



Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

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

Odwołujący: Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o.
Aleja Katowicka 9, Wolica, 05-830 Nadarzyn
REGON: 017366742, NIP: 5342169325, KRS: 0000042934

reprezentowana przez:

adw. Łukasza Gembisia, adw. Paulinę Sawicką
DWF Poland Jamka Sp. k.

adres do doręczeń:

Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa
e-mail: lukasz.gembis@dwf.law; paulina.sawicka@dwf.law

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Katowice Sp. z o.o.
ul. Mickiewicza 59, 40-085 Katowice
REGON: 270563188, NIP: 632272762, KRS: 0000077474
e-mail: zamowieniapubliczne@pkm.katowice.pl

osoba do kontaktów: Katarzyna Bury

E-mail: zamowieniapubliczne@pkm.katowice.pl

Dotyczy: zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego
pn. "Dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów
miejskich, niskopodłogowych dla PKM Katowice Sp. z o.o." (dalej jako:
"Postępowanie")

Numer w Dzienniku 68238-2024

Urzędowym UE: OJ S 24/2024 02/02/2024

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j.; dalej jako: "**ustawa Pzp**") składam odwołanie od:

- 1) czynności polegającej na określeniu przez Zamawiającego w Rozdziale XVIII pkt 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "**SWZ**") kryteriów oceny ofert pn. "*Ocena właściwości tech.- eksploat. (T)*" podkryterium T1 "*Podział przedniej szyby czołowej*" oraz T4 "*Pojemność skokowa silnika*" w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia;
- 2) czynności polegającej na opisanu przez Zamawiającego w Rozdziale III pkt 7 ppkt 7 lit. c) SWZ przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także naruszający zasadę proporcjonalności;
- 3) czynności polegającej na określeniu przez Zamawiającego w Rozdziale XVI ust. 1 SWZ terminu składania ofert w Postępowaniu nieuwzględniającego złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności;
- 4) czynności polegającej na określeniu przez Zamawiającego w Rozdziale V ust. 1 SWZ oraz § 3 ust. 1 wzoru umowy terminu realizacji zamówienia nieuwzględniającego złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu związanego z produkcją oraz wyposażeniem pojazdów w wymagane przez Zamawiającego komponenty, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez określenie w Rozdziale XVIII pkt 5 SWZ kryteriów oceny ofert pn. "*Ocena właściwości tech.- eksploat. (T)*" podkryterium T1 "*Podział przedniej szyby czołowej*" oraz T4 "*Pojemność skokowa silnika*"

w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia;

- 5) **art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp** poprzez opisanie zamówienia w Rozdziale III pkt 7 ppkt 7 lit. c) SWZ przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także naruszający zasadę proporcjonalności;
- 2) **art. 378 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez określenie w Rozdziale XVI ust. 1 SWZ terminu składania ofert w Postępowaniu nieuwzględniającego złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 3) **art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp z art. 353 (1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny** poprzez określenie w Rozdziale V ust. 1 SWZ oraz § 3 ust. 1 wzoru umowy terminu realizacji zamówienia w sposób nieuwzględniający złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu związanego z produkcją oraz wyposażeniem pojazdów w wymagane przez Zamawiającego komponenty, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę SWZ w sposób określony w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Wniosek o zasądzenie kosztów:

Odwołujący wnosi 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 Odwołującego w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp:

Odwołujący jest producentem autobusów, który jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a także uzyskaniem zamówienia. Odwołujący ma możliwość złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu oraz zaoferowania atrakcyjnych cenowo warunków realizacji zamówienia. Przygotowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert pn. "*Ocena właściwości tech.- eksploat. (T)*" podkryterium T1 "*Podział przedniej szyby czołowej*" oraz T4 "*Pojemność skokowa silnika*", opis wymagań względem zamawianych pojazdów,

określony termin składania ofert oraz termin wykonania zamówienia uniemożliwia udział Odwołującemu udział w Postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący, pomimo tego, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu nie może złożyć skutecznej oferty.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niemożliwości uzyskania zamówienia oraz wygenerowania zysku z tytułu jego realizacji.

Termin:

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ na stronie internetowej w dniu 2 lutego 2024 r., a zatem Odwołujący dochował 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Dowód: wydruk ze strony internetowej Zamawiającego – *w załączeniu*

UZASADNIENIE

I. **Ad zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp [opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert w ramach kryterium "*Ocena właściwości tech.- eksploat. (T)*" podkryterium T1 oraz T4 w sposób premiujący konkretnego wykonawcę, tj. Mercedes Benz]**

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie pn. *"Dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych ekologicznych autobusów miejskich, niskopodłogowych dla PKM Katowice Sp. z o.o."*.
2. Zamawiający w Rozdziale XVIII pkt 5 SWZ wskazał, że będzie przyznawał punkty ofertom w ramach kryterium "*Ocena właściwości tech.- eksploat. (T)*" podkryterium T1 w następujący sposób:

L.P.	Kryterium	Opis kryterium
T1	Podział przedniej szyby czołowej (max. 15 pkt)	Szyba przednia dzielona na cztery – 15 pkt
		Szyba przednia trójdzielna – 10 pkt
		Szyba przednia dzielona na dwa – 5 pkt
		Szyba przednia niedzielona – 0 pkt

Dowód: SWZ – *w aktach Postępowania*

3. Kryterium w brzmieniu opisanym powyżej preferuje pojazdy konkretnego wykonawcy, tj. Mercedes-Benz. Jak wynika bowiem z analizy rynku producentów autobusów jedynie ten producent deklaruje posiadanie w swojej ofercie pojazdów wyposażonych w szyby przednie dzielone na cztery części.
4. Podkreślenia, jednakże wymaga, że z technologicznego punktu widzenia szyba przednia pojazdu może być dzielona maksymalnie na dwie części, tj. szybę górną i dolną. Szyby znajdujące się w płaszczyźnie poszycia bocznego autobusu nie mogą być klasyfikowane - z technicznego i użytkowego punktu widzenia - jako element szyby "przedniej" autobusu.
5. Szyba przednia jak sama nazwa wskazuje jest szybą czołową, zabudowaną frontem do kierunku jazdy, a nie wzdłuż pojazdu. Szyby boczne, które są klasyfikowane przez Mercedes-Benz jako szyby wydzielone z przedniej szyby pojazdu spełniają inne funkcje i nie są narażone na uszkodzenia, jakim ulegają szyby przednie, np. uszkodzenia mechaniczne na skutek uderzenia kamieniami wyrzucanymi spod kół pojazdów poruszających się przed autobusem. Szyby te nie mają tym samym cech szyby przedniej, lecz spełniają funkcję i cechy szyb bocznych wynikające z kierunku jazdy pojazdu.
6. Powyższe potwierdza definicja "szyby przedniej" zawarta w Regulaminie nr 43 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite przepisy dotyczące homologacji materiałów oszklenia bezpiecznego i ich instalacji w pojazdach, w którym w pkt 9.2.5 [Definicje stref] wskazano:

"9.2.5.1. Strefy A i B szyb przednich pojazdów kategorii M1 i N1 zdefiniowano w załączniku 18 do niniejszego regulaminu.

9.2.5.2. Strefy szyb przednich pojazdów kategorii M i N z wyjątkiem M1 definiuje się na podstawie:

9.2.5.2.1. punktu wysokości oczu, czyli punktu znajdującego się 625 mm ponad punktem R siedzenia kierowcy w płaszczyźnie pionowej równoległej do wzdłużnej płaszczyzny symetrii pojazdu, do którego przeznaczona jest szyba przednia, przebiegającej przez oś kierownicy. Punkt wzroku jest tu oznaczany jako „0”;

9.2.5.2.2. prostej OQ, czyli poziomej prostej przecinającej punkt wysokości wzroku 0, prostopadłej do wzdłużnej płaszczyzny symetrii pojazdu.

9.2.5.2.3. Strefa I to strefa szyby przedniej wyznaczona w drodze podziału szyby przez następujące cztery płaszczyzny:

P1 — płaszczyzna pionowa przechodząca przez punkt 0 i tworząca kąt 15° na lewo od wzdłużnej płaszczyzny symetrii pojazdu;

P2 — płaszczyzna pozioma symetryczna do P1 względem wzdłużnej płaszczyzny symetrii pojazdu.

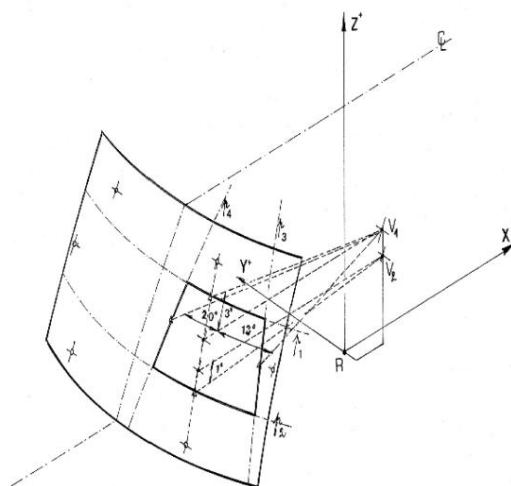
Jeżeli nie jest to możliwe (na przykład w przypadku braku wzdłużnej płaszczyzny symetrii pojazdu), P2 jest płaszczyzną symetryczną do P1 względem płaszczyzny wzdłużnej pojazdu przechodzącej przez punkt 0.

P3 — płaszczyzna przecinająca prostą OQ, tworząca kąt 10° ponad płaszczyznę poziomą;

P4 — płaszczyzna przecinająca prostą OQ, tworząca kąt 8° poniżej płaszczyzny poziomej."

7. W załączniku 18 do wyżej wskazanego Regulaminu znajduje się rysunek obrazujący czym jest "szyba przednia" w autobusie i w jaki sposób należy oceniać, czy mamy do czynienia z szybą przednią czy też szybą boczną. Zatem, pozostałe szyby w autobusie - nawet jeśli są nazywane przez producentów "szybami przednimi" dzielonymi na cztery - nie spełniają definicji szyby przedniej w myśl przepisów obowiązującego prawa i takimi szybami w istocie nie są. Szyby te są również homologowane jako szyby przednie:

Powierzchnia podlegająca badaniu A (przykład dla pojazdu z kierownicą z lewej strony)



Rys. Szyba przednia – źródło załącznik nr 18 Regulaminu

8. Pozostawienie kryterium w aktualnym brzmieniu prowadzić będzie do nieuzasadnionego i nieuprawnionego premiowania wykonawcy, który deklaruje (poprzez samodzielną klasyfikację i przyjętą w specyfikacjach technicznych pojazdów nomenklaturę) posiadanie w portfolio pojazdów z przednimi szybami dzielonymi na cztery, kiedy to w rzeczywistości szyby tych pojazdów nie są dzielone lub są dzielone na dwie. Ocena ofert będzie odbywać się na podstawie formalnych deklaracji producenta, a nie właściwości technicznych pojazdów, co może prowadzić do nieporównywalności ofert w Postępowaniu.
9. W ocenie Odwołującego sztuczny podział szyby przedniej na dodatkowe części wpływa negatywnie na komfort oraz bezpieczeństwo kierowania pojazdem. Podział szyby wiąże się

z koniecznością zamontowania dodatkowych słupków w narożnikach autobusu, które przesłaniają kierowcy najbardziej newralgiczny punkt obserwacji pojazdu podczas manewrowania na przystankach, jak i podczas włączania się do ruchu. Co więcej, wymiana kompletu szyb będzie wiązała się z koniecznością poniesienia większych kosztów niż w przypadku szyby dzielonej na dwa lub szyby niedzielonej. Określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert pozostaje zatem bez związku z polepszeniem aspektów jakościowych lub eksploatacyjnych pojazdu – kryterium jest jedynie formalnie związane z przedmiotem zamówienia, jednakże faktyczne dotyczy elementu wyposażenia nie mającego pozytywnego wpływu na kierowanie pojazdem.

10. Opisane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert narusza dyspozycję przepisów wskazanych w *petitum* odwołania jako podstawa prawna zarzutu. Zgodnie z art. 239 ustawy Pzp:

"1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

11. Artykuł 241 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: *"Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia."*

12. Z dyspozycji wyżej wskazanych przepisów wynika, że celem pozacenowych kryteriów oceny ofert jest premiowanie rozwiązań, które są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i które pozwalają na wyłonienie oferty **najkorzystniejszej ekonomicznie** (oferty, która przedstawia najlepszy bilans jakości do oferowanej ceny).

13. Jednocześnie zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp: *"Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów."

14. Opis kryterium oceny ofert w sposób ewidentny narusza zatem określoną w art. 16 pkt 1) ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

15. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w sprawie KIO 3046/20 wskazała, że: *"postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia, bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Stosowanie kryteriów oceny*

ofert - w przeciwieństwie do warunków - poszerza konkurencję, nie rezygnując jednocześnie z pożądanej jakości. Mnożenie wymagań technicznych, funkcjonalnych i jakościowych w postaci warunków ogranicza konkurencyjność postępowania, pozbawiając wykonawców nie spełniających choćby jednego z warunków możliwości złożenia oferty. Dlatego też wymagania niekonieczne nie powinny stanowić bezwzględnie określonych wymagań minimalnych. Jednak nie należy z nich rezygnować w ogóle, o ile są uzasadnione, lecz sformułować w postaci kryteriów oceny ofert. W zależności od tego, jak bardzo zamawiającemu zależy na spełnieniu poszczególnych wymagań, powinien dać temu wyraz określając wagi poszczególnych kryteriów. Odpowiednie określenie kryteriów i ich wag przy jednoczesnym obniżeniu warunków pozwala na wybór oferty zapewniającej najkorzystniejszy bilans ceny i jakości w warunkach maksymalnie konkurencyjnych."

16. Podobnie także: "prawo zamawiającego do subiektywizowania oceny dokonywanej w ramach jakościowych kryteriów - nie jest nieograniczone. Właściwie kończy się ono na uprawnieniu do ustanowienia takiego kryterium, natomiast już opis jego spełnienia oraz sama ocena tego kryterium, musi odbywać się w sposób maksymalnie przejrzysty i gwarantujący poszanowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji." (KIO 717/23)
17. Również: "Zamawiający może ukształtować tak kryteria oceny ofert, aby premiować preferowane przez siebie rozwiązania, o ile jest to uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami, a nie chęcią preferowania określonego wykonawcy. Właśnie do tego m.in. służą pozacenowe kryteria oceny ofert - aby premiować określone rozwiązania czy funkcjonalności." (KIO 2062/15)
18. **Odwołujący wnosi o uzupełnienie opisu oceny ofert w ramach przedmiotowego kryterium o:**
 - a. **wskazanie, że ocena czy oferowany pojazd posiada szyby dzielone będzie dokonywana na podstawie wytycznych odnoszących się do definicji "szyby przedniej" wynikających z Regulaminu nr 43 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite przepisy dotyczące homologacji materiałów oszklenia bezpiecznego i ich instalacji w pojazdach, oraz**
 - b. **zmianę opisu sposobu oceny ofert w ramach podkryterium T1 w następujący sposób:**

L.P.	Kryterium	Opis kryterium
T1	Podział przedniej szyby czołowej (max. 15 pkt)	Szyba przednia dzielona na dwa – 15 pkt
		Szyba przednia niedzielona – 0 pkt

19. Dalej, w Rozdziale XVIII pkt 5 SWZ Zamawiający wskazał, że będzie przyznawał punkty ofertom w ramach kryterium "Ocena właściwości tech.- eksploat. (T)" podkryterium T4 w następujący sposób:

T4	Pojemność skokowa silnika (max. 15 pkt)	Powyżej i równe 10000 cm ³ – 15 pkt
		Poniżej 10000 cm ³ – 0 pkt

20. Kryterium w brzmieniu zacytowanym powyżej również jednoznacznie premiuje pojazdy konkretnego producenta, tj. Mercedes-Benz. Jedynie ten producent posiada w swojej ofercie pojazdy wyposażone w silnik o takiej pojemności.
21. Odwołujący wskazuje, że nie istnieje zarówno techniczne, jak i ekonomiczne uzasadnienie dla premiowania pojazdów, które posiadają pojemność silnika powyżej 10.000 cm³. Odwołujący jako koncern posiadający ponad 100-letnią tradycję w produkcji silników spalinowych konsekwentnie i nieustannie prowadzi badania na temat wpływu pojemności silnika na rezultaty (wyniki) spalania paliwa przez autobusy. Wnioski z przeprowadzonych analiz, a także prowadzone badania nad polepszeniem parametrów produktów oraz optymalizacji technologii wykazują jednoznacznie, że pojazdy z silnikiem powyżej 10.000 cm³ nie osiągają lepszych wyników niż pojazdy posiadające pojemność silnika 9.000 cm³.
22. Odwołujący oświadcza, że posiada wieloletnie doświadczenia z produkcji silników o pojemnościach w zakresie 12.000 cm³ – 6.000 cm³ i na bazie tych doświadczeń jest w stanie potwierdzić, że najbardziej optymalnym rozwiązaniem spełniającym normę Euro 6 jest wyposażenie pojazdów w silniki o pojemności powyżej 9.000 cm³. Zwiększenie pojemności silnika do 10.000 cm³ powoduje zwiększenie masy pojazdu, zmniejszenie przestrzeni pojazdu powodującej ograniczenie liczby pasażerów, a także powoduje zwiększenie zużycie paliwa na 100 km. W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że pojazdy o większej pojemności silnika posiadają lepsze cechy jakościowe oraz techniczne, a określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert ma na celu wyłonienie oferty najlepszej ekonomicznie. Również i w zakresie tego kryterium określone kryterium T4 nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i będzie prowadzić do premiowania pojazdów spełniających gorsze parametry jakościowe i użytkowe.
23. **Odwołujący wnosi o zmianę opisu sposobu oceny ofert w ramach podkryterium T4 w następujący sposób:**

T4	Pojemność skokowa silnika (max. 15 pkt)	Powyżej i równe 9.000 cm ³ – 15 pkt
		Poniżej 9.000 cm ³ – 0 pkt

lub

T4	Pojemność skokowa silnika (max. 15 pkt)	Powyżej 10.000 cm ³ – 15 pkt
		Od 9.000 – 10.000 cm ³ – 10 pkt
		Poniżej 9.000 cm ³ – 0 pkt

24. Mając na względzie powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a zamiana opisu oceny ofert w ramach podkryterium T1 i T2 pozwoli Zamawiającemu na wyłonienie oferty wykonawcy, który przedstawia najlepszy bilans jakości oferowanych pojazdów do ceny. Zmiana sposobu oceny ofert w ramach wyżej wskazanych podkryteriów będzie czynić zadość treści zacytowanych powyżej przepisów.

II. Ad zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp [wymóg dostawy pojazdów o pojemności silnika min. 280 l]

25. Zamawiający w Rozdziale III pkt 7 ppkt 7 SWZ wskazał, że: *"Opis podstawowych parametrów technicznych i wymagania dotyczące kompletacji – opis parametrów"*

7.	<i>Układ zasilania paliwem</i>	<i>c) zbiornik paliwa wykonany z materiału odpornego na korozję: stal nierdzewna, tworzywa sztuczne o pojemności: <u>min. 280l</u>, z zamknięciem błyskawicznym typu „Bartelt”,</i>
----	--------------------------------	---

26. Odwołujący wskazuje, że określony przez Zamawiającego wymóg dysponowania pojazdami ze zbiornikiem paliwa 280 litrów jest wymogiem zbyt restrykcyjnym i całkowicie nieobiektywny w kontekście rzeczywistych potrzeb. Nowoczesne konstrukcje autobusów charakteryzują się znacznie niższymi parametrami spalania nie wymagającymi stosowania dużych zbiorników paliwa, a zaproponowane dystanse dzienne pozwalają na realizację wszelkich zadań komunikacyjnych ze zbiornikami o mniejszej pojemności. Zbiorniki paliwa o pojemności min. 245 litrów pozwalają na pokonywanie przez autobusy dystansów dziennych o długości do 450 km bez konieczności ich dodatkowego tankowania. W konsekwencji zmiana wymagań nie wpłynie w żaden istotny na sposób eksploatacji pojazdów, a przyczyni się wydatnie do zwiększenia konkurencyjności w Postępowaniu.
27. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp: *"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."* Ustęp 4 regulacji

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."

28. Określony przez Zamawiającego wymóg nie wpływa na walory eksploatacyjne zamawianych pojazdów, a jedynie niezasadnie ogranicza krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w Postępowaniu oraz zaoferować Zamawiającemu dostawę autobusów o wysokiej klasie jakości.
29. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych." (KIO 551/23)
30. Oraz "Zamawiający nie może określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z tego opisu wszelkich sformułowań, które bezpośrednio lub pośrednio mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę czy produkt, bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców czy produkty, uniemożliwiając lub utrudniając im złożenie oferty, czyli powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych." (KIO 3489/22)
31. Czy także: "Do zamawiającego stosuje się ten sam obowiązek dowodowy wykazania obiektywnych i rzeczywistych potrzeb uzasadniających ograniczenie konkurencji, jaki ma zastosowanie do wykonawcy w zakresie konieczności wykazania możliwości naruszenia konkurencji. Nie może być bowiem tak, iż na wykonawców nakłada się obowiązek realnego uprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji poprzez przeprowadzenie częstokroć skomplikowanego i trudnego postępowania dowodowego w zakresie możliwości naruszenia konkurencji, zaś zamawiający uzasadniając takie ograniczenia opierają się na ogólnych i gołosłownych oświadczeniach o realizacji bliżej nieokreślonych potrzeb jednostek publicznych. Należy podkreślić, że takie obiektywne potrzeby publiczne muszą być po pierwsze skonkretyzowane, a po drugie zamawiający winien wykazać, że ich realizacja może nastąpić wyłącznie drogą ograniczenia konkurencji na rynku." (KIO 64/22)
32. **Odwołujący wnosi o zmianę Rozdziału III pkt 7 ppkt 7 lit. c) SWZ poprzez nadanie mu brzmienia: "zbiornik paliwa wykonany z materiału odpornego na korozję: "stal nierdzewna, tworzywa sztuczne o pojemności: min. 245 l z zamknięciem błyskawicznym typu „Bartelt”. Analogiczna zmiana powinna zostać dokonana w pkt 4 Załącznika nr 2 do wzoru formularza ofertowego.**

III. Ad zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 ustawy Pzp [określenie zbyt krótkiego terminu składania ofert]

33. Zamawiający w Rozdziale XVI ust. 1 SWZ określił termin składania ofert: *"Oferty należy składać za pośrednictwem Platformy Zakupowej pod adresem: <https://platformazakupowa.pl> w nieprzekraczalnym terminie do dnia 07.03.2024r. do godz. 12:00."*
34. Określony przez Zamawiającego termin składania ofert w sposób znaczący zawęża krąg podmiotów, które są w stanie złożyć ważne oferty w Postępowaniu. Zamawiający ustanawiając termin składania ofert nie wziął pod uwagę, że producenci i dostawcy autobusów, aby złożyć ofertę są zobowiązani do przeanalizowania specyfikacji technicznej zamawianych pojazdów, a następnie zweryfikowanie czy posiadają zdolności techniczne i organizacyjne, aby wykonać zamówienie. Taki proces wiąże się ze znacznymi nakładami czasowymi i skutkuje niemożliwością przygotowania w 30 dni atrakcyjnej dla Zamawiającego oferty.
35. Dodatkowo przygotowanie oferty wiąże się z koniecznością pozyskania szeregu przedmiotowych środków dowodowych, które wymagają skompletowania, zweryfikowania czy dokonania właściwych tłumaczeń (*vide* Rozdział IV SWZ).
36. Zamawiający w sposób nieuzasadniony eliminuje z udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy są w stanie wykonać w sposób należyty zamówienie, jednakże z uwagi na liczne uwarunkowania formalne oraz krótki termin składania ofert, muszą podjąć rezygnację o złożeniu oferty w przetargu.
37. Wydłużenie terminu składania ofert będzie miało wpływ na zwiększenie konkurencyjności w Postępowaniu, a także możliwość uzyskania większej liczby ważnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.
38. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: *"termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy (...) siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert."* (KIO 187/18)
39. **Odwołujący wnosi o zmianę terminu składania ofert o kolejne 15 dni. Przygotowanie i skalkulowanie oferty w Postępowaniu w pierwotnym terminie określonym przez Zamawiającego nie jest możliwe lub znacznie ograniczone.**

IV. Ad zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp z art. 387 § 1 ustawy kodeks cywilny i art. 353 (1) ustawy kodeks cywilny [określenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia]

40. Zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 SWZ "Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie w nieprzekraczalnym terminie do 300 dni od daty podpisania umowy."
41. Analogiczne postanowienie zawarto w § 3 ust. 1 wzoru umowy: "Strony umowy ustalają, że Wykonawca dostarczy Zamawiającemu autobusy będące przedmiotem umowy i przy zachowaniu warunków określonych w tym paragrafie w terminie do 300 dni od daty podpisania umowy."
42. Określony przez Zamawiającego termin 300 dni od daty podpisania umowy jest terminem nierealnym oraz nieuwzględniającym aktualnej sytuacji gospodarczej oraz geopolitycznej. Podkreślić należy, że pojazdy dostarczane w ramach niniejszego zamówienia będą produkowane na potrzeby Zamawiającego przy uwzględnieniu wymagań określonych w dokumentacji przetargowej. Powyższe wiąże się z koniecznością przeprowadzenia całego procesu produkcji, weryfikacji oraz transportu.
43. Autobusy będą wyposażane w zaawansowane technologicznie urządzenia pokładowe, systemy informacji pasażerskiej, monitoringu, ŚKUP, systemy kontroli trzeźwości itd. itp., co wiąże się z koniecznością przeprowadzenia skomplikowanych procesów odbiorowych i dopuszczenie do eksploatacji pojazdów. Wykonanie tych wszystkich czynności w terminie 300 dni jest niemożliwe do spełnienia z punktu widzenia technologicznego, logistycznego, a także mając na względzie procedury administracyjne związane z produkcją i dostawą autobusów.
44. Obecne realne terminy dostaw uwzględniające ciągle niestabilną sytuację płynności łańcuchów dostaw to min. 11-12 miesięcy od zawarcia umowy z producentem autobusów.
45. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "Określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku oraz np. związane z technologią wykonywania robót budowlanych." (KIO 2177/18)
46. Izba podnosi również, że: "Określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z koniecznych elementów SIWZ, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Termin ten powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny. Ma on bowiem znaczenie dla ewentualnego podjęcia przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu. Termin ten może być

określony przez wskazanie konkretnej daty lub ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy." (KIO 1826/18)

47. Oraz: "Określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z koniecznych elementów SIWZ, na co wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 4 p.z.p.. Termin taki powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny." (KIO 2525/18)
48. Podobnie: "Kontrolujący uznał, że mając na uwadze złożony charakter przedmiotowego zamówienia, należy uznać, iż Zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin składania ofert, jak również terminy dostawy, instalacji i uruchomienia urządzeń oraz systemów, w rezultacie czego została złożona tylko 1 oferta, pomimo iż zaproszonych do ich składania zostało 3 wykonawców. Stwierdził również, że wykonawca, który złożył ofertę znajdował się w uprzywilejowanej sytuacji, bowiem w okresie, w którym Zamawiający rozważał możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (kwiecień - czerwiec 2011 r.), prowadził z nim drogą elektroniczną roboczą korespondencję, w trakcie której, jak stwierdził sam Zamawiający, mogły mu zostać przesłane wersje elektroniczne niektórych projektów dokumentów (np. wzory umów, ogólnych warunków leasingu itp.), w tym także dane/informacje o producentach i/lub potencjalnych dostawcach sprzętu, jak też cenach obowiązujących w danym okresie. Podkreślił, że powyższe ustalenia potwierdziły również wyniki kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli. Prezes UZP podsumował, że powyższe działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert oraz terminu dostawy i instalacji urządzeń oraz systemów, jak również nierówne traktowanie wykonawców." (KIO/KD 7/16)
49. **Odwołujący wnosi zatem o zmianę terminu realizacji zamówienia z 300 dni na 330 dni od daty podpisania umowy.**

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi jak w *petitum*.

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

odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Paulina Sawicka

adwokat

Załączniki:

- 1) Wydruk ze strony internetowej Zamawiającego;
- 2) Pełnomocnictwo od Odwołującego do wniesienia odwołania;
- 3) Odpis z KRS dla Odwołującego;
- 4) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) Dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu.