Sygn. akt: KIO 2737/17

WYROK
z dnia 12 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 grudnia 2017 r.** przez wykonawcę **Europa Express City Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 144 p. V, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego, ul. Żelazna 61, 00- 848 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie w części dotyczącej zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 23 ust. 5 Prawa zamówień publicznych zwanego dalej: „Pzp", w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne sformułowanie wymagania zawartego w rozdziale V ust. 3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ" by warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia /opisany w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b) SIWZ/, był w przypadku konsorcjum spełniony w taki sposób, aby jeden z wykonawców posiadał wymagane doświadczenie, podczas gdy wykonywanie udzielanego obecnie zamówienia przez konsorcjum posiadające łączne doświadczenie równe wymogowi Zamawiającego, umożliwia wykonanie go przez każdego konsorcjanta w zakresie w którym posiada odpowiednią część doświadczenia bez uszczerbku dla całości świadczenia,**

---

2. **uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej zdolności zawodowej (posiadanego doświadczenia) do wykazania przewozów osób w ramach komunikacji miejskiej w rozumieniu przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, podczas gdy te same usługi, świadczone w identyczny sposób i na tym samym obszarze, wg tych samych wymogów, tego samego organizatora transportu są świadczone także w ramach komunikacji zastępczej, która nie mieści się w ustawowej definicji komunikacji miejskiej, dając jednakże tożsame doświadczenie wykonawcy i nakazuje następującą zmianę w tym zakresie w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b SIWZ oraz odpowiadających mu postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu polegającą na zastąpieniu słów: *„w ramach komunikacji miejskiej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. 2017 r. poz. 2136)"* słowami: *„w ramach komunikacji miejskiej, podmiejskiej lub zastępczej z wykorzystaniem sieci komunikacji miejskiej lub podmiejskiej przy jednoczesnym obowiązku przestrzegania regulaminów oraz uchwał organizatora publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów wskazanych w dalszej części poniżej",**

3. **uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez nadmierne (nieproporcjonalne) ustalenie liczby wozokilometrów w ciągu roku wykonywania usługi, zapewniającej spełnienie warunku na poziomie 1 500 000 wozokm, podczas gdy umiejętność wykonywania zamówienia o wartości ok. 1 mln wozokm. Nie różni się niczym od doświadczenia w skali wymaganej przez Zamawiającego, a ustalenie tego poziomu na 1,5 mln wozokm jest nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji i nakazuje następującą zmianę w tym zakresie w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b SIWZ oraz odpowiadających**

mu postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu polegającą na zastąpieniu słów: *„1.500.000 (jeden milion pięćset tysięcy)”* słowami” *„1.200.000 (jeden milion dwieście tysięcy)”,*

kosztami 4. postępowania obciąża **Zarząd Transportu Miejskiego, ul. Żelazna 61, 00- 848 Warszawa** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Europa Express City Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 144 p. V, 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od **Zarządu Transportu Miejskiego, ul. Żelazna 61, 00- 848 Warszawa** na rzecz **Europa Express City Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 144 p. V, 02-305 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2737/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej przy wykorzystaniu 25 autobusów o długości ok. 9 metrów i 25 autobusów o długości ok. 12 metrów”,* zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 243-507813 z 19.12.2017 r., przez Zarząd Transportu Miejskiego, ul. Żelazna 61, 00- 848 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym”.* W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: *„SIWZ”.*

W dniu 28.12.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Europa Express City Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 144 p. V, 02-305 Warszawa zwana dalej: *„Odwołującym”* albo *Europa Express City Sp. z o.o.* wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.12.2017 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:
1) art. 23 ust 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: *„Pzp”,* w zw. z art. 22 ust 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust 1a i art. 7 ust 1 Pzp poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne sformułowanie wymagania zawartego w rozdziale V ust 3 lit a) by warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia (opisany w rozdziale V ust 1 pkt 2) lit b) SIWZ, był w przypadku konsorcjum spełniony w taki sposób, aby jeden z wykonawców posiadał wymagane doświadczenie, podczas gdy wykonywanie udzielanego obecnie zamówienia przez konsorcjum posiadające łączne doświadczenie równe wymogowi zamawiającego, umożliwia wykonanie go przez każdego konsorcjanta w zakresie w którym posiada odpowiednią część doświadczenia bez uszczerbku dla całości świadczenia;
2) art. 22 ust 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust 1a i art. 7 ust 1 Pzp poprzez

ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej zdolności zawodowej (posiadanego do wykazania przewozów osób w ramach komunikacji miejskiej doświadczenia) w rozumieniu przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, podczas gdy te same usługi, świadczone w identyczny sposób i na tym samym obszarze, wg tych samych wymogów, tego samego organizatora transportu są świadczone także w ramach komunikacji

zastępczej, która nie mieści się w ustawowej definicji komunikacji miejskiej, dając jednakże tożsame doświadczenie wykonawcy;
3) art. 22 ust 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust 1a i art. 7 ust 1 i ust 2 Pzp poprzez nadmierne (nieproporcjonalne) ustalenie liczby wozokilometrów w ciągu roku wykonywania usługi, zapewniającej spełnienie warunku na poziomie 1 500 000 wozokm, podczas gdy umiejętność wykonywania zamówienia o wartości ok. 1 mln wozokm. Nie różni się niczym od doświadczenia w skali wymaganej przez zamawiającego, a ustalenie tego poziomu na 1,5 mln wozokm jest nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji.

Odwołujący wnosił o nakazanie:
1) skreślenia postanowienia zawartego w rozdziale V ust 3 lit a) oraz odpowiadających mu postanowienia o ogłoszeniu;
2) zmiany treści warunku zawartego w rozdziale V ust 1 pkt 2) lit b SIWZ oraz odpowiadających mu postanowienia o ogłoszeniu polegającej na zastąpieniu słów *„w ramach komunikacji miejskiej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r o publicznym transporcie zbiorowym (DzU. 2017 r. poz 2136)”* słowami *„w ramach komunikacji miejskiej, podmiejskiej lub zastępczej z wykorzystaniem sieci komunikacji miejskiej lub podmiejskiej ”;*
3) zmiany treści warunku zawartego w rozdziale V ust 1 pkt 2) lit b SIWZ oraz odpowiadających mu postanowienia o ogłoszeniu polegającej na zastąpieniu słów *„1.500.000 (jeden milion pięćset tysięcy)”* słowami *„1.200.000 (jeden milion dwieście tysięcy)”.*

Wszystkie zarzuty odwołania dotyczą de facto nadmiernego i nieproporcjonalnego wymagania zamawiającego w stosunku do doświadczenia jakim winien się legitymować wykonawca. Ich rygoryzm nie zapewnia równowagi pomiędzy ochroną słusznych interesów zamawiającego, a otwarciem na konkurencję, eliminując wykonawców zdolnych samodzielnie lub jako konsorcjum do wykonania zamówienia.

Po pierwsze, nie znajduje żadnego uzasadnienia wymóg, by doświadczeniem w wykonaniu usług na co najmniej 1 500 000 wozokm wykazał się jeden z członków konsorcjum. Art. 23 ust 5 Pzp stanowi, że Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Oznacza to, że jedynie w przypadkach, gdy charakter zamówienia to uzasadnia dopuszczalny jest wymóg aby to jeden z wykonawców występujących wspólnie musiał wykazać się całością doświadczenia, a wymóg ten nie może naruszać zasad proporcjonalności. Innymi słowy, to zamawiającego obciąża ciężar wykazania, ze łączne doświadczenie wykonawców tworzących konsorcjum nie zapewni takiego potencjału, który pozwoli prawidłowo wykonać zamówienie. Możliwe jest

to więc co do zasady tylko przy takim charakterze zamówienia który uniemożliwia prawidłowe składników zamówienia zgodnie z posiadanym doświadczeniem własnym, a więc zamówień których przedmiot jest niepodzielny lub co najmniej trudny do podzielenia w toku wykonawstwa. Takiego charakteru nie mają zamówienia na usługi transportowe. Suma potencjałów kilku wykonawców, z których każdy posiada doświadczenie w wykonaniu przewozów w liczbie kilkuset tysięcy wozokm pozwoli prawidłowo zrealizować całość zamówienia. Każdy z nich bowiem część odpowiednią do posiadanego doświadczenia, a wiec będzie działała w skali, w której już wykazał, że potrafi realizować taką usługę. Zwrócił uwagę, że zamawiający nie jest zainteresowany wyborem wykonawcy, który potrafi zrealizować jedno znaczące zamówienie (co notabene byłoby także wątpliwe). Uznał bowiem, ze jeśli jeden wykonawca w ramach 3 odrębnych umów, dla odrębnych zleceniodawców wyświadczył usługi których suma daje łącznie 1.500.000 wozokm to warunek będzie spełniony. Nie można uznać, za racjonalne aby wykonawcę który

samodzielnie wykonał trzy usługi o niewielkiej skali uznać za zdolnego do wykonania zamówienia o skali większej, zaś nie honorować doświadczenia łącznego 3 wykonawców, których każdy wykonał jedną usługę o mniejszej skali jednakże łącznie osiągają one wymagany poziom 1.500.000 wozokm. Odwołujący nie domaga się przy tym by składane były dowolnie małe doświadczenia w wielkiej liczbie sumujące się do 1.5 mln wozokm. Nie oponuje bowiem przeciwko wymaganiu, aby określoną liczbę wozokm osiągać w maksymalnie 3 umowach. Jednakże brak w ocenie Odwołującego podstaw by wszystkie te umowy musiał wykonać jedne konsorcjant.

Po drugie - bezpodstawne jest żądanie aby doświadczenie wykonawcy było uzyskane podczas świadczenia usług komunikacji miejskiej w rozumieniu przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Ustawa ta w art. 4 ust. 1 pkt 4 określa komunikację miejską jako gminne przewozy pasażerskie wykonywane w granicach administracyjnych miasta albo: a) miasta i gminy, b) miast, albo c) miast i gmin sąsiadujących - jeżeli zostało zawarte porozumienie lub został utworzony związek międzygminny w celu wspólnej realizacji publicznego transportu zbiorowego, a także metropolitalne przewozy pasażerskie. Jednocześnie w punkcie 3 wskazuje, ze gminne przewozy pasażerskie to przewóz osób w ramach publicznego transportu zbiorowego wykonywany w granicach administracyjnych jednej gminy lub gmin sąsiadujących, które zawarły stosowne porozumienie lub które utworzyły związek międzygminny; inne niż przewozy powiatowe, powiatowo-gminne, metropolitalne, wojewódzkie i międzywojewódzkie. Nie znajduje uzasadnienia, aby doświadczeniem przewoźnika mogło być jedynie wykonywanie usługi transportu definiowanej jako gminne przewozy pasażerskie. Pojęcie to dotyczy organizacji transportu kompetencje w tym dokładnie zakresie wymagane są od organizatora publicznego transportu zbiorowego

---

(tj. w tym przypadku ZTM) a nie od przewoźnika. Przewoźnik - taki jak wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w obecnym przetargu organizowanym przez ZTM powinien posiadać umiejętność organizowania przewozów na takich liniach komunikacyjnych i z wykorzystaniem sieci komunikacyjnej, które są wykorzystywane do świadczenia usługi jaką są gminne przewozy pasażerskie. Ta sama sieć, i te same linie komunikacyjne z wykorzystaniem tych samych przystanków) oraz tymi samymi zasadami organizacji przewozów służy organizacji transportu zastępczego, zastępującego na terenie określonej gminy (lub gmin sąsiadujących) komunikację szynową (np. kolejową). Wówczas organizator transportu kolejowego, zawiera porozumienie z organizatorem publicznego transportu zbiorowego właściwego dla przewozów gminnych i honorując te same bilety, poruszając się w ramach tej samej sieci na tym samym obszarze, opierając się o ustalony wspólnie z organizatorem przewozów gminnych rozkładzie jazdy świadczy identyczną z punktu widzenia kompetencji wymaganych od przewoźnika usługę, która nie jest jednak w znaczeniu definicji „komunikacją miejską". Wykluczenie możliwości posłużenia się takim doświadczeniem, (z tak zorganizowanej zastępczej komunikacji), które ma miejsce w SIWZ, nie znajduje uzasadnienia.

Konkretna usługa, w której odwołujący nabywa doświadczenia, niemożliwego do wykorzystania się o udzielenie zamówienia udzielanego obecnie przez ZTM, to usługa transportu autobusowego - transportu zastępczego realizowanego dla Kolei Mazowieckich na terenie Warszawy i gmin ościennych (a więc tak jak komunikacja miejska definiowana ustawowo). Zasady których ma przestrzegać zgodnie z umową z Kolejami Mazowieckimi przewoźnik to m in.

- regulamin przewozu środkami lokalnego transportu zbiorowego m st. Warszawy oraz przepisów porządkowych obowiązujących w lokalnym transporcie zbiorowym organizowanym przez m st. Warszawa
- uchwały Rady Warszawy dotyczące ulg, opłat, przejazdów bezpłatnych i granic stref biletowych
- identyczne są zasady oznaczania tablic identyfikujących pojazdy
- z umowy z Zamawiającym (Kolejami Mazowieckimi) wynika także, że uzgodniły one zasady prowadzenia usługi komunikacji zastępczej z ZTM.

Reasumując - usługa komunikacji w takim kształcie jak wykonywana usługa komunikacji zastępczej, od usługi komunikacji miejskiej różni się tylko nazwą, dając takie samo doświadczenie. Niemożność posłużenia się nim w organizowanym przez ZTM

przetargu stoi w sprzeczności z zasadą równe traktowania i proporcjonalności,

Po trzecie - zamawiający zawyżył wymagania co do skali wymaganego doświadczenia. Wymóg aby liczba wozokm w ciągu jednego roku wynosiła co najmniej 1 500

000 (dla każdej części zamówienia). Zamawiający wie, że zdecydowana większość umów, które zawiera z wykonawcami opiewa na mniej niż 1,5 mln wozokm rocznie oscylując wokół 1,2 mln wozokm. Wykonawcy, którzy te zamówienia realizują znają w sposób wystarczający realia świadczenia usług transportu autobusowego w m st. Warszawa i nie ma żadnych racjonalnych powodów by ograniczać ich udział w obecnym przetargu. Udział obecnych wykonawców nie może być zapewniony poprzez utworzenie konsorcjum, ze względu na postanowienia SIWZ zaskarżone w pierwszym zarzucie tj. konieczność 100% spełnienia warunku doświadczenia przez jednego z członków konsorcjum.

Zamawiający w dniu 29.12.2017 r. (opublikowanie na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego założone na rozprawie przez Odwołującego:

1) Kopii umowy między Odwołującym, a Kolejami Mazowieckimi z 03.11.2017 r., w zakresie zamówienia, które przywoływał w odwołaniu, wraz z dwoma załącznikami, załączniki 2 /Opis wymagań technicznych dla autobusów/ oraz 11/ Wykaz aktów prawnych/;
2) Wydruk ze strony internetowej, z której wynika, iż linia zastępcza (ZG), którą obsługiwał, została wpasowana w rozkład Zamawiającego;

3) Wydruk ze strony internetowej, z której wynika, iż były honorowane, na obsługiwanej przez niego linii, bilety ZTM, czyli Zamawiającego.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego:

1) Kopie dwóch umów z 14.04.2015 r. pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym;
2) Tabele poprzednich postępowań i warunków na analogiczny przedmiot zamówienia (2015 -2017).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów, w innej części zarzuty są zasadne.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 23 ust 5 Pzp, w zw. z art. 22 ust 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust 1a i art. 7 ust 1 Pzp poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne

sformułowanie wymagania zawartego w rozdziale V ust 3 lit a) by warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia (opisany w rozdziale V ust 1 pkt 2) lit b) SIWZ, był w przypadku konsorcjum spełniony w taki sposób, aby jeden z wykonawców posiadał wymagane doświadczenie, podczas gdy wykonywanie udzielanego obecnie zamówienia przez konsorcjum posiadające łączne doświadczenie równe wymogowi zamawiającego, umożliwia wykonanie go przez każdego konsorcjanta w zakresie w którym posiada odpowiednią część doświadczenia bez uszczerbku dla całości świadczenia;
2) art. 22 ust 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust 1a i art. 7 ust 1 Pzp poprzez ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej zdolności zawodowej (posiadanego do wykazania przewozów osób w ramach komunikacji miejskiej doświadczenia) w rozumieniu przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, podczas gdy te same usługi, świadczone w identyczny sposób i na tym samym obszarze, wg tych samych wymogów, tego samego organizatora transportu są świadczone także w ramach komunikacji zastępczej, która nie mieści się w ustawowej definicji komunikacji miejskiej, dając jednakże tożsame doświadczenie wykonawcy;
3) art. 22 ust 1 b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust 1a i art. 7 ust 1 i ust 2 Pzp poprzez nadmierne (nieproporcjonalne) ustalenie liczby wozokilometrów w ciągu roku wykonywania usługi, zapewniającej spełnienie warunku na poziomie 1 500 000 wozokm,

podczas gdy umiejętność wykonywania zamówienia o wartości ok. 1 mln wozokm. Nie różni się niczym od doświadczenia w skali wymaganej przez zamawiającego, a ustalenie tego poziomu na 1,5 mln wozokm jest nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie. Nadto, postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Zgodnie z Rozdziałem V ust.1 pkt 2 lit. b SIWZ (analogicznie Sekcja III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu): *„V. Warunki udziału w postępowaniu. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (…) 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (….) b) zdolności technicznej lub zawodowej.*

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawca wykonał należycie lub wykonuje należycie przynajmniej 1 (jedną) usługę przewozu osób w ramach komunikacji miejskiej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. 2017 r. poz. 2136) świadczoną autobusami w liczbie minimum 1.500.000 (jeden milion pięćset tysięcy) wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. 2017 r. poz. 2136) - dla każdej części zamówienia. (…)”. Nadto, stwierdza się z Rozdziale V ust. 3 lit. a SIWZ: *„3.W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w rozdz. V. 1. 2) niniejszej SIWZ zostaną spełnione wyłącznie jeżeli:*
a) jeden z wykonawców będzie posiadał wymagane doświadczenie.”.

Z kolei zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 3, 4 i 9 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. 2017 r. poz. 2136): *„(…) 3) gminne przewozy pasażerskie – przewóz osób w ramach publicznego transportu zbiorowego wykonywany w granicach administracyjnych jednej gminy lub gmin sąsiadujących, które zawarły stosowne porozumienie lub które utworzyły związek międzygminny; inne niż przewozy powiatowe, powiatowo-gminne, metropolitalne, wojewódzkie i międzywojewódzkie;*
4) *komunikacja miejska – gminne przewozy pasażerskie wykonywane w granicach administracyjnych miasta albo:*
a) miasta i gminy,
b) miast, albo 10

c) miast i gmin sąsiadujących

- jeżeli zostało zawarte porozumienie lub został utworzony związek międzygminny w celu wspólnej realizacji publicznego transportu zbiorowego, a także metropolitalne przewozy pasażerskie (…)
9) organizator publicznego transportu zbiorowego – 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 (…)". Jednocześnie zgodnie z art. 7 ust. 1, 2 i 3 przywołanej wyżej ustawy:
„1. Organizatorem publicznego transportu zbiorowego, zwanym dalej „organizatorem", właściwym ze względu na obszar działania lub zasięg przewozów, jest: 1) gmina:
a) na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w gminnych przewozach pasażerskich,
b) której powierzono zadanie organizacji publicznego transportu zbiorowego na mocy porozumienia między gminami – na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w gminnych przewozach pasażerskich, na obszarze gmin, które zawarły porozumienie;
2) związek międzygminny – na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w gminnych przewozach pasażerskich, na obszarze gmin tworzących związek międzygminny; 3) powiat:
a) na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w powiatowych przewozach pasażerskich,
któremu powierzono zadanie organizacji publicznego transportu zbiorowego na mocy b) porozumienia między powiatami – na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej powiatowych przewozach pasażerskich, na obszarze powiatów, które zawarły w porozumienie;
4) związek powiatów – na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w powiatowych przewozach pasażerskich, na obszarze powiatów tworzących związek powiatów;
4a) związek powiatowo-gminny na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w powiatowo-gminnych przewozach pasażerskich na obszarze gmin lub powiatów tworzących związek powiatowo-gminny;
4b)związek metropolitalny:
a) na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w metropolitalnych przewozach pasażerskich,
któremu powierzono zadanie organizacji publicznego transportu zbiorowego na mocy b) porozumienia z jednostką samorządu terytorialnego;
5) województwo:
a) na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w wojewódzkich przewozach pasażerskich oraz w transporcie morskim,

---

b) właściwe ze względu na najdłuższy odcinek planowanego przebiegu linii komunikacyjnej, w uzgodnieniu z województwami właściwymi ze względu na przebieg tej linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej – na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w międzywojewódzkich przewozach pasażerskich,
c) któremu powierzono zadanie organizacji publicznego transportu zbiorowego na mocy porozumienia między województwami właściwymi ze względu na planowany przebieg linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej – na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w wojewódzkich przewozach pasażerskich, na obszarze województw, które zawarły porozumienie;
6) minister właściwy do spraw transportu – na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w międzywojewódzkich i międzynarodowych przewozach pasażerskich w transporcie kolejowym.
2. Jeżeli inny organizator byłby właściwy ze względu na obszar działania, a inny ze względu na zasięg przewozów, to właściwym organizatorem jest organizator, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 2, pkt 3 lit. b, pkt 4, 4a albo 4b.
3. Organizator, o którym mowa w ust. 1 pkt 1–5, jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego realizowanego w strefie transgranicznej.". Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzut, Izba oddaliła w/w zarzut. W tym zakresie uznając, że

uwzględnienie argumentacji Odwołującego z odwołania i rozprawy mogłoby, w przedmiotowym stanie faktycznym, doprowadzić do sytuacji tego rodzaju, gdy konsorcjum albo wykonawca nie mający doświadczenia byliby traktowani lepiej niż wykonawcy indywidualni i korzystający wyłącznie z własnego potencjału. Uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców wcale nie oznacza takiego stanu rzeczy jak przywołany powyżej, ani też tego rodzaju, że Zamawiający ma się zadowolić „gorszym" wykonawcą, który nie nabył doświadczenia przy realizacji 1 umowy na 1.500.000 wozokilometrów (po modyfikacji 1.200.000 wozokilometrów) w ciągu roku, czy też doświadczeniem przy realizacji 3 umów, ale na poziomie tylko 500 wozokilometrów w ciągu roku. Konsorcja muszą być zdolne do wykonania zamówienia, ale nie mogą być w sposób nieuzasadniony faworyzowane w stosunku do wykonawców indywidulanych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

12

Względem drugiego zarzutu, Izba uwzględniła niniejszy zarzut. W ocenie Izby, Odwołujący wykazał złożonymi na rozprawie dowodami adekwatność komunikacji zastępczej względem komunikacji miejskiej, z zastrzeżeniem że będzie ona miała miejsce z wykorzystaniem sieci komunikacji miejskiej lub podmiejskiej przy jednoczesnym obowiązku przestrzegania regulaminów oraz uchwał przywołanych w sentencji, a umowy będą zawarte z organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. 2017 r. poz. 2136). Nadto, Izba zauważa, że Odwołujący podczas rozprawy podnosił, że dysponuje tego rodzaju doświadczeniem, czyli umowami zawartymi z organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu wskazanego powyżej aktu prawnego.

Należy powołać się, za Odwołującym, a co zostało zweryfikowane przez Izbę, na wykaz aktów prawnych, stanowiący załącznik 11 do załączonej umowy, gdzie 9 pozycji dotyczy uregulowań dla m. st. Warszawy, czyli organizatora tego postępowania. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że jednym z kluczowych argumentów Zamawiającego, w odpowiedzi na odwołanie, była kwestia przygotowania odpowiedniego sprzętu, tj. autobusów do realizacji zamówienia, celem unaocznienia, iż także w tym zakresie Odwołujący spełnia wymogi należy przywołać, w ramach transportu zastępczego - załącznik nr 2 do załączonej umowy str. 7, 8 i 9, na tych stronach zawarto postanowienia, które są zgodne z wymaganiami obecnego Zamawiającego, a ewentualne różnice nie są na tyle istotne, aby zaprzeczyć jego argumentacji. Dodatkowo Izba wskazuje na § 2 ust. 2 pkt 10 złożonej umowy oraz § 3 ust. 1 pkt 12 podkreślając, iż wynika z niego, iż Odwołujący ma doświadczenie w zakresie stosowania urządzeń, koniecznych dla organizacji transportu, przewidzianego przez ZTM Warszawa. W zakresie dostosowania rozkładu do rozkładu funkcjonującego w ZTM, Izba powołuje przedłożony na rozprawie wydruk ze strony internetowej, z której wynika, iż linia zastępcza, którą obsługiwał Odwołującego, została wpasowana w rozkład obecnego Zamawiającego. Także co do umiejętności rozliczania się z obecnym Zamawiającym, Izba powołuje przedłożony na rozprawie wydruk ze strony internetowej, z której wynika, iż były honorowane, na obsługiwanej przez niego linii, bilety ZTM. Co do warunków technicznych na liniach „L", Izba podzieliła argumentacje Odwołującego, iż gdyby wykazano się doświadczeniem w realizacji usługi na linii Warszawa-Piaseczno, to takie doświadczenie byłoby honorowane, gdyby dotyczyło to takiej samej linii, ale w ramach komunikacji zastępczej, to nie byłaby ona uznana, z tych powodów, Izba także w tym zakresie uznała jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

13

Względem trzeciego zarzutu, Izba uwzględniła niniejszy zarzut.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem aktualnym nadal po nowelizacji ustawy z dnia 28 lipca 2016 r., że: *"(…) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"* (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek *przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić*

przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Izba przy czym podkreśla, każdorazowo wykazać że Zamawiający musi potrafić swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: „Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (…) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11), Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba *zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).".* Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: *"przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające*

---

dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (…) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: *"W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych."* (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni (podobnie w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)" (za wyrokiem KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12, czy też za wyrokiem z 19.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2280/16).

Pomimo zmiany przepisów w ocenie Izby przy interpretacji i ocenie prawidłowości stosowania aktualnie obowiązującego art. 22 ust. 1a Pzp aktualny pozostaje dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikało, że warunki udziału powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego art. (uchylony 22 ust. 4 Pzp), a warunki te mają na celu

zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (uchylony art. 22 ust. 5 zd 1 Pzp). W doktrynie i orzecznictwie już dawno dostrzeżono, że poprzestanie na definicji językowej przymiotnika "proporcjonalny", nie jest wystarczające, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego. Za utrwalone należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: "TSUE"}, że przez

15

---

proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu {por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270}.

W tym wypadku, Izba uznała, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego pułap 1,5 mln wozokilometrów jest właściwszy niż 1,2 mln wozokilometrów, czyli nie był w stanie przedstawić w sposób spójny i wiarygodny swoich potrzeb w tym zakresie.

Izba nie przeczy, że powoływał się na rozprawie na określone wyliczenia, jednakże te stanowisko było gołosłowne i nie zostało poparte nawet stosownym opracowaniem własnym lub dokumentem potwierdzającym oparcie się na tego rodzaju wyliczeniu przy konstruowaniu wymogu. Powoływał się także Zamawiający na swoje długoletnie doświadczenie. Izba również nie przeczy powyższemu, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie potwierdził, że przywołany w wymogu pułap wozokilometrów, stanowi minimalny poziom zdolności gwarantujący realizacje zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Nadto, nakazana w sentencji zmiana, w ocenie Izby, poszerzy krąg podmiotów, które złożą ofertę w postepowaniu, także w kontekście tabeli złożonej przez Zmawiającego na rozprawie i informacji tam zawartych dotyczących innych tego typu postepowań poprzednio przez niego prowadzonych, w rezultacie wpłynie pozytywnie na konkurencje w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1-3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

16

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....