

Płock, dnia 22 marca 2024 r.

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

Zamawiający: **Gmina Pelplin**
Plac Grunwaldzki 4
83-130 Pelplin
tel.: +48 58 536 12 61 (wew. 41)
e-mail: zamowienia.publiczne@pelplin.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
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

Dotyczy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup autobusów elektrycznych wraz z ładowarką dla Gminy Pelplin” (numer referencyjny postępowania - SZP.271.1.4.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 152797-2024, nr wydania Dz.U. S: 11/2024, w dniu 13.03.2024 r.

ODWOŁANIE

**wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.:
„Zakup autobusów elektrycznych wraz z ładowarką dla Gminy Pelplin”
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 **dostawa 3 autobusów elektrycznych oraz 1 dwustanowiskowej ładowarki oraz przeprowadzenie szkoleń** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „**Zakup autobusów elektrycznych wraz z ładowarką dla Gminy Pelplin**”, Znak postępowania: SZP.271.1.4.2024 (dalej: Postępowanie), prowadzonego przez zamawiającego Gminę Pelplin (dalej: Zamawiający), o którym ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 13.03.2024 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 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w zakresie:

- Rozdziału VIII, ust. 2, pkt 4) doświadczenie zawodowe,
- Rozdziału X, ust. 1, pkt 1)
- Rozdziału XX, ust. 2, pkt 2. Tabeli, Kryterium „Ocena bezpieczeństwa i techniczno – eksploatacyjna autobusów” – T

2) wobec treści Wykazu dostaw stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ w zakresie:

- pkt 1 i 2 tabeli

3) wobec treści Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ (dalej: OPZ) w zakresie:

- Rozdziału II, pkt. 1., ppkt 1) Wymiary autobusów
- Rozdziału II, pkt. 4. Ogrzewanie
- Rozdziału II, pkt. 5. Klimatyzacja i wentylacja
- Rozdziału II, pkt. 9. Zawieszenie
- Rozdziału II, pkt. 12. Wykończenie wnętrza
- Rozdziału II, pkt. 19. Koła i ogumienie
- Rozdziału II, pkt. 24. Magazyny energii, ładowanie
- Rozdziału III, pkt. 1 tabeli. Warunki gwarancji (odległość ASO od siedziby Zamawiającego)

4) wobec treści wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ (dalej: Umowa) w zakresie:

- § 1 ust. 1 pkt 1 Umowy
- § 1 ust. 3 pkt 3) tiret 9 Umowy
- § 6 ust. 12 Umowy

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:

- a) poprzez sformułowanie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział VIII, ust. 2, pkt 4) doświadczenie zawodowe, oraz Rozdział X, ust. 1, pkt 1) a ponadto w Wykazie dostaw (Załącznik nr 7 do SWZ) w pkt 1 i 2 tabeli, kryterium kwalifikacji wykonawców i warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie kryterium zdolności technicznej i zawodowej konieczności wykazania wykonania dostawy co najmniej 2 autobusów miejskich oraz przez użycie w § 1 ust. 1 pkt 1) wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) określenia „miejskich” w odniesieniu do autobusów elektrycznych;
- b) określenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział XX, ust. 2, pkt 2. Tabeli, Kryterium „Ocena bezpieczeństwa i techniczno – eksploatacyjna autobusów” – T) oraz w § 1 ust. 3 pkt 3) tiret 9 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wymogu spełnienia warunków wynikających z Regulaminu nr R29 EKG ONZ, podczas gdy powyższy regulamin nie dotyczy swoim zakresem autobusów miejskich, a wyłącznie pojazdów ciężarowych, co wyklucza możliwość zastosowania się do jego wytycznych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia;
- c) określenie w Rozdziale II, pkt. 1., ppkt 1) Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) oraz w § 1 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wymiarów autobusów w zakresie dot. długości autobusu od 10,5 m do 12,5 m;
- d) określenie w Rozdziale II, pkt. 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) ogrzewania pojazdów opartego wyłącznie na układzie spalinowego ogrzewania wodnego zasilanego olejem napędowym bez możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego;
- e) określenie w Rozdziale II, pkt. 5 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) konieczności zaimplementowania w klimatyzacji krzywej VDV236 bez możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego;

- f) określenie w Rozdziale II, pkt. 9 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) że zawieszenie osi przedniej pojazdu ma być niezależne ze stabilizatorem lub belka sztywna bez możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego;
- g) określenie w Rozdziale II, pkt. 12 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) że wykończenie wnętrza pojazdu ma być wykonane z wodoodpornych płyt jednostronnie powlekanych – laminatów bez możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego;
- h) określenie w Rozdziale II, pkt. 19 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) że obręcze kół mają mieć średnicę 19,5”;
- i) określenie w Rozdziale II, pkt. 24 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) pojemności magazynów energii na poziomie 320 kWh oraz niewskazanie kryteriów oceny spełnienia pozytywnego testu przejechania przez dostarczony autobus trasy o długości co najmniej 250 km na pełnym naładowaniu magazynów energii i przy pełnym obciążeniu autobusu;
- j) określenie w Rozdziale III, pkt. 1 tabeli Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) oraz w § 6 ust. 12 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) dostępu do autoryzowanej stacji serwisowej wykonującej naprawy w ramach gwarancji oraz obsługi okresowej autobusów w odległości 70km od siedziby Zamawiającego;

2) art. 240 ust. 1 i 2 PZP, art. 241 ust. 1, 2 i 3 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, a ponadto przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, jak również określenie kryteriów oceny ofert w taki sposób, że dotyczą one właściwości wykonawcy, w szczególności poprzez:

- a) poprzez sformułowanie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział VIII, ust. 2, pkt 4) doświadczenie zawodowe, oraz Rozdział X, ust. 1, pkt 1) a ponadto w Wykazie dostaw (Załącznik nr 7 do SWZ) w pkt 1 i 2 tabeli, 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 dostawy co najmniej 2 autobusów miejskich), oraz przez użycie w § 1 ust. 1 pkt 1) wzoru Umowy określenia „miejskich” w odniesieniu do autobusów elektrycznych, co prowadzi do dyskryminacji wykonawców produkujących autobusy elektryczne, zdolnych do realizacji Zamówienia, a ponadto określa rygorystyczne wymagania określone we wskazanym kryterium oceny oferty nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;
- b) zawarcie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdział XX, ust. 2, pkt 2. Tabeli, Kryterium „Ocena bezpieczeństwa i techniczno – eksploatacyjna autobusów” – T oraz w § 1 ust. 3 pkt 3) tiret 9 wzoru Umowy wymogu spełnienia warunków wynikających z

Regulaminu nr R29 EKG ONZ, podczas gdy powyższy regulamin nie dotyczy swoim zakresem autobusów miejskich, a wyłącznie pojazdów ciężarowych, co wyklucza możliwość zastosowania się do jego wytycznych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia;

- c) określenie w Rozdziale III, pkt. 1 tabeli Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) oraz w § 6 ust. 12 wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) dostępu do autoryzowanej stacji serwisowej wykonującej naprawę w ramach gwarancji oraz obsługi okresowej autobusów w odległości 70km od siedziby Zamawiającego;

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

1) Specyfikacja Warunków Zamówienia

a) w zakresie Rozdziału VIII, ust. 2, pkt 4) doświadczenie zawodowe, oraz Rozdział X, ust. 1, pkt 1): nadanie nowego brzmienia poprzez zmianę określenia „dostawę co najmniej dwóch autobusów miejskich, niskopodłogowych/niskowejściowych, elektrycznych” na „dostawy co najmniej dwóch nowych autobusów, niskopodłogowych/niskowejściowych, elektrycznych”.

b) w zakresie Rozdziału XX, ust. 2, pkt 2. Tabeli, Kryterium „Ocena bezpieczeństwa i techniczno – eksploatacyjna autobusów” – T poprzez jego wykreślenie z SWZ.

2) Wykaz dostaw (Załącznik nr 7 do SWZ)

- **w zakresie pkt 1 i 2 tabeli:** nadanie nowego brzmienia poprzez zmianę określenia „Doświadczenie w realizacji dostawy pn. polegającej na dostawie autobusów miejskich, niskopodłogowych/niskowejściowych, elektrycznych” na „Doświadczenie w realizacji dostawy pn. polegającej na dostawie nowego autobusu niskopodłogowego/niskowejściowego, elektrycznego”.

3) Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ)

a) w zakresie Rozdziału II, pkt. 1., ppkt 1) Wymiary autobusów: nadanie nowego brzmienia poprzez zmianę zapisu i dopuszczenie autobusu o długości 10 m przy zachowaniu pozostałych wymogów, zwłaszcza w zakresie wymaganej liczby miejsc w zakresie dot. długości autobusu od 10,5 m do 12,5 m;

b) w zakresie Rozdziału XX, ust. 2, pkt 2. Tabeli, Kryterium „Ocena bezpieczeństwa i techniczno – eksploatacyjna autobusów” – T: wykreślenie wymogu spełnienia warunków wynikających z Regulaminu nr R29 EKG ONZ;

c) w zakresie Rozdziału II, pkt. 4. Ogrzewanie: nadanie nowego brzmienia poprzez dopuszczenie rozwiązania, w którym ogrzewanie autobusu będzie realizowane przez agregat hybrydowy (elektryczno-spalinowy);

- d) **w zakresie Rozdziału II, pkt. 5. Klimatyzacja i wentylacja:** nadanie nowego brzmienia poprzez dopuszczenie rozwiązania, w którym klimatyzacja będzie funkcjonować bez implementacji krzywej VDV236 lub w sposób równoważny;
- e) **w zakresie Rozdziału II, pkt. 9. Zawieszenie:** nadanie nowego brzmienia poprzez dopuszczenie rozwiązania, w którym oś przednia będzie wykonana jako zawieszenie niezależne bez stabilizatora w przypadku dostawy autobusu z bateriami umieszczonymi w podłodze pojazdu;
- f) **w zakresie Rozdziału II, pkt. 12. Wykończenie wnętrza:** nadanie nowego brzmienia poprzez dopuszczenie rozwiązania, w którym poszycia wewnętrznych ścian bocznych oraz sufitu będą wykonane z tworzywa sztucznego;
- g) **w zakresie Rozdziału II, pkt. 19. Koła i ogumienie:** nadanie nowego brzmienia poprzez dopuszczenie rozwiązania, w którym obręcze kół będą miały średnicę 19,5”;
- h) **w zakresie Rozdziału II, pkt. 24. Magazyny energii, ładowanie:** nadanie nowego brzmienia poprzez dopuszczenie rozwiązania, w którym magazyn energii będzie miał pojemność 289 kWh, przy zachowaniu pozostałych wymogów, zwłaszcza w zakresie minimalnego zasięgu 250 km na pełnym naładowaniu;
- i) **w zakresie Rozdziału III, pkt. 1 tabeli. Warunki gwarancji:** usunięcie w całości zdań: „Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do autoryzowanej stacji serwisowej wykonującej naprawy w ramach gwarancji oraz obsługi okresowej autobusów, w odległości 70km od siedziby Zamawiającego i/lub udzieli autoryzacji Operatorowi wybranemu do obsługi pojazdów przez Zamawiającego.” oraz „Czynności serwisowe i naprawcze będą przeprowadzane w stacji serwisowej oddalonej nie więcej niż 70 km od siedziby Zamawiającego posiadającej autoryzację producenta pojazdu lub Operatora, który uzyska wymaganą autoryzację Wykonawcy.”;

4) wzór Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ)

- a) **w zakresie § 1 ust. 1 pkt 1 Umowy:** nadanie nowego brzmienia poprzez określenie długości autobusów jako „od 10m do 12,5m” oraz usunięcie określenia „miejskich” przed wyrażeniem „autobusów elektrycznych” in fine;
- b) **w zakresie § 1 ust. 3 pkt 3) tiret 9 Umowy:** usunięcie w całości;
- c) **w zakresie § 6 ust. 12 Umowy:** usunięcie 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 13.03.2024 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 3 sztuk fabrycznie nowych autobusów elektrycznych oraz 1 ładowarki zewnętrznej do obsługi komunikacji miejskiej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Zakup autobusów elektrycznych wraz z ładowarką dla Gminy Pelplin”, numer referencyjny: SZP.271.1.4.2024. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

W dniu 13.03.2024 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 8 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) oraz Załącznik nr 7 do SWZ – Wykaz dostaw (dalej: Wykaz dostaw), zawiera szereg postanowień istotnie ograniczających konkurencyjność w Postępowaniu. Poniżej Odwołujący wykaże zasadność postawionych przez siebie zarzutów.

Ad II. 1a) i 2a) postanowienia SWZ określające kryteria spełnienia warunków udziału w postępowaniu ograniczające konkurencję

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział VIII, ust. 2, pkt 4 doświadczenie zawodowe, oraz Rozdział X, ust. 1, pkt 1 podmiotowe środki dowodowe) oraz w Załączniku nr 7 do SWZ (Wykaz dostaw) w zakresie spełniania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał, że:

SWZ, Rozdział VIII, ust. 2, pkt 4 doświadczenie zawodowe

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawę co najmniej dwóch **autobusów miejskich**, niskopodłogowych/niskowejściowych, elektrycznych.

Wraz z załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”

SWZ, Rozdział X, ust. 1, pkt 1 podmiotowe środki dowodowe

„1) wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy, w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane - dostawa co najmniej dwóch **autobusów miejskich**, niskopodłogowych/niskowejściowych, elektrycznych”.

Załącznik nr 7 do SWZ – Wykaz dostaw

„Doświadczenie w realizacji dostawy pn. polegającej na dostawie **autobusów miejskich**, niskopodłogowych/niskowejściowych, elektrycznych.”

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

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 elektryczne. 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 elektryczne w innej niż miejska zabudowie 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 elektrycznych, 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, tj. autobusu miejskiego.

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

Gmina - Miasto Jasło

„Zakup 6 autobusów elektrycznych w ramach projektu Zielony transport publiczny w Jaśle 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.

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.

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. 1b) i 2b) postanowienia SWZ określające pozacenowe kryteria oceny ofert ograniczające konkurencję

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdziału XX, ust. 2, pkt 2. Tabeli, Kryterium „Ocena bezpieczeństwa i techniczno – eksploatacyjna autobusów” – T) Zamawiający wskazał, że:

„Ad) 2 Kryterium „Ocena bezpieczeństwa i techniczno – eksploatacyjna autobusów” – T (maksimum 25 punktów)

(...)

Lp.	Składnik T	Opis spełnienia składnika T przez oferowane autobusy
1	2	3
(...)		
2.	T2 – bezpieczeństwo typu oferowanych autobusów (max 10 pkt)	a) Za zaoferowanie pojazdów posiadających świadectwo spełniania wymogów homologacji w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego zgodnie z wymaganiami Regulaminu 29 EKG ONZ – oferta otrzyma 5 punkty. b) Za zaoferowanie pojazdów nie posiadających świadectwo spełniania wymogów homologacji w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego zgodnie z wymaganiami Regulaminu 29 EKG – oferta otrzyma 0 punktów.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wyżej sformułowanym kryterium, w sposób niczym nieuzasadniony, wbrew intencjom ustawy Prawo Zamówień Publicznych, utrudnia dostęp do zamówienia dla potencjalnych wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że wskazany tam Regulamin nr 29 dotyczy pojazdów ciężarowych. Przedmiotem zamówienia jest dostawa autobusów miejskich, co oznacza, iż postawione przez Zamawiającego wymogi zawarte w Regulaminach nr 29 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”.

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.

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.”

Tymczasem autobusy elektryczne (w tym miejskie), stanowiące przedmiot zamówienia stanowią pojazdy kategorii M. Już więc ta okoliczność wyklucza możliwość dostosowania przedmiotu zamówienia do wymogów z powyżej wskazanego Regulaminu.

Za fakt uznać należy również okoliczność, iż autobusy miejskie (będące przedmiotem niniejszego zamówienia) nie pełnią funkcji pojazdów do przewozu ładunku. Pojazdy te służą bowiem do przewozu osób. 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.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że innym postępowaniu, którego przedmiotem był „Zakup 12 autobusów o napędzie elektrycznym” (nr postępowania: 038/2023/FZ, „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, jeden z wykonawców tj. EvoBus Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie do KIO, w którym zakwestionował zasadność zastosowania wymogu spełnienia warunków wynikających z m.in. Regulaminu nr R29 EKG ONZ, na skutek którego zamawiający odwołanie takie uwzględnił i zmienił treść SWZ modyfikując go w tym zakresie a: „Zalecane spełnianie przez pojazd wymagań Regulaminu nr R29 EKG ONZ (...) (opcjonalnie)”.

Dowody: odwołanie do KIO złożone przez EvoBus Polska Sp. z o.o. z dnia 10.07.2023 r. w postępowaniu nr 038/2023/FZ, informacja Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie z dnia 24.07.2023 r. o zmianie treści SWZ w postępowaniu nr 038/2023/FZ

W niniejszym Postępowaniu, którego dotyczy odwołanie inny wykonawca również zapytał o wymóg spełnienia warunków Regulaminu nr R29 EKG ONZ. W dniu 15.03.2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż: „wymóg spełniania przez oferowane autobusy zapisów Regulaminu nr 29 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych - jednolitych przepisów dotyczących ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego stanowi dodatkowy warunek poddawany ocenie zgodnie z kryteriami oceny ofert. Nie jest warunkiem obligatoryjnym określonym w OPZ co do parametrów autobusów. Odnosi się on bezpośrednio do pojazdów z oddzielną kabiną kierowcy, którymi są również autobusy. Zamawiający dbając o bezpieczeństwo premiuje rozwiązania, które mają bezpośredni wpływ na ochronę osób znajdujących się w pojeździe. Pojazdy docelowo będą realizowały również przewozy szkolne, stąd też bezpieczeństwo przewozów stanowi najwyższy priorytet. Po uprzednio przeprowadzonych analizach rynkowych Zamawiający postanowił wpisać takie kryterium oceny ofert (paramter T2), aby premiować Wykonawców oferujących autobusy posiadające homologację zgodną z Regulaminem nr 29 EKG ONZ.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15.03.2024 r.

Odwołujący nie podziela powyższej argumentacji Zamawiającego, gdyż jest ona oparta się na nieprawdziwych założeniach. Po pierwsze, autobusy nie są pojazdami z oddzielną kabiną kierowcy. Odwołujący załącza przykładowy rysunek techniczny ramy autobusu, z którego wynika, że kabina kierowcy nie jest w żaden sposób wyodrębniona konstrukcyjnie. Co więcej, na stronie 16 Regulaminu nr 29 EKG ONZ został przedstawiony badany pojazd, a na wcześniejszych stronach Regulaminu pokazana jest sama kabina kierowcy, jako osobny element.

Dowody: rysunek techniczny ramy autobusu, Regulamin nr 29 EKG ONZ

Regulamin nr 29 EKG ONZ nie ma nic wspólnego z bezpieczeństwem osób znajdujących się w pojeździe. Odnosi się do bezpieczeństwa w kabinie kierowcy. Dlatego powoływanie się przez Zamawiającego na bezpieczeństwo przewożonych dzieci, jako najwyższy priorytet jest nadużyciem i nie może zostać uznane za obiektywne kryterium.

Odwołujący wskazuje również, że dodawanie dodatkowych wymogów dla autobusów, żeby spełniały wymogi Regulaminu nr 29 EKG ONZ ma dużo przeciwwskazań, albowiem nie tylko nie poprawiają one bezpieczeństwa, ale mogą je wręcz pogorszyć:

1. Autobus miejski porusza się z małymi prędkościami w dużym ruchu i widoczność dla kierowcy jest bardzo ważna. Wzmacnianie ściany przodu wpływa negatywnie na widoczność kierowcy (masywniejsze grubsze słupki) co wiąże się ze zmniejszeniem bezpieczeństwa pasażerów – bardziej pojazd narażony jest na kolizje.
2. Wzmacnianie ściany przodu zwiększa masę własną pojazdu i dociąża oś przednią (dodatkowa masa przed osią na zwisie). Większy nacisk, a w przypadku autobusów miejskich, gdzie dopuszczalny nacisk osi często jest na granicy dopuszczalnego maksymalnego dla kół (opon) i osi. Występuje konieczność zmniejszenia ilości pasażerów w przedniej części autobusu przez ograniczenie miejsca do stania (barierki typu bonanza lub inne ograniczenie) lub zmniejszanie ilości miejsc do siedzenia w przedniej części autobusu. Jest negatywne zjawisko w autobusach miejskich, gdzie zależy właścicielowi na maksymalnej liczbie pasażerów
3. Autobus jest wykonany w formie nadwozia wagonowego, nie ma wydzielonej kabiny kierowcy jak w kategorii N (pojazdy ciężarowe)
4. Regulamin nr 29 EKG ONZ jest regulaminem mającym za zadanie ochronę kierowcy pojazdów ciężarowych narażonych na wjazd w poprzedzający go pojazd ciężarowy – szczególnie dla jadących w konwojach z dużą prędkością ciężarówek na drogach szybkiego ruchu.
5. Dla autobusów, szczególnie miejskich ustawodawca przewidział dwa regulaminy – wytrzymałościowy R66 i tzw autobusowy R107. Są to regulaminy kładące główny nacisk na bezpieczeństwo pasażerów. R66 wyznacza strefę bezpieczną dla pasażerów w momencie przewrócenia się autobusu a 107 bezpieczną konfigurację wnętrza oraz stabilność autobusu (dotyczy to również przechyłu o 28 deg. W pojazdach ciężarowych jedynie w kabinie przebywa zarówno kierowca jak i pasażer, dlatego wprowadzony został dedykowany dla tych pojazdów Regulamin nr 29 EKA ONZ.
6. Pojazdy kategorii M (autobusy) nie są objęte zakresem Regulaminu nr 29 EKG ONZ, więc zgodnie z opiniami instytucji homologujących nie udzielają homologacji (nie mogą – kiedyś wysłałem Ci opinię Idiady i TDT) na zgodność z tym regulaminem dla „M3” – autobus miejski wielkopojemny.

Ad II. 1 c) – i) Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ)

c) w zakresie Rozdziału II, pkt. 1., ppkt 1) Wymiary autobusów

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazuje, że wymaga autobusów o długości od 10,5 m do 12,5 m, przy czym liczba miejsc pasażerskich ma wynosić minimum 65, w tym liczba miejsc siedzących - co najmniej 20, co najmniej 6 miejsca dla osób z ograniczeniem ruchowym dostępne z poziomu niskiej podłogi. Odwołujący, jako producent autobusów o długości 10 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: 74, liczba miejsc siedzących 31, w tym liczba miejsc dostępnych z niskiej podłogi 6). Ponieważ autobusy produkowane przez Odwołującego są krótsze od wymaganych przez Zamawiającego jedynie o 0,5m to wartość ta nie ma żadnego negatywnego wpływu na inne ograniczenia Zamawiającego typu manewrowość, wielkość miejsca postojowego, wymiary bram w zajezdni, itp.

Zdaniem Odwołującego, krótszy, a szczególnie węższy autobus umożliwia lepsze manewrowanie, szczególnie w wąskich ulicach centrów miast. Ponadto, zajmuje mniej miejsca na zajezdni i jest wygodniejszy w codziennej obsłudze pojazdu (mniej obchodzenia).

Niezależnie od tego Odwołujący wskazuje, że na produkowane autobusy posiada homologację, w której wskazano długość pojazdu 10 000 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 stanowi TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA ARP e-Vehicles Sp. z o.o.] i które zawiera szczegóły techniczne pojazdów produkowanych przez Odwołującego.

Dowód: zestawienie AUTOBUSY PILEA RFS – dane techniczne [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA ARP e-Vehicles Sp. z o.o.]

d) w zakresie Rozdziału II, pkt. 4. Ogrzewanie: Zamawiający jako wymagania wskazał, że autobusy będące przedmiotem dostawy powinny posiadać ogrzewanie oparte na układzie spalinowego ogrzewania wodnego zasilanego olejem napędowym z nadmuchem ciepłego powietrza, zegarem nastawczym i licznikiem czasu pracy urządzenia grzewczego. Układ zasilany z dodatkowego zbiornika paliwa o pojemności min. 40 dm³.

Ogrzewanie pojazdu, zwłaszcza zeroemisyjnego, powinno - przy zachowaniu właściwego komfortu termicznego dla pasażerów i obsługi - w możliwie najwyższym stopniu być ekologiczne. 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, ekologicznych

rozwiązań. Tymczasem, Zamawiający nie przewidział możliwości stosowania rozwiązań równoważnych, co stanowi ograniczenie konkurencji.

e) w zakresie Rozdziału II, pkt. 5. Klimatyzacja i wentylacja:

Zamawiający jako wymagania wskazał, że w autobusach będących przedmiotem dostawy klimatyzacja musi posiadać funkcję grzania dachowego oraz być wyposażona w sterownik umożliwiający utrzymanie właściwej dla komfortu pasażerów temperatury we wnętrzu pojazdu (zaimplementowanie krzywej VDV236), załączaną ze zintegrowanego panelu w kabiny kierowcy. Odwołujący wskazuje, że jest to norma stosowana przez konkurencję, firmę Solaris Bus&Coach Sp. z o.o., która posiada to rozwiązanie zaimplementowane do układu klimatyzacji i ogrzewania, który stanowi jeden moduł (tzw. HVAC). Jak wynika z dokumentu pn. SOLARIS Raport Zrównoważonego Rozwoju 2021 (dokument ogólnie dostępny, do pobrania ze strony Solaris), który Odwołujący załącza do niniejszego odwołania jeden z czołowych producentów autobusów, w tym autobusów elektrycznych, firma Solaris Bus&Coach Sp. z o.o. jest członkiem wielu organizacji, w tym VDV (Stowarzyszenie Niemieckich Firm Transportowych), z której wspomniana norma krzywej VDV236 się wywodzi. Zamawiający nie przewidział możliwości stosowania rozwiązań równoważnych, co stanowi ograniczenie konkurencji.

Dowód: SOLARIS Raport Zrównoważonego Rozwoju 2021

f) w zakresie Rozdziału II, pkt. 9. Zawieszenie:

Zamawiający jako wymagania wskazał, że w autobusach będących przedmiotem dostawy zawieszenie, w tym oś przednia musi być wykonana jako zawieszenie niezależne ze stabilizatorem lub jako belka sztywna. Stabilizator osi działa w następujący sposób: na samochód pokonujący zakręt działa siła odśrodkowa, przez co ciężar pojazdu przenoszony jest na zewnętrzne koło. Potęguje to fakt, że z tego samego powodu wewnętrzne koło traci stabilność i przyczepność, a auto przechyla się w kierunku zewnętrznego przedniego koła. Przechył jest tym większy, im wyżej znajduje się punkt, który nazywa się środkiem ciężkości. Zasadę sił, które występują podczas przechyłu bocznego możemy przyrównać do odwróconego wahadła i tu ważna zasada, im większy ciężar będzie przyczepiony w najwyższym punkcie wahadła tym bardziej będzie się ono wychylać.

Autobus, który chce zaoferować Odwołujący ma nisko osadzony środek ciężkości, blisko podłogi pojazdu. Jest to efekt montażu najcięższego podzespołu autobusu elektrycznego, tj. magazynów energii pod jego podłogą. Jest to innowacyjne rozwiązanie (w porównaniu do pojazdów konkurencji, w których większość baterii jest zamontowana na dachu, tj. na wysokości powyżej 3m), które samo w sobie ogranicza tendencje przechyłów bocznych autobusu na zakrętach. Zamawiający nie przewidział możliwości stosowania rozwiązań równoważnych, co stanowi ograniczenie konkurencji.

g) w zakresie Rozdziału II, pkt. 12. Wykończenie wnętrza

Zamawiający jako wymagania wskazał, że w autobusach będących przedmiotem dostawy wewnątrz autobusu tj. poszycia ścian, pokrywy boczne, sufit, ścianki oddzielające przy drzwiach itp., kabina kierowcy, obudowa silnika, nadkola i inne elementy od poziomu podłogi w górę, nie pokryte materiałem, mają być wykonane z wodoodpornych płyt jednostronnie powlekanych – laminaty, łatwych do utrzymania w czystości, trudnopalne, gładkie.

Odwołujący w swoich autobusach jako wewnętrzne poszycie ścian bocznych oraz sufitu stosuje tworzywo sztuczne, które posiada takie same walory użytkowe i estetyczne jak płyty jednostronnie powlekane – laminaty. Zamawiający nie przewidział jednak możliwości stosowania rozwiązań równoważnych, co stanowi ograniczenie konkurencji.

h) w zakresie Rozdziału II, pkt. 19. Koła i ogumienie

Zamawiający jako wymagania wskazał, że w autobusach będących przedmiotem dostawy średnica obręczy koła jezdnego ma wynosić równo 22,5”.

Odwołujący w swoich autobusach stosuje koła, których obręcze są mniejsze (i lżejsze) i mają średnicę 19,5”.

Koło (obrócz i opona) to masa nieresorowana podlegająca dwóm siłom:

- pierwszą z nich jest kinetyczna energia translacyjna, ponieważ koło przyspiesza.
- druga to kinetyczna energia rotacyjna, ponieważ koło skręca.

Masa nieresorowana to część masy pojazdu, znajdująca się pomiędzy jezdnią a sprężystym zawieszeniem, narażona na drgania wywołane nierównościami nawierzchni. 1kg masy nieresorowanej odpowiada kilku kilogramom masy resorowanej. Warto podkreślić jest, że przy hamowaniu lub podczas przyspieszania, im koło jest cięższe, tym więcej potrzeba siły na metr aby wprowadzić je w ruch lub zatrzymać. Ciężkie koło wymaga więcej sił od silnika, co zmniejsza przyspieszenie, z kolei lekkie koło pozwala na większe przyspieszenie.

Dla uproszczenia: łatwiej jest zatrzymać koło, ważące 1 kg niż koło 100-kilogramowe, ponieważ mniejsze posiada mniejszą bezładność, im cięższe koło, tym mniej skuteczne jest hamowanie. Nie bez znaczenia pozostaje także kwestia zużycia energii przez autobus, otóż zużycie energii przez pojazd zależy od części energii, którą musi wytworzyć silnik przy przyspieszeniu. Jak już wyżej udowodniliśmy, lżejsze koło pozwala na zużywanie mniejszej ilości energii przy przyspieszeniu, z tego zatem wynika, że silnik wykonuje mniejszą pracę przy lekkich kołach, co pozwala zaoszczędzić energię. Opierając się na swoim doświadczeniu i wiedzy Odwołujący dokonał porównania danych technicznych i właściwości autobusu elektrycznego z kołami o średnicy 22,5” i średnicy 19,5”, które załącza do niniejszego odwołania.

Dowód: porównanie Działu Przygotowania Produkcji ARP e-Vehicles Sp. z o.o. danych technicznych i właściwości autobusu elektrycznego z kołami o średnicy 22,5” i średnicy 19,5”

i) w zakresie Rozdziału II, pkt. 24. Magazyny energii, ładowanie

Zamawiający jako wymagania wskazał, że w autobusach będących przedmiotem dostawy energia elektryczna ma być gromadzona w magazynach energii - akumulatorach lub superkondensatorach lub innych urządzeniach pozwalających na efektywne wykorzystanie zgromadzonej w nich energii elektrycznej. Wymagana pojemność magazynów energii elektrycznej to min. 320 kWh (wartość dostępna dla użytkownika), pozwalająca na przejechanie minimum 250 km na pełnym naładowaniu - przy maksymalnym obciążeniu autobusu (dopuszczalna masa całkowita, włączone oświetlenie wewnętrzne i zewnętrzne, włączone systemy informacji pasażerskiej, klimatyzacja).

Odwołujący w swoich autobusach stosuje magazyny energii, których pojemność wynosi 289 kWh i jest to wartość wystarczająca do realizacji wymaganego przez Zamawiającego zasięgu 250 km na pełnym naładowaniu - przy maksymalnym obciążeniu autobusu (dopuszczalna masa całkowita, włączone oświetlenie wewnętrzne i zewnętrzne, włączone systemy informacji pasażerskiej, klimatyzacja). Powyższe potwierdza dokument SORT-2, który Odwołujący załącza do niniejszego odwołania.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, wskazanie przez Zamawiającego 250km zasięgu bez określenia w jakich warunkach (miejskie, uwzględniające możliwość rekuperacji magazynów energii czy pozamiejskie z bardziej dynamiczną jazdą), przewyższenia terenu, temperatury powietrza itp. świadczy o tym, że 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). W ocenie Odwołującego zasadnym byłaby zmiana zapisu poprzez doprecyzowanie tego kryterium przez odniesienie się do wartości pojemności magazynów energii i zużycia energii na 1km, jakie wynikają z dokumentu SORT-2, jako obiektywnego kryterium, przygotowywanego przez niezależną i certyfikowaną jednostkę badawczą.

W tym miejscu Odwołujący wyjaśnia, że załączone do odwołania Sprawozdanie z badania zużycia energii elektrycznej w teście SORT-2 stanowi TAJEMNICĘ PRZESIEŁBIORSTWA ARP e-Vehicles Sp. z o.o. i zostało przeprowadzone dla autobusu RAFAKO gdyż ARP e-Vehicles Sp. z o.o. jest zastępcą prawnym firmy Rafako Ebus, która w dniu 29.09.2020 r. została nabyta przez ARP S.A. w Warszawie od RAFAKO S.A. jako zorganizowana część przedsiębiorstwa, co potwierdza odpis zupełny KRS Odwołującego. Dokument SORT-2 został uzyskany dla autobusu typu RFS w wariantcie 1000T1MA, który jest identyczny z typem autobusów elektrycznych produkowanych przez odwołującego w klasie M, czyli o długości 10m.

Dowód: dokument SORT-2 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA ARP e-Vehicles Sp. z o.o.], informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu KRS ARP E-Vehicles Sp. z o.o.

Ad. II. 1 j) i II. 2 c) odległość ASO od siedziby Zamawiającego

Zgodnie z art. 241 PZP, Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w

dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Aczkolwiek powyższy przepis ustawy PZP odnosi się do kryteriów oceny ofert to Zamawiający zastosował takie niedopuszczalne kryterium w Rozdziale III, pkt. 1 tabeli. Warunki gwarancji Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ) oraz w § 6 ust. 12 wzorca Umowy, w którym wymaga, aby odległość ASO od siedziby Zamawiającego wynosiła nie więcej niż 70km, czego nie można takiego wymogu racjonalnie uzasadnić i obiektywnie ocenić. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że siedziba Odwołującego i jednocześnie siedziba jego ASO znajduje się w odległości 120 km od siedziby Zamawiającego.

Przyjmuje się, iż kryterium związanym z serwisem może być przykładowo dostępność serwisu lub czas reakcji w przypadku gwarancji lub usterki. Za niedopuszczalne uznaje się natomiast posługiwanie się kryterium oceny ofert odnoszącym się do odległości siedziby wykonawcy (jego punktu serwisowego) od np. siedziby zamawiającego. W tym bowiem przypadku kryterium zostaje oderwany od przedmiotu zamówienia i dotyczy bezpośrednio podmiotowych właściwości wykonawcy.

Zasadniczo, w celu świadczenia usługi serwisowej nie jest konieczne posiadanie przez wykonawcę punktu serwisowego. Może on korzystać z usług podwykonawców. Ponadto, ilość punktów serwisowych oraz odległość pomiędzy nimi a siedzibą zamawiającego (miejscem lokalizacji przedmiotu objętego usługą serwisową) nie musi przekładać się na szybkość reakcji serwisu lub jego dostępność dla zamawiającego. Wykonawca może bowiem zorganizować swoją działalność w przedmiocie serwisu w taki sposób, iż zapewni wymaganą przez zamawiającego jego dostępność oraz czas reakcji, niezależnie od tego nawet, czy posiada jakiegokolwiek punkt serwisowy, nie mówiąc już o tym, w jakiej ilości i gdzie te punkty się znajdują. W konsekwencji, wykonawca mający siedzibę lub punkt serwisowy położony w mniejszej odległości od siedziby zamawiającego nie musi wcale zapewnić większej dostępności i szybszego czasu reakcji serwisu od wykonawcy zlokalizowanego lub posiadającego punkt serwisowy w dalszej odległości. Decydujące znaczenie ma więc właściwa organizacja swej działalności przez wykonawcę. Dla zamawiającego z kolei liczy się wyłącznie efekt działań wykonawcy przejawiający się w szybkości spełnionej usługi serwisowej. Tak więc, oparte o błędne założenie jest konstruowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do serwisu, a dotyczącego odległości punktu serwisowego od siedziby zamawiającego.

Przyjęcie takiego rozwiązania przez Zamawiającego we wzorcu Umowy nie służy racjonalnemu wybraniu najlepszej oferty. Wydaje się, iż znacząco ogranicza ono konkurencję, promując wykonawców dużych, mających rozbudowaną sieć punktów ASO, a nadto sprzyja pewnej przypadkowości oceny oferty z punktu widzenia kryterium serwisu oraz zawiera w sobie element faworyzowania wykonawców lokalnych.

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 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.” (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 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 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 orzecznictwa 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 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.

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. premiuje 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, 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 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).

Odwołujący podnosi również, że w dniu 19.03.2024 r. zadał Zamawiającemu szereg pytań do treści SWZ i OPZ, które zawierają wnioski o zmianę treści tychże dokumentów, jednakże do chwili obecnej Zamawiający nie udzielił na te pytania odpowiedzi.

Dowód: pytania Odwołującego z dnia 17.03.2024 r. wraz z potwierdzeniem złożenia na platformie

Mając powyższe na względzie, niniejsze Odwołanie jest w pełni zasadne, dlatego wnoszę jak na wstępie.

*Krzysztof Wawrzyńczak
Radca prawny*

W załączeniu:

1. dowód uiszczenia wpisu - 15.000 zł
2. pełnomocnictwo
3. informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu 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. Opis Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 8 do SWZ
8. Wykaz dostaw - Załącznik nr 7 do SWZ
9. Wzór umowy – Załącznik nr 5 do SWZ
10. odwołanie EvoBus Polska Sp. z o.o. z dnia 10.07.2023 r.
11. informacja ZTM w Warszawie z dnia 24.07.2023 r.
12. pismo Zamawiającego z dnia 15.03.2024 r.
13. rysunek techniczny ramy autobusu
14. Regulamin nr 29 EKG ONZ
15. AUTOBUSY PILEA RFS – dane techniczne [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA ARP e-Vehicles Sp. z o.o.]
16. SOLARIS Raport Zrównoważonego Rozwoju 2021
17. porównanie danych technicznych i właściwości autobusu elektrycznego z kołami o średnicy 22,5" i średnicy 19,5"
18. dokument SORT-2 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA ARP e-Vehicles Sp. z o.o.]
19. pytania Odwołującego z dnia 17.03.2024 r. wraz z potwierdzeniem złożenia na platformie
20. potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu