

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2010 r.

**Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy
w składzie:**

Przewodniczący - Sędzia SO Leszek Guza (spr.)

Sędzia SO Barbara Przybyła

Sędzia SO Iwona Wańczura

Protokolant Katarzyna Cen córa

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2010 r. w Gliwicach

na rozprawie sprawy

**za skargi; Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Gliwicach**

**na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
z dnia 30 marca 2010 r.
sygn. akt KIO/UZP 272/10**

z udziałem: EvoBus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Wolicy

oddala skargę.

SSO Leszek **Guza**

SSO Barbara **Przybyła**

UZASADNIENIE

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Spółka z o.o. w Gliwicach
wszczał postępowanie o zamówienie publiczne na dostawę 20 sztuk fabrycznie nowych
niskopodłóg owych autobusów komunikacji miejskiej o wartości ustalonej pomiędzy
4.900.000 a 5.700.000 euro.

W toku postępowania jeden z oferentów - przeciwnik skargi EyoBus Polska

Spółka z o.o. w Wolicy wniósł odwołanie od treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz innych przepisów poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia tj. z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i modyfikację postanowienia **zawartego** w Sekcji II.2.3 pkt 1 lit. b **ogłoszenia** oraz w pkt 3.1 i pkt 5.1.2.2. SIWZ.

Podniósł, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 20 autobusów natomiast z zapisu Sekcji III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio w pkt 5.1.2. wynika warunek wyprodukowania i wprowadzenia do obrotu określonej ilości autobusów, co jest sprzeczne z definicją dostawy z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzucał także, że Zamawiający niesłusznie ograniczył krąg odbiorców do krajów państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii i Konfederacji Szwajcarskiej.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego odrzucenie. Podniósł, że postępowanie dotyczy wprowadzenia przewozów w ramach obsługi sieci transportu autobusowego, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jednakże przepis art. 133 a ust. 3 wprowadza wyłączenie mające zastosowanie gdy Zamawiający prowadzi działalność na podstawie praw szczególnych. Podał, że do postępowania nie mają zastosowania przepisy o zamówieniach sektorowych a Zamawiający wszczął procedurę w trybie zamówienia publicznego na skutek błędu. Wskazał, że na lokalnym rynku istnieje konkurencja w zakresie przewozów transportu autobusowego, które to przewozy świadczone są przez różnych przewoźników. KZK GOP udziela również zamówień na usługi transportowe w trybie zamówienia publicznego, przy czym zamówienie podzielone jest na części i obejmuje poszczególne linie.

Odwołujący podniósł, że określenie „na podstawie praw szczególnych” w odniesieniu do działalności Zamawiającego nie odnosi się do licencji przewozowych, ponieważ są one wydawane określonym podmiotom na podstawie ustawy o transporcie drogowym, natomiast prawa szczególne, do których odnosi się wymieniony przepis,

zostały zdefiniowane w art. 3 ust. 2 j za takie można uznać prawa przyznawanej^ jednego lub większej liczby podmiotów, w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej polegające na zaszczeniu wykonywania określonej działalności, jeżeli spełnienie określonego odrębnymi przepisami warunku uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania.

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa izba Odwoławcza w dniu 30 marca 20W roku uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmian w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3. pkt 1 lit b ogłoszenia, w sekcji III.2.3, pkt 3 lit. b oraz w SIWZ w punkcie 5.1.2.2., w punkcie 5.2.3., w punkcie 6.1.3. oraz w punkcie 6 załącznika G do SIWZ., kosztami postępowania obciążając Zamawiającego,

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki formalne określone art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania, w szczególności izba nie uwzględniła zarzutu, że Zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp z mocy wyłączenia zawartego w art. 133a ust. 3 tej ustawy. Izba uznała, że wyłączenia związane są z występowaniem rzeczywistej konkurencji na rynku obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego. Zamawiający, którzy świadczą takie usługi, jedynie wtedy nie stosują przepisów ustawy jeżeli są: zamawiającymi sektorowymi i nie podlegają przepisom ustawy na innej podstawie prawnej a ponadto, jeżeli przewozy regularne są świadczone na tym samym obszarze także przez co najmniej jeszcze jednego przewoźnika, Czego odwołujący nie wykazał.

Izba ustaliła również, że w sprawie znajduje zastosowanie przepisy szczególne zawarte w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w rozdziale 5 tej ustawy - zamówienia sektorowe.

Zdaniem Izby, Zamawiający był uprawniony do zamieszczenia w ogłoszeniu oraz SIWZ warunku - w przypadku zamówienia na dostawę - odrzucenia oferty, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50 %.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że w świetle definicji z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp dostawca rzeczy nie musi być jej producentem. Tak więc do zrealizowania zamówienia (dostawy) nie było konieczne i adekwatne stawianie warunku wytworzenia i dostarczenia rzeczy. W konsekwencji za nadmierne uznała Izba wymaganie przedłożenia dokumentów (wykazu usług wg zaf. G) poświadczających, że dostawca autobusów, który składa ofertę jest ich producentem.

W ocenie Izby, dokonany przez Zamawiającego opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Na przedmiotowy wyrok Zamawiający złożył skargę i wniósł o jego uchylenie i odrzucenie odwołania oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania.

Wyrokowi zarzucił naruszenie art. 139 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 138 a ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł, że spełnia obydwie przesłanki z art. 133 a ust. 3 ustawy Pzp tj. prowadzi

w oparciu o prawo szczególne jakim jest licencja udzielona na mocy ustawy
w porcie drogowym oraz z uwagi na sieć i strukturę prowadzenia działalności w
drodze przetargów wyłaniania są przewoźnicy wyznaczonych linii oczywistym
jest, że w ten sposób spełniony jest również warunek możliwości świadczenia

przewozów regularnych przez innych przewoźników.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie rozstrzygnięciu Sądu Okręgowemu pozostawiono jedynie kwestię kontroli prawidłowości oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie w jakim uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaszyły przesłanki formalne określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania Zamawiającego.

W tym zakresie Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutów Zamawiającego i uznał, że orzeczenie Izby, jako stanowiące wynik prawidłowych ustaleń faktycznych oraz wykładni prawa materialnego, było trafne i odpowiadało prawu.

Ponowne więc przytaczanie argumentów uzasadniających to stanowisko, które szeroko wskazane zostały w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku jest zbędne ; niecelowe,

Ponad te prawidłowe ustalenia i rozważania Izby wskazać jedynie można, że punktem wyjścia dla rozważań mających na celu ustalenie, czy w przedmiotowym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp winno znaleźć założenie, że ustawodawcę cechuje racjonalizm w tworzeniu prawa. Przyjęcie tej zasady skutkuje uznaniem, że w obrębie jednego aktu prawnego, istniejąca definicja określonego pojęcia

znajduje do tego pojęcia zawsze zastosowanie. Innymi słowy mówiąc, dane pojęcie w obrębie tego samego aktu prawnego winno być zawsze definiowane w ten sam sposób. Dotyczy to w szczególności sytuacji, jak w niniejszej sprawie, gdy owo sporne pojęcie jest w ustawie zdefiniowane,

W świetle zasady dokonywania wykładni aktów prawnych bezspornym jest, że definicja praw szczególnych z art. 3 ust. 2 Pzp jest definicją legalną. To z kolei, w oparciu o powołaną wyżej zasadę racjonalizmu ustawodawcy prowadzi do wniosku, że definicja ta odnosi się do wszystkich przepisów, w których użyte jest to pojęcie.

Nie ma więc racji skarżący, że definicja legalna z art. 3 ust. 2 Pzp nie odnosi się do art. 138a ust. 3 tej ustawy. Argument skarżącego, który podnosi że w wyniku takiej wykładni powstaje norma pusta, niezależnie od jego ewentualnej słuszności, nie może rzutować na stosowanie ustawy. Nie sposób również zgodzić się z przyjętym przez skarżącego sposobem wykładni omawianych przepisów, zgodnie z którym skoro w art. 3

ust. 2 Pzp zdefiniowane są „prawa szczególne lub wyłączne” to ich definicja nie „doty” art. 138a ust. 3 Pzp, w którym mowa jest jedynie o „prawach szczególnych”;

Gdyby jednak nawet; przyjąć, że skarżący spełnia omówiona wyżej przesłankę z art. 138a ust. 3 Pzp tj. prowadzi działalność na podstawie praw szczególnych to, co w ocenie Sądu jest znacznie istotniejsze, nie spełnia on przesłanki wskazanej w końcowej części tego przepisu.

Dla realizacji dyspozycji art. 138a, polegającej na wyłączeniu stosowania ustawy Pzp, koniecznym jest zaś łączyć spełnienie obydwu przesłanek.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w toku postępowania, Zamawiający nie wykazał drugiej z nich tj. nie udowodnił, by świadczone przez niego przewozy regularne mogły być świadczone także przez innych przewoźników na tym samym obszarze i tych samych warunkach.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że zarówno okoliczność świadczenia przewozów regularnych przez Zamawiającego jak i definicja „tego samego obszaru”, o której mowa w art. 138a ust. 3 Pzp jako nie konieczne pokrywająca się z trasami linii obsługiwanych przez przewoźników, były bezsporne.

Przechodząc zaś do kwestii spełnienia przez zamawiającego tej przesłanki należy wskazać, że jej spełnienia nie dowodzą przedstawione przez Zamawiającego dokumenty, z których wynika udzielenie licencji na rzecz innych przewoźników ani też fakt, że obsługa określanych linii została powierzona określonym przewoźnikom. Przeciwnie, opis sposobu organizacji sieci transportu przedstawiony przez Zamawiającego w skardze, zgodnie z którym w drodze przetargu Związek wyłania przewoźników, którzy na mocy zawartych z nimi umów dokonują przewozów na wyznaczonych liniach, wskazuje na swoisty monopol danego przewoźnika, który wygrał przetarg i podpisał umowę na obsługę konkretnej linii.

Inne natomiast było założenie ustawodawcy, co słusznie podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza.

Wyłączenia uregulowane w art. 138a ust. 3 Pzp związane są bowiem z celem zapewnienia rzeczywistej konkurencji na rynku obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego. Nacisk na realność konkurencji oznacza, że na danym obszarze obsługa powinna być zapewniana przez przynajmniej dwa podmioty równolegle, które świadczą usługi transportowe na tych samych warunkach - tak, żeby pasażerowi pozostawiony był wybór spośród co najmniej dwóch alternatywnych przewoźników. Zdaniem Sądu, tego nie dowodzi sam fakt istnienia wielości podmiotów świadczących usługi transportowe, na co powoływał się skarżący,

W świetle powyższego, także podnoszony przez Zamawiającego argument swobody przystępowania do przetargów, pozostaje bez znaczenia dla oceny realności konkurencji w obrębie świadczenia usług na danym obszarze. O ile bowiem możliwość przystąpienia do przetargu jest ograniczona jedynie Jego warunkami, równymi dla każdego z zainteresowanych, o tyle, jak już mowa była wyżej, w wyniku przetargu na obsługę danej

-■< ii-i!

.,:r /

Hillf%staje wyłoniony jeden wykonawca, co w sposób oczywisty nie zapewnia kookjlpacji świadczeń a tym samym nie spełnia warunku z art. 138a ust. 3 Pzp, pozwalającego na wyłączenie zastosowania przepisów tej ustawy,

Nie sposób również zgodzić się ze skarżącym, że użyte przez ustawodawcę określenie dotyczące „możliwości” świadczenia przewozów regularnych przez innych przewoźników, dotyczy jak to rozumie skarżący, obsługi sieci a nie pasażerów a konkurencja jego zdaniem winna być zachowana w dostępie do obsługi tej sieci i nie ma nic wspólnego z możliwością wyboru różnego przewoźnika przez pasażerów. Już bowiem tylko wykładnia językowa tego przepisu pozwala przyjąć, że poprzedzenie zwrotu „mogą” zwrotem warunkowym „Jeżeli” oznacza konieczność spełnienia wskazanego warunku.

Po drugie, procedurę przetargową w sposób oczywisty cechuje konkurencja. Natomiast świadczenie przewozów, wprawdzie odbywa się na zlecenie zamawiającego, niemniej **jednak** z istoty rzeczy stanowi usługę transportową wykonywaną na rzecz pasażera, i w tym zakresie wolą ustawodawcy było zapewnienie rzeczywistej konkurencji świadczonych usług, która zrealizowana może być jedynie w sytuacji, w której daną linię obsługuje kilku przewoźników.

Z powyższych względów, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej należało uznać za prawidłowe, stąd też, na podstawie art. 19Bf ust. 2 Pzp Sąd Okręgowy oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 1981 ust. 5 Pzp.

SSO Iwona Wańozura

SSO Leszek Guza

SSO Barbara Przybyła

/V- —" ’

J.-. ' ■'£#;/#-\-
1^t - *

I 1. /W> A. '

\ V" "r

< G LI