

Bolechowo-Osiedle, dnia 27 maja 2021 r.

**Zamawiający: Przedsiębiorstwo Komunikacji
Metropolitalnej sp. z o.o.**

ul. Parkowa 3, 42-622 Świerklaniec
e-mail: biuro@pkm-swierklanec.pl,
technika@pkm-swierklanec.pl

Odwołujący: Solaris Bus & Coach sp. z o.o.

ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle
62-005 Owińska
e-mail: piotr.antoszek@solarisbus.com,
wladzimierz.kaplon@solarisbus.com

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę 25 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich, niskopodłogowych o napędzie spalinowym dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Metropolitalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*”, nr postępowania 2/ZPS/PKMS/05/2021, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane Dzienniku Urzędowym UE w dniu 17 maja 2021 r. pod nr 2021/S 094-248414

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy **Solaris Bus & Coach sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu** (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Solaris**”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**PZP**”) wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Metropolitalnej sp. z o.o. siedzibą w Świerkłańcu** (dalej jako „**Zamawiający**”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę 25 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich, niskopodłogowych o napędzie spalinowym dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Metropolitalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*” (dalej jako „**Postępowanie**”), polegającej na ukształtowaniu w sposób niezgodny z przepisami PZP postanowień specyfikacji warunków zamówienia („**SWZ**”) w zakresie, w jakim:

- 1) wymagają złożenia wraz ofertą przedmiotowych środków dowodowych obejmujących:
 - a. raport techniczny drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) – pkt V.1 ppkt 1.2 SWZ;
 - b. aktualnego na dzień składania ofert świadectwa homologacji wraz z załącznikami oferowanego typu pojazdu wydane przez właściwego ministra – pkt V.1 ppkt 1.3 SWZ;



- c. aktualnego świadectwa homologacji typu pojazdu WE oferowanego pojazdu wydanego przez uprawnioną jednostkę, zawierającego spełnienie warunków granicznych normy Euro 6 (test WHTC), wartości poszczególnych emisji zanieczyszczeń (spalin) dla tlenków węgla, węglowodorów, tlenków azotu, cząstek stałych oraz parametrów silnika i skrzyni biegów – pkt V.1 ppkt 1.4 SWZ.
- 2) w opisie pozacenowego kryterium oceny ofert przewidują przyznanie punktów dla autobusu posiadającego homologację na dzień składania ofert, a nie na moment realizacji dostaw – pkt XVI ppkt 4.2 (kryterium T7) SWZ.

Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 3) **art. 105 ust. 1 i art. 106 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP** poprzez niezasadne żądanie złożenia wraz z ofertą dokumentów wymienionych w pkt 1) lit. a) – c) powyżej w sytuacji, gdy nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie spowoduje istotne ograniczenie konkurencyjności Postępowania poprzez uniemożliwienie złożenia oferty przez podmiot oferujący pojazdy zgodne z wymogami OPZ i posiadającymi wymagane świadectwa homologacji oraz raport techniczny drogowego zużycia paliwa przed terminem realizacji dostaw;
- 4) **art. 240 ust. 2, art. 241 ust. 2, art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z art. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP** poprzez zastrzeżenie przyznania w kryterium T7 12 punktów w przypadku zaoferowania autobusu posiadającego na dzień złożenia oferty posiadający homologację, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia, tj. dostawa autobusów, ma być zrealizowany do 30 grudnia br. i to do tego czasu wykonawcy powinni uzyskać homologację, a tym samym kryterium nie odnosi się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia, a ponadto skutkuje nierównym traktowaniem wykonawców oferujących pojazdy zgodne z OPZ, lecz które są w trakcie procedury uzyskiwania homologacji, lecz będą posiadały aktualne świadectwo homologacji na moment realizacji dostaw.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP zmiany treści SWZ poprzez:

1. wykreślenie obowiązku złożenia dokumentów określonych w pkt 1) lit. a) – c) powyżej i zastrzeżenie w projekcie umowy obowiązku złożenia tych dokumentów niezwłocznie po ich uzyskaniu, ale nie później niż na 7 dni przed terminem dostawy pojazdów lub dopuszczenie zastąpienia tych dokumentów oświadczeniem wykonawcy, z którego będzie wynikał obowiązek ich złożenia w ww. terminie;



2. zmianę brzmienia w kryterium T7 w ten sposób, że uwzględnia posiadanie homologacji na moment realizacji dostaw.

Ponadto wnoszę o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący jest czołowym europejskim dostawcą autobusów, a jednocześnie pierwszym w Europie producentem autobusów z napędem hybrydowym, które oferuje od 2006 r. Solaris ma w swojej ofercie pojazdy spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, jednakże wskutek zawarcia w SWZ niedopuszczalnych, nieproporcjonalnych w stosunku do potrzeb Zamawiającego i niezgodnych z przepisami PZP wymogów odnośnie dokumentów przedmiotowych, które należy złożyć wraz z ofertą, nie będzie mógł złożyć oferty, a tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia.

Powyższe przesądza, że Odwołujący – jako podmiot spełniający warunki udziału w postępowaniu oraz oferujący pojazdy zgodne z przedmiotem zamówienia – posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP¹.

Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania

Wskutek wskazanych wyżej naruszeń przepisów Zamawiający przeprowadzi Postępowanie w sposób naruszający wyżej wskazane przepisy PZP podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, a przez to – jak wskazano powyżej – uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o

¹ W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się przy tym, że uprawnienie do złożenia odwołania wobec postanowień SWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przykładowo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 stycznia 2017 r. (sygn. KIO 21/17), na etapie publikacji SWZ „wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”.



udzielenie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia mają bezpośredni i istotny wpływ na wynik Postępowania.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ zostały opublikowane na stronie Zamawiającego w dniu 17 maja br. Tym samym odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 509 ust. 2 PZP.

Uzasadnienie


1. Uwagi wstępne odnośnie specyfiki zamówień na dostawy autobusów

- 1.1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 25 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich z napędem spalinowym (silnik diesla), które dodatkowo mogą działać w technologii MildHybrid, tj. z napędem wspomagany układem elektrycznym (parametr dodatkowo punktowany w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert – w istocie jednak niemożliwe jest zaoferowanie innego pojazdu, o czym mowa w pkt. 3). O ile w przypadku pojazdów osobowych jest to rozwiązanie coraz powszechniejsze, to odniesieniu do autobusów na rynku polskim oferuje je obecnie trzech producentów: Solaris, MAN i Mercedes.
- 1.2. Już na wstępie należy podkreślić, że w przypadku dostaw autobusów – inaczej niż w przypadku zamówień np. na samochody osobowe – producenci nie posiadają już gotowych do zaoferowania pojazdów (na tzw. stocku) w tak dużej ilości (a zwłaszcza tak znacznej, jak objęta przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach Postępowania), lecz przystępują do realizacji zamówienia dopiero po jego udzieleniu. Każde zamówienie jest bowiem odmienne: zarówno co do liczby nabywanych pojazdów, specyfikacji technicznej czy terminu dostaw. Żaden wykonawca nie podejmuje się ryzyka wyprodukowania pojazdów „awansiem”, bowiem ich późniejsza sprzedaż może okazać się niemożliwa lub nierentowna (na ogół warunki kolejnych postępowań dostosowane są do indywidualnych potrzeb zamawiających i tym samym eliminują możliwość zaoferowania już wyprodukowanych pojazdów zgodnie z wymogami innego, wcześniejszego zamówienia).
- 1.3. Również zamawiający są świadomi tych uwarunkowań i dlatego przyjmowane w warunkach zamówienia terminy dostaw wynoszą średnio ok. pół roku. Taki termin obowiązuje w Postępowaniu: **termin realizacji całości zamówienia upływa w 30 grudnia br.** (pkt IV.1 SWZ), tj. 6,5 miesiąca względem terminu składania ofert.



- 1.4. Realizacja zamówień nie tylko musi być zgodna z terminami dostaw określonymi przez zamawiających, ale dostarczane pojazdy muszą też odpowiadać obowiązującym przepisom. W praktyce obecnie największym wyzwaniem dla producentów jest sprostanie ciągle zaostrzanym normom emisji spalin. Dla obecnie produkowanych autobusów konieczne jest zachowanie zgodności z normą EURO 6 poziom D, jednakże od 2022 r. obowiązywać będzie norma EURO 6 poziom E przewidująca wyższe wymagania odnośnie emisji spalin.
- 1.5. Średnio wymagania co do norm ulegają zaostrzeniu co półtora roku – dwa lata. Wymaga to prowadzenia nieustannych prac rozwojowych nad oferowanymi rozwiązaniami. Jeżeli zakończą się one powodzeniem i umożliwią wyprodukowanie pojazdu spełniającego nowo obowiązującą normę, wówczas konieczne jest jeszcze uzyskanie homologacji, która potwierdzi zgodność typu pojazdu z obowiązującymi przepisami (w tym ww. normami) i warunkuje jego dopuszczenie do ruchu.
- 1.6. Proces uzyskiwania homologacji jest długotrwały, skomplikowany i kosztochłonny. Dodatkowo uległ wydłużeniu w okresie epidemii. Co ważne, homologacja jest wymagana nie tylko w przypadku całkowicie nowego pojazdu, lecz również w przypadku jego ulepszonej wersji, np. posiadającej udoskonalony napęd, dostosowany do nowej normy emisji spalin. Tak (bardzo pobieżnie zarysowana) problematyka jest kluczowa do zrozumienia zarzutów odwołania odnoszących się do wymagań Zamawiającego, które są nieproporcjonalne w stosunku do jego potrzeb, a ponadto skutkować będą otrzymaniem oferty tylko od jednego wykonawcy.

2. Wymagania SWZ dotyczące homologacji i emisji spalin oraz odnoszące się do sposobu przygotowania oferty

- 2.1. Zgodnie z pkt. III.4 ppkt 1) lit. b SWZ „oferowane autobusy, najpóźniej w dniu złożenia oferty muszą posiadać aktualne „Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu” wraz z załącznikami potwierdzające bezwarunkowe udzielenie homologacji, wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w szczególności na podstawie ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym oraz Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep oraz ich przedmiotów wyposażenia lub części (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 1475)”. Ponadto w Załączniku nr 2 – OPZ, pkt 3 „Silnik” wskazano, że „zużycie paliwa nie większe niż 35 l/100 km potwierdzone na podstawie raportu technicznego drogowego zużycia paliwa SORT 2 wykonanego przez certyfikowaną jednostkę badawczą”.
- 

2.2. W celu potwierdzenia zgodności oferty z ww. wymogami Zamawiający w pkt. V 1.3 i 1.4 SWZ wymaga, by do oferty załączono:

1.2. *Raport Techniczny drogowego zużycia paliwa (test SORT 2) przez oferowany autobus (w kompletacji i wyposażeniu identycznym z dostarczonym pojazdem za wyjątkiem różnic co do opon, o ile zachowane są te same specyfikacje, wielkości i osiągi). Raport powinien być wykonany wg wytycznych UITP2. Dokument ten należy złożyć w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.*

1.3 *Aktualnego na dzień składania ofert świadectwa homologacji wraz z załącznikami oferowanego typu pojazdu wydane przez właściwego ministra. Aktualność w/w świadectwa określa Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep oraz ich przedmiotów wyposażenia lub części (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 1475).*

1.4. *Aktualnego świadectwa homologacji typu pojazdu WE oferowanego pojazdu wydanego przez uprawnioną jednostkę, zawierającego spełnienie warunków granicznych normy Euro 6 (test WHTC), wartości poszczególnych emisji zanieczyszczeń (spalin) dla tlenków węgla, węglowodorów, tlenków azotu, cząstek stałych oraz parametrów silnika i skrzyni biegów.*

2.3. Tym samym Zamawiający oczekuje, aby najpóźniej z dniem składania ofert, tj. 16 czerwca br. (upływającym zaledwie 30 dni po publikacji SWZ), wykonawcy dysponowali wymaganym świadectwem homologacji oraz testami zużycia paliwa dla oferowanego pojazdu, pomimo że termin realizacji umowy upływa za ponad pół roku.

2.4. W ten sposób efektywnie wyeliminowano pojazdy, jak oferowany przez Odwołującego pojazd typu Urbino 12 Hybrid, który spełnia wszystkie wymagania określone w OPZ i posiada homologację typu, lecz jednocześnie jego najbardziej rozwojowa wersja – odpowiadająca wymogom SWZ – jest wciąż w trakcie procedur homologacyjnych. W konsekwencji przed upływem terminu składania ofert Odwołujący nie zdąży przedstawić aktualnego świadectwa homologacji dla najnowszej wersji pojazdu, którą zamierza zaoferować, podczas gdy będzie nim dysponować już na etapie realizacji dostaw.

2.5. Raz jeszcze należy podkreślić, że procedury homologacyjne, które z założenia są procesem złożonym i długotrwałym, uległy dodatkowemu wydłużeniu z uwagi na epidemię. Powyższe znacznie utrudnia działalność producentów, którzy muszą z jednej



strony nieustannie opracowywać nowe rozwiązania zgodne z kolejnymi normami, z drugiej zaś uzyskiwać na nie wymagane homologacje.

- 2.6. Podobne zastrzeżenia należy zgłosić wobec wymogu przedstawienia testu SORT-2. Aby te testy zostały prawidłowo przeprowadzone, potrzebne są odpowiednie warunki pogodowe, które pojawiają się dopiero w okresie wiosenno-letnim.

3. Ograniczona liczba producentów pojazdów zgodnych z OPZ

- 3.1. Istotną okolicznością, którą należy wziąć pod uwagę przy ocenie zarzucanych naruszeń, w tym ich wpływu na wynik Postępowania, jest możliwość złożenia oferty wyłącznie przez trzech producentów.
- 3.2. Co prawda możliwe jest zaoferowanie pojazdu bez silnika hybrydowego (parametr dodatkowo punktowany w ramach kryterium pozacenowego), lecz jednocześnie maksymalne spalanie autobusu nie może przekroczyć 35 l / 100 km (poz. 3 OPZ), zaś silnik powinien mieć pojemność od 7,5 dm³ do 11 dm³. Tymczasem na rynku nie występują pojazdy, które przy tej pojemności silnika oferują spalanie na poziomie określonym przez Zamawiającego bez zastosowania modułu hybrydowego.
- 3.3. W konsekwencji wymogi SWZ spełniają jedynie następujące pojazdy wymienionych wyżej producentów: Lion's City Efficient Hybrid (MAN), Urbino 12 Hybrid (Solaris) oraz Citaro Hybrid (Mercedes). Jednocześnie Mercedes w szeregu ostatnio prowadzonych postępowań wielokrotnie wnosił o wydłużenie terminu dostaw do co najmniej 7 miesięcy, wskazując, że termin 5-6-miesięczny jest zbyt krótki, w szczególności z uwagi na problemy z dostawą komponentów przez poddostawców.

4. Niezgodność skarżonych postanowień z przepisami PZP. Wymagania stosowane przez innych zamawiających w zakresie homologacji

- 4.1. Żądania niniejszego odwołania mają na celu doprowadzenie do takiej modyfikacji treści SWZ, dzięki której będzie dopuszczalne wykazanie, że oferowane pojazdy posiadają aktualną homologację oraz test SORT 2 już na etapie realizacji umowy, lecz przed upływem terminu dostaw. Takie rozwiązanie nie jest autorską propozycją Odwołującego, lecz opiera się na postanowieniach SWZ stosowanych przez innych zamawiających. Jedynie tytułem przykładu można zwrócić uwagę na następujące postępowania:

- 1) Przetarg MZA Warszawa na dostawę 160 nowych gazowych autobusów miejskich (pkt 2 OPZ)



„Wykonawca zobowiązany jest w celu potwierdzenia, że oferowany autobus spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, dostarczyć na wezwanie Zamawiającego, osobno dla każdego typu autobusu:

2.1. Kopię «Świadectwa homologacji typu pojazdu» oferowanego typu autobusu, z uwzględnieniem zgodności wariantu i wersji, o którym mowa w pkt. 1.4, wydanego przez ministra właściwego do spraw transportu, potwierdzającego bezwarunkowe udzielenie homologacji, to jest spełnianie warunków określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r., Nr 32, poz. 262, z późniejszymi zmianami, tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 951), wymaganych dla dopuszczenia do ruchu bez żadnych odstępstw lub kopię aktualnego europejskiego «Świadectwa homologacji typu», wydanego dla oferowanego typu autobusu zgodnie z obowiązującymi przepisami. **W przypadku gdy konieczne jest uaktualnienie posiadanego przez Wykonawcę dokumentu dla konkretnego oferowanego autobusu, Zamawiający dopuszcza możliwość załączenia do oferty dokumentu posiadanego wraz ze zobowiązaniem dostarczenia właściwego „Świadectwa homologacji typu pojazdu” niezwłocznie po jego uzyskaniu, nie później niż na 10 dni przed terminem dostawy pierwszej partii autobusów.”**

2) Przetarg MZK Gorzów na dostawę dwóch fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów klasy maxi (wyjaśnienia i zmiana SIWZ):

„**Pytanie 29.** Zamawiający w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, w punkcie 2.1 tabeli pisze: „...Wymagane jest potwierdzenie kwalifikacji napędu jako hybrydowego świadectwem homologacji.” Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia świadectwa homologacji (lub jego odpisu) przed dostawą autobusów?

Odp. 29 Zamawiający potwierdza, że Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia homologacji przed dostawą autobusów

Pytanie 30. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w punkcie XV. A. 2.2. Ip. 6. w tabeli pisze: „Wykonawca zobowiązany dołączyć do oferty wyniki badań zużycia paliwa zgodnie z procedurą SORT-2 zgodnie z wymaganiami określonymi przez UITP (Znormalizowany Test Jezdny, Standardised On-Road Test, wyd. 2014r.: UITP Project Sort”. Czy Zamawiający zgodzi się na to, żeby wykonawca złożył w ofercie oświadczenie o zużyciu paliwa



zaoferowanych autobusów, a wyniki badań przeprowadzonych zgodnie z procedurą SORT- 2 z wynikiem nie wyższym od zadeklarowanego dostarczył przed dostawą autobusów?

Odp.30 Zamawiający potwierdza, że zgodzi się na to, żeby wykonawca złożył w ofercie oświadczenie o zużyciu paliwa zaoferowanych autobusów, a wyniki badań przeprowadzonych zgodnie z procedurą SORT-2 z wynikiem nie wyższym od zadeklarowanego dostarczył przed dostawą autobusów."

3) Przetarg PKM w Gliwicach na dostawę piętnastu fabrycznie nowych niskopodłogowych przegubowych autobusów komunikacji (wyjaśnienia i zmiana SIWZ):

„Pytanie nr 68: (...) Dodatkowo Zamawiający wymaga, aby do oferty załączyć kopię aktualnego «Świadectwa Homologacji Typu Pojazdu» lub «Świadectwa Homologacji Typu Pojazdu WE», wraz z załącznikami. Prosimy o wyrażenie zgody aby Wykonawca nie musiał załączać do oferty kopii homologacji silnika jak również prosimy o dopuszczenie możliwości przekazania kopii aktualnego Świadectwa Homologacji Typu Pojazdu na 7 dni przed planowaną dostawą autobusów do Zamawiającego.

Odpowiedź nr 68: Zamawiający wyraża zgodę na wniosek Wykonawcy."

4) Przetarg MPK Łódź na najem 51 sztuk autobusów niskopodłogowych (wyjaśnienia i zmiana SIWZ):

„PYTANIE NR 42: (...) Czy Zamawiający dopuści, aby spełnienia wymagań określonych w Regulaminie nr 66 EKG ONZw zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich było potwierdzone zapisem w Świadectwie Homologacji danego oferowanego pojazdu, które zostanie przedłożone Zamawiającemu?

ODPOWIEDŹ NR 42: Zamawiający odstępuje od wymogu złożenia wraz z ofertą:
- wyciągu ze świadectwa homologacji dla pojazdu z zespołem napędowym zamontowanym w oferowanym pojeździe, potwierdzającego poziom emisji związków toksycznych co najmniej NOx, PM oraz THC oraz - dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowany autobus wymagań określonych w Regulaminie nr 66 EKG ONZ w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich. W związku z udzieloną odpowiedzią Zamawiający dokonuje poniższych zmian w treści SWZ."

Dowód: wyciąg z OPZ oraz wyjaśnienia do SIWZ udzielone w ramach ww. postępowań



- 4.2. Takie rozwiązanie jest niewątpliwie zgodne z przepisami PZP. Potwierdza to również orzecznictwo Izby, która w wyroku z dnia 31 lipca 2020 r. KIO 1494/20 stwierdziła, że „przepis art. 30b p.z.p. [obecnie art. 105 PZP – przyp. własny] wskazując na możliwość wymagania przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez jednostkę jako środka dowodowego, potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia, nie narzuca terminu, w jakim takie dokumenty miałyby być składane. **W związku z tym zamawiający mógł określić termin, w jakim dokumenty te mają być złożone, na okres realizacji zamówienia.**”²
- 4.3. Zamawiający może bowiem (i tak zresztą uczynił – zob. § 10 ust. 1 i 2 Umowy) zabezpieczyć swój interes poprzez wprowadzenie kar umownych za opóźnienie w dostawie pojazdów zgodnych z OPZ czy też zastrzegając sobie prawo odstąpienia w przypadku zbyt niewykonania ww. obowiązku w określonym terminie. Natomiast wprowadzenie zmian żądanych przez Odwołującego jedynie zwiększy konkurencyjność postępowania, bowiem umożliwi Zamawiającemu uzyskanie co najmniej dwóch ofert, podczas gdy obecnie może to zrobić tylko jeden wykonawca – bez jednoczesnego uszczerbku dla interesu Zamawiającego.
- 4.4. Dlatego skarżone postanowienia są niezgodne z przepisami PZP. Przede wszystkim naruszają wyrażoną w art. 16 PZP zasadę proporcjonalności, bowiem stawiają wobec wykonawców wymogi, które efektywnie uniemożliwiają im udział w Postępowaniu, a jednocześnie i tak nie wyeliminują ryzyka, że wybrany wykonawca ostatecznie zaoferuje przedmiot niezgodny z umową. Nietrafny jest więc spotykany nieraz pogląd, że zamawiający ma prawo oczekiwać wykazania już na etapie składania ofert, że oferowany pojazd posiada homologację, właśnie w celu uniknięcia ryzyka, że homologacja nie zostanie uzyskana do terminu dostaw. Stanowisko opierające się na tak formalistycznym podejściu dodatkowo straciło na aktualności z uwagi na konsekwencje wynikające z pandemii, a które znacząco wpłynęły na czas trwania procedur administracyjnych. Tym bardziej zasadne jest dopuszczanie rozwiązań alternatywnych, które umożliwią oferowanie rozwiązań zgodnych z prawem (w tym: posiadającymi aktualne świadectwa), przy jednoczesnym zapewnieniu dostatecznej ochrony interesu Zamawiającego.
- 4.5. Temu przede wszystkim służą przewidziane w PZP mechanizmy związane z weryfikacją podmiotową wykonawców, które mają na celu zapewnienie, że udział w Postępowaniu

² Por. również spostrzeżenia Izby zawarte w wyroku dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt KIO 775/17.



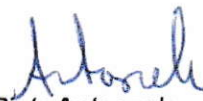
wezmą wykonawcy wiarygodni i dający rękojmię należytego wykonania umowy. Drugim, komplementarnym rozwiązaniem, są wspomniane wyżej sankcje za nienależyte wykonanie zamówienia. Określając warunki udziału w Postępowaniu, podstawy wykluczenia związane z brakiem wiarygodności zawodowej wykonawcy, jak i poprzez stosowne mechanizmy kontraktowe, Zamawiający może zabezpieczyć swój interes w sposób proporcjonalny do uzasadnionych potrzeb, bez jednoczesnego nieuprawnionego ograniczania konkurencji, a do czego obecnie doprowadził.

- 4.6. Dlatego równocześnie naruszona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zaskarżone postanowienia w obecnym kształcie powodują, że producent, który w terminie składania ofert oferuje pojazdy już posiadające homologację, uzyskuje przewagę nad konkurentami, którzy jeszcze tych procedur nie zakończyli, lecz jednocześnie zapewniają, że w momencie dostaw pojazdy też będą posiadały odpowiednie świadectwa. W obecnym przypadku przewagę taką uzyskał MAN nad Odwołującym, ale nie można wykluczyć – a jest wręcz bardzo prawdopodobne – że w innym przetargu na dostawę autobusów to Solaris okaże się jedynym wykonawcą posiadającym aktualne homologacje na pojazdy odpowiadające wymogom SWZ (jest to o tyle prawdopodobne, że trwające procedury homologacyjne mają na celu potwierdzenie zgodności z obowiązującą od przyszłego roku normą EURO 6 poziom E, czyli wyprzedzającego dostosowania się do normy jeszcze nieobowiązującej).
- 4.7. Dodatkowo Zamawiający stawiając warunek złożenia wraz z ofertą świadectwa homologacji oferowanego typu autobusu naraża się na potencjalne ryzyko, że wybrany wykonawca, który będzie miał dostarczyć autobusy do 30 grudnia br. może natrafić na problemy z dostawą nawet z przyczyn od niego niezależnych (wiele takich przypadków miało miejsce w ostatnim roku podczas trwania epidemii Covid-19), a zaledwie dwa dni później, tj. z 1 stycznia 2022 r. te same autobusy - jeżeli będą posiadały silniki spełniające jedynie normę czystości spalin EURO 6 poziom D (ale już nie poziom E), mogą okazać się niemożliwe do zarejestrowania. Właśnie dlatego dysponowanie aktualnym świadectwem homologacji typu autobusu na dzień składania ofert nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia – z punktu widzenia Zamawiającego kluczowe jest, aby świadectwo było aktualne na moment dostawy autobusów i tym pozwoliło uniknąć powyższego ryzyka.
- 4.8. Wszystkie te uwagi znajdują odpowiednie zastosowanie również do pozacenowego kryterium oceny ofert T7, w którym niezasadnie premiowane jest oferowanie pojazdów już obecnie posiadających homologację w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma zostać zrealizowany ponad pół roku po terminie składania ofert, a tym samym dostarczone autobusy – obecnie w trakcie homologacji – już wówczas będą ją posiadać. Obecnie

zatem kryteria ocen w istocie nie korespondują w prawidłowy sposób z przedmiotem zamówienia, natomiast niezasadnie faworyzują wykonawcę obecnie posiadającego homologację (podczas gdy, jak wspomniano w pkt 4.6, w przypadku opóźnień, już z początkiem kolejnego roku może się okazać, że autobusy nie mogą być zarejestrowane i tym samym przyjęte do eksploatacji przez Zamawiającego).

- 4.9. Odwołujący jest czołowym europejskim producentem autobusów, który, w jego uzasadnionym przekonaniu, oferuje rozwiązania korzystniejsze od konkurencji, jednak nie będzie mógł złożyć oferty wyłącznie z powodu chwilowego braku dokumentu potwierdzającego, że dostawy – realizowane za ponad pół roku względem terminu składania ofert – będą zgodne z obowiązującymi przepisami. Kolejny raz potwierdza się spostrzeżenie, że najefektywniejszym sposobem ograniczenia konkurencji w sposób pozornie zgodny z przepisami PZP jest wprowadzenie nieadekwatnych, nieproporcjonalnych i w istocie zbędnych (na danym etapie postępowania) dokumentów, co skutecznie pozwala wyeliminować określonych wykonawców.
- 4.10. Solaris zwrócił uwagę na ww. nieprawidłowości, składając wniosek o wyjaśnienie SWZ już następnego dnia po ogłoszeniu specyfikacji, pozostając w przekonaniu, że Zamawiający może nie zdawać sobie sprawy z konsekwencji obecnie skarżonych postanowień. Brak reakcji ze strony Zamawiającego zmusił Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, co – z uwagi na obecnie przedłużające się postępowania odwoławcze (trwające często dłużej niż półtora miesiąca) – może ostatecznie skutkować koniecznością znacznego przesunięcia terminu składania ofert.
- 4.11. Podsumowując, producenci, którzy oferują rozwiązania zgodne z SWZ, powinni mieć zapewnioną możliwość konkurencji parametrami oferowanych pojazdów (przyjęte w Postępowaniu pozacenowe kryteria oceny ofert w znacznym stopniu premiuje rozwiązania innowacyjne) oraz ceną, co obecnie zostało niektórym z nich uniemożliwione.

Wobec powyższego wnoszę jak we wstępie.


dr Piotr Antoszek
radca prawny

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
4. OPZ w przetargu MZA Warszawa (wyciąg);
5. Wyjaśnienia do SIWZ udzielone przez MZK Gorzów, PKM Gliwice i MPK Łódź (wyciągi);
6. Dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.