

WYROK

z dnia 29 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Rzeszowie S.A. (Trzebowniko 976 36-001 Trzebowniko) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Związek Gmin "Podkarpacka Komunikacja Samochodowa" (Al. Wyzwolenia 6 35-959 Rzeszów),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Rzeszowie S.A. (Trzebowniko 976 36-001 Trzebowniko i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Związek Gmin "Podkarpacka Komunikacja Samochodowa" (Al. Wyzwolenia 6 35-959 Rzeszów) kwotę 2.460 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Sygn. akt KIO 1345/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Związek Gmin „Podkarpacka Komunikacja Samochodowa” w Rzeszowie, którego przedmiotem jest: „Wybór Operatora na obsługę linii komunikacyjnych na terenie Związku Gmin "Podkarpacka Komunikacja Samochodowa". Numer ogłoszenia w TED: 2019/S 134 - 306308 z dnia 14 lipca 2019 r.

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Rzeszowie S.A. wniósł

odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zarzucając naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - błędne zastosowanie i postawienie niezgodnych z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości warunków udziału w postępowaniu w postaci braku trudnej sytuacji wykonawcy, o której mowa w art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu UE.
- b) art. 22 ust. 1a Pzp - błędne zastosowanie i określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia co jest spowodowane postawieniem wymogu braku trudnej sytuacji przedsiębiorców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17.6.2014 r.
- c) art. 29 ust. 2 Pzp - niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji,
- d) art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp - błędne zastosowanie i podanie w kryteriach oceny ofert warunku braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i: (1) wyeliminowanie z jej treści postanowień

dotyczących wymogu braku trudnej sytuacji w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji

3

(UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu FUE., tj. w szczególności: a) wykreślenie pkt 3.4. SIWZ; (2) wykreślenie pkt 6.2.2. pkt 2 SIWZ; (3) zmianę pkt 9.5. lp.2 SIWZ poprzez eliminację z wykazu dokumentów tych dokumentów, które stanowią o braku trudnej sytuacji przedsiębiorcy w rozumieniu Rozporządzenia; (4) wykreślenie pkt 20.5. pkt 3 SIWZ.

W uzasadnienie wskazał w szczególności:

Zgodnie z pkt 3.4., pkt 6.2.2., pkt 9.5. i pkt 20.5. SIWZ Zamawiający żąda od wykonawcy, zarówno na etapie składania ofert, badania dokumentów w toku postępowania jak i formalności wymaganych po wyborze najkorzystniejszej oferty, wykazania, że wykonawca nie jest „przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji” w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu. Na tę okoliczność wykonawcy, zgodnie z zapisami SIWZ, zobowiązani są do przedstawienia sprawozdań finansowych (względnie - innych dokumentów) udowadniających brak trudnej sytuacji przedsiębiorstwa. Zamawiający zaś pozostawia sobie prawo do kontroli i weryfikacji sytuacji finansowej, zdefiniowanej w Traktacie. Dowód: SIWZ niniejszego postępowania

Zdaniem wykonawcy, Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1b pkt 2 Pzp bowiem nieprawidłowo określił wymagania w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców. Doszło do naruszenia norm art. 22 ust. 1a Pzp, polegającego na braku proporcjonalności wymagań zamawiającego oraz do naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp. Wszystko powyższe doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania (art. 7 ust. 1 Pzp), co w istocie sprawiło wadliwe zredagowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w niniejszej sprawie. Wskazał, że wymóg postawiony przez Zamawiającego, a sprowadzający się do tego, że wykonawcy nie mogą spełniać unijnej definicji przedsiębiorstwa w trudnej sytuacji jest zbędny. Odwołujący z powodzeniem realizuje inne zamówienia, pomimo że ich warunkiem koniecznym nie był brak trudnej sytuacji w rozumieniu Traktatu. Podkreślił, że te zamówienia, w których wykonawcą jest odwołujący wykonywane są w sposób harmonijny i bez jakichkolwiek problemów zarówno technicznych, organizacyjnych i finansowych. Wymóg trudnej sytuacji w istocie bardzo zawęży zbiór przedsiębiorców zdolnych do podjęcia się wykonania zamówienia. Postawienie takiego warunku przez zamawiającego nie prowadzi do ewentualnej poprawy jakości usług. Jak

wykonania zamówienia. Wymóg braku zdefiniowanej w Traktacie trudnej sytuacji jest jedynie rodzajem blokady zastosowanej przez zamawiającego, bez wpływu na merytoryczną część wypełnienia zamówienia przez wykonawcę, składającego najkorzystniejszą ofertę. Czym innym jest trudna sytuacja stwierdzona w sposób obiektywny i wynikająca z polskich przepisów powszechnie obowiązujących (np. ustaw Prawo upadłościowe, Prawo restrukturyzacyjne) a czym innym sytuacja finansowa zdefiniowana na potrzeby Traktatu o Funkcjonowaniu UE. Wymogi zawarte w pkt 18 powyżej przywoływanego Rozporządzenia Komisji UE nr 651/2014, które definiują pojęcie trudnej sytuacji przedsiębiorców, są daleko bardziej idące niż przepisy prawodawstwa polskiego. Przepisy unijne nie łączą kwestii trudnej sytuacji przedsiębiorców (które są rygorystyczne) z ewentualnymi postępowaniami w trybie zamówień publicznych. Dlatego takie połączenie, poczynione przez zamawiającego, jest niezrozumiałe, dokonane na wyrost i w efekcie ograniczające konkurencję w wypełnieniu zamówienia. Trudna sytuacja finansowa w rozumieniu przepisów unijnych jest ustalana w sposób wysoce skomplikowany i wcale nie ma wymiernego efektu, sprowadzającego się do wymogów przepisów krajowych. Przepisy krajowe są zredagowane w sposób przejrzysty i faktycznie odzwierciedlający kłopoty finansowe przedsiębiorcy. Tymczasem przepisy unijne definiujące trudną sytuację finansową bazują na skomplikowanych obliczeniach ekonomicznych i, co istotne, są uchwalone na potrzeby ewentualnej pomocy de minimis. Nieprawidłowe jest zatem łączenie dwóch instytucji tj. sytuacji finansowej na potrzeby pomocy przedsiębiorcom przez wspólnoty europejskie z sytuacją finansową wykonawcy w zamówieniu publicznym. Są to dwie, oderwane od siebie sprawy, które zamawiający bezpodstawnie zestawia ze sobą i dokonuje połączenia.

Wskazał przykłady analogicznych postępowań, które toczyły się skutecznie bez zawierania przez zamawiających warunków braku trudnej sytuacji przedsiębiorców zgodnie z definicją unijną.

Pierwsze z nich prowadził Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach autobusami będącymi własnością Zamawiającego”. Przedmiot postępowania był jego zdaniem analogiczny jak w niniejszej sprawie. ZTM w Kielcach nie stawiał jednak wymogów dotyczących kwestii trudnej sytuacji wykonawców. Nie przeszkodziło to w jakimkolwiek stopniu przeprowadzeniu sprawnego i efektywnego postępowania przetargowego. Z drugiej strony wadą SIWZ ZTM w Kielcach było ograniczenie konkurencji w zakresie cech osobowych kierowców, dokonujących przewozów na rzecz wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą

ofertę. W tym zakresie KIO uchyliła postanowienia Specyfikacji, powołując się na ograniczanie

konkurencji. Stwierdził, że skoro ograniczaniem konkurencji, a szerzej niezgodnością z ustawą Pzp jest określanie wymogów co do osób kierowców dokonujących przewozów to tym bardziej za niezgodne z prawem należy uznać takie kształtowanie postępowania, które dotyczy łączenia wspólnotowej instytucji sytuacji finansowej na potrzeby pomocy de minimis z wykonaniem usługi. O ile bowiem wymogi dotyczące osób kierowców (a w tym zakresie KIO uchyliła czynności ZTM w Kielcach) są bezpośrednio związane z wykonaniem przewozów, to sytuacja finansowa (na potrzeby unijnej pomocy) nie ma z wykonaniem przedmiotu przetargu żadnego związku. Dowód: SIWZ ZTM w Kielcach. Drugie postępowanie było prowadzone przez Gminę Wałbrzych - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu także w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie usług polegającej na przewozie dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z terenu Gminy Wałbrzych do placówek oświatowych w roku szkolnym 2019/2020 zawarł odpowiednie postanowienia w SIWZ. W specyfikacji brak jakichkolwiek odniesień do sytuacji finansowej przedsiębiorców, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Brak połączenia dwóch zupełnie odmiennych instytucji w sytuacji Gminy Wałbrzych nie budził żadnych wątpliwości i zastrzeżeń po obu stronach postępowania. Dowód: SIWZ Gminy Wałbrzych.

Zdaniem wykonawcy, postanowienia SIWZ w niniejszej sprawie tworzą sytuację nieuzasadnionej dysproporcji i nieuczciwej konkurencji pomiędzy oferentami. Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtując treść postanowień umownych, powinien kierować się naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, tj. określoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Tak: wyrok KIO 2030/18 i podobnie wyrok KIO 2031/18: „Zamawiający ma prawo oczekiwać dodatkowych parametrów urządzenia, polepszających pracę, czy funkcjonalności, które mogą się przydać w pracy Zamawiającego, ale mogą okazać się pomocne w określonych sytuacjach”. Nie oznacza to

jednak zupełnej swobody w dyktowaniu dodatkowych warunków udziału, zwłaszcza takich, które są bezprzedmiotowe dla postępowania. Zgodnie bowiem z zasadą proporcjonalności, którą naruszył Zamawiający, dodatkowe wymogi powinny być w jakikolwiek merytoryczny sposób związane z przedmiotem zamówienia. W przypadku sytuacji finansowej do celów pomocy de minimis brak związku z prawidłowością pracy przewoźnika, który dysponuje odpowiednią bazą sprzętową i zasobami ludzkimi. Zamawiający określając warunki udziału w

postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe winien określać tylko takie

6

wymagania, które są konieczne i niezbędne do sprawdzenia zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania zamówienia. Zastosowane środki do uzyskania tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć oraz właściwe, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka i które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców. (tak: wyrok KIO 1162/18). Co istotne, to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu w zakresie naruszenia lub braku naruszenia zasad uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu. Na gruncie art. 29 ust. 2 Pzp wykonawca nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego się na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. (tak: KIO 2086/18). Wykonawca zaś uprawdopodobnił swoje twierdzenia w sposób przywołany wyczerpująco w niniejszym odwołaniu. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp dla naruszenia tego przepisu nie jest konieczne udowodnienie braku możliwości dostępu do przedmiotowego zamówienia, wystarczy uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia nawet nie utrudnia uczciwą konkurencję, ale może ją utrudniać. (tak: KIO w wyroku 1997/18). Rzeczą Zamawiającego jest stanie na straży praworządności postępowania. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. (tak: Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 30 maja 2011 r., sygn. akt: I C 317/09).

Wykonawca podkreślił, że określenie warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w zamówieniu zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Takie bowiem określenie warunków udziału w postępowaniu umożliwia otwarcie rynku dla wykonawców, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że swoimi właściwościami gwarantuje pewność co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdził ponadto, że ma interes prawny do wniesienia odwołania, albowiem nie spełnia wymogu przedsiębiorstwa znajdującego się w dobrej sytuacji finansowej za rok 2017. Powoduje to, że nie może złożyć oferty. Naruszenie interesu prawnego polega zatem na utraceniu przez wykonawcę szans na wygranę konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a nawet wzięcie w nim udziału. Odwołujący jest liderem na podkarpackim rynku przewozów osób. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Rzeszowie realizuje z powodzeniem wiele usług przewozowych na terenie całego województwa podkarpackiego. Na tę okoliczność wskazują poniżej przywołane zestawienie, świadczące o potencjale wskazującym na wykonywanie usług przewozowych do tej pory oraz zdolności do ich wykonywania w przyszłości.

Rok	Liczba linii	Liczba km	Liczba pasażerów	Przychód
2016	131	11 518 249	7 303 776	31 245 293
2017	140	10 067 991	7 007 166	29 525 710
2018	123	9 487 811	6 379 588	30 440 360

Wskazał, że pomimo straty wygenerowanej za 2017 r. spółka realizowała w tamtym czasie największą liczbę linii komunikacyjnych tj. 140. Było to więcej niż w roku 2016 i 2018. Pozostałe parametry były na zbliżonym poziomie. Przedmiot niniejszego zamówienia jest bardzo zbliżony do dotychczasowej działalności odwołującego. Zawarcie przez Zamawiającego kryteriów dyskryminujących odwołującego w istocie powoduje nieuzasadnioną eliminację dotychczasowego usługodawcy. Wadliwie przeprowadzone postępowanie może w istocie zaburzyć funkcjonowanie komunikacji lokalnej na terenie całego województwa podkarpackiego i podmiejskiej okolicy Rzeszowa. Najistotniejsze jest to, że wspomniana

zmiana w organizacji przewozów nie wynika z obiektywnej rywalizacji pomiędzy wykonawcami, lecz z wadliwie skonstruowanych wymogów specyfikacji. W związku z ogłoszonym przetargiem na wybór operatora na obsługę linii komunikacyjnych na terenie Związku Gmin "Podkarpacka Komunikacja Samochodowa", PKS w Rzeszowie S.A. posiada możliwości techniczne tj. odpowiednią grupę pracowników zarówno kierowców, pracowników administracyjnych i zaplecza technicznego jak również posiada odpowiednią liczbę autobusów spełniających wymogi zawarte w załącznikach do SIWZ a w szczególności zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Obecnie na podstawie umowy o świadczeniu usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ze Związkiem Gmin Podkarpacka Komunikacja

Samochodowa PKS w Rzeszowie S.A. realizuje komunikację na terenie wszystkich gmin związkowych odpowiadającą ilości kilometrów planowanych do kontraktu w ramach ogłoszonego przetargu przez ZG PKS. Z powodu niskiej dochodowości części linii zostały one objęte rekompensatą ze strony Związku Gmin. Na tych liniach w roku 2017 wykonanych zostało 2 187 252 km natomiast w 2018 roku odpowiednio 2 616 283 km. Na pozostałych liniach przedsiębiorstwo realizuje komunikację na zasadach handlowych, angażując w realizację tych zadań liczbę autobusów i kierowców wskazanych w dokumentacji przetargowej. Wykluczenie PKS w Rzeszowie S.A. z przetargu zmusi przedsiębiorstwo do rezygnacji z komunikacji na terenach wszystkich gmin a więc likwidacji połączeń, których przebieg pokrywa się z liniami objętymi przetargiem.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 23 lipca 2019 r.) podał, że odwołanie nie zasługuje w jego ocenie na uwzględnienie. W szczególności podał:

I. Zamawiający jest związkiem międzygminnym, o którym mowa w art. 64 i nast. ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, utworzonym przez uczestniczące w nim gminy w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych, które przekazały mu zadania związane z organizacją publicznego transportu zbiorowego na terenie gmin wchodzących w skład związku. W konsekwencji zamawiający stał się organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, tj. jednostką samorządu terytorialnego zapewniającą funkcjonowanie publicznego transportu zbiorowego na danym obszarze. Zamawiający realizuje obecnie - na podstawie zawartej w dniu 29-09-2017 r. umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020 - finansowany ze środków unijnych projekt w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020 pn. „Rozwój gospodarki niskoemisyjnej oraz poprawa mobilności mieszkańców poprzez usprawnienie zrównoważonego transportu publicznego na terenie ROF” - nr RPPK.05.05.0018-0001/1/7 (dalej „projekt”).

W ramach tego projektu Zamawiający realizuje nabycie lub wytworzenie składników majątkowych (zwanymi dalej łącznie „składnikami majątkowymi”) obejmujących 1) zakup taboru autobusowego przystosowanego dla osób niepełnosprawnych spełniającego co najmniej normę Euro 6, 2) wdrożenie oraz integrację systemu transportowego ROF z wdrożonym Zintegrowanym Systemem Zarządzania Ruchem i Transportem Publicznym oraz 3) budowę zaplecza technicznego do obsługi taboru w zajezdni autobusowej (hala napraw i

diagnostyki, automatyczna myjnia, elementy komunikacji wewnętrznej, infrastruktura

9

techniczna wraz z wyposażeniem). Nabycie lub wytworzenie tych składników majątkowych współfinansowane jest ze środków pochodzących z dofinansowania unijnego przekazanych zamawiającemu w ramach realizowanego projektu.

Zgodnie z założeniami projektu składniki majątkowe sfinansowane ze środków unijnych zostaną przekazane (oddane w dzierżawę) przez zamawiającego jako organizatora publicznego transportu zbiorowego operatorowi transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym w celu prowadzenia przez niego działalności w zakresie przewozu osób na terenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego (tj. na terenie gmin tworzących Związek Gmin „Podkarpacka Komunikacja Samochodowa”). Sposób wyboru operatora regulują przepisy ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. Urz. UE L 315 z 03.12.2007, str. 1).

Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym organizator dokonuje wyboru operatora m.in. w trybie ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Taki właśnie tryb wyboru operatora zastosował zamawiający i w tym celu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór operatora do obsługi linii komunikacyjnych na terenie Związku Gmin „Podkarpacka Komunikacja Samochodowa”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez odwołującego. Jak wynika z treści opracowanej przez zamawiającego SIWZ w wyniku przeprowadzonego postępowania zostanie udzielone zamówienie publiczne na podstawie zawartej z operatorem umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w ramach której - zgodnie z założeniami projektu - wybranemu wykonawcy zostaną oddane w dzierżawę składniki majątkowe współfinansowane ze środków unijnych przeznaczonych na realizację projektów z zakresu publicznego transportu zbiorowego. Jak wynika z kolei z pisma Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju z dnia 24-04-2019 r. znak DRP1.7610.64.2019.RG, które załączono do niniejszej odpowiedzi, takie dofinansowanie „stanowi pomoc w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych z transportu drogowym. Warunki zgodności takiej pomocy z rynkiem wewnętrznym UE zostały określone w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie

kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady

10

(EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Jest ona zapewniana w ten sposób, dofinansowanie unijne jest udzielane w ramach stosunku prawnego łączącego organizatora z operatorem. Stosunek ten wynika z umowy o świadczenie usług publicznych. Dofinansowanie unijne staje się jego elementem. W założeniu teoretycznym tej konstrukcji część środków krajowych przekazywanych przez organizatora w formie rekompensaty jest po prostu zastępowana środkami unijnymi. C.) Oznacza to, że w każdym przypadku podmiotem odnoszącym ostatecznie korzyść ze wsparcia ze środków EFSI jest operator. Zawsze niezbędne jest zatem badanie, czy nie jest on przedsiębiorstwem w trudnej sytuacji.” Z uwagi na występujące w przedmiotowym zamówieniu elementy pomocy publicznej w postaci przekazania operatorowi składników majątkowych współfinansowanych ze środków unijnych, do udzielenia takiego zamówienia mają zastosowanie przepisy unijne dotyczące zasad udzielania pomocy publicznej. Zgodnie z zapisem art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Traktat lub TFUE), z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. W myśl art. 108 ust. 1 oraz ust. 2 TFUE Komisja we współpracy z Państwami Członkowskimi stale bada systemy pomocy istniejące w tych Państwach. Jeśli Komisja stwierdzi, po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag, że pomoc przyznana przez Państwo jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w rozumieniu art. 107 lub, że pomoc ta jest nadużywana, decyduje o zniesieniu lub zmianie tej pomocy przez dane Państwo w terminie, który określa. Zgodnie z treścią art. 109 TFUE Rada, na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim może wydać wszelkie rozporządzenia w celu zastosowania art. 107 i 108, a w szczególności określić warunki stosowania art. 108 ust. 3 i kategorie pomocy zwolnione z tej procedury. Zasady przyznawania tego rodzaju pomocy zawiera rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu. Zgodnie z art. 1 ust. 4 lit. c) tego rozporządzenia przyznanie pomocy nie może dotyczyć przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji. Z tego względu - zawsze wtedy, gdy występują elementy pomocy publicznej finansowanej ze środków unijnych - konieczne jest zweryfikowanie, czy podmiot, który uzyskuje korzyść ze wsparcia nie jest przedsiębiorstwem w trudnej sytuacji. Definicję „przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji” zawiera art.

2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego

II

niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu. Zgodnie z art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 „przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji” oznacza przedsiębiorstwo, wobec którego zachodzi co najmniej jedna z poniższych okoliczności:

a) w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (innej niż małe i średnie przedsiębiorstwo, które istnieje od mniej niż trzech lat lub, do celów kwalifikowalności pomocy na finansowanie ryzyka, małe i średnie przedsiębiorstwo w okresie siedmiu lat od daty pierwszej sprzedaży komercyjnej, które kwalifikuje się do inwestycji w zakresie finansowania ryzyka w następstwie przeprowadzenia procedury due diligence przez wybranego pośrednika finansowego), w przypadku gdy ponad połowa jej subskrybowanego kapitału zakładowego została utracona w efekcie zakumulowanych strat. Taka sytuacja ma miejsce, gdy w wyniku odliczenia od rezerw (i wszystkich innych elementów uznawanych za część środków własnych przedsiębiorstwa) zakumulowanych strat powstaje ujemna skumulowana kwota, która

przekracza połowę subskrybowanego kapitału zakładowego.

Do celów niniejszego przepisu „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” odnosi się w szczególności do rodzajów jednostek podanych w załączniku I do dyrektywy 2013/34/UE (37), a kapitał zakładowy” obejmuje, w stosownych przypadkach, wszelkie premie emisyjne,

b) w przypadku spółki, w której co najmniej niektórzy członkowie ponoszą nieograniczoną odpowiedzialność za jej zadłużenie (inne niż małe i średnie przedsiębiorstwo, które istnieje od mniej niż trzech lat lub, do celów kwalifikowalności pomocy na finansowanie ryzyka, małe i średnie przedsiębiorstwo w okresie siedmiu lat od daty pierwszej sprzedaży komercyjnej, które kwalifikuje się do inwestycji w zakresie finansowania ryzyka w następstwie przeprowadzenia procedury due diligence przez wybranego pośrednika finansowego), w przypadku gdy ponad połowa jej kapitału wykazanego w sprawozdaniach finansowych tej spółki została utracona w efekcie zakumulowanych strat. Do celów niniejszego przepisu „spółka, w której co najmniej niektórzy członkowie ponoszą nieograniczoną odpowiedzialność za jej zadłużenie” odnosi się w szczególności do rodzajów jednostek wymienionych w załączniku II do dyrektywy 2013/34/UE,

c) w sytuacji gdy przedsiębiorstwo podlega zbiorowemu postępowaniu w związku z niewypłacalnością lub spełnia kryteria na mocy obowiązującego prawa krajowego, by zostać objętym zbiorowym postępowaniem w związku z niewypłacalnością na wniosek jej wierzycieli;

d) w sytuacji gdy przedsiębiorstwo otrzymało pomoc na ratowanie i nie spłaciło do tej pory pożyczki ani nie zakończyło umowy o gwarancję lub otrzymało pomoc na restrukturyzację i nadal podlega planowi restrukturyzacyjnemu,

e) w przypadku przedsiębiorstwa, które nie jest małym lub średnim przedsiębiorstwem, jeśli w ciągu ostatnich dwóch lat:

1) stosunek księgowej wartości kapitału obcego do kapitału własnego tego przedsiębiorstwa przekracza 7,5 oraz

2) wskaźnik pokrycia odsetek zyskiem EBITDA tego przedsiębiorstwa wynosi poniżej 1,0.

W świetle powyższego przekazanie składników majątkowych operatorowi w ramach udzielanego zamówienia publicznego nie może dotyczyć wykonawcy, który jest przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji w rozumieniu ww. przepisów.

II. Z uwagi na powyższe okoliczności prawne i faktyczne Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobligowany był uwzględnić okoliczność braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu jako wynikającej z przepisów wspólnotowych obligatoryjnej przesłanki powierzenia wykonawcy realizacji zamówienia połączonego z oddaniem wykonawcy w dzierżawę składników majątkowych sfinansowanych ze środków publicznych (unijnych). W efekcie zamawiający stanął przed dylematem pogodzenia regulacji unijnych i wymagań Ministra Inwestycji i Rozwoju z prawem krajowym regulującym zasady udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy 1) nie podlegają wykluczeniu; oraz 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Z uwagi na to, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zostały enumeratywnie określone w art. 24 PZP i stanowią katalog zamknięty, a wśród nich brak jest przesłanki w postaci braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r., zamawiający nie mógł uwzględnić tego wymogu w ramach przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Natomiast zgodnie z art. 22 ust. 1b Pzp formułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Z uwagi na to, że wymóg braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu ma charakter ekonomiczny, zamawiający uwzględnił ten wymóg jako warunek udziału w

postępowaniu w ramach kategorii „sytuacja ekonomiczna lub finansowa” wykonawców. W rezultacie zamawiający określił wśród warunków udziału w postępowaniu w ramach kategorii „sytuacja ekonomiczna lub finansowa” wymóg polegający na konieczności wykazania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, że nie jest on przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji” w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu. Tak sformułowany warunek mieści się w kategorii „sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawców”, gdyż dotyczy sytuacji ekonomicznej wykonawców, oraz odnosi się do zdolności wykonawcy wyrażając je jako minimalny poziomy zdolności, a tym samym należy uznać go za dopuszczalny w okolicznościach niniejszej sprawy.

Zamawiający podał, że zgodnie z art. 22c ust. 1 Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności: 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem; 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań; 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Wymagania określone art. 22c Pzp nie stanowią katalogu zamkniętego, zatem swobodzie zamawiającego postawiono ich sformułowanie, byle tylko zostały one określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Skoro zatem wymagania dotyczące sytuacji finansowej lub ekonomicznej mogą dotyczyć wymogu posiadania przez wykonawców określonego minimalnego rocznego obrotu, stosunku aktywów do zobowiązań lub posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (które w istocie ograniczają udział wykonawców nie posiadających takich zasobów ekonomicznych), tym bardziej za dopuszczalny uznać należy warunek wykazania braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r., gdyż jest to warunek, który jedynie

formuluje określone minimum dotyczące kondycji ekonomicznej wykonawcy. Wprowadzenie

14

tego warunku wynika z charakteru udzielanego zamówienia publicznego (tj. udziału środków unijnych w sfinansowaniu zakupu składników majątkowych przeznaczonych do oddania do korzystania wyłonionemu wykonawcy) oraz z przepisów wspólnotowych i krajowych regulujących zasady udzielania pomocy publicznej.

Warunek ten spełnia zatem wymóg art. 22 ust. 1a Pzp, gdyż jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, gdyż wyraża jedynie minimalny poziomy zdolności wykonawcy w postaci braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r.

Określając ten warunek zamawiający zdefiniował go w sposób jasny i przejrzysty odwołując się do przytoczonej *expressis verbis* definicji „przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji” w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. W tym celu zamawiający wskazał w SIWZ (pkt 6.2.2), iż pojęcie „przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji oznacza przedsiębiorstwo, wobec którego zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wskazanych powyżej (art. 2 pkt 18 lit. a-e rozporządzenia). Zamawiający stwierdził, że tak zdefiniowany warunek uznać należy za przejrzysty i precyzyjny, skoro taką właśnie definicją „przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji” posłużył się sam prowadzca unijny.

W celu zweryfikowania spełniania przez wykonawców tego warunku zamawiający wskazał, iż w celu jego potwierdzenia żąda przedłożenia przez wykonawców sprawozdań finansowych, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, inne dokumenty potwierdzające spełnienie tego warunku (określonego w pkt 6.2.2 pkt 2 SIWZ) - za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Określając sposób wykazania spełniania tego warunku zamawiający oparł się na treści art. 22 c ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności, aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań. Wprawdzie

zgodnie z art. 22c ust. 3 Pzp zamawiający może wymagać informacji, o których mowa w art.

22c ust. 1 pkt 2, jeżeli określi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przejrzyste i

obiektywne metody i kryteria, na podstawie których uwzględni te informacje, jednakże w

niniejszym postępowaniu zamawiający dopełnił tego wymogu. W szczególności zamawiający

15

wskazał, że dokona oceny złożonych sprawozdań finansowych, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów, pod względem spełniania warunku określonego w pkt 6.2.2 pkt 2 SIWZ, tj. w celu zweryfikowania, czy wykonawca, nie spełnia przesłanek do uznania go za „przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji” w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu. Przesłanki uznania wykonawcy za „przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji” mają charakter normatywny, gdyż zostały określone przez samego prawodawcę unijnego, a zamawiający tylko takie przesłanki w niniejszym postępowaniu zastosował, nie wykraczając poza ich treść. Tak określone metody i kryteria oceny sprawozdań finansowych i innych analogicznych dokumentów uznać należy za przejrzyste i obiektywne, skoro odwołują się one wprost do przesłanek „przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji” zdefiniowanych przez prawodawcę unijnego.

Formułując wymagania dotyczące sposobu wykazania przez wykonawców spełniania tego warunku zamawiający oparł się wyłącznie na przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w żadnym zakresie nie wykroczył poza jego ramy. Zgodnie z § 2 ust. 2 tego rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać m.in. sprawozdania finansowego albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających na przykład obroty oraz aktywa i zobowiązania - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Konsekwentnie zatem zamawiający zażądał od wykonawców - w celu wykazania, że nie są przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji” w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. - przedłożenia sprawozdania finansowego, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku (określonego w pkt 6.2.2 pkt 2 SIWZ) - za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres. Co więcej zamawiający - kierując się dyspozycją § 2 ust. 3 tego rozporządzenia - wskazał w SIWZ, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć

16

wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa powyżej, zamawiający dopuszcza złożenie przez wykonawcę innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. Tym samym uznać należy, że rodzaj żądanych przez zamawiającego dokumentów dotyczących spełniania warunku braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. jest zgodny z katalogiem dokumentów określonych w przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle powyższego za prawidłowy, zdaniem Zamawiającego, uznać należy także sformułowany przez zamawiającego wymóg dostarczenia przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, bezpośrednio przed zawarciem umowy wypełnionego formularza „Informacji przedstawianych przy ubieganiu się o pomoc inną niż pomoc w rolnictwie lub rybołówstwie, pomoc de minimis lub pomoc de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie”, zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 lutego 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie zakresu informacji przedstawianych przez podmiot ubiegający się o pomoc inną niż pomoc de minimis lub pomoc de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie (wraz ze sprawozdaniami finansowymi zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie zakresu informacji przedstawianych przez podmiot ubiegający się o pomoc inną niż pomoc de minimis lub pomoc de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie, tj. sporządzonymi zgodnie z przepisami o rachunkowości za okres ostatnich 3 lat obrotowych), potwierdzającego, że wykonawca (a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), nie jest „przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji” w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu. Wymóg złożenia takiego oświadczenia jest pochodną charakteru zamówienia, w ramach którego wybranemu wykonawcy zostaną oddane w dzierżawę składniki majątkowe sfinansowane ze środków publicznych (unijnych) oraz obowiązujących przepisów o pomocy publicznej. Złożenie takiego oświadczenia wraz ze sprawozdaniami finansowymi nie formułuje zatem wobec wykonawców żadnego dodatkowego wymogu wykraczającego poza

postępowaniu w ramach kategorii „sytuacja ekonomiczna lub finansowa” i w istocie stanowi jedynie potwierdzenie - w formie zgodnej z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie zakresu informacji przedstawianych przez podmiot ubiegający się o pomoc inną niż pomoc de minimis lub pomoc de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie możliwości oddania wykonawcy w dzierżawę składników majątkowych sfinansowanych ze środków publicznych (unijnych).

III. Odnosząc się do podnoszonego w odwołaniu również zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp (podanie w kryteriach oceny ofert warunku braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu), Zamawiający stwierdził, że w SIWZ nie sformułował kryterium oceny ofert w postaci braku trudnej sytuacji wykonawców, zatem zarzut ten jest bezpodstawny.

W zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów Izba ustaliła:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na „Wybór Operatora na obsługę linii komunikacyjnych na terenie Związku Gmin "Podkarpacka Komunikacja Samochodowa". Zamawiający w punkcie 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) podał:

„3.1. Przedmiotem zamówienia jest: świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na 39 liniach komunikacyjnych o charakterze miejskim wg ustalonych rozkładów jazdy, wraz z emisją, sprzedażą i kontrolą biletów na te usługi z uwzględnieniem wszystkich przejazdów (biletów) ulgowych i bezpłatnych wprowadzonych przez Zamawiającego.

3.2 Zamówienie realizowane będzie przy pomocy 54 autobusów należących do Zamawiającego, które zostaną oddane w dzierżawę wykonawcy, oraz przy pomocy co najmniej 30 autobusów zapewnionych we własnym zakresie przez wykonawcę. Szacowany zakres rzeczowy wynosi 4 800 000 wozokilometrów w okresie 12 miesięcy.

3.3 Ponadto zamówienie realizowane będzie przy wykorzystaniu oddanego przez

Zamawiającego wykonawcy w dzierżawę informatycznego systemu transportowego ROF z

wdrożonym Zintegrowanym Systemem Zarządzania Ruchem i Transportem Publicznym oraz

zaplecza technicznego przeznaczonego do obsługi taboru w zajezdni autobusowej, które

18

obejmuje halę napraw i diagnostyki, automatyczną myjnię oraz infrastrukturą techniczną wraz z wyposażeniem, serwerownią i Centrum Zarządzania Ruchem, zlokalizowanego w Rzeszowie przy Al. Wyzwolenia 6.

3.4 Z uwagi na to, że należące do Zamawiającego, a przewidziane do oddania wykonawcy w dzierżawę wskazane w pkt 3.2 i 3.3. SIWZ autobusy, informatyczny system transportowy i zaplecze techniczne zostały sfinansowane w ramach projektu współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego pn. „Rozwój gospodarki niskoemisyjnej oraz poprawa mobilności mieszkańców poprzez usprawnienie zrównoważonego transportu publicznego na terenie ROF”, Zamawiający wskazuje, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, a w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie - wykonawcy, którzy nie są „przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji” w rozumieniu art. 2 pkt

18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu”.

Stosownie do punktu 1 Ogłoszenia z dnia 6 czerwca 2017 r. o zamiarze przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w trybie Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zawarcie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego Ogłoszenie to zostało zamieszczone na podstawie (...) Art. 23 w związku z art.

19 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 1867 ze zm.), art. 5 ust. 3, art. 7 ust. 2 Rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające Rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1191/69 I (EWG) Nr 1107/70 z dnia 23 października 2007 r. (Dz. Urz. UE.L Nr 315, str. 1), oraz Uchwały Nr XIV/138/15 Rady Powiatu w Rzeszowie z dnia 18.12.2015 r. w sprawie przekazania zadania organizacji publicznego transportu zbiorowego Związkowi Gmin Podkarpacka Komunikacja Samochodowa w Rzeszowie (...).

W tym Ogłoszeniu w pkt 2 podano, że (...) Związek Gmin Podkarpacka Komunikacja Samochodowa w Rzeszowie jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego na obszarze gmin związkowych oraz na mocy zawartego porozumienia z Powiatem Rzeszowskim z dnia 28.12.2015 r. (...). W punkcie 3 („Przewidywany tryb udzielenia zamówienia”) wskazano z kolei na art. 19 ust.1 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, który to przepis stanowi o wymaganej do zastosowania procedurze dla wyboru operatora:

„Organizator dokonuje wyboru operatora w trybie:

- 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018 oraz z 2018 r. poz. 1560, 1603, 1669 i 1693) albo
- 2) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920 oraz z 2018 r. poz. 1669 i 1693) albo
- 3) art. 22 ust. 1. „ (dopisek KIO: ustawy o publicznym transporcie zbiorowym).

W odwołaniu wykonawca wskazując na naruszenie art. 22 ust. 1a i art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust.2 Pzp oraz żądając usunięcia warunku związanego z trudną sytuacją przedsiębiorcy w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17.6.2014 r. w uzasadnieniu zarzutów (także w toku rozprawy) i wymagania co do dokumentów związanych z tym warunkiem podał, że problem dotyczy wyłącznie roku 2017, natomiast wszystkie wskaźniki za rok 2018 spełnił, także spełni wskaźniki za rok 2019. Podnosząc zarzuty podkreślił, że trudna sytuacja finansowa w rozumieniu przepisów unijnych jest ustalana w sposób wysoce skomplikowany i nie ma wymiernego efektu, sprowadzającego się do wymogów przepisów krajowych. Przepisy krajowe są zredagowane w sposób przejrzysty i faktycznie odzwierciedlający kłopoty finansowe przedsiębiorcy. Tymczasem przepisy unijne definiujące trudną sytuację finansową - bazują (jak już wskazywał) na skomplikowanych obliczeniach ekonomicznych i, co istotne, są uchwalone na potrzeby ewentualnej pomocy de minimis. Jego zdaniem, nieprawidłowe jest zatem łączenie dwóch instytucji tj. sytuacji finansowej na potrzeby pomocy przedsiębiorcom przez wspólnoty europejskie z sytuacją finansową wykonawcy w zamówieniu publicznym. Wskazał ponadto na podobne jego zdaniem postępowania, w których uczestniczył (załączył specyfikacje) oraz podkreślił, że ciężar dowodu w zakresie naruszenia lub braku naruszenia zasad uczciwej konkurencji w związku ustalonym warunkiem udziału spoczywa na zamawiającym.

Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie przedłożył opinię Departamentu Regionalnych Programów Operacyjnych w Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju (pismo z dnia

24.04.2019), która to opinia jak wskazano odnosi się do braku możliwości udzielenia wsparcia

ze środków EFSI na realizację projektu w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w sytuacji gdy operator znajduje się w trudnej sytuacji.

Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W przedmiotowym postępowaniu ma zastosowanie ustawa o publicznym transporcie

zbiorowym. Zgodnie z tą ustawą jej art. 4 pkt 9: (...) organizatorem publicznego transportu zbiorowego jest - właściwa jednostka samorządu terytorialnego albo minister właściwy do spraw transportu, zapewniający funkcjonowanie publicznego transportu zbiorowego na danym

obszarze; organizator publicznego transportu zbiorowego jest „właściwym organem”, o którym mowa w przepisach rozporządzenia (WE) nr 1370/2007”. Z kolei wybrany wykonawca, który

zawarł z organizatorem publicznego transportu zbiorowego umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, na linii komunikacyjnej określonej w umowie - uzyska na gruncie ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w myśl art. 4 pkt 8 tej ustawy status operatora operator publicznego transportu zbiorowego („samorządowy zakład budżetowy oraz przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób”). Taka umowa ma być zawarta zgodnie z jej oznaczeniem (zał. nr 3 do siwz - projekt umowy: Umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego) również w tym postępowaniu. W tym miejscu Izba stwierdza (z uwagi na podnoszone na rozprawie zastrzeżenia, co do treści Ogłoszenia o zamiarze (...)) z dnia 6 czerwca 2017 r., że w myśl art. 23 ustawy o publicznym transporcie drogowym:

„1. Organizator publikuje ogłoszenie o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie, o którym mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2, lub bezpośredniego zawarcia umowy, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3, w terminie nie krótszym niż:

- 1) jeden rok;
- 2) sześć miesięcy - w przypadku gdy umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma dotyczyć świadczenia tych usług w wymiarze mniejszym niż 50 000 kilometrów rocznie.”

Z kolei w myśl ust.4 Ogłoszenie zawiera w szczególności:

- „1) nazwę i adres właściwego organizatora;
- 2) określenie przewidywanego trybu udzielenia zamówienia;
- 3) określenie rodzaju transportu oraz linii komunikacyjnej, linii komunikacyjnych lub sieci komunikacyjnej, na których będą wykonywane przewozy;
- 4) przewidywaną datę rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie, o którym mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2, lub bezpośredniego zawarcia umowy, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3;
- 5) przewidywany czas trwania umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego”.

Izba stwierdza ponadto, że nie można zgodzić się z twierdzeniami wykonawcy, że był uczestnikiem analogicznych postępowań, w których sporne wymaganie opisane w pkt 3.4 tej specyfikacji nie wystąpiło. Przede wszystkim wykonawca nie wykazał, że w tych postępowaniach miały zastosowanie przepisy ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Nie wykazał także, że skutkiem wyboru oferty wykonawca uzyskiwał (czy uzyskiwałby) status operatora publicznego transportu zbiorowego. Również nie wykazał tożsamości zamówienia opisanego w pkt 3 ppkt 1-3 tej specyfikacji. Pierwsze ze wskazanych postępowań prowadzone przez Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach dotyczy wyłącznie wykonywania usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach autobusami co prawda będącymi własnością Zamawiającego, jednakże bez adnotacji, że były one sfinansowane (w całości lub w części) ze środków UE. Drugie z kolei - prowadzone przez Gminę Wałbrzych - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu - dotyczy usług polegających na przewozie dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z terenu Gminy Wałbrzych do placówek oświatowych w roku szkolnym 2019/2020. Także co do tego zamówienia brak jest informacji identyfikujących przedmiotowe zamówienie. W ramach tego projektu Zamawiający realizuje nabycie lub wytworzenie składników majątkowych obejmujących:

- 1) zakup taboru autobusowego przystosowanego dla osób niepełnosprawnych spełniającego co najmniej normę Euro 6;
- 2) wdrożenie oraz integrację systemu transportowego ROF z wdrożonym Zintegrowanym Systemem Zarządzania Ruchem i Transportem Publicznym;
- 3) budowę zaplecza technicznego do obsługi taboru w zajezdni autobusowej (hala napraw i diagnostyki, automatyczna myjnia, elementy komunikacji wewnętrznej, infrastruktura techniczna wraz z wyposażeniem). Nabycie lub wytworzenie tych składników majątkowych współfinansowane jest ze środków pochodzących z dofinansowania unijnego przekazanych zamawiającemu w ramach realizowanego projektu.

Zgodnie z założeniami projektu składniki majątkowe sfinansowane ze środków unijnych zostaną przekazane (oddane w dzierżawę) przez zamawiającego jako organizatora publicznego transportu zbiorowego operatorowi transportu zbiorowego w rozumieniu

przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w celu prowadzenia przez niego działalności w zakresie przewozu osób na terenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego.

Opinia przedłożona przez Zamawiającego (organizatora publicznego transportu zbiorowego), której wystawcą jest Departament Regionalnych Programów Operacyjnych w

22

Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju, zdaniem Izby właściwy w sprawach których dotyczy opinia, odnosi się do braku możliwości udzielenia wsparcia ze środków EFSI na realizację projektu w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w sytuacji gdy operator znajduje się w trudnej sytuacji. W tej opinii podano, że: (...) Wymóg zgodnie z którym Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego i Europejski Fundusz Spójności nie wspierają podmiotów znajdujących się w trudnej sytuacji rozumieniu przepisów o pomocy publicznej, należy stosować do tych podmiotów korzystających z dofinansowanych ze środków EFSI składników majątkowych, które są przedsiębiorstwem w unijnym znaczeniu tego pojęcia Przedsiębiorstwem w prawie unijnym jest każdy podmiot, który prowadzi działalność polegającą na odpłatnym oferowaniu na rynku towarów lub usług, niezależnie od jego statusu w prawie krajowym czy struktury organizacyjnej. Powyższy wymóg należy odnosić do wszystkich podmiotów zaangażowanych w projekt. Ma on zatem zastosowania nie tylko do bezpośrednich beneficjentów (organizatorów publicznego transportu zbiorowego) ale także do operatorów. Dofinansowanie na realizację projektów z zakresu publicznego transportu zbiorowego stanowi pomoc w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym. Warunki zgodności takiej pomocy z rynkiem wewnętrznym UE zostały określone w rozporządzeniu 1370/2007 CI), Jest ona zapewniana w ten sposób, że dofinansowanie unijne jest udzielane w ramach stosunku prawnego łączącego organizatora z operatorem. Stosunek ten wynika z umowy o świadczenie usług publicznych, Dofinansowanie unijne staje się zaś jego elementem. W/ założeniu teoretycznym tej konstrukcji część środków krajowych przekazywanych przez organizatora w formie rekompensaty jest po prostu zastępowana środkami unijnymi, Służą one pokryciu kosztów danej inwestycji uwzględnionych w kalkulacji rekompensaty lub są przekazywane w formie udostępnienia aktywów! takich jak tabor, czy infrastruktura. Oznacza to, że w każdym przypadku podmiotem ostatecznie odnoszącym korzyść ze wsparcia ze środków EFSI jest operator, Zawsze niezbędne jest zatem badanie, czy nie jest on przedsiębiorstwem w trudnej sytuacji. Analizowany wymóg dotyczy wszystkich operatorów niezależnie od trybu wyboru, także tych wybieranych w trybie przetargowym, Przyjęcie innego rozwiązania miałooby charakter dyskryminacji".

Wobec powyższego stanowiska, Zamawiający wprowadzając sporny warunek, który w przypadku tej sprawy dotyczy okoliczności opisanych w lit. e) w art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014, w myśl której przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji oznacza przedsiębiorstwo:

(...) jeśli w ciągu ostatnich dwóch lat:

- 1) stosunek księgowej wartości kapitału obcego do kapitału własnego tego przedsiębiorstwa przekracza 7,5 oraz
- 2) wskaźnik pokrycia odsetek zyskiem EBITDA tego przedsiębiorstwa wynosi poniżej 1,0".

- zdaniem Izby - w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany był uwzględnić okoliczność braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014.

Należało także zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że (...) Z uwagi na występujące w przedmiotowym zamówieniu elementy pomocy publicznej w postaci przekazania operatorowi składników majątkowych współfinansowanych ze środków unijnych, do udzielenia takiego zamówienia mają zastosowanie przepisy unijne dotyczące zasad udzielania pomocy publicznej". Także, że (...) przekazanie składników majątkowych operatorowi w ramach udzielanego zamówienia publicznego nie może dotyczyć wykonawcy, który jest przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji w rozumieniu ww. przepisów".

Izba zwraca uwagę, że kluczowe znaczenie - w przypadku oceny spornego warunku z punktu 3.4 specyfikacji - ma odnośnienie wskazanych wartości ekonomicznych do okresu „ostatnich dwóch lat” a nie tylko jednego roku. Ta okoliczność może mieć znaczenie przy

ocenie możliwości uczestnictwa wykonawcy PKS w Rzeszowie S.A. w sytuacji gdy ten - jak również twierdził na rozprawie - tylko w roku 2017 znalazł się w sytuacji kwalifikującej go jako „przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji”.

Mając powyższe ustalenia na uwadze podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. art. 22 ust. 1a i art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust.2 tej ustawy nie podlegają uwzględnieniu. Co do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp (błędne zastosowanie i podanie w kryteriach oceny ofert warunku braku trudnej sytuacji wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r.) Odwołujący przyznał, że ten przepis wskazany został omyłkowo.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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. z 2018 r. poz. 972).