

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tanów** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń**.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego i nakazuje zamawiającemu **Miejskiemu Zakładowi Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o.**, dokonania zmiany pkt. III.2.9. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez dodanie możliwości zaoferowania zbiornika na paliwo wykonanego ze stali nierdzewnej.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tanów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego **Otobus Sp. z o.o., ul. Widok 39, 33-100 Tanów**, kwotę **16 800 zł 00 gr** (słownie: szesnaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o. ul. Sienkiewicza 24/26, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sześciu fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich z opcją zakupu maksymalnie dwóch kolejnych autobusów o takich samych identycznych parametrach i wyposażeniu.

Informacja o wszczęciu przedmiotowego postępowania została podana w dniu 11 czerwca 2013 r. , kiedy to zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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 Prawo zamówień publicznych.

W dniu 21 czerwca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Otobus Sp. z o.o ul. Widok 39 33-100 Tarnów, zwanego dalej „odwołującym” w którym to odwołujący zarzucił zamawiającego dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy i zasady ustawy Pzp.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu :

1. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencją, poprzez dokonanie ograniczenia przedmiotu zamówienia (dostawy), wskazując w pkt. III,2.9. SIWZ wymóg dotyczący zbiornika paliwa, który nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego oraz w pkt. III.2.4 SIWZ ograniczenia materiału z którego wykonana ma być konstrukcja szkieletu i podwozia do aluminium, stali odpornej na korozję lub ze stali konstrukcyjnej o zwiększonej wytrzymałości i wysokiej odporności na korozję, zabezpieczonej dodatkowo przed korozją w procesie kateforezy KTL, i braku uwzględnienia jako materiału posiadającego równoważne właściwości stali o wysokiej odporności na korozję i zwiększonej wytrzymałości ocynkowanych galwanicznie o odporności na korozję porównywalnej do właściwości stali nierdzewnej,
2. dokonanie opisu kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący

ograniczać i utrudniać uczciwą konkurencję,

2. a w konsekwencji uchybienia o którym mowa w pkt. 1 i 2 także naruszenie art. 7 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców spowodowane ograniczeniem.

Zarzucając wskazane uchybienia wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób wskazany w treści uzasadnienia każdego z zarzutów.

Odwołujący podniósł w odwołaniu trzy zarzuty. Zarzut pierwszy (wg. numeracji w uzasadnieniu) dotyczył postawionych wymagań co do zbiornika paliwa, drugi dotyczył wymagań co do konstrukcji i szkieletu autobusu, a trzeci pojemności silnika.

Zarzut drugi dotyczący wymagań co do konstrukcji szkieletowej autobusu został przez zamawiającego uwzględniony w odpowiedzi na odwołanie i w tym zakresie nastąpiła zmiana postanowienia SIWZ w zakresie oczekiwanym przez odwołującego. Wobec takiej sytuacji odwołujący na etapie posiedzenia przed Izbą cofnął przedmiotowy zarzut. Tym samym zarzut ten nie podlega dalszej merytorycznej ocenie przez Izbę.

W zakresie zarzutu pierwszego odwołujący podniósł, że ograniczenie przez zamawiającego materiału, z którego ma być zbudowany zbiornik paliwa jedynie do tworzywa sztucznego jest niczym nie uzasadnionym ograniczeniem w zakresie przedmiotu zamówienia. Zawęża krąg potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie może prowadzić do naruszenia przez zamawiającego art. 29. ust 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto jak stwierdził na rozprawie takie postawienie warunku uniemożliwia mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, gdyż jest on dystrybutorem na rynek Polski autobusów marki Otokar, a producent ten wykonuje autobusy tylko ze zbiornikami ze stali nierdzewnej.

Odnosząc się do zbiorników na paliwo ze stali nierdzewnej odwołujący podał, że stal nierdzewna jest materiałem z którego najczęściej wykonuje się tego typu zbiorniki, z uwagi na fakt, iż materiał ten jest dużo trwalszy od tworzywa sztucznego, a jednocześnie jest to materiał odporny na korozję, co do zasady jest także plastyczny, a także odporny na uszkodzenia i pęknięcia czego nie można powiedzieć o tworzywie sztucznym. Stwierdził, że stal nierdzewna jest znacznie lepszym materiałem od tworzywa sztucznego. Stąd też powszechne stosowanie tego materiału w zbiornikach paliwa różnego rodzaju pojazdów mechanicznych, w tym również autobusów i pojazdów specjalistycznych. Fakt ograniczenia przez zamawiającego materiału, z którego ma być zbudowany zbiornik paliwa, wyłącznie do tworzywa sztucznego nie znajduje uzasadnienia w oparciu o względy techniczne czy specyfikę przedmiotu zamówienia jakim jest nie zbiornik na paliwo, lecz dostawa opisanych szczegółowo fabrycznie nowych autobusów dla komunikacji miejskiej.

Wobec powyższego wniósł, aby nakazać zamawiającemu dokonanie zamiany pkt. III.2.9.

SIWZ poprzez dodanie możliwości zaoferowania autobusu ze zbiornikiem na paliwo, wykonanego ze stali nierdzewnej, tj na następujący:

„(...) *Autobus zasilany ON; pojemności minimum 250 dm<sup>3</sup>, wykonany z tworzywa sztucznego **lub ze stali nierdzewnej**: pokrywa wlewu paliwa zamykana na klacz (tzw. patentowy). We wlewie paliwa wkładka z otworami umożliwiającą tankowanie oraz zabezpieczająca przed włożeniem innych przewodów*”.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego punktacji pojemności silnika wskazał, że zamawiający przyjął następujący sposób punktacji

- -powyżej 9000 cm<sup>3</sup> - 20 punktów,
- poniżej 9000 cm<sup>3</sup> - 0 punktów.

Odnosząc się do tych wymagań podniósł, że zamawiający niezasadnie preferuje autobusy, które będą wyposażone w stosunkowo duże silniki, przyznając im (jako jedynym) najwyższą punktację. Wskazał, że obiektywną potrzebą zamawiającego powinno być nabycie autobusu o możliwe najlepszych parametrach, w tym także zastosowanego silnika, wpływających na osiągi, zużycie paliwa, koszty serwisu, przyjazność dla środowiska, czy bezawaryjność i żadnego z tych elementów nie sposób obiektywnie odnieść do pojemności silnika. Co do zasady wyższa pojemność oznacza z reguły wyższe zużycie paliwa.

Podniósł, że podstawowym parametrem przy wyborze silnika winna być charakterystyka jego momentu obrotowego, czego zamawiający nie powiązał z preferowaną pojemnością silnika.

Wobec powyższego wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę pkt. XIII. 2.8 SIWZ na następujący:

- poniżej 7500 cm<sup>3</sup> - 20 pkt
- powyżej 7500cm<sup>3</sup> - 0 pkt

lub alternatywnie nakazanie zamawiającemu rezygnację z tego kryterium w SIWZ.

Ponadto wniósł o powołanie biegłego z zakresu techniki samochodowej, na okoliczność potwierdzenie słuszności czy:

1. preferowane silnika o większej pojemności niż 9 tysięcy cm sześciennych dla autobusu miejskiego zasilanego olejem napędowym, bez odniesienia tego parametru do mocy czy momentu obrotowego tego silnika jest uzasadnione;
2. czy silniki o większych pojemnościach, mają same z siebie większą żywotność niż silniki o mniejszej pojemności; czy też wpływ na żywotność silnika mają inne okoliczności;
3. czy zbiornik paliwa autobusu miejskiego wykonany z tworzywa sztucznego niesie dla zamawiającego jakieś obiektywne korzyści.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu I i III - zarzuty nie uwzględnione przez zamawiającego.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego wymagania zaoferowania autobusu

wyposażonego w zbiornik na paliwo z tworzywa sztucznego wskazał, że najwięksi producenci autobusów w tym np. Man Truck & Bus, Mercedes-Benz, Solaris, Scania, Volvo, Irisbus montują w autobusach miejskich niskopodłogowych zbiorniki paliwowe wykonane z tworzywa sztucznego. Także mniejsi producenci, jak np. AMZ Kutno stosują w swoich pojazdach ww. rozwiązanie. Wynika to z faktu, że zbiorniki z tworzywa sztucznego charakteryzują się mniejszą podatnością na usterki, wysoką trwałością, bezpieczeństwem, niższą masą i niższymi kosztami produkcji niż ma to miejsce w przypadku zbiorników wykonanych z innych materiałów. Zbiornik paliwa wykonany z tworzywa sztucznego jest bezpieczniejszy, trwalszy, bardziej odporny na pęknięcia i korozję niż zbiornik wykonany ze stali nierdzewnej.

Ponadto zbiornik wykonany ze stali nierdzewnej jest co do zasady spawany, miejsce spawu jest bardziej podatne na pęknięcia (zwłaszcza w przypadku kolizji) niż jakikolwiek obszar zbiornika wykonanego z tworzywa sztucznego. Zwrócił również uwagę, że stal nierdzewna jest trudno spawalna. Powoduje to, że w przypadku popełnienia nawet drobnego błędu podczas spawania zbiornika istnieje poważne ryzyko jego rozszczelnienia w trakcie eksploatacji. Ponadto stal nierdzewna nie pozwala na modelowanie kształtu zbiornika w sposób porównywalny do tworzywa sztuczne.

W zakresie zarzutu dotyczącego przyznawania dodatkowych punktów za zaoferowanie silnika o pojemności powyżej 9 000cm<sup>3</sup> wskazał, że zamawiający mając na celu nabycie pojazdu o możliwie najlepszych parametrach w tym m.in. o określonych parametrach trakcyjnych, trwałego i niezawodnego o niskim zużyciu paliwa (energii) i kosztach obsługi (serwisu) oraz przyjaznego dla środowiska zastosował ocenę ofert m.in. w kryteriach mocy i momentu obrotowego, pojemności silnika jak również pracochłonności, przebiegów między obsługowych, kosztów energii i emisji. Premiowanie większego silnika oznacza zdaniem zamawiającego premiowanie pojazdu trwałego i niezawodnego. Silniki o większej pojemności skokowej mają większą trwałość niż silniki o małej pojemności i zbliżonej mocy.

Podniósł, że w oparciu o dokonaną analizę rynku można stwierdzić, że w autobusach komunikacji miejskiej o długości ok. 12m tj. klasy maxi stosowane są silniki o pojemnościach od około 6.500 cm<sup>3</sup> do około 12.000 cm<sup>3</sup>. W związku z tym parametr pojemności silnika ustalony jest na średnim poziomie 9000 cm<sup>3</sup> (co oznacza silnik trwały i jednocześnie tańszy od największych silników wykonanych z podobnych materiałów).

Ponadto odnosząc się do zarzutu odwołania o niedokonanie powiązania parametru pojemności silnika z parametrem mocy i momentu obrotowego wskazał, że „*stosunek pojemności silnika do mocy lub momentu obrotowego* ” czyli tzw. wysilenie silnika (objętościowy wskaźnik mocy) nie daje zamawiającemu możliwości decydowania o cechach technicznych samego silnika decydujących o właściwościach trakcyjnych autobusu tj.

momencie obrotowym i mocy silnika. Stosując łącznie powyższe parametry zamawiający może otrzymać silniki o parametrach które nie sprawdzają się w autobusach używanych w ruchu miejskim.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone na piśmie i podczas rozprawy, a także dokumenty zaliczone w poczet dowodów, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła iż odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wymogu zaoferowania autobusu ze zbiornikiem z tworzywa sztucznego zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a odwołujący legitymuje się interesem uprawniającym go do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia, a na skutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp, może ponieść uszczerbek w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia

Odwołujący podniósł przede wszystkim zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia który utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy potencjonalnymi wykonawcami zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego. Zamawiający - poprzez jasną i czytelną specyfikację wymagań - formułuje opis przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, bez wprowadzania barier dla potencjalnych wykonawców. Nie jest to zadanie łatwe, gdyż często oznacza to znalezienie tzw. „złotego środka” między opisem nienaruszającym zasady uczciwej konkurencji, a równocześnie na tyle precyzyjnym i pełnym, tak aby potencjalni wykonawcy mogli w jak największym stopniu odpowiedzieć na potrzeby zamawiającego.

Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ust. 2 ustawy pzp, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Istotne jest jednak również to, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, ponieważ „ustawodawca

pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes”.

Wskazać należy ponadto, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu ciężar udowodnienia faktu, że przez opis przedmiotu zamówienia i dobór wymaganych parametrów zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, spoczywa na odwołującym.

Izba podziela ugruntowane stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Sama okoliczność, że wykonawca nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego, nie świadczy jeszcze o tym, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Aby udowodnić zamawiającemu naruszenie uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia.

Za zasadne należy uznać stanowisko zaprezentowane przez Sąd Okręgowy w Poznaniu, który w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn akt Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: *„Prawo zamówień publicznych chroni 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”.*

Ponadto dodać należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą zamawiający ma prawo do takiego opisanie przedmiotu zamówienia aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn zrealizować zakup przedmiotu zamówienia, który będzie w stanie zaspokoić potrzeby społeczne w oznaczonym w zamówieniu zakresie, a nadto za wyrokiem KIO sygn. akt 1048/10, stwierdzić należy, że *„wykonawca **nie jest** uprawniony, aby ustalać za zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a równocześnie wydatkujący na ten cel środki publiczne ma prawo oczekiwać , że opisany w SIWZ przedmiot zamówienia zaspokoi oczekiwania społeczne w najszerszym zakresie”.*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego odwołania stwierdzić należy, że odwołanie dotyczy dwóch parametrów przedmiotu zamówienia. Niezbędne jest podniesienie faktu, że jeden parametr – dotyczący wymogu zaoferowania autobusu wyposażonego w zbiornik na paliwo z tworzywa sztucznego jest parametrem wymagalnym, tzn obowiązkowym do zaoferowania. Jego brak powoduje niezgodność treści oferty z treścią



SIWZ i będzie podstawą do odrzucenia takiej oferty na podstawie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Drugi z parametrów dotyczący pojemności silnika, jest parametrem ocenianym, a więc wymagania w tym zakresie nie zostały postawione, jako wymagania konieczne, ale są dodatkowo premiowane w ramach kryteriów oceny ofert. Tym samym zaoferowanie autobusu z silnikiem o dowolnej pojemności nie będzie podstawą do odrzucenia oferty, oczywiście pod warunkiem spełnienia również dodatkowych wymagań w tym zakresie wskazanych w SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymogu zaoferowania zbiornika na paliwo z tworzywa sztucznego Izba zauważa, że argumenty zamawiającego które miały przeważać za postawieniem takiego wymagania w SIWZ, jak: mniejsza podatność na usterki, niższa masa i niższe koszty produkcji niż zbiorników ze stali nierdzewnej, a także łatwość modelowania kształtu zbiornika wykonanego z tworzywa sztucznego nie są argumentami mającymi znaczenie przy zamówieniu na zakup autobusów. Jak np. wymodelować zbiornik aby nie pomniejszał przestrzeni pasażerskiej opisanej w SIWZ jest problemem wykonawcy, a nie zamawiającego. Trudno nie zauważyć, że zarówno zbiorniki z tworzywa sztucznego, jak i ze stali nierdzewnej mają właściwe tylko sobie zalety. Jednakże poza wszelkim sporem pomiędzy stronami jest fakt, że różni producenci autobusów stosują zbiorniki na paliwo wykonane z obu ww materiałów, a także i to, że autobusy z oboma rodzajami zbiorników uzyskują homologację i zostają dopuszczone do ruchu. Zamawiający podnosząc argument niższej rzekomo awaryjności zbiorników z tworzywa sztucznego niż zbiorników ze stali nierdzewnej nie wskazał jakichkolwiek miarodajnych danych w tym zakresie, mogących uzasadniać jego argumentację. Wobec powyższego za zasadne Izba uznała stanowisko odwołującego, że brak jest podstaw, aby uznać że zbiornik wykonany z tworzywa sztucznego posiada szczególne cechy ważne dla zamawiającego, których nie może spełnić zbiornik ze stali nierdzewnej.

Tym samym Izba uznała, że postawienie wymogu wyposażenia autobusów w zbiorniki z tworzyw sztucznych może w sposób istotny ograniczać konkurencję pomiędzy wykonawcami i nakazała zamawiającemu dodanie w pkt III.2.9 treści iż możliwe jest zaoferowanie zbiornika na paliwo wykonanego również ze stali nierdzewnej. W tym zakresie Izba akceptuje treść przedmiotowego postanowienia SIWZ w wersji wskazanej przez odwołującego.

Jednocześnie na marginesie uwzględnienia tego zarzutu należy zasygnalizować, że brak było przeszkód aby parametr zaoferowania zbiornika z tworzywa sztucznego ustalić jako parametr oceniany, przyznając mu określoną liczbę punktów. Izba nie kwestionuje prawa zamawiającego do ustanowienia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie

uprawnienie zamawiającego wynika z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże swoboda w ustalaniu kryteriów doznaje ograniczeń w kontekście zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym przypadku Izba uznała iż postawienie takiego parametru granicznego jest elementem tą konkurencję ograniczającym.

Natomiast w zakresie zarzutu trzeciego odwołania dotyczącego niezasadnej punktacji silników o pojemności powyżej 9000cm<sup>3</sup>, Izba oddalając ten zarzut miała na uwadze okoliczność, iż zamawiający nie ustalił spornych wymogów jako niezbędnych do spełnienia, aby oferta mogła być uznana za zgodną z treścią specyfikacji, a ujął je jedynie jako wymogi dodatkowo punktowane. Co za tym idzie, dokonany przez zamawiającego opis nie uniemożliwia odwołującemu złożenia oferty, nie eliminuje go z udziału w postępowaniu, a jedynie sprawia, iż odwołujący będzie musiał konkurować z pozostałymi wykonawcami w innym kryterium oceny i wyboru ofert. Sama pewna trudność czy nawet brak możliwości spełnienia przez odwołującego kwestionowanego wymogu nie jest wystarczająca do uznania, że zamawiający precyzując je w treści specyfikacji naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Drugim argumentem przeważającym za nieuwzględnieniem tego zarzutu jest sposób sformułowania przez odwołującego żądania co do sposobu zmiany tego parametru. Takie sformułowanie ma istotny wpływ na uwzględnienie odwołania dotyczącego treści SIWZ. Zaznaczyć należy, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. W takim wypadku żądania sformułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi.

Zauważyć należy, że żądanie odwołującego w tym zakresie nie jest nakierowane na dążenie do obniżenia dolnej granicy pojemności silnika od której to nastąpi przyznanie określonej liczby punktów, tak aby mógł otrzymać punkty za zaoferowany w ofercie autobus ale wnosi o odwrócenie tej punktacji tak aby punkty były przyznawane tylko dla silników **poniżej** 7500 cm<sup>3</sup> pojemności.

W trakcie rozprawy nie zostało zanegowane stanowisko odwołującego iż znaczna część wiodących producentów autobusów takich jak Mercedes-Benz, MAN, Solaris, Volvo, Scania, AMZ Kutno do produkowanych autobusów o długości około 12 m i masie całkowitej około 18 ton stosuje silniki o pojemności powyżej 9 tys cm<sup>3</sup>.

Tym samym uwzględnienie tego zarzutu, zdaniem Izby stanowiłoby nieuczciwe ograniczenie konkurencji pomiędzy odwołującym mogącym zaoferować autobus z silnikiem o pojemności poniżej 7500 cm<sup>3</sup>, a przykładowo wymienionymi ww. wykonawcami którzy oferują autobusy z

silnikami o dużo wyższej pojemności. Wykonawcy ci jako z zasady oferując autobusy o parametrach zbliżonych do przedmiotowego zamówienia, oferują je z silnikami o pojemności ponad 10 tys. cm<sup>3</sup>. Biorąc to pod uwagę można stwierdzić, że odwołujący nie tylko dąży do uzyskania dodatkowych punktów dla oferowanego przez siebie autobusu z silnikiem o pojemności niższej niż 7 500 cm<sup>3</sup>, ale zmierza do pozbawienia możliwości otrzymania takiej punktacji przez całą grupę ww. producentów autobusów.

Równocześnie Izba uznała, że zamawiający w zaistniałym stanie faktycznym ma prawo oczekiwania zaoferowania mu autobusów z silnikami o określonej pojemności które wg. jego doświadczeń są zdecydowanie ekonomiczniejsze w eksploatacji i tym samym nie uwzględniła żądania ewentualnego dotyczącego nakazania zamawiającemu z rezygnacji tego kryterium w SIWZ.

Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o powołanie biegłego, uznając go przy zgromadzonym materiale dowodowym za zbędny. Służyłby on tylko przedłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie jedynie w sytuacji, kiedy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć **istotny** wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało częściowo miejsce w przedmiotowej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

Biorąc pod uwagę, że tylko jeden z zarzutów odwołania został uwzględniony Izba kierując się zasadą miarkowania kosztów w zakresie kosztu zastępstwa procesowego strony przed KIO przyznała pełnomocnikowi odwołującego zwrot połowy kwoty żądanego wynagrodzenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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.....