

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A21 sp. z o.o. w Żorach** i **PKS Południe sp. z o.o. w Świerkłańcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **A.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **A.K., PPUH w Żorach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A21 sp. z o.o. w Żorach** i **PKS Południe sp. z o.o. w Świerkłańcu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A21 sp. z o.o. w Żorach** i **PKS Południe sp. z o.o. w Świerkłańcu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A21 sp. z o.o. w Żorach** i **PKS Południe sp. z o.o. w Świerkłańcu** na rzecz **Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

1

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2016 r., nr 2016/S 046-076352.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisie przedmiotu zamówienia,
- 2) ograniczenia możliwości złożenia przez jednego wykonawcę oferty wyłącznie na jedną część zamówienia,
- 3) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w

- zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 4) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego,
 - 5) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
 - 6) postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego,
 - 7) określenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A21 sp. z o.o. w Żorach i PKS Południe sp. z o.o. w Świerkłańcu, zwani dalej „odwołującym”, wnieśli w dniu 15 marca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie - w pkt VI. 1 - VI.2 SIWZ oraz pkt II. 1.1, II. 1.5 i II.3 ogłoszenia - przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, przez co ograniczający uczciwą konkurencję i skutkujący nierównym traktowaniem wykonawców z uwagi na brak jednoznacznego i wyczerpującego oznaczenia tras komunikacyjnych, na których usługa będzie realizowana i częstotliwości wykonywania kursów na poszczególnych trasach, a także przypisania poszczególnych tras do danej części zamówienia, co uniemożliwia jednoznaczne określenie poziomu kosztów i prawidłowe sporządzenie kalkulacji, a - w

3

konsekwencji - otrzymanie przez zamawiającego konkurencyjnych i porównywalnych ofert;

- b) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, przez dokonanie - w pkt IV. 1. SIWZ i pkt XI.3 SIWZ oraz w pkt II. 1.8) ogłoszenia - podziału zamówienia na części z jednoczesnym wprowadzeniem ograniczenia, zgodnie z którym wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na jedną część zamówienia, tj. ograniczenia, które nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu oraz podważa równą pozycję wszystkich wykonawców;
- c) art. 36 ust. 2 pkt 10, art. 36a ust. 2 pkt 1 i art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, przez zamieszczenie - w pkt VI.6 SIWZ i pkt 7 załącznika nr 3 do SIWZ [Formularz ofertowy] - postanowień wzajemnie sprzecznych co do możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania części zamówienia, a nadto wykraczających poza zakres, w stosunku do którego zamawiający może żądać osobistego wykonania zamówienia;
- d) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez wprowadzenie wymogu wykazania się wykonawcy określonym doświadczeniem (tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje należycie autobusami usługi przewozu regularnego w ilości nie mniejszej niż 6 000 000 wozokilometrów w ramach jednej lub kilku umów, nie więcej niż trzech) z jednoczesnym zastrzeżeniem, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek ten powinien spełnić samodzielnie jeden z tych wykonawców, tj. wprowadzenie ograniczenia sprzecznego z istotą instytucji wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia i jednocześnie eliminującego z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówienia spełniają łącznie wymóg posiadania określonego przez zamawiającego doświadczenia, co jednocześnie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i ogranicza uczciwą konkurencję w Postępowaniu;
- e) art. 22 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w pkt VIII.2.c SIWZ oraz w pkt III.2.3. lit. c ogłoszenia wymogu dysponowania przez wykonawcę terenem przeznaczonym na bazę techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do SIWZ [Wymagania dla zaplecza technicznego oraz samochodów pogotowia technicznego i mobilnej służby zabezpieczenia ruchu], zlokalizowanym na ściśle oznaczonym przez zamawiającego obszarze, który to warunek jest nadmierny i nieproporcjonalny, a przy uwzględnieniu zarzutu nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia skutkuje także ograniczeniem uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców;

4

-
- f) art. 22 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez wprowadzenie - w pkt VIII.2.d SIWZ oraz pkt III.2.3 lit. d Ogłoszenia - wymogu, by wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - posiadał średnioroczne zatrudnienie w liczbie co najmniej 70 pracowników, który to warunek sformułowany jest w sposób niejednoznaczny, gdyż zamawiający nie sprecyzował, jak rozumieć pojęcie „zatrudnienia” (wyłącznie umowa o pracę, czy umowy cywilnoprawne i ew. jaki wymiar umowy o pracę podlega uwzględnieniu) i jak je liczyć (w okresie trzyletnim, czy w każdym z trzech lat z osobna), co zniechęca wykonawców do udziału w postępowaniu, ograniczając jednocześnie uczciwą konkurencję;
- g) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 150 ust. 2 i art. 147 ust. 2 ustawy Pzp przez wprowadzenie wymogu wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy na cały okres jej obowiązywania w wysokości 8% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, który to wymóg jest nadmierny i nieproporcjonalny, skutkując naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- h) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie - w § 2 ust. 1 załącznika nr 9 do SIWZ (w jego części I i II) [Istotne postanowienia umowy - wzór umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie] - postanowień sprzecznych z pkt VII.5 SIWZ, poprzez wskazanie terminów wprowadzania autobusów do ruchu (rozłożenie tej czynności w czasie), podczas, gdy z pkt VII.5 SIWZ wprost wynika, że wszystkie autobusy (50 sztuk) mają być wprowadzone do ruchu począwszy od pierwszego dnia powszedniego w okresie obowiązywania umowy;
- i) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie - w § 4 ust. 5 Załącznika nr 9 do SIWZ (w jego części I i II) [Istotne postanowienia umowy - wzór umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie] - postanowień przewidujących określenie maksymalnego rocznego wynagrodzenia wykonawcy w każdym rocznym okresie realizacji usługi oraz całkowitego maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy za cały okres świadczenia usługi, w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ (wraz z wszystkimi załącznikami) nie określają mechanizmu, w oparciu o który odpowiednio maksymalne roczne i całkowite wynagrodzenie wykonawcy miałyby zostać obliczone;
- j) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie - w §1 ust. 4 Załącznika nr 9 do SIWZ (w jego części I i II) [Istotne postanowienia umowy - wzór umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie] - postanowień, które nie pozwalają na

5

jednoznaczne oszacowanie ilości wozokilometrów, które będą rocznie zlecane wykonawcy, podczas, gdy z pkt VI.2 SIWZ wynika, że usługa przewozu będzie realizowana w ilości rocznej 4 000 000 (słownie: cztery miliony) +/- 10%.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia przez:

- a) jednoznaczne wskazanie - w pkt VI. 1-VI.2 SIWZ oraz pkt II. 1.1, II. 1.5 i II.3 ogłoszenia - tras komunikacyjnych, na których usługa będzie realizowana i częstotliwości wykonywania kursów na poszczególnych trasach, a także przypisania poszczególnych tras do danej części zamówienia;
- b) wykreślenie - z pkt IV. 1. SIWZ i pkt XI.3 SIWZ oraz w pkt II. 1.8 ogłoszenia - ograniczenia, zgodnie z którym wykonawca może złożyć ofertę wyłącznie na jedną część zamówienia;
- c) wprowadzenie obowiązku osobistego wykonania zamówienia wyłącznie w zakresie usługi przewozowej i w konsekwencji wykreślenie z pkt 7 Załącznika nr 3 do SIWZ [Formularz ofertowy] ograniczenia odwołującego się do czynności z zakresu obsługi technicznej pojazdów, określonych w pkt 1.3.5-1.3.11 Załącznika nr 2 do SIWZ;
- d) wykreślenie - z pkt VIII.2.b SIWZ oraz pkt III.2.1 ppkt 2.b i pkt III.2.3 lit. b ogłoszenia - wymogu, by w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt

- VIII.2.b SIWZ, pkt III.2.1 ppkt 2.b i pkt III.2.3 lit. b ogłoszenia) był spełniony samodzielnie przez jednego spośród wykonawców, tworzących konsorcjum;
- e) usunięcie pkt VIII.2.c SIWZ oraz w pkt III.2.3. lit. c ogłoszenia, tj. wymogu dysponowania przez wykonawcę terenem przeznaczonym na bazę techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 [Wymagania dla zaplecza technicznego oraz samochodów pogotowia technicznego i mobilnej służby zabezpieczenia ruchu] do SIWZ, zlokalizowanym na ściśle oznaczonym przez zamawiającego terenie, wraz z usunięciem załącznika nr 2 do SIWZ; a ewentualnie, usunięcie z załącznika nr 2 do SIWZ [Wymagania dla zaplecza technicznego oraz samochodów pogotowia technicznego i mobilnej służby zabezpieczenia ruchu] w pkt 1.1 sformułowania „oraz filie, jeżeli Operator planuje eksploatację więcej niż jednego obiektu zaplecza technicznego” oraz pkt 1.1.8, 1.2.4;
- f) doprecyzowanie - w pkt VIII.2.d SIWZ oraz pkt III.2.3 lit. d ogłoszenia - iż przy ocenie wymogu zatrudnienia należy uwzględniać zarówno osoby, z którym wykonawca ma nawiązane umowy o pracę (w tym w niepełnym wymiarze czasu pracy), jak również osoby, z którymi wykonawcę łączą jedynie stosunki cywilnoprawne;

6

- g) wprowadzenie w pkt XVI. 1 SIWZ wymogu wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy o wartości odpowiadającej 2% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy lub w sposób wskazany w art. 150 ust. 3 i 4 ustawy Pzp;
- h) usunięcie sprzeczności pomiędzy § 2 ust. 1 załącznika nr 9 do SIWZ (w jego części I i II) [Istotne postanowienia umowy - wzór umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie] a pkt VII.5 SIWZ;
- i) usunięcie § 4 ust. 5 załącznika nr 9 do SIWZ (w jego części I i II) [Istotne postanowienia umowy - wzór umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie] oraz odwołań do § 4 ust. 5 zamieszczonych w innych jednostkach redakcyjnych załącznika nr 9 do SIWZ;
- j) usunięcie z § 1 ust. 4 załącznika nr 9 do SIWZ (w jego części I i II) [Istotne postanowienia umowy - wzór umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie] postanowień przewidujących wskazanie w każdym kolejnym roku ilości wozokilometrów zleczanych wykonawcy tj. od fragmentu: „W roku 20.” do fragmentu: „+10% wkm”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący co do zarzutu z pkt „a” petitum odwołania podniósł, że zamawiający nie sprecyzował w jakikolwiek sposób przebiegu tras komunikacyjnych, na których usługa transportowa - stanowiąca przedmiot zamówienia - ma być realizowana i częstotliwości kursów na poszczególnych trasach, a także nie przypisał poszczególnych tras do danej części zamówienia. Trasy linii komunikacyjnych nie zostały sprecyzowane również w ramach poszczególnych części zamówienia. Wywiódł, że taki opis przedmiotu zamówienia - uwzględniając wymóg dysponowania bazą techniczną, której lokalizacja ma być wybrana przez wykonawcę już na etapie złożenia oferty uniemożliwia rzetelną kalkulację ceny ofertowej, gdyż elementem ceny jest również koszt dojazdu z bazy do miejsc rozpoczęcia wykonywania kursów i z miejsc zakończenia ich realizowania do bazy. W załączniku nr 3.1 do SIWZ [Szczegółowa kalkulacja ceny] należy bowiem wskazać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym koszty paliwa (pkt A.1), koszty dotyczące kierowców (pkt D), czy wszelkie inne elementy mające wpływ na sposób obliczenia ceny (pkt G.4). Znaczenie ma również częstotliwość kursów na poszczególnych trasach, gdyż trasy, których „obciążenie” jest większe, a które będą zlokalizowane dalej od położenia bazy technicznej, wybranej przez wykonawcę generują znacznie większe koszty.

7

Brak bardziej szczegółowego podziału terytorialnego uniemożliwia wykonawcom podjęcie racjonalnej decyzji co do złożenia oferty na daną część zamówienia i rzetelną kalkulację

takiej oferty. Celem zobrazowania skali problemu odwołujący wskazał, że powierzchnia obszaru określonego przez zamawiającego to ponad 2 500 km², co dowodzi powagi ryzyk związanych z błędną kalkulacją. Ryzyko błędnej kalkulacji jest całkowicie przerzucone na wykonawców, którzy - uwzględniając poważny zakres zamówienia i czas jego trwania - mogą nie być skłonni do jego poniesienia.

Co do zarzutu z pkt „b” petitum odwołania odwołujący podniósł, że sposób, w jaki zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części, wskazuje, iż ich przedmiot, zakres i charakter jest identyczny. Zastrzegł, że nie kwestionuje uprawnień zamawiającego do dokonania podziału zamówienia na części, jednak wskazana wyżej tożsamość obu części, jak również sformułowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie każdej z nich, w zestawieniu z wprowadzonym ograniczeniem możliwości złożenia oferty tylko na jedną część ogranicza konkurencję w postępowaniu. Gdyby bowiem zamawiający nie wprowadził ograniczenia co do ilości części zamówienia, w których mogą uczestniczyć wykonawcy, wówczas mogliby oni złożyć oferty na każdą z części, przez co konkurencja w postępowaniu byłaby o wiele większa. Wywiódł, że swoboda zamawiającego co do korzystania z uprawnienia z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp nie jest nieograniczona - nie może bowiem prowadzić do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dokonując podziału zamówienia na części, zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu również mniejszych wykonawców. Jednakże, wprowadzając jednocześnie ograniczenie co do liczby części, na które wykonawca może złożyć ofertę, zamawiający pozbawił wykonawców prawa udziału w postępowaniu dotyczącym drugiej części zamówienia i tym samym istotnie ograniczył konkurencję w postępowaniu. Gdyby zamawiający umożliwił złożenie każdemu z wykonawców ofert na obie części, to dopuściłby do udziału w postępowaniu „mniejszych” wykonawców, jak i nie ograniczył konkurencji, poprzez zamknięcie drogi tym, którzy są w stanie wykonać w sposób należyty obie części zamówienia. Obecnie, pełny dostęp do zamówienia mają wyłącznie mniejsi wykonawcy, którzy - z przyczyn obiektywnych - i tak nie byłiby w stanie złożyć oferty na obie części zamawiania.

Co do zarzutu z pkt „e” petitum odwołania odwołujący podniósł, że warunek dysponowania przez wykonawcę terenem przeznaczonym na bazę techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do SIWZ [Wymagania dla zaplecza technicznego oraz samochodów pogotowia technicznego i mobilnej służby zabezpieczenia ruchu] jest

8

nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także nieracjonalny. Podkreślił, że zamawiający żąda dla realizacji zleconej usługi przewozowej autobusów nowych. Pojazdy nowe objęte są gwarancją producenta, której zachowanie wymaga przestrzegania warunków eksploatacji określonych przez producenta, w tym serwisowania pojazdów w autoryzowanych stacjach obsługi (tzw. ASO). Nieracjonalnym i zbędnym jest w konsekwencji żądanie przez zamawiającego dysponowania przez wykonawcę kompleksowo urządzonej i wyposażonej bazą techniczną, skoro z uwagi na wymagania producenta autobusów wykonawca i tak nie będzie mógł przeprowadzać w tej bazie większości czynności obsługi technicznej. Ukształtowanie rynku nowych autobusów pozwala na pozyskanie ich u producenta łącznie z usługą kompleksowego ich utrzymania, tj. pełnej obsługi i napraw, w całym okresie eksploatacji autobusów. Producent usługę tę będzie realizował poprzez sieć swoich ASO. Zważyć należy, iż przyznając autoryzację danej stacji producent uznał, iż jej wyposażenie i funkcjonalność są właściwe dla realizowanej obsługi i napraw jego produktów. Dodał, że zamawiający określił obszar, na którym baza techniczna musi zostać zlokalizowana, a wykonawca już na etapie składania oferty musi wskazać tę lokalizację (adres bazy). Wymagania te, w zestawieniu z zarzutem wadliwego opisanie przedmiotu zamówienia z uwagi na niesprecyzowanie przebiegu tras komunikacyjnych, na których usługa transportowa - stanowiąca przedmiot zamówienia - ma być realizowana i częstotliwości kursów na poszczególnych trasach, uniemożliwiają rzetelną kalkulację ceny ofertowej.

Odwołujący argumentował również, że zamawiający dopuścił, by wykonawca dysponował głównym obiektem zaplecza technicznego (zajezdnią) oraz filiami. Jednak narzucił wymóg, by także filie, choćby zostały utworzone wyłącznie dla realizacji w nich

czynności obsługi codziennej dla zminimalizowania kosztów dojazdu z bazy do miejsc rozpoczęcia wykonywania kursów i z powrotem - spełniały wszystkie szczegółowe wymagania bazy technicznej (zajezdni) narzucone przez zamawiającego. Wymóg ten jest całkowicie nieadekwatny do celu, jakim jest należyta obsługa techniczna taboru

Odwołujący wywiódł, że kwestionuje w całości wymóg dysponowania przez wykonawcę bazą techniczną spełniającą wymagania opisane w załączniku nr 2 do SIWZ [Wymagania dla zaplecza technicznego oraz samochodów pogotowia technicznego i mobilnej służby zabezpieczenia ruchu]. Dodatkowo natomiast zwrócił uwagę na wymóg wyposażenia bazy technicznej (zajezdni oraz każdej filii) w stację tankowania pojazdów oraz automatyczną mechaniczną myjnię pojazdów. Wymóg realizacji wskazanych funkcjonalności w obszarze bazy technicznej ocenić należy jako szczególnie nieproporcjonalny. Ich realizacja jest bowiem szczególnie kosztowna, a wymagania i ograniczenia administracyjnoprawne związane z ich utworzeniem oraz funkcjonowaniem istotnie ograniczają zakres dopuszczalnej ich lokalizacji. Na rynku funkcjonują od lat przedsiębiorcy

9

zawodowo trudniący się tego rodzaju usługami i posiadający właściwie przygotowane bazy, podlegające nadzorowi właściwych organów administracji

Co do zarzutu z pkt „g” petitum odwołania odwołujący podniósł, że wymóg wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy na cały okres jej obowiązywania w wysokości 8% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy jest nadmierny. Wywiódł, że ustawodawca pozostawił pewną swobodę w zamawiającemu określeniu wysokości żądanego zabezpieczenia. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona. Przepis art. 150 ust. 2 ustawy Pzp należy stosować przez pryzmat celu zabezpieczenia, jaki określił ustawodawca w art. 147 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem - zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Argumentował, że zamawiający przewidział rozliczanie usługi przewozowej w okresach miesięcznych (łącznie 96 miesięcy), a na wypadek jej niewykonywania lub nienależytego wykonywania. Zatem ryzyko zamawiającego nienależytego wykonywania umowy od strony jej wartości mieści się w wartości jednomiesięcznego wynagrodzenia wykonawcy, czyli 1/96 maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Zdaniem odwołującego wielkość żądanego zabezpieczenia przy uwzględnieniu okresu na jaki musi ono zostać udzielone - 8 lat - powoduje, iż w praktyce jedyną faktycznie możliwą formą jego ustanowienia jest świadczenie w gotówce (a uwzględniając znaczną kwotę, którą wykonawca musiałby „zamrozić” na 8 lat, również ta forma wniesienia zabezpieczenia okazuje się w praktyce niemożliwa do realizacji). Funkcjonujący na rynku zabezpieczeń ubezpieczyciele czy banki nie dysponują bowiem instrumentem, który zabezpieczałby należyte wykonanie umowy na warunkach przez zamawiającego określonych. Tak więc, wykonawcy nie mają możliwości pozyskania odpowiedniej gwarancji bankowej, czy ubezpieczeniowej.

Z powodu cofnięcia przez odwołującego zarzutów opisanych w pkt c, d, f, h, i, j petitum odwołania nie przytoczono uzasadnienia faktycznego i prawnego tych zarzutów jako zbyt technicznych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

10

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca A.K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A.K., PPUH w Żorach. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w

szczegółności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ z 8 kwietnia 2016 r. odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo Brokerskiego Biura Ubezpieczeń i Gwarancji z 14 marca 2016 r. załączone do odwołania, wydruki z SIWZ, złożone przez przystępującego w trakcie posiedzenia Izby, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu a także opisu przedmiotu zamówienia, postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia sporządzenie opisu (wzoru) w taki sposób, który jest nieproporcjonalny lub może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

11

1. Zarzuty dotyczące braku jednoznacznego i wyczerpującego oznaczenia tras komunikacyjnych, na których usługa będzie realizowana i częstotliwości wykonywania na a przypisania kursów poszczególnych trasach, także poszczególnych tras do danej części zamówienia

Ustalono, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt II. 1.1 wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej.

W pkt II. 1.5 ogłoszenia i pkt VI. 1 SIWZ zastrzeżono, że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanego w ramach lokalnego transportu zbiorowego (komunikacji miejskiej w Warszawie) na liniach nadzorowanych przez Zarząd Transportu Miejskiego, na całym obszarze układu komunikacyjnego tj. na terenie m. st. Warszawy i gmin podwarszawskich, z którymi m. st. Warszawa podpisało stosowne porozumienia.

Zgodnie z pkt VI.2 SIWZ Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części:

- a) część 1 - usługi przewozu w ilości rocznej 4.000.000 \pm 10 % wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa Maxi) oraz zapewnienie minimum 4 pojazdów rezerwowych,
- b) część 2 - usługi przewozu w ilości rocznej 4.000.000 \pm 10 % wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa Maxi) oraz zapewnienie minimum 4 pojazdów rezerwowych.

Termin realizacji zamówienia został określony w ogłoszeniu o zamówieniu następująco:

- a) część 1: rozpoczęcie 1.12.2016 r., zakończenie 30.11.2024 r.,
- b) część 2: rozpoczęcie 1.01.2017 r., zakończenie 31.12.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei w myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

12

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Rzeczywiście zamawiający określił przedmiot zamówienia przez wskazanie rocznej liczby wozokilometrów jaką zamawiający zleci operatorowi w trakcie trwania umowy i że ta usługa przewozowa będzie realizowana na całym obszarze układu komunikacyjnego tj. na terenie m. st. Warszawy i gmin podwarszawskich, z którymi m. st. Warszawa podpisało stosowne porozumienia. Zamawiający ustalił roczną liczbę wozokilometrów na poziomie $4.000.000 \pm 10\%$, co oznaczało, że zamawiający gwarantuje wykonawcom wykonanie usługi na poziomie minimum 3.600.000 wzk m rocznie. Dodatkowo zamawiający sprecyzował, że do realizacji usługi wykonawcy muszą zapewnić codziennie 50 autobusów. Jak słusznie zatem argumentował zamawiający, daje to średnie obciążenie przypadające na jeden autobus na poziomie około 200 km dziennie (3.600.000 wzk m / 365 dni / 50 autobusów). Przy założeniu, że średnia prędkość poruszania się autobusu to około 15 km/h, każdy z autobusów użytkowany będzie średnio przez 13 godzin na dobę. Jak wynikało z powyższego, zamawiający podał zatem wykonawcom dane umożliwiające wyliczenie średniej długości linii komunikacyjnych, czasu pracy na linii, struktury wozów w ruchu i pojemność taboru. W ocenie Izby, dane, które zamawiający wykonawcom udostępnił, pozwalały na skalkulowanie ceny oferty.

Rzeczywiście przedmiot zamówienia opisany w SIWZ nie zawierał dalszych danych na temat szczegółowego przypisania przejazdów do linii komunikacyjnych ani określenia ich częstotliwości. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie na obiektywne czynniki, które przemawiały za koniecznością zamówienia bardziej elastycznej, dynamicznie zmieniającej się usługi przewozowej, której elementem nie mogą być ściśle określone trasy i częstotliwości. Można do nich zaliczyć takie czynniki jak masowy charakter komunikacji zbiorowej organizowanej na terenie m. st. Warszawy i okolic, dużą zmienność potoków pasażerskich oraz potrzeb komunikacyjnych w przeciągu wieloletniego okresu obowiązywania umowy, rozbudowę osiedli oraz realizacji miejskich inwestycji powodujących konieczność korekty tras bądź likwidację wybranych tras komunikacyjnych, a także znaczną zmianę częstotliwości kursowania pojazdów. Za uzasadnione czynniki można także uznać potrzebę dostosowywania podaży miejsc do aktualnego popytu na usługi przewozowe i zamiany pojemności taboru na większy lub mniejszy niż wymagany w przetargu. Nie sposób także polemizować z koniecznością zmiany układu autobusowej sieci komunikacyjnej w razie reorganizacji sieci transportu szynowego (np. w razie rozbudowy linii metra, sieci tramwajowej, uruchamiania nowych przystanków kolejowych). Sieć transportu szynowego jest bowiem szkieletem, który wyznacza węzły, do których pasażerowie dowożeni są autobusami. W razie rozbudowy sieci transportu szynowego, a takie działania są

13

podejmowanie, sieć komunikacji autobusowej, w tym trasy i ich częstotliwości musi ulegać dynamicznej i elastycznej zmianie.

W ocenie Izby, nie bez znaczenia jest też bardzo długi, bo aż 8 letni okres realizacji usługi przewozowej. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że niemożliwym jest zagwarantowanie wykonawcom niezmienności przedmiotu zamówieniu co do tras linii autobusowych ani ich częstotliwości w tak odległej perspektywie czasowej.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności faktyczne Izba stwierdziła, że zamawiający, będący organizatorem stołecznego transportu zbiorowego autobusowego, ma prawo do zamówienia takiej usługi, która odpowiada jego uzasadnionym potrzebom. W ocenie Izby, specyficznym potrzebom zamawiającego nie odpowiada natomiast usługa, w której wykonawca świadczy przewozy tylko na ściśle określonych trasach. Uwzględnienie żądań

odwołującego prowadziłoby de facto do zmiany charakteru i sposobu realizacji usługi przewozowej. Zamawiana byłaby bowiem, wbrew uzasadnionym i obiektywnym potrzebom zamawiającego, usługa obsługi kilku (kilkunastu) ściśle określonych tras autobusowych, podczas gdy zamawiający oczekuje świadczenia elastycznej usługi przewozowej na terenie całej sieci i za co jest gotowy zapłacić wyższą cenę. Natomiast nie będzie odpowiadać jego uzasadnianym potrzebom usługa przewozowa, w której operator świadczy przewozy tylko na z góry określonej trasie, przy ściśle wyznaczonej częstotliwości i w sposób niezmienny przez okres aż 8 lat.

Izba nie mogła odnieść się merytorycznie do zgłoszonego przez odwołującego w trakcie rozprawy postulatu zgodnie z którym Izba miałaby nakazać zamawiającemu modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby – przy niewskazywaniu tras i częstotliwości kursów - wprowadzić obowiązek zapłacenia przez zamawiającego także za tzw. wozokilometry techniczne (puste przejazdy dojazdowe z bazy do przystanków początkowych tras i kursy zjazdowe z przystanków końcowych tras do bazy).

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego należy uznać na nowy zarzut podniesiony dopiero na rozprawie, a nie modyfikację dotychczasowego żądania. Zarzut z pkt a petitum odwołania sprowadzał się do tego, że –

– zamawiający opisał w sposób zdaniem odwołującego przedmiot zamówienia niejednoznaczny, gdyż nie dookreślił linii autobusowych ani częstotliwości kursowania autobusów. Z tak sformułowanym zarzutem korespondowało żądanie odwołującego, aby Izba nakazała zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o brakujące – zdaniem odwołującego – dane. Zarzut, który odwołujący przedstawił w trakcie rozprawy, sprowadzał się natomiast de facto do pozostawienia dotychczasowego systemu, w którym wykonawca świadczy usługę na terenie całej sieci i wprowadzenie odrębnej płatności za

14

wozokilometry techniczne. Zdaniem Izby stanowisko odwołującego nie wpisywało się zatem w zarzuty z pkt a petitum odwołania i nie mogło być uznane jako jedynie modyfikacja żądania, które towarzyszyło tym zarzutom. W tej sytuacji za pozbawione znaczenia uznano dowody w postaci postanowień SIWZ z innych postępowań, w tym w przetargu na świadczenie usług komunikacji miejskiej w Olsztynie w zakresie przewozów autobusowych w latach 2015-2025, prowadzonym przez Zarząd Dróg Zieleni i Transportu w Olsztynie i w przetargu prowadzonym przez Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu, na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w ramach sieci komunikacyjnej MZDiK w Radomiu. Jedynie na marginesie należy wskazać, że – wbrew stanowisku odwołującego i przystępującego – z postanowień odpowiednio § 6 ust. 2 projektu umowy i pkt 3 załącznika nr 9 do SIWZ w tych postępowaniach nie wynikało, że obydwaj zleceniodawcy stosują odmienną praktykę aniżeli zamawiający. Stwierdzono, że jeśli chodzi o przetarg Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu, to w świetle pkt 3 załącznika nr 9, zleceniodawca płaci jedynie za wozokilometry dojazdowe i zjazdowe „przewidziane rozkładem jazdy”. Z powyższego wynika, że pozostałe wozokilometry dojazdowe i zjazdowe nie są odrębnie rozliczane i płacone, a więc identycznie jak w analizowanym postępowaniu. Z kolei w przetargu prowadzonym przez Zarząd Dróg Zieleni i Transportu w Olsztynie, zleceniodawca ten płacił za wozokilometry dojazdowe i zjazdowe do jedynie umownie przyjętej bazy podstawowej, wskazanej w tej umowie, w odniesieniu do której nie wiadomo, jak daleko znajduje się od początku i końca tras.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzuty uznano za niezasadne.

2. Zarzuty dotyczące podziału zamówienia na części z jednoczesnym wprowadzeniem ograniczenia, zgodnie z którym wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na jedną część zamówienia

Ustalono, że zamawiający w pkt VI.2 SIWZ podzielił przedmiot zamówienia na dwie części:

a) część 1 - usługi przewozu w ilości rocznej 4.000.000 \pm 10 % wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa Maxi) oraz zapewnienie minimum 4 pojazdów rezerwowych,

b) część 2 - usługi przewozu w ilości rocznej 4.000.000 \pm 10 % wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa Maxi) oraz zapewnienie minimum 4 pojazdów rezerwowych.

15

W pkt IV. 1 SIWZ i w pkt XI.3 SIWZ oraz w pkt II. 1.8 ogłoszenia zamawiający zawarł ograniczenie, zgodnie z którym wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na jedną część zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, *Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Z kolei w myśl art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Zdaniem Izby odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób poczynione przez zamawiającego zastrzeżenie, zgodnie z którym wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na jedną część zamówienia, miałoby wpływać na ograniczenie zasad z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wywodził w odwołaniu, że w razie możliwości złożenia przez wykonawców ofert na obie części konkurencja w postępowaniu byłaby o wiele większa. Jednakże, zdaniem Izby, to zastrzeżenie poczynione przez zamawiającego może przynieść właśnie taki skutek. Uszło uwadze odwołującego, że podział zamówienia na części i ograniczenie możliwości składania ofert przez wykonawców tylko na jedną część jest rozwiązaniem, które umożliwia złożenie oferty i wzięcie udziału w postępowaniu przez przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Przedsiębiorcy ci, przy podziale zamówienia na części, mają większą szansę na konkurowanie z większymi graczy na rynku. O ile przedsiębiorcy o większym potencjale mogą wykonywać zamówienie nawet bez jego podziału na części, o tyle mali wykonawcy mogą nie posiadać wystarczającego potencjału, aby sprostać wykonaniu bardziej złożonych kontraktów. Mogą oni uzależniać swą decyzję co do wzięcia udziału w postępowaniu właśnie od podzielenia przedmiotu zamówienia na części. Zatem zastrzeżenie zamawiającego sprzyja zwiększeniu konkurencyjności w postępowaniu, a nie jej ograniczeniu.

Słusznie wskazywał również zamawiający, że kwestionowane zastrzeżenie jest doskonałym narzędziem, które zapewni mu dywersyfikację ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania usługi przewozowej. Sporne postanowienie gwarantuje bowiem zamawiającemu, że zamówienie będzie realizowane przez dwóch odrębnych wykonawców

16

zamiast jednego. W tej sytuacji ewentualne problemy po stronie kontrahenta skutkujące nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem umowy odbijają się będą na jednej z części zamówienia, a nie na całej usłudze. Jest to szczególnie istotne w przypadku zamawianych usług przewozu pasażerów. W sytuacji problemów jednego z wykonawców zamawiający zostanie pozbawiony jedynie 50 autobusów, a nie 100 autobusów gdyby niewykonanie umowy stało się udziałem przedsiębiorcy realizującego obie części. Dla osiągnięcia powyższego skutku nie ma znaczenia fakt, że zgodnie z SIWZ obie części będą takie same, to znaczy każdą z nich wyznaczać będzie jedynie określona liczba wozokilometrów do wykonania na całym terenie realizacji usługi. Zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający zyskał uprawnienie do podzielenia przedmiotu zamówienia na części, jeżeli świadczenie jest podzielne. Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika, że zamawiający ma obowiązek dzielić świadczenie w sposób ściśle określony np. pod względem terytorialnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w analizowanej części podlegało oddaleniu jako niezasadne.

3. Zarzuty dotyczące warunku dysponowania przez wykonawcę terenem przeznaczonym na bazę techniczną, spełniająca warunki opisane w załączniku nr 2 do SIWZ

Ustalono, że zamawiający w pkt VIII.2.c SIWZ oraz w pkt III.2.3. lit. c ogłoszenia – zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Stosownie do tego opisu, zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują terenem przeznaczonym na bazę techniczną, spełniającą warunki opisane w Załączniku nr 2 do SIWZ zlokalizowanym na terenie m. st. Warszawa i gmin podwarszawskich z którymi m. st. Warszawa zawarło stosowne porozumienia i umowy wg stanu na 1.2.2016: Łomianki, Izabelin, Stare Babice, Ożarów Mazowiecki, Leszno, Jabłonna, Legionowo, Wieliszew, Nieporęt, Radzymin, Wołomin, Kobyłka, Zielonka, Ząbki, Marki, Sulejówek, Halinów, Wiązowna, Otwock, Józefów, Góra Kalwaria, Prażmów, Piaseczno, Konstancin-Jeziorna, Lesznowola, Raszyn, Nadarzyn, Pruszków, Piastów, Michałowice, Kampinos.

Stosownie zaś do załącznika nr 2 do SIWZ określono w nim w pkt 1 Wymagania dla zaplecza technicznego (zajezdni) oraz filii, jeżeli Operator planuje eksploatację więcej niż jednego obiektu zaplecza technicznego.

Zamawiający zastrzegł m.in. że obiekt zaplecza technicznego musi posiadać m.in.:

- 1.1.8. stację tankowania pojazdów,

17

- 1.2.4. automatyczną mechaniczną myjnię pojazdów zapewniającą umycie ściany czołowej, obu boków oraz ściany tylnej pojazdu.

Zgodnie z pkt 1.15 załącznika nr 2 do SIWZ, w przypadku elementów zaplecza określonych w punktach: 1.1.8, 1.2.4 oraz 1.3.1÷1.3.4, Zamawiający warunkowo może dopuścić realizację poszczególnych zadań z zakresu obsługi pojazdów poza obiektami zaplecza Operatora, jednak nie dłużej niż przez 18 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia usługi.

Zgodnie z pkt V.1. SIWZ, rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi nie wcześniej niż 25 tygodni od dnia podpisania umowy.

Jak wynikało z załącznika nr 3 do umowy, do którego odsyłał § 5 ust. 2 projektu umowy w skład przedmiotu zamówienia wchodziły również czynności obsługi codziennej pojazdu obejmujące:

- 1.1.1. tankowanie pojazdu wraz z jego identyfikacją,
- 1.1.2. wjazd pojazdu na stanowisko OC,
- 1.1.3. identyfikację pojazdu w ciągu obsługowym OC,
- 1.1.4. kontrolę stanu wyposażenia i systemów pokładowych (m.in. oświetlenia zewnętrznego i wewnętrznego, SPOzP i innych systemów elektronicznych),
- 1.1.5. podstawową kontrolę elementów zawieszenia i układu napędowego, stanu poszycia i ogólnej estetyki pojazdu,
- 1.1.6. uzupełnienie płynów eksploatacyjnych,
- 1.1.7. raportowanie usterek przez prowadzącego pojazd i rejestracja ich przez obsługę procesu OC w Rejestrze Pojazdów,
- 1.1.8. sprzątanie pojazdu (zamiatanie lub mycie powierzchni podłogi, usuwanie zanieczyszczeń) na stanowisku sprzątania wewnętrznego,
- 1.1.9. mycie poszyc na stanowisku myjni zewnętrznych pojazdu automatycznej mechanicznej,
- 1.1.10. wyjazd pojazdu z ciągu obsługowego OC oraz odstawienie pojazdu na stanowisko postojowe na terenie zaplecza technicznego Operatora lub stanowisko obsługi bieżącej i okresowej

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny

zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W myśl art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że przywołany opis warunku jest nieproporcjonalny. Argumentował, że zgodnie z SIWZ zamawiający nałożył na wykonawców wymóg realizacji usługi autobusami nowymi. Wywodził, że pojazdy nowe objęte są gwarancją producenta, której zachowanie wymaga przestrzegania warunków eksploatacji określonych przez producenta, w tym serwisowania pojazdów w autoryzowanych stacjach obsługi (tzw. ASO).

Izba wzięła pod uwagę, że czym innym są naprawy gwarancyjne, a czym innym bieżąca codzienna obsługa pojazdów. Zamawiający nałożył na wykonawcę w SIWZ obowiązek wykonywania nie tylko stricte usługi przewozowej, ale także szereg czynności z zakresu codziennego utrzymania bieżącego pojazdów, w tym również należytej dbałości o ich zewnętrzny i wewnętrzny wygląd oraz zapewnienia właściwego stanu technicznego taboru używanego do realizacji umowy. Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu opisu przedmiotu zamówienia w tej części. Jak wynikało z załącznika nr 3 do umowy, do którego odsyłał § 5 ust. 2 projektu umowy, w skład przedmiotu zamówienia wchodził również ciąg czynności obsługi codziennej pojazdu obejmujący m.in.:

- 1.1.1. tankowanie pojazdu wraz z jego identyfikacją,
- 1.1.4. kontrolę stanu wyposażenia i systemów pokładowych (m.in. oświetlenia zewnętrznego i wewnętrznego, SPOzP i innych systemów elektronicznych),
- 1.1.5. podstawową kontrolę elementów zawieszenia i układu napędowego, stanu poszycia i ogólnej estetyki pojazdu,
- 1.1.6. uzupełnienie płynów eksploatacyjnych,
- 1.1.7. raportowanie usterek przez prowadzącego pojazd i rejestracja ich przez obsługę procesu OC w Rejestrze Pojazdów,
- 1.1.8. sprzątanie pojazdu (zamiatanie lub mycie powierzchni podłogi, usuwanie zanieczyszczeń) na stanowisku sprzątania wewnętrznego,
- 1.1.9. mycie poszyc na stanowisku myjni zewnętrznych pojazdu automatycznej mechanicznej.

Jak wyjaśniono przy rozstrzygnięciu zarzutu z pkt a petitum odwołania, każdy autobus, którym realizowana będzie usługa, przejedzie dziennie około 200 km, pokonując ten dystans w czasie 13 h. Przypomnienia wymaga także, że przedmiot zamówienia

obejmuje wykonanie usługi przy pomocy 50 autobusów, które kończyć będą kursy nawet o godz. 23 i rozpoczynać kursy dnia następnego nawet od godz. 4.00. W tej sytuacji brak odpowiednio wyposażonej bazy, którą wykonawca może dysponować na bieżąco, nie daje zamawiającemu gwarancji należytego wykonania umowy w zakresie obowiązków z zakresu codziennej obsługi pojazdów. Zatem żądanie usunięcia warunku dysponowania terenem na którym można zlokalizować odpowiednio wyposażone zaplecze, należało uznać za bezzasadne.

Za bezzasadne uznano również żądanie usunięcia wymogu dysponowania przez wykonawcę stacją tankowania i myjnią. Izba stwierdziła, że kwestionowany warunek okazał się proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Konieczność dysponowania tego rodzaju potencjałem technicznym znajdowała odbicie w obowiązkach umownych nałożonych na wykonawcę, których odwołujący nie kwestionował. Jak wynikało z przytoczonych wyżej pkt 1.1.1. i 1.1.9 załącznika nr 3 do umowy, zamawiający przesądził, że wykonawcy mają codziennie tankować i myć każdy z 50 autobusów, którym będą realizować umowę. Faktem jest, że na rynku istnieją przedsiębiorcy trudniący się zawodowo tego rodzaju czynnościami. Jednakże skala i częstotliwość czynności z zakresu mycia i tankowania, które w świetle umowy wykonywać będzie wykonawca, przy ograniczonym tylko do godzin nocnych czasie

wykonywania tych czynności i przy znacznej liczbie autobusów, przemawiały za koniecznością uznania warunku za proporcjonalny.

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający przewidział w pkt 1.15 załącznika nr 2 do SIWZ znaczny 18-miesięczny okres przejściowy, po upływie którego stacja tankowania i myjnia miały znaleźć się na terenie bazy. Do tego terminu należało doliczyć okres, jaki zgodnie z SIWZ miał upłynąć między dniem podpisania umowy a rozpoczęciem świadczenia usługi (25 tygodni). Zastrzeżenia poczynione przez zamawiającego oznaczały, że dopuszczalne było, aby wykonawca dopiero po podpisaniu umowy, mając gwarancję uzyskania zamówienia, doposażył bazę w stację tankowania i myjnię i to w relatywnie długiej perspektywie czasowej obejmującej de facto 2 lata. Koszty tej inwestycji zaś miał prawo i obowiązek wkalkulować w cenę oferty, mając przy tym gwarancję amortyzowania tych urządzeń w trakcie realizowania wieloletniej umowy.

Dostrzeżenia wymagał również fakt, że zamawiający w opisie kwestionowanego warunku nałożył na wykonawców jedynie obowiązek „dysponowania” terenem, na którym zlokalizowana będzie baza. Powyższe nie oznaczało obowiązku posiadania terenu jako właścicieli. Pod pojęciem dysponowania rozumie się bowiem wszelkie inne formy władania, w tym na podstawie stosunku zobowiązaniowego. Wreszcie spełnienie kwestionowanego warunku może nastąpić także przy wykorzystaniu dobrodziejstwa instytucji z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, to jest przez poleganie na zasobach podmiotów trzecich w rozumieniu tego przepisu.

20

Odnosnie zaś żądania wykreślenia wymogu, aby filie zaplecza technicznego spełniały wymagania jak dla zaplecza technicznego, Izba stwierdziła, że dysponowanie filiami zaplecza nie było objęte treścią warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał jedynie w załączniku nr 2 do SIWZ na możliwość posiadania przez wykonawców filii zaplecza technicznego, które – jeżeli wykonawca zdecyduje się na takie rozwiązanie - powinny posiadać rozwiązania umożliwiające obsługę codzienną, tak jak zaplecze główne. Ponieważ jednak, jak wynikało z opisu warunku, dysponowanie filiami zaplecza technicznego nie było objęte jego treścią, zamawiający nie mógł naruszyć przywoływanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. W szczególności nie można było twierdzić, iż jest to warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w analizowanej części podlegało oddaleniu jako niezasadne.

4. Zarzuty dotyczące wymogu wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy na cały okres jej obowiązywania w wysokości 8% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy

Ustalono, że zamawiający w pkt XVI. 1 SIWZ postanowił, że *na pokrycie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wykonawca będzie zobowiązany wnieść za okres jej obowiązywania zabezpieczenie należytego wykonania umowy (w sposób i w formach określonych w art. 147-151 ustawy) w wysokości 8% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z umowy.*

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 10, w dniu 8 kwietnia 2016 r. dopuścił możliwość wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej na okres 4 lat, z obowiązkiem jej przedłużenia na kolejne 4 lata, tj. do końca obowiązywania umowy z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp, *zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.* W myśl art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, *zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.* Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza*

21

postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, że wysokość żądanego przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy przewyższać będzie ewentualne roszczenia zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Nie przeprowadzono przed Izbą żadnych wyliczeń i dowodów na okoliczność, jaka może być wysokość zabezpieczenia, do wniesienia której wykonawcy będą zobowiązani ani jakiej wysokości roszczeń z tytułu nienależytego wykonania i niewykonania umowy można się spodziewać przy tym kontrakcie. W szczególności obowiązku takiego nie wyczerpywały postanowienia SIWZ z postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, które przywoływali na poparcie swych twierdzeń odwołujący i przystępujący. Stanowiły jedynie one dowód na to, że – przy odmiennej wielkości i zakresie przedmiotu zamówienia, przy innym czasie trwania kontraktów – zamawiający ci decydowali się na żądanie zabezpieczenia w mniejszej wysokości.

Za błędne uznano także stanowisko odwołującego, jakoby z uwagi na miesięczny okres rozliczania umowy, ryzyko zamawiającego nienależytego wykonywania umowy od strony jej wartości mieściło się w wartości jednomiesięcznego wynagrodzenia wykonawcy, czyli 1/96 maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Zdaniem Izby, brak jest podstaw do tego, aby pojęcie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy rozumieć inaczej, aniżeli w znaczeniu jakie tym pojęciom nadają przepisy prawa cywilnego, które stosuje się do zamówień publicznych w sprawach nieuregulowanych z mocy art. 14 ustawy Pzp. W tej sytuacji wysokość roszczenia zamawiającego w szczególności w razie niewykonania umowy w całości lub w części może być wyższa aniżeli kwota podawana przez odwołującego. W razie utraty przewoźnika, którego zadaniem jest obsługa linii znaczną liczbą autobusów (50), zamawiający może ponieść szkodę będącą następstwem konieczności natychmiastowego znalezienia przewoźnika zastępczego. Będąc w sytuacji przymusowej zamawiający zmuszony będzie akceptować wyższe stawki za usługę, aniżeli te, które możliwe są do osiągnięcia w konkurencyjnej procedurze przetargowej. Dojdą do tego koszty związane z konieczności przeprowadzenia kolejnej, długotrwałej procedury przetargowej, utracone przez zamawiającego korzyści, straty wizerunkowe itp.

Izba stwierdziła, że nie zostało również udowodnione, aby długość utrzymywania i poziom zabezpieczenia, nieprzekraczający granic z art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, naruszał zasady z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, utrudniając konkurencję w postępowaniu.

Na moment wyrokowania za nieaktualną należało uznać argumentację odwołującego co do niemożności pozyskania gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na cały 8-letni

22

okres realizacji usługi. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 10, w dniu 8 kwietnia 2016 r. dopuścił bowiem jednoznacznie możliwość wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej na okres 4 lat, z obowiązkiem jej przedłużenia na kolejne 4 lata. Nie jest zatem konieczne wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy od razu na cały okres realizacji usługi.

Natomiast za utrudnienie dostępu do zamówienia nie mogła być uznana wysokość kwoty, jaką wykonawcy zobowiązani będą zapłacić za pozyskanie gwarancji, czy też szerzej – za ustanowienie zabezpieczenia. Koszt ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy wykonawcy mają bowiem prawo, a nawet obowiązek wliczyć w cenę oferty. Okoliczność ta nie stanowi zatem bariery w dostępie do zamówienia, skoro koszt ten zostanie de facto przerzucony na zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w analizowanej części podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co z omawianych wcześniej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy 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 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 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 ustawy 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.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

23

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odwołanie okazało się niezasadne w całości, kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć w całości odwołującego, jako tę stronę, która całkowicie odpowiadała za wynik postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

24