



Warszawa, dnia 24 czerwca 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o.

adres do doręczeń: Aleja Katowicka 9, Wolica, 05-830 Nadarzyn

REGON: 017366742, NIP: 5342169325, KRS: 0000042934

reprezentowana przez:

adw. Łukasza Gembisia, adw. Paulinę Sawicką

adres do doręczeń: **DWF Poland Jamka Sp. k.**

Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa

e-mail: lukasz.gembis@dwf.law paulina.sawicka@dwf.law

Zamawiający: MPK Spółka z o.o. w Tarnowie

ul. Okrężna 9, 33-100 Tarnów

REGON: 850284120, NIP: 8730020798, KRS: 0000076369

tel. (014) 630 06 20, faks. (014) 626 96 42;

e-mail: zamowienia@mpk.tarnow

Dotyczy: Postępowania pn. *"Zakup autobusów dla MPK Tarnów z napędem elektrycznym wraz z infrastrukturą ładowania"*, nr ref.: PNZP/12/Z/2024 (dalej jako: **"Postępowanie"**)

Numer 351730-2024
ogłoszenia w
Dz. U. UE.:

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, niniejszym na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t. j.; dalej jako: **"ustawa Pzp"**), składam odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na określeniu w Rozdziale XVII pkt 2.1.2. ppkt 1 podkryteria T1, T5, T13, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: **"SWZ"**) kryteriów oceny ofert w sposób:

- i. naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- ii. niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz uniemożliwiający zaoferowanie równoważnych rozwiązań;
- iii. polegający na opisanu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę bez jednoczesnego dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp poprzez określenie w Rozdziale XVII pkt 2.1.2. ppkt 1 podkryteria T1, T5, T13 SWZ kryteriów oceny ofert w sposób (i) naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a (ii) także w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz (iii) uniemożliwiający zaoferowanie równoważnych rozwiązań;

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu zmianę SWZ w sposób określony w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes Odwołującego: Odwołujący jest producentem autobusów elektrycznych, który jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a także uzyskaniem zamówienia. Odwołujący oferuje dostawy na rynku, a więc posiada status wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp. Odwołujący ma możliwość złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu oraz zaoferowania atrakcyjnych cenowo warunków realizacji zamówienia. Określone przez Zamawiającego zasady udziału w Postępowaniu oraz dostawy autobusów elektrycznych naruszają zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób ewidentny preferując konkretnego producenta autobusów. W konsekwencji Odwołujący, pomimo tego, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu nie może złożyć oferty na konkurencyjnych i równych zasadach. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niemożliwości uzyskania zamówienia oraz wygenerowania zysku z tytułu jego realizacji.

Termin na wniesienie odwołania: O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 14 czerwca 2024 r. W świetle powyższego Odwołujący dotrzymał 10-dniowego terminu na jego wniesienie.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne. Wprowadzenie.

1. Zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp: *"Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia."*
2. Z kolei art. 16 pkt 1) ustawy Pzp stanowi, że: *"Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców."*
3. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że:

"Oprócz opisu przedmiotu zamówienia również pozacenowe kryteria oceny ofert mogą być tym narzędziem, które pozwoli na uzyskanie produktu (rozumianego szeroko jako usługa, dostawa lub robota budowlana) w większym stopniu spełniającego oczekiwania zamawiającego. Należy jednak mieć na uwadze, że określenie kryteriów i ich wag nie może prowadzić do preferowania konkretnego produktu, które nie ma uzasadnienia w obiektywnej potrzebie zamawiającego." (KIO 1128/22).

4. Ponadto, z ugruntowanego stanowiska orzeczniczego KIO wynika, że

"(...) nieproporcjonalne kryteria oceny ofert nakładane na wykonawców stanowią naruszenie przepisów p.z.p. - w szczególności wtedy, gdy stawiane w drodze kryteriów wymogi są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Każdorazowo formułowanie przed wykonawcami warunków ograniczających ich udział w postępowaniu musi następować przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Za każdym razem Zamawiający musi szczegółowo rozważyć, czy dobierane przez niego środki w postępowaniu (kryteria techniczne oceny ofert) są zarówno wystarczające, jak i konieczne do osiągnięcia celu, jaki w postępowaniu chce osiągnąć. Co istotne, zasada proporcjonalności dotyczy wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności na etapie związanym z jego przygotowaniem: to właśnie wtedy Zamawiający formułuje treść SWZ, w tym przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia, wymogi techniczne stawiane Wykonawcom oraz kryteria oceny ofert.

Dobrane przez Zamawiającego w danym postępowaniu środki muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, a także niezbędne, co oznacza, że nie sposób osiągnąć ich lepiej za pomocą innego środka; środki te powinny także w najmniejszym możliwym stopniu ograniczać interesy i prawa wszystkich

Wykonawców -swoboda Zamawiającego w określaniu cech przedmiotu zamówienia limitowana jest zatem zakazem takiego opisu przedmiotu zamówienia, który ograniczałby możliwość wzięcia udziału w postępowaniu, a który jednocześnie nie jest niezbędny dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego" (KIO 989/21).

5. Warto przywołać również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 712/15, w którym wskazano, że: *„Kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji.”*

6. Przytoczenia wymaga także wyrok:

"Wskazany w art. 241 ust. 1 p.z.p. wymóg, by określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia, oznacza, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej." (KIO 2201/21)

7. Zamawiający określając kryteria oceny ofert powinien dążyć do tego, aby były one związane do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie powinien również poprzez kryteria oceny ofert kształtować dla konkretnego wykonawcy preferencyjnych warunków udziału w Postępowaniu. Jedynym celem, jakim winien kierować się Zamawiający to jego uzasadniony i obiektywny interes.
8. Analiza opisu oceny ofert w poszczególnych kryteriach pozwala na sformułowanie stanowiska, że zostały one ustanowione na potrzeby uzyskania najkorzystniejszego wyniku Postępowaniu przez konkretnego wykonawcy, tj. firmy Solaris Bus & Coach sp. z o.o. Celem tych kryteriów jest uzyskanie pewności przez Zamawiającego, że to ten podmiot uzyska zamówienie.
9. Wykonawca ten jako jedyny producent na rynku posiada bowiem w portfolio pojazdy, które idealnie wpisują się w te kryteria. W takiej sytuacji trudno mówić o jakiegokolwiek konkurencji w Postępowaniu, jeśli jeden z wykonawców już na starcie znajduje się w lepszej sytuacji (uzyskuje przewagę punktową). Konkurencja będzie mieć charakter iluzoryczny i wyłącznie formalny.
10. Zamawiający dążąc do zapewnienia uzyskania najlepszej ekonomicznie oferty powinien natomiast kierować się funkcjonalnościami danego pojazdu, jego dodatkowymi cechami i walorami, a nie konkretnymi rozwiązaniami, które są właściwe dla konkretnego producenta.

II. Opis kryterium oceny ofert w ramach podkryterium T1

11. Zamawiający w Rozdziale XVII pkt 2.1.2. ppkt 1 SWZ określił kryterium oceny ofert T1 w brzmieniu:

Oznaczenie Kryterium	Rozwiązanie	liczba pkt.
T1	Nadwozie wykonane ze stali odpornej na korozję wg Normy PN-EN 10088-1 lub norma równoważna	6
	Nadwozie wykonane ze stali o podwyższonej jakości zabezpieczonej antykorozyjnie metodą kataforezy KTL	4
	Nadwozie wykonane z aluminium	0

12. Jednocześnie przyjęta przez Zamawiającego punktacja jest skrajnie niezasadna. Zamawiający przyznaje 4 punkty za zaoferowanie profili ze stali zabezpieczonej metodą katodowego lakierowania zanurzeniowego (KTL – kataforezy). Natomiast za zaoferowania profili ze stali odpornej na korozję Zamawiający przyznaje maksymalną ilość tj. 6 punktów.
13. **Po pierwsze**, nie ma merytorycznego uzasadnienia dla takiego zróżnicowania punktacji. Wykonanie elementów konstrukcyjnych szkieletu lub kratownicy, ramy lub podwozia w autobusach ze stali zabezpieczonej metodą kataforezy, które stanowią materiały odporne na korozję i spełniają wszelkie wymagania techniczne, oznacza zabezpieczenie konstrukcji pojazdu przed korozją w najlepszy z możliwych sposobów.
14. Stal o podwyższonej wytrzymałości po procesie kataforezy charakteryzuje się najlepszymi parametrami trakcyjnymi zachowując znacznie większą żywotność tzn. odporność na zginanie, skręcanie i wielotonowe naciski przez cały okres eksploatacji autobusów. Takich cech nie posiada natomiast nadwozie wykonane stali wykonanej w normie PL-EN 10088 (lub równoważnej). Nadwozie wykonane ze stali wykonanej w normie PL-EN 10088 jest bardziej kruche, a spawanie uszkodzonych profili wymaga specjalnych technik spawalniczych w osłonie rzadko osiągalnych w warunkach warsztatów naprawczych.
15. Stosowanie stali odpornej na korozję jako materiału na elementy konstrukcji autobusów jest całkowicie uzasadnione i zgodne ze współczesnym trendem w budowie autobusów, stosowanym od lat przez Odwołującego, będącego jednym z czołowych producentów pojazdów autobusu na rynku europejskim. Stal o podwyższonej jakości, zabezpieczonej antykorozyjnie metodą kataforezy (KTL) zdecydowanie przewyższa pod względem odporności korozyjnej jakiegokolwiek gatunek stali z grupy stali para-nierdzewnych. O powyższym świadczy fakt, że jest ona wykorzystywana w budowie autobusów przez największych producentów autobusów w Europie (Mercedes, MAN, Iveco).

16. **Po drugie**, szkielet nadwozia wykonany ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości i zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kateforezy zanurzeniowej, gwarantującej kilkunastoletnią odporność na korozję posiada również dodatkowe zalety, takie jak np. brak wpływu na zwiększenie masy własnej pojazdu (co przekłada się korzystnie np. na zmniejszenie zużycia pojazdu podczas jego eksploatacji oraz pozwala na zwiększenie pojemności pasażerskiej).
17. **Po trzecie**, Zamawiający preferuje w sposób nieuzasadniony stal, której właściwości plastyczne charakteryzują się znacznie gorszymi parametrami w porównaniu do stali stopowej zabezpieczonej metodą kateforezy.
18. Podsumowując powyższe, Zamawiający zamierza przyznać maksymalną liczbę punktów rozwiązaniu, które nie pozwala na osiągnięcie najlepszych poziomów jakości, a preferuje rozwiązanie stosowane przez konkretnego producenta, tj. Solaris Bus & Coach Sp. z o.o.. Jednocześnie najlepsze dostępne na rynku rozwiązanie jest oceniane wyłącznie na (4) punkty. W takiej sytuacji w niniejszym Postępowaniu wybór wykonawcy nie nastąpi w oparciu o kryterium najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (przedstawiającej najlepszy stosunek jakości do ceny). Opis sposobu oceny ofert w ramach podkryterium sugeruje, że Zamawiający kieruje się przede wszystkim umożliwieniem zdobyciu wykonawcy Solaris Bus&Coach najwyższej liczby punktów w Postępowaniu, co nie ma związku z obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Gdyby Zamawiający kierował się własnymi potrzebami to premiowałby te elementy konstrukcji pojazdów, które są obiektywnie najbardziej efektywne.
19. **Zasadnym wydaje się dokonanie zmiany proporcji wagowej poprzez przyznanie maksymalnej liczby punktów ofercie oferującej nadwozie zabezpieczone antykorozyjnie kateforezą jako bardziej niezwodną formą technologii zabezpieczenia antykorozyjnego z zachowaniem większej żywotności jak i parametrów wytrzymałościowych stali stopowej.**

III. Opis kryterium oceny ofert w ramach podkryterium T5

20. Zamawiający w Rozdziale XVII pkt 2.1.2. ppkt 1 SWZ określił kryterium oceny ofert T1 w brzmieniu:

T5	Szyba czołowa dzielona w pionie na prawą i lewą	2
	Szyba czołowa nie dzielona	0

21. Kryterium w powyższym brzmieniu nie jest natomiast związane w żaden sposób z polepszeniem jakości zamawianych pojazdów.
22. **Po pierwsze**, sztuczny podział szyby przedniej na dodatkowe części wpływa negatywnie na komfort oraz bezpieczeństwo kierowania pojazdem. Podział szyby wiąże się z koniecznością zamontowania dodatkowych słupków w narożnikach autobusu elektrycznego, które przesłaniają kierowcy najbardziej newralgiczny punkt obserwacji pojazdu podczas manewrowania na przystankach, jak i podczas włączania się do ruchu.
23. **Po drugie**, wymiana kompletu szyb będzie wiązała się z koniecznością poniesienia większych kosztów, niż w przypadku szyby dzielonej na dolną i górną lub szyby niedzielonej.
24. Określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert pozostaje zatem bez realnego związku z polepszeniem aspektów jakościowych lub eksploatacyjnych pojazdu – kryterium jest jedynie formalnie związane z przedmiotem zamówienia, jednakże faktyczne dotyczy elementu wyposażenia nie mającego pozytywnego wpływu na kierowanie pojazdem.
25. Taki opis kryterium ponownie sugeruje preferowanie konkretnego wykonawcy, który posiada w swojej ofercie pojazdy właśnie z taką szybą, tj. Solaris Bus & Coach Sp. z o.o..
26. **Wykonawca wnosi o zmianę opisu kryterium w następujący sposób:**

"Szyba czołowa dzielona (w pionie lub poziomie) – 2 punkty,

Szyba czołowa niedzielona – 0 punktów"

IV. Opis kryterium oceny ofert w ramach podkryterium T13

27. Zamawiający w Rozdziale XVII pkt 2.1.2. ppkt 1 SWZ określił kryterium oceny ofert T13 w brzmieniu:

T13	Spełnia warunki Regulaminu EKG ONZ nr 93. Zamawiający wymaga aby wskazany wymóg został dołączony stosownym dokumentem do oferty jako przedmiotowy środek dowodowy.	2
	Nie spełnia warunków Regulaminu EKG ONZ nr 93	0

28. W Rozdziale X ust. 4 Regulaminu wskazano:

4. **Przedmiotowe środki dowodowe:**

1) Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

g) Homologacji potwierdzającej spełnienie Regulaminu nr 93 EKG ONZ lub nowszy (jeżeli dotyczy);

29. **Po pierwsze**, przedmiotowy Regulamin nr 96 dotyczy pojazdów ciężarowych, a nie autobusów elektrycznych, które stanowią przedmiot niniejszego zamówienia (M3). Kryterium nie jest zatem w żaden sposób związane z przedmiotem zamówienia.

30. **Po drugie**, celem określonego kryterium oceny ofert jest premiowanie pojazdów, które pozwalają na zapewnienie zwiększonego bezpieczeństwa oferowanego pojazdu – zabezpieczenie przed wjechaniem pod jego przód. Zamawiający dąży do potwierdzenia certyfikatem spełnienia dodatkowych warunków ochrony dla kierowcy w przypadku zderzeń. Brak jest zatem podstaw, aby wykazanie spełnienia tych standardów odbywało się wyłącznie poprzez dokument wydany przez certyfikowaną jednostkę. Wykonawca powinien mieć możliwość udowodnienia tej okoliczności innymi dokumentami, które nie są związane z procedurą określoną w Regulaminie nr 96 (który został wydany na potrzeby certyfikacji zupełnie innych pojazdów – samochodów ciężarowych).

31. Brak możliwości przedstawienia równoważnego przedmiotowego środka dowodowego prowadzi bowiem do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 105 ust. 3 i 4 ustawy Pzp:

"3. Jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia."

32. Opis kryterium oceny ofert w obecnym kształcie w sposób ewidentny narusza przepisy ustawy Pzp.

33. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza:

"żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stąd też przy formułowaniu tego typu wymagań zamawiający musi pamiętać, że wskazane przez niego żądanie złożenia konkretnego środka dowodowego na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez niego wymagania, cechy lub kryteria, musi mieć charakter obiektywny, podyktowany np. zakresem czy też skomplikowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy zapewnienia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone wymagania.

Wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia przedmiotowe środki dowodowe powinny zatem być odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie mogą prowadzić do naruszenia zasad określonych w p.z.p., m.in. zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu." (KIO 1320/21)

34. W doktrynie natomiast formułowane jest stanowisko, zgodnie z którym:

"Bardzo ważną regułą jest zakaz żądania przedmiotowych środków dowodowych, jeśli miałoby to wpływ na ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Tego typu żądanie wprost przełoży się na ograniczenie konkurencji, ponieważ uzależnia możliwość ubiegania się o zamówienie od woli wystawienia stosownego oświadczenia dla konkretnego wykonawcy." (Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2024)

35. **Wykonawca wnosi o:**

- a. **wykreślenie tego kryterium jako nieodnoszącego się do budowy autobusów; lub**
- b. **ewentualnie zmianę kryterium poprzez punktowanie konkretnych cech lub funkcjonalności pojazdu bez odnoszenia się do Regulaminu nr 96 w dopuszczenie wykazania tych cech poprzez inne dokumenty niż Świadectwa Homologacji.**

36. Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi jak na wstępie.

* * *

Odwołujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 522 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady Postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

* * *

Załączniki:

- 1) informacja o publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) pełnomocnictwo od Odwołującego do wniesienia odwołania;
- 3) odpis z KRS dla Odwołującego;
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.