

**WYROK**  
**z dnia 1 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę

**A. K. – S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. K. – S. TRAF LINE ul. Modrzewiowa 1, 43-200 Pszczyna**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego  
ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice**

przy udziale wykonawcy **Transgór S.A. ul. Fabryczna 7a, 41-404 Mysłowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **A. K. – S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. K. – S. TRAF LINE** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **A. K. – S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. K. – S. TRAF LINE** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od A. K. – S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. K. – S. TRAF LINE na rzecz Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego kwotę 3 597 zł 75 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący: .....**

**Sygn. akt: KIO 1790/15**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej nr 695, 788” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 sierpnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 152-280633. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – A. K. – S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A. K. – S. TRAF LINE wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez postawienie oferentom wymagania, by dysponowali co najmniej trzema autobusami zasilanymi paliwem metanowym, oraz wymagania, by dysponowali co najmniej czterema autobusami nie starszymi niż z 2015 roku, tj. wprowadzenie niczym nieuzasadnionego oraz nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu, który narusza zasadę równości wykonawców i ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie – w punkcie 5.1.3. a) – aby oferent dysponował co najmniej sześcioma autobusami nie starszymi niż z 2013 roku, spełniającymi normę czystości spalin co najmniej Euro 5, tj. pkt 5.1.3. a) winien przybrać następujące brzmienie:

A. „a) siedem autobusów, o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN), w tym:

- co najmniej sześć autobusów nie starszych niż z 2013 roku spełniających normę czystości spalin co najmniej Euro 5;
- nie więcej niż jeden autobus nie starszy niż z 2010 roku spełniający normę czystości spalin co najmniej Euro 5”,

ewentualnie (w razie nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego wymogu posiadania autobusów zasilanych paliwem metanowym):

B. „a) siedem autobusów, o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN), w tym:

- co najmniej cztery autobusy nie starsze niż z 2013 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 5, z których co najmniej trzy autobusy zasilane paliwem metanowym lub wyposażone w napęd hybrydowy bądź elektryczny (w przypadku autobusów zasilanych paliwem metanowym lub wyposażonych w napęd hybrydowy bądź elektryczny dopuszcza się obniżoną pojemność autobusu o nie więcej niż 10% miejsc dla pasażerów);
- co najmniej dwa autobusy nie starsze niż z 2013 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 5;
- nie więcej niż jeden autobus nie starszy niż z 2010 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 5.

Podczas rozprawy odwołujący następująco zmienił żądania:

pkt A ppkt a) kropka pierwsza – co najmniej cztery autobusy nie starsze niż z 2013 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 6, natomiast pozostałe dwie kropki jak w pkt B, ppkt a),

w pkt B ppkt a), pierwsza kropka – co najmniej cztery autobusy nie starsze niż z 2013 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 6 i dalsza treść jak dotychczas.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 5.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymaga, by oferent dysponował siedmioma autobusami niskopodłogowymi z homologacją, wyposażonymi w pochylnię (rampę najazdową) lub podnośnik na wózki dla osób niepełnosprawnych spełniającą wymagania załącznika VII dyrektywy UE nr 2001/85/WE, spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej, w tym wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia oraz następujące wymagania dodatkowe:

a) siedem autobusów o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN), w tym:

- co najmniej cztery autobusy nie starsze niż z 2015 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 6, z których co najmniej trzy autobusy zasilane paliwem metanowym (w przypadku autobusów zasilanych paliwem metanowym dopuszcza się obniżoną pojemność autobusu o nie więcej niż 10% miejsc dla pasażerów);
- co najmniej dwa autobusy nie starsze niż z 2013 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 5;

- nie więcej niż jeden autobus nie starszy niż z 2010 roku spełniający normę czystości spalin co najmniej Euro 5.

Wymóg, by oferent dysponował co najmniej czterema autobusami nie starszymi niż z 2015 roku, spełniającymi normę czystości spalin co najmniej Euro 6, z których co najmniej trzy autobusy zasilane paliwem metanowym jest, zdaniem odwołującego, niczym nie uzasadniony i narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu wyłącznie do tych wykonawców, którzy mają dostęp do co najmniej trzech takich autobusów. Wymóg ten nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia, przez co należy uznać go za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający corocznie ogłasza kilkadziesiąt postępowań na świadczenie usług transportu autobusowego publicznego i w żadnym z nich nie zostały sformułowane tak surowe kryteria udziału. Zamawiający po raz pierwszy żąda, by wykonawcy mieli dostęp i wykonywali usługę autobusami zasilanymi paliwem metanowym. Nie pojawiły się też żadne szczególne okoliczności faktyczne, czy prawne, by taki wymóg stawiać. Gdyby wymóg posiadania autobusów zasilanych paliwem metanowym był uzasadniony tym, że trasy, które mają one obsługiwać (lub część tych tras) znajdują się w obszarach szczególnie chronionych, to informacja ta winna znaleźć się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projekcie umowy, gdyż byłby to istotny element zobowiązania wykonawcy. W § 1 pkt 9 projektu umowy wprowadzono jedynie prawo zamawiającego do przydzielania poszczególnych autobusów do danej linii (czy zadań na danej linii), lecz brak jakiegokolwiek informacji, iż kryterium tego przydziału stanowi konieczność obsługi niektórych zadań przez autobusy zasilane paliwem metanowym, czego należałoby się spodziewać, gdyby istniały szczególne wymogi ekologiczne obsługi danej linii lub jej części. Poza tym zamawiający dopuszcza jednocześnie autobusy emitujące większą ilość spalin (norma Euro 5 i silnik inny, niż zasilany paliwem metanowym), a mają one jeździć po tych samych trasach, co autobusy zasilane paliwem metanowym. Zamawiający jest więc niekonsekwentny, gdyż, gdyby chciał osiągnąć efekt ekologiczny, to nie powinien jednocześnie dopuszczać autobusów o niższych parametrach ekologicznych. Sam fakt, iż takie autobusy dopuszcza, świadczy o tym, że intencje zamawiającego były inne. Poza tym osiągnięcie efektu ekologicznego jest możliwe również przy użyciu autobusów z napędem tradycyjnym, gdyż te również spełniają najwyższy standard czystości emisji spalin (Euro 6). Istnieją też autobusy bardziej proekologiczne, niż napędzane paliwem metanowym.

Istotne jest też, że pojazdy zasilane paliwem metanowym wymagają szczególnego zaplecza, technicznego i osobowego. Tymczasem autobusy o innych proekologicznych rozwiązaniach (np. wyposażone w napęd hybrydowy czy elektryczny) takich warunków nie wymagają.

W konsekwencji wymóg dysponowania pojazdami zasilanymi paliwem metanowym powoduje ograniczenie konkurencji i wprowadza nierównowagę w traktowaniu wykonawców

także z tej przyczyny, iż faktycznie dopuszcza do udziału w postępowaniu jedynie podmioty dysponujące szczególnym zapleczem technicznym i osobowym niezbędnym do obsługi tego rodzaju autobusów.

Jeśli zamawiający zamierzał uzyskać korzystniejsze oferty cenowe (z uwagi na to, iż koszty eksploatacji autobusów zasilanych paliwem metanowym są o ok. 35% niższe od kosztów eksploatacji autobusów z napędem tradycyjnym), to niekonsekwentne jest żądanie tylko trzech pojazdów tego typu.

Dla oceny zachowania przez zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie bez znaczenia pozostaje, iż wymagane trzy autobusy zasilane paliwem metanowym, przy uwzględnieniu wymaganego rocznika 2015, są niedostępne na rynku w okresie do 1 listopada 2015 r., kiedy to ma rozpocząć się świadczenie usługi. Tego typu autobusy są droższe i znacznie mniej popularne, wskutek czego są produkowane wyłącznie na zamówienie. Ich cykl produkcyjny wynosi ok. 3-4 miesiące. Z uwagi na wymagany rok produkcji niemożliwe jest także ich nabycie na rynku wtórnym.

Zdaniem odwołującego istnieją uzasadnione podejrzenia, iż jedyną przyczyną żądania autobusów z zasilaniem metanowym jest fakt, iż dotychczasowy wykonawca obsługi linii 695 i 788 – Transgór S.A. – takim taborem dysponuje i posiada największe doświadczenie w eksploatacji autobusów napędzanych paliwem gazowym spośród wszystkich przewoźników wykonujących pracę przewozową na zlecenie KZK GOP. Istnieje bardzo małe prawdopodobieństwo, by którykolwiek z konkurentów Transgór S.A. był w stanie uzyskać – w terminie do dnia składania ofert – dostęp do takiego taboru.

Z tych przyczyn zarzut ten należy uznać za uzasadniony, a w konsekwencji nakazać zamawiającemu usunięcie wymogu, by wykonawcy dysponowali autobusami zasilanymi paliwem metanowym.

Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył też krąg potencjalnych wykonawców wyłącznie do tych, którzy mają dostęp do co najmniej czterech autobusów nie starszych niż z 2015 roku, spełniających normę czystości spalin co najmniej Euro 6.

Wymóg, by oferent dysponował co najmniej czterema autobusami nie starszymi niż z 2015 roku jest nieracjonalny i niekonsekwentny, gdyż w tym samym postępowaniu zamawiający dopuszcza również starsze autobusy – z 2013 roku, a nawet jeden autobus z 2010 roku. Tak więc sam zamawiający uważa, iż jakość usługi nie będzie obniżona w przypadku, w którym wykonawca będzie posługiwał się taboru nie starszym niż z 2010 roku.

W takim wypadku, wymaganie, by wykonawca dysponował czterema autobusami z 2015 roku, nie jest uzasadnione, a narusza zasadę równości wykonawców i ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż tylko wąski krąg wykonawców będzie w stanie spełnić to wymaganie. Autobusy o takich samych parametrach technicznych, lecz z 2013 roku są łatwiejsze do zakupu, najmu, czy leasingu.

W wyroku KIO z 14 kwietnia 2014 roku nakazano zamawiającemu zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie starszego taboru. KIO wprost wskazała, że nie ma powodów, by zamawiający nie dopuścił pojazdów spełniających normę Euro 6, lecz wyprodukowanych w 2013, czy w 2012 roku, a nie w 2014 roku. Jest to pojazd wciąż spełniający te same parametry ekologiczne i nowy, natomiast łatwiejszy do zakupu, najmu, czy leasingu, niż pojazd wyprodukowany w 2014 roku, natomiast biorąc pod uwagę, iż zamawiający zezwala na świadczenie usług pojazdami 12-letnimi, nie będzie w stosunku do pasażerów szczególnym obniżeniem jakości usług, jeżeli jeden pojazd będzie nie z roku 2014, lecz z 2012 lub 2013.

## II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje wymagania dotyczące taboru i wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wskazał, że odwołujący twierdzi, iż ograniczenie kręgu wykonawców narusza uczciwą konkurencję, jednak z orzecznictwa wynika, że okoliczność, iż nie każdy potencjalny wykonawca spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie oznacza, że zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji, a zamawiający ma prawo stawiać wymagania nawet wysokie, jeśli jest to uzasadnione jego potrzebami.

Co do roku produkcji autobusów, to zamawiający stopniuje wymagania dotyczące autobusów, gdyż nie wszystkie są cały czas w trasie. Niektóre przeznaczone są tylko do obsługi porannego i popołudniowego szczytu. Zatem wydatki na autobus metanowy, czy bardziej nowoczesny, się zwrócą, jeśli autobus ten jeździ cały dzień. Zależy to również od linii, do której obsługi będą przeznaczone, gdyż na linii 788 planowany przebieg to 1.500 km dziennie (dzień roboczy), natomiast na linii 695 jest to o połowę mniej, a linia ta nie kursuje w dni wolne. Zatem mogą być na niej autobusy starsze. W § 1 pkt 9 umowy zamawiający zastrzegł sobie prawo przydzielania autobusów do linii lub zadania na tej linii.

W wyroku Izby o sygn. akt KIO 1560/15 pojawił się taki sam zarzut, który został oddalony.

Jeśli chodzi o paliwo metanowe, to rzeczywiście jest to pierwsza specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający postawił taki wymóg. Paliwo metanowe to: biogaz (CBG), sprężony gaz ziemny (CNG), skroplony gaz ziemny (LNG) lub sprężony metan z odmetanowienia kopalń.

Wymagania te nie wynikają z „widzimisie” zamawiającego, lecz szeregu dokumentów: dyrektywy 2009/28/WE, z której wynika, że udział paliw odnawialnych w rynku transportowym powinien wynosić 10%; dyrektywy 2014/94/UE z dnia 22 października 2014 r. w sprawie rozwoju infrastruktury paliw alternatywnych, zgodnie z którą należy zwiększać niezależność transportu od ropy naftowej, a głównymi paliwami alternatywnymi powinien być m.in. gaz ziemny, Białej Księgi z dnia 28 marca 2011 r. Komisji Europejskiej (tj. plan

utworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu – dążenie do osiągnięcia konkurencyjnego i zasobooszczędnego systemu transportu), z której wynika, iż paliwa ropopochodne w transporcie miejskim powinny być wyeliminowane do roku 2050, a do roku 2030 zmniejszone o połowę. Dlatego też wydano szereg dokumentów lokalnych, wskazujących na konieczność obniżenia negatywnego wpływu transportu miejskiego na środowisko naturalne, m.in.: uchwałę Nr CXIX/12/2013 Zgromadzenia Komunikacyjnego Związku Komunalnego GOP w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2015 r. w sprawie przyjęcia planu zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego Komunikacyjnego Związku Komunalnego GOP w Katowicach; Strategię Rozwoju Transportu do 2020 roku (z perspektywą do 2030 roku) Ministerstwa Transportu, Budownictwa i Gospodarki Wodnej z dnia 22 stycznia 2013 r.; Strategię Rozwoju Systemu Transportu Województwa Śląskiego z kwietnia 2014 roku Sejmiku Województwa Śląskiego; Strategię Zintegrowanych Inwestycji Terytorialnych Subregionu Centralnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 ustanowioną Uchwałą Walnego Zgromadzenia Członków Subregionu Centralnego nr 12/2015 z dnia 5 sierpnia 2015 r. w sprawie aktualizacji „Strategii Zintegrowanych Inwestycji Terytorialnych Subregionu Centralnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020”; Koncepcję polityki niskoemisyjnej dla Subregionu Centralnego Województwa Śląskiego do roku 2020 z czerwca 2015 r. Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego, Wydziału Rozwoju Regionalnego (...), z których wynika konieczność zastosowania autobusów bardziej przyjaznych środowisku.

Wymogi te zostały wprowadzone akurat teraz, gdyż zawsze musi być pierwszy raz. Nie jest on pierwszym miastem, które takie autobusy wprowadziło – wcześniej zrobił to m.in. Olsztyn i Tychy, a ze statystyki opracowanej przez Natural & bio Gas Vehicle Association wynika, że w Polsce jeździ takich autobusów 400 (obecnie pewnie więcej).

Jedyna stacja w okolicy, na której można zatankować autobusy na paliwo metanowe, mieści się w Tychach, a linia 788 przejeżdża przez Tychy, więc każdy wykonawca będzie miał możliwość tankowania po drodze bez konieczności dojazdów.

Zarzut, że jeśli zamawiający przewiduje dwie linie, z których jedna biegnie obok stacji tankującej metan, a druga nie, jest absurdalny, by zamawiający kazał jeździć autobusom po tej linii, która nie przebiega obok stacji. Koszt zakupu, eksploatacji taboru w 60% obciąża budżet gmin należących do związku.

Zamawiający nie wymagał wszystkich autobusów na metan, ponieważ zakup tego rodzaju autobusu jest bardziej kosztowy, więc zamawiający musiał podjąć politykę stopniowego zwiększania wymagań w kolejnych postępowaniach.

To prawda, że istnieją autobusy bardziej ekologiczne, np. elektryczne, jednak cena takiego autobusu jest zbyt wysoka dla budżetu gminy.

Co do zarzutu, że do 21 listopada 2015 r. autobusy te są niedostępne – to jeśli wykonawca uznał, że ma za mało czasu na uzyskanie takiego taboru, powinien się domagać zmiany terminu składania ofert, aby mógł takie autobusy uzyskać.

Posiadanie zaplecza technicznego jest rzeczą oczywistą i wykonawca musi się o to zatroszczyć, poprzez choćby znalezienie podwykonawcy lub utworzenie konsorcjum. Zdaniem zamawiającego odwołanie jest żądaniem, aby zamawiający dostosował specyfikację istotnych warunków zamówienia do możliwości odwołującego.

III Stanowisko przystępującego – Transgór S.A.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że autobusy o napędzie metanowym są znacznie lepsze, niż autobusy z napędem tradycyjnym, nie tylko, jeśli chodzi o emisję zanieczyszczeń, ale istotne jest także zmniejszenie poziomu hałasu – 3 dB mogą wydawać się nieistotne, jednak na terenach zabudowanych jest to znaczna redukcja.

Oświadczył, że co prawda posiada pojazdy zasilane paliwem CNG, ale nie spełniają one wymogu zamawiającego, ponieważ zostały wyprodukowane w roku 2004 i 2007, będzie więc musiał pozyskać te pojazdy jak inni wykonawcy.

Autobusy elektryczne nie muszą być bardziej ekologiczne ze względu na sposób pozyskiwania energii elektrycznej (z węgla). Nie mogłyby być też wykorzystywane na linii 788, ponieważ pojemność baterii wystarcza na około 80 km.

Dodatkowo spaliny z pojazdów napędzanych olejem napędowym zawierają cząstki stałe (sadzę), której nadmiar stanowi poważny problem na Śląsku, a która też jest rakotwórcza. Norma Euro 6 przewiduje ich pewną ilość, a autobus gazowy ich nie produkuje.

Autobusy napędzane CNG będzie również można tankować biogazem, kiedy tylko pojawią się takie stacje. Stacje tankowania CNG w rejonie znajdują się w Tychach oraz w Pawłowicach koło Żor.

Zdaniem przystępującego nie ma potrzeby posiadania specjalnego zaplecza dla autobusów zasilanych gazem, ponieważ jedyną różnicą jest sposób tankowania; wymaga więc szkolenia kierowców, jak tankować.

Koszty eksploatacji pojazdów zasilanych CNG ostatnio wzrosły – ze względu na wzrost cen tego paliwa i obecnie są wyższe, niż zasilanych olejem napędowym. \Jeśli wymaganie siedmiu autobusów zasilanych metanem nie powodowałoby zastrzeżeń odwołującego, to tym bardziej nie powinien kwestionować wymogu posiadania trzech.

Norma Euro 6, zgodnie z rozporządzeniem nr 2007/715/EC, obowiązuje od 1 stycznia 2014 r., zatem wymóg posiadania autobusów starszych byłby niekonsekwentny.

Nie należy odbierać zamawiającemu prawa do takiego sformułowania wymagań, a zamawiający nie ma obowiązku dostosowywać specyfikacji istotnych warunków

zamówienia do możliwości odwołującego. Wymóg postawiony przez zamawiającego jest proporcjonalny od przedmiotu zamówienia.

#### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między stronami.

Jak wskazał odwołujący, w punkcie 5.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymaga, by oferent dysponował siedmioma autobusami niskopodłogowymi z homologacją, wyposażonymi w pochylnię (rampę najazdową) lub podnośnik na wózki dla osób niepełnosprawnych spełniającą wymagania załącznika VII dyrektywy UE nr 2001/85/WE, spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej, w tym wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia oraz następujące wymagania dodatkowe:

a) siedem autobusów o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN), w tym:

- co najmniej cztery autobusy nie starsze niż z 2015 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 6, z których co najmniej trzy autobusy zasilane paliwem metanowym (w przypadku autobusów zasilanych paliwem metanowym dopuszcza się obniżoną pojemność autobusu o nie więcej niż 10% miejsc dla pasażerów);
- co najmniej dwa autobusy nie starsze niż z 2013 roku spełniające normę czystości spalin co najmniej Euro 5;
- nie więcej niż jeden autobus nie starszy niż z 2010 roku spełniający normę czystości spalin co najmniej Euro 5.

Izba uznała powyższe wymagania za uzasadnione, tj. stwierdziła, że zamawiający jest w stanie uzasadnić takie ich brzmienie, a zaprezentowane przez niego argumenty, jak też argumenty przystępującego – przytoczone obszernie powyżej – są dla Izby przekonujące.

Samo wykorzystanie do wykonania usługi autobusów nowych (rok produkcji 2015) nie jest też ewenementem – w jednym z ostatnio prowadzonych przez ZTM w Warszawie postępowań wykonawcy deklarowali dysponowanie 100 takimi autobusami.

Podczas rozprawy nie było sporne, że autobusy zasilane paliwem metanowym są bardziej ekologiczne nawet od autobusów spełniających wymogi normy Euro 6, a te z kolei od autobusów spełniających normę Euro 5.

Co do argumentacji odwołującego, że jeśli zamawiający chciałby działać proekologicznie, to powinien wymagania takie postawić w stosunku do wszystkich pojazdów – to owszem, Izba również zalecałaby stosowanie wszystkich autobusów o jak najwyższych standardach ekologicznych, ale rozumie także celowość stopniowego wprowadzania coraz wyższych wymogów. Poza tym brak możliwości tankowania autobusów w paliwo metanowe w Katowicach lub najbliższej okolicy rzeczywiście stanowi dużą barierę praktyczną w wykorzystaniu takich autobusów, podobnie jak mała wydajność akumulatorów autobusów elektrycznych przy długich trasach przewozu.

W powyższych wymaganiach zamawiającego, nawet jeśli ograniczają one udział wykonawców w postępowaniu wyłącznie do tych, którzy mają dostęp do autobusów z 2015 r. i napędzanych paliwem metanowym, Izba nie widzi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców – wszak wszyscy wykonawcy muszą spełnić takie same warunki – czy ograniczenia uczciwej konkurencji, której nie można pojmować jako „równanie w dół”, aby każdy chętny mógł wziąć udział w postępowaniu, ale jako dążenie do uzyskania jak najlepszych ofert (w tym obejmujących jak najlepszy, najnowszy, najbardziej komfortowy, najbardziej ekologiczny itd. tabor). Wysokie wymagania zatem same w sobie nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji.

Nie można się też zgodzić z tym, że wymóg nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia (jest nim choćby czynnik ekologiczny czy zmniejszenie poziomu hałasu, a także komfort pasażerów).

Izba nie widzi też, żeby wymagania były nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia – wymogi obejmują pojazdy do obsługi wskazanych przez zamawiającego dwóch linii autobusowych, ich liczba nie jest nadmierna – a jeśli chodzi o liczbę autobusów o zwiększonych wymaganiach, to sam odwołujący wskazywał, że dziwne jest, iż zamawiający nie wymaga wszystkich autobusów o wyższym standardzie.

W tym miejscu należy przypomnieć stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w wyroku z 7 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus, iż fakt, że postawione wymogi (uznane za uzasadnione) mogą zostać spełnione jedynie przez niewielką liczbę przedsiębiorstw, sam w sobie nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania: „85. Należy zatem stwierdzić, że w takim kontekście faktycznym okoliczność, iż jedno z kryteriów przyjętych przez instytucję zamawiającą celem zidentyfikowania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie mogło zostać spełnione jedynie przez niewielką liczbę przedsiębiorstw, sama w sobie nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania.

86. W tej sytuacji na pytanie trzecie należy udzielić odpowiedzi, że zasada równego traktowania nie sprzeciwia się kryteriom związanym z ochroną środowiska naturalnego, takim jak te sporne w sprawie przed sądem krajowym, z tego tylko względu, że przedsiębiorstwo transportowe należące do instytucji zamawiającej jest jednym z nielicznych przedsiębiorstw, które mają możliwość zaoferowania sprzętu spełniającego te kryteria.”

Na marginesie warto podkreślić, że wyrok ten jest o tyle wart uwagi także z tego względu, że dotyczył autobusów, m.in. wymogu napędzania gazem oraz roku produkcji, a został wydany kilkanaście lat temu, kiedy kwestie ekologiczne nie były jeszcze tak restrykcyjnie traktowane jak obecnie (por. dyrektywy dotyczące zamówień publicznych 2014/24/UE i 2014/25/UE).

Należy też przypomnieć i podkreślić, że główną zasadą formułowania warunków udziału w postępowaniu – czy też każdego innego wymogów zamawiającego – jest to, aby zamawiający potrafił w sposób racjonalny i przekonujący uzasadnić swoje wymagania.

Tym samym nawet przy identycznych wymaganiach może się okazać, że w jednym przypadku zostaną one uznane za uzasadnione, a w innym nie.

Podobnie było w przypadku przywołanego przez odwołującego wyroku z 14 września 2014 r. – który Izba, *notabene*, znakomicie pamięta – zamawiający nie potrafił przekonująco uzasadnić większości swoich wymagań, a i proporcja pomiędzy liczbą autobusów i rokiem ich produkcji była znacznie większa niż w obecnym postępowaniu. W tamtym przypadku zamawiający przewidział też odstąpienie od swoich wymagań na etapie realizacji umowy. Inna także była argumentacja odwołującego.

Zatem powołanie się na tamtą sprawę nie może stanowić argumentu w sprawie obecnej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....