

Sygn. akt: KIO 1857/14

WYROK
z dnia 23 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 września 2014r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 września 2014r. przez **odwołującego:** J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. P. NW RED ul. Kludyny 12 m.139; 01-684 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. ul. Towarowa 1; 43-100 Tychy

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. P. NW RED ul. Kludyny 12 m.139; 01-684 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000**zł** 00 **gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. P. NW RED ul. Kludyny 12 m.139; 01-684 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. P. NW RED ul. Kludyny 12 m.139 na rzecz Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. ul. Towarowa 1; 43-100 Tychy kwotę 4.590 **zł** 00 **gr** (słownie: cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 09.09.2014r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł J. P. prowadzący działalność gospodarczą p.n. J. P. NW RED ul. Klaudyny 12 m. 139; 01-684 Warszawa zwany dalej "odwołującym".

Odwołanie wniesiono w postępowaniu prowadzonym o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, którym jest Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. ul. Towarowa 1; 43-100 Tychy zwane dalej „zamawiającym”.

Postępowanie dotyczy dostawy 36 fabrycznie nowych autobusów, zasilanych sprężonym gazem ziemnym (CNG) służących zamawiającemu do realizacji zadań przewozowych w komunikacji miejskiej.

Postępowaniu zamawiający nadał numer sprawy: PN/01/08/2014/PT.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014/S 166-297028 w dniu 30.08.2014r.

W dniu 04.09.2014r. nastąpiła zmiana ogłoszenia i została zamieszczona pod pozycją: 2014/S 169-300941.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013r. poz.907 ze zm) zwanej dalej: „ustawą Pzp" od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań zamawiającego.

Odwołaniem zaskarżono treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- 2) odwoływanie się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do nieobowiązujących już dokumentów normatywnych wraz z wymaganiem dostosowania się przez wykonawców do tych nieobowiązujących już przepisów,
- 3) brak wskazania przez zamawiającego, iż dopuszcza on rozwiązania równoważne w przypadkach, w których opis przedmiotu zamówienia odnosi się do

dokumentów normatywnych służących opisaniu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych,

- 4) sporządzenie niezgodnego z ustawą pzp. opisu przedmiotu zamówienia utrudniającego uczciwą konkurencję,
- 5) ustanowienie przez zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp kryteriów oceny ofert, naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołanie zostało wniesione w związku z opublikowaniem w dniu 30.08.2014r. ogłoszenia o zamówieniu a następnie w dniu 01.09.2014r. opublikowaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Wniesienie odwołania w dniu 09.09.2014r. nastąpiło w terminie ustawowo przewidzianym.

Odwołujący przedstawił następujące zarzuty:

- 1) naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, lecz powinien być oceniony jako warunek nadmierny,
- 2) naruszenia art. 30 ust. 1-4 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odwołanie się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do uchylonego już rozporządzenia Ministra Infrastruktury,
- 3) naruszenia art. 30 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wskazania przez zamawiającego, iż dopuszcza on rozwiązania równoważne opisywanym w sytuacji, w której zamawiający odwołuje się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do norm opisujących cechy jakościowe i techniczne przedmiotu zamówienia,
- 4) naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję tj. postawienie wymogów, który obiektywnie nie są uzasadnione oraz uniemożliwiają określonym podmiotom złożenie oferty,
- 5) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert, które prowadzą do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty, wobec czego odwołujący może ponieść szkodę poprzez brak uzyskania zamówienia. Zatem odwołujący posiada w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp legitymację do wniesienia niniejszego odwołania.

Zarzut nr 1 Jako pierwszy zarzut podniesiono sformułowanie przez zamawiającego warunku niezgodnego z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia

Przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny.

Przepis ten zapewnia gwarancję zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Warunek ma być adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Warunek nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewnieni wszyscy wykonawcy, którzy spełniają obiektywne wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, nie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 36 sztuk autobusów niskopodłogowych zasilanych CNG, niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby autobusów, o takim samym typie, za kwotę minimum 35.000.000 zł netto. Odwołujący zaznaczył, że warunki stawiane w postępowaniu nie powinny być tożsame z przedmiotem zamówienia, o ile nie istnieją ku temu obiektywne i istotne przesłanki. Bowiem wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju pojazdów byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich autobusów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Te czynniki jedynie w pewnym stopniu mogą być zależne od ilości autobusów niskopodłogowych CNG dostarczonych w ramach

jednej umowy. Według odwołującego doświadczenie można już wykazać po realizacji i dostawie mniejszej liczby wymaganych autobusów. Tym samym dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia w zakresie dostawy 36 sztuk autobusów niskopodłogowych CNG, nie jest niezbędne posiadanie wiedzy i doświadczenia w realizacji również 36 sztuk dokładnie takich autobusów. Stawianie wymogu, aby wykonawca wykonał w przeszłości taką samą dostawę, jak przy udzielanym zamówieniu, nie służy w istocie potwierdzeniu spełniania adekwatnego warunku wiedzy i doświadczenia. Opis sposobu spełniania omawianego warunku odnosi się do jednej dostawy autobusów w ilości minimum 36 sztuk co oznacza, że warunku tego nie mogliby spełnić także wykonawcy, którzy dostarczyli znacznie większe ilości autobusów w ciągu ostatnich 3 lat, ale poszczególne dostawy odrębnie dotyczyły mniejszej liczby niż 36 sztuk.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o zmianę warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia ustalonego w pkt ID.2.3) Kwalifikacje techniczne b) w ogłoszeniu o zamówieniu na następujący:

„wskazany pod lit a) dokument powinien potwierdzać dostarczenie przez wykonawcę łącznie min 36 fabrycznie nowych autobusów komunikacji miejskiej o wartości min. 35.000.000 zł netto przy czym przynajmniej jedna dostawa winna obejmować min. 10 szt. autobusów zasilanych sprężonym gazem ziemnym (CNG). Do wykazu należy dołączyć dowody określające, czy dostawy zostały wykonane należycie.”

Stosowna zmiana korespondująca z powyższym powinna być również wprowadzona w SIWZ w punkcie 6.2.2.b).

Zarzut nr 2 Drugim zarzutem objęto postanowienia Zdolność finansową i ekonomiczną. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający ustalił w punkcie H1.2.2) warunki dotyczące zdolności finansowej i ekonomicznej dla wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia.

Warunki te następnie zostały zmienione ogłoszeniem z dnia 04.09.2014r. w punkcie VI.3.3).

Zarzut nr 2 A Odwołujący kwestionuje opis sposobu dokonania oceny warunku postawionego przez zamawiającego na potwierdzenie zdolności ekonomicznej wykonawców określony w podpunkcie III b).

Zgodnie z powyższym podpunktem sprawozdanie finansowe składane przez wykonawców albo inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania, w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, powinny potwierdzać:

- osiągnięcie przez wykonawcę w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych dodatniej rentowności sprzedaży netto (liczonej jako zysk netto/przychodów ze sprzedaży x100%);

- uzyskanie przez wykonawcę wskaźnika płynności bieżącej w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych (liczony jako aktywa bieżące/zobowiązania bieżące) na poziomie min. 1,2;
- uzyskanie przez wykonawcę w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych wskaźnika ogólnego zadłużenia (liczony jako zobowiązania ogółem/aktywa ogółem) na poziomie 0,57 do 0,67.

W ocenie odwołującego powyższy opis sposobu oceny spełnienia warunku posiadania zdolności ekonomicznej nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, przez sformułowanie tak daleko idących oraz wymagających parametrów oceny zdolności ekonomicznej uniemożliwia start w postępowaniu licznym wykonawcom, którzy nie spełniają tego warunku, przy czym podkreślić należy, iż brak spełnienia tych rygorystycznych wymagań nie uniemożliwi wykonawcom prawidłowej realizacji zamówienia.

Zarzut nr 2 B Zamawiający na bardzo wysokim poziomie ustalił także warunek odnoszący się do zdolności finansowej wymagając od wykonawców złożenia opinii z banku potwierdzającej zdolność finansową na poziomie 30.000.000 zł. Nadto zamawiający wymaga, by wykonawcy byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 20.000.000 zł. Już te wysoko ustanowione parametry odnoszące się do zdolności finansowej w wystarczającym stopniu zabezpieczają interes Zamawiającego, postawienie więc dodatkowo bardzo rygorystycznych warunków w zakresie zdolności ekonomicznej nie jest niczym uzasadnione, a będzie skutkowało znacznym zawężeniem konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Należy także podkreślić, iż ustalenie wskaźnika zadłużenia w granicach sztywnych widełek 0,57 do 0,67 powoduje, iż wykonawcy, którzy osiągają lepszy wskaźnik, czyli mają mniej zobowiązań lub dużą wartość aktywów, również nie spełnią tak postawionego przez Zamawiającego warunku.

W związku z powyższym odwołujący wnosi, by opis sposobu oceny spełnienia warunku w powyższym zakresie przewidywał osiągnięcie przez wykonawcę w ciągu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres - przychód netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 25.000.000 zł rocznie.

Analogiczną zmianę należy wprowadzić w SIWZ w punkcie 6.2.33. b).

Zarzut nr 3 Zarzut dotyczący odwołania się przez zamawiającego do nieobowiązującego rozporządzenia - art. 30 ust. 1-4 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp W pkt 3.5) SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający zażądał, by każdy dostarczony autobus spełniał wymagania wyposażenia dla pojazdu kategorii M3 (autobusu miejskiego) wg załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24.10.2005r. w sprawie homologacji pojazdów samochodowych i przyczep (Dz.U. nr 238 z 2005r., poz. 2010 ze zm.).

Akt powyższy, do którego zamawiający się odwołuje został uchylony przez ustawę z dnia 10.10.2012r. o zmianie ustawy - Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw z dniem 22.06.2013r, Od dnia 22.06.2013r. obowiązuje natomiast Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 19.03.2013r. (Dz.U.2013r. poz.389), które zastąpiło poprzednio obowiązujące rozporządzenie.

Odwołujący podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia i wymagania odnośnie spełnienia przez wykonawców wskazanych przez zamawiającego, nieobowiązujących już norm, naruszają wskazane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp. W związku z tym odwołujący domaga się wykreślenia z SIWZ odwołania do nieobowiązujących już przepisów bądź do zastąpienia ich właściwymi, aktualnymi przepisami.

Zarzut nr4. Zarzut braku dopuszczenia przez zamawiającego rozwiązań równoważnych w zakresie w jakim zamawiający odwołuje się do norm opisujących cechy techniczne i jakościowe przedmiotu zamówienia - art. 30 ust, 4 ustawy Pzp oraz odwołania się przez zamawiającego do dyrektywy, która nie będzie obowiązywała w okresie realizacji zamówienia - art. 30 ust. 1-4 w zw. z art. 29 ust, 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W SIWZ w punkcie 3.6) Zamawiający postawił wymóg następujący:

„Każdy dostarczony autobus musi spełniać wymagania wskazane w Dyrektywie 95/28/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. odnoszącą się do palności materiałów konstrukcyjnych używanych w niektórych kategoriach pojazdów silnikowych”

Zamawiający nakazał wykonawcom w sposób arbitralny konieczność spełnienia wymagań wskazanych w Dyrektywie 95/28/WE bez przywołania możliwości powołania się na spełnienie wymagań równoważnych, określonych innymi dokumentami normatywnymi.

Takim dokumentem równoważnym jest chociażby Regulamin nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych.

Decyzją Rady 97/836/WE Unia przystąpiła do Porozumienia Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych, dotyczącego przyjęcia jednolitych wymagań technicznych dla pojazdów kołowych, wyposażenia i części, które mogą być stosowane w tych pojazdach oraz wzajemnego uznawania homologacji udzielonych na podstawie tych wymagań (zrewidowane porozumienie z 1958 r.).

Stosownie do Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 407/2011 z dnia 27.04.2011r. zmieniającego rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 661/2009 w zakresie włączenia niektórych regulaminów Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych dotyczących homologacji typu pojazdów silnikowych, ich przyczep oraz przeznaczonych dla nich układów, części i oddzielnych zespołów technicznych, zmieniony został załącznik VI do rozporządzenia 661/2009 „Wykaz regulaminów EKG ONZ, których stosowanie jest obowiązkowe”. Załącznik ten w odniesieniu do pojazdów typu M3 przewiduje obowiązkowe stosowanie Regulaminu nr 118 EKG ONZ dotyczącego właśnie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych.

Należy również spostrzec, iż na mocy Artykułu 19 powyżej wspomnianego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 661/2009 z dniem 01.11.2014r. dyrektywa nr 95/28/We, na którą powołuje się Zamawiający nie będzie już obowiązywała, bowiem artykuł ten uchyla ją z tym właśnie dniem. Ponieważ przedmiotowe zamówienie będzie realizowane do dnia 30.06.2015r. to należy zauważyć iż dostawy będą realizowane w oparciu o nieobowiązujące już przepisy.

W związku z powyższym odwołujący domaga się wykreślenia z SIWZ odwołania do powyższej dyrektywy lub uwzględnienia możliwości alternatywnego spełnienia przez wykonawców w zakresie palności materiałów konstrukcyjnych używanych w pojazdach silnikowych, wymagań określonych w Regulaminie nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ).

Zarzut nr 5 Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - art. 29 ust. 2 ustawy Pzp

A. Konstrukcja nośna W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) zamawiający w punkcie 17 zawarł wymagania odnośnie konstrukcji nośnej autobusu. Zamawiający żąda, by konstrukcja ta spełniała wymogi homologacji w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich określone w Regulaminie nr 66 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ). Zgodnie z pkt 1.1. tego regulaminu:

„Niniejszy regulamin stosuje się do wszystkich jednopokładowych sztywnych lub przegubowych pojazdów należących do kategorii M2 lub M3/ klasy II lub III lub klasy B, przewożących powyżej 16 pasażerów.”

Stosownie natomiast do pkt 1.2 powyższego regulaminu:

„Na wniosek producenta niniejszy regulamin może stosować się również do dowolnego innego pojazdu kategorii M2 lub M3 nieujętego w pkt 1.1.”

Z powyższego płynie oczywisty wniosek, iż w odniesieniu do autobusów będących przedmiotem zamówienia, zastosowanie regulaminu nr 66 EKG ONZ nie jest obligatoryjne, ani konieczne.

W związku z powyższym wnosimy o korektę postanowienia SIWZ odnoszącego się do Regulaminu nr 66 EKG ONZ w zakresie punktu wskazanego powyżej i usunięcie tych wymagań jako utrudniających uczciwą konkurencję, gdyż przepisy te nie odnoszą się do wymagań stawianych autobusom miejskim, a w szczególności kategorii M3 klasa I, będących przedmiotem zamówienia. Pozostawienie tego wymagania może świadczyć o preferowaniu określonych wykonawców oraz uniemożliwieniu zaoferowania rozwiązań równoważnych, co stanowi naruszenie przepisów Prawa Zamówień Publicznych.

B. Silnik W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) Zamawiający określił dla silników zamawianych autobusów wymaganie, by pojemność liczona w dm³ nie była niższa niż 8,9.

Powyzsze wymaganie nie pozwala na złożenie oferty dostawcom, którzy mogą zaoferować autobusy z silnikami o nieco mniejszej pojemności niż wymagana przez zamawiającego, lecz równie efektywnymi jak te, które mają pojemności wyższe.

Zamawiający powinien skupić się na parametrach użytkowych, które tylko w pewnym stopniu skorelowane są z pojemnością, a mianowicie moc i moment obrotowy. Te bowiem parametry przekładają się na komfort użytkowania pojazdu i efektywność jego eksploatacji. Wysoka pojemność silnika nie gwarantuje zamawiającemu osiągnięcia zadowalających efektów w korzystaniu z pojazdu, a często przekłada się na wysokie koszty eksploatacji. Zauważalnym trendem jest odchodzenie obecnie od dużych pojemności na rzecz efektywności i maksymalnego wykorzystania mocy silników o mniejszej pojemności. Silniki dostępne na rynku i wykorzystywane w autobusach miejskich gwarantują spełnienie wszystkich parametrów określonych przez zamawiającego przy jednoczesnej niższej niż dopuszczona przez zamawiającego pojemności.

Postawione przez zamawiającego wymaganie określić należy jako obiektywnie zbędne, albowiem nie służy ono uzyskaniu przez zamawiającego żadnych pozytywnych rezultatów przekładających się na korzystanie z zamawianych autobusów.

W związku z powyższym odwołujący domaga się wykreślenia wymagania minimalnej pojemności oferowanego silnika, albowiem pozostałe parametry jego charakterystyki w zupełności wystarczą Zamawiającemu do zapewnienia realizacji jego potrzeb, względnie Odwołujący wnosi, by wymaganie minimalnej pojemności zostało ustalone na poziomie 7,5 dm³ albowiem taki poziom gwarantuje udział w postępowaniu wykonawców oferujących nieznacząco mniejsze silniki, ale o dokładnie takiej samej efektywności i trwałości jak silniki z większą pojemnością,

Zarzut nr 6 Zarzut ustanowienia kryteriów oceny ofert, które prowadzą do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

A. Pojemność silnika jako kryterium oceny ofert

W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) Zamawiający określił dla silników zamawianych autobusów wymaganie, by pojemność liczona w dm³ nie była niższa niż 8,9.

Z wymaganiem powyższym koresponduje pkt 13. SIWZ dotyczący kryteriów oceny ofert, w którym Zamawiający postanowił, iż pojemność skokowa silnika będzie jednym z kryteriów oceny, przy czym Zamawiający zdecydował, że punkty zostaną przydzielone w sposób następujący:

- za pojemność poniżej 9 dm³ - 0 pkt
- za pojemność od 9 dm³ do 12 dm³ - 5 pkt
- za pojemność powyżej 12 dm³ - 10 pkt

Preferowanie silników o wysokiej pojemności nie jest w żaden sposób uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Ponadto nie jest uzasadnione ekonomicznie i stoi w sprzeczności z zaleceniami UE.

Stawiając silnikom zamawianych autobusów wymagania dotyczące ich pojemności, w pierwszej kolejności zamawiający powinien kierować się kosztami eksploatacji tych jednostek napędowych, wśród których decydujące znaczenie ma zużycie paliwa, gdyż stanowią one olbrzymią część kosztów działalności zamawiającego. Optymalizacja powyższych kosztów jest elementem niezbędnym dla dalszego funkcjonowania zamawiającego, jak również wyrazem dbałości o finanse publiczne. Kolejnym - nie mniej ważnym elementem - jest kwestia ochrony środowiska oraz wytycznych UE w tym zakresie. Unia Europejska rekomenduje promowanie pojazdów wyposażonych w zrównoważone ekologicznie silniki zgodne z wytycznymi UE, których celem jest zmniejszenie zużycia paliwa, zmniejszenie zanieczyszczenia powietrza wraz ze zmniejszeniem pojemności skokowej silnika i zwiększeniem jego mocy. Określenie kryteriów w taki sposób, który premiuje silniki o zwiększonej pojemności, przeczy tej zasadzie i jednocześnie niweluje "premię za ekologię", gdyż świadomie zamawiający

dopuszcza do uzyskania większej punktacji w przypadku silników mniej ekologicznych. Zważywszy na to, że środki, które zostaną wydatkowane na zakup autobusów pochodzą z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 (Działanie 7.2 Transport publiczny, 4 typ projektu pt.: Zakup i modernizacja taboru na potrzeby transportu publicznego), Zamawiający powinien kierować się wytycznymi Unii Europejskiej w tym wytycznymi związanymi z promowaniem pojazdów wyposażonych w zrównoważone ekologicznie silniki. Zamawiający ustalając kryteria oceny ofert powinien kierować się przede wszystkim własnymi potrzebami, mając jednocześnie na względzie, aby każdy wykonawca zdolny zaoferować przedmiot zamówienia, zaspakajający te potrzeby, był równo traktowany. Wprowadzenie kryterium oceny pojemności przy jednoczesnym premiowaniu silników o większej pojemności skokowej, wskazuje jednoznacznie na faworyzowanie jednego producenta jakim jest MAN poprzez zastosowanie kryterium nieadekwatnego do wymagań i celów postępowania. Kryterium to w żaden sposób nie odzwierciedla rzeczywistych wymagań oraz obiektywnych celów jakie powinien osiągnąć zamawiający, zaś jedynym skutkiem zastosowania zwiększonej punktacji za to kryterium jest faworyzowanie jednego producenta/dostawcy, co w jaskrawy sposób narusza art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, dlatego Odwołujący wnosi o usunięcie z kryteriów oceny ofert kryterium „Pojemność skokowa silnika”, którego waga stanowi 10%.

Kryterium oceny ofert - „Unifikacja podzespołów”

W pkt 13. SIWZ Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert ustalił „Unifikację podzespołów” przyznając mu wagę 10%.

Unifikacją nazywa się w branży, stosowanie w różnych pojazdach samochodowych tych samych elementów lub ich zespołów, dzięki czemu zmniejsza się znacznie ich różnorodność. Unifikacja w konstrukcji nowszych pojazdów umożliwia wykorzystanie elementów i zespołów już wcześniej zaprojektowanych i wypróbowanych, bez wprowadzania do nich jakichkolwiek zmian. Unifikacja oznacza przecie wszystkim zastosowanie jednakowych bądź podobnych części w pojazdach różnych producentów i jednoczesne oddzielenie produkcji części od produkcji pojazdów. Zastosowanie pojęcia unifikacji przez zamawiającego posiada cechy niezgodnego z prawem preferowania konkretnego producenta - wykonawcy. Kryterium to w żaden sposób nie odzwierciedla rzeczywistych wymagań oraz obiektywnych celów jakie powinien osiągnąć zamawiający, zaś jedynym skutkiem zastosowania punktacji za to kryterium, jest faworyzowanie jednego producenta/dostawcy, co w jaskrawy sposób narusza art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający przewiduje, że:

„Punkty zostaną przyznane w oparciu o zadeklarowaną w treści oferty informację o producencie silnika i całego autobusu. W przypadku gdy producent autobusu będzie

jednocześnie producentem silnika, przyznane zostanie 10 pkt w przeciwnym razie przyznane zostanie 0 pkt."

Zatem zamawiający nie przejawia troski w odniesieniu do pozostałych części, które użyte zostaną w autobusie i w pozostałym zakresie unifikacja go nie interesuje. Zamawiający poprzez określenie takiego kryterium oceny ofert w żaden sposób nie realizuje swojego obiektywnego interesu, a jedynie preferuje określonego wykonawcę.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o usunięcie kryterium oceny ofert „Unifikacja podzespołów” którego waga stanowi 10%.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 22 września 2014 r. przedstawił stanowisko w sprawie wnosząc o:

- oddalenie odwołania w całości,
- obciążenie odwołującego kosztami postępowania,
- składając wnioski dowodowe w sprawie

przedstawiając argumentację formalną i prawną za oddaleniem odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołujący w odwołaniu wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany Ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w sposób wskazany w uzasadnieniu w związku z podniesionymi zarzutami naruszenia szeregu przepisów ustawy pzp. takich jak: art. 22 ust.4; art.29 ust. 1 i 2 i art. 30 ust.1-4 w związku z art.7 ust.1 ustawy pzp. Jako podstawę faktyczną naruszenia przepisów ustawy pzp. wskazał postanowienia regulujące: wymagania pod adresem wykonawców w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego, wymagania co do potencjału ekonomiczno – finansowego wykonawców, wskazania podstaw prawnych odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert.

Brak interesu do wniesienia odwołania

W odwołaniu wykonawca powołał się na okoliczność posiadania interesu do wniesienia odwołania, gdyż działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty, wobec czego

odwołujący może ponieść szkodę poprzez brak uzyskania zamówienia. Zatem w ocenie odwołującego posiada on w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp legitymację do wniesienia niniejszego odwołania.

W ocenie Izby, na podstawie całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, odwołujący nie posiada prawa czyli legitymacji do wniesienia odwołania.

Odwołujący w toku całego postępowania odwoławczego nie określił na czym polega naruszenie jego interesu w uzyskaniu zamówienia w związku z kwestionowanymi postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu jak również SIWZ. Słusznie zamawiający na rozprawie podnosił, że odwołujący nie wskazując jakiego producenta reprezentuje lub jaki produkt oferuje, uniemożliwia zamawiającemu kontrargumentację do przywołanej przez odwołującego niemożności udziału w postępowaniu z powodu postanowień czy to Ogłoszenia o zamówieniu, czy to postanowień SIWZ.

W ocenie Izby do spełnienia przez odwołującego przesłanki z art.179 ust.1 ustawy pzp wymagane jest nie tylko samo zakwestionowanie postanowień czy to Ogłoszenia o zamówieniu, czy to postanowień SIWZ jak uczynił to odwołujący w odwołaniu i nawet podanie zakresu oczekiwanych zmian czy też wprost podania oczekiwanych postanowień SIWZ. Bowiern również wymagane jest od odwołującego udowodnienie takiego twierdzenia to jest w tym przypadku, że odwołujący nie jest w stanie spełnić wymagania zamawiającego oraz że tylko np.: jeden czy tylko nieliczni z branży wykonawcy mogą postawione wymagania spełnić. Można to uczynić wskazując konkretne np.: ograniczenia techniczno-jakościowe oferowanego produktu czy też status zawodowy, ekonomiczno-finansowy wykonawcy, które z drugiej strony jednak są wystarczające dla wykonania zamówienia czy też osiągnięcia celu postępowania. Tak samo kwestionując kryteria oceny ofert należy wykazać, że są bez znaczenia dla spełnienia celu postępowania. W ten sposób odwołujący powinien wykazać, że aktualny stan prawny postępowania w rezultacie utrudnia uczciwą konkurencję bo promuje jednego czy nielicznych dostawców, producentów działających na rynku a odwołującemu uniemożliwia udział w tym postępowaniu i kwestionowane postanowienia nie mają znaczenia dla osiągnięcia celu postępowania.

Tym samym w ocenie Izby przede wszystkim odwołujący może efektywnie kwestionować czy to postanowienia o Ogłoszeniu, czy to postanowienia SIWZ, jeżeli uniemożliwia się jemu przez te postanowienia możliwości złożenia oferty. Na taką okoliczność co prawda odwołujący powołuje się przywołując spełnienie przesłanek z art.179 ust.1 ustawy pzp. Jednak nie przedstawia w odwołaniu na czym te okoliczności w jego przypadku polegają,

jeśli idzie o warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia czy też kryteria oceny ofert a co za tym idzie okoliczności tych nie udowadnia.

Reasumując odwołujący kwestionując postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia a który jest niezbędny do korzystania z prawa złożenia środka ochrony prawnej jakim jest prawo do wniesienia odwołania. Bowiem nie wskazuje a przez to również nie udowadnia tych okoliczności faktycznych. Nie wyczerpanie w odwołaniu przesłanki z art. 179 ust.1 powoduje w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych brak prawa do wniesienia odwołania a przez to czyni wniesione odwołanie bezskutecznym czyli nie zasługującym na uwzględnienie nawet w przypadku wykazania naruszenia przepisów ustawy pzp. Bowiem naruszenie przepisów ustawy pzp musi mieć wpływ na sytuację prawną odwołującego, którego przez to naruszenie pozbawia się możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast samo podnoszenie zarzutu jest nie wystarczające bez wykazania wpływu na konkretną sytuację odwołującego, która uniemożliwia jemu złożenie oferty w świetle postanowień Ogłoszenia o zamówieniu czy postanowień SIWZ a w konsekwencji naraża na poniesienie szkody.

Tylko łączne spełnienie przesłanek art.179 ust.1 pzp. daje wykonawcy prawo do wniesienia odwołania. Tego prawa odwołujący nie wykazał poprzez odniesienie się do swojej sytuacji faktycznej i prawnej, która uniemożliwiłaby jemu złożenie oferty.

Pomimo braku prawa odwołującego do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy pzp. Izba przeprowadziła na rozprawie postępowanie dowodowe co do podniesionych zarzutów zgodnie z wnioskami stron jak i uwzględniła argumentację formalną i prawną podnoszoną w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także przedstawioną przez strony na rozprawie, rozpoznając zarzuty odwołania.

Izba nie stwierdziła naruszeń prawa podniesionych w odwołaniu. Sam zamawiający na rozprawie podając okoliczności dokonania zmian stwierdził, że dokonał ich celem zwiększenia konkurencyjności postępowania a nie z powodu stwierdzenia niezgodności dotychczasowych postanowień z obowiązującymi przepisami prawa, jak również szybkość i ekonomika postępowania. Przy czym zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty co nastąpiło pismem z dnia 19 września 2014r. to jest po wniesieniu odwołania w dniu 9 września 2014r. Zamawiający pismem tym udzielił odpowiedzi na pytania odwołującego, udzielając wyjaśnień jak i dokonując zmian SIWZ Dokonując zmian w

poszczególnych postanowieniach Ogłoszenia o zamówieniu jak i w SIWZ zamawiający nie uwzględnił w pełnym zakresie żądań odwołania.

Zamawiający nie ukrywał, że inspiracją dokonanych zmian było również wniesione odwołanie i uznanie za celowe rozszerzenie konkurencyjności postępowania.

Bowiem w celu konkurencyjności postępowania zamawiający przed sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia przeprowadził procedurę dialogu technicznego. Przy czym odwołujący w niej nie uczestniczył. Niemniej wniesione odwołanie oraz pytania do zamawiającego skłoniły zamawiającego do częściowego uwzględnienia odwołania oraz udzielenia wyjaśnień odwołującemu.

Odnosząc się do **zarzutu nr 1** opartego na podstawie art.24 ust.4 ustawy pzp w związku z ustalonymi warunkami udziału w postępowaniu Izba nie stwierdza naruszenia tego przepisu zarówno w przedmiocie ustalenia warunku doświadczenia zawodowego jaki i warunku ekonomiczno-finansowego.

Okoliczność, że zamawiający żąda w ramach doświadczenia zawodowego wykonania podobnego co do wartości i rodzaju zamówienia w okresie poprzedzającym złożenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie jest wymogiem co do zasady nieuprawnionym. Nie można postawić zamawiającemu zarzutu, że wymaga doświadczenia wykonawcy na poziomie zrównanym z przedmiotem zamówienia. Wynika to chociażby z oczekiwań zamawiającego co do gwarancji należytego wykonania zamówienia a nie zdobywania doświadczenia dopiero na etapie realizacji zamówienia. Przy obowiązującej zasadzie gwarancji należytego wykonania zamawiający ma prawo żądać udziału wykonawców, którzy mają już doświadczenie chociażby w jednym takim zamówieniu. Zamawiający ma prawo w stosownych sytuacjach oczekiwać doświadczenia nawet w kilkukrotnych realizacjach na zbliżonym poziomie do przedmiotu zamówienia. Co prawda zamawiający ograniczył wymóg poniżej ustalonego pierwotnie zakresu wartości zamówienia ale i tak odbiega to od oczekiwań odwołującego.

Samo negowanie postawionego warunku bez jakiegokolwiek uzasadnienia nie zasługuje na uwzględnienie zarzutu a co miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Można by mieć wątpliwości gdyby zamawiający żądał wykazania doświadczenia realizacji zamówienia o wyższych parametrach niż przedmiotowe zamówienie lub wielokrotnych powtórzeń takich zamówień. Sama instytucja doświadczenia zawodowego ma ochraniać podmioty zamawiające przed wykonawcami, którzy nigdy podobnego zamówienia nie wykonywali. Wymóg doświadczenia zawodowego ma bezpośrednie przełożenie na umiejętność wykonania zamówienia poprzez właściwą jego organizację zarówno w sferze technicznej, ekonomicznej, finansowej, osobowej jak i logistycznej. Należy mieć na uwadze, że

wykonawca ma dostarczyć w określonym terminie kilkadziesiąt pojazdów autobusowych o określonych parametrach technicznych. Nie ma uzasadnienia dla argumentacji, iż zamówienie mogą wykonać podmioty, które nigdy nie wykonały podobnego zamówienia i będą dosłownie eksperymentować w czasie realizacji tego zamówienia to jest jak wyżej wspomniano w sferze organizacji, zabezpieczenia technicznego, ekonomiczno – finansowego, osobowego jak i logistycznego. Okoliczność, że zamawiający przed organizacją przedmiotowego postępowania przeprowadził dialog techniczny przemawia za tym, że zagadnienie warunków udziału w postępowaniu było przedmiotem rozważania na co wskazuje treść art. 31 a i b ustawy pzp. Dialog techniczny ma na celu doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania nie tylko opisu przedmiotu zamówienia ale również samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia a co obejmuje również warunki udziału w postępowaniu. Z kolei odwołujący w dialogu technicznym nie uczestniczył. Co nie wyklucza prawa złożenia odwołania na SIWZ. Niemniej argumentacja ze strony odwołującego obniżenia wartości wykonanego zamówienia jako dowodu doświadczenia zawodowego nie zawiera żadnego uzasadnienia oprócz argumentacji, iż może być ono jeszcze mniejsze niż ustalone w SIWZ. Ogólnikowe stwierdzenie odwołującego, że nie ma potrzeby wykonywania zamówienia na zbliżonym poziomie do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego nie jest przekonywające. Izba wobec braku uzasadnienia żądania inaczej sformułowanego warunku doświadczenia nie jest w stanie się odnieść z uwagi na brak argumentacji po stronie odwołującego. W związku z powyższym Izba stwierdza, że żądanie co najmniej jednego wykonania zamówienia podobnego do objętego spornym postępowaniem nie jest nadmierne a wręcz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W związku z tym Izba nie stwierdza naruszenia art.22 ust. 4 ustawy pzp. zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być po pierwsze związany z przedmiotem zamówienia a po drugie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z powodu braku jakiegokolwiek uzasadnienia, na okoliczność twierdzenia, że zamawiający nie ma prawa ograniczać prawa wykonawców do udziału w postępowaniu do wykonawców doświadczonych wykonaniem co najmniej jednego porównywalnego co do przedmiotu jak i wielkości zamówienia, takie twierdzenie jest nie do przyjęcia. Tym samym obniżenie wartości wymaganego doświadczenia w ocenie Izby obciąża większym ryzykiem zamawiającego na okoliczność nie doświadczonych wykonawców i jest maksymalnym postąpieniem w kierunku wzmocnienia konkurencyjności postępowania. Takie zachowanie zamawiającego nie ma wpływu na ocenę Izby co do bezzasadności żądania odwołującego. Z kolei zmiana SIWZ co prawda po złożeniu odwołania jest przyjęta w

świetle okoliczności sprawy tylko i wyłącznie jako rozszerzenie konkurencyjności postępowania a nie uwzględnienia zarzutu.

W związku z powyższym żądanie zmiany SIWZ na następujące „wskazany pod lit a) dokument powinien potwierdzać dostarczenie przez wykonawcę łącznie min 36 fabrycznie nowych autobusów komunikacji miejskiej o wartości min. 35.000.000 zł netto przy czym przynajmniej jedna dostawa winna obejmować min. 10 szt. autobusów zasilanych sprężonym gazem ziemnym (CNG). Do wykazu należy dołączyć dowody określające, czy dostawy zostały wykonane należycie." Izba uznaje jako nieuprawnione W ocenie Izby innym doświadczeniem zawodowym jest zrealizowanie w jednej dostawie 10 autobusów a czym innym jest zrealizowanie w jednej dostawie 36 autobusów.

Co do zarzutu (zarzut nr 2) odnoszącego się do sprawozdania finansowego albo innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania, w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, które powinny potwierdzać:

- osiągnięcie przez wykonawcę w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych dodatniej rentowności sprzedaży netto (liczonej jako zysk netto/przychodów ze sprzedaży x100%);
- uzyskanie przez wykonawcę wskaźnika płynności bieżącej w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych (liczony jako aktywa bieżące/zobowiązania bieżące) na poziomie min. 1,2;
- uzyskanie przez wykonawcę w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych wskaźnika ogólnego zadłużenia (liczony jako zobowiązania ogółem/aktywa ogółem) na poziomie 0,57 do 0,67,

to Izba nie uznaje ich za nieodpowiednie do oceny wiarygodności ekonomicznej wykonawców.

I tutaj podobnie, jak przy doświadczeniu zawodowym, odwołujący uzasadniając swoje stanowisko stawia zarzut, że wskaźniki ekonomiczne są nieproporcjonalne i nie związane z przedmiotem zamówienia. Czyli naruszają art.22. ust.4 ustawy pzp. Niemniej jest to ogólne stwierdzenie odwołującego, bez uzasadnienia szczegółowego. Odwołujący kwestionuje użycie wskaźników ekonomicznych do oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy, wskazując na bardziej miarodajny sposób to jest wymaganie odpowiedniej kwoty na rachunku bankowym czy też posiadanie odpowiedniej zdolności kredytowej.

Zamawiający pomimo, że dokonał w dniu 19 września 2014r. to jest po wniesieniu odwołania korekty SIWZ w zakresie ilości wskaźników ekonomicznych to nie rezygnuje z nich. Według zamawiającego posłużenie się wskaźnikami ekonomicznymi jest bardziej miarodajne dla oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy, ponieważ jest mierzone w

czasie a nie jak stan środków na rachunku na określony dzień, który można modelować według zapotrzebowania a co daje sztuczny obraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy.

Stanowisko zamawiający podtrzymał na rozprawie, co do bardziej miarodajnej oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy na podstawie wskaźników ekonomicznych niż stanu środków na rachunku bankowym na określony dzień.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, co do bardziej rzeczywistego i miarodajnego określenia stanu ekonomiczno-finansowego wykonawcy, za pomocą wskaźników ekonomicznych niż stanu za pomocą środków na rachunku na określony dzień.

Natomiast odwołujący nie zgadza się co do zasady z takim sposobem przedstawiania sytuacji ekonomicznej.

Zamawiający jak powyżej nie uwzględnia odwołania również w zakresie tego zarzutu.

Niemniej dla zwiększenia konkurencyjności postępowania częściowo rezygnuje ze wskaźników ekonomicznych przy ocenie sytuacji ekonomicznej wykonawców.

Tym samym kolejny zarzut Izba nie kwalifikuje do uwzględnienia.

Co do zarzutu nr 3 to jest niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia Izba również tego zarzutu nie uwzględnia.

Zgodnie z odwołaniem zarzut dotyczący przywołania przez zamawiającego nieobowiązującego rozporządzenia stanowi naruszenie art. 30 ust. 1-4 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

W pkt 3.5) SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający zażądał, by każdy dostarczony autobus spełniał wymagania wyposażenia dla pojazdu kategorii M3 (autobusu miejskiego) wg

załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24.10.2005r. w sprawie homologacji pojazdów samochodowych i przyczep (Dz.U. nr 238 z 2005r., poz. 2010 ze zm.). Akt powyższy, do którego zamawiający się odwołuje został uchylony przez ustawę z dnia 10.10.2012r. o zmianie ustawy - Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw z dniem 22.06.2013r. Od dnia 22.06.2013r. obowiązuje natomiast Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 19.03.2013r. (Dz.U.2013r. poz.389), które zastąpiło poprzednio obowiązujące rozporządzenie.

Odwołujący podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia i wymagania odnośnie spełnienia przez wykonawców wskazanych przez zamawiającego, nieobowiązujących już norm, naruszają wskazane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp. W związku z tym odwołujący domaga się wykreślenia z SIWZ przywołania do nieobowiązujących już przepisów bądź do zastąpienia ich właściwymi, aktualnymi przepisami.

Z treści odwołania wynika, że według odwołującego posłużenie się w SIWZ obowiązującymi przepisami prawa polskiego czy też dyrektywami powoduje obowiązek zastosowania zwrotu „lub równoważny”. Natomiast zamawiający określając swoje stanowisko w sprawie oświadczył, że w żadnym miejscu nie posłużył się takim opisem przedmiotu zamówienia aby był zobligowany do zamieszczenia w SIWZ klauzuli „lub rozwiązaniom równoważnym opisywanym w SIWZ”.

W ocenie Izby okoliczność, iż zamawiający w SIWZ wymienia bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa nie oznacza, że dokonuje opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust.1-3 ustawy pzp. co zobowiązywałoby go do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Ponadto przepisy o homologacji obowiązują bez względu na wolę stron i o tym czy są przestrzegane przez wykonawcę decyduje właściwy minister dopuszczając pojazd do ruchu bądź odmawiając dopuszczenia pojazdu do ruchu.

Poza sporem jest okoliczność, że w SIWZ faktycznie podano nieaktualne rozporządzenie w sprawie homologacji pojazdów autobusowych. Zamawiający odnosząc się do postawionego zarzutu wyjaśnia, że również odwołujący podał niewłaściwe rozporządzenie. Zamawiający w związku z podniesionym zarzutem wykreślił z SIWZ dotychczasowe rozporządzenie ale nie zamieścił w miejsce dotychczasowego rozporządzenia aktualnie obowiązującego rozporządzenia, ponieważ jako przepis bezwzględnie obowiązujący o jego zastosowaniu nie decyduje fakt jego umieszczenia czy też nie umieszczenia w SIWZ.

Poza sporem pozostaje okoliczność, że zarówno odwołujący jak i zamawiający uważają, że właściwy przepis obowiązuje niezależnie od umieszczenia czy też nie umieszczenia jego w SIWZ (żądanie odwołującego zaktualizowania SIWZ lub wykreślenie przepisu z SIWZ).

W związku chociażby z powyższym odniesienie tej sytuacji do „norm” o których mowa w art.30 ustawy pzp. jest nieskutecznym. Z treści ust.4 art.30 ustawy pzp. przywołanego przez odwołującego na poparcie zarzutu wynika wprost ”Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust.1-3” a to oznacza, że w tym katalogu nie mieści się przepis rozporządzenia właściwego ministra w sprawie homologacji pojazdów samochodowych.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art.30 ust.1-4 ustawy pzp. nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie, ponieważ bezwzględnie obowiązujące przepisy, jakim jest wspomniane rozporządzenie w sprawie homologacji, nie powodują obowiązku po stronie

zamawiającego zamieszczenia w SIWZ zapisu "dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym"(art.30 ust.4 ustawy pzp.).

Natomiast odwołujący nie udowodnił, że zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych czy jakościowych a tylko opisał za pomocą czy to znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (art.29 ust.3 ustawy pzp.) jak również za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art.30 ust.1-3 ustawy pzp. a co zobowiązywało by zamawiającego do wskazania w SIWZ, że dopuszcza rozwiązania równoważne(art.30 ust.4 pzp.).

Reasumując pomimo, że zamawiający wskutek odwołania dokonał korekty SIWZ poprzez wykreślenie nieaktualnego rozporządzenia w sprawie homologacji, zarzut naruszenia powyżej wskazanych przepisów ustawy pzp., podniesiony przez odwołującego, w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu nr 4. Tak jak zarzut nr 3 dotyczy braku dopuszczenia przez zamawiającego rozwiązań równoważnych w zakresie w jakim zamawiający odwołuje się do norm opisujących cechy techniczne i jakościowe przedmiotu zamówienia - art. 30 ust.4 ustawy Pzp. Sformułowany jest w związku z przywołaniem przez zamawiającego dyrektywy unijnej, która nie będzie już obowiązywała w okresie realizacji zamówienia. W związku z tym jak w zarzucie nr 3 podniesiono naruszenie następujących przepisów ustawy pzp: art. 30 ust. 1-4 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp W SIWZ w punkcie 3.6) zamawiający postawił wymóg następujący:

„Każdy dostarczony autobus musi spełniać wymagania wskazane w Dyrektywie 95/28/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. odnoszącą się do palności materiałów konstrukcyjnych używanych w niektórych kategoriach pojazdów silnikowych"

Zarzut odwołującego sprowadza się do stwierdzenia: Zamawiający nakazał wykonawcom w sposób arbitralny konieczność spełnienia wymagań wskazanych w Dyrektywie 95/28/WE bez przywołania możliwości powołania się na spełnienie wymagań równoważnych, określonych innymi dokumentami normatywnymi.

Takim dokumentem równoważnym jest chociażby Regulamin nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych.

Decyzją Rady 97/836/WE Unia przystąpiła do Porozumienia Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych, dotyczącego przyjęcia jednolitych

wymagań technicznych dla pojazdów kołowych, wyposażenia i części, które mogą być stosowane w tych pojazdach oraz wzajemnego uznawania homologacji udzielonych na podstawie tych wymagań (zrewidowane porozumienie z 1958 r.).

Stosownie do Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 407/2011 z dnia 27.04.2011r. zmieniającego rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 661/2009 w zakresie włączenia niektórych regulaminów Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych dotyczących homologacji typu pojazdów silnikowych, ich przyczep oraz przeznaczonych dla nich układów, części i oddzielnych zespołów technicznych, zmieniony został załącznik VI do rozporządzenia 661/2009 „Wykaz regulaminów EKG ONZ, których stosowanie jest obowiązkowe”. Załącznik ten w odniesieniu do pojazdów typu M3 przewiduje obowiązkowe stosowanie Regulaminu nr 118 EKG ONZ dotyczącego właśnie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych.

Należy również spostrzec, iż na mocy Artykułu 19 powyżej wspomnianego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 661/2009 z dniem 01.11.2014r. dyrektywa nr 95/28/We, na którą powołuje się Zamawiający nie będzie już obowiązywała, bowiem artykuł ten uchyla ją z tym właśnie dniem. Ponieważ przedmiotowe zamówienie będzie realizowane do dnia 30.06.2015r. to należy zauważyć iż dostawy będą realizowane w oparciu o nieobowiązujące już przepisy.

W związku z powyższym odwołujący domaga się wykreślenia z SIWZ odwołania do powyższej dyrektywy lub uwzględnienia możliwości alternatywnego spełnienia przez wykonawców w zakresie palności materiałów konstrukcyjnych używanych w pojazdach silnikowych, wymagań określonych w Regulaminie nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ).

Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdza: Z uwagi jednak na ekonomię postępowania - w związku z otrzymaniem pytania o treści „Czy Zamawiający uzna za równoważne dla Dyrektywy 95/28AA/E w zakresie wymagań SIWZ spełnienie wymagań Regulaminu nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych” - Zamawiający w piśmie z 19 września 2014 r. oświadczył, że iż uzna za równoważne dla Dyrektywy 95/28/WE w zakresie wymagań SIWZ spełnienie wymagań Regulaminu nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych.

W ocenie Izby bez względu na okoliczność wyjaśnienia przez zamawiającego w dniu 19.09.2014r. to jest po wniesieniu w dniu 09.09.2014r. odwołania, stanowiska co do rozszerzenia katalogu przepisów o wspomniany Regulamin Nr 118, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Powyższe znajduje uzasadnienie formalne i prawne jak w zarzucie nr 3 to jest nieodpowiedniego zastosowania przez odwołującego przepisów ust.4 art.30 ustawy pzp.

Zarzut nr 5 Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - art. 29 ust. 2 ustawy Pzp

A. Konstrukcja nośna. W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) zamawiający w punkcie 17 zawarł wymagania odnośnie konstrukcji nośnej autobusu. Zamawiający żąda, by konstrukcja ta spełniała wymogi homologacji w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich określone w Regulaminie nr 66 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ). Zgodnie z pkt 1.1. tego regulaminu:

„Niniejszy regulamin stosuje się do wszystkich jednopokładowych sztywnych lub przegubowych pojazdów należących do kategorii M2 lub M3/ klasy II lub III lub klasy B, przewożących powyżej 16 pasażerów.”

Stosownie natomiast do pkt 1.2 powyższego regulaminu:

„Na wniosek producenta niniejszy regulamin może stosować się również do dowolnego innego pojazdu kategorii M2 lub M3 nieujętego w pkt 1.1.”

Z powyższego płynie oczywisty wniosek, iż w odniesieniu do autobusów będących przedmiotem zamówienia, zastosowanie regulaminu nr 66 EKG ONZ nie jest obligatoryjne, ani konieczne.

W związku z powyższym wnosimy o korektę postanowienia SIWZ odnoszącego się do Regulaminu nr 66 EKG ONZ w zakresie punktu wskazanego powyżej i usunięcie tych wymagań jako utrudniających uczciwą konkurencję, gdyż przepisy te nie odnoszą się do wymagań stawianych autobusom miejskim, a w szczególności kategorii M3 klasa I, będących przedmiotem zamówienia. Pozostawienie tego wymagania może świadczyć o preferowaniu określonych wykonawców oraz uniemożliwieniu zaoferowania rozwiązań równoważnych, co stanowi naruszenie przepisów Prawa Zamówień Publicznych.

B. Silnik W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) Zamawiający określił dla silników zamawianych autobusów wymaganie, by pojemność liczona w dm³ nie była niższa niż 8,9.

Powyższe wymaganie nie pozwala na złożenie oferty dostawcom, którzy mogą zaoferować autobusy z silnikami o nieco mniejszej pojemności niż wymagana przez zamawiającego, lecz równie efektywnymi jak te, które mają pojemności wyższe.

Zamawiający powinien skupić się na parametrach użytkowych, które tylko w pewnym stopniu skorelowane są z pojemnością, a mianowicie moc i moment obrotowy. Te bowiem parametry przekładają się na komfort używania pojazdu i efektywność jego eksploatacji. Wysoka pojemność silnika nie gwarantuje zamawiającemu osiągnięcia zadowalających efektów w korzystaniu z pojazdu, a często przekłada się na wysokie koszty eksploatacji. Zauważalnym trendem jest odchodzenie obecnie od dużych pojemności na rzecz efektywności i maksymalnego wykorzystania mocy silników o mniejszej pojemności. Silniki dostępne na rynku i wykorzystywane w autobusach miejskich gwarantują spełnienie wszystkich parametrów określonych przez zamawiającego przy jednocześniej niższej niż dopuszczona przez zamawiającego pojemności.

Postawione przez zamawiającego wymaganie określić należy jako obiektywnie zbędne, albowiem nie służy ono uzyskaniu przez zamawiającego żadnych pozytywnych rezultatów przekładających się na korzystanie z zamawianych autobusów.

W związku z powyższym odwołujący domaga się wykreślenia wymagania minimalnej pojemności oferowanego silnika, albowiem pozostałe parametry jego charakterystyki w zupełności wystarczą Zamawiającemu do zapewnienia realizacji jego potrzeb, względnie Odwołujący wnosi, by wymaganie minimalnej pojemności zostało ustalone na poziomie 7,5 dm³ albowiem taki poziom gwarantuje udział w postępowaniu wykonawców oferujących nieznaczaco mniejsze silniki, ale o dokładnie takiej samej efektywności i trwałości jak silniki z większą pojemnością

Co do zarzutu nr 5 Zarzut opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - art. 29 ust. 2 ustawy Pzp

W zakresie A. Konstrukcja nośna W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) zamawiający w punkcie 17 zawarł wymagania odnośnie konstrukcji nośnej autobusu. Zamawiający żąda, by konstrukcja ta spełniała wymogi homologacji w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich określone w Regulaminie nr 66 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ).

W związku z powyższym wnosimy o korektę postanowienia SIWZ odnoszącego się do Regulaminu nr 66 EKG ONZ w zakresie punktu wskazanego powyżej i usunięcie tych wymagań jako utrudniających uczciwą konkurencję, gdyż przepisy te nie odnoszą się do wymagań stawianych autobusom miejskim, a w szczególności kategorii M3 klasa I, będących przedmiotem zamówienia. Pozostawienie tego wymagania może świadczyć o preferowaniu określonych wykonawców oraz uniemożliwieniu zaoferowania rozwiązań równoważnych, co stanowi naruszenie przepisów Prawa Zamówień Publicznych.

Co do Silnika W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) zamawiający określił dla silników zamawianych autobusów wymaganie, by pojemność liczona w dm³ nie była niższa niż 8,9.

Powyższe wymaganie nie pozwala na złożenie oferty dostawcom, którzy mogą zaoferować autobusy z silnikami o nieco mniejszej pojemności niż wymagana przez zamawiającego, lecz równie efektywnymi jak te, które mają pojemności wyższe.

Zamawiający powinien skupić się na parametrach użytkowych, które tylko w pewnym stopniu skorelowane są z pojemnością, a mianowicie moc i moment obrotowy. Te bowiem parametry przekładają się na komfort używania pojazdu i efektywność jego eksploatacji. Wysoka pojemność silnika nie gwarantuje zamawiającemu osiągnięcia zadowalających efektów w korzystaniu z pojazdu, a często przekłada się na wysokie koszty eksploatacji. Zauważalnym trendem jest odchodzenie obecnie od dużych pojemności na rzecz efektywności i maksymalnego wykorzystania mocy silników o mniejszej pojemności. Silniki dostępne na rynku i wykorzystywane w autobusach miejskich gwarantują spełnienie wszystkich parametrów określonych przez zamawiającego przy jednoczesnej niższej niż dopuszczona przez zamawiającego pojemności.

Postawione przez zamawiającego wymaganie określić należy jako obiektywnie zbędne, albowiem nie służy ono uzyskaniu przez zamawiającego żadnych pozytywnych rezultatów przekładających się na korzystanie z zamawianych autobusów. W związku z powyższym odwołujący domaga się wykreślenia wymagania minimalnej pojemności oferowanego silnika, albowiem pozostałe parametry jego charakterystyki w zupełności wystarczą zamawiającemu do zapewnienia realizacji jego potrzeb, względnie odwołujący wnosi, by wymaganie minimalnej pojemności zostało ustalone na poziomie 7,5 dm³ albowiem taki poziom gwarantuje udział w postępowaniu wykonawców oferujących nieznacząco mniejsze silniki, ale o dokładnie takiej samej efektywności i trwałości jak silniki z większą pojemnością.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie odniósł się następująco do przedstawionego zarzutu.

W związku z otrzymaniem od odwołującego pytania o treści: „Dotyczy: Zał. 5 do SIWZ pkt 17. Zamawiający wymaga, by autobusy spełniały wymogi homologacji w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich (Regulamin nr 66-01 EKG ONZ). Czy zamawiający wymaga złożenia do oferty homologacji w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich (Regulamin nr 66-01 EKG ONZ)?" Zamawiający pismem z 19 września 2014 roku odpowiadając na pytanie dokonał zmiany treści SIWZ w przedmiotowym zakresie i wykreślił sformułowanie:

„powinna spełniać wymogi homologacji w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej dużych pojazdów pasażerskich (Regulamin nr 66-01 EKG ONZ).” W ślad za tym zarzut odwołania stał się bezprzedmiotowy w ocenie zamawiającego.

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie zmienił w tym zakresie SIWZ korzystając z uprawnienia przewidzianego w art.38 ust.4 ustawy pzp. Tak jak wyżej zaznaczono postępowanie było poprzedzone dialogiem technicznym. Odwołujący w nim nie uczestniczył. Odwołujący oprócz odwołania wniósł pytanie w wyniku, którego zamawiający skorzystał z uprawnienia i złagodził wymóg co do konstrukcji nośnej autobusu. Na rozprawie zamawiający wyjaśniał, że pierwotnie ustalona regulacja miała na celu maksymalne zachowanie bezpieczeństwa. Sam odwołujący zresztą przyznaje, że jest prawo zamawiającego do zaostrzenia rygorów bezpieczeństwa w związku z technologią sprężonego gazu montowanego w zbiorniku na dachu autobusu (CNG). Zamawiający rozszerzając konkurencję z wymogu rezygnuje dopuszczając obowiązujące minimalne wymogi bezpieczeństwa. W ocenie Izby nie można czynić zarzutu zamawiającemu, który po przeprowadzonym zresztą dialogu technicznym, zaostrza wymogi bezpieczeństwa do czego jak sam odwołujący przyznaje znajduje uzasadnienie w obowiązujących przepisach. W związku z tym odstąpienie od tych rygorów, na skutek zapytania oraz odwołania, w imię konkurencji przy zachowaniu minimum bezpieczeństwa, nie powinno być obłożone konsekwencjami zasadności zarzutu. Reasumując, jak sam odwołujący przyznaje możliwość zaostrzenia warunków bezpieczeństwa, w ocenie Izby nie może być uznana za naganną. W związku z tym Izba mimo zmiany SIWZ nie znajduje podstaw do uwzględnienia tego zarzutu. Tym bardziej, że odwołujący formułując ten zarzut powołuje się na art.29 ust.2 ustawy pzp. i preferowanie określonych wykonawców ale ich nie wskazuje. Reasumując zarzut naruszenia uczciwej konkurencji nie został wykazany. Natomiast zmiana SIWZ jak wskazuje zamawiający jest podyktowana ekonomią postępowania.

Co do silnika. Odwołujący zakwestionował również określoną przez zamawiającego minimalną pojemność silnika, (8,9 dm³) wnosząc o zmianę SIWZ w taki sposób, aby wymaganie to zostało ustalone na poziomie 7,5 dm³.

Zamawiający w piśmie z 19 września 2014 roku w wyniku otrzymanego pytania o treści: „Prosimy o dopuszczenie silnika o poj. 8,89 dm³ (8880 cm³). Dopuszczenie wnioskowanej przez nas pojemności zapewni zamawiającemu większą ilość ofert i nie ograniczy konkurencji”, dokonał zmiany SIWZ, dopuszczając silniki o pojemności 8,8 dm³.

Odnosząc się do uzasadnienia odwołania stwierdzić należy, iż nie wytrzymuje ono krytyki tak pod względem formalnym jak i prawnym. Przede wszystkim zwrócić należy

odwołującemu uwagę, iż to nie on jest zamawiającym w tym postępowaniu. Nie ma żadnej legitymacji, aby wskazywać zamawiającemu na jakich elementach charakterystyki silnika powinien się on skupić, ani jakie parametry wpływają na komfort prowadzenia pojazdu. Istnieje domniemanie, graniczące z pewnością, iż doświadczenie w prowadzeniu, użytkowaniu i eksploatacji autobusów jakie posiada odwołujący, jest daleko mniejsze od tego, jakie jest przymiotem zamawiającego.

Dowód: Wykaz pracowników zamawiającego, z określeniem kursów, szkoleń i kwalifikacji działu napraw pojazdów.

Warto w tym miejscu powołać się na ustalony w orzecznictwie Izby pogląd wyrażony m. in. w wyrokach z 3 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1081/09 oraz z 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt 373/10, zgodnie z którym, wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb. Wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy zakaz ograniczania konkurencji nie oznacza takiego porządku preferencji, który eliminowałby w procesie oceny ofert różnice między produktami oferowanymi poszczególnych wykonawców oraz odbierał zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści SIWZ, aby umożliwić dokonanie wyboru produktu najbardziej odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom. Jak już zauważyła Izba w podobnej sprawie: „na rynku istnieje wielu producentów autobusów z silnikami o mocy i pojemności zgodnymi z wymaganiami zamawiającego. Teza ta, znajduje również zastosowanie w niniejszym postępowaniu. Zamawiający poprzedził niniejsze postępowanie dialogiem technicznym, do którego bez żadnych ograniczeń zgłaszać się mogli wykonawcy zainteresowani dialogiem z zamawiającym. Wymagania i parametry określone w SIWZ w znacznej mierze oparte zostały o doświadczenia wyniesione z dialogu technicznego. Wymagania w zakresie tych parametrów, określonych jako minimalne spełnia prawdopodobnie także odwołujący. Zatem wymagania zamawiającego z dużym prawdopodobieństwem nie eliminują odwołującego z kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia..

W tym miejscu należy podnieść, iż w zakresie tego zarzutu odwołujący nie wykazał podstawowego elementu odwołania jakim jest jego interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, iż jego produkt nie spełnia wymagań SIWZ. Pomijając już podniesione wcześniej kwestie dopuszczalnego ograniczenia konkurencji oraz prawa zamawiającego do ustalania celów postępowania zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, podnieść należy, iż brak wskazania zagrożenia interesu odwołującego uniemożliwia prowadzenie przez zamawiającego

sporu w tym zakresie. W tym stanie rzeczy ocena prawidłowości zapisu SIWZ, doprowadzić mogłaby do naruszenia zasady kontrydiktoryjności, która jest przecież immanentną cechą postępowania odwoławczego.

Izba w szerokim zakresie prezentuje stanowisko zamawiającego, ponieważ w pełnym zakresie podziela jego argumentację.

Istotnym elementem służącym do rozstrzygnięcia odwołania jest dalsza argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie na którą ze strony odwołującego odparcia argumentacji na rozprawie nie nastąpiło. (...)Jednakże z ostrożności procesowej, Zamawiający podnosi, iż minimalna, określone przez niego pojemność skokowa silnika, uzasadniona jest tak aktualną wiedzą naukową, jak i jego praktycznymi doświadczeniami w użytkowaniu wszelkiego rodzaju silników. Jak to stwierdza prof. M. F.: „silniki o mniejszej pojemności i równoważnej mocy cechują się wyższymi obciążeniami termicznymi i wyższymi wartościami naprężeń mechanicznych w układzie tłokowo-korbowym”. Stąd też Zamawiający określając przedmiot zamówienia (w tym parametry silnika) winien uwzględnić warunki eksploatacji autobusów użytkowanych przez Zamawiającego. Profesor potwierdza również, iż silniki o pojemności powyżej 8,9 dm³ są wykorzystywane przez większość producentów. Nie jest więc prawdą iż zamawiający „zawęża grono dostawców”. Dowód: korespondencja e-mail z prof. M. F. . Podobnie do problematyki pojemności skokowej silnika i wpływ tego parametru na warunki eksploatacji odnosi się D. W. - ekspert Przemysłowego Instytutu Motoryzacji w Warszawie. Nie można założyć, jak chce tego Odwołujący, że najistotniejszymi cechami silnika wpływającymi na komfort jego użytkowania jest jego moc i moment obrotowy. Mniejszy silnik, ma mniejsze gabaryty, a co za tym idzie mniejsze wszystkie części, które muszą przenieść taką samą moc jak w większym silniku. Są zatem odpowiednio bardziej obciążone od silnika o większej pojemności. Dowód: korespondencja e-mail z D. W. . Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż silnik o większej pojemności jest trwalszy od silnika o pojemności mniejszej. Zamawiający jako wieloletni użytkownik, ale przede wszystkim serwisant silników różnego typu i o różnych pojemnościach, posiada praktyczną wiedzę i doświadczenie w zakresie wpływu pojemności skokowej silnika na jego trwałość i skłonności do awarii. Jak wynika z analizy użytkowanych przez Zamawiającego silników, częstotliwość napraw głównych tych urządzeń zależy od ich pojemności skokowej Dowód: Zestawienie „Naprawy silników użytkowanych przez PKM Tychy”. Teza Odwołującego, jakoby „przedstawione przez Zamawiającego wymaganie należy określić jako obiektywnie zbędne, albowiem nie służy ono uzyskaniu przez zamawiającego żadnych pozytywnych rezultatów” jest fałszywa i nie znajduje racjonalnych podstaw.

Odnosząc się w tym miejscu szczegółowo do podniesionej przez prof. M. F. kwestii warunków eksploatacyjnych, podnieść należy, iż autobusy użytkowane przez Zamawiającego, pracują w warunkach terenowych którym bliżej do rejonów podgórskich, niż pozostałej części kraju. Tychy leżą na pograniczu Kotliny Oświęcimskiej i Wyżyny Śląskiej. Miasto leży w obrębie megaregionu Karpackiego, prowincji Karpaty Zachodnie z Podkarpaciem Zachodnim i Północnym, obejmując m.in. fragment Kotliny Oświęcimskiej. W związku z tym charakterystyka wielu linii autobusowych obsługiwanych przez Zamawiającego odznacza się dużymi amplitudami wysokości na krótkich odcinkach tras. Dowód: Topografia linii komunikacyjnych. Z tego też powodu, preferowanie w SIWZ silników o większej pojemności jest uprawnione i w pełni uzasadnione. Przede wszystkim zaś Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż nie jest w stanie zaoferować silnika o minimalnej pojemności wymaganej przez Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał jaki interes został naruszony przedmiotowymi zapisami SIWZ.

W związku z powyższym zarzut odwołującego naruszenia uczciwej konkurencji poprzez określenie pojemności silnika nie został wykazany. Zmiana SIWZ z 8.9 dcm³ na 8.8 dcm³ w związku z zadaniem pytaniem nie może stanowić o uwzględnieniu odwołania, w którym odwołujący żądał pojemności silnika na poziomie 7,5 dcm³

Co do zarzutu nr 6 odnoszącego się do kryterium oceny ofert w zakresie pojemności silnika jak i unifikacji podzespołów to również nie zasługuje na uwzględnienie. Argumentacja wskazana w odpowiedzi na odwołanie wskazuje na ich racjonalność i dbałość o funkcjonalność pojazdów autobusowych z uwzględnieniem warunków terenowych, w których będą użytkowane. W związku z powyższym Izba podziela zasadność argumentacji przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie.

(...)Należy przy tym pamiętać, iż Zamawiający preferując silniki o większej pojemności, nie pominął kwestii związanych z parametrami spalania silników. Przewidział bowiem kryterium spalania, w którym zastosowano dodatkową punktację za mniejsze spalanie paliwa. Tak ukształtowanymi kryteriami Zamawiający uprawdopodobnił możliwość otrzymania pojazdu, w którym osiągnięto najlepszy współczynnik pojemności silnika do spalania. W tym kontekście wszelkie rozważania Odwołującego odnoszące się do „ekologii” są chybione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kryterium unifikacji podzespołów, w którym Odwołujący stwierdza, iż „kryterium to w żaden sposób nie odzwierciedla rzeczywistych wymagań oraz obiektywnych celów jakie powinien osiągać Zamawiający”, stwierdzić można na pewno, że Odwołujący tych obiektywnych celów oraz rzeczywistych wymagań Zamawiającego nie zna.

Zawarte w SIWZ kryterium „Unifikacji podzespołu” jest de facto przeniesieniem do tego dokumentu postulatu ustawodawcy zawartego w art. 91 ust 2 ustawy Pzp, gdzie przewiduje się możliwość zastosowania kryterium funkcjonalności oraz kosztów eksploatacji. Zastosowane kryterium unifikacji stanowi emanację tych dwóch ustawowych kryteriów.

W oparciu o wieloletnie doświadczenie, Zamawiający po dokonaniu analizy w zakresie eksploatacji autobusów wskazuje, iż autobusy w których mamy do czynienia z jednym producentem silnika i samego pojazdu, są tańsze w eksploatacji i bardziej funkcjonalne w serwisowaniu. Serwis i naprawa autobusów w których oba elementy pochodzą od jednego producenta jest szybsza i tańsza. Myśl techniczna zawarta w zunifikowanym produkcie, poddanym wcześniej testom i próbom ogranicza do minimum defekty związane z brakiem kompatybilności pomiędzy urządzeniami.

W praktyce Zamawiający często ma do czynienia z sytuacją, w której - na skutek rozbieżności w stanowiskach producenta autobusu oraz producenta silnika - nie może eksploatować pojazdu na skutek nieprzewidzianych postojów. Bardzo często, zamawiający zmuszony jest pełnić rolę mediatora czy pośrednika między obu producentami. W przedsiębiorstwie jakie prowadzi Zamawiający każdy dzień nieplanowanego postoju, prowadzi do generowania wysokich kosztów finansowych.

Rachunek ekonomiczny dotyczący sposobu eksploatacji pojazdów w obu wariantach (ten sam i różny producent pojazdu i silnika) prowadzi do wniosku, że kryterium unifikacji jest dla zamawiającego korzystne i uzasadnione tak finansowo jak i logistycznie.

Dowód: Dokumentacja napraw pojazdów oraz korespondencja z producentami.

Kryterium unifikacji jest szeroko stosowane w przetargach na dostawę autobusów, jako przez Zamawiających, dla których kwestie logistyki napraw i ograniczenia przestojów mają dominujące znaczenie.

Biorąc pod uwagę powyższe, przedstawione przez Odwołującego zarzuty uznać należy za nieuzasadnione i nie znajdujące oparcia ani w przepisach prawa, ani w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający wnosi zatem i wywodzi jak na wstępie.(...)

Reasumując w ocenie Izby ustalone kryteria oceny ofert są pozytywnym wyróżnikiem tego postępowania, gdzie zamawiający nie ograniczył się do powszechnie obowiązującej formuły najniższej ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ żaden z zarzutów nie został wykazany. Natomiast udzielone wyjaśnienia i zmiany SIWZ zostały

wprowadzone przez zamawiającego dla podniesienia konkurencyjności oraz ekonomiki postępowania

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4.590,00 zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i kosztów dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący.....