

**WYROK**

**z dnia 11 lutego 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Autosan S.A. w Sanoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Raciborzu**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Autosan S.A. w Sanoku** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez **Autosan S.A. w Sanoku**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Raciborzu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozwój transportu publicznego w gminie Racibórz poprzez zakup taboru autobusowego”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 stycznia 2011 r., nr 2011/S 11-016554. Tego samego dnia została na stronie internetowej zamawiającego opublikowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Dnia 28 stycznia 2011 r. wykonawca Autosan S.A. w Sanoku zwany dalej „odwołującym” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, iż w punkcie 2.1 („Wymiary”) Załącznika nr 6 B do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu dużej pojemności”, Zamawiający wprowadził wymóg, zgodnie z którym szerokość autobusu dużej pojemności wynosić powinna nie więcej niż 2525 mm. Wskazywał, że takie określenie szerokości autobusów zaniża normę wprowadzoną Dyrektywą Rady Unii Europejskiej 96/53/WE z dnia 25 lipca 1996 roku ustanawiającą dla niektórych pojazdów drogowych poruszających się na terytorium Wspólnoty maksymalne dopuszczalne wymiary w ruchu krajowym i międzynarodowym oraz maksymalne dopuszczalne obciążenia w ruchu międzynarodowym (Dz.U.U.E.L.96.235.59), która zgodnie z jej Załącznikiem I - „Maksymalne ciężary i wymiary oraz podobne parametry pojazdów” wynosi dla wszystkich pojazdów 2,55 m. Norma ta jest zatem wyższa od normy szerokości wymaganej przez Zamawiającego.

Podnosił, iż na dzień składania ofert wymagania Zamawiającego co do szerokości autobusów dużej pojemności (nie więcej niż 2525 mm) spełniają autobusy wyłącznie jednego producenta, tj. SOR Libchavy spol. s r. o. (dalej: „SOR”). Za wyjątkiem SOR, na rynku polskim nie ma obecnie producenta, którego autobusy nie przekraczałyby szerokości maksymalnej dopuszczanej przez Zamawiającego. Przykładowo wskazywał na:

- Solaris Urbino 12 - szerokość 2550 mm,
- Mercedes-Benz Citaro - 2550 mm,
- Mercedes-Benz Conecto - 2550 mm,
- Volvo 7700 - 2550 mm,

- Scania Omni City - 2550 mm,
- MAN Lion's City - 2550 mm.

W ocenie Odwołującego bezsprzecznym zatem jest, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany został w sposób faworyzujący jednego potencjalnego wykonawcę, a tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. W konsekwencji Odwołujący stwierdzał, iż punkt 2.1 („Wymiary”) Załącznika nr 6 B do SIWZ narusza przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 PZP.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazywał, iż w punkcie 2.8 („Zawieszenie”) Załącznika nr 6 A do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu małej pojemności”, Zamawiający wprowadził wymóg, zgodnie z którym oś przednia zawieszenia autobusu małej pojemności posiadać powinna zawieszenie niezależne. W ocenie Odwołującego przyjęcie, że oś przednia powinna posiadać zawieszenie niezależne i wyłączenie tym samym możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy oferującemu autobus o osi przedniej posiadającej zawieszenie zależne (tzw. belkę sztywną) stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący się wskazuje, że zarówno rozwiązania przewidujące zawieszenie niezależne, jak i rozwiązania przewidujące zawieszenie zależne, są rozwiązaniami powszechnie stosowanymi w komunikacji miejskiej. Co więcej, choć zawieszenie zależne oraz niezależne uznawane są za rozwiązania równoważne, Odwołujący podnosi, że zawieszenie zależne posiada w pewnym zakresie przewagę nad zawieszeniem niezależnym. Po pierwsze, zawieszenie zależne (a więc tzw. belka sztywna) cechuje większa wytrzymałość na trudne i niesprzyjające warunki drogowe oraz na warunki wynikające ze złego stanu dróg. Po drugie, zawieszenie zależne - w przeciwieństwie do zawieszenia niezależnego - jako nie wymagające częstych napraw, jest znacznie tańsze w utrzymaniu niż zawieszenie niezależne.

W związku z powyższym, wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu, aby zawieszenie w oferowanych przez potencjalnych wykonawców autobusach posiadało zawieszenie niezależne jest całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia ich funkcjonalności.

Wymagania w zakresie zawieszenia niezależnego nie jest w stanie spełnić Odwołujący, ponieważ oferowane przez niego autobusy posiadają zawieszenie zależne. Jednocześnie preferowane przez Zamawiającego zawieszenie niezależne posiadają autobusy produkowane przez SOR, co w kontekście powołanego już powyżej zarzutu określenia szerokości autobusów według kryteriów, które spełniają jedynie pojazdy SOR, przy uwzględnieniu okoliczności, że Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych, również wymóg dotyczący zawieszenia autobusów małej pojemności, stanowi

w ocenie Odwołującego się naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Jeżeli jednak Zamawiający uważa, że tylko autobusy o określonych przez niego parametrach umożliwiają mu realizację celu założonego w postępowaniu o zamówienie publiczne, okoliczność taką powinien wykazać.

Zamawiający złożył w formie faksu w dniu 8 lutego 2011 r., zaś w formie pisemnej – na rozprawie, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących postanowienia punktu 2.8 („Zawieszenie”) Załącznika nr 6 A do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu małej pojemności” argumentował, iż dokonując opisu zamówienia bazował na dotychczasowym doświadczeniu w eksploatacji, miał na uwadze, że zamawiane autobusy będą obsługiwały linie miejskie przez następne lata. Wywodził, iż powinny one charakteryzować się nowymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi, zapewniającymi wyższy komfort i bezpieczeństwo jazdy, ograniczenie przechyłów nadwozia na zakrętach oraz zmniejszenie średnicy zawracania. Te wszystkie cechy niezbędne wręcz w autobusach obsługujących wąskie i kręte uliczki centrów miast spełniać ma właśnie niezależne przednie zawieszenie. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że zawieszenia niezależne charakteryzują się również większą wytrzymałością, niż tzw. sztywna belka.

Powołując się na własne doświadczenie z eksploatacji autobusów ze sztywną belką wskazywał, iż w ciągu ostatniego okresu zdarzyły się 4 przypadki złamania osi w trakcie obsługi linii miejskiej. Wywodził także, że autobusy wyposażone w oś niezależną mają również większą szerokość przejścia wynoszącą ok. 900 mm, co jest nie bez znaczenia dla potrzeb osób niepełnosprawnych. Argumentował, iż wskazane przez niego atuty niezależnego zawieszenia oraz dokonujący się postęp technologiczny powodują, że już wkrótce - jak twierdzą fachowcy- stanie się ono standardem w autobusach komunikacji miejskiej i podmiejskiej, podobnie jak konstrukcja niskopodłogowa. Zawieszenie niezależne jest rozwiązaniem nowoczesnym i występuje już dziś obok tradycyjnego zawieszenia zależnego z belką sztywną powszechnie we współczesnych autobusach komunikacji miejskiej. Obecnie nie jest to już ani rozwiązanie nietypowe, ani też stosowane przez jednego tylko producenta na polskim rynku, czy też szerzej na rynku wspólnotowym.

Wskazywał, iż wśród firm produkujących małe autobusy z zawieszeniem niezależnym wymienić można wbrew twierdzeniom Odwołującego się nie tylko firmę SOR Libchavy spol. s.r.o. ale również SOLARIS ALPINA, IVECO POLAND (poprzednio Kapena), SOR POLAND SP.Z O.O., AMZ - KUTNO SR Z O.O., MERCEDES CITARO, VIVACITY + C.

Podnosił, iż również Odwołujący stosuje to rozwiązanie w swoich autobusach 12 m rodziny Sancity oferując to rozwiązanie jako podstawowe.

Argumentował, że wielu producentów autobusów posiada w swojej ofercie autobusy miejskie z obydwoma wariantami rozwiązań, właśnie po to by spełnić wymagania różnych klientów i wykonanie każdego z nich nie jest dla nich problemem. Skoro takie rozwiązania są powszechnie oferowane przez wielu producentów w autobusach będących przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu, zarzut stawiany przez Odwołującego pogwałcenia zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji należy uznać m całkowicie chybiony. Tak więc wymagania techniczne w SIWZ wynikające z w/w potrzeb określone zostały z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, mimo iż określone wymogi dotyczące parametrów technicznych przedmiotu zamówienia są trudne, a nawet niemożliwe do spełnienia przez Odwołującego, co uniemożliwia mu złożenie oferty.

Załączył do odpowiedzi na odwołanie opinię rzeczoznawcy Remigiusza Rybickiego nr AA/0122/11 z dnia 2 lutego 2011 r.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W pkt 2.1 („Wymiary”) Załącznika nr 6 B do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu dużej pojemności”, Zamawiający wprowadził wymóg, zgodnie z którym szerokość autobusu dużej pojemności wynosić powinna nie więcej niż 2525 mm.

W punkcie 2.8 („Zawieszenie”) Załącznika nr 6 A do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu małej pojemności”, Zamawiający wprowadził wymóg, zgodnie z którym oś przednia zawieszenia autobusu małej pojemności posiadać powinna zawieszenie niezależne.

W dniu 27 stycznia 2011 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców „Czy Zamawiający dopuszcza autobus wyposażony w belkę sztywną osi przedniej?” udzielił odpowiedzi: „Zamawiający nie dopuszcza autobusu starszej konstrukcji z belką sztywną osi przedniej, wpływającej na pogorszenie komfortu jazdy. Zgodnie z SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia : zawieszenie przedniej osi ma być niezależne.”

W dniu 27 stycznia 2011 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców „Czy Zamawiający dopuszcza autobus o szerokości 2550 mm?” udzielił odpowiedzi „Zamawiający dopuszcza autobus o szerokości 2550 mm”.

W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej modyfikację SIWZ w zakresie m.in. pkt 2.1. załącznika nr 6B i dopuścił możliwość zaoferowania autobusu o dużej pojemności o szerokości nie więcej niż 2550 mm.

Odwołujący, w trakcie rozprawy cofnął odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących postanowień pkt 2.1 („Wymiary”) Załącznika nr 6 B do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu dużej pojemności”, albowiem modyfikacja dokonana przez Zamawiającego w dniu 27 stycznia 2011 r. czyniła zadość jego żądaniom.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, albowiem wykazał, iż skutek dokonanej przez zamawiającego czynności opisu przedmiotu zamówienia nie ma możliwości złożenia oferty w analizowanym postępowaniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący czynności zamawiającego polegającej na opisie w SIWZ przedmiotu zamówienia zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (definicja pozytywna). Kolejny ustęp przywoływanego przepisu zawiera definicję negatywną stanowiąc, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przechodząc do podniesionego w odwołaniu zarzutu skierowanego przeciwko postanowieniu punktu 2.8 („Zawieszenie”) Załącznika nr 6 A do SIWZ - „Opis przedmiotu

zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu małej pojemności", tj. naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. *Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).*

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w

*postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu "wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i oddaliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do pkt 2.8 („Zawieszenie”) Załącznika nr 6 A do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu małej pojemności”.

Izba stwierdziła, że to zamawiający określa żądane przez siebie parametry zamawianych pojazdów i może je określić nawet na wysokim poziomie, jeśli jest to uzasadnione z punktu widzenia jego uzasadnionych i obiektywnych potrzeb.

Zamawiający wyjaśnił, iż eksploatuje jedenaście linii autobusowych, z czego cztery linie są to linie miejskie, zaś siedem to linie podmiejskie. Zamawiane autobusy wykorzystywane mają być na wszystkich obsługiwanych przez Zamawiającego liniach. Na liniach podmiejskich autobusy obsługują dłuższe trasy, zaś średnia prędkość rozwijana przez nie wynosi 50 km/h. Na liniach miejskich średnia rozwijana prędkość autobusy rozwijana przez autobusy jest mniejsza, zaś pojazdy obsługują trasy wiodące po wąskich i krętych ulicach centrum miasta, z uwagi na występującą tam ciasną zabudowę.

Zamawiający argumentował, iż przy wskazanej przez niego średniej prędkości na liniach pozamiejskich różnice w komforcie jazdy pomiędzy autobusami o zawieszeniu zależnym i niezależnym są odczuwalne. Na konstrukcję zawieszenia składają się nie tylko miechy pneumatyczne, ale również amortyzatory i zestroje. Amortyzatory przy konstrukcji zawieszenia z belką sztywną muszą być twardsze, co ma wpływ na pogorszenie się parametrów komfortu jazdy. Jest to zwłaszcza odczuwalne przy autobusach krótkich o małej pojemności, w których ciężar masy nieresorowanej w stosunku do całego ciężaru pojazdu jest wyższy niż przy autobusach dłuższych. W trakcie rozprawy, Odwołujący ustosunkowując się do treści opinii z 2.2.2011 r. oświadczył, iż zgadza się z twierdzeniem, iż zawieszenie niezależne w stosunku do zawieszenia zależnego cechuje się mniejszym udziałem mas nieresorowanych pojazdu.



Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, iż przy dłuższych trasach i dużych prędkościach pasażer i kierowca może odczuwać wyższy komfort jazdy autobusem z zawieszeniem niezależnym co wynika z okoliczności, iż zawieszenie niezależne reaguje bardziej płynnie na nierówności nawierzchni. Komfort ten jest natomiast porównywalny przy krótszych trasach i przy złej nawierzchni dróg. Chęć zapewnienia wyższego komfortu pasażerom i kierowcy w trakcie eksploatacji autobusów małej pojemności na liniach pozamiejskich jest przejawem uzasadnionej i obiektywnej potrzeby Zamawiającego.

Zamawiający argumentował także, iż do obsługi linii miejskich potrzebuje autobusów zwrotnych, zdolnych do pokonywania ciasniejszych promieni skrętu. Nie było sporne pomiędzy stronami iż niezależnie od rodzaju zawieszenia autobusy muszą spełniać wynikające z obowiązujących przepisów wymogi co do promienia skrętu. Promień zawracania jest określany normą, która oparta jest o dwa promienie w których autobus musi się zmieścić. Pojazd musi się wpisać w pierścień opisany minimalnym i maksymalnym promieniem wewnętrznym i zewnętrznym. Odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że autobusy z zawieszeniem niezależnym wpisują się w promień w większym stopniu, dzięki zmniejszonej średnicy zawracania. Wynikało to również z treści opinii z 2.2.2011 r. załączonej do odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Izby chęć zamówienia autobusów z zawieszeniem niezależnym które mają być wykorzystywane na krętych i wąskich ulicach centrum miasta, gdzie promień skrętu ma istotne znaczenie jest uzasadnioną i obiektywną potrzebą Zamawiającego. Rozwiązanie z zawieszeniem zależnym (belką sztywną) mogłoby utrudnić eksploatację tych pojazdów na liniach miejskich.

Izba stwierdziła, że dopuszczenie możliwości zaoferowania autobusu mniejszej pojemności z zawieszeniem zależnym miałyby taki skutek, iż umożliwiłoby Odwołującemu, złożenie ważnej oferty, albowiem w chwili obecnej nie produkuje on takich autobusów. Jednakże brak umożliwienia jednemu z kilku wykonawców zaoferowania produkowanego przez niego pojazdu nie przesądza jeszcze o opisanu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję. Żaden przepis ustawy Pzp dotyczący konstruowania opisu przedmiotu zamówienia nie nakazuje zamawiającemu przy opisywaniu urządzenia kierować się koniecznością umożliwienia złożenia oferty każdemu producentowi pojazdu na rynku. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie. *Określenie wymogów, np. dotyczących parametrów technicznych przedmiotu zamówienia trudnych, a nawet niemożliwych do spełnienia przez danego wykonawcę, co uniemożliwia mu złożenie oferty, nie oznacza jeszcze, że w danym stanie technicznym doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2011 r. KIO 2780/10).*

W ocenie Izby nie zostało przez Odwołującego uprawdopodobnione, iż wymóg zaoferowania autobusu małej pojemności z zawieszeniem niezależnym został określony przez Zamawiającego jedynie celem uprzywilejowania autobusów konkretnego producenta.

Izba wzięła pod uwagę, iż zawieszenie niezależne jest rozwiązaniem nowoczesnym i występuje już dziś często obok tradycyjnego zawieszenia zależnego z belką sztywną we współczesnych autobusach komunikacji miejskiej. Zamawiane autobusy będą obsługiwały linie miejskie przez kilka następnych lat, więc uzasadnionym jest wymóg Zamawiającego który chciał zamówić pojazdy z rozwiązaniem nowszym. Zamawiający wskazał, że wśród firm produkujących małe autobusy z zawieszeniem niezależnym wymienić można firmę, SOLARIS ALPINA, IVECO POLAND (poprzednio Kapena), SOR POLAND sp. z o.o., AMZ - KUTNO sp. z o.o., MERCEDES CITARO, VIVACITY + C.

Odwołujący przyznał, iż spośród wskazywanych przez Zamawiającego producentów autobusów o małej pojemności, spełniającym kwestionowany przez niego parametr, ważną ofertę mogą złożyć SOR Libchavy spol. s.r.o., Solaris i SOR Poland sp. z o.o., nie posiadał wiedzy co do oferty włoskiego producenta VIVACITY. Co do producenta AMZ Kutno przyznał, iż producent ten oferuje autobusy które spełniłyby wymogi graniczne Zamawiającego ale są to pojazdy niższej klasy oparte o mikrobusy np. sprinter. Autobusy małej pojemności pozostałych producentów również posiadają zawieszenie niezależne, ale według jego wiedzy nie odpowiadają wszystkim wymogom określonym w SIWZ i nie mogą być zaoferowane w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący przyznał także, iż rozwiązanie oparte na zawieszeniu niezależnym stosuje w produkowanych przez siebie autobusach o dużej pojemności, zaś w przyszłości, w autobusach małej pojemności, również zamierza oferować zawieszenie niezależne.

Powyższe oznaczało, iż wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie z zawieszeniem niezależnym nie jest rozwiązaniem nietypowym, ani stosowanym przez jednego tylko producenta na polskim rynku, czy też szerzej na rynku wspólnotowym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż kwestionowany przez Odwołującego parametr odpowiada obiektywnym potrzebom i interesom Zamawiającego. Nie zostało uprawdopodobnione, iż został on określony jedynie celem uprzywilejowania autobusów konkretnego producenta. Wobec powyższego zarzut Odwołującego dotyczący pkt 2.8 Załącznika nr 6A do SIWZ Izba uznała za niezasadny.

Izba nie rozpoznawała zarzutów Odwołującego dotyczących postanowień pkt 2.1 („Wymiary”) Załącznika nr 6 B do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia wraz z układem funkcjonalnym autobusu dużej pojemności”, albowiem Odwołujący w trakcie rozprawy cofnął odwołanie w tym zakresie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....