

prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała
Radca prawny

Andrzej Sokołowski
Radca prawny

dr Marcin Chomiuk
Radca prawny

Maciej Chrzan, LL.M.
Radca prawny

Wojciech Bazan
Adwokat

Jakub Majewski
Adwokat

Wojciech Merkwa
Radca prawny

Jakub Abramowicz
Adwokat

Adrian Andrychowski
Adwokat

Magdalena Bartnik
Adwokat

Małgorzata Daniluk
Radca prawny

Dorota Dąbrowska
Doradca podatkowy

Michał Drozdowicz
Radca prawny

Piotr Duma
Radca prawny

Iwo Franaszczyk
Adwokat

dr Łukasz Goniak
Adwokat

Konrad Gortad
Adwokat

Arkadiusz Górski
Adwokat

Daria Gromotka
Radca prawny

Maciej Grzybowski
Radca prawny

Jakub Oliver Hottewitzsch
Adwokat

Michał Jagielski
Ekspert podatkowy

Katarzyna Jakubowska-Kaleta
Radca prawny

Zbigniew Jara
Radca prawny / Rechtsanwalt

Barbara Kaczała
Radca prawny

Ewelina Kęciek
Adwokat

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

Artur Krepa
Radca prawny

dr Jacek Kudła, LL.M.
Radca prawny

dr hab. Bogusław Lackoroński
Radca prawny

Marcin Lewiński
Adwokat

Maria Łabno
Adwokat

Jaśmina Łyczewska
Adwokat

Karol Macias
Radca prawny

Anna Matusiak-Wekiera
Radca prawny

Ewa Mońdział
Radca prawny

Mariusz Nowakowski, MLE
Adwokat

Anna Nowodworska
Adwokat

dr Joanna Ostojńska-Kołodziej
Adwokat

Emilia Putra
Radca prawny

Wiktor Rainka
Adwokat

Justyna Solarzka
Adwokat

Honorata Twaróg
Radca prawny

Michał Urbański
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Kinga Zagrajek
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, 10 lipca 2023 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

EvoBus Polska Sp. z o.o.

ul. Aleja Katowicka 46, 05-830 Wolica
KRS: 0000054455

reprezentowany przez:

r.pr. Wojciecha Merkwę
adw. Łukasza Goniaka

adres do doręczeń:

JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa
tel: +48 22 246 00 30

adres poczty elektronicznej:

e-mail: wojciech.merkwa@jdp-law.pl
lukasz.goniak@jdp-law.pl

Zamawiający:

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie

ul. Grochowska 316/320, 03-839 Warszawa
osoba do kontaktu:

adres poczty elektronicznej:

Sylwia Gromek

zamowienia@ztm.waw.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy – EvoBus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy („**Odwołujący**”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest „*Zakup 12 autobusów o napędzie elektrycznym*” (nr postępowania: 038/2023/FZ, „**Postępowanie**”) prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie („**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („**Pzp**”):

I. wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”) w zakresie:

- (1) Załącznika nr 1 do SWZ – Szczegółowe wymagania techniczne dla autobusów, tj.:
- pkt 5.1
 - pkt 5.2
 - pkt 5.3
 - ppkt 5.3.1
 - ppkt 5.3.3.
 - pkt 5.8.9
 - pkt 16.2
 - pkt 43.3.2. w zw. z. rozdziałem XV pkt 2.5 SWZ.

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów tj.:

- (1) **art. 99 ust. 4, 5, 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi, w szczególności poprzez:
- określenie w pkt. 5.1, 5.2 i 5.3 Załącznika nr 1 do SWZ parametrów baterii trakcyjnej, wskazujących konkretny produkt (baterię trakcyjną stosowaną u określonego producenta) - parametry te nie są parametrami uniwersalnymi i pozostają właściwe tylko dla jednego dostawcy na rynku;
 - określenie w pkt. 43.3.2 Załącznika nr 1 do SWZ (i następnie w kryterium oceny ofert w rozdziale XV pkt 2.5 SWZ) konieczności wyposażenia baterii trakcyjnej w linię detekcyjną, pełniącą funkcję detekcyjną i sygnalizacyjną, podczas gdy takie rozwiązanie znacząco zawęży krąg producentów, a przez to wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, zaś samo rozwiązanie nie wprowadza wymiernych korzyści w zakresie przedmiotu zamówienia;
- (2) **art. 99 ust. 2, 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, pozostaje sprzeczny z obowiązującymi regulacjami, formułuje nadmierne i nieuzasadnione wymagania, a przez to utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego realizacji, w szczególności poprzez:
- zawarcie w treści Załącznika nr 1 do SWZ w pkt 16.2, 16.2.1, 16.2.2, 16.2.3. wymogu spełnienia warunków wynikających z Regulaminu nr R29 EKG ONZ i/lub Regulaminem R93 EKG ONZ, podczas gdy powyższe regulaminy nie dotyczą swoim zakresem autobusów miejskich, a wyłącznie pojazdów ciężarowych, co

wyklucza możliwość zastosowania się do ich wytycznych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia;

- postawienie w pkt. 5.3.3. oraz 5.8.9 Załącznika nr 1 do SWZ wymogu wyposażenia dostarczanych autobusów w baterie trakcyjne o dużej mocy ładowania tj. min 500 kW (moc wejścia na autobus), podczas gdy baterie o takiej mocy ładowania nie są stosowane przy produkcji autobusów miejskich;

- (3) **art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez sformułowanie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia kryterium oceny ofert w zakresie systemu detekcji pożaru baterii trakcyjnych w sposób nieuzasadniony i zaburzający rzeczywistą konkurencję w Postępowaniu (niedopuszczający innych równoważnych rozwiązań), co prowadzi do dyskryminacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, gdy tymczasem rygorystyczne wymagania określone we wskazanym kryterium oceny oferty nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;

a w konsekwencji powyższego

- (4) **art. 16 ust. 1 Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp **wnoszę o** rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w następujący sposób:

(1) **Załącznik nr 1 do SWZ:**

- **w zakresie pkt. 5.1 i 5.2** [baterie trakcyjne i ładowanie] – zmianę pojemności energetycznej baterii trakcyjnej poprzez prowadzenie minimalnej o wartości: 490 kWh i maksymalnej: 686 kWh, ewentualnie nie wskazywanie konkretnego rodzaju baterii trakcyjnej;
- **w zakresie pkt. 5.3.1.** zmiana z:
„uzyskanie przebiegu 700 000 km do spadku pojemności nie większej niż do 80% wartości początkowej”
na:
„uzyskanie przebiegu 700 000 km do spadku pojemności nie większej niż do 75% wartości początkowej, w przypadku zaoferowania pojazdu wyposażonego w baterie o dużej gęstości”;
- **w zakresie pkt. 5.3.3** [baterie trakcyjne i ładowanie] – zmiana z:
*„przy ładowaniu dużą mocą o wartości **500 kW**”*
na:
*„przy ładowaniu dużą mocą o wartości **200 kW**”*
- **w zakresie pkt. 5.8.9.** – zmiana z:

„moc ładowania przez urządzenie pantografowe dostosowana do baterii trakcyjnych o dużej mocy ładowania typu „High Power”, tj. min. 500 kW (moc wejścia na autobus)”

na:

„moc ładowania przez urządzenie pantografowe dostosowana do baterii trakcyjnych o dużej gęstości,, tj. min. 200 kW (moc wejścia na autobus)”

- **w zakresie pkt. 43.3.2.** poprzez dopisanie po treści: *„wyposażony w linię detekcyjną, pełniącą funkcje detekcyjne i sygnalizacyjne; linia detekcyjna umiejscowiona co najmniej w obszarze baterii trakcyjnych,”* postanowienia pozwalającego na przedstawienie przez wykonawcę i akceptację przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych;
- **wykreślenie w całości** postanowień 16.2, 16.2.1, 16.2.2, 16.2.3.

(2) **Specyfikacja Warunków Zamówienia:**

- **wykreślenia w całości** kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XV PKT 2.5 – System detekcji pożaru baterii trakcyjnych (G);

- IV. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp **wnoszę o** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- V. Na podstawie art. 573 Pzp **wnoszę o** zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów skutkować może poniesieniem realnej i faktycznej szkody związanej z realizacją zamówienia w oparciu o pierwotne brzmienie SWZ. Ponadto opracowana przez Zamawiającego dokumentacja stawia pod znakiem zapytania możliwość złożenia prawidłowych i porównywalnych ofert.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 nowego Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 czerwca 2023 r., co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie (10 dni).

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 124-392866.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest dostawa 12 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich o napędzie elektrycznym. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.
2. W dniu 30 czerwca 2023 r. Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, udostępniając jednocześnie zainteresowanym wykonawcom dokumentację Postępowania na swojej stronie internetowej. Część postanowień SWZ – w szczególności Załącznik nr 1 do SWZ – Szczegółowe wymagania techniczne dla autobusów („Załącznik nr 1”), zawiera szereg postanowień istotnie ograniczających konkurencyjność w Postępowaniu. Poniżej Odwołujący wykaże zasadność postawionych przez siebie zarzutów.

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. Postanowienia SWZ związane z bateriami trakcyjnymi i ich ładowaniem

3. Zamawiający w Załączniku nr 1 w pkt. 5 wskazał na parametry techniczne, jakie winny spełniać baterie trakcyjne. W ramach tego punktu Załącznika nr 1 Zamawiając określił również takie elementy jak moc ładowania baterii trakcyjnej:

5. Baterie trakcyjne oraz ładowanie

- 5.1. Typ baterii:
 - 5.1.1. o dużej mocy ładowania,
 - 5.1.2. baterie litowo-jonowe typu High Power (baterie o dużej mocy ładowania),
 - 5.1.3. zalecane baterie typu LTO z układem chłodzenia.
- 5.2. Pojemność energetyczna baterii trakcyjnych:
 - 5.2.1. minimalna: 160 kWh,
 - 5.2.2. maksymalna: 180 kWh.
- 5.3. Trwałość baterii trakcyjnej:
 - 5.3.1. uzyskanie przebiegu 700 000 km do spadku pojemności nie większej niż do 80% wartości początkowej,
 - 5.3.2. przy przebiegach rocznych autobusu ok. 70 000 km,
 - 5.3.3. przy ładowaniu dużą mocą o wartości 500 kW,
- 5.8.9. moc ładowania przez urządzenie pantografowe dostosowana do baterii trakcyjnych o dużej mocy ładowania typu „High Power”, tj. min. 500 kW (moc wejścia na autobus);

II.1.1. Moc baterii – gęstość

4. W zakresie punktów 5.1 i 5.2 (i ich dalszych podpunktów) Zamawiający wymaga od wykonawców wyposażenia dostarczanych autobusów w baterie trakcyjne o

dokładnych parametrach, a mianowicie – baterie o mocy minimalnej -160 kW i mocy maksymalnej 180 kW. Wymogiem jest również konkretny typ baterii – litowo-jonowe typu High Power, które cechuje duża moc ładowania.

5. W punkcie 5.3 Załącznika nr 1 Zamawiający wskazał zaś, iż trwałość zastosowanej baterii trakcyjnej winna cechować się uzyskaniem przebiegu 700 000 km do spadku pojemności nie większej niż do 80% wartości początkowej, przy ładowaniu dużą mocą o wartości 500 kW.
6. Odwołujący podkreśla, iż określone przez Zamawiającego parametry nie są uniwersalne czy powszechne dla producentów elektrycznych autobusów miejskich, wręcz przeciwnie – wskazują na jednego producenta i tym samym ograniczają konkurencyjność w Postępowaniu. Ponadto, co bardziej istotne – parametry wymagane przez Zamawiającego nie zapewniają prawidłowego funkcjonowania elektrycznych autobusów miejskich. Innymi słowy – rozwiązanie narzucone przez Zamawiającego w postaci nadmiernych i nieuzasadnionych parametrów nie tylko ograniczy konkurencyjność w Postępowaniu, ale również doprowadzi do zaoferowania autobusów, które w praktyce są wadliwe i trudne w eksploatacji.
7. Wskazane przez Zamawiającego parametry mocy baterii trakcyjnej oznaczają małą gęstość baterii. Zbyt mała gęstość baterii stwarza zaś problemy eksploatacji autobusów w warunkach zimowych. Dzieje się tak ponieważ bateria o małej gęstości powoduje wyłączenie autobusu z ruchu z uwagi na niewystarczającą ilość energii elektrycznej. Baterie LTO (tj. baterie High Power, których wymaga Zamawiający), które charakteryzują się małą gęstością/pojemnością zmniejszają swoje parametry w okresie zimowym, kiedy znaczna część energii energetycznej jest przeznaczana na ogrzewanie przestrzeni pasażerskiej.
8. Zbyt mała gęstość baterii skutkować może nie tylko przestojem pojazdów, ale również może uniemożliwić pokonywanie długich tras bez ładowania. Mrozy – w przypadku baterii o małej gęstości – powodują, że taka bateria znacznie szybciej się zużywa, a co za tym idzie – musi być częściej ładowana, co zaś generuje większe zużycie prądu. Jedynie tytułem przykładu Odwołujący wskazuje, iż bateria o mocy 160 kW oferuje zasięg ok. 80 km, co wystarcza wyłącznie na niecałe dwa obiegi objazdowe na linii. Tymczasem baterie o znacznie większej gęstości pozwalają zabezpieczyć ciągłość operacji w szczególności w przypadku ciężkich warunków atmosferycznych (m.in. mrozów) lub w przypadku znacznego ruchu ulicznego (korków ulicznych), unikając przy tym przestoju autobusu lub jego odholowania.
9. W kontekście powyższego nie można pominąć, iż aktualne wymogi Zamawiającego dostosowane są w istocie do pojazdów, które Zamawiający już zakupił i które funkcjonują na terenie m.st. Warszawy. Niestety, eksploatowane aktualnie autobusy niejednokrotnie doznawały technicznych awarii – m.in. w okresie zimowym. Awarie autobusów (których dostawcą był wykonawca Solaris Bus & Coach Sp. z o.o.) nierzadko komentowane były w przestrzeni medialnej, np.:

- 1) *„Elektryczne autobusy nie dają rady na mrozie. „Ratują nas silniki spalinowe”*
– Gazeta Wyborcza Warszawa¹;
 - 2) *„Elektryczny autobus zablokował ruch w Warszawie, bo... zabrakło mu prądu”*
– Auto Świat²;
10. Odwołujący w tym miejscu zwraca dodatkowo uwagę, iż postawione przez Zamawiającego wymogi nie tylko stawiają potencjalnych wykonawców przed koniecznością wykonania wadliwego (co można z góry założyć) przedmiotu zamówienia (a przy tym nieefektywnego i nie ekologicznego), ale również w sposób daleko idący ograniczają konkurencyjność w Postępowaniu, z uwagi na swoje bardzo precyzyjne parametry, które, według wiedzy Odwołującego, charakteryzują tylko jednego producenta – dostawcę autobusów na tym rynku, a mianowicie - Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., który był dotychczasowym dostawcą autobusów dla ZTM Warszawa. Nie sposób jednak nie dostrzec, iż zaoferowana technologia produkowanych autobusów nie zawsze dawała gwarancję sprawnej i bezawaryjnej eksploatacji. Powyższe doświadczenia tym dalej zatem winny skłonić Zamawiającego do modyfikacji kwestionowanych postanowień SWZ, umożliwiając zainteresowanemu (i zdolnym do realizacji zamówienia) wykonawcom udział w Postępowaniu.

II.1.2. Moc ładowania

11. W dalszej części Załącznika nr 1 (pkt 5.3, 5.3.1, 5.3.3. oraz 5.8.9) Zamawiający określił moc ładowania baterii trakcyjnej na poziomie 500 kW. Odwołujący zwraca uwagę, iż wyznaczona przez Zamawiającego moc ładowania jest nadmiernie wysoka oraz *de facto* – niespotykana zarówno na terenie m.st. Warszawy, jak i w innych miastach Polski, gdzie eksploatowane są elektryczne autobusy. W ocenie Odwołującego najbardziej optymalnym rozwiązaniem jest zastosowanie technologii polegającej na użyciu baterii o dużej gęstości, której system ładowania przyjmie do 200 kW. [...] W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż baterie LTO (tj. High Power) o mocy ładowania ok 500 kW były technologią przejściową tj. oferowaną na czas, kiedy nie produkowano jeszcze baterii o dużej gęstości.
12. Praktyka jednak pokazała, iż fazy ładowania dużą mocą, w krótkim odstępie czasu, niesie za sobą takie zagrożenie, iż w przypadku niespodziewanych zdarzeń na drodze (korki uliczne) wysoce prawdopodobne jest spiętrzenie autobusów przy stacji ładowania, co z kolei generuje to ryzyko, że autobus nie zdąży się naładować, a przez małą pojemność baterii, autobusowi zabraknie energii w trakcie jazdy. Dodatkowo, z uwagi na wysoką moc ładowania, w określonych warunkach atmosferycznych, konkretnie w dniach, kiedy występuje duża wilgotność powietrza, ładunek elektryczny może wędrować poza przewodami wysokiego napięcie, co generuje dalsze ryzyko awarii, ale przede wszystkim – ryzyko dla pasażerów.

¹ <https://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420,26775601,chrzest-bojowy-elektrobusow-na-mrozie-ze-spalinami-na-ratunek.html>

² <https://www.auto-swiat.pl/wiadomosci/aktualnosci/elektryczny-autobus-zablokowal-ruch-w-warszawie-bo-zabraklo-mu-pradu/0kxs95m>

13. Również i tym kontekście nie da się uciec od wrażenia, że moc ładowania baterii wymagana w tym Postępowaniu dostosowana jest do jednego wykonawcy – a mianowicie Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., który dotychczas dostarczał autobusy elektryczne na terenie m. st. Warszawy. Odwołujący w tym miejscu zauważa, iż mimo awarii, które napotykanie są na terenie m. st. Warszawy, Zamawiający ponownie decyduje się na zakup autobusów charakteryzujących jednego wykonawców, podczas gdy inni zamawiający publiczni, np. MPK Poznań, po analogicznych awariach/przerwach w eksploatacji (które wywołane były wyposażeniem autobusów w baterie o małej gęstości o mocy ładowania 560 kW), zdecydowali się na odstąpienie od stosowania takich, wysokich mocy ładowania i w nowych, wszczętych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wymagają ładowania typu *plug-in*, które charakteryzuje się niższą mocą ładowania.

II.1.3. Linia detekcyjna – automatyczny system detekcji i gaszenia

14. W punkcie 43.3.2. Załącznika nr 1 dot. ochrony przeciwpożarowej oraz automatycznego systemu detekcji i gaszenia Zamawiający wskazał, że w dostarczonym pojeździe automatyczny system detekcji i gaszenia musi być wyposażony w linię detekcyjną, pełniącą funkcję detekcyjne i sygnalizacyjne. Linia detekcyjna umiejscowiona ma być zaś co najmniej w obszarze baterii trakcyjnych.
15. Wskazane przez Zamawiającego rozwiązanie stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji, albowiem w zakresie ochrony przeciwpożarowej oraz automatycznego systemu detekcji i gaszenia możliwe są w użyciu inne technologie, równie skuteczne i prawidłowe w świetle wysokich standardów ochrony przeciwpożarowej. Analogicznym rozwiązaniem dla tego przedstawionego przez Zamawiającego są bowiem czujniki temperatury, które znajdują się w tzw. pakach (ang. *pack*) baterii trakcyjnych i sygnalizują przyrost temperatury lub awarię (wywołując tzw. *thermal runaway*, które to zjawisko polega na tym, że w przypadku awarii baterii, dochodzi do reakcji chemicznej, w wyniku której wydzielane jest ciepło, które szuka ujścia).
16. Odwołujący – jako wieloletni, doświadczony producent i dostawca autobusów elektrycznych, zauważa, iż z ogólnej praktyki rynkowej nie wynika przy tym, aby istniało nadrzędne zapotrzebowanie na rozwiązanie przedstawione przez Zamawiającego (a tym samym, aby wymaganie Zamawiającego było uzasadnione). Wskazane powyżej rozwiązanie (proponowane przez Odwołującego) polega bowiem na zagwarantowaniu określonej funkcjonalności poprzez informowanie o wydarzeniach w obszarze baterii. Rozwiązanie to monitoruje stan baterii, jej temperaturę – za pomocą czujników z rozbudowanym systemem ostrzegania w przypadku awarii (system ten ma formę piktogramu na desce rozdzielczej, klaksonu, świateł awaryjnych).
17. Również więc takie rozwiązanie (przedstawione przez Odwołującego) winno zostać dopuszczone przez Zamawiającego w ramach wykonania przedmiotu zamówienia, albowiem daje ono analogiczną gwarancję ochrony wymaganej przez Zamawiającego. Tymczasem, pomimo możliwości zapewnienia konkurencyjności Postępowania poprzez dopuszczenie rozwiązań równoważnych w zakresie ochrony

przeciwpożarowej, Zamawiający ogranicza dodatkowo konkurencyjność Postępowania narzucając konkretne rozwiązanie, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4,5,6 Pzp.

18. Obowiązki każdego zamawiającego na gruncie regulacji odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia nie budzą najmniejszych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przywołane orzecznictwo odnosi się do przepisów z nieobowiązującej już ustawy Pzp, jednak tezy wyroków pozostają aktualne): *„Przepis art. 29 ust. 3 p.z.p. określa w jaki sposób nie wolno zamawiającemu opisać przedmiotu zamówienia tj. przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, 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. Przepis ten zatem zakazuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący niektórych wykonawców. Przepis ten owszem zawiera wyjątek od przewidzianego zakazu, ale ten wyjątek musi być interpretowany ściśle - czyli zamawiającemu tylko wtedy wolno wskazać znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, i dodatkowo wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny"”³. W orzecznictwie wskazuje się również, że: „Zamawiający dopuszcza się dyskryminacji przez posłużenie się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta i konkretny produkt oraz ustalając wymagania zbyt rygorystyczne, nie znajdujące uzasadnienia w jego potrzebach oraz redukujące krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia wyłącznie do przystępującego.”⁴*
19. W tym miejscu Odwołujący zauważa również, iż w przypadku wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia konkretnych danych/parametrów wskazujących na jednego producenta, po stronie wykonawcy nie leży ciężar udowodnienia (wykazania), iż przygotowany przez zamawiającego opis techniczny mógłby niezasadnie utrudniać dostęp do zamówienia i ograniczać konkurencję. W takim przypadku wystarczającym jest wyłącznie uprawdopodobnienie, iż taki stan rzeczy może wywołać nieuzasadnione ograniczenie konkurencji i może wywoływać ten skutek, że tylko wąski krąg producentów jest w stanie zapewnić parametry zamówienia. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w dnia 9 września 2021 r.: *„Przepis art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, 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. Dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a*

³ Wyrok z dnia 18 maja 2018 r., sygn. KIO 821/18

⁴ Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r., sygn. KIO 2074/21.

nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu.”⁵

20. Zamawiający powinien zatem zmienić wymagania oraz dopuścić rozwiązania równoważne wszędzie tam, gdzie opracowany opis przedmiotu zamówienia zawęży w sposób nieuzasadniony konkurencyjność postępowania. Dodatkowym obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym jest dookreślenie parametrów podlegających ocenie w kontekście równoważności (art. 99 ust. 6 Pzp). Wniosek Odwołującego sprowadza się zatem do dostosowania treści SWZ do wymagań Pzp.
21. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi również o usunięcie w treści SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert opisanego w Rozdziale XV pkt 2.5, tj. system detekcji pożaru baterii trakcyjnych. W przypadku wprowadzenia równoważności rozwiązań dot. automatycznego systemu detekcji i gaszenia, pozostawienie powyższego kryterium oceny ofert będzie niezmiennie stanowiło nieproporcjonalny i nieadekwatny wymóg, który stanowi barierę dla wykonawców w dostępie do zamówienia publicznego.
22. Odwołujący podkreśla, iż jest świadom prawa, które instytucjom zamawiającym przysługują na gruncie kształtowania kryteriów oceny ofert. Podnieść należy jednak, że uprawnienia zamawiających w zakresie kryteriów oceny ofert nie są jednak nieograniczone. Już bowiem z treści art. 240 Pzp wynika, że winny być one określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ponadto, jak wskazuje art. 241 ust. 1 Pzp muszą być one powiązane z przedmiotem zamówienia. Bezsporne jest również, że kryteria (podobnie jak wszelkie inne mechanizmy stosowane przez zamawiających na gruncie regulacji wynikających z Pzp) muszą być kształtowane z poszanowaniem reguł wynikających z art. 16 Pzp, takich jak uczciwa konkurencja, równe traktowanie, przejrzystość i, przede wszystkim, proporcjonalność.
23. Reguła proporcjonalności wywodzi się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”)⁶. Co warto podkreślić, w orzecznictwie tym wypracowany został „test proporcjonalności”, pozwalający oceniać czy dany, postawiony przez zamawiającego wymóg, jest rzeczywiście proporcjonalny. Istota tego testu sprowadza się do oceny adekwatności wymagania. Proporcjonalność nie oznacza zatem jakiegokolwiek powiązania z przedmiotem zamówienia, ale taką relację wymogu zamawiającego do tego przedmiotu, która pozwala na stwierdzenie, że nie jest on (wymóg) nadmierny w relacji do celów przyświecających zamawiającemu udzielającemu danego zamówienia.
24. Przenosząc powyższe na zagadnienie kryteriów oceny ofert, uznać należy, że winny być one ukształtowane w taki sposób, aby, dając zamawiającemu możliwość premiowania spełnienia przez wykonawców określonych wymagań, gwarantować jednocześnie rzetelną i faktyczną konkurencyjność pomiędzy wykonawcami. Zatem nieproporcjonalne (a przy tym naruszające uprawnienia, z których korzysta zamawiający) będą takie kryteria oceny ofert, które np. premią nadmierne (a

⁵ Sygn. KIO 2130/21.

⁶ Por. np. wyroki TSUE z 10 lipca 2014 r., w sprawie C-358/12, z 2 maja 2019 r. w sprawie C-309/18, z 6 października 2021 r. w sprawie C-398/19 czy z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97

więc niewpływające na realizację przyszłego zamówienia) parametry, czy też takie, które w istocie nie pozwalają na uznanie, że wykonawca deklarujący ich spełnienie rzeczywiście w jakikolwiek sposób gwarantuje lepsze wykonanie zamówienia.

25. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r.⁷, w którym Izba stwierdza: *„Określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p.w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji”*. Na konieczność analizy sytuacji rynkowej i kształtowania kryterium z uwzględnieniem wyników tej analizy zwraca uwagę Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku.⁸
26. Jednoznacznie na temat zasad formułowania kryteriów oceny ofert wypowiedziała się Izba również w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r.⁹: *„Określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p.w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji”*.
27. Powyższe potwierdza również orzecznictwo sądów powszechnych: **„Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji (...)** Reasumując dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów ocenę ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu. Mamy wówczas do czynienia z dyskryminacją pośrednią (...) siwz skierowane są do szerszego kręgu wykonawców, nie tylko do tej jednej spółki. Winny być więc skonstruowane w taki sposób aby, z obiektywnego punktu widzenia, każdy z nich miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów. Inaczej mówiąc istota sprawy polega na

⁷ Sygn. KIO 1611/18

⁸ Sygn. KIO 426/13

⁹ Sygn. KIO 1611/18

tym czy maksymalnie punktowane kryteria są faktycznie dostępne dla wszystkich uczestników przetargu czy tylko dla jednego, znanego wykonawcy”¹⁰.

28. W świetle powyższych ustaleń, analizowane kryterium oceny ofert nie może się ostać w tym Postępowaniu, albowiem wpływa ono bezpodstawnie na ograniczenie konkurencji.

II.2. Postanowienia SWZ związane z wymaganiami w zakresie bezpieczeństwa – Regulaminy EKG ONZ

29. W treści pkt 16.2, 16.2.1, 16.2.2. oraz 16.2.3. Załącznika nr 1 Zamawiający postawił wykonawcom dodatkowe wymogi w zakresie bezpieczeństwa konstrukcji dostarczanych autobusów. W ramach powyższego, Zamawiający wskazał, iż zalecanym jest, by autobusy spełniały wymogi określone w Regulaminach nr 29 i 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej odrębnie jako „**Regulamin nr 29**” oraz „**Regulamin nr 93**”):

- 16.2. Autobus spełniający wymagania Regulaminu nr R29 EKG ONZ i/lub R93 EKG ONZ – opcjonalnie:
- 16.2.1. zalecane spełnienie wymogów Regulaminu nr 29 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) – w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego (Dz.U.UE.L.2010.304.21 z dnia 20 listopada 2010r. z późniejszymi zmianami), potwierdzone przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, po przeprowadzeniu badania oferowanego typu pojazdu w zakresie i w sposób określony w Regulaminie nr 29 EKG ONZ;
- 16.2.2. zalecane spełnienie wymogów Regulaminu nr 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) – w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu (Dz.U.UE.L.2010.185.56 z dnia 17 lipca 2010r. z późniejszymi zmianami), potwierdzone przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, po przeprowadzeniu badania oferowanego typu pojazdu w zakresie i w sposób określony w Regulaminie nr 93 EKG ONZ
- 16.2.3. jako dowód Wykonawca musi przedstawić homologację potwierdzającą spełnienie wymogów Regulaminu (Regulaminów), raport lub certyfikat potwierdzający spełnienie wymogów tego Regulaminu (Regulaminów).

30. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia powyższych punktów SWZ, gdyż wskazane tam Regulaminy nr 29 i 93 dotyczą pojazdów ciężarowych. Przedmiotem zamówienia jest natomiast dostawa autobusów miejskich, co oznacza, iż postawione przez Zamawiającego wymogi zawarte w Regulaminach nr 29 i 93 nie mogą znaleźć odzwierciedlenia w tym Postępowaniu, albowiem odnoszą się do zupełnie innego typu pojazdów drogowych. Zgodnie z brzmieniem art. 99 ust. 2 Pzp zamawiający opisując przedmiot zamówienia jest zobowiązany przy określaniu jego cech uczynić to w taki sposób, aby były one „*związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów*”.

¹⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. XII Ga 152/12

31. W tym miejscu należy wyjaśnić, że Regulamin nr 29 EKG ONZ odnosi się do pojazdów z oddzielną kabiną kierowcy kategorii N w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie (zob. pkt 1 Regulaminu nr 29):

1. ZAKRES

Niniejszy regulamin dotyczy pojazdów z oddzielną kabiną kierowcy kategorii N⁽¹⁾ w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie.

32. Pojazd kategorii N zdefiniowany jest w załączniku nr 2 do ustawy Prawo o ruchu drogowym, który w pkt. 2 stanowi:

„Kategoria N: pojazdy samochodowe mające co najmniej cztery koła i zaprojektowane i wykonane do przewozu ładunków, w tym:

1) kategoria N1: pojazdy zaprojektowane i wykonane do przewozu ładunków i mające maksymalną masę całkowitą nieprzekraczającą 3,5 t;

2) kategoria N2: pojazdy zaprojektowane i wykonane do przewozu ładunków i mające maksymalną masę całkowitą przekraczającą 3,5 t, ale nieprzekraczającą 12 t;

3) kategoria N3: pojazdy zaprojektowane i wykonane do przewozu ładunków i mające maksymalną masę całkowitą przekraczającą 12 t.”

33. Tymczasem autobusy miejskie, stanowiące przedmiot zamówienia stanowią pojazdy kategorii M. Już więc ta okoliczność wyklucza możliwość dostosowania przedmiotu zamówienia do wymogów z powyżej wskazanych Regulaminów.
34. Za fakt notoryjny uznać trzeba również okoliczność, iż autobusy miejskie (będące przedmiotem niniejszego zamówienia) nie pełnią funkcji pojazdów do przewozu ładunku. Pojazdy te służą bowiem do przewozu osób.
35. W Regulaminie nr 29 zawarte są wymagania, których spełnienie zapewnia bezpieczeństwo osób znajdujących się w kabinie kierowcy. Wymagania te uregulowane są w szczególności w celu zabezpieczenia kabiny kierowcy przed zmiążdżeniem przez przewożony ładunek. Już zatem pobieżna analiza wymogów Regulaminu nr 29 prowadzi do wniosku, iż jego treść nie znajduje zastosowania do autobusów miejskich, gdyż nie posiadają one kabiny kierowcy oddzielonej od pozostałej części pojazdu analogicznej do tej, która jest w pojazdach ciężarowych. Wymaganie spełniania określonych w przedmiotowym Regulaminie norm pozostaje więc w całkowitym oderwaniu od przedmiotu zamówienia i czyni spełnienie takich wymagań nadmiernym i nieproporcjonalnym.
36. Drugi z przywołanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 Regulaminów (tj. nr 93) odnosi się do zapobiegania wjechania pod przód pojazdu i zastosowanie ma do pojazdów kategorii N2 i N3 (zob. pkt 1 Regulaminu nr 93):

1. ZAKRES
 - 1.1. Niniejszy regulamin stosuje się do:
 - 1.1.1. CZĘŚĆ I: urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu (FUPD) przeznaczonych do stosowania w pojazdach kategorii N₂ i N₃ ⁽¹⁾;
 - 1.1.2. CZĘŚĆ II: położenia w pojazdach kategorii N₂ i N₃ ⁽¹⁾ urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu (FUPD), które otrzymały homologację typu zgodnie z częścią I niniejszego regulaminu;
 - 1.1.3. CZĘŚĆ III: pojazdów kategorii N₂ i N₃ w zakresie zabezpieczenia przed wjechaniem pod przód pojazdu (FUP) wyposażonych w urządzenia zabezpieczające przed wjechaniem pod przód pojazdu (FUPD), które nie posiada oddzielnej homologacji zgodnie z częścią I niniejszego regulaminu, lub zbudowanych bądź wyposażonych w taki sposób, że ich części składowe można uznać za spełniające funkcję FUPD.
37. Pojazdy kategorii N2 i N3, co wynika wprost z przytaczanej wcześniej definicji, również są pojazdami przeznaczonymi do przewozu ładunków, a więc z pewnością nie należą do tej kategorii autobusów, które są przedmiotem zamówienia. Jest ponadto oczywiste, iż trudno wyobrazić sobie sytuację, w której inny pojazd wjeżdża pod przód autobusu miejskiego (a do takich przypadków zastosowanie znajduje powyższy Regulamin). Ten jest bowiem zawieszony bardzo nisko nad ziemią, co jest konsekwencją jego niskopodłogowej konstrukcji (czego również wymaga Zamawiający – por. pkt 3 SWZ). Dodatkowo charakterystyczne dla autobusów miejskich są niskie prędkości eksploatacyjne. Te cechy sprawiają, że zagrożenie najechania na pojazd osobowy jest znikome, a więc to właśnie niskopodłogowa konstrukcja już sama w sobie stanowi zabezpieczenie przed wystąpieniem takiego zjawiska.
38. Biorąc pod uwagę nakazany przepisami Pzp sposób, w jaki należy opisać przedmiot zamówienia, nie sposób zaaprobować analizowanych postanowień SWZ. Te w żaden sposób nie powodują bowiem, że Zamawiający otrzyma lepszy, bardziej dopasowany do swoich potrzeb produkt. Postanowienia te zaś stanowią niczym nieuzasadnione ograniczenie konkurencji i nakładają na potencjalnych wykonawców dodatkowe obowiązki w postaci uzyskania potwierdzenia niezależnej jednostki badawczej upoważnionej do wykonywania badań homologacyjnych. Przekłada się to w sposób oczywisty na zwiększenie kosztów, a nie powoduje uzyskania jakichkolwiek wymiernych korzyści po stronie Zamawiającego.
39. Zważywszy na całokształt przytoczonych okoliczności, wniosek o wykreślenie przedmiotowych postanowień SWZ jest w pełni uzasadniony.

Z wyżej opisanych względów odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wojciech Merkwa
radca prawny

ZAŁĄCZNIKI

Załącznik 1	Pełnomocnictwo
Załącznik 2	Opłata skarbową za pełnomocnictwa
Załącznik 3	Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
Załącznik 4	Dowód uiszczenia wpisu
Załącznik 5	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu