

Płock, dnia 26 stycznia 2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**Krajowa Izba Odwoławcza**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:** **Gmina Miejska Szczytno**  
**ul. H. Sienkiewicza 1**  
**12-100 Szczytno**  
tel.: +48 89 624 72 00  
e-mail: [anna.pawelczyk@um.szczytno.pl](mailto:anna.pawelczyk@um.szczytno.pl)

**Odwołujący:** **ARP e-Vehicles Sp. z o.o.**  
**ul. Bogdana Raczkowskiego 8**  
**85-862 Bydgoszcz**  
**KRS: 0000798943**  
tel. +48 532 391 725  
e-mail: [biuro@arpev.pl](mailto:biuro@arpev.pl)  
reprezentowana przez  
r.pr. Krzysztofa Wawrzyńczaka  
– pełnomocnika  
adres do doręczeń dla pełnomocnika:  
Kancelaria Prawna Krzysztof Wawrzyńczak  
Radca Prawny, ul. Pocztowa 6  
09-472 Słupno  
tel. +48 600 403 620  
e-mail: [biuro@kancelaria-wawrzynczak.pl](mailto:biuro@kancelaria-wawrzynczak.pl)

**Dotyczy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Miasto Szczytno - Miasto zrównoważonego transportu publicznego – etap III” (numer referencyjny postępowania - GM-P.271.01.2024).**

**Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 00029963-2024, nr wydania Dz.U. S: 11/2024, w dniu 16.01.2024 r.**

#### **ODWOŁANIE**

**wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.:**  
**„Miasto Szczytno - Miasto zrównoważonego transportu publicznego – etap III”**  
**oraz wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia**

Odwołującym jest ARP e-Vehicles Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Bogdana Raczkowskiego 8, 85-862 Bydgoszcz, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000798943, NIP: 6392018422, e-mail: biuro@arpev.pl, tel. +48 532 390 900, reprezentowana przez pełnomocnika - r.pr. Krzysztofa Wawrzyńczaka.

Działając w imieniu wykonawcy ARP e-Vehicles Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest **„zakup 2 szt. fabrycznie nowych autobusów elektrycznych, niskopokładowych oraz 1 ładowarki zewnętrznej mobilnej do obsługi komunikacji miejskiej”** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn.: **„Miasto Szczytno - Miasto zrównoważonego transportu publicznego – etap III”**, Znak postępowania: GM-P.271.01.2024 (dalej: Postępowanie), prowadzonego przez zamawiającego Gminę Miejską Szczytno (dalej: Zamawiający), o którym ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 16.01.2024 r.,:

**I. Na podstawie pełnomocnictwa, którego odpis w wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej załączam, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1), art. 515 ust. 2 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) wnoszę odwołanie:**

- 1) wobec treści ogłoszenia wszczynającego Postępowanie w zakresie:
  - pkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji; Rodzaj: Zdolność techniczna i zawodowa;
- 2) wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w zakresie:
  - § V. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia
  - pkt 2.2) zdolności technicznej lub zawodowej
  - ppkt 2.3.1) doświadczenie zawodowe;
- 3) wobec treści Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ (dalej: OPZ) w zakresie:
  - pkt 13) ppkt 1. Wymagane parametry techniczne,
  - pkt. 13) ppkt 7. Ogrzewanie,
  - pkt. 13) ppkt 16. Przedział pasażerski;
- 4) wobec treści Wzoru/projektu umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) w zakresie:
  - § 2 ust. 2
  - § 2 ust. 5
  - § 6 ust. 1 pkt 1.3 tiret drugi
  - § 17

## **II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:**

**1) art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowanie innych, jak również uprzywilejowania niektórych produktów i wyeliminowanie innych, przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości posłużenia się produktami równoważnymi, oraz 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:

- określenie w pkt. 13) ppkt 1. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), wymaganych parametrów technicznych autobusu w zakresie dot. długości autobusu od 8,7 m do 9,3 m;
- określenie w pkt. 13) ppkt 7. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), obowiązku zastosowania ogrzewania autobusu z wykorzystaniem grzejników konwektorowych;
- określenie w pkt. 13) ppkt 16. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), wykładziny podłogowej wywiniętej na ściany na wysokość 50-150mm;
- określenie w § 2 ust. 2 wzoru umowy terminu zakończenia przedmiotu Umowy na 8 miesięcy od dnia podpisania umowy;
- określenie w § 2 ust. 5 wzoru umowy kryterium oceny spełnienia pozytywnego testu przejechania przez dostarczony autobus trasy o długości co najmniej 180 km, przy pełnym obciążeniu ustalonym przez Prezesa Zakładu Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o w Szczytnie;
- określenie w § 6 ust. 1 pkt 1.3 tiret drugi wzoru umowy okresu gwarancji na powłoki lakiernicze na 120 miesięcy;
- określenie w § 17 wzoru umowy wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych;

**2) art. 240 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez sformułowanie w treści ogłoszenia wszczynającego Postępowanie (pkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji; Zdolność techniczna i zawodowa) oraz w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (§ V. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia; pkt 2.3.1) doświadczenie zawodowe) kryterium kwalifikacji wykonawców i warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie kryterium zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieuzasadniony i zaburzający rzeczywistą konkurencję w Postępowaniu (wykazanie wykonania co najmniej 1 dostawy autobusów komunikacji miejskiej (...) o wartości minimum 3 000 000,00 PLN brutto zł), 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;

**3) art. 16 ust. 1 PZP** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności poprzez:

- określenie w § 2 ust. 5 wzoru umowy kryterium oceny spełnienia pozytywnego testu przejechania przez dostarczony autobus trasy o długości co najmniej 180 km, przy pełnym obciążeniu ustalonym przez Prezesa Zakładu Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o w Szczytnie;
- określenie w § 17 wzoru umowy wymagań w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych;

**II. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) PZP wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia wszczynającego Postępowanie oraz postanowień SWZ w następujący sposób:**

**1) Ogłoszenie wszczynające Postępowanie**

- w zakresie **pkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji; Zdolność techniczna i zawodowa:** nadanie nowego brzmienia poprzez zmianę określenia autobusu będącego przedmiotem wcześniejszej dostawy z „1 nowego autobusu komunikacji miejskiej z silnikiem o napędzie elektrycznym” na „1 nowego autobusu z silnikiem o napędzie elektrycznym” oraz zmianę minimalnej wartości zamówienia wcześniej zrealizowanego przez wykonawcę z „minimum 3 000 000,00 PLN brutto zł” na „minimum 2 000 000,00 PLN brutto zł” lub całkowite wykreślenie minimalnej wartości zamówienia wcześniej zrealizowanego przez wykonawcę przy jednoczesnym dodaniu, że dostawa dotyczy „1 nowego autobusu z silnikiem o napędzie elektrycznym”.

**2) Specyfikacja Warunków Zamówienia**

- w zakresie **pkt 2.3.1) doświadczenie zawodowe:** nadanie nowego brzmienia poprzez zmianę określenia autobusu będącego przedmiotem wcześniejszej dostawy z „1 nowego autobusu komunikacji miejskiej z silnikiem o napędzie elektrycznym” na „1 nowego autobusu z silnikiem o napędzie elektrycznym” oraz zmianę minimalnej wartości zamówienia wcześniej zrealizowanego przez wykonawcę z „minimum 3 000 000,00 PLN brutto zł” na „minimum 2 000 000,00 PLN brutto zł” lub całkowite wykreślenie minimalnej wartości zamówienia wcześniej zrealizowanego przez wykonawcę przy jednoczesnym dodaniu, że dostawa dotyczy „1 nowego autobusu z silnikiem o napędzie elektrycznym”.

**3) Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ)**

- w zakresie **pkt. 13) ppkt 1. Wymagane parametry techniczne autobusu:** nadanie nowego brzmienia poprzez zmianę zapisu i dopuszczenie autobusu o długości 8,6 m przy zachowaniu pozostałych wymogów, zwłaszcza w zakresie wymaganej liczby miejsc w zakresie dot. długości autobusu od 8,7 m do 9,3 m;

- w zakresie pkt. 13) ppkt 7. **Ogrzewanie:** nadanie nowego brzmienia poprzez dopuszczenie rozwiązania, w którym ogrzewanie autobusu będzie realizowane bez wykorzystania grzejników konwektorowych;
- w zakresie pkt. 13) ppkt 16. **Przedział pasażerski:** nadanie nowego brzmienia opisu dot. wykładziny podłogowej z „wykładzina podłogowa wywinięta na ściany na wysokość 50-150mm” na „wykładzina podłogowa wywinięta na ściany na wysokość min. 50 mm.”;

#### **4) Wzór/projekt umowy (Załącznik nr 5 do SWZ)**

- **zakresie § 2 ust. 2:** zmianę terminu zakończenia przedmiotu Umowy z „8 miesięcy od dnia podpisania umowy” na „10 miesięcy od dnia podpisania umowy”;
- **w zakresie § 2 ust. 5:** zmianę zapisu „przy pełnym obciążeniu ustalonym przez Prezesa Zakładu Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o w Szczycinie” na „przy maksymalnym obciążeniu do DMC autobusu”;
- **w zakresie § 6 ust. 1 pkt 1.3 tiret drugi:** poprzez skrócenie okresu gwarancji na powłoki lakiernicze z 120 miesięcy na 60 miesięcy;
- **w zakresie § 17:** poprzez jego wykreślenie z umowy w całości;

- 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.**

Termin wniesienia odwołania wynika z art. 515 ust. 2 pkt 1) lit. a) PZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16.01.2024 r., co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie tj. 10 dni od zamieszczenia ogłoszenia.

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. Odwołujący wywodzi swój interes prawny we wniesieniu odwołania z prawa do uczciwej konkurencji, prawidłowej organizacji i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 PZP.

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest dostawa 2 sztuk fabrycznie nowych autobusów elektrycznych, niskopokładowych oraz 1 ładowarki zewnętrznej mobilnej do obsługi komunikacji miejskiej” w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Miasto Szczytno - Miasto zrównoważonego transportu publicznego – etap III”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

W dniu 16.01.2024 r. Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, udostępniając jednocześnie zainteresowanym wykonawcom dokumentację Postępowania na swojej stronie internetowej. Ogłoszenie wszczynające Postępowanie, jak też część postanowień SWZ, w szczególności Załącznik nr 6 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) oraz Wzór/projekt umowy – Załącznik nr 5 do SWZ (dalej: Umowa), zawiera szereg postanowień istotnie ograniczających konkurencyjność w Postępowaniu. Poniżej Odwołujący wykaże zasadność postawionych przez siebie zarzutów.

### **Ad II. 1) i 2) treść ogłoszenia wszczynającego Postępowanie oraz postanowienia SWZ określające kryteria spełnienia warunków udziału w postępowaniu ograniczające konkurencję**

W ogłoszeniu wszczynającym Postępowanie (pkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji; Rodzaj: Zdolność techniczna i zawodowa) oraz w Specyfikacji Warunków Zamówienia (§ V. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia; pkt 2.2) zdolności technicznej lub zawodowej; ppkt 2.3.1) doświadczenie zawodowe) Zamawiający wskazał, że:

„Dla uznania że Wykonawca spełnia warunek posiadania doświadczenia Zamawiający, żąda by wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 1 dostawę (kontrakt w ramach jednej umowy) odpowiadającą swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy te zostały Wykonane. Przez „zadanie odpowiadające rodzajom dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”, należy rozumieć dostawę autobusów komunikacji miejskiej z silnikami o napędzie elektrycznym wraz z dostawą ładowarki mobilnej zewnętrznej do pojazdów z napędem elektrycznym o wartości minimum 3 000 000,00 PLN brutto zł”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wyżej sformułowanym warunkiem, w sposób niczym nieuzasadniony, wbrew intencjom ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zawęża grono potencjalnych wykonawców.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający ograniczył niezasadnie krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie do dostawców „autobusów komunikacji miejskiej”. W ocenie Odwołującego warunek ten nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, którym są autobusy miejskie. Dla podmiotów, które nie zajmują się produkcją czy dostawą autobusów, warunek może sprawiać wrażenie, że jest postawiony właściwie, nie mniej jednak nieprawidłowością jest tu ograniczenie wykonawców, którzy w sposób należyty dostarczyli autobusy elektryczne w zabudowie innej niż miejska, w tym podmiejskiej, lokalnej czy szkolnej. Z punktu widzenia doboru ich głównych podzespołów, budowy, konstrukcji, ich montażu, autobusy takie nie różnią się od autobusów miejskich.

Klasyfikacja autobusów określona przepisami unijnymi, zawarta w dyrektywie 2001/85/WE [4], wprowadza kilka klas autobusów:

Klasa I – pojazdy z miejscami siedzącymi oraz obszarami do stania, umożliwiającymi przewóz pasażerów na trasach o dużej liczbie przystanków (autobusy miejskie).

Klasa II – pojazdy przeznaczone przede wszystkim do przewozu pasażerów na miejscach siedzących, z pewnymi obszarami do stania (autobusy międzymiastowe).

Klasa III – pojazdy wyłącznie z miejscami siedzącymi (autokary).

Klasa A – pojazdy z miejscami siedzącymi oraz obszarami do stania.

Klasa B – pojazdy tylko z miejscami siedzącymi.

Odwołujący posiada aktualną homologację dla typu autobusów, które chce nabyć Zamawiający, czyli autobusów klasy I – autobusów miejskich, dlatego tym bardziej nie zrozumiałe jest ograniczenie doświadczenia Wykonawcy jedynie do referencji pozyskanych za dostawę tego jednego rodzaju autobusu.

Podkreślenia wymaga również fakt, że inni Zamawiający będący jednostkami samorządu terytorialnego, nie stosują tego typu zapisów, np.:

#### **1. Gmina - Miasto Jasło**

„Zakup 6 autobusów elektrycznych w ramach projektu Zielony transport publiczny w Jasle finansowany ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej”.

Nr sprawy: FE.042.1.1.2024

Warunek udziału w postępowaniu:

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w powyższym zakresie, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną dostawę obejmującą co najmniej 3 (trzy) nowe autobusy.

#### **2. Gmina Staszów**

„Zakup autobusów na potrzeby transportu publicznego miasta i gminy Staszów”

Przedmiotem zamówienia jest:

„Zadanie nr 1 - zakup fabrycznie nowego autobusu z silnikiem spełniającym normę Euro VI, przeznaczonego do przewozu osób. Autobus musi posiadać 20 miejsc (19 + 1 kierowca), przystosowany do przewozu osób niepełnosprawnych w tym 2 miejsca dla wózka inwalidzkiego. Autobus musi być fabrycznie nowy, kompletny, wolny od wad konstrukcyjnych, materiałowych, wykonawczych i prawnych, wyprodukowany w 2023 lub w 2024 roku. Autobus musi posiadać wymagane prawem homologacje.

„Zadanie nr 2 - zakup fabrycznie nowego autobusu, przeznaczonego do przewozu osób, o napędzie elektrycznym kat. M3”. Autobus musi posiadać łącznie 22 miejsca w tym: 16 siedzących, 6 stojących, miejsce na wózek inwalidzki, + 1 kierowca. Autobus musi być fabrycznie nowy, kompletny, wolny od wad konstrukcyjnych, materiałowych, wykonawczych i prawnych, wyprodukowany w 2023 lub w 2024 roku. Autobus musi posiadać wymagane prawem homologacje.

Nr sprawy: : BZP.271.48.18.2023.II

Warunek udziału w postępowaniu:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie polegającą na wykonaniu w sposób należyty w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- Zadanie nr 1, co najmniej 1 dostawy autobusu o wartości minimum brutto 500 000,00 zł.
- Zadanie nr 2, co najmniej 1 dostawy autobusu o wartości minimum brutto 500 000,00 zł.

*Uwaga:*

*W przypadku, gdy złożone przez Wykonawcę dokumenty, oświadczenia dotyczące warunków udziału w postępowaniu zawierają dane/ informacje w innych walutach niż określono to w niniejszej SWZ, Zamawiający, jako kurs przeliczeniowy waluty przyjmie kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie będzie opublikowany średni kurs walut przez NBP Zamawiający przyjmie kurs przeliczeniowy z ostatniej opublikowanej tabeli kursów NBP przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu.*

Po drugie, kryterium dotyczące minimalnej wartości zrealizowanych wcześniej dostaw w postaci kwoty „minimum 3 000 000,00 PLN brutto zł” jest w ocenie Odwołującego nieadekwatne do rynkowych cen pojazdów klasy MIDI (kwalifikacja ze względu na długość autobusu), które są przedmiotem tego Postępowania. Zamawiający premiuje, a wręcz umożliwia start w przetargu jedynie podmiotom, których pojazdy są droższe niż średnia cena rynkowa takiego autobusu wraz z ładowarką. Odwołujący, jako producent autobusów tej samej klasy co będące przedmiotem Postępowania, zrealizował wiele dostaw takich autobusów wraz z ładowarką, jednakże wszystkie dostarczone autobusy były o wartości poniżej 3 000 000,00 PLN brutto zł/szt, co wynika również z faktu, iż produkcja autobusów we wcześniejszych latach była tańsza niż obecnie, głównie z uwagi na inflację. Zamawiający zdaje się tego nie zauważać, mimo że żąda by wykonawca wykazał dostawy w okresie ostatnich 3 lat.



Poniżej Odwołujący przedstawia zestawienie wybranych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na autobusy o zbliżonej lub szerszej kompletacji wraz z cenami najlepszej oferty:

- **Gmina Giżycko**
  - Data ogłoszenia przetargu: 26.05.2023
  - Przedmiot zamówienia: 2 autobusy elektryczne o długości do 10,5 m oraz ładowarka o mocy 80kW
  - Cena brutto najlepszej oferty brutto za 1 autobus: **2 466 150,00 PLN**
  - Wymagane doświadczenie techniczne: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie;
    - wykonał dostawę co najmniej jednego fabrycznie nowego autobusu o napędzie elektrycznym;
    - dostarczył i zamontował co najmniej jedną stację ładowania pojazdów elektrycznych typu wolnego.
  
- **Gmina Szczecinek:**
  - Data ogłoszenia przetargu: 31.05.2023
  - Przedmiot zamówienia: 5 autobusów elektrycznych o długości do 11,8-12,2 m oraz 5 ładowarek o mocy 80kW
  - Cena brutto najlepszej oferty brutto za 1 autobus: **2 624 820,00 PLN**
  - Wymagane doświadczenie techniczne: Wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:
    - a) Co najmniej 2 dostaw po min. 3 szt. Fabrycznie nowe autobusy EV  
Lub
    - b) Co najmniej 1 dostawy po min. 5 szt. fabrycznie nowych autobusów EV
  
- **Gmina Lębork:**
  - Data ogłoszenia przetargu: 30.10.2023
  - Przedmiot zamówienia: 4 autobusy o długości od 11,9 m do 12,2 m oraz 2 ładowarki o mocy 120 kW
  - Cena brutto najlepszej oferty brutto za 1 autobus: **2 868 975,00 PLN**
  - Wymagane doświadczenie techniczne: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie dostawy minimum dwóch autobusów elektrycznych EV każda.
  
- **Gmina Jarosław:**
  - Data ogłoszenia przetargu: 16.08.2023
  - Przedmiot zamówienia: 1 autobus elektryczny o długości 9,8 - 10,6m

- Cena brutto najlepszej oferty brutto za 1 autobus: **2 750 526,00 PLN**
- Wymagane doświadczenie techniczne: w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - dostarczył należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również dostarcza należycie, co najmniej jeden autobus zgodny z opisem przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto. Przez jedną dostawę Zamawiający rozumie dostawę wykonaną w ramach jednej umowy/zamówienia.

Jak widać z powyższego zestawienia, ceny oferowanych autobusów, nawet autobusów o większej długości, są znacząco niższe od wymaganej przez Zamawiającego kwoty minimalnej.

W ocenie Odwołującego, poprzez zmianę wyżej wspomnianego warunku Zamawiający rozszerzy grono o oferentów, zdolnych zaproponować niedostępne dotąd nowoczesne innowacyjne konstrukcje. Ponadto zmiana warunku doświadczenia dodatkowo pozwoli Zamawiającemu pozyskać większą liczbę ofert, co w efekcie przyczyni się do wzrostu ich konkurencyjność w sferze finansowej.

### **Ad II. 3) Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ)**

#### **- pkt. 13) ppkt 1. Wymagane parametry techniczne autobusu**

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazuje, że wymaga autobusów o długości od 8,7 m do 9,3 m, przy czym liczba miejsc pasażerskich ma wynosić minimum 45, w tym liczba miejsc siedzących - co najmniej 20, co najmniej 2 miejsca dla osób z ograniczeniem ruchowym dostępne z poziomu niskiej podłogi. Odwołujący, jako producent autobusów o długości 8,6 m jest w stanie zaproponować pojazd, który w pełni spełnia wszystkie inne wymagania stawiane przez Zamawiającego, w tym zwłaszcza możliwości przewozowe, zarówno w zakresie liczby miejsc pasażerskich ogółem, jak i siedzących (liczba miejsc pasażerskich: 63, liczba miejsc siedzących 23, w tym liczba miejsc dostępnych z niskiej podłogi 4). Ponieważ autobusy produkowane przez Odwołującego są krótsze od wymaganych przez Zamawiającego jedynie o 0,1m to wartość ta nie ma żadnego negatywnego wpływu na inne ograniczenia Zamawiającego typu manewrowość, wielkość miejsca postojowego, wymiary bram w zajezdni, itp.

Niezależnie od tego Odwołujący wskazuje, że na produkowane autobusy posiada homologację, w której wskazano długość pojazdu 8600 mm. Zamawiający znając ten dokument, a przede wszystkim znając katalog produktów Odwołującego, który jest dostępny na stronie <https://arpev.pl/>, może sformułować wymagane parametry techniczne autobusu w taki sposób, aby nie zostały spełnione przez producenta konkretnych pojazdów, w tym przypadku przez Odwołującego. Na dowód powyższego Odwołujący załącza do odwołania zestawienie AUTOBUSY PILEA RFS – dane techniczne, które zawiera szczegóły techniczne pojazdów produkowanych przez Odwołującego.

Warto też nadmienić, że do opisów technicznych przyjęto umowną klasyfikację pojazdów (autobusów) określającą ich wielkość:

- MINI: pojazdy o długości do 7,5 m,
- MIDI: pojazdy o długości od 7,5 do 10,5 m,
- MAXI: pojazdy o długości od 10,5 do 13 m,
- MEGA: pojazdy o długości powyżej 13 m.

Jako uzupełniający parametr tego podziału stosuje się pojemność pojazdu.

Innym podziałem jest umowna klasyfikacja autobusów ze względu na poziom podłogi i dostępność pojazdu dla pasażerów o ograniczonych możliwościach ruchowych:

- autobusy niskopodłogowe (podłoga bez stopni wejściowych we wszystkich drzwiach),
- autobusy niskowejściowe (część podłogi w autobusie wraz z przynajmniej jednym wejściem dostępne bez stopni),
- autobusy średniopodłogowe (posiadają stopnie wejściowe, poziom podłogi znajduje się nie wyżej niż 660 mm od jezdni),
- autobusy wysokopodłogowe (posiadają stopnie wejściowe, poziom podłogi znajduje się powyżej 660 mm od jezdni).

W tym miejscu, Odwołujący pragnie podkreślić, że jako jeden z niewielu producentów posiada w swojej ofercie dwa modele autobusów elektrycznych klasy MIDI (w wersji 8,6 m i w wersji 10 m), a przy tak sformułowanych przez Zamawiającego wymaganiach dotyczących parametrów technicznych autobusu Odwołujący nie może zaproponować żadnego z nich.

#### **- pkt. 13) ppkt 7. Ogrzewanie**

Zamawiający jako wymagania wskazał, że autobusy będące przedmiotem dostawy powinny posiadać ogrzewanie: elektryczne lub elektryczno - spalinowe o mocy minimalnej 20 kW, realizowane za pomocą **grzejników konwektorowych** oraz przez nagrzewnice z wentylatorami w przestrzeni pasażerskiej min. 2 szt. i jednym w kabinie kierowcy, system ogrzewania powinien zapewnić utrzymanie w okresie jesienno-zimowym minimalnej temperatury wewnątrz pojazdu min +10 °C.

Ogrzewanie pojazdu nie musi być realizowane za pomocą grzejników konwektorowych. Jest to jedno z wielu rozwiązań technicznych stosowanych przy ogrzewaniu autobusów i pojazdów. Odwołujący stosuje rozwiązania, które pozwalają zachować wysoki komfort termiczny w autobusie poprzez zastosowanie wysokowydajnych nagrzewnic. Tymczasem, Zamawiający nie przewidział możliwości stosowania rozwiązań równoważnych, co stanowi ograniczenie konkurencji.

#### **- pkt. 13) ppkt 16. Przedział pasażerski**

Zamawiający jako wymagania wskazał, że autobusy będące przedmiotem dostawy powinny posiadać oświetlenie wnętrza w technologii LED, podłoga - płyta wodoodporna, pokryta wykładziną przeciwpoślizgową, **wykładzina podłogowa wywinięta na ściany na wysokość 50-150mm**. Słupki i poręcze z rurek ze stali nierdzewnej.

Odwołujący stosuje wykładzinę podłogową wywiniętą na ściany na wysokość min. 50 mm. W autobusach (nie tylko oferowanych przez Odwołującego) są miejsca, w których wykładzina podłogowa sięga wyżej niż 150 mm od podłogi. Jest to korzystne dla konstrukcji pojazdu, ponieważ takie rozwiązanie (zachowanie jednolitego materiału wyżej) uniemożliwia przedostawanie się wody z podłogi do konstrukcji stalowej pojazdu, co ogranicza występowanie ognisk korozji i tym samym wydłuża okres użytkowania autobusu. Zamawiający nie przewidział możliwości stosowania rozwiązań równoważnych, co stanowi ograniczenie konkurencji.

#### **Ad II. 4) Wzór/projekt umowy (Załącznik nr 5 do SWZ)**

##### **- § 2 ust. 2 Umowy**

Wskazany termin wykonania umowy liczony jako 8 miesięcy od dnia podpisania umowy promuje dużych wykonawców, którzy mają duże zdolności produkcyjne i są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w tak krótkim czasie. Odwołujący, opierając się na własnym doświadczeniu produkcyjnym jest w stanie zagwarantować, że wykonanie zamówienia polegającego na dostawie 2 sztuk fabrycznie nowych autobusów elektrycznych wymaga 10 miesięcy liczonych od dnia podpisania umowy o udzielenie zamówienia. Zamawiający, zakładając 8 miesięczny termin dostawy wyklucza tym samym mniejsze podmioty, które działają na rynku zaledwie kilka lat, jak w przypadku firmy Odwołującego, co stanowi ograniczenie konkurencji.

##### **- § 2 ust. 5 Umowy**

Zamawiający wskazał, że: „Za pozytywny wynik testu uznane zostanie gdy, autobus przejedzie trasę o długości co najmniej 180 km, bez konieczności doładowania magazynów energii elektrycznej przy maksymalnym wykorzystaniu urządzeń klimatyzacyjnych przy pełnym obciążeniu **ustalonym przez Prezesa Zakładu Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o w Szczytnie**, włączonym oświetleniu wewnętrznym i zewnętrznym, włączonych systemach informacji pasażerskiej, monitoring).

W ocenie Odwołującego, tak określone kryterium spełnienia warunku jest dowolne i niemierzalne, a przy tym nie jest dokładnie znane w chwili sporządzania i składania oferty (zdarzenie przyszłe i niepewne). Trudne, a nawet niemożliwe do ustalenia dla Odwołującego jest oszacowanie na etapie składania ofert obciążenia, które ustali Prezes Zarządu Zakładu Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Szczytnie. W ocenie Odwołującego zasadnym byłaby zmiana zapisu poprzez odniesienie do maksymalnego obciążenia do DMC autobusu. Takie rozwiązanie pozwala każdemu oferentowi założyć właściwe obciążenie dla oferowanego pojazdu, ponieważ Dopuszczalna Masa Całkowita (DMC) pojazdu jest mu znana na etapie składania

ofert. Takie rozwiązanie jest sprawiedliwe i nie dyskryminuje żadnego z potencjalnych Wykonawców.

#### **- § 6 ust. 1 pkt 1.3 tiret drugi Umowy**

Zamawiający przewidział udzielenie przez wykonawcę okresu gwarancji na powłoki lakiernicze na bardzo długi okres 120 miesięcy. Odwołujący, opierając się na swoim doświadczeniu zawodowym związanym z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawę autobusów elektrycznych może ocenić, że tak długi okres nigdy nie był określony przez żadnego innego Zamawiającego, jak również żaden z potencjalnych wykonawców, biorących udział w przetargach, w których swoje oferty składał także Odwołujący, nie zaoferował tak długiego okresu gwarancyjnego. Okres 120 miesięcy gwarancji jest adekwatny, ale dla trwałości konstrukcji pojazdu, a nie dla jego powłok lakierniczych. Należy tu zaznaczyć, że autobusy są pojazdami stosowanymi do użytku przemysłowego, co ma niebagatelny wpływ na jego przyspieszone zużycie, w tym również zużycie powłok lakierniczych. Autobusy użytkowane będą średnio ok. 14-16 godzin każdego dnia, nie wyłączając dni wolnych i świąt, w ruchu miejskim, narażone zimą na środki agresywne, stosowane do uszarniania dróg publicznych oraz mycie przemysłowymi myjniami szczotkowymi. Wszystkie te czynniki sprawiają, że powłoki lakiernicze będą się w naturalny sposób zużywać, dlatego trudno tu zagwarantować okres gwarancji na powłoki lakiernicze na okres do 120 miesięcy. Dla zachowania właściwych walorów technicznych takiej powłoki, przy wymaganym okresie gwarancji przez Zamawiającego, konieczne będzie przynajmniej jedno dodatkowe, kompleksowe odnowienie powłok lakierniczych poprzez ponowne lakierowanie całego pojazdu.

#### **- § 17 Umowy**

Zamawiający przewidział wymóg spełniania przez Wykonawcę wymogów w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych, w prowadząc do Umowy § 17 o następującej treści:

##### **§ 17**

*Wymagania w zakresie przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych*

1. *Wykonawca zobowiązany jest do dostosowania się do wymagań wynikających przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz.U z 2023 r., poz 875 ze zm.) zwanej dalej „ustawą o elektromobilności”, wymienionych w ustępie 2-6 niniejszego paragrafu.*
2. *Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia udziału pojazdów samochodowych: elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym w rozumieniu przepisu art. 2 pkt. 33 ustawy z dnia 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu umowy w liczbie wynikającej z ustawy o elektromobilności.*

3. *Przez cały okres trwania umowy Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia obowiązku wynikającego z ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 r., poz. 875 ze zm.).*
4. *Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełnienia przez niego wymogów wskazanych w ustawie o elektromobilności, w szczególności poprzez żądanie od Wykonawcy do przedłożenia w terminie 7 dni, wykazu pojazdów samochodowych zawierających m.in. ilość, rodzaj napędu, markę oraz numery rejestracyjne pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu zamówienia.*
5. *W przypadku zmiany ustawy o elektromobilności, Wykonawca zobowiązuje się do dostosowania się do wymagań wynikających ze zmienionych przepisów tej ustawy.*
6. *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę wymogów wynikających z przepisów ustawy o elektromobilności, np. po wykonaniu czynności kontrolnych, o których mowa w § 17 ust. 4 – za każdy taki przypadek w wysokości 4.000,00 zł.*

Ustawa o elektromobilności i paliwach alternatywnych wymaga stosowania pojazdów z napędem alternatywnym jedynie w przypadkach realizacji zadań publicznych zleconych przez Gminę, natomiast dostawa autobusów elektrycznych wraz ze stacją ładowania nie mieści się w katalogu tego typu zadań. Powyższe wymaganie wynika z dyspozycji art. 35 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, który stanowi, że:

1. Jednostka samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000, zapewnia, aby udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów w obsługującym ją urzędzie wynosił co najmniej 30% liczby użytkowanych pojazdów.
2. Jednostka samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000:
  - 1) wykonuje zadania publiczne określone w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 40), art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 1526) albo art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2094), z wyłączeniem publicznego transportu zbiorowego, przy wykorzystaniu co najmniej 30% pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub
  - 2) zleca wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w pkt 1, z wyłączeniem publicznego transportu zbiorowego, podmiotowi, którego co najmniej 30% floty pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu tego zadania stanowią pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym.
3. Przepisu ust. 2 pkt 2 nie stosuje się do zlecenia wykonania zadania publicznego, którego wartość nie przekracza równowartości kwoty 30 000 euro wyrażonej w złotych.

Jak wynika z powyższego brzmienia cytowanego przepisu, wykorzystanie co najmniej 30% pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym jest konieczne w przypadku realizacji zadań publicznych własnych lub zleconych przez Gminę.

Ponadto, Odwołujący pragnie zauważyć, że w dniu 19.02.2024 r. zwrócił się do Zamawiającego z pytaniami o wyjaśnienie treści SWZ oraz stosownymi wnioskami o wprowadzenie zmian do treści SWZ oraz wzoru Umowy. Do chwili obecnej Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadanie pytania, mimo upływu 7 dni kalendarzowych.

Tymczasem, na pytania zadane przez innych zainteresowanych Zamawiający udzielił odpowiedzi w ciągu 1 dnia kalendarzowego. Zamawiający umieścił bowiem dokumentację postępowania na platformie przetargowej w dniu 16.01.2024 r., a już 18.01.2024 r. udzielił odpowiedzi na dwa pakiety pytań złożonych przez inne podmioty w dniu 17.01.2024 r.

Wskazane przez Zamawiającego rozwiązania stanowią nieuzasadnione ograniczenie konkurencji, albowiem możliwe są w użyciu inne technologie, równie skuteczne i prawidłowe. 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 rozwiązania proponowane przez Odwołującego polegają bowiem na zagwarantowaniu określonej funkcjonalności, które są stosowane na rynku. Przedstawione przez Odwołującego rozwiązania winny 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, Zamawiający ogranicza dodatkowo konkurencyjność Postępowania narzucając konkretne rozwiązania, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4,5,6 PZP.

Obowiązki każdego zamawiającego na gruncie regulacji odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia nie budzą najmniejszych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które co prawda 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" (vide: Wyrok z dnia 18 maja 2018 r., sygn. KIO 821/18). W orzecnictwie 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.” (vide: Wyrok KIO z dnia 1 września 2021 r., sygn. KIO 2074/21).

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 z 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 nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu.” (vide: Sygn. KIO 2130/21).

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.

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.

Reguła proporcjonalności wywodzi się z orzecnictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) jak 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-414/976. W orzecnictwie 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.

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. premiują nadmierne, a 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.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r. Sygn. KIO 1611/18, 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 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, 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, Sygn. KIO 426/13.

Jednoznacznie na temat zasad formułowania kryteriów oceny ofert wypowiedziała się Izba również w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r., Sygn. KIO 1611/18: „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 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, 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”.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo sądów powszechnych: „Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprowadzając 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 tym czy maksymalnie punktowane kryteria są faktycznie dostępne dla wszystkich uczestników przetargu czy tylko dla jednego, znanego wykonawcy” (vide: Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. XII Ga 152/12).

Mając powyższe na względzie, Odwołujący stoi na stanowisku, iż autobus będący przedmiotem oferty spełnia wszystkie parametry przewidziane przez Zamawiającego w SWZ, a tym samym to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najbardziej korzystna.

Dlatego, wnoszę jak na wstępie.

Krzysztof Wawrzyńczak  
radca prawny

**W załączeniu:**

1. dowód uiszczenia wpisu - 15.000 zł
2. pełnomocnictwo
3. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu KRS ARP E-Vehicles Sp. z o.o.
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa - 17 zł
5. ogłoszenie wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia
6. Specyfikacja Warunków Zamówienia
7. Wzór/projekt Umowy – Załącznik nr 5 do SWZ
8. Opis Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 6 do SWZ
9. AUTOBUSY PILEA RFS – dane techniczne
10. pismo Odwołującego dnia 19.01.2024 r. zawierające pytania
11. potwierdzenie wysłania pisma Odwołującego z dnia 19.01.2024 r.
12. potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu