

Konin, 9 grudnia 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miejski Zakład Komunikacji Wejherowo sp. z o.o.

ul. Tartaczna 2

84-200 Wejherowo

KRS: 0000073144

E-mail: zp@mzkwejherowo.pl

Nr tel. 58 572 29 30

Strona internetowa prowadzonego postępowania:

<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-3d0e089a-5e80-45d9-97ad-050d2430c800>

Odwołujący:

PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o.

ul. Kazimierska 45

62 -510 Konin

KRS: 0000704441

Nr tel.: 887 356 725

e-mail: wasil.marek@polskiautobuswodorowy.pl

reprezentowany przez:

Maciej Nietopiel – Prezes Zarządu

Katarzyna Piec – Członek Zarządu

Przedmiot zamówienia: Dostawa 6 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich, niskopodłogowych napędzanych wodorem, znak sprawy: MZK/02/11/2024, zwane dalej: „Postępowaniem”

Nr ogłoszenia: 739376-2024-publicacja w dniu 4 grudnia 2023 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „**Ustawą**”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1. 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 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy, przez postawienie nadmiernych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań, wskazanych w załączniku nr 1 do SWZ pkt 1 ppkt 1 ust. 3, dotyczących produktu wykonywanego na zamówienie, w zakresie:
 - a) Homologacji typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z **Regulaminem nr 118** Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.U.E.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.
 - b) Spełnienie wymogów Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu (Dz. U. UE.L.2010.185.56 z dnia 17 lipca 2010r. z późniejszymi zmianami), potwierdzone przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, po przeprowadzeniu badania oferowanego typu pojazdu w zakresie i w sposób określony w **Regulaminie nr 93** EKG ONZ
2. Art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 107 ust. 1 oraz art. 16 i 17 Ustawy, przez wymaganie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz zbędnych dokumentów, nieokreślonych jako przedmiotowe środki dowodowe, a wskazanych w załączniku nr 1 do SWZ pkt 1 ppkt 1 ust. 3 jako obowiązkowe do złożenia wraz z ofertą;
3. Art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 433 pkt 1 i 3 Ustawy oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim:
 - 3.1. Zamawiający określił w pkt 1 ust. 3 OPZ wymagania odnoszące się do nałożenia na wykonawcę całości kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań, gdy w okresie pomiędzy złożeniem przez Wykonawcę oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a realizacją umowy, nastąpi zmiana przepisów prawa w zakresie rejestracji, homologacji, sprzedaży lub wprowadzenia do użytku nowych autobusów (a także zespołów i podzespołów do tych autobusów), Wykonawca ten obowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia z uwzględnieniem tychże zmian. W szczególności obowiązek ten dotyczy dostarczenia Zamawiającemu autobusów spełniających wymagania określone wyżej wymienionymi przepisami, jak również dokumentów umożliwiających zarejestrowanie tych autobusów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej – a tym samym nałożył na wykonawcę ryzyko nieznanne w chwili złożenia oferty i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie uwzględnił okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
 - 3.2. przyznaje w § 10 ust. 4 projektowanych postanowień umowy Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w razie opóźnienia dostawy, nie wprowadzając mechanizmu

wezwania Wykonawcy do realizacji dostawy i nie uwzględniając przyczyn w opóźnieniu niezależnych od Wykonawcy, w tym okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

4. art. 433 pkt 1 i 3 Ustawy w zw. z art. 471 w zw. z art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Ustawy, zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, a jednocześnie przypisanie Wykonawcy odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, poprzez określenie w SWZ i wzorze umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie bez uzasadnienia okolicznościami lub zakresem zamówienia w zakresie:
 - 4.1. nałożenia w § 8 ust. 1 projektowanych postanowień umowy kar umownych za opóźnienie bez uzasadnienia okolicznościami lub zakresem zamówienia.
 - 4.2. wprowadzenia w § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy oraz Rozdziale V SWZ wymagania, zgodnie z którym *„Zamawiający dopuszcza opóźnienie terminu dostawy autobusu, ale wówczas Dostawca ma obowiązek bezpłatnego dostarczenia dla Zamawiającego na cały okres opóźnienia testowego autobusu zastępczego”*
5. art. 443 Ustawy, poprzez brak wprowadzenia w projektowanych postanowieniach umowy płatności częściowych lub zaliczek, mimo że umowa zawierana jest na okres przekraczający 12 miesięcy.
6. art. 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego oraz art. 16 Ustawy poprzez brak wskazania w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.
7. art. 439 Ustawy poprzez brak wskazania w projektowanych postanowieniach umowy zasad zmian waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, pomimo że planowana umowa, której przedmiotem są dostawy, zawierana jest na okres dłuższy niż 6 miesięcy.
8. art. 436 pkt 4 lit. b Ustawy poprzez brak wskazania w projektowanych postanowieniach umowy zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach tam określonych, za wyjątkiem zmiany podatku VAT.
9. art. 5 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w zw. z art. 16 i 17 Ustawy, w zakresie, w jakim projektowane postanowienia umowy wskazują niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i nieproporcjonalne wymagania odmawiając prawa do żądania odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych pomimo ustalenia terminu zapłaty dłuższego niż 30 dni, w stosunku do średniego przedsiębiorcy.
10. art. 378 ust. 1 w zw. z art. 138 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 oraz art. 378 ust. 2 Ustawy, poprzez wyznaczenie terminu składania ofert krótszego niż wymagany przepisami, pomimo braku uzasadnienia skrócenia tego terminu pilną potrzebą udzielenia zamówienia lub opublikowaniem okresowego ogłoszenia informacyjnego.
11. jako zarzut stawiany z ostrożności procesowej – naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy poprzez brak unieważnienia Postępowania pomimo zaistnienia niedającej się usunąć wady Postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy, polegającej na wszczęciu Postępowania bez wymaganej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co stanowi naruszenie art. 377 ust. 1 pkt 1 Ustawy i zamieszczeniu dokumentacji postępowania niezgodnie z art. 88 ust. 3 Ustawy.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy stanowiącego załącznik do SWZ poprzez:

1. w zakresie zarzutu 1. wprowadzenie następujących zmian:

1.1. w załączniku nr 1 do SWZ pkt 1 ppkt 1 ust. 3 wprowadzenie nowego brzmienia w zestawieniu wymaganych dokumentów:

*„Pojazdy muszą posiadać i Pojazdy muszą posiadać i Oferent zobowiązany jest załączyć wymienione dokumenty ~~do oferty~~ **do pojazdu podlegającego odbiorowi na etapie realizacji umowy:***

- Aktualne „Świadectwo homologacji typu pojazdu”, wydane przez ustawowo uprawniony organ w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep oraz ich przedmiotów wyposażenia lub części (Dz. U. z 2015 r. poz. 1475). Załączone świadectwo homologacji musi być zgodne z oferowanym autobusem co najmniej w zakresie marki i typu silnika oraz ogniwa wodorowego.

~~*- Homologację typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z Regulaminem nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.U.E.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.*~~

- Homologację typu pojazdu w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej homologacja udzielona zgodnie z Regulaminem nr 66 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ). Jednolite przepisy dotyczące homologacji dużych pojazdów pasażerskich w zakresie wytrzymałości ich konstrukcji nośnej (Dz.U.U.E.L.2011.84.1 z dnia 30 marca 2011 r. ze zm.) potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.

- Spełnienie Kryterium oceny ofert T7 „Bezpieczeństwo”: Certyfikat potwierdzający spełnienie wymogów Regulaminu nr 29 Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ Jednolitych przepisów dotyczących homologacji pojazdów w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.

~~*- Spełnienie wymogów Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - w zakresie urządzeń zabezpieczających przed*~~

~~wjechaniem pod przód pojazdu (Dz. U. UE.L.2010.185.56 z dnia 17 lipca 2010r. z późniejszymi zmianami), potwierdzone przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, po przeprowadzeniu badania oferowanego typu pojazdu w zakresie i w sposób określony w Regulaminie nr 93 EKG ONZ. Pojazdy muszą spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdu oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022).~~

Na dzień odbioru pojazdy muszą spełniać również następujące wymagania:

- Homologację typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z Regulaminem nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.U.E.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.

- Spełnienie wymogów Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu (Dz. U. UE.L.2010.185.56 z dnia 17 lipca 2010r. z późniejszymi zmianami), potwierdzone przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, po przeprowadzeniu badania oferowanego typu pojazdu w zakresie i w sposób określony w Regulaminie nr 93 EKG ONZ. Pojazdy muszą spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdu oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022).”.

2. w zakresie zarzutu 2. wykreślenie w pkt 1 ppkt 1 ust. 3 OPZ wymagania złożenia dokumentów tam wskazanych wraz z ofertą, ewentualnie wprowadzenie w ust. 1 Rozdziału nr IV SWZ wyczerpującej listy przedmiotowych środków dowodowych wymaganych przez Zamawiającego.

3. W zakresie zarzutów opisanych w pkt 3:

3.1. W zakresie zarzutu 3.1. dodanie doprecyzowania w pkt 1 ust. 3 OPZ w treści:

„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. w zakresie zarzutu 3.2. nadanie § 10 ust. 4 projektowanych postanowień umowy następującego brzmienia:

Zamawiający może odstąpić od Umowy, jeżeli Wykonawca nie dostarczy dokumentów koniecznych do dopuszczenia autobusu do ruchu drogowego w Polsce lub, jeśli będzie ~~opóźniał się~~ **pozostawał w zwłoce** z dostawą autobusów dłużej niż 15 dni od wymaganego terminu. Odstąpienie od umowy **jest możliwe po uprzednim, bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do usunięcia naruszeń, z wyznaczeniem terminu nie krótszego niż 15 dni.** **Odstąpienie** nie pozbawia możliwości dochodzenia kary umownej z tytułu ~~zwłoki opóźnienia~~ **zwłoki opóźnienia** w dostawie za okres ~~zwłoki opóźnienia~~ **zwłoki opóźnienia** liczony do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

4. W zakresie zarzutów opisanych w pkt 4 zmianę w projektowanych postanowieniach umowy poprzez wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy za zwłokę, i nadanie ww. klauzulom brzmienia:

4.1. W zakresie zarzutu 4.1. wprowadzenie w § 8 ust. 1 projektowanych postanowień umowy następującego brzmienia:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

a) Za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 5% wartości umowy netto

b) Za niedotrzymanie terminu dostawy 0.05% wartości dostawy netto za każdy dzień ~~zwłoki opóźnienia~~ **zwłoki opóźnienia**, odrębnie za każdy Autobus, którego ~~zwłoka opóźnienie~~ **zwłoka opóźnienie** dotyczy.

Za ~~zwłokę opóźnienie~~ **zwłokę opóźnienie** w usunięciu awarii w wysokości 500 zł. za każdy dzień ~~zwłoki opóźnienia~~ **zwłoki opóźnienia** (dni robocze i ustawowo wolne). Kara będzie naliczana w przypadku usterki wyłączającej pojazd z eksploatacji.”

4.2. W zakresie zarzutu 4.2. zastąpienie § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy oraz Rozdziale V SWZ brzmieniem:

„**W przypadku zwłoki w terminie dostawy autobusu, Wykonawca może bezpłatnie dostarczyć dla Zamawiającego na cały okres zwłoki testowy autobus zastępczy. Za ten czas Zamawiającemu nie przysługują kary umowne za zwłokę w terminie dostawy**”.

5. W zakresie zarzutów opisanych w pkt 5 zmianę:

5.1. w § 2 ust. 3 załącznika do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy, przez nadanie tej jednostce redakcyjnej brzmienia:

„3. Zapłata ceny, o której mowa w § 2 pkt. 1 umowy nastąpi w następujący sposób:

a. wartość netto przedmiotu umowy będzie płatna przelewem w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury VAT i wydania ~~przedmiotu zamówienia danej partii autobusów~~ **danej partii autobusów** (po podpisaniu protokołu **końcowego odbioru danej partii autobusów ostatecznego odbioru autobusów** przez Zamawiającego)”

5.2. w § 3 ust. 8 załącznika do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy, przez nadanie tej jednostce redakcyjnej brzmienia:

Za datę dostawy **danej partii autobusów** uważa się dzień podpisania przez przedstawicieli Zamawiającego protokołu ~~ostatecznego~~ **końcowego odbioru** dostarczonych autobusów.

6. W zakresie zarzutu 6 – wprowadzenie **limitu kar umownych, jakich mogą dochodzić strony w wysokości 20% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 2 ust. 1 umowy.**
7. W zakresie zarzutu 7 – wprowadzenie zasad zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadkach określonych w art. 439 Ustawy.
8. W zakresie zarzutu 8 – wprowadzenie zasad zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadkach określonych w art. 436 ust. 1 pkt 4 lit. b Ustawy.
9. W zakresie zarzutu 9 – dokonanie zmian w projektowanych postanowieniach umowy w następujący sposób:
 - 9.1. Zmianę w § 2 ust. 3 lit. b projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie tej jednostce redakcyjnej brzmienia:

*Zapłata ceny, o której mowa w § 2 pkt. 1 umowy nastąpi w następujący sposób: (...) wartość podatku VAT będzie płatna przelewem w terminie ~~90~~ **30** dni od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury VAT i wydania przedmiotu zamówienia, ewentualnie:*
 - 9.2. Zmianę w § 9 ust. 3 projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie tej jednostce redakcyjnej brzmienia:

*W przypadku opóźnienia Zamawiającego w płatności zobowiązań określonych w § 2 niniejszej Umowy, Wykonawca może żądać od Zamawiającego za okres opóźnienia zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych, z **zastrzeżeniem prawa do żądania odsetek przez Wykonawcę posiadającego status średniego przedsiębiorcy zgodnie z art. 5 ustawy z dnia z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.***
10. W zakresie zarzutu 10 – wyznaczenie terminu składania ofert wynoszącego co najmniej 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji.

- oraz dokonanie odpowiednich modyfikacji będących konsekwencją ww. zmian w treści SWZ i ogłoszenia.
11. W zakresie zarzutu 11 – unieważnienie postępowania.

Termin:

Dokumentacja postępowania została zamieszczona na stronie postępowania (<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-3d0e089a-5e80-45d9-97ad-050d2430c800>) oraz na stronie Zamawiającego (<https://mzkwejherowo.pl/przetargi-typ/2/przetarg-nieograniczony>) w dniu 28 listopada 2023 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 grudnia 2024 r.

Wartość Postępowania jest wyższa niż progi unijne określone w art. 3 Ustawy. Z uwagi na późniejszą publikację ogłoszenia o zamówieniu niż zamieszczenie dokumentacji na stronie Postępowania oraz na stronie Zamawiającego i ze względu na treść podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosi odwołanie z daleko posuniętej ostrożności procesowej w dziesięciodniowym terminie licznym zgodnie z art. 515

ust. 3 pkt 1 Ustawy, od dnia 28 listopada 2024 r., kiedy Odwołujący powziął informację o Postępowaniu.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy.

UZASADNIENIE

1. Zarzut 1

Zarzut dotyczy wymagań podstawionych w OPZ w pkt 1 ppkt 1 ust. 3, dotyczących spełnienia przez oferowany pojazd następujących wymagań na dzień składania ofert:

- Homologacji typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z **Regulaminem nr 118** Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.UE.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.
- Spełnienie wymogów Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu (Dz. U. UE.L.2010.185.56 z dnia 17 lipca 2010r. z późniejszymi zmianami), potwierdzone przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, po przeprowadzeniu badania oferowanego typu pojazdu w zakresie i w sposób określony w **Regulaminie nr 93** EKG ONZ

Rynek produkcji autobusów, w tym wodorowych, jest rynkiem rozwijającym się w Polsce dynamicznie, jednak nadal będącym na etapie wstępnym jego rozwoju.

Zamówienia na dostawy autobusów wodorowych zakładają ich produkcję na zamówienie każdego z klientów i obejmują dostosowanie do potrzeb stawianych przez danego klienta (zamawiającego).

Obejmuje to zarówno wymagania dotyczące dostosowania pojazdu do potrzeb danego miasta (np. oznakowania, wyposażenia, kolorystyki), jak i wymagań specyficznych, również dotyczących zgodności z odpowiednimi dokumentami odniesienia.

Odwołujący wskazuje na fakt, że **oferowane pojazdy nie są pojazdami istniejącymi, skompletowanymi na dzień złożenia oferty.**

Co więcej, nie ma możliwości zaoferowania autobusu już istniejącego, w terminach wyznaczonych w dniu sporządzenia niniejszego odwołania.

Zwraca uwagę § 1 ust. 2 i 3 projektowanych postanowień umowy:

2. Za fabrycznie nowy autobus miejski z ogniwem wodorowym uznaje się pojazd nieeksploatowany, wyprodukowany nie wcześniej niż 12 miesięcy przed ustalonym terminem ich odbioru.

3. Autobusy miejski z ogniwem wodorowym będące przedmiotem umowy muszą spełniać wymagania określone w danych technicznych i wyposażeniu autobusów, które zostały przedstawione w Specyfikacji technicznej ofertowanych autobusów, stanowiącej integralną część oferty

Zamawiający zatem sam **zakłada wyprodukowanie autobusu po zawarciu umowy** (termin składania ofert w ww. postępowaniu to obecnie 20 grudnia 2024 r., zaś termin dostawy pierwszej partii autobusu – 31 grudnia 2025 r., zatem więcej niż rok.

Odwołujący zwraca uwagę, że wskazane wymagania mogą kreować nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną poszczególnych wykonawców. Taką przewagę konkurencyjną powodującą wykluczenie złożenia ofert w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia, nie może być stawianie wymagań możliwych do spełnienia na etapie realizacji umowy, niespełnionych na dzień złożenia oferty w stosunku do produktu realizowanego na zamówienie.

Odwołujący zwraca uwagę, że art. 99 ust. 4 Ustawy, zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, w art. 99 ust. 4 p.z.p. mowa jest o potencjalnej możliwości utrudniania konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczności wystąpienia tego naruszenia¹.

Jednocześnie, art. 106 ust. 2 i 3 wymaga, aby żądane przedmiotowe środki dowodowe były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane z przedmiotem zamówienia. Również żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wymaganie dotyczące wskazanych w zarzucie nr 1 regulaminów EKG ONZ, nie jest niezbędne dla przeprowadzenia postępowania i w ocenie Odwołującego powinno być oceniane na etapie realizacji umowy.

Wymagania odnoszące się do zgodności z Regulaminem nr 118 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

¹ Wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2009/22.

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).

Pragnę nadmienić, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami do zarejestrowania autobusu nie jest wymagane spełnienie wymogów Regulaminu nr 118 oraz Regulaminu nr 93.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż w tegorocznych postępowaniach na dostawę autobusów elektrycznych zasilanych wodorem prowadzonych przez Górnośląskie Zagłębie Metropolitane, Miejski Zakład Komunikacji w Bielsku – Białej Sp. z o.o., Miejski Zakład Komunikacji w Koninie Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji w Lublinie Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji Sp. z o.o. w Poznaniu, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji S.A. w Krakowie wyżej wymienione Regulaminy na etapie składania ofert nie były wymagane.

2. Zarzut 2

Zamawiający w SWZ w Rozdziale IV - Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych określił wymagane przedmiotowe środki dowodowe:

1. Zamawiający żąda, by Wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe: – Specyfikacje techniczną oferowanego autobusu (Załącznik nr 3) opisujące, co najmniej wszystkie elementy wraz z ich nazwami technicznymi, do których odnosi się Załącznik nr 1 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia

Jednocześnie, w OPZ w pkt 1 ppkt 1 ust. 3 zawarł następujące wymaganie:

Pojazdy muszą posiadać i Oferent zobowiązany jest załączyć wymienione dokumenty do oferty:

- Aktualne „Świadectwo homologacji typu pojazdu”, wydane przez ustawowo uprawniony organ w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep oraz ich przedmiotów wyposażenia lub części (Dz. U. z 2015 r. poz. 1475). Załączone świadectwo homologacji musi być zgodne z oferowanym autobusem co najmniej w zakresie marki i typu silnika oraz ogniwa wodorowego.

- Homologację typu pojazdu w zakresie palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (homologacja udzielona zgodnie z Regulaminem nr 118 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) Jednolite wymagania techniczne dotyczące palności materiałów używanych w konstrukcji wnętrza niektórych kategorii pojazdów samochodowych (Dz.U.U.E.L.10.177.263 z dnia 10 lipca 2010 r. ze zm.), potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.

- Homologację typu pojazdu w zakresie wytrzymałości konstrukcji nośnej homologacja udzielona zgodnie z Regulaminem nr 66 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ). Jednolite przepisy dotyczące homologacji dużych pojazdów pasażerskich w zakresie wytrzymałości ich konstrukcji nośnej (Dz.U.U.E.L.2011.84.1 z

dnia 30 marca 2011 r. ze zm.) potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.

- *Spełnienie Kryterium oceny ofert T7 „Bezpieczeństwo”: Certyfikat potwierdzający spełnienie wymogów Regulaminu nr 29 Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ Jednolitych przepisów dotyczących homologacji pojazdów w zakresie ochrony osób przebywających w kabinie pojazdu użytkowego potwierdzone dokumentem wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania w danym zakresie.*

- *Spełnienie wymogów Regulaminu 93 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - w zakresie urządzeń zabezpieczających przed wjechaniem pod przód pojazdu (Dz. U. UE.L.2010.185.56 z dnia 17 lipca 2010r. z późniejszymi zmianami), potwierdzone przez niezależną, certyfikowaną jednostkę badawczą, upoważnioną do wykonywania badań homologacyjnych, po przeprowadzeniu badania oferowanego typu pojazdu w zakresie i w sposób określony w Regulaminie nr 93 EKG ONZ.*

Pojazdy muszą spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdu oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022).

Nie uchybiając wnioskowi opisanemu we wstępnej części odwołania, związanego z zarzutem nr 1 Odwołujący wskazuje na nadmierność żądania od Wykonawcy dokumentów dotyczących pojazdów wytwarzanych na zamówienie.

Jednocześnie, Odwołujący wskazuje na brak doprecyzowania zakresu wymaganych od wykonawcy w Postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych w Rozdziale IV SWZ.

Powyższa niejednoznaczność w treści SWZ powoduje obecnie poważne wątpliwości co do możliwości żądania uzupełnienia ww. przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 107 ust. 2 Ustawy, ze względu na brak odwołania do tego przepisu w SWZ, w odniesieniu do dokumentów wskazanych w załączniku do SWZ – opisie przedmiotu zamówienia. Może to również powodować trudność w ew. zastosowaniu tego przepisu w toku oceny ofert i spowodować spór na tle prawidłowości oceny ofert.

3. Zarzuty wskazane w pkt 3 petitum odwołania

Wskazane w petitum odwołania wymagania naruszają art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy oraz art. 16 Ustawy i art. 433 pkt 1 i 3 poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę.

Zarzut 3.1.

Zamawiający określił w pkt 1 ppkt 1 ust. 3 OPZ wymagania odnoszące się do nałożenia na wykonawcę całości kosztów związanych z dostosowaniem autobusu do polskich norm i wymagań,

W sytuacji, gdy w okresie pomiędzy złożeniem przez Wykonawcę oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a realizacją umowy, nastąpi zmiana przepisów prawa w zakresie rejestracji, homologacji, sprzedaży lub wprowadzenia do użytku nowych autobusów (a także zespołów i podzespołów do tych autobusów), Wykonawca ten obowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia z uwzględnieniem tychże zmian. W szczególności obowiązek ten dotyczy

dostarczenia Zamawiającemu autobusów spełniających wymagania określone wyżej wymienionymi przepisami, jak również dokumentów umożliwiających zarejestrowanie tych autobusów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

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.

§ 10 ust. 4 projektowanych postanowień umowy Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w razie opóźnienia dostawy, nie wprowadzając mechanizmu wezwania Wykonawcy do realizacji dostawy i nie uwzględniając przyczyn w opóźnieniu niezależnych od Wykonawcy, w tym okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Wskazane postanowienie posiada następujące brzmienie:

Zamawiający może odstąpić od Umowy, jeżeli Wykonawca nie dostarczy dokumentów koniecznych do dopuszczenia autobusu do ruchu drogowego w Polsce lub, jeśli będzie opóźnił się z dostawą autobusów dłużej niż 15 dni od wymaganego terminu. Odstąpienie od umowy nie pozbawia możliwości dochodzenia kary umownej z tytułu opóźnienia w dostawie za okres opóźnienia liczony do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy

4. Zarzuty opisane w pkt 4 petitum odwołania

Zamawiający w projektowanych postanowień umowy określił odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, co nie jest dopuszczalne zgodnie z art. 433 pkt 1 Umowy i stanowi klauzulę abuzywną, a nadto stanowi o naruszeniu art. 433 pkt 3 Ustawy w zakresie, w jakim przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności leżące po stronie Zamawiającego.

Zarzut 4.1.

Zamawiający przewidział w § 8 projektowanych postanowień umowy następujące kary:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

a) Za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 5% wartości umowy netto

*b) Za niedotrzymanie terminu dostawy 0.05% wartości dostawy netto **za każdy dzień opóźnienia**, odrębnie za każdy Autobus, którego opóźnienie dotyczy.*

*Za opóźnienie w usunięciu awarii w wysokości 500 zł. **za każdy dzień opóźnienia** (dni robocze i ustawowo wolne). Kara będzie naliczana w przypadku usterki wyłączającej pojazd z eksploatacji.*

W powyższym zakresie Zamawiający naruszył bezwzględnie obowiązujący przepis prawa.

Z uwagi na specyficzny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego, należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UZP wyrażonym w Raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r.² iż „bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu”.

Zarzut 4.2.

Zamawiający wprowadził w § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy oraz Rozdziale V SWZ wymaganie, zgodnie z którym „*Zamawiający dopuszcza opóźnienie terminu dostawy autobusu, ale wówczas Dostawca ma obowiązek bezpłatnego dostarczenia dla Zamawiającego na cały okres opóźnienia testowego autobusu zastępczego*”.

Postanowienie to przenosi na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności przez niego niezawinione i tym samym stanowi naruszenie art. 433 pkt 1 i 3 Ustawy.

5. Zarzut 5

Zamawiający naruszył art. 443 Ustawy, poprzez brak wprowadzenia w projektowanych postanowieniach umowy płatności częściowych lub zaliczek, mimo że umowa zawierana jest na okres przekraczający 12 miesięcy.

Projektowane postanowienia umowy, w zakresie płatności, odnoszą się do protokołu odbioru ostatecznego. § 3 ust. 2 lit. a wskazuje:

Zapłata ceny, o której mowa w § 2 pkt. 1 umowy nastąpi w następujący sposób:

*a. wartość netto przedmiotu umowy będzie płatna przelewem w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury VAT i wydania przedmiotu zamówienia (**po podpisaniu protokołu ostatecznego odbioru autobusów przez Zamawiającego**)*

Jednocześnie, w § 3 ust. 8 wskazuje:

*Za datę dostawy uważa się dzień podpisania przez przedstawicieli **Zamawiającego protokołu ostatecznego odbioru dostarczonych autobusów.***

Tymczasem w odniesieniu do terminu gwarancji, Zamawiający odnosi się do terminu odbioru końcowego danego autobusu, rozróżnia zatem protokół odbioru końcowego od protokołu odbioru ostatecznego, a w miejscu, w którym termin odnosi się do odbioru danej partii, wprost to wskazuje (§ 5 ust. 1 projektowanych postanowień umowy):

² opublikowany na stronie internetowej pod adresem
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf

Wykonawca udziela Zamawiającemu następujących gwarancji licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego odrębnie dla każdego autobusu

Nie sposób zatem wywieść z treści projektowanych postanowień umowy zamiaru wprowadzenia do umowy płatności częściowych, co jest niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zarzut 6

Zamawiający naruszył art. 436 pkt 3 Ustawy stanowiący bezwzględnie obowiązujący przepis prawa, poprzez brak wskazania w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony. Stanowi to naruszenie, które nie może się ostać w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut 7 i 8

Zamawiający naruszył powszechnie obowiązujące przepisy prawa:

- art. 439 Ustawy poprzez brak wskazania w projektowanych postanowieniach umowy zasad zmian waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, pomimo że planowana umowa, której przedmiotem są dostawy, zawierana jest na okres dłuższy niż 6 miesięcy.
- art. 436 pkt 4 lit. b Ustawy poprzez brak wskazania w projektowanych postanowieniach umowy zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach tam określonych (wskazał jedynie zmiany w wyniku zmiany stawki podatku VAT).

Zarzut 9

§ 2 ust. 3 lit. b projektowanych postanowień umowy wskazuje:

Zapłata ceny, o której mowa w § 2 pkt. 1 umowy nastąpi w następujący sposób: (...) wartość podatku VAT będzie płatna przelewem **w terminie 90 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury VAT** i wydania przedmiotu zamówienia.

§ 9 ust. 3 projektowanych postanowień umowy wskazuje:

W przypadku opóźnienia Zamawiającego w płatności zobowiązań określonych w § 2 niniejszej Umowy, Wykonawca może żądać od Zamawiającego za okres opóźnienia zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych.

Ww. przepisy ustanawiają terminy zapłaty dłuższe niż wynikające z art. 5 ustawy z dnia z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w zakresie płatności podatku VAT, jednocześnie pozbawiając Wykonawcę prawa do dochodzenia odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych.

Odwołujący posiada status średniego przedsiębiorcy, zatem jest objęty ochroną wynikającą z art. 5 ustawy z dnia z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Wskazane wymagania są nieproporcjonalne w stosunku do wykonawcy, a jednocześnie naruszają powszechnie obowiązujące przepisy prawa.

Zarzut 10

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert (po zmianie z dnia 4 grudnia 2024 r.) wynoszący 17 pełnych dni kalendarzowych od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji podczas gdy minimalny termin wyznaczony zgodnie art. 138 ust. 4 w zw. z art. 378 ust. 1 Ustawy wynosi 30 dni.

Nie jest znane Odwołującemu uzasadnienie, które mogłoby stanowić o skróceniu terminu składania ofert zgodnie z art. 138 ust. 2 pkt 2 i w zw. z art. 378 ust. 1 Ustawy, ani też okresowe ogłoszenie informacyjne, które powodowałoby możliwość skrócenia tego terminu zgodnie z art. 378 ust. 2 Ustawy.

Należy zatem uznać, że zostały naruszone bezwzględnie obowiązujące przepisy wskazane w zarzucie nr 9.

Zarzut 11

Odwołujący wskazuje, że Postępowanie zostało wszczęte niezgodnie z przepisem art. 377 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający sektorowi wszczynają postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie zaproszenia do ubiegania się o zamówienie za pomocą ogłoszenia o zamówieniu w przypadku trybu przetargu nieograniczonego.

Tymczasem Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Postępowania oraz własnej stronie internetowej dokumentację postępowania w dniu 28 listopada 2024 r. bez przesłania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przesłane do publikacji dopiero 2 grudnia 2024 r., a opublikowane 4 grudnia 2024 r.

Zachodzi zatem poważna wątpliwość, czy doszło do prawidłowego wszczęcia Postępowania, co warunkuje nieważność umowy zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Ponadto, doszło do naruszenia art. 88 ust. 3 Ustawy poprzez udostępnienie ogłoszenia przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

Powyższe może wpływać na konkurencyjność Postępowania i wpływać na jego wynik, biorąc pod uwagę ewentualne zainteresowanie Postępowaniem wykonawców spoza UE.

W świetle powyższego, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem,

Załączniki:

1. odpis KRS Odwołującego
2. dowód uiszczenia wpisu,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,