

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach **14 i 18 kwietnia 2017 r.** przez wykonawców:

1. M. Sp. z o.o., (...) R., sygn. akt KIO 745/17

2. M. Sp. z o.o. (...) M., sygn. akt KIO 760/17

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego:
Miasto Kielce - Zarząd Transportu Miejskiego, (...) Kielce,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy M. Sp. z o.o., (...) R., sygn. akt KIO 745/17 i nakazuje zamawiającemu:**
 - 1.1.** wprowadzenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia, że termin rozpoczęcia realizacji usług przewozowych przez wybranego wykonawcę zamówienia, nie będzie krótszy niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy i zamieszczenie ww. postanowienia w sposób spójny w odpowiednich dokumentach przetargu,
 - 1.2.** kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Miasto Kielce - Zarząd Transportu Miejskiego, (...) Kielce,**
 - 1.3.** zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **M. Sp. z o.o., (...) R.,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 1.4.** zasądza od zamawiającego **Miasta Kielce - Zarządu Transportu Miejskiego** na rzecz odwołującego **M. Sp. z o.o., (...) R., sygn. akt KIO 745/17,** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika,
 - 1.5.** oddala zarzuty odwołania w pozostałym zakresie, nie uwzględnionym przez zamawiającego.
- 2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy M. Sp. z o.o. (...) M. sygn. akt KIO 760/17, i nakazuje zamawiającemu:**
 - 2.1.** wprowadzenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia, że termin rozpoczęcia realizacji usług przewozowych przez wybranego wykonawcę zamówienia, nie będzie krótszy niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy i zamieszczenie ww. postanowienia w sposób spójny w odpowiednich dokumentach przetargu,
 - 2.2.** dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ oraz Załącznika Nr 6 Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia poprzez (w sposób spójny z całością dokumentacji przetargu) wprowadzenie zapisu w postanowieniach punktu 13.5 SIWZ oraz w załączniku nr 6 do SIWZ - precyzującego zakres funkcji osób skierowanych do realizacji zamówienia - odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i niezbędnych do wykonania oraz wykształcenia zamówienia zakresu przez nich oraz czynności o wykonywanych informację podstawie dysponowania tymi osobami - których wykonawca ma z imienia i nazwiska zamieścić w wymienionym Wykazie załącznika nr 6, z wyeliminowanie wymogu podania w tym wykazie imion i nazwisk 350 kierowców oraz 18 pracowników obsługi technicznej.
 - 2.3.** kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Kielce - Zarząd**

Transportu Miejskiego, (...) Kielce,

2.4. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **M. Sp. z o.o. (...) M.** tytułem wpisu od odwołania,

2.5. zasądza od **Miasta Kielce** - zamawiającego **Zarządu Transportu**

Miejskiego, na rzecz odwołującego **M. Sp. z o.o. (...) M.** kwotę **18 600,00 zł**

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika,

2.6. oddala zarzuty odwołania w pozostałym zakresie, nie uwzględnionym przez zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) na niniejszy

2

wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt: KIO 745/17 Sygn. akt: KIO 760/17

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach” (ogłoszenie o zamówieniu Dz. Urz. UE z 05.04. 2017 r. Nr 2017/S 067-126355), zostały wniesione pisemne odwołania:

1. w dniu 14.04.2017 r. przez wykonawcę M. Sp. z o.o.

2. w dniu 18.04.2017 r. przez wykonawcę M. Sp. z o.o.

- w kopii przekazane zamawiającemu z zachowaniem terminu ustawowego.

Wniesienie odwołań nastąpiło wobec postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej „SIWZ”), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 5 kwietnia 2017r.

Odwołania dotyczą postępowania, które zostało wszczęte w dniu 5 kwietnia 2017 r., mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r. poz.1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia wniesionych odwołań w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2017 r. zgłoszenia do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym nie złożył żaden wykonawca.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu: Miastu Kielce - Zarządowi Transportu Miejskiego naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020 ze zm.), zwaną „ustawą Pzp”.

Sygn. akt: KIO 745/17

Odwołujący M. Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. przepisu art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie terminu wykonania zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

II. przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

4

III. art. 7 w zw. z art. 144 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do warunków postępowania klauzul dopuszczających zmiany umowy, które stoją w sprzeczności z dyspozycją art. 144 ust. 1 Pzp,

IV. art. 7 w zw. z art. 139 ustawy Pzp i art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez arbitralnych oraz nadmiernie uciążliwych dla wykonawcy istotnych sformułowanie postanowień umownych,

V. art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu dysponowania przez wykonawcę terenem przeznaczonym na bazę techniczną, zlokalizowanym wyłącznie na terenie miasta Kielce, bez określenia możliwości utworzenia filii zajezdni, z nadmierną liczbą stanowisk oraz kanałów, który to warunek jest nieproporcjonalny i skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców,

VI. art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu dysponowania 25 [kierowcami] zaplecza technicznego, który to warunek jest nieproporcjonalny i skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców,

VII. art. 91 ust. 2a w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 13 Pzp poprzez określenie jako kryterium oceny ofert terminu płatności, a zatem kryterium które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a ponadto kryterium to odnosi się wyłącznie do ceny a zatem jest niezgodne z dyspozycją art. 91 ust. 2a Pzp.

Odwolujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w ogłoszeniu oraz SIWZ w następującym zakresie:

- 1) zmianę pkt II.2.4 sekcji II Ogłoszenia w zakresie terminu obowiązywania umowy taki sposób, aby początkową datę świadczenia usługi przewozowej określić na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) zmianę pkt 10 w SIWZ w taki sposób, aby data rozpoczęcia świadczenia usług została określona na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 3) zmianę pkt II.2.7 sekcji II Ogłoszenia w taki sposób, aby data rozpoczęcia świadczenia usług została określona na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 4) zmianę § 2 ust. 1 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w zakresie okresu obowiązywania umowy, w taki sposób, aby czas obowiązywania umowy został określony od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2027r.;

5

-
- 5) zmianę § 2 ust. 2 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w zakresie terminu rozpoczęcia wykonywania umowy, w taki sposób, aby wprowadzić dla wykonawców termin na uruchomienie usługi przewozowej liczony od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
 - 6) wykreślenie § 9 ust. 2 Umowy;
 - 7) wykreślenie § 11 ust. 1 pkt 4 Umowy;
 - 8) zmianę punktu 13.4 SIWZ, punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia oraz 10 ust. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości lokalizacji zajezdni na terenie gmin ościennych miasta Kielce;
 - 9) zmianę punktu 13.4 SIWZ, punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia oraz 10 ust. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości utworzenia filii zajezdni głównej na terenie miasta Kielce lub gmin ościennych;
 - 10) zmianę punktu 13.4 SIWZ, punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia oraz 10 ust. 2a Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia poprzez zmniejszenie liczby stanowisk kanałów naprawczych do 4;
 - 11) zmianę punktu 13.5 SIWZ oraz punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia poprzez wskazanie, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia tj. co najmniej 350 kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, 15 pracownikami zaplecza technicznego oraz 6 dyspozytorami;
 - 12) zmianę punktu 29 ust. 2 SIWZ poprzez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert wiek taboru, wskazanego do realizacji zamówienia.

Ponadto odwołujący wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwolujący podnosił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż treść ogłoszenia oraz SIWZ narusza podstawowe normy ustawy Pzp, które to naruszenia prowadzą do ograniczenia uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego odwołujący, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie

przedmiotowego zamówienia publicznego nie może złożyć konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji osiągnąć korzyści ekonomicznych z realizacji zamówienia. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że interes wykonawcy - na etapie skarżenia SIWZ - wywodzi się z potencjalnej szkody, którą wykonawca może ponieść wskutek sformułowania postanowień SIWZ w sposób sprzeczny z przepisami prawa (wyrok z dnia 23 sierpnia 2012 roku, sygn. akt KIO 1691/12).

6

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający - Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, na świadczenie usług przewozowych na wszystkich liniach komunikacyjnych miejskich w Kielcach oraz na terenie gmin ościennych, z którymi Gmina Kielce zawarła porozumienia o organizowaniu wspólnej komunikacji. W ocenie odwołującego zaskarżone postanowienia SIWZ są niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut I naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w sekcji II pkt II.2.4 Ogłoszenia oraz w punkcie 10 SIWZ wskazał, iż termin realizacji umowy na świadczenie usług przewozowych na terenie miasta Kielce przypadać będzie na okres od 1 stycznia 2018 roku do 31 grudnia 2027 roku. Jednocześnie w sekcji IV pkt IV.2.2 Ogłoszenia oraz w punkcie 24.1 SIWZ poinformował, że termin składania ofert mija w dniu 11 maja 2017 r. Natomiast w pkt II.2.7 sekcji II Ogłoszenia, oraz, § 2 ust. 2 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ ZTM w Kielcach zaznaczył, że usługa przewozowa świadczona będzie w okresie od 01.01.2018 r. do 31.12.2027 r.

W ocenie odwołującego takie postanowienia naruszają przepis art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż pozbawiają wykonawców wiedzy na temat podstawowej okoliczności niezbędnej dla przygotowania oferty - informacji na temat czasu, jakim będzie dysponował wykonawca na rozpoczęcie wykonywania świadczeń po dacie zawarcia umowy, gdyż ani wykonawcy, ani zamawiający nie mają wiedzy na temat tego kiedy zakończy się niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego obecna treść dokumentacji postępowania wprowadza zatem element niepewności, mogący skutkować w skrajnym przypadku brakiem możliwości wykonywania świadczeń w wymaganym terminie z powodu przedłużającej się procedury przetargowej. Ponadto odwołujący zauważył, że zamawiający zamiast ustalenia terminu na uruchomienie usługi - w konkretnej dacie, powinien określić odpowiedni okres liczony od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia. W opinii odwołującego przywołane postanowienia narażają również wykonawców na ryzyko zapłaty kar umownych wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usługi.

Odwołujący przytoczył tezę z wyroku z dnia 16 sierpnia 2013 roku (sygn. akt KIO 1869/13, KIO 1876/13), w którym Krajowa Izba Odwoławcza w stwierdziła, iż czas na przygotowanie się do świadczenia usługi uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, tj. zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naturalną rzeczą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może toczyć się w różnym czasie. Mogą to być terminy minimalne

7

określone w ustawie Prawo zamówień publicznych, ale i terminy nieporównanie dłuższe związane ze składaniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej, jak również uzależnione od opieszałości Zamawiającego, czy też od innych czynników wpływających na przedłużenie się procedury udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym zatem wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie mają pewności, kiedy będą mogli rozpocząć przygotowania do świadczenia usługi, a co najistotniejsze, nie mają pewności, ile będą mieli czasu na podjęcie tych przygotowawczych czynności. Nie mogą zatem wycenić tych prac i związanego z nimi ryzyka, w szczególności także uzależnienia od powyższego kar umownych przewidzianych przez zamawiającego. Z tych też względów Zamawiający powinien określić czas niezbędny na przygotowanie do świadczenia usługi liczony od momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 24 lipca 2008 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 707/08 czytamy: „(...) Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że

wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty 19.10.2008 r. rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie (...); (...) Wyznaczenie terminu rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę sieciową, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą zawierać umowy dzierżawy łączy od firm, będących ich właścicielami czy dysponentami. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art. 7 ust. 1 ZamPublU, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia."

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w przypadku nie rozpoczęcia świadczenia usług w terminie, Organizator rozwiąże umowę w trybie natychmiastowym, bez zachowania okresu wypowiedzenia, odwołujący uznawał, że zmiana zaskarżonego zapisu jest konieczna i uzasadniona. Podkreślał również, że wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi jest jedną z kluczowych decyzji zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Przywołał kolejny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1246/10 „(...) Zatem Izba podziela argumentację odwołującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy, postanowienia SWIZ, które wymagają od wykonawcy, aby rozpoczął świadczenie usług w terminie 30 dni od dnia podpisania, mogą prowadzić do

8

naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 7 w zw. z art. 29 ust 2 ustawy, gdyż w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaoferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez zamawiającego terminie. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług powinno być tak określone, aby dawało możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali 90 dniami na uruchomienie świadczenia usług VPN w technologii SDSL (synchroniczny DSL) łącznie licząc od dnia podpisania umowy, tym samym zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy poprzez określenie 30-dniowego terminu licząc od dnia podpisania umowy na rozpoczęcie świadczenia usług potwierdził się (...)" (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO 1123/10; wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 27 lutego 2006 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-533/06; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 874/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 54/10 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2010 roku, sygn. akt KIO 1756/10). Z kolei w wyroku z dnia 19 września 2011 roku (sygn. akt KIO 1910/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zamawiający ma określić termin wykonania zamówienia, jednak termin ten nie może być przyjęty przez zamawiającego dowolnie bez powiązania z możliwościami realizacyjnymi wykonawców. Powoływanie się przez zamawiającego na same wyroki nie zwiększy możliwości wykonawczych podmiotów. Ustanowiony termin wykonania zamówienia powinien brać pod uwagę m.in. na podstawie znajomości technologii, możliwości zapotrzebowań i wytworzenia specjalistycznych urządzeń, a także terminów koniecznych do uzyskania niezbędnych decyzji organów administracji (...); (...) Samo przewidzenie wielu sytuacji niesprzyjających terminowemu wykonaniu zamówienia i dozwoleń na wydłużenie czasu na ukończenie zamówienia ze względu na zdarzenia niezależne od wykonawcy nie zastąpi analizy możliwości wykonania zamówienia w określonym terminie (...)"

Odwołujący podsumował, że w niniejszej sprawie realne szanse terminowego wykonania usługi ma jedynie podmiot, który świadczy przedmiotowe usługi w chwili obecnej, gdyż dysponuje infrastrukturą techniczną oraz kadrą pracowniczą niezbędną do jej realizacji.

Odwołujący wskazał, iż przed rozpoczęciem wykonywania usługi przewozowej będzie musiał podjąć szereg czynności tj. wprowadzić pojazdy do ruchu, zatrudnić na umowę o pracę

9

kierowców oraz personel pomocniczy - ok 400 osób jak również uruchomić zajezdnię. Ponieważ stronom nieznany jest termin rozstrzygnięcia postępowania oraz podpisania umowy - a należy założyć, że uczestnicy postępowania będą korzystać z przysługujących im środków ochrony prawnej, według odwołującego wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie miał około 2 miesiące na dokonanie ww. czynności.

Odwołujący zaznaczał, że dla podmiotu, który nie ma aktualnie zorganizowanej infrastruktury technicznej oraz zatrudnionych pracowników, jest to niewykonalne. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że publiczny transport zbiorowy winien być realizowany ze szczególnym uwzględnieniem jakości świadczonych usług, gdyż zaspokaja podstawowe potrzeby społeczności na danym obszarze, podtrzymał, że terminy określone przez zamawiającego powinny zapewniać wykonawcom czas na przygotowanie się do świadczenia ww. usług. Powtarzał, że zamawiający wskazał termin wykonania zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż w praktyce uruchomienie przewozów od 1 stycznia 2018 roku będzie możliwe jedynie dla podmiotów, które świadczą usługi na terenie miasta Kielce. Stwierdził, że zaproponowany przez odwołującego termin będzie w sposób wystarczający chronił interesy wykonawców. W sytuacji, gdyby postępowanie o zamówienie publiczne uległo przedłużeniu dla wykonawcy pozostaje zabezpieczony odpowiedni okres na podjęcie działań przygotowawczych dla należytego wykonywania usługi, zaś w ręku zamawiającego pozostają inne, ustawowe instrumenty pozwalające mu na zagwarantowanie świadczenia usługi do czasu zakończenia postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący dodał, że jeżeli wykonawca nie dotrzyma terminu rozpoczęcia usługi 01.01.2018 r. bez względu na okoliczności, zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym. Skoro sam zamawiający nie ma pewności kiedy procedura tego zamówienia będzie zakończona i czy uda się wyłonić wykonawcę przed wskazaną datą, to nie może niekorzystnych skutków zdarzeń, co do których obecnie ani zamawiający ani wykonawcy nie są w stanie przewidzieć - przerzucić na wykonawcę. Odwołujący wnosil o:

- 1) zmianę pkt II.2.4 sekcji II Ogłoszenia w zakresie terminu obowiązywania umowy taki sposób, aby początkową datę świadczenia usługi przewozowej określić na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) zmianę pkt 10 w SIWZ w taki sposób, aby data rozpoczęcia świadczenia usług została określona na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

10

3) zmianę pkt II.2.7 sekcji II Ogłoszenia w taki sposób, aby data rozpoczęcia świadczenia usług została określona na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

4) zmianę § 2 ust. 1 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w zakresie okresu obowiązywania umowy, w taki sposób, aby czas obowiązywania umowy został określony od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2027r.;

5) zmianę § 2 ust. 2 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w zakresie terminu rozpoczęcia wykonywania umowy, w taki sposób, aby wprowadzić dla wykonawców termin na uruchomienie usługi przewozowej liczony od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na poziomie nie krótszym niż 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający oświadczył, że podziela poglądy odwołującego, że wykonawca powinien mieć odpowiedni czas na przygotowanie się do świadczenia usługi i w tym celu wszczął wcześniej postępowanie w dniu 5 kwietnia 2017 r. poprzez ogłoszenie o zamówieniu. W ocenie zamawiającego tak wcześnie rozpoczęte postępowanie powinno zakończyć się nie później niż w połowie czerwca 2017 r., przy uwzględnieniu terminów na wniesienie środków odwoławczych i czynności jakie zamawiający musi wykonać w celu zawarcia umowy. Z dniem 31.12.2017 r. kończy się umowa z dotychczasowym wykonawcą, tj. kontrakt 10-letni z M.P.K. Sp. z o.o., w którym miasto Kielce ma mniejszościowe udziały. Zamawiający jest

odpowiedzialny za komunikację miejską, która na mocy porozumień obejmuje też teren dziewięciu sąsiednich gmin. Zamawiający nie może dopuścić, aby nastąpiła przerwa w świadczeniu usług przewozowych.

Zamawiający oświadczył, że przewiduje powyższy scenariusz, ale nie ma pewności czy procedura postępowania zakończy się do planowanego terminu - końca czerwca 2017 r., i dlatego uważa, że ma prawo i uzasadnione podstawy aby termin rozpoczęcia świadczenia usług określić konkretną datą.

Stanowisko Izby

Zmawiający nie naruszył art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który sprowadza się jedynie do obowiązku podania terminu wykonania zamówienia, gdyż termin taki został podany.

Stawiany zarzut faktyczny znalazł potwierdzenie, jako naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy. Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usługi od 1 stycznia 2018 r. i wykonywania jej do 31 grudnia 2027 r. Biorąc pod uwagę warunki zamówienia, w tym konieczność:

11

a) zatrudnienia na umowę o pracę 350 pracowników kierowców, 18 pracowników obsługi technicznej (po zmianach SIWZ i ogłoszenia dokonanych przez zamawiającego) i 6 dyspozytorów,
b) zgromadzenia na miejscu w Kielcach 123 autobusów wykonawcy,
c) ostatecznego przygotowania zadeklarowanej w ofercie bazy transportowej,
d) niewiadomej liczby autobusów udostępnianych przez zamawiającego (modyfikacja SIWZ i ogłoszenia dokonana przez zamawiającego: „Najpóźniej do 30.11.2017 r. Zamawiający powiadomi Wykonawcę, czy będzie w stanie przekazać te autobusy do 31.12.2017 r. [tj. 25 autobusów hybrydowych], a jeżeli nie to czy i w jakim terminie zostaną przekazane”. Jeżeli zamawiający nie nabędzie tych autobusów, wykonawca będzie zobowiązany świadczyć usługi przewozowe autobusami będącymi w jego dyspozycji na liniach komunikacyjnych, na których powinny być wykonywane przewozy autobusami będącymi własnością zamawiającego.

Powyższe zmiany wprowadzają dodatkowe elementy niepewności warunków w jakich przyjdzie wykonawcy wybranemu realizować zamówienie, zatem niezbędnym jest udzielenie wykonawcy, który dotychczas nie świadczył tej usługi na rzecz zamawiającego odpowiedniego, gwarantowanego terminu po zawarciu umowy - na jej wdrożenie. Zamawiający potwierdził, że nie jest pewien, że do końca roku przetarg zostanie rozstrzygnięty. Nie może zatem przerzucać na wykonawców ryzyka opóźnienia zawarcia umowy w stosunku do wymaganej daty rozpoczęcia usług z umożliwieniem wykonawcy przeprowadzenia niezbędnych czynności przygotowawczych. Z tego względu Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że konieczne jest udzielenie wykonawcom gwarantowanego terminu liczonego od daty zawarcia umowy do czasu uruchomienia usługi przewozowej na przygotowanie niezbędnej infrastruktury, taboru i zawarcie umów z pracownikami.

Nawet, jeżeli uwzględni się, że zamawiający przewidział odległą obecnie datę zawarcia umowy, tj. 1 stycznia 2018 r., to jednak nie da się wykluczyć takiej sytuacji, że procedura przetargowa może ulec znacznemu wydłużeniu skutkiem korzystania przez wykonawców z przysługującym im środków ochrony prawnej, tym bardziej, że ustawodawca zrezygnował z zasady koncentracji oceny ofert, wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Umowa ma być zawarta aż na 10 lat, zatem zapewnia stabilność dochodów wybranego wykonawcy w tym okresie, co czyni zamówienie szczególnie atrakcyjnym dla przedsiębiorców z branży usług przewozowych, i jak zapowiadają sami odwołujący rywalizacja o dane zamówienie będzie się odbywała z dużą determinacją.

Warunki zamówienia muszą gwarantować realny termin rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie,

12

obejmującym zatrudnienie pracowników, przynajmniej częściowo nabycie autobusów, przygotowanie autobusów, ich wyposażenie. Termin ten winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotowi, który dotychczas świadczy tego rodzaju usługi przewozowe na rzecz zamawiającego i z tej racji posiada pełną

konieczną infrastrukturę oraz dysponuje osobami, które realizują bieżące zamówienie, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą przygotować cały potencjał osobowy i techniczny. Wykonawca w warunkach tego zamówienia deklaruje, że posiada lub będzie posiadał wyznaczone środki techniczne i osobowe. Oczywiście jest, że przed uzyskaniem zamówienia wykonawca nie zatrudni kierowców, nie dokupi autobusów, ani nie musi kupić, lub też wydzierżawić obiektów bazy transportowej. Wystarczającym jest przedłożenie zobowiązania dysponenta, że w razie uzyskania przez wykonawcę zamówienia, zostanie zawarta umowa dająca wykonawcy tytuł prawny do władania odpowiednią do wymagań SIWZ bazą transportową, z możliwością jej dostosowania do szczegółowych wymagań SIWZ. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej między nimi konkurencji i równego dostępu do zamówienia, gdyż z góry dawałby przewagę dotychczasowemu wykonawcy zamówienia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma być ukształtowana w ten sposób, aby złożenie ofert mogło się odbywać w porównywalnych warunkach, z wyrównaniem szans wobec dotychczasowego wykonawcy usługi, który z przyczyn obiektywnych znajduje się w najlepszej sytuacji, może zawrzeć nową umowę bez specjalnych przygotowań i nakładów, o ile zamawiający nie zmienia radykalnie warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w przypadku nie rozpoczęcia świadczenia usług w terminie, (Organizator) zamawiający rozwiąże umowę w trybie natychmiastowym, bez zachowania okresu wypowiedzenia, Izba uznała, że zmiana zaskarżonego zapisu jest konieczna i uzasadniona. Wykonawca musi przynajmniej częściowo pozyskać autobusy, zakupić używane lub nowe, jeżeli nie będzie miał możliwości alokacji dotychczas posiadanych, dostosować autobusy do wymaganej kolorystyki, wyposażyć je w wyznaczone urządzenia pokładowe, zatrudnić pracowników i dostosować bazę transportową do szczegółowych wymagań.

Izba nie zgodziła się jednak z odwołującym, który postulował udzielenie okresu na wdrożenie i rozpoczęcie usługi na rzecz zamawiającego - wynoszącego 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W ocenie Izby wystarczającym terminem będzie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.

13

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że ma prawo racjonalnie oczekiwać, że postępowanie przetargowe zakończy się podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą przed 1 lipca 2017 r., zatem nakazana zmiana SIWZ, wpisuje się w ten scenariusz zamawiającego.

Wykonawca może jedynie podnosić, że oznaczony warunek/warunki naruszają przepisy ustawy Pzp i żądać wyeliminowania tych naruszeń, nie jest natomiast uprawniony, aby dyktować zamawiającemu w sposób literalny brzmienia poszczególnych zapisów dokumentacji przetargowej. Także Izba, w przypadku gdy zarzuty odwołania znajdują potwierdzenie nie ma obowiązku wprowadzania literalnych korekt w dokumentacji postępowania.

Wykonując powyższy nakaz wyroku Izby, zamawiający będzie zobowiązany wprowadzić zapis, że termin rozpoczęcia realizacji usługi, nie będzie krótszy niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy, i zamieścić go w sposób spójny w odpowiednich dokumentach przetargu.

Zarzut II. Naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący podnosił, że zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných (podstawowych) zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z jej treścią, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zapewnienie przestrzegania tej zasady należy zatem do zamawiającego. Przytoczył tezę uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO/KD 14/12, że Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zapewnić jej przestrzeganie przy przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia publicznego oraz opis warunków udziału w postępowaniu o

udzielenie zamówienia musi być zgodny z wyartykułowaną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji. Na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia jak najszerzego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Wszyscy wykonawcy powinni mieć umożliwiony dostęp (równy) do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może zarówno faworyzować, jak i uniemożliwiać, czy utrudniać udziału w postępowaniu niektórym wykonawców, gdyż stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencji.

14

Do niniejszego zarzutu odwołujący uzasadnienia faktycznego, jak i żądań nie przedstawił. Na rozprawie wyjaśnił, że ogólnie odnosi się do podnoszonych zarzutów.

Zarzut III. Naruszenia art. 7 w zw. z art. 144 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do warunków postępowania klauzul dopuszczających zmiany umowy, które stoją w sprzeczności z dyspozycją art. 144 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że dokonując analizy § 11 ust. 1 pkt 4 umowy, doszedł do przekonania, że o ile ustawa Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość dokonywania zmian umowy w stosunku do treści oferty, o tyle ustawa określa warunki, które muszą być spełnione, aby zmiana taka była możliwa. Warunki te określa art. 144 Pzp. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt. 1 Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Treść § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy w ocenie odwołującego nie spełnia powyższych wymogów ustawowych. Zamawiający nie określił żadnych ram ani warunków zmiany umowy, pozostawiając sobie pełną dowolność dokonania modyfikacji umowy na etapie jej realizacji. Powoduje to, że naruszony został wymóg opisania warunków, po spełnieniu których możliwa jest zmiana umowy. Co więcej, tak sformułowany zapis umowy powoduje także niepewność wybranego wykonawcy w zakresie warunków, na jakich ma być realizowana umowa.

Odwołujący żądał wykreślenia § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru Umowy, który stanowi, że „Zmiana umowy może nastąpić jeżeli jest korzystna dla Organizatora.

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający oświadczył, że uwzględnił ten zarzut. W odpowiedzi na odwołanie podał, że wykreślił w § 11 ust 1 pkt 4 wzoru umowy punkt, który stanowi, że zmiana umowy może nastąpić jeżeli jest korzystna dla Organizatora. W modyfikacji SIWZ z dnia 19 kwietnia 2017r., gdzie na str. 3 akapit od dołu pod literą „c” podał w § 11 w ust 1 [Wzoru umowy] skreśla się pkt 4.

Odwołujący oświadczył, że wobec uwzględnienia żądania - nie podtrzymuje stawianego zarzutu. Z tych względów rozstrzyganie ww. zarzutu przez Izbę stało się bezprzedmiotowe.

Zarzut IV. Naruszenia art. 7 w zw. z art. 139 ustawy Pzp i art. 353 i Kodeksu cywilnego, poprzez sformułowanie arbitralnych oraz nadmiernie uciążliwych dla wykonawcy istotnych postanowień umownych.

15

W ocenie odwołującego uzasadniony jest zarzut naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie § 9 ust. 2 wzoru umowy. Zgodnie z treścią tego punktu, podstawą do natychmiastowego rozwiązania umowy może być każde nienależyte wykonanie umowy. Odwołujący zaznaczał, że postanowienie to wprowadza możliwość rozwiązania umowy w przypadku zaistnienia nieokreślonej sytuacji. Zamawiający pozostawił sobie możliwość rozwiązania umowy w każdej sytuacji wystąpienia zawnionego działania wykonawcy. Takie sformułowanie warunku rozwiązania umowy powoduje, że wykonawca nie tylko nie ma świadomości w jakiej sytuacji zamawiający może rozwiązać umowę, ale też powoduje, że przyczyną rozwiązania mogą być okoliczności błahe, nie mające znaczenia dla oceny wykonania całej umowy przez wykonawcę. Zamawiający nie określił przesłanek, po

wystąpieniu których uprawniony jest do rozwiązania umowy, co powoduje, że naruszona zostaje zasada równości stron umowy oraz zasada uczciwej konkurencji.

Odwolujący żądał wykreślenia w § 9 ust. 2 wzoru umowy, postanowienia, które stanowi, że „W przypadku nienależytego wykonania umowy Organizator zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy za uprzednim 1- miesięcznym wypowiedzeniem.”

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający oświadczył, że uwzględnił ten zarzut poprzez dokonaną w dniu 19 kwietnia 2017 r. modyfikacji SIWZ i załączników w ten sposób, że § 9 ust 2 Wzoru umowy otrzymał następujący brzmienie: „Organizator zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy za uprzednim trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia na koniec miesiąca kalendarzowego, jeżeli suma kar umownych, które operator powinien uiścić organizatorowi z powodu nienależytego wykonania umowy w ciągu kolejnych trzech miesięcy kalendarzowych przekroczy kwotę dziesięciu tysięcy złotych.” W załączniku nr 5 do SIWZ zamawiający podał z jakich tytułów wykonawca zostanie obciążony karą umowną.

Stanowisko Izby

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy stawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Umowa na czas określony szczególnie na długi 10 letni okres - może zawierać postanowienia dopuszczające jej wypowiedzenie, gdyż mieści się to w upoważnieniu art. 353 ¹ K.c., że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Wypowiedzenie umowy jest czynnością jednostronną, która co do zasady nie musi zawierać podania przyczyn, chyba że co innego wynika z treści umowy lub odrębnego przepisu. Zagwarantowanie możliwości wypowiedzenia umowy przez zamawiającego, w

16

ocenie Izby nie narusza dyspozycji art. 353¹ K.c., nawet przy założeniu trwałości umów o realizację zamówienia publicznego, szczególnie przy uwzględnieniu ograniczenia, że może to nastąpić jedynie w przypadku nienależytego wykonywania umowy. Obowiązki wykonawcy zostały określone w załącznikach do umowy: Nr 1- Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Nr 4 - Zasady przeprowadzania kontroli Operatora przez Organizatora, Nr 5 - Kary umowne.

Biorąc pod uwagę powyższe, o zasadności wypowiedzenia umowy w przypadku nienależytego wykonania umowy w konkretnych okolicznościach - mógłby wypowiedzieć się jedynie sąd właściwy dla siedziby Organizatora, do którego, odsyła § 13 ust. 1 Wzoru umowy - w zakresie sporów mogących powstać w związku z wykonywaniem tej umowy.

Ponadto, w modyfikacji SIWZ z dnia 19 kwietnia 2017 r. zamawiający uściślił, że zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy za uprzednim trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia na koniec miesiąca kalendarzowego, jeżeli suma kar umownych, które Operator powinien uiścić Organizatorowi z powodu nienależytego wykonania umowy w ciągu kolejnych 3 m-cy kalendarzowych przekroczy kwotę 10 000 zł.

Nawet jeżeli dokonana przez zamawiającego modyfikację odwołujący uznał za nieproporcjonalną, albowiem kwota kary w okresie 3-miesięcznym 10 000 zł - jest za niska, aby dawała powód do wypowiedzenia umowy, gdyż w Załączniku 5 do SIWZ zostały przewidziane wysokie kary za poszczególne niedociągnięcia wykonawcy, wobec czego kwota 10 000 zł w okresie 3 miesięcy naliczonych kar mogłaby zostać dosyć szybko skonsumowana - to dokonana modyfikacja wyczerpywała zarzut odwołującego - sprecyzowania w umowie w jakich przypadkach zamawiający może rozwiązać umowę z wykonawcą za wypowiedzeniem.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut V. Naruszenia art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu dysponowania przez wykonawcę terenem przeznaczonym na bazę techniczną, zlokalizowanym wyłącznie na terenie miasta Kielce, bez określenia możliwości utworzenia filii zajezdni, z nadmierną liczbą stanowisk oraz kanałów, który to warunek jest nieproporcjonalny i skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący odnosząc się do wymogu dysponowania przez wykonawcę terenem przeznaczonym na bazę techniczną, zlokalizowanym wyłącznie na

terenie miasta Kielce, bez określenia możliwości utworzenia filii zajezdni, z nadmierną w ocenie odwołującego liczbą kanałów naprawczych, wskazał iż wymóg posiadania tak

17

określonej bazy transportowej jest nieproporcjonalny i skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców.

W ocenie odwołującego wymóg, aby baza techniczna znajdowała się w granicach administracyjnych miasta Kielce jest nieracjonalny. Zważywszy na fakt, iż usługi przewozu mają być realizowane na wszystkich liniach komunikacyjnych miejskich w Kielcach, jak i na terenie gmin ościennych, z którymi Gmina Kielce zawarła porozumienia o organizowaniu wspólnej komunikacji, za niezasadne uznał ograniczenie możliwości usytuowania bazy technicznej wyłącznie na terenie miasta Kielce. W ocenie odwołującego umożliwienie utworzenia bazy technicznej na terenie gmin ościennych, w których będą świadczone usługi przewozu oraz filii zajezdni ma uzasadnienie ekonomiczne oraz operacyjne. Przekonywał, że posiadanie bazy technicznej w dwóch oddzielnych krańcach miasta optymalizuje tzw. kilometry dojazdowe oraz pozwala na dostosowanie rozkładów jazdy do potrzeb mieszkańców dzielnic podmiejskich lub peryferyjnych. Powszechną praktyką jest także dopuszczenie modelu, w którym funkcjonuje zajezdnia główna oraz tzw. filie zajezdni, w których wykonywane są jedynie tzw. obsługi codzienne, mycie, tankowanie.

Podtrzymał, że nadmierny jest także wymóg posiadania określonej liczby stanowisk i 8 kanałów naprawczych. Pojazdy nowe objęte są gwarancją producenta, której zachowanie wymaga przestrzegania-warunków eksploatacji określonych przez producenta, w tym serwisowania pojazdów w autoryzowanych stacjach obsługi. Za nieracjonalne i zbędne uznał żądanie przez zamawiającego dysponowania przez wykonawcę kompleksowo urządzoną i wyposażoną bazą techniczną z tak znaczną liczbą kanałów naprawczych, skoro z uwagi na wymagania producenta autobusów wykonawca i tak nie będzie mógł przeprowadzać w tej bazie większości czynności obsługi technicznej. Ponadto powoływał się na powszechną praktykę, gdzie liczą się wieloletnie kontrakty serwisowe, na podstawie których producent/dostawca zobowiązuje się do wykonywania napraw we własnym serwisie niezależnie od zajezdni operatora, i to dostawca bierze na siebie obowiązek utrzymania odpowiedniej infrastruktury umożliwiającej bieżące naprawy.

Zdaniem odwołującego - opis potencjału technicznego do wykonania zamówienia w dotychczasowej treści określa infrastrukturę Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji Sp. z o.o. w Kielcach, co skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców. Stwierdził, że zaproponowana przez odwołującego ilość kanałów naprawczych jest wystarczająca, dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący żądał:

- zmiany punktu 13.4 SIWZ, punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia oraz 10 ust. 1 załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości lokalizacji zajezdni na terenie gmin ościennych miasta Kielce

18

- zmianę punktu 13.4 SIWZ, punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia oraz 10 ust. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości utworzenia filii zajezdni głównej na terenie miasta Kielce lub gmin ościennych
- zmianę punktu 13.4 SIWZ, punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia oraz 10 ust. 2a Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia poprzez zmniejszenie liczby stanowisk kanałów naprawczych do 4

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający podtrzymał wymaganie, że baza transportowa wykonawcy powinna mieścić się w granicach administracyjnych Kielc. Wykonawca na terenie bazy ma garażować autobusy, wykonywać ich obsługę oraz naprawiać autobusy, powinien mieć dyspozytornię z pracownikami - dyspozytorami, którzy utrzymują łączność z poszczególnymi autobusami, planują przewozy i rozmieszczają autobusy wraz z załogą na poszczególne linie, w razie awarii dysponują taborem zastępczym. Zadaniem obsługi technicznej - mechaników są naprawy i konserwacja taboru. Na terenie bazy wykonywane są inne czynności obsługowe takie jak: sprzątnięcie, mycie autobusów. Urządzenia pokładowe autobusów obsługuje wykonawca takie jak: komputer, monitoring, informacja pasażerska i kasowniki, natomiast automaty do sprzedaży biletów, ich utrzymanie w sprawności i obsługa pozostaje w gestii

zamawiającego. Codziennie po zjeździe autobusów do bazy są opróżniane kasety na pieniądze i urządzenie jest sprawdzane. Zamawiający potwierdził, że realizacja usług jest monitorowana przez zamawiającego, ponieważ jest zapewniona łączności pomiędzy komputerami pokładowymi a siedzibą zamawiającego. W tym celu zamawiający udostępnia wykonawcy narzędzia techniczne do utrzymania tej łączności. Zamawiający nie negował, że system łączności umożliwia realizowanie zakładanych celów nawet gdyby baza nie znajdowała się w samych Kielcach. Zamawiający nie dopuszczał filii bazy technicznej, ponieważ obsługa biletomatów leży po stronie zamawiającego, musiałby więc organizować odrębne ekipy, które by w tym celu jeździły do bazy wykonawcy i do jego filii, w miejsce garażowania autobusów. Obsługa taka dotyczy zabezpieczenia środków pieniężnych, wobec czego muszą być spełnione odrębne warunki. Przewozem środków pieniężnych zajmuje się konwój. Z tych względów postawił warunek, żeby wykonawca na terenie bazy udostępnił mu lokal o pow. 25 m², okratowany, w którym deponowane są pieniądze z opróżnionych kas. Każdy autobus musi być pod kontrolą zarówno przy wyjeździe jak i przy powrocie. W mieście działa elektroniczny system informacji pasażerskiej, który będzie rozszerzany, zatem i z tego względu autobusy komunikacji miejskiej muszą zachować łączność z urządzeniami nadawczymi tych informacji, a całość jest monitorowana przez zamawiającego. Zamawiający potwierdził, że w dokonanej modyfikacji z dnia 19 kwietnia 2017 r. na str. 1 odnośnie pkt 13.4 SIWZ - zmniejszył ilość kanałów naprawczych z 8 do 6, a ponadto dopuścił aby kanały

19

naprawcze były zastąpione podnośnikami. Zdaniem zamawiającego na terenie Kielc istnieją obiekty, które wykonawca, który dotychczas nie świadczył tej usługi mógłby zaadaptować na bazę zajezdni autobusowej spełniającej wymagania SIWZ.

Stanowisko Izby

Zamawiający dla wykazania dysponowaniem przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia - 13.3. SIWZ w pkt. 13.4. SIWZ postawił warunek, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym, (po modyfikacji z dnia 19.04.2017 r.) z co najmniej sześcioma stanowiskami (kanały naprawcze lub podnośniki) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią.)

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym dotyczące zgodnie z ust. 1b pkt 3 zdolności technicznej.

Zakres przedmiotu zamówienia SIWZ stanowią:

CPV 60.11.20.00 - 6 - Usługi w zakresie publicznego transportu drogowego

CPV 50.11.30.00 - 0 - Usługi w zakresie napraw i konserwacji autobusów.

Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia, według Załącznika Nr 1 obejmuje, między innymi:

1) Usługi przewozowe mają być wykonywane na określonych przez Zamawiającego trasach, według ściśle określonych czasowych rozkładów jazdy w dni powszednie, soboty oraz niedziele i święta. (...)

2) średnia roczna ilość kilometrów: 10 297 000 km,

a) w tym autobusami będącymi własnością Wykonawcy:

MEGA - 2 270 000 km

MAXI + MIDI - 6 102 000 km

b) w tym autobusami będącymi własnością Zamawiającego:

MEGA - 550 000 km

MAXI - 1 375 000 km

5. Wymagania dotyczące zasad świadczenia usług przewozowych.

1) Usługi przewozowe wykonywane będą zgodnie z zawartą umową na świadczenie usług przewozowych (wzór umowy stanowi załącznik Nr 10 do SIWZ).

4) W każdym autobusie ma znajdować się sprawny system łączności zewnętrznej zapewniający kontakt kierowcy z przedstawicielem Wykonawcy oraz Zamawiającego.

20

5) Wykonawca przekaze Zamawiającemu 4 zestawy środków łączności do

bezpośredniego kontaktu.

6) Przy realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca jest zobowiązany do:

- b) przestrzegania obowiązujących rozkładów jazdy na poszczególnych liniach komunikacyjnych oraz realizowania wprowadzonych przez Zamawiającego zmian rozkładów jazdy, trasy linii, przystanków i ilości planowanych do wykonania km,
- c) dopuszczania do eksploatacji tylko pojazdu sprawnego technicznie i o estetycznym wyglądzie wewnętrznym i zewnętrznym,
- d) wyposażenia pojazdów w kasowniki, z jednakowym systemem kodowania, w liczbie co najmniej równej liczbie drzwi dla pasażerów (sposób kodowania kasowników określa Zamawiający),
- e) utrzymania sprawności techniczno - eksploatacyjnej kasowników, zaś w przypadku powtarzających się usterek, wymiany kasowników na nowe, (tego samego typu lub nowsze)
- f) utrzymania w sprawności zainstalowanych w autobusach urządzeń w szczególności: kasowników, tablic elektronicznych, systemu monitoringu, bramek liczących oraz urządzeń do codziennej, automatycznej transmisji danych,
- g) prawidłowej obsługi urządzeń elektronicznych zainstalowanych w autobusach,
- h) uruchomienia na terenie zajezdni przekazanych przez Zamawiającego stanowisk do odczytu i zapisu danych z/do autokomputerów zainstalowanych w autobusach (Podsystemu Wymiany Informacji - PWI) oraz internetowego łącza stałego DSL, do którego podłączone będzie w/w stanowisko (koszty utrzymania łącza ponosi Wykonawca),
- i) codziennego odczytu danych ze wszystkich autobusów po wykonaniu zadań przewozowych,
- j) umożliwienia wgrywania do autokomputerów danych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania systemów informatycznych autobusów, otrzymanych od Zamawiającego,
- k) umożliwienia Zamawiającemu serwisowanie automatów do sprzedaży biletów oraz pobieranie utargów w miejscu i czasie wskazanym przez Zamawiającego.
- l) wyposażenia autobusów w stały system łączności zapewniający stały kontakt kierowców z dyspozytornią, przedstawicielami Zamawiającego oraz służbami ratowniczymi i policją (Wykonawca przekaże 4 komplety środków łączności na okres kontraktu Zamawiającemu, które będzie nieodpłatnie serwisował),
- m) zapewnienia obsługi autobusów przez kierowców ubranych w jednolite stroje służbowe,
- p) umieszczania w autobusach informacji o przepisach porządkowych, regulaminach oraz innych ulotek i materiałów informacyjnych, dostarczanych przez Zamawiającego,
- q) przestrzegania przepisów porządkowych określonych przez Radę Miasta w Kielcach,

21

r) w razie awarii automatu do sprzedaży biletów prowadzenia w autobusach sprzedaży biletów komunikacji miejskiej wg cennika i zasad określonych w Uchwale Rady Miasta w Kielcach,

v) niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego o zaistniałych lub przewidywanych przeszkodach w świadczeniu usług,

w) ponoszenia pełnej odpowiedzialności za zawinione szkody wynikłe z ruchu pojazdu oraz przewozu osób i bagażu, w tym o awarii automatu do sprzedaży biletów, oraz innych urządzeń będących własnością Zamawiającego,

bb) ochrona przed kradzieżą, uszkodzeniem lub zniszczeniem wszystkich urządzeń będących własnością Zamawiającego zainstalowanych w autobusach będących w dyspozycji Wykonawcy,

5) Obsługa systemów elektronicznych:

5.1.) Wykonawca zobowiązany jest umożliwić wgrywanie do autokomputerów przekazywanych przez Zamawiającego wszystkich danych sterujących poszczególnymi urządzeniami wyposażenia autobusów.

5.2.) Wykonawca zobowiązany jest umożliwić zgrywanie z autokomputerów danych do systemu PWI, o którym mowa w ppkt. 5.3).

5.3.) Zamawiający przekaże Wykonawcy urządzenia niezbędne do zapewnienia przekazywania danych między autokomputerami, a serwerem zainstalowanym w siedzibie Zamawiającego (router oraz Access Pointy w ilości wystarczającej do pokrycia zasięgiem zajezdni).

5.4.) Wykonawca zobowiązany jest umieścić Access Pointy w miejscach umożliwiających

codzienną automatyczną wymianę danych między autokomputerami, a PWI (jeżeli dane z siedziby Zamawiającego zostaną przesłane po zakończeniu wykonywania zadań przewozowych muszą zostać wgrane do autokomputerów najpóźniej przed rozpoczęciem realizacji kolejnego zadania).

5.5.) Router obsługujący Podsystem Wymiany Informacji Wykonawca zobowiązany jest umieścić w zabezpieczonym pomieszczeniu, do którego dostęp będą miały tylko upoważnione osoby (również upoważnieni przez Zamawiającego przedstawiciele).

5.7.) Wykonawca nie może ingerować w dane zgrane z autokomputerów.

5.8.) Część danych otrzymanych z autokomputerów (zwłaszcza dane eksploatacyjne oraz informacje o nieprawidłowym działaniu poszczególnych podzespołów pojazdów) Zamawiający może udostępnić Wykonawcy.

5.10.) Wykonawca zobowiązany jest zapewnić prawidłową obsługę systemu informacji pasażerskiej w czasie rzeczywistym oraz Kieleckiej Karty Miejskiej w szczególności poprzez:

- codzienne zaprogramowanie autokomputerów oraz ich bieżącą obsługę (wymagana łączność Wi - Fi i GSM),

22

- po zjeździe z linii komunikacyjnej zapewnić transmisję zapisanych danych do punktu wymiany informacji Wi-Fi i GSM,

5.11.) Dla potrzeb zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemów zakazuje się:

- wyjeżdżania autobusów na trasę z niewłączonym lub niesprawnym autokomputerem oraz niezaprogramowanym bieżącym rozkładem jazdy;

- wyłączania autokomputera przed przesłaniem i pobraniem potrzebnych danych,

- wyjeżdżania autobusów na trasę z niewłączonym automatem do sprzedaży biletów,

5.12.) Wykonawca udostępni Zamawiającemu pomieszczenie na terenie zajezdni przeznaczone do serwisowania i obsługi automatów mobilnych,

a) lokalizacja powinna umożliwiać podjechanie pojazdu po zakończeniu kursu w celu wymiany kasety końcowej (harmonogram wymiany kaset końcowych Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy,

b) minimalna powierzchnia: 25 m²,

c) od strony zewnętrznej okien musi znajdować się krata zamocowana w ścianie,

d) drzwi zewnętrzne metalowe zaopatrzone w minimum dwa zamki,

e) lokal powinien być ogrzewany,

f) oświetlenie: lampy zabezpieczone zgodnie z przepisami BHP i p.p.o.ż.,

g) w pomieszczeniu powinny być minimum 3 gniazda elektryczne 230 V,

h) pomieszczenie powinno być wyposażone w umywalkę,

i) osoby przebywające w pomieszczeniu powinny mieć dostęp do węzła sanitarnego Wykonawca przekaze Zamawiającemu upoważnienia w niezbędnej ilości umożliwiające wjazd i parkowanie pojazdów w celach serwisowych i obsługowych.

6. Wymagania szczegółowe dla poszczególnych rodzajów autobusów należących do Wykonawcy:

1) Autobusy przeznaczone do realizacji usług przewozowych powinny spełniać wymagania polskich przepisów w sprawie dopuszczenia autobusu do ruchu (na dzień sporządzania SIWZ określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 27 października 2016 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia - Dz. U. z 2016 poz. 2022 z późniejszymi zmianami).

Ponadto, uwzględniając Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony Załączniku Nr 1 do SIWZ, podający między innymi:

10. Warunki dotyczące obsługi i ochrony autobusów.

1. Wykonawca zobowiązany jest dysponować bazą transportową zlokalizowaną w granicach administracyjnych miasta Kielce, umożliwiającą całonocowy postój autobusów. Teren bazy powinien:

23

a) posiadać co najmniej 25 000 m² z przeznaczeniem na miejsca parkingowo - postojowe dla autobusów,

b) zapewniać ruch bezkolizyjny,

- c) być zorganizowany zgodnie z przepisami BHP i p. poż.,
 - d) być ogrodzony i utwardzony,
 - e) być chroniony i monitorowany całodobowo.
2. Na terenie bazy musi znajdować się:
- a) budynek warsztatowy z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) [po zmianie SIWZ 6 kanałów lub podnośniki] wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw,
 - b) dyspozytornia wyposażona w system łączności zapewniający stały kontakt z kierowcami, z przedstawicielami Zamawiającego oraz służbami ratowniczymi i policją,
 - c) myjnia umożliwiająca codzienne mycie autobusów.
3. Wykonawca w okresie realizacji zamówienia posiadać będzie ruchomy serwis techniczny umożliwiający dokonywanie doraźnych napraw poza bazą transportową.
- I. Dodatkowe warunki świadczenia usług autobusami będącymi własnością Zamawiającego.
1. Dla potrzeb wykonywania usług przewozowych Zamawiający przekaże Wykonawcy 25 sztuk autobusów (specyfikacja techniczna autobusów - Załącznik nr 9 SIWZ).
2. Usługi przewozowe mają być wykonywane na określonych liniach komunikacyjnych: 34, 46, 50, 51, 54, na trasach według ściśle określonych czasowych rozkładów jazdy na dni powszednie, soboty oraz niedziele i święta.
3. Planowana roczna ilość kilometrów:
Autobusy MEGA Autobusy MAXI Łącznie
550 000 1 375 000 1 925 000
4. Na podaną powyżej liczbę kilometrów składają się kilometry bezpośrednio wynikające z obsługi linii (bez kilometrów dojazdowych, zjazdowych oraz technicznych) - aktualne rozkłady jazdy dostępne do wglądu u Zamawiającego.
5. Wykonawca zobowiązany jest do:
- a) zapewnienia należytej dbałości o zewnętrzny i wewnętrzny wygląd autobusów oraz zapewnienia ich czystości,
 - b) zapewnienia pojazdu zastępczego w przypadku okresowego wycofania z eksploatacji (przeglądy, remonty itp.), tj. pojazdu niskopodłogowego, wyposażonego autobusu (przeglądy,
- remonty itp.), tj. pojazdu
- w kasowniki dwufunkcyjne, elektroniczne tablice kierunkowe, system monitoringu, automat i inne wymagane urządzenia oraz podesty dla potrzeb osób niepełnosprawnych. System elektroniczny musi być kompatybilny z funkcjonującym w pozostałych autobusach.

24

-
6. Wykonawca zobowiązany jest parkować autobusy na terenie bazy transportowej zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta Kielce. Teren bazy powinien:
- a) być zorganizowany zgodnie z przepisami BHP i p. poż.,
 - b) być ogrodzony i utwardzony,
 - c) być chroniony i monitorowany całodobowo.
8. Wykonawca zobowiązany jest na własny koszt:
- a) wykonywać przeglądy techniczne, obsługę codzienną, okresową wymianę płynów eksploatacyjnych, filtrów itd., oraz wykonywać wszelkie inne czynności przewidziane w warunkach gwarancji i instrukcji obsługi określonej przez dostawcę autobusów,
 - b) wykonywać badania techniczne autobusów,
 - c) dbać o należyłą eksploatację przekazanego taboru oraz wyposażenia,
 - d) wykonywać naprawy, bieżące obsługi techniczne z użyciem oryginalnych, nowych części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta,
 - e) serwisować kasowniki, bramki liczące, tablice elektroniczne, autokomputery, oraz ich części składowe zgodnie z zaleceniami producenta,
 - f) co najmniej raz w roku wykonać czyszczenie układu klimatyzacji zgodnie z zaleceniem producenta,
- a) Wykonawca zobowiązany jest utrzymywać w sprawności system monitoringu,
- 5) Średni wiek taboru będącego w dyspozycji Wykonawcy nie może być wyższy niż 8 lat (nie uwzględniając autobusów będących własnością Zamawiającego).
- 7) W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca ma obowiązek dokonywać wymiany autobusów na autobusy nowe lub używane z tym, że wprowadzany do eksploatacji autobus używany nie może być starszy niż 5 lat.

8) Zamawiający nie dopuszcza możliwości realizowania usług przewozowych, będących przedmiotem zamówienia, taborem starszym niż 20 lat.

Liczba autobusów wykonawcy (różnych typów) - 123

Liczba autobusów przekazanych do dyspozycji wykonawcy (różnych typów) - 25

Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia SIWZ oraz podany sposób jego wykonywania, Izba uznała wyznaczony warunek, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym, z co najmniej (po modyfikacji z dnia 19.04.2017 r.) sześcioma stanowiskami (kanały naprawcze) lub podnośnikami wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią - jako proporcjonalny do przedmiotu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp,

25

stanowiącego, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zamawiający dopuścił wykonywanie usług autobusami używanymi, z tym, że średni wiek taboru będącego w dyspozycji wykonawcy nie może być wyższy niż 8 lat. Bez znaczenia pozostawało, że odwołujący deklaruje wykonywanie usługi nowymi autobusami, które będą serwisowane w ramach gwarancji producenta. Zamówienie jest przewidziane na okres 10 lat, i przy autobusach używanych, jak i nowych konieczna jest baza transportowa w granicach terytorialnych miasta Kielce, która musi być wyposażona w niezbędną infrastrukturę techniczną, umożliwiającą wykonywanie czynności obsługowych, serwisowych, napraw, utrzymania sprawności urządzeń pokładowych, sprzątania autobusów i myjni.

Nawet, gdy zasięg posiadanego przez zamawiającego systemu łączności z autobusami, z którego wykonawca będzie zobowiązany korzystać i umożliwiać transmisję danych z autokomputerów do serwerów zamawiającego oraz zachowania łączności autobusów z bazą transportową wykonawcy umożliwia łączność w obrębie 9 gmin sąsiednich, liczą się wszystkie warunki wykonywania zamówienia.

Ponadto, ograniczenie dla innej lokalizacji bazy niż na terenie Kielc stanowi codzienna obsługa i kontrola funkcjonowania urządzeń zamontowanych w autobusach, tj. biletomatów, która ma być wykonywana na terenie zajezdni wykonawcy Operatora przez zamawiającego. Obsługa biletomatów/odbiór gotówki - odbywa się po zakończeniu kursów autobusów w bazie wykonawcy.

Zamawiający w trakcie realizacji usług przewozowych zapewnił sobie prawo kontroli autobusów wyjeżdżających z bazy na wyznaczone trasy, czy spełniają wymagania Załącznika 1 do SIWZ, tj.:

- 1) czy są czyste umyte i wysprzątane,
- 2) czy bilety i kasowniki są sprawne,
- 3) czy działa system informacji pasażerskiej.

Wymaganie bazy na terenie administracyjnym Kielc wynika zatem z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i pozostaje proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie żąda dysponowania ostatecznie przygotowaną bazą w momencie składania ofert, ale wymaga złożenia oświadczenia, według wzoru załącznika Nr 7 do SIWZ, w którym podano: w przypadku oświadczenia, że firma będzie dysponować bazą transportową należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów o jej udostępnieniu. Oznacza to, że wykonawca może złożyć oświadczenie, iż będzie dysponował bazą

26

transportową spełniającą wymagania zamawiającego. Na moment złożenia oferty może przedstawić zobowiązanie podmiotu trzeciego, np. wydzierżawienia terenu i obiektów nadających się na bazę transportową.

Wybrany wykonawca w czasie od zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usługi (w okresie 5 miesięcy) będzie mógł dostosować obiekt do wszystkich szczegółowych wymagań SIWZ postawionych jednolicie dla wszystkich wykonawców, np. dotyczących ilości 6 stanowisk naprawczych (kanałów lub podnośników).

Odwołujący nie uwzględnił, że w załączniku 5 do umowy Kary umowne „UWAGA” pkt 2- zamawiający podał, że: „Operator jest zobowiązany zapewnić podmiannę autobusu uszkodzonego, który wykona kurs z przerwanej zadania, od przystanku autobusowego, z którego opóźnienie kursu może wynieść maksymalnie 4 minuty w stosunku do przewidzianego rozkładem jazdy.” Postanowienie powyższe nie zostało zaskarżone.

Ewentualne usytuowanie bazy transportowej wykonawcy w gminach ościennych, w ocenie Izby, nie spełniłoby założeń SIWZ dla przedmiotowego zamówienia. Co do możliwości użytkowania przez wykonawcę oprócz zajezdni spełniającej wszystkie warunki SIWZ, dodatkowych filii - nie odpowiadałoby to uzasadnionym potrzebom zamawiającego, w odniesieniu do istniejących rozwiązań organizacyjnych, tak w zakresie przeprowadzanych kontroli, jak i w zakresie obsługi biletomatów.

Zdaniem Izby, istnieją racjonalne i uzasadnione powody, dyktowane przedmiotem tego zamówienia, aby zajezdnia autobusowa wykonawcy znajdowała się na terenie Kielc, a warunek taki jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący nie zaprzeczał, że znalezienie obiektów pod bazę transportową na terenie Kielc jest możliwe, zatem siedziba zajezdni może być zlokalizowana w Kielcach.

Zamawiający ma uzasadnioną potrzebę utrzymywania bieżącego, bezpośredniego kontaktu z bazą transportową wykonawcy, stąd warunek usytuowania bazy na terenie Kielc jest zrozumiały. Określając warunki dotyczące bazy transportowej, jej powierzchni, usytuowania i wyposażenia w odpowiednie zaplecze techniczne, zamawiający realizował swoje uprawnienia wynikające z art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 1867 ze zm.). Przepis ten jednak wyraźnie zaznacza, że przy udzielaniu zamówienia publicznego na wykonywanie publicznego transportu zbiorowego można uwzględnić zaplecze techniczne, które przedsiębiorca posiada w chwili składania oferty lub, w którego posiadaniu będzie najpóźniej w chwili rozpoczęcia świadczenia usług. W chwili obecnej gotową bazę transportową posiada Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Kielcach. Inni przedsiębiorcy muszą

27

mieć możliwość dostosowania obiektów, które wykażą jako swój potencjał techniczny do szczegółowych wymagań SIWZ.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut VI. Naruszenia art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu dysponowania [25 kierowcami] zaplecza technicznego, który to warunek jest nieproporcjonalny i skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący kwestionował warunek punktu 13.5 SIWZ, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia tj. co najmniej 350 kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, 25 pracownikami zaplecza technicznego oraz 6 dyspozytorami. W ocenie odwołującego warunek ten również nie posiada uzasadnienia ekonomicznego i jest nieproporcjonalny, co skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców. Z doświadczenia odwołującego, który realizuje usługi przewozowe od ponad 20 lat w R.ii, Warszawie czy Wrocławiu wynika, iż przy założonej przez zamawiającego liczbie wozokilometrów wystarczającym jest, aby liczba pracowników zaplecza technicznego została określona na poziomie 15 osób. W ocenie odwołującego powyższy wymóg również odzwierciedla strukturę organizacyjną Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji Sp. z o.o. w Kielcach i jako taki, winien być zmieniony i dostosowany do potrzeb zamówienia.

Odwołujący wnosił o zmianę punktu 13.5 SIWZ oraz punktu III.1.3 sekcji III Ogłoszenia poprzez wskazanie, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia tj. co najmniej 350 kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, 15 pracownikami zaplecza technicznego oraz 6 dyspozytorami;

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający oświadczył, że dokonał modyfikacji SIWZ w dniu 19 kwietnia 2017 r. na str. 2 pkt 4 zmienił pkt 13.5 SIWZ „dysponują lub będą dysponować osobami które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia tj. co najmniej 350 kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, 18 pracownikami zaplecza technicznego oraz 6

dyspozytorami.”

Stanowisko Izby

Warunek punktu 13.5 SIWZ, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu

28

zamówienia tj. co najmniej 350 kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, 18 pracownikami zaplecza technicznego [po modyfikacji ogłoszenia i SIWZ] oraz 6 dyspozytorami, w ocenie Izby pozostaje proporcjonalny do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1 a ustawy Pzp. Jak ustano w oparciu o dokumentację postępowania zamawiający dopuścił autobusy używane:

5) Średni wiek taboru będącego w dyspozycji Wykonawcy nie może być wyższy niż 8 lat (nie uwzględniając autobusów będących własnością Zamawiającego).

7) W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca ma obowiązek dokonywać wymiany autobusów na autobusy nowe lub używane z tym, że wprowadzany do eksploatacji autobus używany nie może być starszy niż 5 lat.

8) Zamawiający nie dopuszcza możliwości realizowania usług przewozowych, będących przedmiotem zamówienia, taboru starszym niż 20 lat.

Uwzględniając liczbę autobusów wykonawcy (różnych typów) - 123 wraz z liczbą autobusów przekazanych do dyspozycji wykonawcy (różnych typów) - 25, zakres obowiązków serwisowych i naprawczych samych autobusów oraz urządzeń pokładowych, w które są wyposażone, sprzątania i mycia pojazdów - liczba 18 osób pracowników zaplecza technicznego nie jest zawyżona, a odwołujący jedynie tę część warunku kwestionował. Odwołujący nie wykazał, dlaczego 15 osób obsługi technicznej byłoby wystarczające dla prawidłowej realizacji zamówienia.

Zarzut VII Naruszenia art. 91 ust. 2a w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 13 Pzp poprzez określenie jako kryterium oceny ofert terminu płatności, a zatem kryterium które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a ponadto kryterium to odnosi się wyłącznie do ceny a zatem jest niezgodne z dyspozycją art. 91 ust. 2a Pzp, w zasadzie stanowiąc wyłączone kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;

29

-
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
 - 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

W myśl ustępu 2a ww. przepisu zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z punktem 29.2 SIWZ zamawiający określił jako kryteria oceny ofert: cena - 60% oraz termin płatności - 40%. W ocenie odwołującego kryterium termin płatności nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, w związku z tym nie mieści się w katalogu innych, niż określonych w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Według odwołującego zgodnie z ww. przepisem art. 91 Pzp przez kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia należy rozumieć takie kryteria, które dotyczą obowiązków

wykonawców, przedmiotu jego zobowiązania, a zatem rzeczywistym kryterium oceny ofert nadal pozostaje tylko cena. Taki stan rzeczy odwołujący uznał za naruszający dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, zgodnie, z którym kryterium ceny nie może być zastosowane, jako jedyne kryterium oceny ofert chyba, że przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie jako dodatkowe kryterium oceny ofert należy zastosować kryterium techniczne - wiek taboru, wskazanego do realizacji zamówienia. Oferta z najniższą średnią arytmetyczną wieku taboru wskazanego do realizacji winna otrzymać najwyższą ilość punktów.

Odwołujący wnosił o zmianę punktu 29 ust. 2 SIWZ poprzez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert wiek taboru, wskazanego do realizacji zamówienia; oferta z najniższą średnią arytmetyczną wieku taboru wskazanego do realizacji winna otrzymać najwyższą ilość punktów.

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający podtrzymał ustalone w SIWZ kryteria oceny ofert. Katalog wymieniony w art. 91 Pzp nie ma charakteru zamkniętego i do zamawiającego należy prawo ustalania kryteriów, byleby odnosiły się one do przedmiotu zamówienia. W ocenie zamawiającego termin zapłaty odnosi się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie widział potrzeby innych kryteriów środowiskowych, ponieważ postawił wymóg, że 50% taboru ma mieć normę

spalin Euro 5. Określił również wymagania wiekowe dla autobusów, że średnia nie może przekroczyć 8 lat. Zamawiający potwierdził, że nie wprowadził żadnych ograniczeń dla tego, aby wykonawca używał na liniach komunikacyjnych nowych autobusów i zastępował używane nowymi. Używany autobus nie może być starszy niż 20 lat, a nowo wprowadzony z wtórnego rynku nie może być starszy niż 5 lat. Wyjaśniał, że będzie kontrolował w trakcie realizacji zamówienia wiek taboru, i ta średnia 8 lat musi być utrzymana i corocznie potwierdzana wykazem taboru na dzień 1 stycznia każdego roku. Zamawiający podnosił, że termin płatności może być zadeklarowany w granicach od 15 do 30 dni, czyli mieści się w granicach ustawowych przepisów o terminach płatności w transakcjach handlowych.

Stanowisko Izby

Zamawiający nie naruszył przepisu art. 36 ust. 1 pkt. 13 Pzp, który nakazuje w SIWZ podać opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Zamawiający opisany wymóg ustawowy spełnił, gdyż zgodnie z punktem 29.2 SIWZ określił jako kryteria oceny ofert cena - 60% oraz termin płatności - 40%.

Zgodnie z art. 91 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Ww. wyliczenie kryteriów ma charakter przykładowy i nie stanowi katalogu zamkniętego.

Wbrew wywodom odwołującego, ustalone kryterium oceny ofert - termin płatności, jak najbardziej odnosi się do przedmiotu zamówienia, tj. wynagrodzenia za jego zrealizowanie. Brak jest podstaw do stawiania znaku równości - jak uczynił odwołujący - między ceną a terminem płatności wynagrodzenia, a omawiane kryterium nie narusza

kryterium ceny.

Kryterium terminu płatności wynagrodzenia - jest dosyć często stosowane i ma swoje merytoryczne uzasadnienie - zwłaszcza przez zamawiających narażonych na zatory płatnicze, np. szpitale. Jedyne ograniczenie w tym zakresie wprowadzają postanowienia ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. poz. 403, z 2015 r. poz. 1830), które zamawiający uwzględnił, gdyż podał, że: „2) Termin płatności - znaczenie 40%; Kryterium „termin płatności” będzie ustalane na podstawie ilości dni do zapłaty od dnia dostarczenia faktury wystawionej raz w miesiącu po wykonaniu przedmiotu zamówienia. Liczba punktów w kryterium „termin płatności” zostanie obliczona w ten sposób, że za każdy dzień wydłużenia terminu płatności, przekraczający 14 dni, nie więcej jednak niż 30 dni Wykonawca otrzyma 6,25 pkt.”

Ustalanie kryteriów oceny ofert należy do wyłącznych prerogatyw zamawiającego. Wykonawca może jedynie kwestionować dopuszczalność oznaczonego kryterium (w tym zakresie Izba wypowiedziała się wyżej) lub naruszenie art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, że nie zostało określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców.

Kwestionowane kryterium jest jednoznaczne, a zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d ustawy Pzp nie był podnoszony. Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej nie może się domagać wprowadzenia kryterium oceny ofert, które dawałoby mu indywidualnie przewagę (w przeciwnym razie odwołujący by tego nie czynił) - ze względu na wiek autobusów, którymi dysponuje, lub które zamierza zakupić.

Zamawiający poszerzył konkurencję dopuszczając realizację usług, przy średnim wieku taboru będącego w dyspozycji wykonawcy nie wyższym niż 8 lat (nie uwzględniając autobusów będących własnością zamawiającego). Przy czym mają to być autobusy dopuszczone do ruchu i spełniające wymagania (pkt 13.2.SIWZ) określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2017, poz. 128) i przepisach wykonawczych do niej - dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej w tym, wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 27 października 2016 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016r. poz. 2022).

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

W ocenie Izby, poza uwzględnionym zarzutem odwołania - dotyczącymi gwarantowanego terminu na rozpoczęcie usługi, zamawiający uwzględniając również dokonane modyfikacje SIWZ, sprostał wymogom ustawowym. Żądania odwołującego nie

32

znajdowały usprawiedliwionych racji, były wyrazem dążenia do ukształtowania opisu zamówienia w sposób indywidualny - wyłącznie dogodny dla odwołującego, a nie dyktowany ogólnie pojmowanym zapewnieniem otwartości zamówienia na konkurencję. Do tego zarzuty odwołującego i zgłoszone żądania nie liczyły się z charakterem danego zamówienia i usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego - zapewnienia sprawnego miejskiego transportu autobusowego. W żadnym wypadku zamawiający nie wprowadzając kryteriów dotyczących wieku taboru - nie eliminuje taboru nowego, gdyż dopuszcza w każdej sytuacji zamianę autobusów używanych - zadeklarowanych w ofercie - na autobusy nowe, spełniające odpowiednią normę Euro 6.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że opisane wymagania, są możliwe do dotrzymania w oparciu o zawarte w SIWZ wytyczne i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji.

Izba również nie stwierdziła, aby poprzez kwestionowane warunki udziału w postępowaniu, zamawiający uniemożliwił lub utrudnił odwołującemu - ubieganie się o zamówienie. Skoro jednak znalazł potwierdzenie zarzut odwołania w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia - dotyczący braku zagwarantowania wykonawcom stosownego okresu na uruchomienie usługi przewozowej na rzecz zamawiającego i przygotowania bazy transportowej - należało przyjąć, że zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu odwołania uznanego przez Izbę za zasadny, ani

nie dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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, Dz. U. z 2017 r. Nr 47).

Sygn. akt: KIO 760/17

Odwołujący M. Sp. z o.o. wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

33

-
- a) zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
 - b) zmianę terminu składania ofert o dodatkowy czas niezbędny do przygotowania ofert zgodnie ze zmienioną treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ,
 - c) umieszczenia zmienionej treści SIWZ na stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniona.

Odwołujący wskazywał, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż jest wykonawcą, który zajmuje się świadczeniem autobusowych usług przewozowych w komunikacji miejskiej i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W gdy przedmiotowego przypadku, kwestionowane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ i załączników do SIWZ pozostaną w niezmienionym brzmieniu, uniemożliwią odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej, lub też uniemożliwią złożenie oferty w ogóle - co w konsekwencji prowadzić będzie do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci utraty korzyści (lucrum cessans).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, co następuje.

Zarzut I. Naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie konkretnej daty rozpoczęcia świadczenia usług (tj. pkt. 10.1. SIWZ „Data rozpoczęcia świadczenia usług - 01.01.2018 r. ” oraz § 2 Załącznika nr 10 do SIWZ „Umowa zostaje zawarta na czas określony od 01.01.2018 r. do 31.12.2027r. ”) tj. wskazanie sztywnej daty rozpoczęcia świadczenia usług (a nie jako daty przypadającej po upływie stosownego okresu od daty podpisania umowy w sprawie realizacji zamówienia), co w powiązaniu z nieokreśloną datą zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w praktyce uniemożliwi odwołującemu (jak i innym wykonawcom) zarówno przygotowanie odpowiednio skalkulowanej oferty, jak i zapewnienie (na dzień rozpoczęcia wykonywania usług przewidzianych w zamówieniu) niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia środków (w szczególności autobusów, bazy transportowej oraz niezbędnego zaplecza osobowego).

W uzasadnieniu odwołujący podał, że zamawiający wskazał w pkt. 10.1. SIWZ oraz § 2 Załącznika nr 10 do SIWZ (wzór umowy) datę rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych stanowiących przedmiot zamówienia na dzień 1 stycznia 2018 r. nie przewidując możliwości rozpoczęcia świadczenia usług w określonym (miesiącami, tygodniami lub dniami) terminie liczonym od dnia podpisania umowy. W ocenie odwołującego wskazanie przez zamawiającego konkretnej daty rozpoczęcia zamówienia -

34

daty nieodległej (uwzględniając rozmiar/parametry zamówienia oraz ilość warunków do spełnienia, nakładanych na wykonawców przez zamawiającego), stawia w uprzywilejowanej pozycji tych wykonawców, którzy na dzień składania ofert dysponują już wszystkimi składowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ w dotychczasowym brzmieniu. Przedmiotem niniejszego postępowania jest wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach w ilości 10,3 mln km rocznie, przez okres 10 lat.

Zamówienie ma być realizowane przynajmniej przez 381 pracowników, przy użyciu 148 autobusów (z czego 123 autobusy muszą być autobusami wykonawcy). Szczegółowe warunki konieczne do spełnienia (które zawiera załącznik nr 1 do SIWZ) oraz ich stopień precyzyjności w ocenie odwołującego musi prowadzić do konkluzji, że dostosowanie do nich zarówno pojazdów którymi ma być realizowane zamówienie, jak i bazy transportowej czy spełnienie wymagań co do personelu, to proces wymagający odpowiedniego czasu. Termin zakończenia postępowania jest terminem bliżej nieokreślonym, na którego długość mogą mieć wpływ różne czynniki niezależne od wykonawcy oraz zamawiającego. Zamawiający wskazał, jako termin składania ofert dzień 11.05.2017 r., zaś jako termin związania ofertą okres 90 dni. Nie można jednak wykluczyć, że termin ten ulegnie zmianie z uwagi na procedurę składania przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, czy też korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp. Już same te powyższe okoliczności (których wystąpienia w ocenie odwołującego, należy się spodziewać), mogą w sposób istotny wpłynąć na termin, w którym dojdzie do wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Należy zakładać, że od decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcy złożą odwołania, co również w sposób zasadniczy wpłynie na termin podpisania umowy z wykonawcą wybranym w toku postępowania. Przy określeniu daty rozpoczęcia wykonywania zamówienia w sposób sztywny (tj. określając ją konkretną datą), wykonawca musiałby (niezależnie od faktu udzielenia mu zamówienia), rozpocząć procedurę przygotowywania się do realizacji zamówienia *de facto* przed dniem, w którym podpisałby umowę z zamawiającym. Niewątpliwie sztywne określenie daty rozpoczęcia wykonywania zamówienia, w sposób nieuprawniony stawia w korzystnej sytuacji podmioty, które na dzień publikacji ogłoszenia spełniają wskazane w SIWZ warunki, w szczególności dysponują odpowiednim taborem oraz odpowiednio przystosowaną bazą w granicach administracyjnych miasta Kielce jak również pracownikami (w szczególności kierowcami autobusów ze znajomością topografii miasta Kielce).

Jak podnosił powyżej, zamawiający w treści SIWZ wskazał szereg warunków, które muszą spełnić autobusy, baza transportowa oraz pracownicy. Nie przytaczając wszystkich (bardzo precyzyjnie określonych warunków) nadmieniał, że wszystkie autobusy (a liczba

35

autobusów, które muszą być w dyspozycji wykonawcy to 123 sztuki, co czyni niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia największym tego typu zamówieniem w skali całego kraju) - muszą spełniać precyzyjnie określone wymogi techniczne, w tym również muszą być wyposażone w odpowiednio zaprogramowane autokomputery, wyświetlacze, kasowniki, oraz odpowiadać kolorystyce wskazanej przez zamawiającego. Z wieloletniego doświadczenia odwołującego wynika, że cykl produkcyjny takiej ilości autobusów to nie mniej niż 25-30 tygodni, do tego (z uwagi na konieczność wskazania numerów rejestracyjnych wszystkich pojazdów, którymi wykonawca ma świadczyć usługi) należy również doliczyć czas niezbędny na uzyskanie ubezpieczenia oraz rejestracji pojazdów, czyli czas minimum 2 tygodni od momentu wyprodukowania autobusów. W ocenie odwołującego nawet jeśli przyjąć, że świadczenie usług miałyby odbywać się autobusami, używanymi, to proces pozyskiwania ich z rynku wtórnego (w ilości niezbędnej do wykonywania zamówienia) oraz przystosowania do wymogów zamówienia, nie będzie krótszy niż, wskazane wyżej okresy. Nie bez znaczenia, dla daty rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę, jest pozyskanie bazy transportowej (o parametrach wskazanych w SIWZ) i przystosowanie jej do wymogów postępowania. Przy założeniu, że ostaną się zapisy SIWZ dotyczące specyfiki bazy transportowej, to pozyskanie terenu o powierzchni 25 000 m² w obrębie granic administracyjnych miasta Kielce, a następnie wyposażenie go w odpowiednią (zgodną z SIWZ) infrastrukturę, będzie procesem czasochłonnym. Nie ulega również wątpliwości, że pozyskanie z rynku pracowników w ilości niezbędnej do wykonania zamówienia, w tym w szczególności 350 kierowców ze znajomością topografii miasta Kielce nie jest procesem krótkotrwałym. Odwołujący stwierdził, że na chwilę obecną na rynku pracy w skali całego kraju występuje istotny deficyt w grupie zawodowej kierowców autobusowych, dlatego też część przedsiębiorców podejmuje decyzję o szkoleniu pracowników. Pomijając już sam proces pozyskania kandydatów z rynku (który uwzględniając ilość potrzebnych pracowników wynieść może minimum 12 tygodni) minimalny okres szkolenia jednego pracownika na stanowisko kierowcy autobusu to okres od 12 do 15 tygodni.

Uwzględniając powyższe uwarunkowania, w ocenie odwołującego, w sytuacji w której wykonawcom nie jest znana data zawarcia umowy, nie sposób w sposób racjonalny ocenić, czy wykonawca będzie mógł sprostać wymaganiom nałożonym na niego przez SIWZ i jednocześnie dochować daty rozpoczęcia świadczenia usług określonej w sposób sztywny w dotychczasowej treści SIWZ. Zatem w ocenie odwołującego, takie określenie daty rozpoczęcia wykonywania zamówienia, stawia w uprzywilejowanej sytuacji podmioty, które na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu, już spełniają wymagania SIWZ, co stanowi naruszenie zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

36

Odwołujący przytoczył orzecznictwo KIO. W jednym z wyroków (wyrok z dnia 2 września 2010 r. sygn. akt KIO/1756/10) Izba uznała, że wyznaczony termin zakończenia realizacji umowy powinien być zatem tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania w terminie. Ustalanie sztywnej daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji zamówienia może być niedopuszczalne, bowiem nie tylko niesie ze sobą ryzyko nierealności daty zawarcia umowy - przy ryzyku przedłużania się postępowania - ale też uniemożliwia potencjalnemu wykonawcy przygotowanie infrastruktury koniecznej do zapewnienia należytego świadczenia usług. W uzasadnieniu ww. wyroku czytamy: *„wyznaczony termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się z zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi na rzecz zamawiającego i posiadały pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy (...) chcieliby zainstalować własną”*. W ocenie Izby wykonawcy potrzebują określonego czasu na przygotowanie się do realizacji zamówienia po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne, uwzględniającego równe traktowanie wykonawców. Ponadto zdaniem Izby: *„Nie mają oni żadnego obowiązku przygotowywania się do realizacji zamówienia, którego jeszcze nie uzyskali z tej tylko przyczyny, że zamawiający nie uwzględnił właściwego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług na zasadach równości wykonawców.”*

W związku z powyższym odwołujący wnosił, aby nakazać zamawiającemu dokonanie zmiany: ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w taki sposób, aby datę rozpoczęcia świadczenia usług objętych zamówieniem określić w sposób opisowy poprzez wskazanie konkretnej ilości miesięcy (ewentualnie tygodni lub dni w ilości nie mniejszej niż 30 tygodni licząc od dnia podpisania umowy w sprawie realizacji zamówienia).

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający w kwestii rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia z datą 1 stycznia 2018 r. podtrzymał swoje stanowisko jakie przedstawił przy omówieniu tego samego zarzutu stawianego przez wykonawcę M. Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt: KIO 745/17. Zaznaczał, że wykonawca nie musi wykazywać nowego taboru, może posługiwać się taboru używanym spełniającym wymagania, jakkolwiek zamawiający nie stawia żadnych przeszkód żeby wykonawca wykazał autobusy nowe spełniające normę Euro 6.

Stanowisko Izby

W powyższym zakresie Izba reprezentuje takie samo stanowisko jak przy rozpatrzeniu zarzutu z punktu I odwołania sygn. akt KIO 745/17.

Zamawiający nie naruszył art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który sprowadza się jedynie do obowiązku podania terminu wykonania zamówienia, gdyż termin taki został podany.

37

Stawiany zarzut faktyczny znalazł potwierdzenie, jako naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usługi od 1 stycznia 2018 roku i wykonywania jej do 31 grudnia 2027 roku. Biorąc pod uwagę warunki zamówienia, w tym konieczność:

- a) zatrudnienia na umowę o pracę 350 kierowców, 18 pracowników obsługi technicznej, 6 dyspozytorów,
 - b) zgromadzenia na miejscu w Kielcach 123 autobusów wykonawcy o odpowiedniej kolorystyce, wyposażonych w przystosowane urządzenia pokładowe.
 - c) ostatecznego przygotowania zadeklarowanej w ofercie bazy transportowej
- niezbędnym jest udzielenie wykonawcy, który dotychczas nie świadczył tej usługi na rzecz

zamawiającego odpowiedniego, gwarantowanego terminu po zawarciu umowy - na jej wdrożenie.

Nawet, gdy uwzględnimy, że zamawiający przewidział odległą obecnie datę zawarcia umowy, tj. 1 stycznia 2018 r., to jednak nie da się wykluczyć takiej sytuacji, że procedura przetargowa może ulec znacznemu wydłużeniu skutkiem korzystania przez wykonawców z przysługującym im środków ochrony prawnej, tym bardziej, że ustawodawca zrezygnował z zasady koncentracji oceny ofert, wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Umowa ma być zawarta aż na 10 lat, zatem zapewnia stabilność dochodów wybranego wykonawcy w tym okresie, co czyni zamówienie szczególnie atrakcyjnym dla przedsiębiorców z branży usług przewozowych, i jak zapowiadają sami odwołujący rywalizacja o dane zamówienie będzie się odbywała z dużą determinacją.

Warunki zamówienia muszą gwarantować realny termin rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz przygotowania się do realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie, i termin ten winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotowi, który dotychczas świadczył tego rodzaju usługi przewozowe na rzecz zamawiającego i z tej racji posiada pełną konieczną infrastrukturę oraz dysponuje osobami, które realizują bieżące zamówienie, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą przygotować cały potencjał osobowy i techniczny. Wykonawca w warunkach tego zamówienia deklaruje, że posiada lub będzie posiadał wyznaczone środki techniczne i osobowe.

Oczywistym jest, że przed uzyskaniem zamówienia wykonawca nie zatrudni kierowców, nie zakupi autobusów nowych, czy używanych - na potrzeby danego zamówienia. Wykonawca nie musi również zakupić, lub też wydzierżawić obiektów bazy transportowej - wystarczającym jest przedłożenie zobowiązanie dysponenta, że w razie uzyskania przez wykonawcę tego zamówienia, zostanie zawarta umowa dająca wykonawcy

tytuł prawny do władania odpowiednim do wymagań SIWZ obiektem do przystosowania i wykorzystania na bazą transportową.

W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej między nimi konkurencji i równego dostępu do zamówienia, gdyż z góry dawałby przewagę dotychczasowemu wykonawcy zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma być ukształtowana w ten sposób, aby złożenie ofert mogło się odbywać w porównywalnych warunkach, z wyrównaniem szans wobec dotychczasowego wykonawcy usługi, który z przyczyn obiektywnych znajduje się w najlepszej sytuacji, może zawrzeć nową umowę bez specjalnych przygotowań i nakładów, o ile zamawiający nie zmienia radykalnie warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w przypadku nie rozpoczęcia świadczenia usług w terminie, (Organizator) zamawiający rozwiąże umowę w trybie natychmiastowym, bez zachowania okresu wypowiedzenia, Izba uznała, że zmiana zaskarżonego zapisu jest konieczna i uzasadniona. Wykonawca musi zakupić autobusy, nowe lub używane, dostosować je do wymaganej kolorystyki i wyposażać w wyznaczone urządzenia pokładowe, przystosować posiadane obiekty do szczegółowych wymagań bazy transportowej. Wykonawca musi pozyskać, zatrudnić i przeszkolić wyznaczoną liczbę 350 kierowców, 18 pracowników obsługi techniczne i 6 dyspozytorów, co wymaga odpowiedniego czasu i znacznych wydatków, których wykonawca nie ma obowiązku ponosić, zanim nie zostanie z nim zawarta umowa o realizację zamówienia.

Izba nie zgodziła się jednak z odwołującym, który postulował udzielenie okresu na wdrożenie usługi wynoszącego 30 tygodni od dnia zawarcia umowy. W ocenie Izby wystarczającym terminem będzie termin 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Należało zauważyć, że zamawiający nie wymaga rozpoczęcia realizacji usługi nowo zakupionymi na ten cel autobusami. Odwołujący natomiast wywodził, biorąc pod uwagę swoje indywidualne możliwości, że zamierza nabyć nowe autobusy, na co potrzebuje czasu, tj. na zamówienie pojazdów u producenta, ich sprowadzenie oraz rejestrację.

W załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający przewidział, że: „2) *W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca ma obowiązek dokonywać wymiany autobusów na autobusy nowe lub używane z tym, że wprowadzany do eksploatacji autobus używany nie*

może być starszy niż 5 lat. 3) Zamawiający nie dopuszcza możliwości realizowania usług przewozowych, będących przedmiotem zamówienia, taborem starszym niż 20 lat. 4) Każdy zakupiony przez Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia i zgłoszony Zamawiającemu do

39

realizacji nowo wyprodukowany autobus musi posiadać silnik spełniający maksymalną obowiązującą w krajach Unii Europejskiej normę emisji spalin EURO, a w przypadku zakupu autobusu używanego wymaganą przez Zamawiającego normą będzie norma o jedną niższą od maksymalnej. (np. w krajach UE obowiązuje norma EURO-6 Wykonawca kupując nowy autobus musi kupić go z silnikiem spełniającym normę EURO-6, jeżeli natomiast dokonuje zakupu autobusu używanego, kilkuletniego to musi on posiadać silnik spełniający normę emisji spalin min. EURO - 5).

Z powyższego wynika, że wykonawca ze strony zamawiającego nie jest ograniczany żadnym terminem wprowadzania fabrycznie nowych autobusów i może to czynić sukcesywnie po zawarciu umowy. Decyzja, czy zamówienie będzie realizowane taborem nowym, czy używanym leży wyłącznie po stronie wykonawcy.

Izba podzieliła argumentację odwołującego, że pozostawienie takiego terminu, jakiego żąda zamawiający od 01.01.2018 r. stanowi o obciążeniu ryzykiem wykonawcy, że zamawiający nie zdoła przeprowadzić do końca bieżącego roku procedury wyboru wykonawcy, albo że okres ten będzie za krótki żeby wybrany wykonawca inny niż Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Kielcach mógł się przygotować do świadczenia usługi od 1 stycznia 2018 r.

Końcowy termin umowy wiążącej zamawiającego z dotychczasowym wykonawcą - przypadający na 31 grudnia 2017 r., zdaniem Izby nie stoi na przeszkodzie w określeniu czasu 5 miesięcy od daty zawarcia umowy - na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi. Ryzyko przedłużającej się procedury przetargowej zawsze obciąża zamawiającego. Wykonawca musi mieć gwarancję, że będzie mógł spełnić wszystkie wymagania stawiane w SIWZ - przed rozpoczęciem usługi.

Jeżeli zamawiający, jak podnosił w odpowiedzi na odwołanie - racjonalnie założył, że postępowanie zakończy się podpisaniem umowy przed 1 lipca 2017 r. - udzielenie wykonawcy gwarantowanego terminu 5 miesięcy od zawarcia umowy na przygotowanie się do świadczenia usługi nie koliduje z terminem rozpoczęcia przewozów od 1 stycznia 2018 r.

Wykonawca jest jedynie uprawniony, aby podnosić, że oznaczony warunek/warunki naruszają przepisy ustawy Pzp i żądać wyeliminowania tych naruszeń. Nie jest uprawniony, aby dyktować zamawiającemu w sposób literalny brzmienia poszczególnych zapisów dokumentacji przetargowej. Także Izba, w przypadku, gdy zarzuty odwołania znajdują potwierdzenie nie ma obowiązku wprowadzania korekt w dokumentacji postępowania.

Wykonując nakaz wyroku Izby, zamawiający będzie zobowiązany wprowadzić zapis, że termin rozpoczęcia realizacji usługi, nie będzie krótszy niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy, i zamieścić go w sposób spójny w odpowiednich dokumentach przetargu.

40

Zarzut II.1. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

poprzez nieuzasadnione nałożenie na wykonawców obowiązku zatrudniania osób, które uczestniczyłyby przy realizacji zamówienia (kierowców, pracowników zaplecza technicznego oraz dyspozytorów), na podstawie umowy o pracę na pełen etat (tj. pkt. 13.5. SIWZ (...)) „kierowcy, pracownicy zaplecza technicznego, dyspozytorzy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę (pełny etat)”, co uniemożliwia zatrudnienie przez wykonawców takich osób na część etatu.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że w pkt. 13.5. SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców szereg obowiązków związanych z personelem uczestniczącym w wykonywaniu zamówienia (...) kierowcy, pracownicy zaplecza technicznego, dyspozytorzy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę (pełny etat)”, poprzez obowiązek zatrudnienia osób, które mają uczestniczyć przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę na pełen etat. Zdaniem odwołującego wyżej wskazane warunki są nieuzasadnione. Niezrozumiały jest obowiązek zatrudniania kierowców, dyspozytorów i pracowników zaplecza technicznego obligatoryjnie na pełen etat. Skoro ustawodawca przewidział

możliwość zawierania umów na części etatu, a potrzeba ta może leżeć zarówno po stronie pracodawcy jak i pracownika, ograniczanie przez zamawiającego możliwości kreowania umowy o pracę w zakresie zatrudnienia na cały bądź część etatu, uznać za nieuzasadnione w szczególności w sytuacji, gdy wolą pracownika jest zawrzeć umowę na część etatu (np. na pół etatu) i jest to uzasadnione okolicznościami osobistymi pracownika. Zakazywanie zawierania tego typu umów w ocenie odwołującego jest nazbyt daleko idące i pozbawione obiektywnych uzasadnionych podstaw. Z tych samych przyczyn w ocenie odwołującego niezrozumiałym jest obowiązek zatrudnienia pracowników wyłącznie na podstawie umowy o pracę. Praktyką powszechną i zrozumiałą (w szczególności w kontekście niewielkiej dostępności na rynku kierowców autobusowych) jest zawieranie z pracownikami na tych stanowiskach umów zlecenia, na część etatu, w sytuacjach, w których pracownicy ci są zatrudnieni w innych podmiotach na podstawie umowy o pracę, a pracę w innych miejscach traktują, jako pracę dodatkową (w niepełnym wymiarze czasu pracy). W ocenie odwołującego, stosowanie wyżej wskazanych ograniczeń w zatrudnieniu w żaden sposób nie wpływa na wykonanie zamówienia, a jedynie zmierza do ograniczenia lub uniemożliwienia składania przez część wykonawców ofert konkurencyjnych. Skoro bowiem ogólnie obowiązujące przepisy prawa, w tym w szczególności przepisy prawa pracy, są elastyczne w wyżej wskazanym zakresie, nie sposób w ocenie odwołującego stwierdzić, w jaki sposób praca pracowników na pełen etat i wyłącznie na podstawie umowy o pracę miałaby wpłynąć na jakość wykonywanych usług przez wykonawcę, skoro ich istotą jest świadczenie usług

41

transportowych, co w praktyce (w celu płynnej i jak najlepszej realizacji zadań przewozowych) wymusza na pracodawcy konieczność dostosowywania się do potrzeb pracowników, w tym również w zakresie form zatrudnienia, jak i odpowiedniej etatyzacji.

Odwołujący żądał wykreślenia ppkt 13 w pkt 18.1 SIWZ oraz poprzez usunięcie Załącznika nr 6 do SIWZ. Ponadto, zmiany ogłoszenia o zamówieniu - skreślenia tiretu IV w sekcji III.1.3. Wyeliminowania w pkt. 13.5. SIWZ postanowienia: „kierowcy, pracownicy zaplecza technicznego, dyspozytorzy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę (pełny etat).”

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający oświadczył, że na str. 2 w pkt 4 modyfikacji SIWZ z dnia 19 kwietnia 2017 r. jest wprowadzony zapis pkt. 13.5. SIWZ: „kierowcy, pracownicy zaplecza technicznego, dyspozytorzy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.” Zamawiający wykreślił, że wymaga zatrudnienia na cały etat.

Stanowisko Izby

Odwołujący stwierdził, że nie neguje prawa zamawiającego wynikającego z art. 29 ust 3a ustawy Pzp do wymagania zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności jeżeli czynności te noszą cechy stosunku pracy.

Skoro zamawiający wykreślił z postanowień pkt. 13.5. SIWZ część kwestionowanego warunku, żeby „kierowcy, pracownicy zaplecza technicznego, dyspozytorzy byli zatrudnieni na (pełny etat), rozpatrywanie tego zarzutu odwołania stało się bezprzedmiotowe.

Zamawiający wyznaczył warunek udziału w zakresie potencjału wykonawcy (...) że o zamówienie mogą ubiegać się tacy wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami 350 kierowców, 18 pracownikami zaplecza technicznego i 6 dyspozytorami - „kierowcy, pracownicy zaplecza technicznego, dyspozytorzy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.

Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi (...) wymagania zatrudnienia przez wykonawcę (...) na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że zatrudnienie kierowców regularnej komunikacji miejskiej, pracowników zaplecza technicznego bazy transportowej oraz dyspozytorów nosi cechy stosunku pracy. Z tych względów omawiany wymóg nie narusza

42

art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wynika wprost z imperatywnej dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut II. 2. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez nieuzasadnione zobligowanie wykonawców do wskazania imion i nazwisk co najmniej 350 kierowców, 25 pracowników zaplecza technicznego [18-tu po zmianie SIWZ] oraz 6 dyspozytorów jako osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, (tj. pkt 13.5. SIWZ „Na potwierdzenie należy załączyć: Wykaz, osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z podaniem ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz zakres wykonywanych przez nich czynności, na Załączniku Nr 6 do SIWZ”) tj. poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku wypełnienia Załącznika nr 6 do SIWZ, i jego przedłożenia zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (stosownie do pkt. 13 ujętego w pkt. 18.1. SIWZ).

W uzasadnieniu odwołujący podał, że w pkt. 13.5. SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców szereg obowiązków związanych z personelem uczestniczącym w wykonywaniu zamówienia (...) kierowcy; pracownicy zaplecza technicznego, dyspozytorzy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę (pełny etat- [wymóg usunięty]), poprzez zobligowanie wykonawców do wskazania imion i nazwisk co najmniej 350 kierowców, 25 pracowników zaplecza technicznego [18-tu po zmianie SIWZ] oraz 6 dyspozytorów (jako osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia tj. poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku wypełnienia Załącznika nr 6 do SIWZ i jego przedłożenia zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (stosownie do pkt 13 ujętego w pkt 18.1 SIWZ). W ocenie odwołującego niezrozumiałą jest obowiązek wskazania (jeszcze na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty) wykazu wszystkich pracowników, którzy będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia, albowiem nie sposób jest uzasadnić konieczności imiennego wskazania tych osób w załączniku nr 6 do SIWZ. W ocenie odwołującego oczywistym jest, że większość wykonawców nie dysponuje taką liczbą pracowników (lub kandydatów na pracowników) mogących podjąć pracę przy realizacji zamówienia na terenie miasta Kielce (i gmin sąsiadujących). Oczywistym jest również, że w większości przypadków proces rekrutacji pracowników rozpocznie się po wyłonieniu wykonawcy, któremu zostanie udzielone do realizacji zamówienie, zatem wskazywanie imiennej listy osób, którymi wykonawcy posługiwać się będą przy realizacji zamówienia jest warunkiem za daleko idącym, utrudniającym bądź nawet uniemożliwiającym złożenie konkurencyjnych ofert przez wykonawców nie dysponujących zasobami ludzkimi (we

wskazanej wysokości) na dzień składania ofert i w sposób oczywisty faworyzujący wykonawców, którzy dysponują wyżej wskazaną ilością pracowników na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Niemniej jednak, nawet jeśli by przyjąć, że któryś z wykonawców spełnia powyższy warunek, i na wczesnym etapie postępowania dysponować będzie imienną listą osób, którymi będzie posługiwał się przy realizacji zadania, to zapisy SIWZ w tym zakresie, są tak skonstruowane, że obligują wykonawcę do „złożenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów o udostępnieniu” (Załącznik Nr 6 do SIWZ). W takim wypadku w ocenie odwołującego, Zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek uzyskania od każdego przyszłego pracownika pisemnego oświadczenia w wymaganym przez SIWZ zakresie. W ocenie odwołującego warunek ten jest z obiektywnych względów niemożliwy do spełnienia albowiem trudno sobie wyobrazić, że możliwym będzie (w terminie przewidzianym w SIWZ) pozyskanie ponad 350 osób, które zadeklarują się pisemnie, na świadczenie pracy w celu obsługi danego zlecenia. Wskazując na niedorzeczność przedmiotowych zapisów SIWZ, odwołujący zadawał pytanie, co w wypadku, w którym wykonawcy uda się pozyskać taką liczbę osób i podpisze z nimi umowy o pracę (na etapie składania ofert) oraz wskaże ich imiennie w Załączniku nr 6 do SIWZ, a w okresie od wyłonienia wykonawcy, któremu zamawiający udzieli do realizacji zlecenie, do dnia rozpoczęcia umowy (lub też w trakcie trwania umowy) któraś z tych osób przestanie uczestniczyć w wykonywaniu zlecenia. W ocenie odwołującego, zapisy SIWZ umożliwiają zamawiającemu rozwiązanie z takim wykonawcą umowy objętej zamówieniem. Zgodnie z § 1 Załącznika nr 10 do SIWZ (wzór umowy). „Organizator zleca, a Operator na podstawie rozstrzygniętego przetargu nieograniczonego przyjmuje do odpłatnego wykonania

świadczenie usług przewozowych na wszystkich liniach komunikacyjnych miejskich w Kielcach oraz na terenie ościennych gmin, z którymi Gmina Kielce zawarła porozumienia o organizowaniu wspólnej komunikacji, zgodnie z warunkami zawartymi w niniejszej umowie, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ofercie Wykonawcy. Z powyższego wynika zdaniem odwołującego, że wykonawca jest zobligowany świadczyć usługi, poprzez osoby wskazane w Załączniku nr 6 do SIWZ (albowiem załącznik ten stanowi część oferty wykonawcy i jest zgodny z SIWZ), zatem świadczenie usług przy przez wykonawcę poprzez osoby inne niż wskazane w Załączniku nr 6 do SIWZ, w ocenie odwołującego, należy uznać za wykonywanie umowy w sposób nienależyty, a takie zachowanie zgodnie z § 9 ust. 2 Załącznika nr 10 do SIWZ („w przypadku nienależytego wykonania umowy Organizator zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy za uprzednim 1-miesięcznym wypowiedzeniem na koniec miesiąca kalendarzowego.”) upoważnia zamawiającego do rozwiązania umowy z wykonawcą. W związku z powyższym w zakresie zarzutu II.1 i zarzutu II.2. odwołujący wnosił, aby zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, w następujący sposób:

44

(Ogłoszenie o Zamówieniu) - skreślenie tiretu czwartego w sekcji III. 1.3)

(SIWZ) 13.5.dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia tj. co najmniej 350 kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, 25 (18 po zmianach) pracownikami zaplecza technicznego oraz 6 dyspozytorami

a) kierowcy muszą posiadać znajomość układu komunikacyjnego oraz topografii miasta w stopniu pozwalającym na prawidłową realizację zadania przewozowego,

b) kierowcy muszą znać język polski co najmniej w stopniu średniozaawansowanym (poziom B1)

- poprzez wykreślenie pkt 13 w pkt. 18.1 SIWZ oraz poprzez usunięcie Załącznika nr 6 do SIWZ.

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający uznawał, że ma obowiązek kontrolować czy wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania pracownikami, którzy będą realizować zamówienie i w tym celu żąda w wykazie załącznika 6 podania nazwisk i imion wszystkich pracowników (350 kierowców, 18 pracowników obsługi i 6 dyspozytorów). W wykazie tym ma być napisane jaki rodzaj uprawnień do kierowania pojazdami ma dana osoba. Zamawiający oświadczył, że na tej podstawie będzie weryfikował zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia.

Stanowisko Izby

W pkt 13.5. SIWZ zamawiający w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu - postawił warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia „Na potwierdzenie należy załączyć: Wykaz, osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z podaniem ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz zakres wykonywanych przez nich czynności, na Załączniku Nr 6 do SIWZ”.

Zgodnie z pkt 13.5. SIWZ postanowienie - dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia tj. co najmniej 350 kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, 18 pracownikami zaplecza technicznego oraz 6 dyspozytorami, odnosi się w wszystkich ww. osób.

Zdaniem Izby postawiony warunek spełnia dyspozycję normy art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Pzp, na podstawie których zamawiający może postawić minimalne warunki kwalifikacji osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, jednakże środki dowodowe - aby z imienia i nazwiska oznaczyć w Załączniku 6 wszystkich

45

350 kierowców, 18 pracowników obsługi technicznej na etapie składania ofert- w ocenie Izby są nadmierne.

Przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) w § 2 ust. 4 upoważniają zamawiającego do

żądania:

- pkt 9) oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy
- pkt 10) wykazu, osób, skierowanych do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości (...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz zakres wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami.

Przywołane wyżej przepisy odnoszą się do osób „odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości (...)”, a nie do wszystkich pracowników wykonawcy, których musi on zatrudnić aby zrealizować zamówienie.

Z tych względów wymagania zamawiającego, tj. poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku wypełnienia Załącznika nr 6 do SIWZ, i jego przedłożenia zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (stosownie do pkt. 13 ujętego w pkt. 18.1. SIWZ), Izba uznała za nadmierne.

Zamawiający powinien ograniczyć stawiane wymaganie podania imion i nazwisk, funkcji przy realizacji zamówienia i rodzaju kwalifikacji w odniesieniu do osób pełniących u wykonawcy zadania kierownicze, nadzorcze, odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, czy dyspozytorów.

Po stronie wykonawcy leży obowiązek zatrudnienia kierowców posilających odpowiednie uprawnienia do kierowania autobusami i za to wykonawca ponosi wszelką odpowiedzialność.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że nie jest zasadne żądanie nazwisk i imion pracowników, w tym szeregowych pracowników zatrudnionych jako kierowcy i pracownicy obsługi technicznej - w momencie złożenia oferty, nawet jeżeli zamawiający zakłada, że w sytuacji gdy Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Kielcach nie uzyska tego zamówienia, to kierowcy i inni pracownicy mogliby znaleźć zatrudnienie u nowego wykonawcy przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie zna na moment składania oferty nazwisk tych pracowników, ani takich, których pozyska z rynku pracy i nie może ich podać w

46

załączniku do oferty. Nie została dookreślona w SIWZ sytuacja dopuszczalnej zmiany pracowników, z czym zawsze należy się liczyć.

W ocenie Izby wystarczającym będzie wymaganie umieszczenia w wykazie Załącznika nr 6 osób, skierowanych do realizacji zamówienia - odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości (...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami.

Wykonując powyższy nakaz wyroku Izby, zamawiający będzie zobowiązany w sposób spójny z całością dokumentacji przetargu, wprowadzić zapis korygujący w postanowieniach punktu 13.5 SIWZ oraz w Załączniku nr 6 do SIWZ - precyzując zakres funkcji osób, który wykonawca ma z imienia i nazwiska zamieścić w wymienionym wykazie z wyeliminowaniem kierowców i pracowników obsługi technicznej.

Zarzut II.3. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez uniemożliwienie wykonawcom złożenia oferty zgodnie z którą „wykonawcy zadeklarowałyby realizację przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu fabrycznie nowych autobusów tzn. autobusów nie wyprodukowanych (nieistniejących) jeszcze na etapie upływu terminu składania ofert (tj. pkt 13.6. SIWZ „dysponują lub będą dysponować autobusami w okresie trwania kontraktu w następujących rodzajach i ilościach; 31 MEGA, 87 MAXI i 5 MIDI, z czego co najmniej połowa z nich powinna spełniać normę emisji spalin minimum Euro 5, a średni wiek nie może przekraczać 8 lat w okresie trwania kontraktu, spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2017, poz. 128) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej w tym, wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 27 października 2016 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016r. poz. 2022). Na potwierdzenie należy załączyć: Wykaz autobusów, które znajdują się lub będą się znajdować

w dyspozycji Wykonawcy, którymi będzie on wykonywał przedmiot umowy, na Załączniku Nr 8. ") tj. poprzez konieczność wskazania przez wykonawców roku produkcji oraz numeru rejestracyjnego każdego z autobusów (które miałyby być wykorzystywane do realizacji przedmiotu Zamówienia) w treści wykazu autobusów (według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ) i jego przedłożenia zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (stosownie do pkt 15 ujętego w pkt 18.1. SIWZ). Powyższe według odwołującego stawia, w sposób niczym nieuzasadniony, w

47

uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy dysponują używanymi pojazdami już na etapie składania ofert.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że w pkt 13.6. SIWZ, zamawiający wskazał następujące warunki, które muszą spełnić wykonawcy: „dysponują lub będą dysponować autobusami w okresie trwania kontraktu w następujących rodzajach i ilościach: 31 MEGA, 87 MAXI i 5 MIDI z czego co najmniej połowa z nich powinna spełniać normę emisji spalin minimum Euro 5, a średni wiek nie może przekraczać 8 lat w okresie trwania kontraktu, spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2017, poz. 128) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej w tym, wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 27 października 2016 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016r . poz. 2022). Na potwierdzenie należy załączyć: Wykaz autobusów, które znajdują się lub będą się znajdować w dyspozycji Wykonawcy, którymi będzie on wykonywał przedmiot umowy, na Załączniku Nr 8.”) tj. poprzez konieczność wskazania przez wykonawców roku produkcji oraz numeru rejestracyjnego każdego z autobusów (które miałyby być wykorzystywane do realizacji przedmiotu Zamówienia) w treści wykazu autobusów (według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ) i jego przedłożenia zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (stosownie do pkt 15 ujętego w pkt 18.1. SIWZ).

Powyższe w ocenie odwołującego, w sposób niczym nieuzasadniony, w uprzywilejowanej pozycji stawia wykonawców, którzy dysponują używanymi pojazdami już na etapie składania ofert. Zgodnie z interpretacją powyższych zapisów SIWZ, wykonawcy są zobligowani bądź to do posiadania pojazdów używanych, bądź to do dokonania zakupu (i rejestracji) pojazdów nowych jeszcze przed etapem wyboru najkorzystniejszej oferty. Z powyższego odwołujący wywiódł, że zamawiający promuje wykonawców dysponujących taboru używanym i takich wykonawców zapisy SIWZ faworyzują, przy czym w ocenie odwołującego powinno być zgoła odmiennie, albowiem to właśnie wykonawcy przedstawiający oferty gdzie realizacja zamówienia następowałaby przy wykorzystaniu fabrycznie nowych pojazdów (tj. pojazdów, które zostałyby wyprodukowane po wyborze najkorzystniejszej oferty) winni być promowani (choćby z uwagi na zapewnienie większego komfortu dla pasażerów i aspekty ekologiczne związane z mniejszą emisją spalin). Odwołujący, uznawał za nieracjonalny obowiązek podania przez wykonawców numerów rejestracyjnych pojazdów, którymi będzie wykonywał usługi. W ocenie odwołującego, jeśliby przyjąć, że zamówienie ma być realizowane przy użyciu pojazdów nowych (a tego typu zamówienia stanowią przeważającą większość zamówień w zakresie transportu publicznego), to powyższy warunek jest niemożliwy do spełnienia ergo, jeśliby powyższe

48

zapisy utrzymały się w treści SIWZ, niemożliwym byłoby składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o pojazdy fabrycznie nowe. Nawet jeśliby przyjąć, że wykonawcy zdecydują się na składanie ofert w oparciu o tabor używany, to należy stwierdzić, że pozyskanie takiej liczby pojazdów używanych i dostosowanie ich do wymogów zamówienia, w tym również dokonanie procedury rejestracji, jest procesem żmudnym i czasochłonnym. Poza tym z doświadczenia odwołującego wynika, że pozyskanie w tak krótkim okresie czasu tak znacznej ilości używanych pojazdów spełniających wymagania SIWZ jest w ocenie odwołującego istotnym ograniczeniem zasady konkurencyjności i może preferować te podmioty, które już dysponują tego typu taboru.

Odwołujący na rozprawie podtrzymał zarzut. Zdaniem odwołującego wykazałaby on swój potencjał, jeżeli by tylko oświadczył, że zakupi nowe autobusy w wymaganej ilości i

typie i nie podałby numerów rejestracyjnych, gdyż ich nie zna, ani roku produkcji. Nie negował, że w pkt 18.1 SIWZ wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pkt 15 - zawiera wykaz autobusów według Załącznika 8. Podtrzymał, że zamawiający faworyzuje MPK w Kielcach.

W związku z powyższym odwołujący wnosił, aby zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, poprzez usunięcie Załącznika nr 8 do SIWZ i wykreślenie pkt 15 w pkt 18.1 SIWZ, lub poprzez takie sformułowanie treści SIWZ, aby wymóg uzupełnienia Załącznika 8 do SIWZ i przedłożenia go zamawiającemu, nie dotyczył wykonawców, którzy zdecydują się na wykonywanie zamówienia przy użyciu autobusów fabrycznie nowych, tj. wykonanych po terminie do złożenia ofert w okresie przypadającym po zawarciu umowy w sprawie realizacji zamówienia a datą rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych objętych zamówieniem.

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający stwierdził, że dopuszcza autobusy nowe ale pod warunkiem, że one fizycznie istnieją, są wyprodukowane, zarejestrowane. W wykazie żąda podania roku produkcji ponieważ musi zweryfikować czy zdolność techniczna wykonawcy jest spełniona w oparciu o podane warunki. Do tego jest potrzebny numer rejestracyjny pojazdu, co daje możliwość weryfikacji danych przedstawianych przez wykonawców w odniesieniu do wyznaczonych warunków średniego wieku pojazdów nie większego niż 8 lat. Zamawiający potwierdził, że w tym przypadku o ile wykonawca posiada autobusy spełniające wymagania nawet jeśli aktualnie są one wykorzystane do innych kontraktów, to wykonawca może je wpisać w Wykazie autobusów. Zamawiający opisał procedurę zmiany Załącznika nr 8 i nie stawia ograniczeń żeby wykonawca zastąpił autobusy umieszczone w wykazie - nowo zakupionymi w dowolnym czasie.

49

Stanowisko Izby

Odwołujący pominął, że zgodnie z pkt 13 SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy, między innymi pkt 13.6. dysponują lub będą dysponować autobusami w okresie trwania kontraktu w następujących rodzajach i ilościach: 31 MEGA, 87 MAXI i 5 MIDl, z czego co najmniej połowa z nich powinna spełniać normę emisji spalin minimum Euro 5, a średni wiek nie może przekraczać 8 lat w okresie trwania kontraktu, spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2017, poz. 128) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej w tym, wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 27 października 2016 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022). Na potwierdzenie należy załączyć: Wykaz autobusów, które znajdują się lub będą się znajdować w dyspozycji Wykonawcy, którymi będzie on wykonywał przedmiot umowy, według wzoru Załącznika nr 8 do SIWZ.

Przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) w § 2 ust. 4 pkt 3 upoważniają zamawiającego do żądania wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Skoro odwołujący uznaje się za znaczący podmiot na rynku usług przewozów pasażerskich, oznacza to, że jest w stanie wykazać swój potencjał techniczny w zakresie dysponowania konieczną liczbą autobusów o wyznaczonych parametrach, z oznaczeniem numerów rejestracyjnych tych pojazdów. Użyty przez ustawodawcę i powtórzony w SIWZ zwrot „lub będą dysponować” - odnosi się do potencjału udostępnianego przez podmioty trzecie na zasadach art. 22a ust. 1 ustawy Pzp - z którego wykonawcy mają prawo korzystać. Błędnie odwołujący interpretuje przepisy ustawy Pzp, że w zakresie wykazania zdolności do realizacji zamówienia - mógłby jedynie zadeklarować w ofercie, że na potrzeby tego zamówienia zakupi 123 nowe autobusy po zawarciu umowy. Zamawiający jest zobowiązany zweryfikować zdolność wykonawcy do realizacji umowy przed udzieleniem zamówienia w oparciu o realnie istniejące zasoby, tj. autobusy, ich dane techniczne oraz identyfikacyjne.

Na etapie przygotowania się do realizacji zamówienia - po zawarciu umowy, mimo, wymogu SIWZ - złożenia Wykazu autobusów, które znajdują się lub będą się znajdować w

dyspozycji wykonawcy, którymi będzie on wykonywał przedmiot umowy - wykonawca będzie mógł uaktualnić ten wykaz, tzn. skierować do wykonywania zamówienia inne jednostki

50

używane, lub przedstawić nowo zakupione, gdyż takie upoważnienie wynika z przywoływanych wcześniej postanowień Załącznika Nr 1 do SIWZ.

„6) Wykonawca do dnia 31 grudnia każdego roku trwania umowy oraz przy każdej zmianie przedkładać będzie Zleceniodawcy uaktualniony wykaz autobusów, którymi będzie realizował przedmiot zamówienia wg Załącznika Nr 2 do umowy.

7) W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca ma obowiązek dokonywać wymiany autobusów na autobusy nowe lub używane z tym, że wprowadzany do eksploatacji autobus używany nie może być starszy niż 5 lat.

8) Zamawiający nie dopuszcza możliwości realizowania usług przewozowych, będących przedmiotem zamówienia, taboru starszym niż 20 lat.

9) Każdy zakupiony przez Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia i zgłoszony Zamawiającemu do realizacji nowo wyprodukowany autobus musi posiadać silnik spełniający maksymalną obowiązującą w krajach Unii Europejskiej normę emisji spalin EURO, a w przypadku zakupu autobusu używanego wymaganą przez Zamawiającego normą będzie norma o jedną niższą od maksymalnej. (np. w krajach UE obowiązuje norma EURO-6 Wykonawca kupując nowy autobus musi kupić go z silnikiem spełniającym normę EURO-6, jeżeli natomiast dokonuje zakupu autobusu używanego, kilkuletniego to musi on posiadać silnik spełniający normę emisji spalin min. EURO - 5).”

Obowiązkiem zamawiającego jest zweryfikowanie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, stosownie do wyznaczonych warunków, nakazanych w ustawie Pzp oraz w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Zamawiający nie może zatem polegać jedynie na zapewnieniu wykonawcy, że w całości jednorazowo zakupi cały wymagany tabor - jako nowy od producenta, oraz że z tej przyczyny chciałby zostać zwolniony od obowiązku wskazywania w Wykazie według załącznika nr 8 do SIWZ danych dotyczących numerów rejestracyjnych, roku produkcji, itp.

Zamawiający poszerzając konkurencję dopuścił do wykonania zamówienia wykonawców dysponujących autobusami używanymi, własnymi lub takimi, którymi wykonawca będzie dysponował na zasadzie udostępnienia potencjału przez podmioty trzecie.

Izba podzieliła stanowisko zamawiający, że wykonawca może wskazać autobusy nowe ale pod warunkiem, że one fizycznie istnieją, są wyprodukowane, zarejestrowane. W wykazie zamawiający zasadnie żąda podania roku produkcji, ponieważ musi zweryfikować czy zdolność techniczna wykonawcy jest spełniona w oparciu o podane warunki, zatem jest potrzebny numer rejestracyjny pojazdu, co daje możliwość sprawdzenia, średniego wieku pojazdów nie większego niż 8 lat. Zamawiający potwierdził, że w tym przypadku, o ile wykonawca posiada autobusy spełniające wymagania nawet jeśli aktualnie są one

51

wykorzystane do innych kontraktów, to wykonawca może je wpisać w Wykazie autobusów. Zamawiający opisał procedurę zmiany Załącznika nr 8 i nie stawia ograniczeń, żeby wykonawca zastąpił autobusy umieszczone w wykazie - nowo zakupionymi od producenta, czy z rynku wtórnego - w dowolnym czasie, lub alokował jednostki aktualnie zaangażowane w inne przedsięwzięcia.

Warunki ubiegania się o zamówienie muszą zostać podane jednolicie dla wykonawców zdolnych wykonać zamówienie i w taki sam sposób egzekwowane od wszystkich wykonawców.

Odwolujący starał się ukształtować warunki tego przetargu w sposób dostosowany do swoich indywidualnych możliwości - deklarowanego zakupu nowych autobusów. Środki ochrony prawnej nie mogą być wykorzystywane do takich celów.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut II.4 Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez:

II.4.a) Określenie wymogu dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem

technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) [po modyfikacji 6 kanałów lub podnośniki] wraz z niezbędnym wyposażeniem

i napraw, zlokalizowaną w granicach umożliwiającym dokonywanie

przeglądów

administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią.”) tj. poprzez nieuzasadnione wskazanie minimalnej powierzchni bazy (nie mniejszej niż 25 000 m²).

II.4. b) Określenie wymogu dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) [po zmianie 6 kanałów naprawczych lub podnośników] wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią.”) tj. poprzez nieuzasadnione wskazanie parametrów budynku warsztatowego usytuowanego na terenie bazy tj. wskazanie minimalnej ilości stanowisk naprawczych (kanałów naprawczych) oraz poprzez brak możliwości aby zamiast kanałów naprawczych w budynku warsztatowym znajdowały się zestawy podnośników.

52

II.4.c) Określenie wymogu dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) [po zmianie 6 kanałów naprawczych lub podnośników] wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią”) poprzez nieuzasadnione zobligowanie wykonawców do posiadania bazy transportowej położonej wyłącznie w granicach administracyjnych Miasta Kielce.

II.4.d) Określenie wymogu dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) [po zmianie 6 kanałów naprawczych lub podnośników] wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce oraz myjnią”) poprzez uniemożliwienie (lub daleko idące utrudnienie) ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy - dla potrzeb potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu - wykazaliby, że dysponują lub będą dysponować samym terenem, który zostałby (po udzieleniu zamówienia) zabudowany/przystosowany jako baza transportowa.

W uzasadnieniu ww. zarzutów odwołujący podał, że w pkt. 13.4. SIWZ zamawiający przewidział wymóg dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ „dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią,” gdzie wskazał wymóg posiadania bazy transportowej o minimalnej powierzchni 25 000 m². W ocenie odwołującego, wymóg posiadania bazy transportowej o takiej powierzchni jest nieuzasadniony warunkami zamówienia. Z doświadczenia odwołującego wynika, że wystarczająca powierzchnia do komfortowej/bezkolizyjnej obsługi ilości autobusów wskazanej w zamówieniu, wraz z zapewnieniem ich postoju, to obszar 13.000 m² - 15.000 m². Obszar ten może ulec zmianie, w zależności od wybranego rozwiązania związanego z parkowaniem autobusów (np. parking piętrowy). W ocenie odwołującego, powierzchnia bazy transportowej winna być adekwatna do obsłużenia przewidzianej ilości autobusów wykonujących zamówienia, jednakże zdaniem odwołującego, nie ma żadnych obiektywnie

53

uzasadnionych uwarunkowań, aby minimalna powierzchnia bazy transportowej wynosiła 25 000 m².

W pkt. 13.4. SIWZ zamawiający wskazał na wymóg dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ „- dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią,” poprzez wskazanie parametrów budynku warsztatowego usytuowanego na terenie bazy transportowej tj. wskazanie minimalnej ilości stanowisk naprawczych (kanałów naprawczych). W ocenie odwołującego, warunek ten jest nazbyt szczegółowy i nieuzasadniony specyfiką zamówienia. W ocenie odwołującego, konieczność posiadania na terenie bazy transportowej minimum 8 kanałów naprawczych, jest warunkiem ograniczającym konkurencję. Do dokonywania większości napraw taboru autobusowego, nie jest koniecznym wykorzystywanie kanałów naprawczych. W ocenie odwołującego o wiele lepszym sposobem jest wykorzystywanie specjalistycznych podnośników, które charakteryzują się wyższą funkcjonalnością niż kanały techniczne, w szczególności jeśli chodzi o skomplikowane naprawy (np. wymiana silnika), a ich rozlokowania na terenie bazy transportowej nie musi mieć charakteru stałego (tak jak w przypadku kanałów naprawczych), zatem warunek związany z obowiązkową ilością kanałów naprawczych w ocenie odwołującego preferuje wykonawców posiadających bazę transportową z minimalną wymaganą już, stosownie do dotychczasowej treści SIWZ, liczbą kanałów naprawczych.

W pkt. 13.4. SIWZ zamawiający określił wymóg dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ „- dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią,” poprzez zobligowanie wykonawców do posiadania bazy transportowej wyłącznie w granicach administracyjnych Miasta Kielce. W ocenie odwołującego, zapis ten jest niczym nie uzasadniony i w sposób bezpośredni ogranicza konkurencję faworyzując wykonawców, którzy dysponują już bazą transportową, która znajduje się na terenie Miasta Kielce (oraz posiada określoną powierzchnię - min. 25 000 m). Powyższy warunek w ocenie odwołującego nie ma żadnych obiektywnie uzasadnionych podstaw. Zaznaczył, że zamówienie nie dotyczy świadczenia usług transportu miejskiego wyłącznie na terenie miasta Kielce. Jego zakresem objęte są również gminy sąsiadujące z miastem (i gminą)

54

Kielce, zatem w ocenie odwołującego niezrozumiałym jest dlaczego zakazem objęta jest możliwość ulokowania bazy transportowej np. w obrębie przyległych gmin objętych wspólnym transportem miejskim (Miasto i Gmina Chęciny, Miasto i Gmina Daleszyce, Gmina Górnio, Gmina Masłów, Gmina Miedziana Góra, Gmina Morawica, Gmina Piekoszków, Gmina Sitkówka - Nowiny, Gmina Zagnańsk), w szczególności w sytuacji w której, zamawiający zobligował wykonawców do wliczenia w cenę oferty tzw. „kilometrów dojazdowych” tj. odległości od bazy transportowej do przystanku początkowego poszczególnych zadań przewozowych, co potwierdza, że to samym wykonawcom powinna zostać pozostawiona swoboda decyzyjna w zakresie miejsca lokalizacji bazy transportowej (kalkulując bowiem ofertę muszą oni uwzględnić koszty wynikające z tzw. „kilometrów dojazdowych”).

W pkt. 13.4. SIWZ zamawiający przewidział wymóg dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (tj. pkt. 13.4. SIWZ „dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią” poprzez zobligowanie wykonawców do dysponowania gotową bazą (w chwili składania oferty lub też w momencie podpisania umowy), która spełnia wszelkie (wskazane przez zamawiającego warunki), co w ocenie odwołującego uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy - dla

potrzeb potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu - wykazałoby, że dysponują lub będą dysponować samym terenem, który zostałby (po udzieleniu zamówienia) zabudowany/przystosowany jako baza transportowa. W ocenie odwołującego, zobligowanie wykonawców do przedstawienia konkretnej bazy transportowej (niezależnie czy znajdującej się w posiadaniu na dzień złożenia oferty, czy też podpisania umowy) uniemożliwia dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie dysponują bazą spełniającą wymogi wskazane w SIWZ, albowiem w ocenie odwołującego SIWZ wyklucza możliwość samego dysponowania terenem pod bazę transportową, który w okresie od dnia podpisania umowy, do rozpoczęcia realizacji zamówienia zostałby odpowiednio przystosowany do wymagań SIWZ w zakresie warunków technicznych, które spełniać ma baza transportowa.

Odwołujący zauważył, że w świetle art. 29 ust. 2 Pzp, zamawiający jest ograniczony w swobodzie precyzowania swoich wymagań, co do przedmiotu zamówienia przez szczegółowe określenia parametrów oczekiwanego towaru, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważeniu ograniczenia konkurencji (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 lipca 2016 r., sygn. akt: I ACa 15/16). Wyrok Sądu

55

Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt: II Ca 693/05) do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zwrócił uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 lutego 2014 r., (sygn. akt II GSK, 1980/12), w którym NSA wskazał, iż: „do stwierdzenia, że doszło do naruszenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło”. Naczelny Sąd Administracyjny w zakresie wykładni art. 7 ust. 1 Pzp przyjął, że z naruszeniem ww. przepisu będziemy mieli do czynienia już w sytuacji, w której wystąpi potencjalna możliwość wpływu określonych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkurencję - nie jest wymagane ani potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencji faktycznie doszło. Odwołujący zaznaczał, że powyższy pogląd ugruntował się także w orzecznictwie KIO tj. że zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zostały naruszone (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 752/11).

Wskazanie przez zamawiającego minimalnej powierzchni bazy (tj. nie mniejszej niż 25 000 m²), minimalnej ilości stanowisk naprawczych w postaci wyłącznie kanałów naprawczych, czy też zobligowanie wykonawców do posiadania bazy transportowej wyłącznie w granicach administracyjnych Miasta Kielce uznał odwołujący za wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia sformułowań i warunków naruszających zasady uczciwej konkurencji i poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie niektórych wykonawców i ograniczanie konkurencji tym bardziej, iż ww. wymagania w ocenie odwołującego nie wpływają na należyte i terminowe wykonanie zamówienia przez wykonawców. Przywołał dalsze orzecznictwo KIO - uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2016 r., (sygn. akt: KIO/KD 32/16), że: „z mocy przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia w realizacji potrzeb zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także

56

określenie rygorystycznych wymagań, co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym

wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia." Z kolei w wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., (sygn. akt KIO/UZP 434/09), wskazano, że: „Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 Pzp, która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty.”

W związku z powyższym, odwołujący wnosił, aby zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w następujący sposób:

(SIWZ) 13.4. dysponują odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia:

- dysponują lub będą dysponować bazą transportową (lub terenem przeznaczonym na bazę transportową) umożliwiającą postój 150 autobusów i budynkiem warsztatowym z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw, zlokalizowaną w granicach administracyjnych gminy Kielce (lub gmin przyległych objętych wspólną komunikacją zbiorową), oraz myjnią.

Na potwierdzenie należy załączyć: Oświadczenie na Załączniku Nr 7 do SIWZ

Zmiany Załącznika Nr 7 do SIWZ, poprzez bądź to jego wykreślenie bądź to dostosowanie go przez Zamawiającego do powyższej (zmienionej) treści SIWZ tj. poprzez nadanie poniższemu fragmentowi Załącznika Nr 7 do SIWZ (w dotychczasowym brzmieniu):

„ dysponuje*/będzie dysponować* bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni ... m², myjnią i budynkiem warsztatowym, w którym znajdują się (podać liczbę) stanowiska (kanały) naprawcze wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw gwarancyjnych zlokalizowaną w Kielcach pod adresem: (...) ”

następującego nowego brzmienia: „ dysponuje*/będzie dysponować* bazą transportową (lub terenem przeznaczonym na bazę transportową), umożliwiającą postój 150 autobusów, myjnią i budynkiem warsztatowym wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw gwarancyjnych, zlokalizowaną w Kielcach (lub w granicach administracyjnych gmin przyległych objętych wspólną komunikacją zbiorową) pod adresem: (...). ”

Tytułem podsumowania odwołujący dodał, że zapisy SIWZ w jego ocenie są częściowo sprzeczne z obowiązującym na terenie gminy Kielce oraz gmin przyległych

57

(tworzących wspólną komunikację zbiorową) planem transportowym („Plan Transportowy”). Odwołujący pouczał, że jednym z założeń Planu Transportowego jest zwiększanie wygody podróżowania poprzez wymianę taboru i poprawę infrastruktury przystankowej. W ocenie odwołującego, trudno założyć realizację tego postulatu przy tak dużym nacisku na wykorzystywanie przy realizacji zamówienia pojazdów używanych (średni wiek taboru 8 lat). Wyżej wskazane w treści odwołania zarzuty, zdaniem odwołującego wskazują, że zamiarem zamawiającego jest udzielenie zamówienia podmiotowi, który przedstawi ofertę na pojazdy używane (co od razu dyskwalifikuje oferty oparte o nowy tabor), albowiem jedynymi kryteriami wyboru jest cena oraz termin płatności (stanowiący wyłącznie pochodną ceny), a oczywistym jest że oferty oparte o pojazdy używane (tańsze) będą bardziej korzystne, niż te oparte o pojazdy nowe.

Na marginesie wskazał, że w przekonaniu odwołującego, zamawiający wykazuje się dużą niekonsekwencją przy układaniu treści SIWZ (w szczególności jeśli chodzi o zapisy załącznika nr 10 do SIWZ - wzoru Umowy). Z jednej strony zamawiający wskazuje bardzo szeroki zakres sytuacji (często opisywanych w sposób nieostry np. § 9 ust 4 wzoru Umowy), w którym może dojść do rozwiązania umowy z wykonawcą, co wprowadza element dużej niepewności, w zakresie realizacji zamówienia, przez cały okres trwania umowy, a z drugiej strony pomimo istotnie wysokiej wartości wadium oraz zakresu zamówienia, nie wprowadza żadnych przepisów dotyczących gwarancji dobrego wykonania.

Odwołujący dodał, że dokonana modyfikacja w zakresie ilości 6 kanałów lub też zastąpienia ich podnośnikami - wyczerpuje jego żądania. W pozostałym zakresie nie zgadzał się z zamawiającym. Zdaniem odwołującego usytuowanie bazy nie w granicach administracyjnych Kielc byłoby dla wykonawcy tańsze. Adaptacje istniejących obiektów na terenie miasta mogą być utrudnione z uwagi na ograniczenia budowlane. Odwołujący podnosił, że zamawiający nieściśle wyliczył konieczne powierzchnie, do tego zamawiający

oczekuje gotowej bazy, więc nawet gdyby miał udzielony odpowiedni termin na dostosowanie nadającego się do tego celu obiektu, którego promesę dysponowania ze strony podmiotu trzeciego by załączył - to nie będzie to gotowa baza. Musiałby ją dopiero dostosować np. przez zamontowanie podnośników.

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoją argumentację, którą przedstawił przy rozpatrywaniu odwołania sygn. akt: KIO 745/17 wniesionego przez firmę M. Sp. z o.o. - odnośnie zlokalizowania bazy transportowej w Kielcach. Co do wyznaczonej wielkości tej bazy 25 000 m² zamawiający stwierdził, że posiłkował się normami wynikającymi z przepisów budowlanych § 64 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 16.01.2002 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych (Dz. U. nr 12 poz. 116),

58

gdzie na teren pod postój jednego autobusu ma być powierzchnia 19m na 3,5 m co przy tej ilości autobusów tj. 123 +25 + ewentualna rezerwa na podmiany pojazdów, które uległy awarii, na same miejsce parkowania należałoby przeznaczyć 10 tys. m², na jezdnie manewrowe 4 tys. m², a pozostałe powierzchnie na: budynek warsztatowy, drogi pożarowe, myjnie oraz dyspozytornię. Co do stanowisk wyposażenia bazy zamawiający podtrzymał, że dopuścił podnośniki i dokonał modyfikacji co do ilości kanałów lub podnośników z 8 na 6. Oświadczył, że nie widzi możliwości żeby wykonawca jako potencjał techniczny bazy transportowej podał „puste pole” na którym ewentualnie zbuduje bazę jak uzyska zamówienie.

Dyrektor ZTM w Kielcach Pan M.S. zapewnił w protokole rozprawy, że jeżeli wykonawcałoży oświadczenie według załącznika 7 do SIWZ o dysponowaniu bazą transportową, że: dysponuje lub będzie dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o pow. co najmniej 25 000 m², z myjnią i budynkiem warsztatowym z dostosowaniem obiektu do wymagań SIWZ, stanowisk naprawczych kanałów lub podnośników w ilości 6 sztuk wraz z niezbędnym wyposażeniem dla dokonywania przeglądów i napraw autobusów, zlokalizowaną w Kielcach pod wskazanym adresem - poparte zobowiązaniem (promesą) podmiotu trzeciego o udostępnieniu tego zasobu - zamawiający uzna takie zobowiązania za odpowiednie.

Stanowisko Izby

Przedmiotem zarzutu jest to samo postanowienie pkt. 13.4. SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: *„dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze)[po modyfikacji 6 lub podnośnik] wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią.”*. Na potwierdzenie należy załączyć Oświadczenie na Załączniku nr 7 do SIWZ. *„W przypadku oświadczenia, że firma będzie dysponowała bazą transportową należy załączyć pisemne upoważnienie o jej udostępnieniu.”*

Odwolujący mając na uwadze dokonaną przez zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2017 r. modyfikację przez dopuszczenie wyposażenia bazy transportowej w 6 kanałów lub podnośników, nie podtrzymał zarzutu o nadmierności wymagań w tym zakresie.

Omawiany zarzut jest tożsamy z zarzutem rozpatzonego pod sygn. akt: KIO 745/17 odwołania wykonawcy M. Sp. z o.o., wobec takiego stanu rzeczy Izba zajmuje analogiczne stanowisko.

59

Z treści odwołania oraz przytaczanego wyżej orzecznictwa wynika, że odwołujący zdaje się nie rozróżniać warunków udziału w postępowaniu od opisu przedmiotu zamówienia, do którego warunki muszą być proporcjonalne.

Przedmiotem zamówienia nie jest budowa bazy transportowej dla zamawiającego, ze zobowiązaniem się wykonawcy do wybudowania takiej bazy od podstaw w oznaczonym terminie, ale świadczenie usług transportowych, dla których baza ta jest potrzebna.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym dotyczące w myśl postanowień ust. 1b pkt 3 zdolności

technicznej.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zakres przedmiotu zamówienia SIWZ stanowią:

CPV 60.11.20.00 - 6 - Usługi w zakresie publicznego transportu drogowego

CPV 50.11.30.00 - 0 - Usługi w zakresie napraw i konserwacji autobusów.

Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia, według Załącznika Nr 1 obejmuje, między innymi:

1) Usługi przewozowe mają być wykonywane na określonych przez Zamawiającego trasach, według ściśle określonych czasowych rozkładów jazdy w dni powszednie, soboty oraz niedziele i święta. (...)

2) średnia roczna ilość kilometrów: 10 297 000 km,

a) w tym autobusami będącymi własnością Wykonawcy:

MEGA - 2 270 000 km

MAXI + MIDI - 6 102 000 km

b) w tym autobusami będącymi własnością Zamawiającego:

MEGA - 550 000 km

MAXI - 1 375 000 km

5. Wymagania dotyczące zasad świadczenia usług przewozowych.

1) Usługi przewozowe wykonywane będą zgodnie z zawartą umową na świadczenie usług przewozowych (wzór umowy stanowi załącznik Nr 10 do SIWZ).

4) W każdym autobusie ma znajdować się sprawny system łączności zewnętrznej zapewniający kontakt kierowcy z przedstawicielem Wykonawcy oraz Zamawiającego.

60

5) Wykonawca przekaze Zamawiającemu 4 zestawy środków łączności do bezpośredniego kontaktu.

6) Przy realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca jest zobowiązany do:

b) przestrzegania obowiązujących rozkładów jazdy na poszczególnych liniach komunikacyjnych oraz realizowania wprowadzonych przez Zamawiającego zmian rozkładów jazdy, trasy linii, przystanków i ilości planowanych do wykonania km,

c) dopuszczania do eksploatacji tylko pojazdu sprawnego technicznie i o estetycznym wyglądzie wewnętrznym i zewnętrznym,

d) wyposażenia pojazdów w kasowniki, z jednakowym systemem kodowania, w liczbie co najmniej równej liczbie drzwi dla pasażerów (sposób kodowania kasowników określa Zamawiający),

e) utrzymania sprawności techniczno - eksploatacyjnej kasowników, zaś w przypadku powtarzających się usterek, wymiany kasowników na nowe, (tego samego typu lub nowsze)

f) utrzymania w sprawności zainstalowanych w autobusach urządzeń w szczególności: kasowników, tablic elektronicznych, systemu monitoringu, bramek liczących oraz urządzeń do codziennej, automatycznej transmisji danych,

g) prawidłowej obsługi urządzeń elektronicznych zainstalowanych w autobusach,

h) uruchomienia na terenie zajezdni przekazanych przez Zamawiającego stanowisk do odczytu i zapisu danych z/do autokomputerów zainstalowanych w autobusach (Podsystemu Wymiany Informacji - PWI) oraz internetowego łącza stałego DSL, do którego podłączone będzie w/w stanowisko (koszty utrzymania łącza ponosi Wykonawca),

i) codziennego odczytu danych ze wszystkich autobusów po wykonaniu zadań przewozowych,

j) umożliwienia wgrywania do autokomputerów danych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania systemów informatycznych autobusów, otrzymanych od Zamawiającego,

k) umożliwienia Zamawiającemu serwisowanie automatów do sprzedaży biletów oraz pobieranie utargów w miejscu i czasie wskazanym przez Zamawiającego.

l) wyposażenia autobusów w stały system łączności zapewniający stały kontakt kierowców z dyspozytornią, przedstawicielami Zamawiającego oraz służbami ratowniczymi i policją (Wykonawca przekaze 4 komplety środków łączności na okres kontraktu Zamawiającemu, które będzie nieodpłatnie serwisował),

m) zapewnienia obsługi autobusów przez kierowców ubranych w jednolite stroje

służbowe,

- p) umieszczania w autobusach informacji o przepisach porządkowych, regulaminach oraz innych ulotek i materiałów informacyjnych, dostarczanych przez Zamawiającego,
- q) przestrzegania przepisów porządkowych określonych przez Radę Miasta w Kielcach,

61

r) w razie awarii automatu do sprzedaży biletów prowadzenia w autobusach sprzedaży biletów komunikacji miejskiej wg cennika i zasad określonych w Uchwale Rady Miasta w Kielcach,

v) niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego o zaistniałych lub przewidywanych przeszkodach w świadczeniu usług,

w) ponoszenia pełnej odpowiedzialności za zawinione szkody wynikłe z ruchu pojazdu oraz przewozu osób i bagażu, w tym o awarii automatu do sprzedaży biletów, oraz innych urządzeń będących własnością Zamawiającego,

bb) ochrona przed kradzieżą, uszkodzeniem lub zniszczeniem wszystkich urządzeń będących własnością Zamawiającego zainstalowanych w autobusach będących w dyspozycji Wykonawcy,

5) Obsługa systemów elektronicznych:

5.1.) Wykonawca zobowiązany jest umożliwić wgrywanie do autokomputerów przekazywanych przez Zamawiającego wszystkich danych sterujących poszczególnymi urządzeniami wyposażenia autobusów.

5.2.) Wykonawca zobowiązany jest umożliwić zgrywanie z autokomputerów danych do systemu PWI, o którym mowa w ppkt. 5.3).

5.3.) Zamawiający przekazuje Wykonawcy urządzenia niezbędne do zapewnienia przekazywania danych między autokomputerami, a serwerem zainstalowanym w siedzibie Zamawiającego (router oraz Access Pointy w ilości wystarczającej do pokrycia zasięgiem zajezdni).

5.4.) Wykonawca zobowiązany jest umieścić Access Pointy w miejscach umożliwiających codzienną automatyczną wymianę danych między autokomputerami, a PWI (jeżeli dane z siedziby Zamawiającego zostaną przesłane po zakończeniu wykonywania zadań przewozowych muszą zostać wgrane do autokomputerów najpóźniej przed rozpoczęciem realizacji kolejnego zadania).

5.5.) Router obsługujący Podsystem Wymiany Informacji Wykonawca zobowiązany jest umieścić w zabezpieczonym pomieszczeniu, do którego dostęp będą miały tylko upoważnione osoby (również upoważnieni przez Zamawiającego przedstawiciele).

5.7.) Wykonawca nie może ingerować w dane zgrane z autokomputerów.

5.8.) Część danych otrzymanych z autokomputerów (zwłaszcza dane eksploatacyjne oraz informacje o nieprawidłowym działaniu poszczególnych podzespołów pojazdów) Zamawiający może udostępnić Wykonawcy.

5.9.) System Informacji Pasażerskiej w autobusach: komunikaty na tablicach zewnętrznych wewnętrznych oraz emitowane przez system zapowiedzi głosowe są prezentowane automatycznie przez autokomputer.

62

5.10.) Wykonawca zobowiązany jest zapewnić prawidłową obsługę systemu informacji pasażerskiej w czasie rzeczywistym oraz Kieleckiej Karty Miejskiej w szczególności poprzez:

- codzienne zaprogramowanie autokomputerów oraz ich bieżącą obsługę (wymagana łączność Wi - Fi i GSM),
- po zjeździe z linii komunikacyjnej zapewnić transmisje zapisanych danych do punktu wymiany informacji Wi-Fi i GSM,

5.11.) Dla potrzeb zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemów zakazuje się:

- wyjeżdżania autobusów na trasę z niewłączonym lub niesprawnym autokomputerem oraz niezaprogramowanym bieżącym rozkładem jazdy;
- wyłączania autokomputera przed przesłaniem i pobraniem potrzebnych danych,
- wyjeżdżania autobusów na trasę z niewłączonym automatem do sprzedaży biletów,

5.12.) Wykonawca udostępni Zamawiającemu pomieszczenie na terenie zajezdni przeznaczone do serwisowania i obsługi automatów mobilnych,

- a) lokalizacja powinna umożliwiać podjechanie pojazdu po zakończeniu kursu w celu wymiany kasety końcowej (harmonogram wymiany kasety końcowych Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy,
 - b) minimalna powierzchnia: 25 m²,
 - c) od strony zewnętrznej okien musi znajdować się kratka zamocowana w ścianie,
 - d) drzwi zewnętrzne metalowe zaopatrzone w minimum dwa zamki,
 - e) lokal powinien być ogrzewany,
 - f) oświetlenie: lampy zabezpieczone zgodnie z przepisami BHP i p.p.o.ż.,
 - g) w pomieszczeniu powinny być minimum 3 gniazda elektryczne 230 V,
 - h) pomieszczenie powinno być wyposażone w umywalkę,
 - i) osoby przebywające w pomieszczeniu powinny mieć dostęp do węzła sanitarnego
- Wykonawca przekaze Zamawiającemu upoważnienia w niezbędnej ilości umożliwiające wjazd i parkowanie pojazdów w celach serwisowych i obsługowych.

6. Wymagania szczegółowe dla poszczególnych rodzajów autobusów należących do Wykonawcy:

1) Autobusy przeznaczone do realizacji usług przewozowych powinny spełniać wymagania polskich przepisów w sprawie dopuszczenia autobusu do ruchu (na dzień sporządzania SIWZ określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 27 października 2016 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia - Dz. U. z 2016 poz. 2022 z późniejszymi zmianami).

Ponadto, uwzględniając Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony Załączniku Nr 1 do SIWZ, podający między innymi:

10. Warunki dotyczące obsługi i ochrony autobusów.

63

1. Wykonawca zobowiązany jest dysponować bazą transportową zlokalizowaną w granicach administracyjnych miasta Kielce, umożliwiającą całodobowy postój autobusów. Teren bazy powinien:

- a) posiadać co najmniej 25 000 m² z przeznaczeniem na miejsca parkingowo - postojowe dla autobusów,
- b) zapewniać ruch bezkolizyjny,
- c) być zorganizowany zgodnie z przepisami BHP i p. poź.,
- d) być ogrodzony i utwardzony,
- e) być chroniony i monitorowany całodobowo.

2. Na terenie bazy musi znajdować się:

- a) budynek warsztatowy z co najmniej [po zmianach sześcioma stanowiskami (kanały lub podnośniki)] wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym naprawcze dokonywanie przeglądów i napraw,
- b) dyspozytornia wyposażona w system łączności zapewniający stały kontakt z kierowcami, z przedstawicielami Zamawiającego oraz służbami ratowniczymi i policją,
- c) myjnia umożliwiająca codzienne mycie autobusów.

3. Wykonawca w okresie realizacji zamówienia posiadać będzie ruchomy serwis techniczny umożliwiający dokonywanie doraźnych napraw poza bazą transportową.

I. Dodatkowe warunki świadczenia usług autobusami będącymi własnością Zamawiającego.

1. Dla potrzeb wykonywania usług przewozowych Zamawiający przekaze Wykonawcy 25 sztuk autobusów (specyfikacja techniczna autobusów - Załącznik nr 9 SIWZ).

2. Usługi przewozowe mają być wykonywane na określonych liniach komunikacyjnych: 34, 46, 50, 51, 54, na trasach według ściśle określonych czasowych rozkładów jazdy na dni powszednie, soboty oraz niedziele i święta.

3. Planowana roczna ilość kilometrów:

Autobusy MEGA Autobusy MAXI Łącznie

550 000 1 375 000 1 925 000

4. Na podaną powyżej liczbę kilometrów składają się kilometry bezpośrednio wynikające z obsługi linii (bez kilometrów dojazdowych, zjazdowych oraz technicznych) - aktualne rozkłady jazdy dostępne do wglądu u Zamawiającego.

5. Wykonawca zobowiązany jest do:

- a) zapewnienia należytej dbałości o zewnętrzny i wewnętrzny wygląd autobusów oraz zapewnienia ich czystości,
- b) zapewnienia pojazdu zastępczego w przypadku okresowego wycofania z eksploatacji

remonty itp.), tj. pojazdu

w kasowniki dwufunkcyjne, elektroniczne tablice kierunkowe, system monitoringu, automat i

64

inne wymagane urządzenia oraz podesty dla potrzeb osób niepełnosprawnych. System elektroniczny musi być kompatybilny z funkcjonującym w pozostałych autobusach.

6. Wykonawca zobowiązany jest parkować autobusy na terenie bazy transportowej zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta Kielce. Teren bazy powinien:

a) być zorganizowany zgodnie z przepisami BHP i p.poż.,

b) być ogrodzony i utwardzony,

c) być chroniony i monitorowany całodobowo.

8. Wykonawca zobowiązany jest na własny koszt:

a) wykonywać przeglądy techniczne, obsługę codzienną, okresową wymianę płynów eksploatacyjnych, filtrów itd., oraz wykonywać wszelkie inne czynności przewidziane w warunkach gwarancji i instrukcji obsługi określonej przez dostawcę autobusów,

b) wykonywać badania techniczne autobusów,

c) dbać o należytą eksploatację przekazanego taboru oraz wyposażenia,

d) wykonywać naprawy, bieżące obsługi techniczne z użyciem oryginalnych, nowych części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta,

e) serwisować kasowniki, bramki liczące, tablice elektroniczne, autokomputery, oraz ich części składowe zgodnie z zaleceniami producenta,

f) co najmniej raz w roku wykonać czyszczenie układu klimatyzacji zgodnie z zaleceniem producenta,

a) Wykonawca zobowiązany jest utrzymywać w sprawności system monitoringu,

5) Średni wiek taboru będącego w dyspozycji Wykonawcy nie może być wyższy niż 8 lat (nie uwzględniając autobusów będących własnością Zamawiającego).

7) W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca ma obowiązek dokonywać wymiany autobusów na autobusy nowe lub używane z tym, że wprowadzany do eksploatacji autobus używany nie może być starszy niż 5 lat.

8) Zamawiający nie dopuszcza możliwości realizowania usług przewozowych, będących przedmiotem zamówienia, taboru starszym niż 20 lat.

Liczba autobusów wykonawcy (różnych typów) - 123

Liczba autobusów przekazanych do dyspozycji wykonawcy (różnych typów) - 25

Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia podany w SIWZ oraz sposób jego wykonywania, Izba uznała wyznaczony warunek, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym, z co najmniej (po modyfikacji z dnia 19.04.2017 r.) sześcioma stanowiskami (kanały naprawcze) lub podnośnikami wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią - za

65

adekwatny do przedmiotu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, stanowiącego, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zamawiający dopuścił wykonywanie usług autobusami używanymi, z tym, że średni wiek taboru będącego w dyspozycji wykonawcy nie może być wyższy niż 8 lat. Bez znaczenia pozostawało, że odwołujący deklaruje wykonywanie usługi nowymi autobusami, które będą serwisowane w ramach gwarancji producenta. Zamówienie jest przewidziane na okres 10 lat, i przy zastosowaniu autobusów używanych, jak i nowych - konieczna jest baza transportowa w granicach terytorialnych miasta Kielce, która musi być wyposażona w niezbędną infrastrukturę techniczną, umożliwiającą wykonywanie czynności obsługowych, serwisowych, napraw, obsługi serwisowej urządzeń pokładowych, sprzątania autobusów i korzystania z myjni. Warunki danego zamówienia wymagają utrzymania łączności z autobusami, umożliwienia transmisję danych z autokomputerów do serwerów

zamawiającego oraz zachowania łączności autobusów z bazą transportową wykonawcy.

Codzienna kontrola funkcjonowania urządzeń zamontowanych w autobusach, tj. biletomatów wykonywana ma być na terenie zajezdni Operatora. Właścicielem urządzeń jest ZTM Kielce. Udostępnia również infrastrukturę do przekazywania danych, tj. router i Access Pointy. Obsługa biletomatów/odbiór gotówki - odbywa się po zakończeniu kursów autobusów w bazie wykonawcy. Wymaganie bazy na terenie administracyjnym Kielc wynika zatem z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i pozostaje proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest uprawniony, aby kontrolować autobusy wyjeżdżające z bazy pod względem:

- 1) ich czystości,
- 2) sprawności,
- 3) prawidłowego działania urządzeń pokładowych i informacji pasażerskiej.

Potwierdza to istnienie uzasadnionej potrzeby istnienia bazy transportowej na terenie Kielc, daje to bowiem zamawiającemu możliwość utrzymywania bieżącego kontaktu i sprawowania czynności kontrolnych oraz obsługowych, leżących po jego stronie. Ustawa z dnia 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1867 ze zm.) w art. 8 nakłada na zamawiającego - organizowanie publicznego transportu zbiorowego, w czym w ocenie Izby mieści się wyznaczenie siedziby bazy transportowej wykonawcy. Takie samo upoważnienie wynika z art. 21 ust. 1 tej ustawy, że w SIWZ operator może uwzględnić zaplecze techniczne wykonawcy, które przedsiębiorca będzie posiadał najpóźniej w chwili rozpoczęcia świadczenia usługi.

66

Zamawiający nie żąda dysponowania bazą w momencie składania ofert, ale wymaga złożenia oświadczenia, według wzoru załącznika Nr 7 do SIWZ, w którym podano: W przypadku oświadczenia, że firma będzie dysponować bazą transportową należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów o jej udostępnieniu. Wykonawca, jeżeli nawet uważa, że ilość 6 stanowisk naprawczych (kanałów lub podnośników) jest nadmierna, będzie mógł dostosować proponowany obiekt do postawionych jednolicie dla wszystkich wykonawców wymagań określonych w SIWZ w odniesieniu do bazy transportowej.

Odwołujący nie uwzględnił, że w załączniku 5 do umowy Kary umowne „UWAGA” pkt 2- zamawiający podał, że Operator jest zobowiązany zapewnić podmianę autobusu uszkodzonego, który wykona kurs z przerwanej zadania, od przystanku autobusowego, z którego opóźnienie kursu może wynieść maksymalnie 4 minuty w stosunku do przewidzianego rozkładem jazdy. Postanowienie powyższe nie zostało zaskarżone. Ewentualne usytuowanie bazy transportowej wykonawcy w gminach ościennych, w ocenie Izby, nie spełniłoby założeń SIWZ dla przedmiotowego zamówienia.

Co do możliwości wykazania się na moment złożenia oferty samym terenem o powierzchni 25 000 m², to postulat ten nie mógł podlegać uwzględnieniu, gdyż stanowiłby jedynie głoślowe stwierdzenie, nie poddające się żadnej weryfikacji, że w niewiadomej przyszłości wykonawca zbuduje tam swoją bazę. Przedmiotem zamówienia nie jest budowa bazy transportowej, ale realizacja usług transportowych, do których świadczenia taka baza jest niezbędna.

Zamawiający w trakcie realizacji usług przewozowych zapewnił sobie prawo kontroli autobusów zgodnie z art. 43 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym wyjeżdżających z bazy na wyznaczone trasy, czy spełniają wymagania Załącznika 1 do SIWZ.

Zdaniem Izby istnieją racjonalne i uzasadnione powody, dyktowane przedmiotem tego zamówienia, aby zajezdnia autobusowa wykonawcy znajdowała się na terenie Kielc, a warunek taki jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący nie zaprzeczał, że znalezienie obiektów pod bazę transportową na terenie Kielc jest możliwe, zatem siedziba zajezdni może być zlokalizowana w Kielcach.

Zamawiający ma uzasadnioną potrzebę utrzymywania bieżącego, bezpośredniego kontaktu z bazą transportową wykonawcy, stąd warunek usytuowania bazy na terenie Kielc należy uznać za prawidłowo umotywowany. Określając warunki dotyczące bazy transportowej, jej powierzchni, usytuowania i wyposażenia w odpowiednie zaplecze techniczne, zamawiający realizował swoje uprawnienia wynikające z art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 1867 ze zm.). Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

67

W ocenie Izby, poza uwzględnionymi zarzutami odwołania, dotyczącymi gwarantowanego terminu na rozpoczęcie usługi i wyeliminowania w Załączniku 6 do SIWZ - Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - obowiązku podania imion i nazwisk kierowców oraz pracowników obsługi technicznej, zamawiający sprostął wymogom ustawowym. Żądania odwołującego, w większości nie znajdowały usprawiedliwionych racji, były wyrazem dążenia do ukształtowania opisu zamówienia w sposób indywidualny - wyłącznie dogodny dla odwołującego, a nie dyktowany ogólnie pojmowanym zapewnieniem otwartości zamówienia na konkurencję. Do tego zarzuty odwołującego i zgłoszone żądania nie liczyły się z charakterem danego zamówienia i usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że opisane wymagania, są możliwe do dotrzymania w oparciu o zawarte w SIWZ wytyczne i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Izba również nie stwierdziła, aby poprzez opisane warunki udziału w postępowaniu, zamawiający uniemożliwił lub utrudnił odwołującemu lub innemu wykonawcy - ubieganie się o zamówienie.

Skoro jednak zamawiający zaniechał udzielenia wykonawcom gwarantowanego terminu na rozpoczęcie usługi po zawarciu umowy i żądał w Załączniku 6 do SIWZ -Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - podania imion i nazwisk kierowców oraz pracowników obsługi technicznej, tym samym naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Kontrolę zatrudnienia pracowników na umowę o pracę zamawiający będzie przeprowadzał na etapie realizacji umowy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania uznanych przez Izbę za zasadne, ani nie dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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, Dz. U. z 2017 r. Nr 47).

Przewodniczący:

.....