącznikami, wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami (Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – „Prawo o ruchu drogowym” -Dz. U. z 2024 poz.1251 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie homologacji typu pojazdów z dnia 2 sierpnia 2023 r.- Dz. U. z 2023 z 1651), a w przypadku obowiązującej w dniu dostawy innej regulacji prawnej (w szczególności związanej z wdrażaniem prawa Unii Europejskiej) musi spełniać wymogi tej regulacji. Przedmiotowe „Świadectwo Homologacji typu Pojazdu” lub jego wyciąg dla oferowanego autobusu, lub świadectwo zgodności WE, Wykonawca musi dostarczyć Zamawiającemu **najpóźniej w dniu przedstawienia autobusu do odbioru** W przypadku pojawienia się nowych regulacji prawnych dotyczących powyższych pojazdów i związanej z tym koniecznością uaktualnienia w/w dokumentów, Zamawiający wymagać będzie przedstawienia przed przystąpieniem do odbioru autobusu/ów właściwego „Świadectwa Homologacji typu Pojazdu” lub jego wyciąg dla oferowanego autobusu, lub świadectwo zgodności WE.”
5. W zakresie zarzutu 5 :
 - 1) doprecyzowanie wymagań określonych w załączniku nr 1 do SWZ – opisie przedmiotu zamówienia, opatrzonego zwrotem „do uzgodnienia z Zamawiającym” lub równoważnymi oraz
 - 2) zmianę zwrotu określonego w pkt 10 ppkt 4 na:
„Z bilansu mocy musi wynikać, że instalacja elektryczna pojazdu musi zapewnić prawidłowe funkcjonowanie pojazdu poparte otrzymaniem odpowiedniego certyfikatu homologacyjnego (uwzględniający montaż autokomputera i biletomatów).

Termin:

Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 17 grudnia 2024 r. Wartość Postępowania jest wyższa niż progi unijne określone w art. 3 Ustawy. Dziesięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 2 pkt 1) upływa w dniu 27 grudnia 2024 r.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy.

UZASADNIENIE

Rynek produkcji autobusów, w tym wodorowych, jest rynkiem rozwijającym się w Polsce dynamicznie, jednak nadal będącym na etapie wstępnym jego rozwoju.

Zamówienia na dostawy autobusów wodorowych zakładają ich produkcję na zamówienie każdego z klientów i obejmują dostosowanie do potrzeb stawianych przez danego klienta (zamawiającego).

Obejmuje to zarówno wymagania dotyczące dostosowania pojazdu do potrzeb danego miasta (np. oznakowania, wyposażenia, kolorystyki), jak i wymagań specyficznych, również dotyczących zgodności z odpowiednimi dokumentami odniesienia.

Odwołujący wskazuje na fakt, że **oferowane pojazdy nie są pojazdami istniejącymi, skompletowanymi na dzień złożenia oferty.**

Co więcej, nie ma możliwości zaoferowania autobusu już istniejącego, w terminach wyznaczonych w dniu sporządzenia niniejszego odwołania.

Zwraca uwagę wymaganie określone w załączniku nr 1 do SWZ:

Dostarczone autobusy muszą być fabrycznie nowe, jednej marki, komplekacji i wyposażenia oraz **wyprodukowane nie wcześniej niż 6 m-cy przed datą dostawy.**

Zamawiający zatem sam **zakłada wyprodukowanie autobusu po zawarciu umowy** (termin realizacji umowy to zgodnie z § 5 ust. 1 projektowanych postanowień umowy 365 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy).

Co warte wyjaśnienia, rynek autobusów wodorowych w Polsce składa się z zaledwie kilku wykonawców, będących jednocześnie producentami tych autobusów. Nie jest ani praktykowane, ani realne, złożenie ofert przez wykonawców niebędących producentami tych pojazdów (np. dealerów). Są to produkty wykonywane na zamówienie, a co więcej, nie tylko w zakresie komplekacji, która typowo jest wymagana odrębnie przez każdego klienta (kolory siedzeń, czy oznaczenia).

Odwołujący zwraca uwagę, że wskazane w niniejszym odwołaniu wymagania kreują nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną producenta autobusów Solaris. Taką przewagą konkurencyjną powodującą wykluczenie złożenia ofert w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia, nie może być

stawianie wymagań możliwych do spełnienia na etapie realizacji umowy, niespełnionych na dzień złożenia oferty w stosunku do produktu realizowanego na zamówienie.

Wskazane wymagania powodują jednocześnie naruszenie zasady efektywności. Mając na uwadze cel postępowania, jakim jest uzyskanie konkurencyjnych i realnych ofert, i mając na uwadze wstępny etap rozwoju rynku autobusów wodorowych, Zamawiający powinien dążyć do dopuszczenia do złożenia ofert wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W innym przypadku, co zdarzało się w przeszłości, Zamawiający może nie uzyskać ofert w postępowaniu, ograniczając dostęp do zamówienia de facto do jednego wykonawcy, będącego jednocześnie producentem autobusów.

Jednocześnie, Zamawiający pozornie dopuścił do udziału w postępowaniu szeroki krąg wykonawców, nie wskazując w warunku doświadczenia – stanowiącym minimalny poziom zdolności wykonawcy, wykonania dostawy autobusów wykorzystujących określone rozwiązania, czy konkretną technologię. To jednak, w powiązaniu z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, czyni postanowiony minimalny poziom zdolności pozornym i fikcyjnym, ograniczenie konkurencji zostało bowiem w rażący sposób dokonane poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia.

1. Zarzut 1

Zarzut dotyczy wymagań dotyczących spełnienia i udokumentowania następujących wymagań dotyczących:

- 1) Posiadania silnika centralnego (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące kompletacji autobusu, Pkt 2 Układ napędu autobusu, ppkt 1);
- 2) Wymagania dotyczącego stabilizacji tylnej osi pojazdu (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące kompletacji autobusu, Pkt 7 Zawieszenie, ppkt 4);
- 3) Homologacji typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z **Regulaminem nr 118** Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.UE.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie (załącznik nr 1 do SWZ część Wymagania dotyczące parametrów ogólnych autobusu pkt 4 lit. h).

Ad 1) Wymaganie dotyczące układu napędowego

Na rynku autobusów wodorowych każdy producent posiada i wykorzystuje konkretne rozwiązania techniczne, warunkowane m.in. dostępnością podzespołów po stronie swoich poddostawców, które w zakresie konstrukcji pojazdu i jego parametrów powodują, że ostateczny produkt jest równoważny innemu. Zamawiający nie ma możliwości narzucenia sposobu produkcji i wykorzystywania konkretnych podzespołów takiemu producentowi. Konsekwencją narzucenia, czy też premiowania określonej

technologii, jest wykluczenie produktów danego producenta (będącego jednocześnie wykonawcą) z udziału w postępowaniu – co w niniejszej sprawie miało miejsce.

W tym zakresie należy zwrócić uwagę na sposoby formułowania opisu przedmiotu zamówienia wskazane w art. 101 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z Komentarzem UZP:

W art. 101 ust. 1 Pzp określono trzy sposoby formułowania opisu przedmiotu zamówienia niezależnie od rodzaju zamówienia:

1) poprzez określenie kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp),

2) poprzez odniesienie do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, opisanych za pomocą norm i standardów (art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp),

3) sposób mieszany, tj. przy pomocy kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności oraz poprzez odniesienie do norm i standardów (art. 101 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp).

O wyborze któregośkolwiek ze sposobów decyduje zamawiający¹.

Wybierając sposób opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, zamawiający operuje wyłącznie precyzyjnie określonymi parametrami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności pozwalającymi wykonawcy na ustalenie i wykonanie zamówienia, a zamawiającemu na jego udzielenie. W opisie dokonanym tym sposobem zamawiający określa cechy usługi, dostawy lub robót budowlanych (w rozumieniu art. 99 ust. 2 Pzp), ale już niekoniecznie cechy poszczególnych materiałów, produktów lub usług składających się na zamówienie.”

Taki sposób opisanie przedmiotu zamówienia sprzyja innowacyjności i nie wyklucza rozwiązań oferowanych na rynku, które mogą spełniać równoważne wymagania, na co wskazuje również motyw 74 Dyrektywy 2014/24: specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie tego celu. **Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerzej.**

W tym miejscu należy zaznaczyć, że preferowanie rozwiązań konkretnych wykonawców czy producentów i wskazywanie konkretnych rozwiązań technicznych czy konstrukcyjnych, powoduje de facto **zamknięcie rynku dla innowacyjnych rozwiązań**. Ma to szczególne znaczenie dla rynków dopiero rozwijających się, takich jak rynek produkcji i dostaw autobusów wodorowych.

Wyjątkowo tylko Zamawiający może opisywać przedmiot zamówienia poprzez odniesienie do konkretnego procesu lub metody produkcji, ale wyłącznie pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Co istotne, Zamawiający **nie może wskazywać 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”**.

¹ <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-101>

Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób zaprzeczyć, że Zamawiający wskazuje tylko jeden z wielu dostępnych na rynku konfiguracji montażu i rodzaju silnika w pojeździe i czyni przedmiotem zamówienia tylko ten jeden model konstrukcyjny, **w oderwaniu od jakichkolwiek cech użytkowych, wymagań lub funkcjonalności, które mogłyby być uzasadnione jego potrzebami.**

W orzecznictwie, trwale ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym to uzasadnione potrzeby Zamawiającego wyznaczają granice przedmiotu zamówienia i jednocześnie w sposób oczywisty warunkują możliwość zaoferowania produktu, odpowiadającego tym potrzebom przez niektórych wykonawców. Zamawiający nie kwestionuje możliwości wyprodukowania autobusu z silnikiem centralnym asynchronicznym silnikiem elektrycznym przez więcej niż jednego producenta. Staje jednak na stanowisku zgodnie z którym, to konkretne cechy użytkowe, stanowią potrzeby Zamawiającego które będzie realizować poprzez zakup floty autobusów elektrycznych - a nie stosowane przez producenta schematy budowy czy połączenia poszczególnych komponentów. W sytuacji, w której proces wytwarzania, montażu połączenia czy jakkolwiek inny proces technologiczny pozwala osiągnąć te same cechy produktowe, **nie sposób wskazać powodu, dla którego Zamawiający miałby preferować jeden z kilku dostępnych na rynku procesów produkcyjnych, a nie wyodrębnione przez siebie parametry funkcjonalne produktu - ewentualnie wynikające z zastosowanych przez producenta rozwiązań technologicznych.**

Zagadnienie, dotyczące tzw. funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia, jest uniwersalnie rozważane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i dotyczy chyba wszystkich obszarów zamówień publicznych. Dla rynku autobusów elektrycznych, podobne zagadnienie stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia w uzasadnieniu Wyroku Krajowej Izby z dnia 15.03.2023r. (Sygn. akt: KIO 592/23) w którym rozważana była waga kryterium, premiującego autobusy posiadające silnik centralny.

Analiza ww. wyroku wskazuje, że odniesienie go do przedmiotu obecnej sprawy nie będzie mieć zastosowania.

Należy ocenić, że w okolicznościach niniejszej sprawy - kiedy Zamawiający wymaga, aby wszelkie awarie były usuwane jako naprawy gwarancyjne przez Wykonawcę albo zlecane Zamawiającemu, w ramach posiadanego przez Zamawiającego przedsiębiorstwa zajmującego się serwisowaniem floty autobusów posiadanej przez Zamawiającego – ewentualne argumenty, dotyczące stopnia skomplikowania napraw dotyczących silników montowanych centralnie oraz silników montowanych w piastach kół nie mają znaczenia. Skoro **wszelkie ryzyko, dotyczące czasu usunięcia awarii, obejmującej potrzebę ingerencji w silnik autobusu i tak obciąża Wykonawcę, to tym bardziej uzasadnione jest, aby mógł on wybrać technologię, w której wytworzy produkt, za który następnie będzie odpowiadał jako gwarant.**

Przykładowo, można wskazać, że gdyby Zamawiający oceniał, że jakiś konkretny rodzaj awarii, w przypadku zastosowania jednego z dostępnych rozwiązań wymaga większego nakładu pracy niż w przypadku innej technologii Zamawiający zobowiązany jest wskazać akceptowalne przez siebie czasy usunięcia awarii. Pomimo ciągłego rozwoju stosowanych technologii, technika motoryzacyjna nie zdołała bowiem wykluczyć możliwości występowania awarii. Konsekwencją tego faktu jest ciągłe usprawnianie usług posprzedażowych, który systematycznie skraca przerwy w dostępności spowodowane awariami. Zasadne jest zatem, aby dobór technologii i zakres możliwości usuwania awarii spowodowanych podatnościami danego procesu technologicznego, stanowiła bilans wykonywany po stronie producenta i jego sieci dystrybucji usług posprzedażowych. Z punktu widzenia użytkownika końcowego, awaryjność i szybkość usuwania awarii wydają się być o wiele bardziej

istotnymi potrzebami niż konkretny proces technologiczny czy wybory konstrukcyjne producenta autobusu.

W ocenie odwołującego, nie ma żadnego powodu, aby Zamawiający ograniczył zakres zamówienia wyłącznie do jednego rodzaju rozwiązania dotyczącego umiejscowienia silnika elektrycznego w autobusie. Z użytkowego punktu widzenia, silnik montowany centralnie oraz silniki montowane w piastach kół pozwalają na osiągnięcie zbliżonych właściwości użytkowych. Różnice dotyczące sposobu serwisowania, z punktu widzenia użytkownika również nie są na tyle istotne, aby ograniczyć konkurencję w niniejszym postępowaniu wyłącznie do rozwiązań jednego typu - zwłaszcza w sytuacji, w której ciężar związany z serwisowaniem dostarczonych rozwiązań i tak będzie spoczywał w całości na Wykonawcy, będącym gwarantem.

W związku z brakiem możliwości wykazania, że wybór producenta autobusu w zakresie zastosowanych silników, w jakikolwiek sposób wpływa na uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wymaganie zawarte w postanowieniu wiersza 2 Tabeli "Układ napędu autobusu" pkt 1 narusza przepis art. 99 Ustawy ponieważ eliminuje możliwość zaoferowania autobusów z silnikami montowanymi w piastach kół, a jednocześnie nie sposób wskazać żadnego powodu, dla którego Zamawiający nie mógłby korzystać z innych rozwiązań dotyczących montażu silnika.

Ad 2) Wymaganie dotyczące stabilizacji tylnej osi pojazdu

Również wymaganie dotyczące stabilizacji tylnej osi pojazdu stanowi niedozwolone ograniczenie konkurencji.

Na przestrzeni ostatnich 3-4 lat w postępowaniach na autobusy wodorowe nie pojawiły się rozwiązania stabilizacji osi tylnej autobusu. Standardem było niezależne zawieszenie tak przednie jak i tylne. Pojawiały się stabilizatory osi przedniej.

Opisane wyżej rozwiązania są praktycznie oferowane przez producentów autobusów napędzanych wodorem.

Każda zmiana, każda modyfikacja to rozszerzenie głównej homologacji, lub w najgorszym przypadku robienie pełnych badań homologacyjnych pod konkretne rozwiązanie czy postępowanie.

Stabilizacja osi może ograniczyć żadaną funkcjonalność przez Zamawiającego. W dobie nowoczesnych autobusów, gdzie maksymalnie wykorzystuje się ilość miejsc pasażerskich. Funkcjonalność przykłąku dla większego komfortu wsiadających i wysiadających pasażerów powoduje duże naprężenia szkieletu autobusu. Usztywniając przednią oś i dodatkowo tylną powoduje to jeszcze większe usztywnienie szkieletu autobusu. Może to doprowadzić do pęknięć stabilizatorów, a tym samym zwiększenie kosztów napraw zawieszenia w porównaniu do autobusów z zawieszeniem niezależnym co znacząco wpływa na wydawanie funduszy państwowych.

Tym samym wymóg przedstawianie dokumentów homologacyjnych już na etapie składania ofert skłania do wniosku, że zasada równego traktowania wszystkich potencjalnych wykonawców zostaje zachwiana i skłania do wniosku, że Zamawiający preferuje rozwiązanie które proponuje jeden z Wykonawców.

Przewaga jednego z wykonawców (Solaris) polega na wykorzystaniu wielu różnych rozwiązań. Producent ten wykorzystując wieloletnią pozycję rynkową w obszarze produkcji autobusów elektrycznych, ma znacznie większe możliwości konfiguracyjne niż jego konkurenci.

Ad 3) Wymaganie dotyczące Regulaminu nr 118 EKG

Wymaganie dotyczące wskazanego w zarzucie nr 1 regulaminu EKG ONZ, nie jest niezbędne dla przeprowadzenia postępowania, jego wymaganie nie wynika z obowiązujących norm lub przepisów prawa i w ocenie Odwołującego powinno być ewentualnie oceniane na etapie realizacji umowy.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami do zarejestrowania autobusu nie jest wymagane spełnienie wymogów Regulaminu nr 118. Na uwagę zasługuje również fakt, iż w tegorocznych postępowaniach na dostawę autobusów elektrycznych zasilanych wodorem prowadzonych przez Górnośląskie Zagłębie Metropolitalne, Miejski Zakład Komunikacji w Bielsku – Białej Sp. z o.o., Miejski Zakład Komunikacji w Koninie Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji w Lublinie Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji Sp. z o.o. w Poznaniu, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji S.A. w Krakowie spełnienie tych wymagań na etapie składania ofert nie było oczekiwane przez Zamawiających.

2. Zarzuty wskazane w pkt 2 petitum odwołania

Zarzuty dotyczą ustalenia kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a jednocześnie premiujący rozwiązania konkretnego wykonawcy w obiektywnie nieuzasadniony sposób, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności, jak również zasadę efektywności, poprzez ustalenie w zakresie Kryterium 2 w części 2 następujących podkryteriów:

1) Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego

Zastosowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego Wykonawca na potwierdzenie deklarowanego rozwiązania technicznego ma obowiązek załączyć oświadczenie Wykonawcy nie spełnia warunku 0 pkt spełnia warunek. 5 pkt

2) Zawieszenie przednie

Zawieszenie przednie. Wykonawca na potwierdzenie deklarowanego rozwiązania technicznego ma obowiązek załączyć do oferty kartę katalogową lub dane katalogowe lub dokumentację techniczno-ruchową lub oświadczenie Wykonawcy zawieszenie niezależne. 0 pkt oś sztywna. 5 pkt

Art. 240 ust. 1 i 2 ustawy wskazuje na zasady formułowania kryteriów oceny ofert, wskazując, że muszą one być związane z przedmiotem zamówienia. Granicą swobody zamawiającego w formułowaniu kryteriów oceny ofert są, poza obowiązkiem ich opisanie jednoznacznie i w sposób dający się zweryfikować, zasady opisywania przedmiotu zamówienia, w kontekście zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności.

Badanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a poza cenowym kryterium oceny ofert sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób deklarowany element oferty wykonawcy, premiuwany w kryterium oceny ofert, przełoży się na wyższą jakość świadczenia na etapie realizacji zamówienia. Taki związek nie został w Postępowaniu wykazany w odniesieniu do kwestionowanych podkryteriów.

Wprawdzie Zamawiający ma prawo preferować rozwiązania, w szczególności dodatkowo punktować te produkty i dostawy, które zapewnią mu określone funkcjonalności, ale przyjęte kryteria powinny

gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania wykonawców².

Kryteria oceny ofert w Postępowaniu wskazane w zarzucie nr 1, naruszają art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 Ustawy, poprzez ustalenie ich w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a jednocześnie premiujący rozwiązania konkretnego wykonawcy w obiektywnie nieuzasadniony sposób, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności.

W odniesieniu do poszczególnych podkryteriów:

- 1) Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego

Wskazane wymaganie w jednoznaczny sposób premiuje konkretnego wykonawcę, a jednocześnie nie jest wystarczająco uzasadnione ze względu na potrzeby Zamawiającego.

Wskazujemy, że pomimo braku wykorzystania technologii SiC, Odwołujący w testach SORT-2 wykazuje niższe zużycie wodoru niż konkurent wykorzystujący tę technologię.

Dowód – symulacja zużycia wodoru

Wysokość zużycia wodoru wg dostarczonego wyniku badania SORT2 dla przetargu z 2023 roku ogłoszonego przez Górnośląsko Zagłębiowską Metropolię pn „Hydrogen GZM” – Nr sprawy: ZP.270.31.2022"

		Zaoferowany wynik
NesoBus	5,54	kg/100 km
Solaris	5,73	

Przewaga jednego z wykonawców (Solaris) polega na wykorzystaniu technologii SiC, producent ten wykorzystując wieloletnią pozycję rynkową w obszarze produkcji autobusów elektrycznych, ma znacznie większe możliwości konfiguracyjne niż jego konkurencji.

Tymczasem, obok innych celów, zamówienia publiczne służą również realizacji ogólnych celów gospodarczych, w tym wspierania małych i średnich przedsiębiorstw. Brak otwarcia konkurencji na MSP może być w ocenie Odwołującego rozpatrywane w świetle zasadności stawiania (czy premiowania) określonych w wymogów w SWZ.

3. Zarzut 3

W zakresie zarzutu 3 Zamawiający naruszył art. 105 ust. 4 w zw. z art. 105 ust. 1 Ustawy, poprzez wymaganie złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci testu typu SORT-2 – dokumentu wystawionego przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w zakresie parametru ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert – zużycie wodoru w kg/100km przebiegu, i nie dopuścił do złożenia równoważnych środków dowodowych w stosunku do produktu, wobec którego wykonawca nie ma możliwości uzyskania testu typu SORT-2 w odpowiednim terminie.

² Por. Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 361/21.

4. Zarzut 4

W pkt 3 w Części Wymagania dotyczące parametrów ogólnych autobusu OPZ Zamawiający wskazał następujące wymaganie:

3) Autobusy winny bezwzględnie posiadać aktualne „Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu” wraz z załącznikami, wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami (Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – „Prawo o ruchu drogowym” -Dz. U. z 2024 poz.1251 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie homologacji typu pojazdów z dnia 2 sierpnia 2023 r.- Dz. U. z 2023 z 1651), a w przypadku obowiązującej w dniu dostawy innej regulacji prawnej (w szczególności związanej z wdrażaniem prawa Unii Europejskiej) musi spełniać wymogi tej regulacji. Przedmiotowe „Świadectwo Homologacji typu Pojazdu” lub jego wyciąg dla oferowanego autobusu, lub świadectwo zgodności WE, Wykonawca musi dostarczyć Zamawiającemu **na wezwanie, a w przypadku konieczności jego uaktualnienia dla konkretnego oferowanego autobusu Zamawiający dopuszcza dostarczenie dokumentu posiadanego wraz z zobowiązaniem o dostarczeniu właściwego „Świadectwa Homologacji typu Pojazdu” niezwłocznie po jego uzyskaniu, nie później niż 3 dni przed terminem podpisania umowy.** W przypadku pojawienia się nowych regulacji prawnych dotyczących powyższych pojazdów i związanej z tym koniecznością uaktualnienia w/w dokumentów, Zamawiający wymagać będzie przedstawienia przed przystąpieniem do odbioru autobusu/ów właściwego „Świadectwa Homologacji typu Pojazdu” lub jego wyciąg dla oferowanego autobusu, lub świadectwo zgodności WE.

W ww. postanowieniu daje się zauważyć daleko posunięta niekonsekwencja Zamawiającego.

Z jednej strony, Zamawiający wymaga posiadania przez oferowany autobus „Świadectwa Homologacji Typu Pojazdu” wraz z załącznikami, wydanego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Z drugiej, oczekuje, że uaktualnienie świadectwa do jego konkretnych wymagań nastąpi jeszcze przed podpisaniem umowy.

Nie precyzuje jednak tych wymagań i terminu na złożenie odpowiedniego dokumentu, określając że zostanie on złożony „na wezwanie”.

Jednocześnie nakłada na Wykonawcę wymaganie uaktualnienia świadectwa do konkretnych wymagań Zamawiającego jeszcze przed podpisaniem umowy, przez co nakłada na Wykonawcę konieczność poniesienia kosztów związanych z dostosowaniem do wymagań Zamawiającego jeszcze przed zawarciem umowy.

Ponieważ oczekiwaniem – niezaprzeczalnym – Zamawiającego, jest uzyskanie produktu zgodnego z przepisami i uzasadnionymi wymaganiami, całkowicie wystarczające jest wymaganie przedłożenia świadectwa homologacji lub innego odpowiedniego dokumentu, przy przedstawieniu produktu do odbioru.

Obecnie postawione wymagania są nieprecyzyjne, stwarzają znaczną niepewność po stronie Wykonawców, a nadto są nadmierne i narażające wykonawców na ponoszenie zbędnych kosztów na etapie, na którym jeszcze nie są oni pewni ostatecznego zawarcia umowy.

Zamawiający, podobnie jak w przypadku wymagania przedłożenia świadectwa homologacji typu pojazdu wymaga, aby Wykonawca przedstawił bilans mocy pojazdu (por. zarzut 5) - przed podpisaniem

umowy. Niezależnie od faktu, że taki bilans może dotyczyć pojazdu gotowego, a zatem zbudowanego w wykonaniu umowy, która na tym etapie nie jest jeszcze zawarta, należy zauważyć, że w tym samym postanowieniu OPZ, Zamawiający wymaga, aby taki bilans wykazywał zapas mocy - uzgodniony z Zamawiającym (przed podpisaniem umowy). O ile zatem, skoro taki bilans nie stanowi przedmiotowego środka dowodowego, należy wskazać iż wymaga on budowy i ustalania parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, przez Zamawiającego, po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy. Takie postanowienie narusza wprost zasadę porównywalności ofert (ponieważ żadna z ofert nie może uwzględniać 'uzgodnień' Zamawiającego dokonywanych przed zawarciem umowy).

5. Zarzut 5

Zamawiający pozostawił Stronom przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego daleko idącą swobodę w doprecyzowaniu parametrów technicznych, logistycznych i estetycznych przeszłego przedmiotu umowy.

Zamawiający, rozszerzył jednak ten mechanizm na ustalenia, które mają precyzować przedmiot zamówienia, co do wymagań technicznych i kosztotwórczych - po terminie składania ofert, ale przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie, niektóre z ustaleń, jakie mają być dokonane pomiędzy Stronami wykraczają poza zakres drugorzędnych i poszczególne, nie ujawnione przed składaniem ofert oczekiwania Zamawiającego, mogą być bardzo kosztotwórcze i nie ma żadnego powodu, aby nie zostały wskazane, choćby poprzez zakres granicznych parametrów, wprost w OPZ.

Przykładowo, Zamawiający wymaga wyposażenia autobusów w "urządzenie klimatyzacyjne wykorzystujące czynnik R134a, lub alternatywne rozwiązanie uzgodnione z Zamawiającym". Nie jest jednak jasne jakie rodzaje czynników chłodzących powszechnie uznawanych za rozsądne alternatywy czynnika 134a będą akceptowane przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę konieczność systematycznego dostarczania czynnika chłodzącego konieczne jest zapewnienie, aby układ klimatyzacji pozwalał na korzystanie z czynników, które w nadchodzących latach będą zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Należy ocenić, że zgodność z prawem jest kategorią obiektywną, a nie uznaniową i w związku z tym powinna znaleźć zastosowanie w niniejszym zamówieniu po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podobnie, Zamawiający zdaje się wymagać ustalenia marki i parametrów opon, jakie będą montowane w autobusach będących przedmiotem zamówienia - przed zawarciem umowy (Tabela, Wiersz 9 pkt 12) zd. 2 OPZ). Zamawiający wskazuje, że ma to być "ogumienie klasy PREMIUM" co nie jest standardowo przyjętą jednostką miary i jest oceniane. Opony poszczególnych producentów mogą posiadać różne dodatkowe technologie, ale też posiadają parametry mierzone wspólnymi parametrami, takimi jak nośność. O ile przedstawienie Zamawiającemu kilku propozycji doboru ogumienia do wyboru, w ramach wykonywania umowy nie wydaje się wzbudzać wątpliwości, o tyle arbitralne definiowanie przez Zamawiającego opon kategorii premium, w oderwaniu od jakichkolwiek właściwości fizycznych i uzależnienie zawarcia umowy od spełnienia takiego wymagania, narusza przepisy Ustawy.

Podobnie, należy ocenić inne elementy opisu przedmiotu zamówienia, nieopisane precyzyjnie w dokumentach zamówienia.

W świetle powyższego, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. odpis KRS Odwołującego
2. dowód uiszczenia wpisu,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.