

**WYROK**  
**z dnia 10 listopada 2023 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca:           Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:               Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2023r. przez wykonawcę [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę** [REDAKTOWANE]

przy udziale:

- A.**       wykonawcy [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B.**       wykonawcy [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.       umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 oraz nr 5 odwołania,
2.       uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu usunięcie w załączniku 9B do Specyfikacji Warunków Zamówienia – projektowanych postanowieniach umowy, w § 5 ust. 4, ust. 10, ust. 14-30, § 10 ust. 5 pkt 6 wymagań odnoszących się do ochrony podwykonawców, w tym w zakresie bezpośredniej zapłaty, zgłaszania podwykonawców, wymagania zapłaty wynagrodzenia zależnej od rozliczenia z podwykonawcami i innych podobnych,
3.       w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4.       kosztami postępowania obciąża w Odwołującego i:
  - 4.1.     zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2.     zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1400 zł (tysiąc czterysta złotych) jako zwrot kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz noclegiem.

**Sygn. akt KIO 3121/23**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina [REDAKTOWANO] prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. [REDAKTOWANO]  
[REDAKTOWANO]  
[REDAKTOWANO]  
[REDAKTOWANO].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr [REDAKTOWANO] w dniu 10 października 2023 r.

W dniu 20 października 2023 r. wykonawca [REDAKTOWANO] z siedzibą w [REDAKTOWANO] (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 i 17 Pzp, poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a jednocześnie premiujący rozwiązania konkretnego wykonawcy i/lub dostawcy podzespołów w obiektywnie nieuzasadniony sposób, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności, jak również zasadę efektywności, poprzez ustalenie w zakresie Kryterium 2 w części 2 następujących podkryteriów:

1.1. 1. Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego – max 1 pkt.

Za zaoferowanie przez Wykonawcę w autobusach technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego oferta otrzyma 1 pkt. Inne rozwiązanie – oferta otrzyma 0 pkt.

1.2. 4. Pulpit kierowcy – max 1 pkt. Zaoferowanie dotykowego aktywnie konfigurowalnego pulpitu sterowania i wyświetlacza kierowcy – 1 pkt. Zaoferowanie innego rozwiązania 0 pkt.

1.3. 6. Rodzaj silnika trakcyjnego – max 2 pkt. Zastosowanie jednego silnika asynchronicznego elektrycznego ułożonego wzdłużnie do osi autobusu i połączonego wałem napędowym z mostem napędowym – 2 pkt. Inne rozwiązania (silnik centralny) – 0 pkt.

1.4. 11. Ogrzewanie /klimatyzacja – max 2 pkt. Zaoferowanie klimatyzacji pracującej na czynniku chłodniczym CO2 z możliwością pracy jako dodatkowa pompa ciepła – 2 pkt. Zaoferowanie innego systemu – 0 pkt.

2. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 105 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 2 i 3 w związku z art. 16 Pzp, poprzez określenie wymagań, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stanowiąc jednocześnie nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia i niezwiązane z tym przedmiotem wymagania dotyczące spełnienia i udokumentowania (przez wymaganie złożenia przedmiotowych środków dowodowych nieproporcjonalnych i niezwiązanych z przedmiotem zamówienia oraz ograniczających równe traktowanie i uczciwą konkurencję) następujących wymagań dotyczących:

- Regulaminu nr 29 Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ Jednolitych przepisów dotyczących homologacji pojazdów w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego,

- Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) – w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu oraz w konsekwencji wymagania określone m.in. w ogłoszeniu, opisie przedmiotu zamówienia oraz w rozdziale IX SWZ ppkt 8.2. i w Załączniku 9B do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy, w § 1 ust. 5 pkt 5.4. i 5.5., odnoszące się do wymagań oraz przedstawienia certyfikatów odnoszących się do spełniania wymogów Regulaminu 29 i 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ).

3. art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 Ustawy oraz art. 16 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim:

3.1. Zamawiający określił w § 1 ust. 10 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9B do SWZ) wymagania odnoszące się do nałożenia na wykonawcę całości kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej, w razie odmowy rejestracji pojazdu na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę – poprzez nałożenie na wykonawcę ryzyka nieznanego w chwili złożenia oferty i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i nieuwzględnienie okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

3.2. Zamawiający nałożył na wykonawcę w § 5 ust. 4, ust. 10, ust. 14-30, § 10 ust. 5 pkt 6, projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9B do SWZ) obowiązki dotyczące ochrony podwykonawców, w tym zgłaszania podwykonawców, przedstawiania dowodów na zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, możliwość zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy, odnoszących się do zamówień na roboty budowlane, a przez to nieadekwatnych

i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz naruszających zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążających wykonawcę.

4. art. 433 pkt 1 Pzp w zw. z art. 471 w zw. z art. 353<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp, zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, poprzez określenie we wzorze umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w § 7 ust. 1 lit. e) i f), bez uzasadnienia okolicznościami lub zakresem zamówienia.

5. art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Pzp poprzez brak wskazania w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołania wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy stanowiącego załącznik do SWZ poprzez:

1) w zakresie zarzutu 1. w zakresie Kryterium 2 w części 2 dokonanie zmiany podkryteriów:

1.1.usunięcie podkryterium 1. Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego i przypisanie tej wartości punktowej innemu, obiektywnemu kryterium;

1.2.usunięcie podkryterium 4. Pulpit kierowcy i przypisanie tej wartości punktowej innemu, obiektywnemu kryterium;

1.3.zmianę podkryterium 6. Rodzaj silnika trakcyjnego poprzez wykreślenie słowa „asynchronicznego” i nadanie mu brzmienia: 6. Rodzaj silnika trakcyjnego – max 2 pkt.

Zastosowanie jednego silnika asynchronicznego elektrycznego ułożonego wzdłużnie do osi autobusu i połączony wałem napędowym z mostem napędowym – 2 pkt. Inne rozwiązania (silnik centralny) – 0 pkt.

1.4.zmianę podkryterium 6. Rodzaj silnika trakcyjnego poprzez wykreślenie słów „pracującej na czynniku chłodniczym CO2” i nadanie mu brzmienia:

„11. Ogrzewanie /klimatyzacja – max 2 pkt. Zaoferowanie klimatyzacji pracującej na czynniku chłodniczym CO2 z możliwością pracy jako dodatkowa pompa ciepła – 2 pkt. Zaoferowanie innego systemu – 0 pkt.”.

2) w zakresie zarzutu 2:

- usunięcie w opisie przedmiotu zamówienia (Część 2, załącznik 4B do SWZ) zakwestionowanych wymagań odnoszących się do spełniania wymogów Regulaminu 29 i 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ);

- usunięcie w rozdziale IX SWZ pkt 8, ppkt 8.2. lit. d i e odnoszących się do przedmiotowych środków dowodowych w zakresie zakwestionowanych wymagań

odnoszących się do spełniania wymogów Regulaminu 29 i 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ);

- usunięcie w załączniku 9B do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy, w § 1 ust. 5 pkt 5.4. i 5.5., wymagań odnoszących się do spełniania wymogów Regulaminu 29 i 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ)

3) W zakresie zarzutu 3:

3.1. Zmianę w § 1 ust. 10 w załączniku 9B do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy poprzez nadanie klauzuli brzmienia: *„Czynności związane z rejestracją autobusu przeprowadzi na własny koszt Zamawiający lub Użytkownik. Gdyby jednak na podstawie dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów odmówiono rejestracji i dopuszczenia autobusu do ruchu, całość kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej poniesie Wykonawca, z tym, że Wykonawca nie odpowiada za zmiany prawa, polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie, w jakim zmiany te nie były możliwe do przewidzenia w chwili złożenia oferty. Wykonawca nie odpowiada również za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.”*

3.2.usunięcie w załączniku 9B do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy, w § 5 ust. 4, ust. 10, ust. 14-30, § 10 ust. 5 pkt 6, wymagań odnoszących się do ochrony podwykonawców, w tym w zakresie bezpośredniej zapłaty, zgłaszania podwykonawców, wymagania zapłaty wynagrodzenia zależnej od rozliczenia z podwykonawcami, i innych podobnych.

4) W zakresie zarzutu 4 zmianę w § 7 ust. 1 lit. e) i f) poprzez wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy za zwłokę, i nadanie ww. klauzulom brzmienia:

*„e) za opóźnienie zwłokę w usunięciu wady stwierdzonej podczas odbioru końcowego któregokolwiek autobusu poza termin wskazany przez Zamawiającego – odrębnie za każdy autobus, którego wada dotyczy – w wysokości 500 zł za każdy dzień opóźnienia zwłoki,  
f) za opóźnienie zwłokę w dostawie przez Wykonawcę części do napraw gwarancyjnych lub w ramach rękojmi i przestoju autobusu z tego tytułu – w wysokości 300 zł za każdy dzień opóźnienia zwłoki”.*

5) W zakresie zarzutu 5 – wprowadzenie limitu kar umownych, jakich mogą dochodzić strony w wysokości 20% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 4 ust. 1 umowy.

- oraz dokonanie odpowiednich modyfikacji będących konsekwencją ww. zmian w treści SWZ i ogłoszenia.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

„1. Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego – max 1 pkt. Za zaoferowanie przez Wykonawcę w autobusach technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego oferta otrzyma 1 pkt. Inne rozwiązanie – oferta otrzyma 0 pkt.

Wskazane wymaganie w jednoznaczny sposób premiuje konkretnego wykonawcę, a jednocześnie nie jest wystarczająco uzasadnione ze względu na potrzeby Zamawiającego.

Jedną z najważniejszych przewag wykorzystania technologii SiC jest miniaturyzacja urządzeń, ale to w przypadku autobusów nie przekłada się na rzeczywistą korzyść (autobusy mają co do zasady wystarczającą powierzchnię montażu urządzeń bez konieczności miniaturyzacji). Natomiast ta technologia wiąże się .in.. z wyższymi kosztami produkcji i serwisowania, wyższymi zakłóceniami elektromagnetycznymi, koniecznością stosowania filtrów ECM etc. Wskazujemy, że pomimo braku wykorzystania technologii SiC, Odwołujący w testach SORT-2 wykazuje niższe zużycie wodoru niż konkurent wykorzystujący tę technologię.

Przewaga jednego z wykonawców polega na wykorzystaniu technologii SiC, producent ten wykorzystując wieloletnią pozycję rynkową w obszarze produkcji autobusów elektrycznych, ma znacznie większe możliwości konfiguracyjne niż jego konkurenci. Tymczasem, obok innych celów, zamówienia publiczne służą również realizacji ogólnych celów gospodarczych, w tym wspierania małych i średnich przedsiębiorstw. Brak otwarcia konkurencji na MSP może być w ocenie Odwołującego rozpatrywane w świetle zasadności stawiania (czy premiowania) określonych w wymogów w SWZ.

1.2. 4. Pulpit kierowcy – max 1 pkt. Zaoferowanie dotykowego aktywnie konfigurowalnego pulpitu sterowania i wyświetlacza kierowcy – 1 pkt. Zaoferowanie innego rozwiązania 0 pkt.

W odniesieniu do wskazanego wymagania należy wskazać, że jest ono rozwiązaniem stosowanym przez jednego z wykonawców. Wskazane rozwiązanie jest natomiast droższe w zakresie ceny nabycia oraz w utrzymaniu (eksploatacji i serwisie), co nie jest równoważone odpowiednim poziomem bezpieczeństwa pasażerów. Zastosowanie zbliżonego, gotowego rozwiązania, jest dla innych producentów (wykonawców) nierealne w określonym w SWZ terminie realizacji zamówienia, wymaga bowiem określonych zmian homologacyjnych, które trwają ok 12 miesięcy. Rozwiązanie to nie zapewnia w ocenie Odwołującego większego poziomu bezpieczeństwa, czy też komfortu dla użytkowników, a stanowi jedynie parametr powodujący uprzywilejowanie konkretnego wykonawcy, co jest nieuzasadnione.

1.3. 6. Rodzaj silnika trakcyjnego – max 2 pkt. Zastosowanie jednego silnika asynchronicznego elektrycznego ułożonego wzdłużnie do osi autobusu i połączonego wałem napędowym z mostem napędowym – 2 pkt. Inne rozwiązania (silnik centralny) – 0 pkt.

Odwołujący nie kwestionuje, że zastosowanie silnika centralnego jest bardziej korzystnym rozwiązaniem niż zastosowanie silnika w osi jezdnej. Natomiast, w ocenie Odwołującego, zastosowanie silnika asynchronicznego, jest parametrem jednoznacznie premiującym bez wystarczającego uzasadnienia merytorycznego rozwiązania mniej korzystne dla Zamawiającego, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Silnik synchroniczny w porównaniu do silnika asynchronicznego ma większą sprawność, gęstość mocy oraz wydajniejszą rekuperację energii przy wolnych obrotach, a przeciętna sprawność silników synchronicznych jest wyższa niż asynchronicznych co przekłada się na ogólne zużycie energii.

1.4. 11. Ogrzewanie /klimatyzacja – max 2 pkt. Zaoferowanie klimatyzacji pracującej na czynniku chłodniczym CO<sub>2</sub> z możliwością pracy jako dodatkowa pompa ciepła – 2 pkt. Zaoferowanie innego systemu – 0 pkt.

Wskazane wymaganie jest nadmierne w zakresie, w jakim wymaga pracy na czynniku chłodniczym CO<sub>2</sub>.

Możliwe efekty środowiskowe nie równoważą ograniczenia konkurencji spowodowanego ww. kryterium. Rozwiązania korzystne kosztowo i technicznie nie są dostępne dla Odwołującego, co powoduje znaczące ograniczenie konkurencji i uniemożliwia złożenie oferty konkurencyjnej w Postępowaniu.”.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał: „Wymagania odnoszące się do zgodności z Regulaminem nr 29 oraz 93 EKG naruszają art. 99 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 105 ust. 1 w związku z art. 16 Ustawy, poprzez określenie wymagań, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stanowiąc jednocześnie nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia i niezwiązane z tym przedmiotem wymagania dotyczące spełnienia i udokumentowania wymagań.

Jednocześnie wymaganie dotyczące żądania przedmiotowych środków dowodowych w ww. zakresie stanowi naruszenie zarówno zasady proporcjonalności i żądania takich środków związanych z przedmiotem zamówienia (art. 106 ust. 2 Ustawy), jak i narusza równe traktowanie i uczciwą konkurencję w Postępowaniu (art. 106 ust. 3 Ustawy). Wyżej wskazane regulaminy nie odnoszą się do pojazdów zamawianych w ramach Postępowania, tj. M3 Klasa I, a tym samym są niezwiązane z przedmiotem zamówienia i stanowią nadmierne wymaganie w stosunku do wykonawcy.

Wyżej wskazane regulaminy odnoszą się do pojazdów kategorii N (R29 odnosi się do całej kategorii N, a więc N1, N2 i N3, natomiast R93 odnosi się do kategorii N2 i N3), która obejmuje pojazdy silnikowe zaprojektowane i zbudowane głównie do przewozu towarów. Natomiast przedmiot zamówienia, czyli autobusy miejskie do przewozu osób należą do kategorii M3.”.



Odnosząc się do zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał: „Wskazane wymagania naruszają art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę.

Zarzut 3.1. Zamawiający określił w § 1 ust. 10 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9B do SWZ) wymagania odnoszące się do nałożenia na wykonawcę całości kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej, w razie odmowy rejestracji pojazdu na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Wymaganie to może stanowić obciążenie wykonawcy obowiązkiem dostosowania pojazdu do zasad i norm nieznanych w chwili złożenia oferty, dotyczących polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej.

W tym zakresie stanowi ono nałożenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka nieznanego w chwili złożenia oferty i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie nie wskazuje na okoliczności leżące po stronie Zamawiającego, które również mogą być przyczyną odmowy ww. rejestracji, czym narusza art. 433 pkt 3 Ustawy.

Zarzut 3.2. Zamawiający nałożył na wykonawcę w § 5 ust. 4, ust. 10, ust. 14-30, § 10 ust. 5 pkt 6, projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9B do SWZ) obowiązki dotyczące ochrony podwykonawców, w tym zgłaszania podwykonawców, przedstawiania dowodów na zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, możliwość zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy, odnoszące się do zamówień na roboty budowlane, a przez to nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz naruszających zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążających wykonawcę.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzut nr 4 oraz 5 odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o jego oddalenie. Zamawiający uzasadniając zasadność zastosowania poszczególnych podkryteriów oceny ofert wskazał:

„Technologia SiC opiera się na zastosowaniu w przetwornicy napięcia tranzystorów z węgla krzemu. Węgiel krzemu ze względu na swoje zalety wypiera krzem z energoelektroniki. To powszechne już rozwiązanie przyczynia się do miniaturyzacji urządzeń, zmniejszenie ich masy, zwiększenia sprawności oraz zmniejszenia układu chłodzenia. Oparte na tranzystorach SiC układy energoelektroniczne wysokich mocy zwiększają sprawność przekształtników nawet do poziomu 99% i ograniczają straty energii aż o 50%. Przekłada się to na niższe koszty eksploatacji pojazdów. SiC wykorzystywany jest tam, gdzie pożądana jest

wysoka efektywność - niskie straty, wysoka częstotliwość przełączania, duża niezawodność oraz niewielkie wymiary. Urządzenia energoelektroniczne bazujące na węglu krzemu to technologia intensywnie wykorzystywana na rynku urządzeń elektroenergetyczny, zwłaszcza gdzie jest zapotrzebowanie dużej mocy, a niewątpliwie takie występują w autobusach. Szczególnie w przypadku pojazdów elektrycznych (wodorowych) producenci zabiegają o zmniejszenie masy całkowitej pojazdu, zwłaszcza dla pojazdów komunikacji miejskiej, bowiem przekłada się to bezpośrednio na dopuszczalną maksymalną ilość przewożonych pasażerów. Zatem zasadnym jest wyższa ocena oferentów stosujących nowoczesne rozwiązania techniczne, tym bardziej, że autobus komunikacji miejskiej jest pojazdem przeznaczonym do ciągłej eksploatacji przez kolejnych kilkanaście lat.

4. Pulpit kierowcy (...) Dotykowy aktywnie konfigurowalny pulpit sterowania uzyskał bardzo pozytywną opinię Użytkownika (MZK [REDAKT]) w zakresie poprawy ergonomii pracy kierowcy. Został wprowadzony w pojazdach autobusach eksploatowanych przez Użytkownika już od początku 2018 roku. Wszystkie nowe pojazdy Użytkownika oparte o napęd elektryczny są wyposażone w dotykowy aktywnie konfigurowalny pulpit sterowania i wyświetlacz kierowcy (tak pojazdy stanowią około 40% taboru). Należy podkreślić, że podstawowym zadaniem kierowcy autobusu komunikacji miejskiej jest bezpieczny przewóz pasażerów. Najwięcej czasu kierowca spędza podczas prowadzenia pojazdu, obsługi pasażerów korzystając z pulpitu sterowania. Przewagą aktywnie konfigurowalnego pulpitu sterowania jest możliwość dostosowania układu przycisków już podczas rozpoczynania użytkowania pojazdów. Użytkownik nabył takie doświadczenia podczas obsługi pierwszych autobusów hybrydowych i elektrycznych, wypracowując sobie własny układ położenia przycisków na pulpicie sterowania z możliwością późniejszej zmiany w zależności od ergonomii pracy kierowcy, np. zmiana funkcjonalności przycisków sterowania pantografem. Nie bez znaczenia jest dla MZK [REDAKT] kontynuacja takiego rozwiązania w kolejnych pojazdach. Rozwiązanie takie wpłynie na zwiększenie bezpieczeństwa obsługi pojazdu przez kierowcę. Aktywnie sterowany pulpit kierowcy nie jest podzespołem niedostępnym dla potencjalnych oferentów, więc nie narusza co do zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

6. Rodzaj silnika trakcyjnego (...) Zamawiający nie podziela argumentacji odwołującego, iż „silnik synchroniczny w porównaniu do silnika asynchronicznego ma większą sprawność, gęstość mocy oraz wydajniejszą rekuperację energii przy wolnych obrotach...”. Należy pamiętać, że silnik pojazdu (autobusu komunikacji miejskiej) nie pracuje ciągle ze stałą prędkością obrotową, więc opisane przez odwołującego argumenty są nietrafne. Silnik synchroniczny jest wzbudzany prądem, ma wyższą sprawność w porównaniu z silnikiem asynchronicznym, ale niższą gęstość mocy. Ponadto wymaga zestyków przesuwnych i dlatego wymaga większego nakładu obsługi niż silnik asynchroniczny. Zajmuje także stosunkowo dużo miejsca. Natomiast silnik asynchroniczny jest tańszy, posiada większą

niezawodność, nie wymaga konserwacji i może mieć większą gęstość mocy. Na marginesie można wskazać, że jeden z producentów posiadający największe doświadczenie w produkcji pojazdów osobowych elektrycznych też stosuje silniki asynchroniczne, podobnie jak inni producenci autobusów.

4. 11. Ogrzewanie/klimatyzacja (...) Zamawiający kupując pojazdy zeroemisyjne ma na uwadze przede wszystkim zmniejszenie emisji czynników szkodliwych do środowiska. Jedynym z nich jest czynnik chłodniczy CO<sub>2</sub>. Instalacje klimatyzacji na bazie CO<sub>2</sub> są najbardziej nowoczesnymi technologiami. Zastosowanie czynnika CO<sub>2</sub> w układzie pozwala na uzyskanie wysokiej wydajności instalacji. Czynnik CO<sub>2</sub> ma bardzo dobre właściwości termodynamiczne, wprowadzenie CO<sub>2</sub> do instalacji klimatyzacji ma bardzo duży wpływ na potencjalne globalne ocieplenie, czterokrotnie mniejsze od poprzednio stosowanego czynnika 1234yf. Czynnik 1234yf jest czynnikiem drogim podczas serwisowania. Dlatego też zamawiający premiuje oferentów stosujących najnowsze rozwiązania, mające bezpośredni wpływ na ochronę środowiska. Premiując powyższe rozwiązanie wzięto pod uwagę, że pojazdy wprowadzone do eksploatacji w obecnych czasach będą eksploatowane przez kilkanaście kolejnych lat — stąd zastosowanie rozwiązań tańszych w eksploatacji i o mniejszym negatywnym wpływie na środowisko jest zasadne.”

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał: „Wymóg złożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów: - Regulaminu nr 29 Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ (...) Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) (...) ma służyć zapewnieniu maksymalnego bezpieczeństwa pojazdów będących przedmiotem zamówienia. Użytkownik stawia na pierwszym miejscu bezpieczeństwo kierowcy i przewożonych pasażerów. Certyfikat potwierdzenia spełnienia Regulaminu nr 29 i 93 EKG ONZ daje zapewnienie zwiększonego bezpieczeństwa oferowanego pojazdu. Miasto [REDAKTOWANE] z uwagi na znaczącą powierzchnię, ukształtowanie terenu, infrastrukturę charakteryzuje się większymi średnimi prędkościami ruchu w obszarze zabudowanym. Z uwagi na duży zakres obszarowy miasta Piły autobusy komunikacji miejskiej często poruszają się po drogach poza centrum miasta, np. do Szpitala Specjalistycznego, oddalonych od centrum miasta nowo powstałych osiedli mieszkaniowych. Jak wynika z doświadczenia Użytkownika największe i najbardziej niebezpieczne zdarzenia drogowe miały miejsce podczas ruchu pojazdu na odcinkach dróg, gdzie dochodziło do zderzenia przodu autobusu z pojazdem jadącym z przeciwnej strony ze znaczną prędkością, bądź uderzenia w pojazd poprzedzający przy większych prędkościach jazdy. Większe prędkości kolizyjne zdecydowanie niekorzystnie wpływają na podatność odkształcenia struktury pojazdu, która chroni kierowcę. Kierowca autobusu miejskiego w takich zdarzeniach nie ma buforu bezpieczeństwa — kontrolowanej przedniej strefy zgniotu, która to podczas uderzenia pochłania część energii przez odkształcenie się, jak to ma miejsce np. w pojazdach

osobowych, gdzie silnik jest umiejscowiony w komorze silnika. W przypadku zderzeń typu czołowego, czy też najechania na przeszkodę kierowcę chroni jedynie niewielka przestrzeń usytuowana przed nim (pas przedni usytuowania szyby przedniej). Stąd istotne jest, aby oferowane pojazdy oferowały sprawdzone i potwierdzone certyfikatem warunki ochrony dla kierowcy w przypadku zderzeń.

Dlatego Zamawiający preferuje wyniki działań wykonawców zmierzających do zwiększania bezpieczeństwa oferowanych autobusów, potwierdzone przez niezależne jednostki badawcze. Bezpieczeństwo przewożonych osób jest kryterium nadrzędnym i musi być brane pod uwagę, zwłaszcza podczas zakupu pojazdów, które mają służyć w transporcie publicznym, tym bardziej że potencjalne skutki zdarzenia w odniesieniu do kierowcy i pasażerów najczęściej dotyczą oprócz poszkodowanych użytkownika (np. roszczenia za poniesione szkody).”.

Zarzut 3.1 Zarzut jest dla zamawiającego niezrozumiały. Odwołujący stawiając zarzut pisze, że „wymagania odnoszące się do nałożenia na wykonawcę całości kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej, w razie odmowy rejestracji pojazdu na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę” naruszają zasady współżycia społecznego i stanowi nałożenie na wykonawcę nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ryzyka. Jednocześnie zaś w żądaniu rozstrzygnięcia odwołujący proponuje zapis: „Czynności związane z rejestracją autobusu przeprowadzi na własny koszt Zamawiający lub Użytkownik. Gdyby jednak na podstawie dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów odmówiono rejestracji i dopuszczenia autobusu do ruchu, całość kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej poniesie Wykonawca, z tym, że Wykonawca nie odpowiada za zmiany prawa, polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie, w jakim zmiany te nie były możliwe do przewidzenia w chwili złożenia oferty. Wykonawca nie odpowiada również za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

W istocie więc Odwołujący zgadza się na poniesienie potencjalnych kosztów dostosowania autobusów do obowiązujących norm - czyli nieco innymi sformułowaniami powtarza wymagania jakie postawił zamawiający. Proponowany zapis o braku odpowiedzialności wykonawcy za zmiany prawa jest bezprzedmiotowy, bowiem zamawiający w żaden sposób nie obciążał tą odpowiedzialnością wykonawcy.

Jednocześnie zamawiający również nie odpowiada za zmiany prawa, więc nie przewiduje w tym zakresie okoliczności, za które ponosiłby odpowiedzialność. Istotą zapisów w §1 ust. 10 w Projektowanych postanowieniach umowy jest zapewnienie przez wykonawcę pełnowartościowego produktu, czyli autobusów, które są gotowe do spełniania swych funkcji użytkowych, czyli przewozu pasażerów w komunikacji miejskiej.

W tym miejscu należy wskazać, że zamawiający finansuje zamówienie publiczne ze środków publicznych. Zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1270): Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
  - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
  - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
  - c) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
  - d) wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP, wyrażonym w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 31 marca 2014 r. (znak: KU 15/14; nr pisma: UZP/DKUE/W1/420/15 (22)/H/MZ), iż „podstawowym celem zamawiającego, będącego jednocześnie dysponentem środków publicznych, jest nie tylko wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy i uzyskanie świadczenia zgodnie z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale także racjonalne wydatkowanie środków publicznych przeznaczonych na realizację tego zamówienia publicznego. W świetle przepisów ustawy o finansach publicznych, wydatkowanie środków publicznych musi być celowe, a zatem słuszne i uzasadnione oraz oszczędne, czyli zakładające zminimalizowanie wykorzystywanych zasobów”.

Zarzut 3.2 Zamawiający uznaje zarzut za nieuzasadniony. Zamawiający zwraca uwagę, że integralną częścią przedmiotu zamówienia jest dostawa stacji ładowania zajezdniowego wraz z niezbędną infrastrukturą, wykonanie wszystkich prac związanych z jej montażem i uruchomieniem na terenie Użytkownika (SWZ, rozdział IV Opis przedmiotu zamówienia, ust. 4). Oznacza to konieczność wykonania robót budowlanych z tym związanych. W takiej sytuacji zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek zastosowania zapisów o podwykonawstwie, zgodnych z ustawą Pzp.”.

Przystępujący w piśmie z dnia 6 listopada 2023 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie**

zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone pisma procesowe ustaliła i zważyła co następuje:

**Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.**

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz Odwołującego.

Izba dopuściła dowody:

1. Oferty złożone przez Odwołującego i wykonawcę [REDAKTED] na okoliczność wykazania zużycia wodoru w pojazdach,
2. Porównanie silników (tajemnica przedsiębiorstwa),
3. Korespondencję dot. klimatyzacji (tajemnica przedsiębiorstwa)
4. Pismo [REDAKTED],
5. Wyniki postępowań prowadzonych przez Miasto [REDAKTED] i Gminę [REDAKTED].
6. Artykuł złożony przez Przystępującego na okoliczność wykazania przewagi technologii SiC

**Izba ustaliła:**

W rozdziale XVIII pkt 3 SWZ ustalił, że oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria:

Nr	Nazwa kryterium	Waga - %
1.	Cena brutto oferty	60
2.	Właściwości techniczno-eksploatacyjne	CZĘŚĆ 1 – 30 CZĘŚĆ 2 – 20
2.	Okres gwarancji	CZĘŚĆ 1 – 10 CZĘŚĆ 2 – 20

W odniesieniu do części 2 w podkryterium nr 2 „właściwości techniczno-eksploatacyjne Zamawiający ustalił następujące elementy punktowane w sposób niżej wskazany:

L.p.	Nazwa kryterium	maks. liczba punktów	Metodologia oceny
1.	Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego	1	Za zaoferowanie przez Wykonawcę w autobusach technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego oferta otrzyma <b>1 pkt.</b> Inne rozwiązanie – oferta otrzyma <b>0 pkt.</b>
2.	3-częściowa szyba czołowa	1	Za zaoferowanie przez Wykonawcę w oferowanym autobusie 3częściowej szyby czołowej składającej się z szyby górnej, części dolnej lewej oraz części dolnej prawej podzielonych w osi pojazdu lub szyby panoramicznej o zwiększonej odporności na uszkodzenia mechaniczne – oferta otrzyma <b>1 pkt.</b> Za zaoferowanie innego rozwiązania – oferta otrzyma <b>0 pkt.</b>
3.	Oświetlenie zewnętrzne	1	Za zaoferowanie pełnego oświetlenia zewnętrznego wykonanego w technologii LED oferta otrzyma <b>1 pkt.</b> Inne rozwiązanie – oferta otrzyma <b>0 pkt.</b>
4.	Pulpit kierowcy	1	Zaoferowanie dotykowego aktywnie konfigurowalnego pulpitu sterowania i wyświetlacza kierowcy <b>1 pkt.</b> Zaoferowanie innego rozwiązania <b>0 pkt.</b>
5.	Szyby boczne (z wyłączeniem części otwieranej okien i drzwi)	1	Za zaoferowanie szyb bocznych pojedynczych – oferta otrzyma <b>1 pkt.</b> Za zaoferowanie szyb bocznych podwójnych – oferta otrzyma <b>0 pkt.</b>
6.	Rodzaj silnika trakcyjnego	2	Zastosowanie jednego silnika asynchronicznego elektrycznego ułożonego wzdłużnie do osi autobusu i połączonego wałem napędowym z mostem napędowym – <b>2 pkt.</b> Inne rozwiązania (silnik centralny) – <b>0 pkt.</b>
7.	Podatność obsługowa poszycia bocznego	2	Wykonanie poszycia bocznego w sposób umożliwiający wymianę jego poszczególnych elementów bez konieczności jego późniejszego klejenia, zgrzewania lub spawania – oferta otrzyma <b>2 pkt.</b> Zaoferowanie innego rozwiązania poszycia bocznego – oferta otrzyma <b>0 pkt.</b>

8.	System automatycznego otwierania i zamykania drzwi	1	<p>Zaoferowanie systemu otwierania i zamykania drzwi wyposażonego w funkcję automatycznego zamykania drzwi po ich otwarciu przez pasażerów wraz z systemem detekcji obecności pasażerów w kontrolowanej strefie drzwi. Funkcja uruchamiana przez kierowcę osobnym przyciskiem, może być aktywna wyłącznie przy aktywnym układzie otwierania drzwi przez pasażerów – <b>1 pkt.</b></p> <p>Zaoferowanie innego rozwiązania – <b>0 pkt.</b></p>
9.	Zużycie energii (wodoru) na 100 km wg SORT-2	5	<p>Za zaoferowanie autobusów spełniających wymóg zużycia wodoru, potwierdzony dokumentem - Raportem technicznym określającym zużycie wodoru przez oferowany autobus w kg/100 km przebiegu, ustalone przez niezależną certyfikowaną jednostkę upoważnioną do przeprowadzania takich badań, podczas testów w warunkach eksploatacji autobusu odpowiadających wymaganiom określonym przez UITP w metodyce opracowanej dla przeprowadzenia testu typu SORT-2 (ang. Easy Urban Cycle) liczony do 1 jednego miejsca po przecinku:</p> <p>Za zaoferowanie zużycia wodoru równego lub poniżej 6 [kg\100 km] – oferta otrzyma <b>5 pkt.</b></p> <p>Za zaoferowanie zużycia wodoru powyżej 6 [kg\100 km], a równe lub poniżej 8 [kg\100 km] – oferta otrzyma <b>2 pkt.</b></p> <p>Za zaoferowanie zużycia wodoru powyżej 8 [kg\100 km] – oferta otrzyma <b>0 pkt.</b></p> <p>Punkty za zużycie wodoru będą przyznawane na podstawie zawartego w Formularzu Ofertowym oświadczenia potwierdzającego deklarowane zużycie wodoru – nie ma wymogu dołączenia do oferty dokumentu SORT.</p>
10.	System gaszenia pojazdu	3	<p>Zaoferowanie systemu gaszenia pojazdu wraz z pakietem szybkiej reakcji serwisowej do 48 godzin z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy i 15-letnim okresem gwarancji oraz pakietem serwisowym na 10 lat – <b>3 pkt.</b></p> <p>Zaoferowanie innego systemu gaszenia – <b>0 pkt.</b></p>
11.	Ogrzewanie /klimatyzacja	2	<p>Zaoferowanie klimatyzacji pracującej na czynniku chłodniczym CO<sub>2</sub> z możliwością pracy jako dodatkowa pompa ciepła – <b>2 pkt.</b></p> <p>Zaoferowanie innego systemu – <b>0 pkt.</b></p>

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu zakwestionował kryteria nr 1, 4, 6 oraz 11, za które łącznie można było uzyskać 6 z 20 punktów w podkryterium nr 2.



**Izba zważyła:**

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że stosownie do treści art. 239 ust. 2 Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ocena w oparciu o ustalone w postępowaniu kryteria może być zatem oceną wyłącznie przez pryzmat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia (kryterium cenowe) bądź przez pryzmat efektywności, czyli stosunku jakości do ceny. Celem kryteriów oceny ofert jest wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, przy czym oczywistym jest, że premiowane jest oferowanie rozwiązań dodatkowych, przekraczających minimalne poziomy ustalone w SWZ, w tym rozwiązań najlepszych z perspektywy potrzeb Zamawiającego i celów jakie planuje osiągnąć. Odmienne niż dla wymogów opisu przedmiotu zamówienia, czy też warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert nie mają charakteru absolutnego, tym samym nie zawsze będą spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, który pozwoli na otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Istotne jest aby kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 Pzp). Badanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a poza cenowym kryterium oceny ofert sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób deklarowany element oferty wykonawcy, premiowany w kryterium oceny ofert, przełoży się na wyższą jakość świadczenia na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że ustanowione w pozycjach nr 1, 4, 6 oraz 11 kryteria w podkryterium nr 2 dla części 2 zamówienia premią tylko i wyłącznie rozwiązanie jednego z wykonawców oraz, że Zamawiający nie wykazał zasadności wprowadzenia i punktowania przyjętych tam rozwiązań.

W związku z powyższym obowiązkiem Izby było rozstrzygnięcie sporu, czy sformułowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert 1, 4, 6 oraz 11 dotyczące części nr 2 spełniały wymogi kryteriów jakościowych oraz czy nie naruszały uczciwej konkurencji w postępowaniu, premiując w sposób nieuzasadniony rozwiązania wyłącznie jednego wykonawcy.

Izba po analizie stanowisk stron złożonych w formie pisemnej, zaprezentowanych na rozprawie oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego uznała, że zarzuty odwołania dotyczące ww. kryteriów oceny ofert nie potwierdziły się, a więc odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że waga nadana ww. kryteriom oceny ofert powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji faworyzując tylko i wyłącznie jednego wykonawcę. Zauważyć należy, że Odwołujący zakwestionował jedynie 4 spośród 11 kryteriów oceny ofert w ramach podkryterium nr 2. Odwołujący nie wykazał, że tylko 1 wykonawca oferuje wszystkie

punktowane w postępowaniu rozwiązania techniczne, co w sposób ewidentny prowadziłyby do zdobycia przez niego maksymalnej liczby punktów w tym podkryterium. Nie jest więc wykluczone, że przy tak skonstruowanym przez Zamawiającego podkryterium „Właściwości techniczno-eksploatacyjne” wskazywany przez Odwołującego wykonawca potencjalnie uzyska maksymalną liczbę punktów w kryteriach 1, 4, 6 oraz 11, jednakże nie uzyska punktów w pozostałych kryteriach, a punkty te uzyska np. Odwołujący, co spowoduje, że zdobędzie on pozostałe 14 punktów w ww. kryterium. Podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał więc, że ustanowione przez Zamawiającego kryteria jakościowe prowadzą do utrudnienia bądź ograniczenia konkurencji.

Izba za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego w postaci wyników postępowań przetargowych prowadzonych przez Miasto [REDAKTOWANE] i Gminę [REDAKTOWANE] z uwagi na okoliczność, że nie jest sporne to, że w ramach kryteriów oceny ofert oferty zdobywają różne ilości punktowe, a różnice te są nieznaczne. Jak już natomiast wyżej wskazano, nie zostało wykazane przez Odwołującego, że tylko jeden z wykonawców zdobędzie punkty w podkryterium nr 2.

Kolejno wskazać należy, że Izba uznała, że Zamawiający zdołał wykazać, iż ustanowione przez niego kryteria w podkryterium nr 2 dla części 2 niosą za sobą wyższą jakość na etapie realizacji zamówienia, a więc niewątpliwie są związane z przedmiotem zamówienia i nie można w tym zakresie dopatrzeć się naruszenia przepisów Pzp. Izba stwierdziła, że Zamawiający wykazał, że kryteria te premiąją rozwiązania najlepsze z jego perspektywy i określonych przez niego potrzeb.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że jako gospodarz postępowania decyduje co jest istotne w kontekście danego przedmiotu zamówienia i kierując się własnymi potrzebami dobiera najkorzystniejsze w jego ocenie rozwiązania. W ocenie Izby, żądania odwołania dążyły do narzucenia Zamawiającemu punktowania cech przedmiotu zamówienia, które w przekonaniu Odwołującego byłyby najwłaściwsze lub też byłyby dla Zamawiającego lepsze, ewentualnie te które oferuje Odwołujący. Niemniej jednak to nie stanowisko Odwołującego i jego przekonanie co do lepszej jakości danego rozwiązania, a uzasadnione potrzeby Zamawiającego są istotne przy ocenie czy dane kryterium spełnia cechy kryterium jakościowego.

Przechodząc więc do pierwszego z zakwestionowanego przez Odwołującego kryterium „Zaoferowanie technologii SiC w przetwornicy napięcia zasilania silnika trakcyjnego” zauważenia wymaga, że Zamawiający i Przystępujący wskazywali na zalety oraz wady premiowanego rozwiązania. Odwołujący wskazywał, że wymaganie w jednoznaczny sposób premiuje konkretnego wykonawcę, a jednocześnie nie jest wystarczająco uzasadnione ze względu na potrzeby Zamawiającego. Jedną z najważniejszych przewag wykorzystania

technologii SiC jest miniaturyzacja urządzeń, ale to w przypadku autobusów nie przekłada się na rzeczywistą korzyść (autobusy mają co do zasady wystarczającą powierzchnię montażu urządzeń bez konieczności miniaturyzacji). Natomiast ta technologia wiąże się m.in. z wyższymi kosztami produkcji i serwisowania, wyższymi zakłóceniami elektromagnetycznymi, koniecznością stosowania filtrów ECM etc. Wskazujemy, że pomimo braku wykorzystania technologii SiC, Odwołujący w testach SORT-2 wykazuje niższe zużycie wodoru niż konkurent wykorzystujący tę technologię.

Zamawiający wskazał, że „Technologia SiC opiera się na zastosowaniu w przetwornicy napięcia tranzystorów z węgliku krzemu. Węglik krzemu ze względu na swoje zalety wypiera krzem z energoelektroniki. To powszechne już rozwiązanie przyczynia się do miniaturyzacji urządzeń, zmniejszenie ich masy, zwiększenia sprawności oraz zmniejszenia układu chłodzenia. Oparte na tranzystorach SiC układy energoelektroniczne wysokich mocy zwiększają sprawność przekształtników nawet do poziomu 99% i ograniczają straty energii aż o 50%. Przekłada się to na niższe koszty eksploatacji pojazdów. (...) Urządzenia energoelektroniczne bazujące na węgluku krzemu to technologia intensywnie wykorzystywana na rynku urządzeń elektroenergetyczny, zwłaszcza gdzie jest zapotrzebowanie dużych mocy, a niewątpliwie takie występują w autobusach. Szczególnie w przypadku pojazdów elektrycznych (wodorowych) producenci zabiegają o zmniejszenie masy całkowitej pojazdu, zwłaszcza dla pojazdów komunikacji miejskiej, bowiem przekłada się to bezpośrednio na dopuszczalną maksymalną ilość przewożonych pasażerów.”.

Uwzględniając powyższe po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący twierdził, że oferowane rozwiązanie premiuje tylko jednego wykonawcę, tj. ██████████. Co istotne Odwołujący nie wskazał jednak że tylko i wyłącznie ten wykonawca stosuje ww. rozwiązanie. Już ta okoliczność powoduje, że nie można uznać, że Odwołujący w jakikolwiek sposób uprawdopodobnił ograniczenie konkurencji. Ponadto Izba uznała, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż wykazał on wyższą jakość wymaganej technologii. Zamawiający wprost wskazywał na wpływ ww. technologii na możliwość ograniczenia straty energii aż o 50%, co ma bezpośredni wpływ na niższe koszty eksploatacji pojazdów. Ponadto wskazywał, że miniaturyzacja urządzeń wpływa na niższą wagę pojazdu, co z kolei przedkłada się na możliwość przewozu większej liczby pasażerów. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp ustanawiając kryterium zastosowania technologii SiC, bowiem wykazał on, że premiovana technologia wiąże się z wyższą jakością – wydajnością.

Odnosząc się do kryterium „Pulpit kierowcy” wskazać należy, że również w zakresie ww. zarzutu Odwołujący nie wykazał, że na rynku istnieje tylko jeden producent autobusów stosujący rozwiązanie premiovane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący oprócz wskazania, że rozwiązanie to premiuje jednego wykonawcę, to jest

wykonawcę ██████ nie przedłożył na tę okoliczność jakiegokolwiek dowodu, z którego wynikałoby, że żaden inny producent rozwiązania takiego nie oferuje. Również Odwołujący nie wykazał, że aktywnie sterowany pulpit kierowcy jest podzespołem niedostępnym dla innych wykonawców poza tym „jednym” premiowanym przez Zamawiającego. Fakt natomiast, że Odwołujący uważa, że oferowane przez niego rozwiązanie dotyczące budowy i konfiguracji pulpitu kierowcy jest – jak wskazywał na rozprawie – bezpieczniejsze nie może uzasadniać naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Podkreślić należy, że Zamawiający wykazał przyczyny, które legły u podstaw tak sformułowanego kryterium. Wyjaśnił bowiem, że najwięcej czasu kierowca spędza podczas prowadzenia pojazdu, obsługi pasażerów korzystając z pulpitu sterowania oraz, że przewagą aktywnie konfigurowalnego pulpitu sterowania jest możliwość dostosowania układu przycisków już podczas rozpoczynania użytkowania pojazdów. W konsekwencji Izba uznała, że również w zakresie sformułowania tego kryterium Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp.

Odnosząc się do kryterium „Rodzaj silnika trakcyjnego” wskazać należy, po pierwsze, że sam Odwołujący wskazał w odwołaniu, że „nie kwestionuje, że zastosowanie silnika centralnego jest bardziej korzystnym rozwiązaniem niż zastosowanie silnika w osi jezdnej” oraz, że „silnik synchroniczny w porównaniu do silnika asynchronicznego ma większą sprawność, gęstość mocy oraz wydajniejszą rekuperację energii przy wolnych obrotach...”. Zamawiający natomiast wyjaśnił, że silnik asynchroniczny jest tańszy, posiada większą niezawodność, nie wymaga konserwacji i może mieć większą gęstość mocy. Ponadto wyjaśnił, że jeden z producentów posiadający największe doświadczenie w produkcji pojazdów osobowych elektrycznych też stosuje silniki asynchroniczne, podobnie jak inni producenci autobusów. Przystępujący wskazał ponadto, że „silniki przeznaczone do zastosowania w napędach o regulowanej prędkości obrotowej, także w autobusach elektrycznych zasilanych wodorem, powinny cechować się wysoką sprawnością, podatnością na duże przeciążenia, wysokim momentem obrotowym oraz szerokim zakresem regulacji prędkości obrotowej. Wymagania te z dużym powodzeniem spełnia sprawdzona konstrukcja silnika asynchronicznego. Silnik asynchroniczny jest powszechnie stosowanym rozwiązaniem do napędzania pojazdów komunikacji miejskiej - jest stosowany w tramwajach, trolejbusach, autobusach elektrycznych oraz ostatnio w autobusach elektrycznych zasilanych wodorem. Cechuje go płynność rozruchu, duży zakres regulacji przyspieszenia oraz niska emisja hałasu. Silnik synchroniczny jest droższy od asynchronicznego i bardziej skomplikowany, tym samym droższy w eksploatacji. Silnik asynchroniczny jest tańszy, prosty w budowie i obsłudze, a zarazem wysoce niezawodny.”. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Zamawiający wykazał na powody, dla których punktowane rozwiązanie jest dla niego korzystniejsze. Zamawiający uznał bowiem aspekt jakościowy dotyczący trwałości, łatwości napraw i utrzymania, niższych kosztów eksploatacji za istotny w kontekście szerszej perspektywy i

planowanego długotrwałego użytkowania zamawianych pojazdów. Nie można więc uznać, że ww. kryterium oceny ofert naruszało przepisy Pzp.

Izba uznała również, że także kryterium „Ogrzewanie /klimatyzacja” nie naruszało przepisów Pzp. Podkreślić należy, że Odwołujący wskazywał, że wymaganie to jest nadmierne w zakresie, w jakim wymaga pracy na czynniku chłodniczym CO<sub>2</sub>. W jego ocenie możliwe efekty środowiskowe nie równoważą ograniczenia konkurencji spowodowanego ww. kryterium. Wyjaśnił ponadto, że rozwiązania korzystne kosztowo i technicznie nie są dostępne dla Odwołującego, co powoduje znaczące ograniczenie konkurencji i uniemożliwia złożenie oferty konkurencyjnej w Postępowaniu.

Zamawiający jako uzasadnienie zastosowania ww. kryterium wskazał przede wszystkim na okoliczność, że kupując pojazdy zeroemisyjne ma na uwadze przede wszystkim zmniejszenie emisji czynników szkodliwych do środowiska. Jedynym z nich jest czynnik chłodniczy CO<sub>2</sub>. Instalacje klimatyzacji na bazie CO<sub>2</sub> są najbardziej nowoczesnymi technologiami. Zastosowanie czynnika CO<sub>2</sub> w układzie pozwala na uzyskanie wysokiej wydajności instalacji. Czynnik CO<sub>2</sub> ma bardzo dobre właściwości termodynamiczne, wprowadzenie CO<sub>2</sub> do instalacji klimatyzacji ma bardzo duży wpływ na potencjalne globalne ocieplenie, czterokrotnie mniejsze od poprzednio stosowanego czynnika 1234yf.

Przystępujący wskazywał, że czynnik R744 (czyli CO<sub>2</sub>) jest najbardziej ekologicznym czynnikiem chłodniczym dostępnym na rynku. Jest on całkowicie naturalny i nie wpływa negatywnie na środowisko. Nie rozpada się na inne związki, jak np. czynnik R1234yf, wobec którego istnieją wątpliwości, czy nie wpływa na gromadzenie się TFA (kwasu trifluorooctowego) w wodzie. Czynnik R744 jest czynnikiem powszechnie dostępnym i nie ma zagrożenia, że jego dostępność będzie ograniczona w najbliższych latach, w odróżnieniu od innych czynników (m.in. R134a, R407c, R1234yf). Co więcej, urządzenia wyposażone w czynnik R744 mogą pracować w temperaturach nawet do -20 stopni Celsjusza, występujących również w Polsce. Przystępujący zauważył również, że na rynku dostępnych jest bardzo wiele urządzeń pracujących na czynniku R744 dedykowanych do pracy w autobusach. Wielu innych producentów autobusów również wyposaża w swoje pojazdy w urządzenia wyposażone w czynnik R744. Jest to bardzo powszechne rozwiązanie, w szczególności biorąc pod uwagę jaką przykładają zamawiający do zmniejszania emisji czynników szkodliwych dla środowiska. W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie powinien mieć problemu z wyposażeniem swojego pojazdu w klimatyzację z pompą ciepła opartą na czynniku chłodniczym CO<sub>2</sub>. Uwzględniając powyższe wskazać należy, że Zamawiający i Przystępujący w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wykazali, że rozwiązanie premiowane przez Zamawiającego jest rozwiązaniem lepszym i w sposób zdecydowany wpływający na zmniejszenie emisji czynników szkodliwych do środowiska. Co istotne Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe zastosowanie przez niego rozwiązania premiowanego w postępowaniu, a jedynie, że rozwiązania korzystne

kosztowo i technicznie nie są dostępne dla Odwołującego. Odwołujący wskazywał na rozprawie, że aby być konkurencyjny musiałby zastosować w swoich pojazdach rozwiązanie marki [REDAKTOWANE]. Wskazywał również, że na dane urządzenie nie otrzymał oferty, na co przedłożył dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże podkreślić należy, że jak wskazał Przystępujący na rynku istnieją inni producenci klimatyzacji stosujący rozwiązanie premiowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu jak np. [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE]. Odwołujący nie wykazał natomiast, że brak jest możliwości uzyskania oferty od tych producentów lub też, że zastosowanie klimatyzacji ich produkcji wiązałoby się z brakiem możliwości zdobycia punktów w tym kryterium.

W konsekwencji Izba zarzut oddaliła jako niezasadny.

Podsumowując wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał, że waga kryteriów jakościowych „właściwości techniczno-eksploatacyjne” zakwestionowanych w odwołaniu naruszała zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie wykazał, że konkurowanie między nim, a innymi wykonawcami zostało wyłączone przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 105 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 2 i 3 w związku z art. 16 Pzp, poprzez określenie wymagań dotyczących spełnienia i udokumentowania wymagań dotyczących Regulaminu nr 29 Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ Jednolitych przepisów dotyczących homologacji pojazdów w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego oraz Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) – w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu.

Izba uznała, że Zamawiający wykazał zasadność żądanie potwierdzenia spełnienia wymagań wynikających z ww. dokumentów, a także że żądanie to wbrew stanowisku Odwołującego ma bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia. Jak bowiem podkreślał Zamawiający głównym celem jest aby zakupione autobusy zapewniały bezpieczeństwo kierowcy i przewożonych pasażerów. Wyjaśniał, że certyfikat potwierdzenia spełnienia Regulaminu nr 29 i 93 EKG ONZ daje zapewnienie zwiększonego bezpieczeństwa oferowanego pojazdu. Zamawiający podkreślał również, że istotne jest, aby oferowane pojazdy oferowały sprawdzone i potwierdzone certyfikatem warunki ochrony dla kierowcy w przypadku zderzeń, co sprawia, że preferuje wyniki działań wykonawców zmierzających do zwiększania bezpieczeństwa oferowanych autobusów, potwierdzone przez niezależne jednostki badawcze.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że regulaminy nr 29 oraz 93 EKG ONZ nie znajdują zastosowania do pojazdów oferowanych w Postępowaniu. Podkreślić należy, że zarówno Zamawiający i Przystępujący wykazali, że ww. Regulaminy

odnoszą się do bezpieczeństwa osób przebywających w kabinie kierowcy, którzy w opinii Izby zasługują na taką samą ochronę jak pasażerowie, do bezpieczeństwa których odnosi się Regulamin nr 66 EKG ONZ. Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że uzyskanie takich potwierdzeń certyfikatów jest celem większości producentów autobusów miejskich (kat. M3), gdyż stanowią one potwierdzenie nowoczesnych rozwiązań konstrukcyjnych, odnoszących się do bezpieczeństwa pasażerów jak i kierowców, niezależne od kategorii pojazdu. Również Izba stwierdziła, że ze złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci pisma Sieci Badawczej Łukasiewicz Przemysłowy Instytut Motoryzacji z dnia 27 października 2023 r. nie wynika, że ww. podmiot nie przeprowadzał dotychczas badań autobusów miejskich metodami wskazanymi w tych regulacjach. Nie wynika natomiast, że brak jest możliwości przeprowadzenia badań pojazdów kategorii M3, klasy I na zgodność z ww. regulaminami.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przy wprowadzeniu ww. wymogu przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu.

Izba ustaliła ponadto, że ustanowiony w załączniku nr 9B do SWZ w § 1 ust. 10 wzoru umowy zapis, że *„Czynności związane z rejestracją autobusu przeprowadzi na własny koszt Zamawiający lub Użytkownik. Gdyby jednak na podstawie dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów odmówiono rejestracji i dopuszczenia autobusu do ruchu, całość kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań zgodnych z polskimi przepisami homologacyjnymi, przepisami homologacyjnymi Unii Europejskiej i ustawą prawo o ruchu drogowym obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej poniesie Wykonawca”* nie naruszał przepisów Pzp jak również Kc.

Wskazać należy, że z powyższego postanowienia wzoru umowy nie wynika, że Zamawiający będzie obciążał odpowiedzialnością wykonawcę za zmiany przepisów. Celem wprowadzenia tego postanowienia jest – jak wskazał na rozprawie Zamawiający – zapewnienie możliwości zarejestrowania autobusów i przeznaczenia ich do użytkowania bezpośrednio po ich przekazaniu przez wykonawcę. Niedopuszczalna jest bowiem sytuacja, aby Zamawiający odpowiedzialny za racjonalne wydatkowanie środków publicznych nabył produkt, który nie będzie możliwy do wykorzystania, czyli autobusów, które nie są gotowe do spełniania swych funkcji użytkowych, czyli przewozu pasażerów w komunikacji miejskiej.

Izba za zasadny uznała natomiast zarzut dotyczący nałożenia na wykonawcę w § 5 ust. 4, ust. 10, ust. 14-30, § 10 ust. 5 pkt 6, projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 9B do SWZ) obowiązków dotyczących ochrony podwykonawców, w tym zgłaszania podwykonawców, przedstawiania dowodów na zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, możliwość zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy, odnoszących się do zamówień na roboty budowlane, a przez to nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz

naruszających zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążających wykonawcę.

Izba stwierdziła, że jak wynika z art. 464 Pzp przepisy te dotyczą umów, których przedmiotem są roboty budowlane, natomiast Zamawiający przez ukształtowane przez siebie postanowienia § 5 ust. 4, ust. 10, ust. 14-30, § 10 ust. 5 pkt 6 PPU chciałby zastosować wynikające z nich dyrektywy w postępowaniu dotyczącym zamówienia publicznego, którego przedmiot został opisany jako dostawa. W ocenie Izby działanie Zamawiającego podlega ocenie z uwzględnieniem wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. przesłanki właściwości (natury) stosunku. Zamawiający przewiduje bowiem wpływ na relacje umowne między wykonawcą, a podwykonawcą na zasadach przewidzianych dla umów w sprawie zamówienia publicznego, których przedmiotem są roboty budowlane. Zauważyć należy, że Zamawiający oparł swoje stanowisko na fakcie, że integralną częścią przedmiotu zamówienia jest dostawa stacji ładowania zajezdniowego wraz z niezbędną infrastrukturą, wykonanie wszystkich prac związanych z jej montażem i uruchomieniem na terenie Użytkownika (SWZ, rozdział IV Opis przedmiotu zamówienia, ust. 4), co jak wskazał oznacza konieczność wykonania robót budowlanych z tym związanych. Odnosząc się do ww. stanowiska Izba stwierdziła, że przedmiot postępowania przewiduje obowiązki wykonawcy, które mogłyby zostać uznane za roboty budowlane. Jednak Zamawiający nie wykazał, że stanowią one znaczną część zamówienia. Ponadto zauważyć należy, że Zamawiający nie wykazał, że we wzorze umowy oraz opisie przedmiotu zamówienia dokonał wyodrębnienia i podziału na roboty i dostawy. W związku z powyższym w opinii Izby nie jest uprawnione stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych do dostaw, w sytuacji gdy natura obu stosunków prawnych jest inna. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach sporu miał podstawy faktyczne i prawne do ograniczenia zasady swobody umów w ten sposób, że jego ingerencja w umowę, której nie jest stroną, była usprawiedliwiona właściwościami stosunku. Tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw jurydycznych do przenoszenia przez Zamawiającego regulacji dotyczących umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, do umowy, której przedmiotem są dostawy.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020r. poz. 2437).

**Przewodnicząca:** .....