

Sygn. akt: KIO 2016/18

WYROK
z dnia 23 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Anna Wojciechowska
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 października 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2018r. przez **wykonawcę Energetyka – Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Nowy Kisielin – A. Wysockiego 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Lublin - Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie ul. Nałęczowska 14**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Energetyka – Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Nowy Kisielin – A. Wysockiego 8 i :
 - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę Energetyka – Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Nowy Kisielin – A. Wysockiego 8 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od Energetyka – Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Nowy Kisielin – A. Wysockiego 8 na rzecz Miasta Lublin - Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie ul. Nałęczowska 14 kwotę **3 600 złotych 00 gr.** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia
- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu
Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą do ładowania wolnego na zajezdni oraz ładowania szybkiego na przystankach końcowych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 września 2018 r. pod numerem 2018/S 186- 421116.

W dniu 4 października 2018r. Energetyka – Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Nowy Kisielin – A. Wysockiego 8 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 października 2018r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 października 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

— art. 7 ust. 1 w związku z art. 36aa ust. 1 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez uniemożliwienie pewnej grupie Wykonawców ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne w wyniku nieuzasadnionej agregacji przedmiotu zamówienia i zaniechania udzielenia zamówienia w częściach lub dwóch odrębnych postępowaniach.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia oraz treści SIWZ w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z ustawą, w tym podział zamówienia na dwie części, tj.:

- a, część 1 - dostawę 5 szt. Autobusów do dnia 16 marca 2020 r., (pkt 4.1.1.1. SIWZ)
10 szt. Autobusów - do dnia 15 czerwca 2020 r., (pkt 4.1.1.2. SIWZ) 5 szt. Autobusów do dnia 15 września 2020 r., (pkt 4.1.1.3. SIWZ)
- b. Część 2 - pozycja punkt ładowania - do dnia 16 marca 2020 r., (pkt 4.1.2. SIWZ)
11 szt. Ładowarek małej mocy - do dnia 16 marca 2020 r. (pkt. 4.1.3. SIWZ).
- c. dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych w powyższym zakresie, ewentualnie
- d. nakazanie udzielenie zamówień na dostawę autobusów oraz dostawę ładowarek - w dwóch odrębnych postępowaniach.

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału

odwołującego w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ - krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego zrealizować zamówienie w całości, jak i w części lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wymaga, żeby całość zamówienia tj. „Zakup i dostawa autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą do ładowania wolnego na zajezdni oraz ładowania szybkiego na przystankach końcowych” wykonał jeden wykonawca.

Odwołujący jako producent infrastruktury ładowania pojazdów elektrycznych, ma możliwość zrealizowania części zamówienia zgodnie z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w zakresie stworzenia punktu ładowania pojazdów (pkt 4.1.2 SIWZ) oraz dostarczenia 11 ładowarek małej mocy (pkt 4.1.3, SIWZ). Odwołujący wskazał, iż w postępowaniach wymienionych w załączniku nr 6 do niniejszego odwołania, zamawiający dzielili zamówienia na części, czym dopuszczali do udziału w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorców (dalej jako „MSP”), którzy samodzielnie nie mogliby zrealizować całego zamówienia, ale mogli wykonać część zamówienia. Podkreślił, iż opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym dostawy stacji ładowania pojazdów w takich innych postępowaniach był analogiczny z opisem dokonany w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż w przypadku dokonania podziału zamówienia na części zgodnie z treścią odwołania on jako producent stacji ładowania pojazdów, będzie mógł wziąć udział w niniejszym postępowaniu i wykonać je zgodnie z wymaganiami SIWZ, stawianymi przez zamawiającego. Dzięki podziałowi na części niniejszego zamówienia krąg podmiotów mogących wziąć udział w zamówieniu się zwiększy, a zamawiający będzie miał możliwość uzyskania lepszej ceny i warunków wykonania zamówienia.

Brak natomiast podziału zamówienia na części - pomimo obiektywnej możliwości dokonania takowego podziału — uniemożliwi odwołującemu wzięcie udziału w tym postępowaniu i ograniczy krąg podmiotów tylko do dostawców autobusów elektrycznych, którymi w szczególności są: Solaris Bus & Coach S.A. i z siedzibą w Bolechowo-Osiedle i URSUS S.A. z siedzibą w Lublinie oraz tych dostawców infrastruktury ładowania, którym udało się wejść we względnie stałą współpracę gospodarczą z takimi producentami autobusów co z kolei prowadzić może do swoistej monopolizacji składanych ofert przez jednego dostawcę infrastruktury ładowania i to nie ze względu na proponowane przez niego rozwiązania techniczne, a ze względu na relacje czy zależności z danym dostawcą autobusów. Tym samym, brak podziału zamówienia na części, uniemożliwi potencjalnym wykonawcom, w tym w szczególności będącymi przedsiębiorcami z sektora MSP, udział w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż jego interes objawia się w tym, że w przypadku dokonania podziału na części, jako podmiot z sektora MSP, będzie mógł wziąć udział w postępowaniu w zakresie

części budowy punktu wolnego ładowania pojazdów i dostawy 11 ładowarek mniejszej mocy (pkt 4.1,2 i 4.1.3. SIWZ) samodzielnie, nie będąc przy tym w żaden sposób ograniczonym istnieniem bądź brakiem powiązań/relacji gospodarczych z producentem autobusów, który w przypadku tego zamówienia miałby być głównym jego wykonawcą.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest dostawa w ramach jednego postępowania:

- a) dostawa autobusów elektrycznych,
- b) dostawa infrastruktury do ładowania oraz ładowarek kompatybilnych z dostarczanymi autobusami.

Rynek pojazdów elektrycznych jest bardzo młodym rynkiem. Jednak obecnie doszło już do jego dywersyfikacji/specjalizacji: na producentów pojazdów elektrycznych oraz podmiotu produkujące rozwiązania do ładowania takich pojazdów (przykładem takiego wykonawcy jest między innymi odwołujący). Obie te technologie rozwijają się równolegle. Zasadniczo firmy specjalizujące się w rozwoju technologii ładowania nie są producentami pojazdów elektrycznych, jak również producenci pojazdów nie są producentami ładowarek do takich pojazdów.

Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią SIWZ oraz ogłoszenia uznał, że zarówno on, jak i inne podmioty z sektora producentów infrastruktury do ładowania nie ma możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie.

Jednocześnie, znając realia rynku związanego z postępowaniem uznał, że w postępowaniu udział będą mogli wziąć tylko producenci autobusów, którzy, nie będąc jednocześnie producentami/ dostawcami infrastruktury ładowania i tak jako wykonawców będą musieli skorzystać z usług podmiotów o tym samym profilu prowadzonej działalności co odwołujący. Agregacja przedmiotów dostaw dokonana w SIWZ przez zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której:

- producenci rozwiązań w zakresie ładowania nie mogą ubiegać się o zamówienie w inny sposób niż tylko poprzez producenta pojazdów elektrycznych;
- z postępowania wyeliminowani zostaną wszyscy producenci ładowarek, którym nie uda się nawiązać w tym zakresie porozumienia z producentami pojazdów;
- zgodnie z zasadami ekonomii zamawiający nabywając infrastrukturę do ładowania od pośrednika (tj. producentów pojazdów) zapłaci za te rozwiązania więcej niż w przypadku, gdyby nabywał je bezpośrednio od wykonawców produkujących te rozwiązania.

Dzięki dokonaniu podziału zamówienia, odwołujący oraz inne podmioty MSP, będą mieli możliwość złożenia własnej oferty na korzystniejszych dla zamawiającego warunkach i bez konieczności wykonania tej części zamówienia jako podwykonawcy.

Zaniechanie dokonania podziału, niewątpliwie ograniczy rynek i uniemożliwi MŚP, takim jak odwołujący, udział w tego typu zamówieniach jako podmiotów konkurencyjnych i samodzielnych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art 36aa ust. 1 ustawy zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Użycie wyrażenia „może” sugeruje, iż podział zamówienia zasadniczo jest uprawnieniem zamawiającego i decyzja w tym zakresie należy do kompetencji zamawiającego.

W ocenie odwołującego należy mieć na uwadze, iż decyzje zamawiającego nie mogą mieć charakteru dowolnego. Zamawiający również, przygotowując czy przeprowadzając postępowanie ograniczony jest przepisami i zasadami prawa.

Jedną z podstawowych zasad wyrażonych w ustawie jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Przestrzeganie tej zasady polega na tym, iż zamawiający może korzystać ze wszystkich uprawnień przyznanych mu przez ustawodawcę, pod warunkiem, iż nie prowadzi to do naruszenia ww. zasad.

Trafnie wyrażono to w opinii prawnej opublikowanej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Czy zamawiający, który dokonuje podziału zamówienia na mniej części niż jest to możliwe, narusza przepisy ustawy Pzp?” W przedmiotowej opinii stwierdzono:

„Decyzja co do podziału zamówienia na określoną ilość części należy do zamawiającego. Zamawiający podejmuje ją w zależności od swoich potrzeb, jednakże jego swoboda jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom.

Prawidłowość postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na tyle części, na ile jest to potencjalnie możliwe, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy

W tym miejscu należy powołać również orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2346/16.

Zatem odwołującemu wydaje się, iż zamawiający zobligowany jest jednak do dokonania analizy i podjęcia racjonalnej decyzji w zakresie ewentualnego podziału zamówienia na części (wynika to również z brzmienia przepisu art. 96 ust pkt 11 ustawy). Zatem każdorazowo zamawiający podejmując taką decyzję winien obiektywnie badać swoje potrzeby oraz specyfikę przedmiotu zamówienia, jak również mieć na względzie zasady wyrażone w art 7 ustawy.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż kwestie podziału zamówienia na części (ściślej: możliwości składania ofert częściowych w danym postępowaniu) są przedmiotem Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych,

uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) — (dalej jako: "Dyrektywa"). Intencją ustawodawcy unijnego w kwestiach podziału zamówienia na części miało być ułatwienie MSP ubieganie się o zamówienia publiczne. Co w ocenie odwołującego istotne, zarówno część motywacyjna Dyrektywy (motywy 78 i 79 Dyrektywy), jak również jej części normatywna (art. 46 Dyrektywy) miała zachęcić zamawiających do dokonywania podziału zamówień na części. Wdrożenie tych zaleceń do krajowego porządku prawnego nastąpiło w przepisach Pzp, tj.: art. 36aa ustawy i art 96 ust 1 pkt 11) ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu brak podziału zamówienia na części uniemożliwi dostęp do zamówienia mniejszym podmiotom, które specjalizują się w konkretnych zamówieniach (wyodrębnionych w pkt 4.1.2 i 4.1.3 SIWZ), a które nie posiadają relacji biznesowych z poszczególnymi dostawcami autobusów elektrycznych. Gdyby model przyjęty w tym postępowaniu utrzymał się w konsekwencji może prowadzić to do monopolizacji rynku producentów infrastruktury, a o kształcie tego rynku będą decydowali wyłącznie producenci pojazdów elektrycznych.

Potwierdzeniem tego, iż dopuszczalne i praktykowane jest dzielenie tego typu zamówień na części jest chociażby to, iż zamawiający w innych postępowaniach dokonał podziału zamówienia na części i dopuścili wykonawców z sektora infrastruktury do ładowania do brania udziału w tego typu zamówieniach. Tym samym, odwołujący stwierdził, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie samodzielnie i ograniczenia rynku tylko do monopolistów sprzedających autobusy elektryczne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że postępowanie dotyczy specjalistycznej branży, posiadającej ograniczony krąg dostawców, ale którzy produkują zgodne z wymaganiami zamawiającego produktu (wymagania stawiane urządzeniom ładującym są ustandaryzowanymi wymaganiami obowiązującymi w całej Wspólnocie Europejskiej).

Podział zamówienia na części w innych postępowaniach tego typu, umożliwił do tej pory złożenie ofert przez różne podmioty, natomiast brak podziału zamówienia na części w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, uniemożliwia w szczególności MŚP złożenie ofert w niniejszym postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie ma żadnych korzyści z tego, że otrzyma pełne zamówienie od jednego wykonawcy a ze względu na specyfikę branży - prawdopodobnie tylko dwa podmioty złożą ofertę, zatem postępowanie będzie niekonkurencyjne i tym samym zostanie naruszona naczelna zasada zamówień publicznych obligująca zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy). Takie działanie będzie skutkowało niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych poprzez otrzymanie dwóch ofert zamiast kilku o konkurencyjnych cenach.

Podkreślił, iż zamawiający dokonał oceny możliwości podziału zamówienia i wskazał, iż poszczególne przedmioty powinny zostać dostarczone w tzw. Partiach (pkt 4.1 SIWZ). Niemniej jednak, jak wynika z dokumentacji, zamawiający nie podjął żadnej próby dokonania oceny, czy przedmiot zamówienia powinien zostać udzielony w częściach. Obowiązek takiej analizy potwierdziła Izba w wyroku z dnia 23 maja 2017 roku sygn. akt: KIO 920/17. Niemniej jednak, jak wynika z SIWZ, zamawiający musiał opisać i przygotować dokumentację przetargową w różnych pakietach. Z treści SIWZ, pkt. 4.1. wynika, że dostawa będzie w oddzielnych pakietach. W pkt 3.12, zamawiający wskazał różne kody CPV, odróżniające tym samym poszczególne elementy całego zamówienia. Co więcej do każdego tzw. „partii”, zamawiający przewidział oddzielne załączniki z opisem wymagań, funkcjonalności itp. (załączniki do SIWZ). Mając na uwadze całość postanowień SIWZ oraz załączników do SIWZ, według odwołującego należy przyjąć, iż zamawiający mógłby dokonać bez żadnych problemów podziału na dwie części lub przygotować dwa oddzielne postępowania.

Podkreślił, iż załączony do SIWZ, opis wymagań technicznych urządzeń ładujących, został opisany w sposób, który umożliwiałby dokonanie dostawy każdemu producentowi takich urządzeń, gdyż został opisany odpowiednimi normami i wytycznymi, które są standardowe i obowiązkowe na całym obszarze wspólnoty europejskiej i nie jest możliwe dostarczenie innych urządzeń tego typu, bez dokonania ograniczenia konkurencji.

Co więcej, nie utrudni to wykonania całości zamówienia, gdyż urządzenia opisane w sposób jaki dokonał tego zamawiający, będą kompatybilne z każdym dostarczonym autobusem, co zresztą stanowi jeden z wymogów w tej części.

Techniczne aspekty podziału zamówienia na części.

Odwołujący dokonał oceny możliwości podziału zamówienia publicznego na części po analizie Załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Specyfikacja techniczna punktu ładowania. Zamawiający zachowując reguły wymagane przy dokonywaniu Opisu przedmiotu zamówienia, określił wymagania, które odnoszą się wprost m.in. do konstrukcji, sposobu zasilania, spełnienia wymagań związanych z kompatybilności elektromagnetycznej. Wszystkie te wymagania odnoszą się tylko do konstrukcji stacji ładowania i nie mają wpływu na wybór dostarczanych autobusów elektrycznych.

Zamawiający określił wymagania związane bezpośrednio ze sposobem ładowania oraz komunikacji z autobusami elektrycznymi. W przypadku tych wymagań, zamawiający określił w pkt 5.17 wymóg wykorzystania standardu Combo 2 CCS2 (zgodne z IEC 62196-3) dla dodatkowego złącza Combo w ładowarkach dużej mocy. Zamawiający wpisując to wymaganie postępuje zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego 2014/94/EU - Dotyczy to w szczególności interoperacyjności - 1.2 "Punkty ładowania o dużej mocy na prąd stały przeznaczone dla pojazdów elektrycznych muszą być — ze względów interoperacyjności — wyposażone co najmniej w złącza uniwersalnego systemu ładowania „Combo 2” opisane w

normie EN62196-3." Wymaganie to pozwala na pełną interoperacyjność zamawianych stacji ładowania i nie wymaga żadnych działań, które wiązałyby się z koniecznością dostarczenia stacji ładowania wraz autobusami elektrycznymi. Nie wymaga to też odrębnego dostosowywania stacji do autobusów do stacji lub odwrotnie, gdyż wymagania te obowiązują wszystkich producentów sprzętu do ładowania pojazdów.

Odwołujący podkreślił, iż sam system ładowania pojazdów ze względu na sprecyzowanie go przez odniesienie do danego standardu jest ujednoczonym systemem i nie powoduje to, że konieczna jest dostawa sprzętu konkretnego producenta.

W pkt 5.19 zamawiający wymaga korzystania z następujących standardów związanych z podstawowym sposobem ładowania w ładowarkach dużej mocy:

- PN-EN 61851-1
- PN-EN 61851-23 - PN-EN 61851-24
- PN-EN ISO 15118-1
- PN-EN ISO 15118-2
- PN-EN ISO 15118-3
- ISO 15118-8

Wszystkie powyższe normy są powszechnie dostępne i precyzyjnie definiują komunikację pomiędzy autobusem elektrycznym (bardziej ogólnie pojazdem elektrycznym) i stacją ładowania. Wymagania zamawiającego gwarantują, że dostarczane stacje zapewnią dzięki stosowaniu tych norm pełną ich interoperacyjność.

W pkt 5.20 zamawiający określił sposób i zakres monitorowania stacji ładowania. Zamawiający wymaga wykorzystania protokołu OCPP 1.6, który obecnie jest powszechnie stosowanym do monitorowania stacji ładowania pojazdów elektrycznych. Wykorzystanie tego standardu zapewnia pełną interoperacyjność rozwiązania - możliwe jest w przyszłości dołączanie kolejnych stacji ładowania lub samych autobusów od innych producentów. Wybrany standard monitorowania w żaden sposób nie wpływa na konieczność dostawy stacji ładowania wraz z autobusami elektrycznymi.

W pkt 6.1 zamawiający, co prawda pozostawił dowolność w kwestii rodzaju pantografu (zwykły, zamontowany na dachu autobusu lub odwrócony, montowany na maszcie stanowiącym część ładowarki), ale równocześnie w pkt 6.2 wymaga aby w szczególności złącza pantografowe muszą być ogólnodostępne dla producentów autobusów elektrycznych". Dodatkowo w pkt 6.4 zamawiający precyzuje budowę pantografu niezależnie od jego umiejscowienia, co jasno określa i zawęża możliwe rozwiązania techniczne, bez względu na wybór pantografii zwykłego czy odwróconego (tak w przypadku autobusów i ładowarek). Dodatkowo zamawiający wymaga: "Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia dokumentacji technicznej złącza pantografowego w zakresie wymaganym przez zamawiającą na etapie realizacji umowy. Zapisy wymogów w tym zakresie zapewniają bezpieczeństwo

inwestycji zamawiającego — gwarantują interoperacyjność i pozwalają w przyszłości na zamawianie kolejnych autobusów elektrycznych i stacji ładowania, które będą zgodne wymaganiami w tym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w przypadku zamówień udzielanych oddzielnie na dostawę autobusów i infrastruktury ładowania, inni zamawiający, jeżeli pozostawiają wybór rodzaju pantografu wykonawcy dostawy autobusów, zawierali w umowie z wykonawcą dostawy infrastruktury ładowania zobowiązanie tego podmiotu do dostosowania infrastruktury ładowania do wybranego przez dostawcę autobusów rodzaju pantografu lub odwrotnie lub też zobowiązują do odpowiedniej kooperacji obu wykonawców. Wobec powszechnego stosowania zarówno pantografów zwykłych jak i odwróconych, tak przez dostawców autobusów jak i infrastruktury ładowania, dostosowanie rozwiązań przez dostawców infrastruktury ładowania do dokonanego przez dostawcę autobusów wyboru nie powoduje żadnych problemów technicznych ani problemów we współdziałaniu pomiędzy tymi podmiotami. Pozwala to na rozdzielenie postępowania na dostarczenie autobusów elektrycznych i stacji ładowania bez negatywnego wpływu na wykorzystane rozwiązania techniczne, jak również bez negatywnego wpływu na koordynację działań wykonawców osobnych zamówień czy czas wykonania tych zamówień. W konsekwencji, nawet w przypadku pozostawienia wyboru rodzaju pantografu dostawcy autobusów, brak jest podstaw do łączenia w jedno, niepodzielone zamówienie dostawy stacji ładowania z dostawą autobusów elektrycznych.

Odwołujący podsumował, że ze względu na standaryzację praktycznie każdy producent infrastruktury do ładowania jest w stanie dostarczyć rozwiązanie spełniające wymagania SIWZ i pozwalające na pracę z dowolnym modelem autobusu. W konsekwencji nie ma żadnych przesłanek technicznych wymagających, aby producent autobusów był jednocześnie dostawcą infrastruktury do ładowania. Co więcej, jak wzmiankowano wyżej w praktyce, aby zrealizować dostawę producenci autobusów będą musieli skorzystać z usług podwykonawców.

W dniu 5 października 2018r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 11 października 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Ponadto zamawiający wnosił o dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści odpowiedzi na odwołanie, wskazanych dla potwierdzenia faktów, z których zamawiający wywodzi skutki prawne.

W dalszej kolejności o obciążenie kosztami postępowania stroną odwołującą wraz z kosztami ustanowionego przez zamawiającego pełnomocnika według norm przepisanych.

Zamawiający zauważył, iż art. 36aa ust. 1 ustawy stanowi, iż zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.

Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla przebiegu postępowania, w szczególności dla umożliwienia udziału szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danej branży, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Podkreślił, że powodem nowelizacji ustawy, w zakresie ewentualnego podziału zamówienia na części był motyw 78 preambuły do Dyrektywy klasycznej, zgodnie, z którym Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Nie tylko literalne brzmienie pierwszego z powyżej przywołanych przepisów wskazuje, że podział zamówienia na części jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem instytucji zamawiającej. Jednym z celów uchwalenia ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która wprowadziła art. 36aa, było wdrożenie do polskiego systemu zamówień publicznych norm dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L2014.94.65) (dalej: "dyrektywa 2014/24/UE) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2017/1 TWE (Dz.U.UE.L2014.94.243) (dalej: "dyrektywa 2014/25/WE) w Motywie 78 do dyrektywy 2014/24/UE prawodawca europejski wskazał, że zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP, w tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Jednocześnie państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwienia MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres

obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział obowiązkowym pod pewnymi warunkami. Z kolei jak można przeczytać w uzasadnieniu projektu wspomnianej nowelizacji ustawy pzp: "mimo, iż nowa dyrektywa klasyczna i sektorowa upoważniają państwa członkowskie do wprowadzenia obowiązku podziału zamówienia na części, projekt przewiduje swobodę wyboru dla zamawiającego w tym zakresie". Nie powinno być zatem wątpliwości, że ustawodawca krajowy świadomie podjął decyzję, że nie skorzysta z wynikającego z art. 46 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE upoważnienia do wprowadzenia obowiązku podziału zamówienia w celu wsparcia MŚP.

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 listopada 2017 r. KIO 2270/17, że „art. 36aa pzp nie nakłada bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części, stanowi natomiast o uprawnieniu zamawiającego do podziału zamówienia i nie zawiera wprost obowiązku wyjaśniania przez zamawiającego przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia na części. Taki obowiązek wynika natomiast z normy ujętej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy pzp, dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania (tak w wyroku Izby z 2 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2373/160). Z kolei w rozstrzyganej sprawie naruszenie tego ostatniego przepisu nie było i nie mogło być przedmiotem zarzutu, gdyż zamawiający dokonał podziału zamówienia na części. Innymi słowy ponieważ art. 36aa ust. 1 pzp nie określa w jakich przypadkach należy podzielić zamówienie na części, decyzja w tym zakresie pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który kieruje się w tym zakresie swoim potrzebami, w szczególności mając na uwadze zakres przedmiotu zamówienia”.

Zamówienie będące przedmiotem odwołania jest jednym z zamówień udzielanych w 4 częściach. Całkowita: łączna wartość szacunkowa dla zakupu autobusów i trolejbusów przez Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie w roku 2018 r. wynosi 138 090 000,00 zł netto (słownie: sto trzydzieści osiem milionów dziewięćdziesiąt tysięcy złotych netto), co stanowi równowartość 32 026 810,77 euro netto i obejmuje zamówienie udzielane w 4 częściach tj.

- a) Zakup 7 szt. autobusów elektrycznych 12 m dot. projektu „Rozbudowa i udrożnienie sieci komunikacji zbiorowej dla obszaru specjalnej strefy ekonomicznej i strefy przemysłowej w Lublinie” w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia 2014-2020 Osi priorytetowej II: Nowoczesna struktura transportowa Działania 2.1. Zrównoważony transport miejski
- b) Zakup 5 szt. autobusów elektrycznych 12 m dot. projektu „Przebudowa strategicznego korytarza transportu zbiorowego wraz z zakupem taboru w centralnej części obszaru LOF w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia 2014-2020 Osi priorytetowej II: Nowoczesna struktura transportowa Działania 2.1. Zrównoważony transport miejski
- c) Zakup 20 szt. autobusów elektrycznych 12 m wraz z infrastrukturą do ich ładowania dot. projektu „Niskoemisyjna sieć komunikacji zbiorowej dla północnej części LOF wraz z budową systemu biletu elektronicznego komunikacji aglomeracyjnej” w ramach Programu

Operacyjnego Polska Wschodnia 2014-2020 Osi priorytetowej II: Nowoczesna struktura transportowa Działania 2.1. Zrównoważony transport miejski

d) Zakup 10 szt. trolejbusów 12 m dot. projektu „Przebudowa strategicznego korytarza transportu zbiorowego wraz z zakupem taboru w centralnej części obszaru LOP' w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia 2014-2020 Osi priorytetowej II: Nowoczesna struktura transportowa Działania 2.1. Zrównoważony transport miejski

Uzasadnienie zaniechania podziału tej części zamówienia na kolejne części znajduje się w protokole postępowania.

Zamawiający w protokole stwierdził, że: podział tego zamówienia na kolejne części groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi wykonania zamówienia, potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu i terminowemu wykonaniu zamówienia, realizowanemu z środków unijnych zgodnie z określonym harmonogramem. Konieczność terminowej realizacji zamówienia w oparciu o wskazany harmonogram, powoduje brak możliwości wyodrębnienia dodatkowych zadań na poziomie poszczególnych komponentów w tej części zamówienia, a cały przedmiot zamówienia w tej konkretnej części jest ze sobą połączony funkcjonalnie w taki sposób, iż brak któregokolwiek elementu wyklucza funkcjonowanie pozostałych- gdyż autobusy elektryczne nie będą funkcjonowały i działały bez ładowarek i punktu ładowania, czyli jednym słowem będą bezużyteczne. Tym samym wskazać należy, iż dodatkowy podział tej części zamówienia nie jest celowy ze względu na uzasadniony interes zamawiającego oraz jego potrzeby. Połączenie dostawy infrastruktury do ładowania oraz ładowarek kompatybilnych i autobusów użyteczności publicznej w jedno zadanie miało na celu również obniżenie kosztów realizacji zadania oraz stworzenie jednego zaplecza organizacyjnego i serwisu gwarancyjnego. Zamawiający mając na uwadze, iż rynek pojazdów elektrycznych jest bardzo młodym rynkiem, dokonał również analizy sytuacji rynkowej danego przedmiotu zamówienia i w oparciu o doświadczenia innych zamawiających którzy takie rozwiązanie zastosowali tj. dokonywali zakupu autobusów wraz z ładowarkami np. miasto Kraków, Rzeszów, Ostrów Wielkopolski, Sosnowiec i inne uznał, iż takie rozwiązanie jak te miasta, zamawiający zastosowali są najbardziej korzystne. Zakres zamówienia uzasadnia w ocenie zamawiającego udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy, który przyjmie na siebie ryzyko niepowodzenia całego projektu, a dokonanie podziału na części mogłoby to ryzyko przenieść na zamawiającego i w konsekwencji uczynić niemożliwym osiągnięcie celu zamówienia publicznego realizowanego z środków UE.

Z uwagi na uzyskanie dofinansowania obejmującego jednym wnioskiem całość przedmiotu zamówienia, istnieje ryzyko utraty całego dofinansowania w przypadku niezrealizowania bądź niewłaściwego zrealizowania jednego z jego etapów. Zamawiający również, ujmując przedmiot

zamówienia w jedno zadanie miał na celu ujednoczenie procedury rozliczania wniosku o dofinansowanie.

Powyższe wypełnia obowiązek wynikający z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy jako, że powody niedokonania podziału zamówienia na części, zostały przez zamawiającego w protokole postępowania wskazane. Przepis art. 96 ust. 1 pkt 11 nie jest jednakże źródłem obowiązku zamawiającego polegającego na podziale zamówienia na części, ale jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek informacyjny, który zamawiający wypełnił z należytą starannością. Jak zamawiający wskazał powyżej zamówienie udzielane w części będące przedmiotem odwołania jest częścią zamówienia które obejmuje również zakup kolejnych autobusów elektrycznych — I część — 7 szt. I II część — 5 szt., które zostaną zakupione już bez infrastruktury do ich ładowania.

Dokonanie dodatkowego podziału części zamówienia objętej odwołaniem, na oddzielne zamówienia dotyczące zakupu i dostawy autobusów oraz oddzielnie ładowarek i punktu ładowania może poważnie zagrozić właściwemu i terminowemu wykonaniu zamówienia jak i kolejnych jego części. Jak wskazano powyżej autobusy elektryczne bez punktu ładowania i ładowarek są praktycznie bezużyteczne i nie zostanie osiągnięty cel w jakim zostają one zakupione. Przy realizacji dwóch różnych zamówień udzielanych w częściach, przez dwóch różnych wykonawców może wystąpić sytuacja, iż zrealizowana zostanie np. dostawa pierwszej transzy autobusów elektrycznych, a nie będzie zrealizowany punkt ładowania, którego realizacja wymaga przeprowadzenia określonej procedury z PGE odpowiedzialnym za przesyłanie prądu.

Autobus EV elektryczne i ładowarka umożliwiająca ładowanie baterii trakcyjnych stanowią integralną całość. Nie jest możliwe użytkowanie autobusów EV bez systemu ładowania.

Podstawowym warunkiem koniecznym do spełnienia, który gwarantuje możliwość użytkowania autobusów EV, jest nawiązanie komunikacji systemów sterowania ładowarek i autobusów EV, w procesie ładowania baterii trakcyjnych, zamontowanych w pojazdach oraz prawidłowe połączenie się złączy elektrycznych ładowarek i autobusów, realizowanych przez złącze pantografowe. Obecnie, brak jest standaryzacji w tym zakresie, przez co ładowarki produkowane są bezpośrednio pod potrzeby konkretnych autobusów, a sprawdzenie poprawności ich działania wiąże się z przeprowadzeniem procesu ładowania z wykorzystania tych komponentów. Technicznie i funkcjonalnie, odzwierciedleniem powyższego będzie sytuacja która wystąpi w przypadku opóźnienia w dostawie jednego z komponentów niemożliwe będzie dokonanie odbioru (zweryfikowanie poprawności działania) drugiego oraz jego użytkowanie.

Za wyłonieniem jednego Wykonawcy, który realizowałby dostawę autobusów EV i ładowarek przemawia ponadto skomplikowana procedura przyłączenia ładowarek do sieci dystrybucyjnej, stosowana przez OSD — PGE Dystrybucja, w ramach której konieczne będzie,

obciążenie sieci wszystkimi 4 ładowarkami w warunkach znamionowych, a więc mocą ok. 2000 kW. Zrealizowanie powyższego będzie wiązało się prawdopodobnie z koniecznością przeprowadzenia procesu ładowania z wykorzystaniem 4 autobusów EV równocześnie. Tak więc na etapie przyłączenia do sieci dystrybucyjnej (za co odpowiedzialny jest dostawca ładowarek), dostawca ładowarek będzie musiał najprawdopodobniej dysponować co najmniej 4 autobusami EV. W przypadku jednego wykonawcy odpowiedzialnego za dostawę ładowarek i autobusów spełnienie wymagań OSI) — PGE Dystrybucja, daje gwarancję prawidłowego i terminowego zrealizowania zamówienia, zgodnie z harmonogramem realizacji umowy projektowej zawartej na wydatkowanie środków z UE.

W związku z powyższym, ZTM jako zamawiający występował wielokrotnie do Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie i Wydziału Funduszy Europejskich Urzędu Miasta Lublin (merytoryczna jednostka i wydział Gminy Lublin, wdrażające inwestycyjne projekty UE) z wnioskiem, o potrzebę zsynchronizowanie postępowań przetargowych na zakup autobusów EV i ładowarek do nich, w sposób gwarantujący odbiór równoczesny ww. komponentów. Uzasadnieniem powyższego było ryzyko braku możliwości dokonania odbioru obu komponentów w przypadku opóźnienia w dostawie jednego z nich. Uzasadnienie tego znajduje się w pismach: ET.FE.081-24-ZIT/2016 z 21.11.2016 r. ET.FE.081-24a-ZIT/2016 z 19.12.2016 r. i ET.FE.081-5-ZIT/2017 z 9.02.2017 r.

W konsekwencji została podjęta decyzja o przeprowadzeniu jednego postępowania przetargowego na zakup autobusów EV i ładowarek, jako rozwiązania gwarantującego wykluczenie wystąpienia opisanego powyżej ryzyka braku możliwości dokonania odbioru, a następnie użytkowania, autobusów EV wraz z ładowarkami.

Jako dowód zamawiający powołał kopie pism ET.FE.081-24-ZIT/2016 z 21.11.2016 r. ET.FE.081-24a-ZIT/2016 z 19.12.2016 r. i ET.FE.081-5-ZIT/2017 z 9.02.2017 r.

Ogłoszenie kolejnych postępowań na zakup autobusów elektrycznych jest uzależnione od rozstrzygnięcia postępowania na zakup 20 szt. autobusów wraz z ładowarkami i punktem ładowania czyli infrastrukturą towarzyszącą, ponieważ pozostały tabor musi być kompatybilny z zainstalowanymi ładowarkami na budowanej pętli nawrotowej Choiny. Rozbieżne systemy ładowania uniemożliwią ładowania autobusów które zamawiający zobowiązany jest zakupić w ramach pozostałych realizowanych umów projektowych.

Jednocześnie ponowne ogłoszenie w chwili obecnej postępowań w zakresie zamówienia na 20 szt. Autobusów , 11 szt. ładowarek oraz punktu ładowania w ramach oddzielnych części zamówienia wiąże się z opóźnieniami w stosunku do harmonogramu realizacji umów dotyczącymi zakupu i dostawy taboru elektrycznego z kolejnych dwóch projektów tj:

- „Rozbudowa i udrożnienie sieci komunikacji zbiorowej dla obszaru specjalnej strefy ekonomicznej i strefy przemysłowej w Lublinie” - 7 szt. autobusów elektrycznych,

- „Przebudowa strategicznego korytarza transportu zbiorowego wraz z zakupem taboru w centralnej części obszaru LOP' - 5 szt. autobusów elektrycznych.

Każde z wyżej wskazanych postępowań powinno być ze względu na uwarunkowania umów o dofinansowanie przeprowadzane oddzielnie.

Opóźnienia w realizacji projektu a tym samym harmonogramu realizacji umowy wiązać się mogą niewątpliwie z korektami finansowymi dla zamawiającego. co skutkuje zmniejszeniem przyznanych środków finansowych w ramach zawartych umów .

Realizacja projektu realizowanego przez Gminę Lublin w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia 2014 — 2020, Działanie 2.1 Zrównoważony Transport Miejski, II Osi priorytetowa: Nowoczesna Infrastruktura Transportowa dla projektu „Niskoemisyjna sieć komunikacji zbiorowej dla północnej części LOF wraz z budową systemu biletu elektronicznego komunikacji aglomeracyjnej” to nie tylko zakup autobusów, ładowarek oraz punktu ładowania to również rozbudowa całej infrastruktury komunikacyjnej i drogowej realizowanej w znacznej części przez Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, inną jednostkę organizacyjną Gminy jako zamawiającego. W ramach właśnie realizacji budowy i rozbudowy tej infrastruktury powstaje obiekt budowlany pod nazwą pętla Choiny, na którym to obiekcie umieszczony ma być punkt ładowania, zgodnie z wydaną decyzją pozwolenie na budowę dla całego zamierzenia budowlanego. W przypadku gdy na pętli Choiny nie będą zrealizowane wszystkie prace zgodnie z pozwoleniem na budowę, w tym punkt ładowania, nie będzie można oddać pętli do użytkowania. Czyli im bardziej oddalony będzie termin montażu ładowarek, punktu ładowania tym późniejszy termin oddania pętli do użytkowania, zamawiający zaznaczył, że również może to nastąpić z przekroczeniem uwarunkowań umownych i harmonogramu projektu.

Na podkreślenie w ocenie zamawiającego zasługuje fakt, iż praktyka zakupu autobusów wraz z ładowarkami przez innych zamawiających jest powszechna, wielu zamawiających w taki właśnie sposób ukształtowało postanowienia siwz i opisu przedmiotu zamówienia, w tym między innymi:

1. Łomianki z ład plug in Gmina Łomianki
2. Bełchatów z ład plug in MZK Bełchatów
3. Rzeszów z ład plug in ZTM Rzeszów
4. Stalowa Wola z ład plug in Urząd Miasta Stalowa Wola
5. Ostrów Wielkopolski z ład plug in MZK Ostrów Wielkopolski
6. Kraków z ładowarkami MPK Kraków
7. Katowice z ład plug in na miasto osobno MPK Katowice
8. Leszno z ład plug in Urząd Miasta Leszno
9. Sosnowiec z ład plug in PKM Sosnowiec

Przy czym opis „z ład plug in” oznacza ładowarki małej mocy, podłączane do autobusu za pomocą złącza wtykowego, np. COMBO-2.

Zdaniem zamawiającego zarzut odwołującego, jakoby zamawiający poprzez brak podziału zamówienia na części naruszył konkurencję i ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom jest zarzutem, który nie może się ostać, gdyż wynika jedynie z chęci dostosowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i korzystnego (choć niedoprecyzowanego) dla odwołującego modelu. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, dlaczego zamawiający, miałby podzielić zamówienie na części i czy taka decyzja zamawiającego znajdzie swoje wymierne uzasadnienie, w tym czy będzie związana z obniżeniem środków przeznaczonych na realizację zamówienia, nie spowoduje znacznego utrudnienia w obsłudze tak realizowanych zamówień (częściowych), w tym organizacyjno-technicznych.

W ocenie zamawiającego, jak i w świetle orzecznictwa KIO, chociażby wystarczającym powodem, uzasadniającym prowadzenie jednego postępowania bez dokonania podziału zamówienia na części jest objęcie zamówienia dofinansowaniem ze środków zewnętrznych, z którym wiąże się konieczność sprawnej i bezproblemowej realizacji zamówienia, tak aby rozliczyć projekt i wywiązać się z umowy o dofinansowanie w jak najlepszy sposób. Również w wyroku z dnia 2 stycznia 2017 r., KIO 2373/16, Izba wskazała, że zakres zamówienia uzasadniał udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy, który przyjmie na siebie odpowiedzialność za ryzyko niepowodzenia projektu, a dokonanie podziału zamówienia na części mogłoby to ryzyko przenieść na zamawiającego i w konsekwencji uczynić niemożliwym osiągnięcie celu zamówienia publicznego.

W ocenie zamawiającego, odwołujący z góry założył naruszenie prawa przyjmując założenie, że brak podziału zamówienia na części ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, co narusza konkurencję, równość i przejrzystość. Nie podjął przy tym próby wykazania w jaki sposób w tym konkretnym przypadku konkurencja została naruszona. Nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o utrudnianiu konkurencji oraz nie dokonał żadnej obiektywnej oceny stanu faktycznego. Przyjmując argumentację odwołującego w ocenie zamawiającego należałoby stwierdzić, że brak podziału zamówienia na części, przy podzielonym przedmiocie zamówienia, zawsze i w każdym przypadku narusza zasady konkurencyjności, równości i przejrzystości, z czym nie sposób się zgodzić.

Przed przystąpieniem do przygotowania i przeprowadzenia postępowania na zakup i dostawę autobusów elektrycznych, ładowarek, punktu ładowania zamawiający w celu zdefiniowania szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, siwz, treści umowy oraz oszacowania wartości zamówienia w dniach 25.02.- 13.05.2016r. przeprowadził dialog techniczny. Wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu technicznym złożyło 13 firm, w tym odwołujący tj. Ekoenergetyka — Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Nowy Kisielin —

Wysockiego 8, 66-002 Zielona Góra. W dniu 26.04.2016r. miało miejsce spotkanie w siedzibie zamawiającego z odwołującym w zakresie dialogu technicznego i podczas dyskusji oraz prezentacji poszczególnych rozwiązań odwołujący (w okresie spotkania — uczestnik dialogu) nie wskazywał na jakiegokolwiek potrzeby dokonywania dodatkowego podziału przedmiotu zamówienia na części tj. oddzielnie autobusy, oddzielnie ładowarki czy punkt ładowania, nie wskazywał też na jakiegokolwiek trudności w tym zakresie czy ograniczenia dla nich jako wykonawcy w przyszłości.

Zamawiający wskazał również, iż niniejsze postępowanie które jest przedmiotem odwołania, jest kolejnym które zostało przez zamawiającego ogłoszone na dostawę pn. „Zakup i dostawa autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą do ładowania wolnego na zajezdni oraz ładowania szybkiego na przystankach końcowych”. Przedmiot zamówienia w postępowaniu Nr sprawy DZ.381.UE-2/18 (Nr ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dz.U.U.E nr 2018/S 080-178496 z dnia 25.04.2018r.) był tożsamy z przedmiotem postępowania w obecnym postępowaniu tj. obejmował dostawę 20 szt. Autobusów elektrycznych , punkt ładowania oraz 11 ładowarek małej mocy.

Poprzednie postępowanie na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy zostało unieważnione gdyż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najkorzystniejszą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Jednakże nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż odwołujący się wykonawca w trakcie prowadzonego postępowania zwracał się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści siwz oraz do dokonanie jej zmian. Zadał kilkadziesiąt pytań i wniósł wiele uwag do siwz, umowy i wszystkich załączników w tym do specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia. Nie wnosił o podział o dokonanie przedmiotu tej części zamówienia jeszcze na dodatkowe części, nie zadawał też pytań w tym temacie, niejako akceptując decyzję zamawiającego w tym zakresie. Co więcej jedną z ofert w unieważnionym postępowaniu na dostawę autobusów, ładowarek oraz punktu ładowania złożył wykonawca: URSUS BUS S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Frezerów 7 A, 20-209 Lublin, który załączył do oferty oświadczenie o części zamówienia , której wykonanie, wykonawca powierzy podwykonawcom (załącznik nr 10 do siwz), z którego to treści oświadczenia jednoznacznie wynika. iż dostawa. rozmieszczenie i instalacja 1 1 sztuk ładowarek małej mocy oraz dostawa. rozmieszczenie. instalacja i przyłączenie do sieci dystrybucyjnej punktu ładowania należy do zakresu prac powierzonego podwykonawcy którym jest zgodnie z ofertą : Ekoenergetyka — Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. ul. Nowy Kisielin — Wysockiego 8, 66-002 Zielona Góra czyli odwołujący.

Jako dowód zamawiający wskazał kopię oświadczenia URSUS BUS S.A z dnia 30.07.2018r. Powyższe potwierdza jednoznacznie, iż odwołujący wykonawca nie ma utrudnionego lub ograniczonego dostępu do realizacji zamówienia, gdyż zawsze może w nim uczestniczyć jako członek konsorcjum czy podwykonawca właśnie.

Jak już wskazano powyżej najnowsze orzecznictwo KIO, w powyższej materii wyraża pogląd, że przepisy ustawy nie nakładają na zamawiającego bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części, stanowią natomiast o przywileju zamawiającego do podziału zamówienia. W ustawie brak jest przepisu, który podział zamówienia podnosiłby do rangi zasady. Toteż podział jest uprawnieniem zamawiającego. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast wyjaśnienie przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia na części. Taki obowiązek wynika z normy wyrażonej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania. W niniejszej sprawie zamawiający nie naruszył wymienionego przepisu, gdyż decyzja o tym, aby nie dzielić zamówienia na części została przez niego omówiona w protokole postępowania. Mając na uwadze, że stanowiący podstawę dla tego obowiązku przepis art. 36aa ust. 1 Pzp nie określa w jakich przypadkach Zamawiający powinien podzielić zamówienie na części, decyzja w tym zakresie pozostawiona jest autonomicznej woli Zamawiającego, który kieruje się swoimi potrzebami (tak KIO w wyroku sygn. 2373/16 z dnia. 2 stycznia 2017 r.),

Inne wyroki KIO również świadczą o uznaniu autonomiczności decyzji Zamawiającego w zakresie podziału zamówienia na części np. wyrok z dnia 10 kwietnia 2017 r., KIO 579/17, wyrok z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 164/17.

Analizując powyższe regulacje z całą stanowczością wskazać należy, że intencją podziału zamówienia na części ma być ułatwienie małym i średnim przedsiębiorcom (dalej "MSP") ubieganie się o zamówienia publiczne. Co istotne, zarówno części motywacyjna Dyrektywy (motywy 78 i 79), jak również jej części normatywna (Art. 46) nie obligują Państw Członkowskich do wprowadzenia regulacji nakazującym podmiotom zamawiającym dokonywania podziału zamówień na części. Tym samym w tym zakresie istotny jest sposób wdrożenia tych zaleceń do krajowego porządku prawnego.

W art. 36aa ustawy w ust. 1 czytamy, że: Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.

Art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy stanowi zaś, że: W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej: powody niedokonania podziału zamówienia na części.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że ustawodawca krajowy nie skorzystał z uprawnienia określonego w Dyrektywie i nie wprowadził obowiązku podziału zamówienia na części.. Oznacza to, po pierwsze brak w przepisach krajowych normy o charakterze ius cogens, po drugie brak możliwości konwalidacji czynności polegającej na niedopuszczeniu składania w postępowaniu ofert częściowych przez organy rozpoznające środki ochrony prawnej. Brak bowiem obowiązku w tym zakresie powoduje, że nie sposób sformułować w tym zakresie zarzutu wobec podmiotu zamawiającego. Argumenty te znajdują również potwierdzenie w części motywacyjnej ww. Dyrektywy., gdzie w motywie 78 wskazano, że: Instytucja

zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu.

Mając na uwadze powyższe, zarówno przepisy Dyrektywy klasycznej, jak również przepisy prawa krajowego, na skutek nie skorzystania przez ustawodawcę krajowego z nadanych mu treścią tej Dyrektywy uprawnień w tym zakresie, nie konstytuują obowiązku podziału zamówienia na części. Przepisy części motywacyjnej oraz normatywnej Dyrektywy zawierają jedynie postulat skierowany do Państw Członkowskich aby zachęcać podmioty zamawiające do podziału zamówienia na części celem ułatwienia udziału w zamówieniach małym i średnim przedsiębiorcom. Jedyny obowiązek w tym zakresie odnosi się do konieczności wskazania w protokole postępowania uzasadnienia niedokonania takiego podziału.

W powyższym zakresie zamawiający wskazał, że zasada zachowania uczciwej konkurencji przy opisie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do określenia różnych warunków dla różnej kategorii wykonawców. Wszyscy mieli takie same warunki do przygotowania oferty. Nie doszło w żaden sposób do uprzywilejowania jednej kategorii wykonawców w stosunku do pozostałych, a tym samym nie można podzielić zarzutu, że naruszono zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców żądanie od wszystkich, którzy zgłaszają uczestnictwo w przetargu, takich samych dokumentów oraz ustalenie takich samych wymogów. Ponadto sama okoliczność, że zamawiający żąda przedłożenia dokumentu bądź stawia wymóg, co uniemożliwia złożenie oferty przez jakiegoś wykonawcę, nie przesądza automatycznie o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają inne podmioty mogące brać udział w postępowaniu i mogące spełnić postawiony wymóg. W orzecznictwie KIO podkreślano wielokrotnie, że fakt, iż wymogi określone zostały przez zamawiającego w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tezę tę potwierdza także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r. sygn. akt III CZP 52/02. W przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsca dyskryminacja wykonawców, bowiem przy formułowaniu warunków zamawiający kierował się uzasadnionymi obiektywnie potrzebami oraz zamiarem wyboru wykonawcy, który będzie gwarantował należyłą realizację zamówienia. Natomiast odwołujący podjął próbę

„polepszania” opisu przedmiotowego warunku w dogodny dla siebie sposób, co nie jest znane prawu PZP i jako takie nie powinno korzystać z ochrony prawnej.

Zamawiający nie ma obowiązku udzielenia zamówienia kosztem własnych potrzeb, w tym kosztem podejmowania ryzyka i narażania się na trudności, jakie może rodzić wykonywanie zamówienia częściami przez różnych wykonawców. Przytoczone powyżej okoliczności w ocenie zamawiającego są wystarczające aby uzasadniać taką potrzebę i konieczność oraz podjętą decyzję leżącą po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu przeprowadzenia dialogu technicznego, ogłoszenia o zamówieniu i siwz, protokołu postępowania oraz dowodów dołączone do odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z protokołu przeprowadzenia dialogu technicznego wynika, że w dialogu wzięły udział następujące podmioty:

1. Solaris Bus &Coach SA – przebieg dialogu został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa,
2. Man Truck&Bus Polska
3. Impact Clean Power Technology SA informacje utajnione, przy czym jako znanego producenta baterii trakcyjnych ten podmiot wskazała Enika
4. EC Engineering sp. z o.o. producent pantografów i systemu pantografowego ładowania
5. Zakład Elektroniki Przemysłowej Enika sp. z o.o. producent kompletnych układów napędowych, ładowarek wolnego i szybkiego ładowania, ENIKA jako producentów baterii trakcyjnych wskazała Impact, BMZ z Gliwic, SAFT, Green Power
6. Medcom sp. z o.o. informacje utajnione
7. Ursus Bus SA, producent autobusów
8. Man Truck &Bus Polska sp. z o.o.
9. Eko-Energetyka Polska sp. z o.o. – głównym profilem produkcyjnym tej firmy jest produkcja ładowarek wolnego i szybkiego ładowania, firma poinformowała, że może wykorzystać złącze pantografowe firmy Schunk lub własne, a korzystniejszym rozwiązaniem jest dostarczenie ładowarki ze złączem pantografowym przez jednego wykonawcę, gdyż daje to gwarancję lepszej integracji tych urządzeń – firma podczas dialogu nie wskazywała na kwestię osobnego prowadzenia przetargu na zakup autobusów i osobnego na dostawę ładowarek
10. SOR Poland sp. z o.o.
11. Volvo Bus Polska sp. z o.o. – producent autobusów hybrydowych i elektrycznych, nie ma technologii dostępnej pozwalającej na wyprodukowanie baterii do autobusu i może

ładować się wyłącznie za pomocą łączy pantografowe firm ABB lub Siemens, natomiast istnieje możliwość zastosowania samej ładowarki innego producenta pod warunkiem udostępnienia otwartego interfejsu komunikacyjnego

12. BYD Europe Br

13. Lider Trading sp. z o.o.

Żaden z wykonawców z którymi prowadzono dialog nie wskazywał na celowość prowadzenia osobnych postępowań dla zakupu autobusów i ładowarek.

Na podstawie siwz Izba ustaliła, że zamawiający postawił następujące wymagania:

Opis przedmiotu zamówienia.

3.1. Przedmiotem zamówienia jest zakup taboru bezemisyjnego do obsługi linii komunikacji miejskiej- 20 szt. autobusów elektrycznych wraz z infrastrukturą do ich ładowania.

3.2. Zakres zamówienia obejmuje:

3.2.1 Zakup dostawę wraz z rozmieszczeniem i instalacją w miejscu wskazanym przez Zamawiającego 20 sztuk fabrycznie nowych tj. wyprodukowanych nie później niż 12 miesięcy przed dostawą, nieeksploatowanych, niskopodłogowych, jednoczłonowych autobusów elektrycznych klasy maxi, zwanymi dalej autobusami EV (electric vehicle) lub autobusami identycznych, tej samej marki, wyposażonych w komplectacji zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, przystosowanych do przewozu osób niepełnosprawnych wraz z dodatkowym wyposażeniem , oprogramowaniem i dokumentacją wyszczególnionymi w § 2 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 1 1 do s.i.w.z.

3.2.2. 11 sztuk ładowarek małej mocy (w tym 9 sztuk ładowarek dwustanowiskowych o mocy większej lub równej 80 kW) i 2 sztuki ładowarek mobilnych o mocy większej lub równej 40 kW) o parametrach zgodnych z podanymi w specyfikacji technicznej autobusów EV- Załącznik nr 1 do s.i.w.z., wraz z dodatkowym wyposażeniem, oprogramowaniem i dokumentacją wyszczególnionymi w S 2 Wzoru umowy- Załącznik nr 11 do s.i.w.z., kompatybilnych z dostarczonymi w ramach dostawy Autobusami EV oraz punktem ładowania. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zainstaluje ładowarki w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, przyłączy je do sieci niskiego napięcia oraz uruchomi (w tym przeprowadzi pełną integrację systemów komunikacji ładowarek z Autobusami EV).

3.23. Dostawę wraz z rozmieszczeniem i instalacją i przyłączeniem do sieci dystrybucyjnej 1 punktu ładowania, w którego skład wchodzi:

3.2.3.1 . 4 sztuki ładowarek dużej mocy (ok. 450 kW) umożliwiających ładowanie autobusów EV poprzez złącze pantografowe lub wtyczkę według standardu CCS COMBO 2,

3.2.3.2. - 1 sztuki transformatora SN/NN zasilającego ładowarki,

3.2.3.3. - rozdzielnica niskiego napięcia,

3.2.3.4. - 4 sztuk konstrukcji wsporczych ze złączami pantografowymi,

3.2.3.5. - linie kablowych łączących urządzenia punktu ładowania.

3.2.4. Dostawę narzędzi specjalnych, przyrządów diagnostycznych i kontrolnopomiarowych, oprzyrządowania, programów do wykonywania prac obsługowo-naprawczych, o których mowa we Wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 11 do s.i.w.z.;

3.2.5 Dostawę programów i urządzeń dodatkowych wraz z kosztami montażu, a także wymaganej dokumentacji przewidzianej w załącznikach do s.i.w.z, w szczególności we Wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 11 do s.i.w.z.;

3.2.6. Dostawę i uruchomienie systemu telemetrycznego umożliwiającego monitoring pracy urządzeń elektrycznego układu napędowego baterii trakcyjnych i ładowarek, o którym mowa w Załączniku nr 3 do s.i.w.z. Opis systemu telemetrycznego;

3.2.7. Dostawę systemu umożliwiającego monitoring pracy wszystkich ładowarek wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wraz z funkcją sterowania wybranymi parametrami pracy, o którym mowa w Załączniku nr 1 do s.i.w.z.- Specyfikacja techniczna autobusów EV, Załączniku nr 2 do s.i.w.z.- Specyfikacja techniczna punktu ładowania oraz Załączniku nr 3 do s.i.w.z.- Opis systemu telemetrycznego;

3.2.8. Dostawę po 1 kole zapasowym dla każdego autobusu EV;

3.2.9. Dostawę zaczepów holowniczych, po jednym z przodu i z tyłu autobusu EV oraz po jednym łączniku zaczepu holowniczego (umożliwiający zamocowanie holu sztywnego przed zderzakiem jeśli jest przewidywany), w ilości 5 sztuk na całą dostawę;

3.2.10. Wykonanie naklejek i oklejenie wszystkich 20 sztuk autobusów EV, ładowarek małej mocy oraz wskazanych przez zamawiającego urządzeń wchodzących w skład punktu ładowania zgodnie z zasadami promocji projektu oraz wytycznymi zamawiającego przedstawionymi na etapie przygotowywania stosownych oznaczeń, oraz dodatkowo dostarczenie po 2 komplety zapasowe naklejek dla każdego pojazdu i ładowarki;

3.3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określają:

3.3.1.1 . Załącznik nr 1 do s.i.w.z.- Specyfikacja techniczna autobusów EV;

3.3.1.1.1. Załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej autobusów EV Szczegółowe wymagania dotyczące funkcjonalności Systemu informacji pasażerskiej;

3.3.1.1.2. Załącznik nr 2 do Specyfikacji technicznej autobusów EV Wzór tapicerki;

3.3.1.1.3. Załącznik nr 3 do Specyfikacji technicznej autobusów EV Opis danych eksploatacyjnych

3.3.1.2. Załącznik nr 2 do s.i.w.z.- Specyfikacja techniczna punktu ładowania;

3.3.1.3. Załącznik nr 3 do s.i.w.z.- Opis systemu telemetrycznego;

3.3.1.4. Załącznik nr 4 do s.i.w.z.- Podstawowe informacje o sposobie realizacji inwestycji wykonania punktu ładowania autobusów EV, w ramach realizacji inwestycji budowy węzła przesiadkowego „CHOINY”.

3.4. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

3.5. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców w Formularzu ofertowym wg Załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. 12. Nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień:

- kod CPV: 34 12 11 00-2 Autobusy transportu publicznego

34121400-5 autobusy niskopodłogowe 34144910-0 Autobusy elektryczne

CPV 311581 OO Ładowarki,

CPV 32441100- 7 telemetryczny system nadzoru,

CPV 45232221-7 Podstacje transformatorowe

CPV 71321000-4 Usługi inżynierii projektowej dla mechanicznych i elektrycznych instalacji budowlanych.

3.13. Zamawiający informuje, że dla niniejszego postępowania został przeprowadzony dialog techniczny, o którym mowa w art. 31a ustawy Pzp. W toku dialogu Zamawiający zebrał informacje w zakresie niezbędnym dla przygotowania postępowania. Dialog został przeprowadzony z sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań.

4. Termin wykonania zamówienia.

4. 1 . Wykonawca zobowiązany jest zrealizować dostawę przedmiotu zamówienia i wydać go Zamawiającemu w następujących partiach:

4. 1 . 1 . Autobusy:

4 .1 . 1 .1 . 5 szt. Autobusów — do dnia 16 marca 2020 r.,

4. 1 .1 .2. 10 szt. Autobusów— do dnia 15 czerwca 2020 r.,

4. 1 .1 .3. 5 szt. Autobusów— do dnia 15 września 2020 r.

4. 1 .2. punkt ładowania — do dnia 16 marca 2020 r

4.1.3. 1 1 szt. ładowarek małej mocy — do dnia 16 marca 2020 r.

5. Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5.

5.5. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający żąda:

5.5.2 w zakresie warunku zdolności zawodowej określonego w pkt. 5.2.3.

5.5.2.1. wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie dostaw co najmniej 8 sztuk autobusów elektrycznych „kategorii M3, klasy I” lub dostaw co najmniej 8 sztuk trolejbusów wyposażonych w autonomiczny układ jazdy zasilany z baterii litowo- jonowych lub dostaw co najmniej 8 sztuk autobusów, w których jednostką napędową jest silnik/ silniki elektryczne, a podstawowym źródłem energii są baterie zasilane z wodorowych ogniw paliwowych.

5.5.2.2. wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie dostaw co najmniej 2 ładowarek o mocy nie mniejszej niż 120 kW każda do autobusów elektrycznych łączących się z ładowanym autobusem za pomocą złącza pantografowego.

10. Opis sposobu przygotowania ofert.

10.3. Każdy wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu tylko jedną ofertę.

10.8. Wykonawcy zobowiązani są złożyć następujące dokument oraz oświadczenia:

10.9. Formularz ofertowy- w przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie należy podać nazwy (firmy) oraz dokładne adresy wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną, oraz oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom- w przypadku powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom wraz z podaniem nazwy (firmy) podwykonawców, którym zostaną powierzone do wykonania części zamówienia - (wg Załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

10.10. Dokumenty wymagane w pkt 6.1. s.i.w.z. z wyłączeniem oświadczenia JEDZ, który należy przesłać drogą elektroniczną.

10.11. Wypełniony przez wykonawcę Załącznik nr 1 do s.i.w.z.- Specyfikacja techniczna autobusów EV;

10.12. Wypełniony przez wykonawcę Załącznik nr 2 do s.i.w.z.- Specyfikacja techniczna punktu ładowania;

10.13. Wrysowane strefy ładowania na Mapie poglądowej przedstawiającej rozmieszczenie elementów punktu ładowania oraz drogę dojazdową do stanowisk ładowania stanowiącej Załącznik nr 5 do s.i.w.z.;

12.2. Ceną podlegającą ocenie jest całkowita cena oferty brutto za realizację przedmiotu zamówienia, w rozbiciu na:

12.2.1. cenę jednostkową netto i brutto za jeden autobus EV w PLN i VAT- wg Załącznika nr 10 do s.i.w.z.- „Formularz oferty”;

12.2.2. łączną cenę ofertową brutto za 20 sztuk autobusów EV (w rozbiciu na cenę ofertową netto za 20 szt. autobusów EV i VAT), która musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia określone w pkt 12.1 s.i.w.z, a także w załącznikach do s.i.w.z. •

12.2.3. cenę jednostkową netto i brutto za 1 sztukę ładowarki małej mocy dwustanowiskowej o mocy większej lub równej 80 kW (2 x 40 kW) w PLN i VAT- wg Załącznika nr 10 do s.i.w.z.- „Formularz oferty”;

12.2.4. łączną cenę ofertową brutto za 9 sztuk ładowarek małej mocy dwustanowiskowych o mocy większej lub równej 80 kW (2 x 40 kW) w rozbiciu na cenę ofertową netto za 9 szt.

ładowarek małej mocy dwustanowiskowych o mocy większej lub równej 80 kW (2 x 40 kW) i VAT;

12.2.5. cenę jednostkową netto i brutto za 1 sztukę ładowarki małej mocy o mocy większej lub równej 40 kW (mobilnej) w PLN i VAT- wg Załącznika nr 10 do s.i.w.z.- „Formularz oferty”;

12.2.6. łączną cenę ofertową brutto za 2 sztuki ładowarek małej mocy o mocy większej lub równej 40 kW (mobilnej) - w rozbiciu na cenę ofertową netto za 2 szt. ładowarek małej mocy o mocy większej lub równej 40 kW (mobilnej) i VAT;

12.2.7. cenę netto i brutto za punkt ładowania w PLN i VAT- wg Załącznika nr 10 do s.i.w.z.- „Formularz oferty”;

18. Opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych.

Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych.

31. Liczba części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę lub maksymalną liczbę części, na które zamówienia może zostać udzielone temu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, które będą miały zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części.

Nie dotyczy.

Na podstawie protokołu postępowania Izba ustaliła, że zamawiający podał, iż podział przedmiotowego zamówienia na dalsze części groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu i terminowemu wykonaniu zamówienia dofinansowanemu ze środków unijnych. Cały przedmiot zamówienia jest funkcjonalnie połączony autobusy elektryczne nie będą funkcjonowały bez ładowarek i punktu ładowania. Połączenie zakupu autobusów i ładowarek ma na celu oszczędność kosztów i stworzenie jednego zaplecza organizacyjnego i gwarancyjnego. Zamawiający którzy zastosowali takie rozwiązanie uzyskali korzystniejsze rozwiązania. Jeden wykonawca będzie odpowiedzialny za całość, co minimalizuje ryzyko niepowodzenia projektu i niezrealizowania lub niewłaściwego zrealizowania jego poszczególnych etapów.

Z dowodów załączonych przez odwołującego do odwołania wynika, że

1. Oświadczenie o spełnieniu kryteriów MŚP – wynika z niego, że odwołujący zatrudnia mniej niż 50 pracowników średniorocznie i ma obrót netto ze sprzedaży średniorocznie poniżej 10 milionów euro, co oznacza, że jest małym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018r. Prawo Przedsiębiorców, co zostało wykazane sprawozdaniem finansowym za okres bilansowy 01.01.2016 – 31.12.2016 r. i sprawozdaniem finansowym za okres bilansowy 01.01.2017 – 31.12.2017r. oraz informacją odpowiadającą aktualnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców.
2. Lista postępowań – dokument sporządzony przez odwołującego na podstawie posiadanych informacji, których źródeł nie załączono, wynika z niego, że w 9

postępowaniach krajowych prowadzono odrębne postępowania na punkty zasilające i stacje wolnego ładowania autobusów, w których w 6 postępowaniach wygrał odwołujący, w tym 1 postępowanie w konsorcjum z ZPUE, a w 3 postępowaniach wygrała firma MEDCOM, i 7 postępowań na terenie Unii Europejskiej, z których 6 wygrał odwołujący, w tym w 1 z 3 innymi dostawcami, a w 1 postępowaniu nie podano, kto je uzyskał.

Z dowodów dołączonych do odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający przedstawił swój harmonogram realizacji zamówienia Zarządowi Dróg i Mostów w Lublinie wskazując m.in. na powiązanie procedur odbiorowych autobusów elektrycznych i urządzeń wchodzących w skład punktów ładowania, gdyż konieczne ze względu na wymagania PGE Dystrybucja SA jest przeprowadzenie procesu ładowania autobusu w warunkach rzeczywistych, a więc po podłączeniu autobusu do ładowarki przez złącze pantografowe – pismo zamawiającego z dnia 19 grudnia 2016r.

Z pisma zamawiającego z dnia 9 lutego 2017r. do Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie wynika, że na rynku nie została jeszcze wprowadzona standaryzacja w zakresie protokołów komunikacyjnych umożliwiających komunikację ładowarek z bateriami pojazdów podczas ich ładowania i sposobu podłączania autobusu z ładowarką za pomocą pantografu, co powoduje że ładowarki przeznaczone są wyłącznie do współpracy z autobusami, których producenci przeprowadzili integrację systemów komunikacji na etapie ich produkcji, z tego względu dokonanie odbioru technicznego autobusów i ładowarek możliwe będzie wyłącznie po przeprowadzeniu cyklu ładowania w warunkach rzeczywistych. Ponadto wprowadzenie do eksploatacji punktów ładowania stanowić będzie warunek konieczny do użytkowania odebranych autobusów elektrycznych.

Z załącznika nr 10 do SIWZ nr sprawy DZ.381/UE/2/18 wynika, że firma Ursus Bus SA zamierzała w dacie 30 lipca 2018r. powierzyć odwołującemu dostawę, rozmieszczenie i instalację 11 sztuk ładowarek małej mocy i dostawę, instalację, rozmieszczenie i przyłączenie do sieci dystrybucyjnej punktu ładowania.

Izba potraktowała pisemne uwagi odwołującego odnośnie uzasadnienia zaniechania podziału zamówienia zawartego w protokole postępowania jako jego stanowisko własne.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia w części dotyczącej ładowarek i stacji zasilania, a także możliwość poniesienia szkody w związku z czynnościami podjętymi przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, czyli wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 36aa ust. 1 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez uniemożliwienie pewnej grupie Wykonawców ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne w wyniku nieuzasadnionej agregacji przedmiotu zamówienia i zaniechania udzielenie zamówienia w częściach lub dwóch odrębnych postępowaniach

Zarzut nie potwierdził się. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

1. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na 4 części:
2. Odwołujący domaga się podziału opisanej w niniejszej sprawie części zamówienia na dalsze dwie części tj. na dostawę autobusów i dostawę punktu ładowania i 11 ładowarek
3. Zamawiający przedstawił w protokole postępowania okoliczności natury organizacyjnej i technicznej, które w jego ocenie przemawiają przeciwko dalszemu rozdrobieniu zamówienia i są to:
 - funkcjonalne połączenie przedmiotu zamówienia -autobusy elektryczne nie będą funkcjonowały bez ładowarek i punktu ładowania,
 - oszczędność kosztów i stworzenie jednego zaplecza organizacyjnego i gwarancyjnego,
 - korzystniejsze rozwiązania przy jednym zamówieniu dla zamawiających, odpowiedzialność jednego wykonawcy za całość, co minimalizuje ryzyko niepowodzenia projektu i niezrealizowania lub niewłaściwego zrealizowania jego poszczególnych etapów. W ocenie Izby ta ostatnia cecha ma znaczenie poboczne z punktu dopuszczalności podziału zamówienia na części i zdaniem Izby jest to tylko argument dodatkowy, przemawiający za niepodzielnością świadczenia. Istotne znaczenie mają względy natury organizacyjnej, które wskazano w uzasadnieniu protokołu,
 - podział przedmiotowego zamówienia na dalsze części groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu i terminowemu wykonaniu zamówienia dofinansowanemu ze środków unijnych. Tego wątku zamawiający nie rozwinął. Można jedynie zakładać, że prowadzenie wielu postępowań w tym przedmiotowego postępowania w dwóch częściach lub w dwóch osobnych postępowaniach wymaga zaangażowania większej ilości personelu zamawiającego, może prowadzić do zwiększenia się ilości zapytań do siwz, zwiększonej ilości środków ochrony prawnej, czy problemu z synchronizacją wyboru ofert najkorzystniejszych w obu częściach/postępowaniach, aby możliwe było wspólne przeprowadzenie testów na potrzeby podłączenia do sieci PGE, na co zwracał uwagę zamawiający w pismach do Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie.

W ocenie Izby pomiędzy stronami nie było sporu, czy podział przedmiotowej części zamówienia na dalsze dwie części jest możliwy. Obie strony miały świadomość, że część zamawiających prowadzi łączne zamówienia na zakup autobusów elektrycznych i ładowarek oraz punktów ładowania, a część wyodrębnia te zamówienia jako oddzielne części. W ocenie Izby wbrew wyjaśnieniom zamawiającego nie zachodzi w przedmiotowej sprawie także ryzyko nabycia autobusów niekompatybilnych z ładowarkami, czy punktami stacjonarnymi.

Przeciwko tej tezie przemawia choćby opis przedmiotu zamówienia dokonany w samym siwz: „3.2.2. 11 sztuk ładowarek małej mocy (w tym 9 sztuk ładowarek dwustanowiskowych o mocy większej lub równej 80 kW kW) i 2 sztuki ładowarek mobilnych o mocy większej lub równej 40 kW) o parametrach zgodnych z podanymi w specyfikacji technicznej autobusów EV- Załącznik nr 1 do s.i.w.z., wraz z dodatkowym wyposażeniem, oprogramowaniem i dokumentacją wyszczególnionymi w § 2 Wzoru umowy- Załącznik nr 11 do s.i.w.z., kompatybilnych z dostarczonymi w ramach dostawy Autobusami EV oraz punktem ładowania. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zainstaluje ładowarki w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, przyłączy je do sieci niskiego napięcia oraz uruchomi (w tym przeprowadzi pełną integrację systemów komunikacji ładowarek z Autobusami EV).

3.23. Dostawę wraz z rozmieszczeniem i instalacją i przyłączeniem do sieci dystrybucyjnej 1 punktu ładowania, w którego skład wchodzi:

3.2.3.1 . 4 sztuki ładowarek dużej mocy (ok. 450 kW) umożliwiających ładowanie autobusów EV poprzez złącze pantografowe lub wtyczkę według standardu CCS COMBO 2,

3.2.3.2. - 1 sztuki transformatora SN/NN zasilającego ładowarki,

3.2.3.3. - rozdzielnica niskiego napięcia,

3.2.3.4. - 4 sztuk konstrukcji wsporczych ze złączami pantografowymi,

3.2.3.5. - linie kablowych łączących urządzenia punktu ładowania.”

Już z cytowanego fragmentu wynika, że punkt ładowania ma zapewniać ładowanie przez złącze pantografowe i przez wtyczkę, bo mimo użycia w pkt. 3.2.3.1. łącznika „lub”, do w pkt. 3.2.3.4 zamawiający wprost oczekuje dostawy konstrukcji wsporczych ze złączami pantografowymi. Zatem na pewno punkt ładowania ma być wyposażony w dwa rodzaje systemów ładowania. Z kolei ładowarki małej mocy mają być kompatybilne z dostarczonymi w ramach dostawy Autobusami EV oraz punktem ładowania. Tym samym w ocenie Izby nie zachodzi podnoszona przez zamawiającego obawa, że producent autobusów dostawczy autobus elektryczny ładowany przez złącze pantografowe, a producent infrastruktury ładowania dostawczy urządzenia do ładowania przez wtyczki.

Z drugiej strony rację ma odwołujący, że żadne przepisy dotyczące pozyskiwania i rozliczania środków unijnych nie nakazują, ani nie skazują zamawiających na korekty, jeśli nie przeprowadzą jednego niepodzielonego zamówienia zgodnego z opisanym zakresem zamówienia we wniosku o dofinansowanie.

Izba wzięła pod uwagę także to, że w postępowaniach wskazanych przez odwołującego jako producenci infrastruktury ładowania występowali odwołujący, Medcom i odwołujący w konsorcjum z ZPUE, zaś w dialogu technicznym u zamawiającego brali udział także ENIKA z Łodzi, Impact Clean Power Technology SA, EC Engineering sp. z o.o., nadto z protokołu dialogu wynika, że łączy pantografowe produkują także ABB i Siemens. Po stronie producentów autobusów prowadzono dialog z Solarisem, MAN & Bus Polska, MAN & Bus Polska sp. z o.o., Volvo, który oświadczył, że jest w stanie współpracować z każdym producentem ładowarek pod warunkiem otwartego interfejsu. Z informacji podanych przez odwołującego i zamawiającego w toku rozprawy wynika, że odwołujący współpracował z Ursusem w poprzednio unieważnionym postępowaniu, w postępowaniu w Barcelonie dostarczył ładowarki, które współpracują z Solarisem i Izarem, w Malmö dostarczył ładowarki współpracujące z Volvo. Tym samym potencjalny brak kompatybilności ładowarek odwołującego nie jest dla niego ograniczeniem dla współpracy z co najmniej 4 producentami autobusów. Odwołujący zaoferował swoje ładowarki zamawiającemu jako podwykonawca Ursusa. Z twierdzeń odwołującego wynika, że przeważającym trendem na rynku europejskim jest osobne udzielanie zamówień na dostawę autobusów elektrycznych i osobno na infrastrukturę ładowania.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że infrastrukturę ładowania należy obecnie traktować tak samo jak stacje paliw i nabywanie na nich paliwa do zasilania autobusów. W ocenie Izby takie porównanie jest o tyle nie trafne, że na chwilę obecną nie ma zbudowanej sieci infrastruktury punktów ładowania w zajezdniach i krańcówkach, które byłyby zdolne do obsłużenia taboru zamawiającego. Taka sieć istnieje natomiast w odniesieniu do taboru autobusowego wyposażonego w silniki dostosowane do paliwa konwencjonalnego. Przedmiotem m. in. tego postępowania jest właśnie rozpoczęcie budowy takiej sieci, która będzie w przyszłości w stanie obsłużyć każdy tabor autobusów elektrycznych zamawiającego. W ocenie Izby z powyższych ustaleń wynika, że odwołujący może uzyskać zamówienia publiczne na dostawę infrastruktury ładowania, przy czym w obecnym kształcie postępowania nie może tego uczynić samodzielnie, ale jako wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie z producentem autobusów lub podwykonawca producenta autobusów ewentualnie jako podwykonawca - podmiot udostępniający zasoby doświadczenia zawodowego w zakresie infrastruktury ładowania. Jednocześnie przy obecnym kształcie przedmiotu zamówienia żaden z innych wskazanych wyżej producentów infrastruktury ładowania nie może samodzielnie złożyć oferty, również wskazani producenci autobusów nie są w stanie złożyć oferty w niniejszym postępowaniu bez skorzystania z potencjału producentów infrastruktury ładowania. Sam odwołujący w toku rozprawy przyznał, że żaden z producentów autobusów nie produkuje własnej infrastruktury ładowania, ani żaden z producentów infrastruktury ładowania nie produkuje autobusów. Brak jest dowodu, że na datę

wyrokwania istnieją porozumienia zawarte pomiędzy producentami autobusów, a producentami infrastruktury ładowania, które wykluczałyby udział odwołującego w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał także, że odmówiono mu współpracy z producentami autobusów. Nie wykazał, że nawiązanie tej współpracy wiąże się z niekorzystnymi (w porównaniu z samodzielnym udziałem) warunkami uczestnictwa narzucanymi mu przez producentów autobusów. Nie wykazał także, że zyski, które mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia samodzielnie kształtowałyby się na poziomie wyższym niż przy wspólnym udziale. Odwołujący ma możliwość stworzenia konsorcjum, swoistego zespołu wykonawców specjalizujących się w różnych pracach, który ubiegał będzie się o dane zamówienie. Odwołujący nie przedstawił argumentacji przeczącej tej tezie, aby utworzenie takiego konsorcjum było niemożliwe. Trudności organizacyjne w znalezieniu partnera, czy też solidarna odpowiedzialność za wykonanie zamówienia nie jest potwierdzeniem zasadności zarzutów odwołania. Odwołujący szeroko rozpisywał się w odwołaniu o konieczności dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do rynku zamówień publicznych i tworzenie im możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne. Tymczasem konsorcjum z udziałem małych lub średnich przedsiębiorców jest właśnie odpowiedzią na takie zapotrzebowanie. W ten sposób rynek zamówień publicznych tworzyła będzie większa liczba takich przedsiębiorców.

Preambuła obowiązującej dyrektywy klasycznej, w motywie 78 dopuszcza ograniczenie podzielenia zamówienia na części jeżeli uzasadnione to jest albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający powoływał się na nadmierne trudności techniczne w skoordynowaniu dostaw autobusów i dostawy i instalacji punktu ładowania i ładowarek, a także na trudności w koordynacji działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, która mogłaby zagrozić właściwemu, a przede wszystkim terminowemu wykonaniu zamówienia. Prawidłowość postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na części, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie, działania zamawiającego nie można było uznać za niezgodne z przepisami, ponieważ wskazał on przyczyny zaniechania podziału, związane zarówno z kosztami wykonania zamówienia oraz koniecznością skoordynowania prac.

Podział zamówienia na części sugeruje art. 46 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65). Przepis ten stanowi, że zamawiający mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach oraz określić wielkość i

przedmiot takich części. Jeśli jednak podejmą decyzję, iż nie dokonają takiego podziału, winni są wskazać najważniejsze powody takiej decyzji, które zamieszczają w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu. Ustawa Pzp w art. 36aa ust. 1 wskazuje, że zamawiający może dokonać podziału zamówienia na części, określając zakres i przedmiot tych części. W przypadku dokonania podziału, w SIWZ zobowiązany jest: opisać poszczególne części zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 2, oraz wskazać liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, jakie będą miały zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części. Przepisy ustawy, czemu zgodnie strony nie przeczyły, nie nakładają więc na zamawiającego bezwzględnie obowiązku dokonania podziału zamówienia na części, wyjaśniania przyczyn dla których nie dokonał takiego podziału, ale stanowią o uprawnieniu zamawiającego. Taki obowiązek wynika z normy opisanej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy, dotyczącej konieczności prowadzenia protokołu postępowania. W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania żaden z ww. przepisów nie został naruszony. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na cztery części i zamierza je przeprowadzić w osobnych postępowaniach. Opisał też zakres tych części, a także wyjaśnił przyczyny niedokonania dalszego podziału w protokole postępowania. Decyzja w zakresie samego podziału, jak też co do samego sposobu w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawione jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa w tym zakresie swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Słusznie jednak podkreślał odwołujący, że swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji. Izba uważa, że należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, a w niniejszym postępowaniu, co do ilości części nie naruszy konkurencji przez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie. Decyzja Zamawiającego o wydzieleniu czterech postępowań i objęcia jednym zamówieniem dostawy autobusów i dostawy infrastruktury ładowania jednym pakietem nie prowadzi do braku możliwości zrealizowania zamówienia przez nieograniczoną liczbę wykonawców. Prowadzony dialog techniczny nie ujawnił potrzeby prowadzenia osobnych postępowań, a rozprawa nie przyniosła także dowodu, że producenci infrastruktury ładowarek w szerszy niż dotychczas sposób mogliby wziąć udział w postępowaniu i odnieśli by wymierne korzyści z samodzielnego udziału w postępowaniu, a także, że zamawiający nie poniósłby negatywnych konsekwencji rozdrobnienia zamówienia i kosztów koordynacji zamówień pomiędzy wykonawcami.

Innymi słowy, istota zarzutu to nie zaniechanie dokonania przez zamawiającego podziału zamówienia na części w ogóle, ale zaniechanie podziału w określony sposób, tj. poprzez wydzielenie zbyt małej ilości części.

Przepisy ustawy nie wprowadzają jakichkolwiek kryteriów podziału zamówienia na części, którymi byłby związany zamawiający (oczywiście przyjąć należy, że chodzi o zamówienie, które w ogóle "da się podzielić"). Przeciwnie ustawa zawiera przepisy zakazujące podziału zamówienia jeśli miałby on prowadzić do obejścia ustawy, czy stosowania procedur uproszczonych. Przeciwnie niż przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (a tym samym jego części), który jest narzucony zamawiającemu, poprzez uregulowania przepisu art. 29, w tym jego ustępu 2, zgodnie z którym "Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Sposobu podziału zamówienia ustawodawca zamawiającemu nie narzucił skoro przepis art. 36aa mówi nie tylko o prawie zamawiającego do podziału zamówienia na części, ale także o określeniu przez zamawiającego zakresu i przedmiotu ustanawianych części.

Gdyby chcieć ocenić sposób podziału zamówienia dokonany w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego pod kątem zasady uczciwej konkurencji, to odwołujący nie udowodnił (w grę nie wchodzi uprawdopodobnienie z art. 29 ust. 2 ustawy dotyczącego stricte opisu przedmiotu zamówienia), że podział zamówienia w taki sposób był podyktowany tym, aby uniemożliwić udział odwołującemu w postępowaniu.

Izba nie negując możliwości prowadzenia dwóch odrębnych postępowań na dostawę autobusów elektrycznych i na dostawę infrastruktury ładowania co do zasady, nie dostrzega jednak w przedmiotowej sprawie, aby zaniechanie tego podziału przede wszystkim różnicowało sytuację producentów infrastruktury ładowania, w tym postępowaniu, eliminowało odwołującego z możliwości wykonania tego zamówienia razem z producentem autobusów, czy groziło odwołującemu szkodą w związku z koniecznością udziału w postępowaniu z producentem autobusów. Takie okoliczności nie zostały przez odwołującego wykazane, a zatem Izba nie uznała za wykazany zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ze względu na niepotwierdzenie się zarzutu skład orzekający Izby nie przypisał zamawiającemu naruszenia któregośkolwiek ze wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp (abstrahując od trafności wskazanych naruszeń).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami

postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując odwołującego do zwrotu zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....