

Sygn. akt: KIO 207/18,
Sygn. akt: KIO 221/18

WYROK

z dnia 19 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 5 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Aleje Jerozolimskie 144, 02-305 Warszawa (sygn. akt: KIO 207/18);

B. w dniu 5 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach pod nr 4A, 05-080 Łzabelin (sygn. akt: KIO 221/18);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie z siedzibą przy ul. Żelaznej 61 (00-848 Warszawa) działającego w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy przy udziale wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach pod nr 4A (05-080 Łzabelin), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 207/18 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 207/18 w zakresie zarzutu naruszenia

art. 23 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm. - dalej zwaną „ustawą Pzp”) i nakazuje zamawiającemu skreślenie postanowienia zawartego w rozdziale V ust. 3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz odpowiadającego mu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu;

2. Pozostałe zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 207/18 uznaje za nieuzasadnione;

3. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt. KIO 221/18 w zakresie zarzutów naruszenia: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp (zarzuty nr 1 i 2) oraz art. 7 ust. 1 (zarzut nr 4);

4. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt. KIO 221/18 w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp (zarzut nr 3 odwołania został uwzględniony przez zamawiającego);

5. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 207/18) oraz wykonawcę - Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach (sygn. akt: KIO 221/18) i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 207/18) oraz Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach (sygn. akt: KIO 221/18) tytułem wpisów od odwołań;

5.2. zasądza od Zarządu Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Europa Express City sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 207/18).

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

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 207/18,
Sygn. akt: KIO 221/18

Uzasadnienie

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie z siedzibą w Warszawie działają w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej przy wykorzystaniu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów” (znak sprawy: PN 7/2018), zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 stycznia 2018 r. pod nr 2018/S 018-038081. Tego samego dnia zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną: „SIWZ”), której postanowienia zostały zaskarżone odwołaniami wniesionymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez:

A) wykonawcę Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 207/18);

B) wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach (sygn. akt: KIO 221/18).

Sygn. akt: KIO 207/18

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne sformułowanie wymagania zawartego w rozdziale V ust. 3 lit a) 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. art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej zdolności zawodowej (posiadanego doświadczenia) tj. usług przewozu na podstawie umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 41 pkt 7) oraz w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez nienależyte określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania odpowiedniej zdolności zawodowej (posiadanego doświadczenia), tj. usług przewozu w taki sposób, że w SIWZ ograniczono konkurencję w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, podczas gdy w ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu skonstruowano w taki sposób, że konsorcjum może spełnić go przy wykazaniu wspólnego potencjału.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. skreślenia postanowienia zawartego w rozdziale V ust. 3 lit a) SIWZ;

2. zmiany treści warunku zawartego w rozdziale V ust 1 pkt 2) lit. b SIWZ oraz odpowiadających mu postanowień w ogłoszeniu o zamówieniu polegającej na zastąpieniu słów „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. z 2017 r. poz. 2136)” słowami: „umów o świadczenie usług w zakresie przewozu osób realizowanych zgodnie z regulaminami obowiązującymi u organizatorów publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 2136)”, na podstawie umowy z organizatorem transportu publicznego lub umowy z podmiotem, który zawarł umowę z organizatorem transportu publicznego.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, a niezgodne z przepisami ustawy Pzp działania zamawiającego polegające na kształtowaniu postanowień SIWZ z naruszeniem zasad i szczegółowych przepisów ustawy Pzp uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, co w konsekwencji może doprowadzić do poniesienia szkody w postaci braku zysku stanowiącego wynagrodzenie za wykonanie umowy w sprawie. Uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu, a co za tym idzie umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Zarzut nr 1 - naruszenie art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z twierdzeniem odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia wymóg, by doświadczeniem w wykonaniu usług przewozu wykazał się jeden z członków konsorcjum. Art. 23 ust 5 ustawy 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. 1b, 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, że 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 zsumowanie 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 lub w zakresie realizacji umów w liczbie mniejszej niż 3 pozwoli prawidłowo zrealizować całość zamówienia. Każdy z nich wykona bowiem część odpowiednią do posiadanego doświadczenia, a więc będzie działał w skali, w której już wykazał, że potrafi realizować taką usługę.

Możliwość ograniczenia sumowania potencjałów wykonawców w celu spełnienia konkretnego warunku udziału w postępowaniu stanowi więc wyjątek od zasady ogólnej, a zastosowanie tej wyjątkowej sytuacji nie może stanowić o wyłączeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum. Idea tworzenia konsorcjum materializuje się poprzez możliwość sumowania potencjałów jego członków. Możliwość utworzenia konsorcjum ma również istotne znaczenie dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy łącząc swój potencjał są w ten sposób zdolni do konkurencji z dużymi przedsiębiorcami.

Zwraca przy tym uwagę, że zamawiający nie jest zainteresowany wyborem wykonawcy, który potrafi zrealizować jedno znaczące zamówienie (co notabene byłoby także wątpliwe). Uznał bowiem, że jeśli jeden wykonawca w ramach 3 odrębnych umów, dla odrębnych zleceniodawców wyświadczył usługi których suma daje łącznie żadaną liczbę 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 liczby umów oraz zakresu wozokilometrów. Odwołujący nie domaga się przy tym by składane były dowolnie małe doświadczenia w wielkiej liczbie sumujące się do wymaganej w SIWZ liczby wozokilometrów. Nie oponuje bowiem przeciwko wymaganiu, aby określoną liczbę wozokilometrów osiągać w maksymalnie 3 umowach. Jednakże brak w ocenie odwołującego podstaw by wszystkie te umowy musiał wykonać jeden konsorcjant. Oczywistym stał się fakt, że w zakresie powyższego, wykonawca przedstawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu właśnie 3 odrębne umowy, także - tak jak członek konsorcjum - nie posiada łącznego doświadczenia w skali wymaganej przez zamawiającego od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia albo że posiada doświadczenie w pełni porównywalne do tego posiadanego przez pojedynczego wykonawcę.

Stwierdza z całą stanowczością, iż sytuacja wykonawców winna zostać zrównana i w przedmiotowym stanie faktycznym zsumowane doświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powinno zostać uznane za równoznaczne z 3 odrębnymi umowami wykazanymi przez jednego wykonawcę.

Nadmienia iż w przedmiotowym postępowaniu powstała sytuacja, w której konsorcjum jest dyskryminowane także w ten sposób, że z uwagi na konstrukcję przez zamawiającego zapisów warunku w zakresie doświadczenia może go spełnić wykonawca, który wykaże udostępnienie odpowiedniego potencjału przez podmioty trzecie - nawet, jeżeli będzie ich kilka - a udostępniony potencjał obejmie każdorazowo niewielką liczbę wozokilometrów. W takiej sytuacji wyraźnie widać dysproporcję w zakresie traktowania wykonawców, którzy jako profesjonalni uczestnicy rynku mają prawo wybrać formę współpracy i decydują się na złożenie oferty jako konsorcjum.

Zwraca uwagę na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 czerwca 2017 r. o sygnaturze V SA/Wa 1906/16, w którym to sąd ten uznał, iż „nie można żądać kompleksowego, całościowego oddzielnego spełnienia kryteriów uczestnictwa w postępowaniu przetargowym przez jednego z konsorcjantów. Na tym polega istota konsorcjum, że podmioty, które w normalnych warunkach indywidualnie nie byłyby w stanie spełnić wszystkich wymogów, wspólnymi siłami je wypełniając i mogą przystąpić do postępowania przetargowego mając większą szansę wspólnie otrzymać zamówienie”.

Według niego naruszeniem zasady uczciwej konkurencji należy uznać zdecydowanie konstrukcję warunku, którego rygoryzm umożliwia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Kształtowanie postanowień SIWZ musi znajdować oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego - czynności zamawiającego odpowiadają wymaganiom art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdy eliminują dowolność działań zamawiającego i są nieodzowne, istotne z perspektywy jego rzeczywistych potrzeb (por. wyrok z 26 listopada 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1547/09). „Dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, którego tego typu

ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. (...) dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 P.z.p., w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak i ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych" (za wyrokiem z KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. o sygn. akt KIO 28/11).

Zarzut nr 2 - naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący w tym przypadku wskazuje, że bezpodstawne jest żądanie, aby doświadczenie wykonawcy uzyskane zostało podczas świadczenia usług na podstawie umów 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. z 2017 r. poz. 2136).

Zgodnie z definicją zawartą w ustawie z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym organizator publicznego transportu zbiorowego to „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”.

Według niego warunek udziału w postępowaniu w powyższym zakresie skonstruowany został w sposób nieproporcjonalny i różnicuje doświadczenie wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie, dyskwalifikując jednocześnie tych, którzy posiadają realnie niezbędne doświadczenie pozwalające w sposób należyty je zrealizować. Tak postawiony warunek spełnić bowiem mogą jedynie wykonawcy, którzy wylegitymują się doświadczeniem nabytym w wyniku świadczenia usług bezpośrednio na rzecz organizatorów publicznego transportu zbiorowego, w szczególności jednostek samorządu terytorialnego. Dyskwalifikuje to jednocześnie uczestników rynku dysponujących wykonanymi należycie umowami na rzecz zamawiających organizujących transport zbiorowy, ale nie podlegających pod ustawową definicję, zawężającą zdecydowanie krąg podmiotów spełniających w/w warunek.

Jako przykład podaje umowę zawartą między odwołującym a „Kolejami Mazowieckimi - KM” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także innych przewoźników, którzy działając jako zamawiający nie wpisują się w definicję organizatora publicznego transportu zbiorowego a przedmiotem zawieranych z nimi umów jest świadczenie usługi autobusowego przewozu osób w ramach kolejowej zastępczej komunikacji drogowej autobusowej realizowanych na wskazanych w kontrakcie odcinkach, na warunkach analogicznych jak w przypadku umów z organizatorami publicznego transportu zbiorowego. O tożsamości przedmiotowej tych umów w dniu 11 stycznia 2018 roku orzekła KIO w orzeczeniu zapadłym w sprawie o sygnaturze 2737/17. Ponadto zważyć należy, że świadczenie komunikacji zastępczej dla przewoźników realizujących usługi transportu publicznego odbywa się zawsze, ze względu na umowy tych przewoźników, z organizatorem transportu. Umowa organizatora transportu zawarta z przewoźnikiem określa nie tylko obowiązek, ale i zasady zapewnienia komunikacji zbiorowej oraz respektowania reguł jej prowadzenia wymaganych przez organizatora. Nie znajduje więc uzasadnienia, by podmiot, który na podstawie umowy z przewoźnikiem świadczy komunikację zastępczą i respektuje zasady wymagane przez organizatora transportu był uznawany za niespełniający warunku doświadczenia w zamówieniach publicznych na świadczenie usług transportu zbiorowego. Stawiając warunek udziału w taki sposób zamawiający zaburzył zasadę proporcjonalności, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej m.in. w wyroku z dnia 22 listopada 2005 r., w sprawie C-144/05 Werner Mangold, w którym orzekł, że „poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem”. Ograniczenie wykazania doświadczenia w sposób określony przez Zamawiającego zamyka drogę do uzyskania zamówienia wykonawcom posiadającym odpowiedni potencjał oraz wiedzę, co czyniłoby zadość interesowi zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 grudnia 2012 roku o sygnaturze 2636/12 wskazała, że: „określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. (...) Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękopisem należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu”.

Zarzut nr 3 - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 41 pkt 7) oraz w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zgodnie z twierdzeniem odwołującego zamawiający ograniczył konkurencję w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się zamówienie różnicując zapisy SIWZ w porównaniu z zapisami ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu. W ogłoszeniu o zamówienie warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia jest bowiem tożsamy z treścią warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b) SIWZ. W Rozdziale V ust. 3 SIWZ zamawiający zmodyfikował jednak treść powyższego warunku, zawężając jednocześnie możliwość zsumowania potencjałów w ramach konsorcjum, celem wykazania jego spełnienia. Ustawa Pzp nie daje legitymacji do przyjęcia prymatu zapisów SIWZ nad treścią ogłoszenia o zamówieniu. Są to dokumenty, które winny być spójne i w jednakowy sposób opisywać warunki udziału w postępowaniu. To ogłoszenie jest dokumentem, na podstawie którego co do zasady wykonawcy oceniają wstępnie, czy realizacja danego zamówienia mieści się w zakresie ich możliwości i doświadczenia. Różnica w treści zapisów w powyższym zakresie wprowadza bowiem w błąd w istotnym zakresie, przez co prowadzi do naruszenia treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który wymaga od zamawiających przygotowania prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz gwarantujący równe traktowanie wykonawców. Obowiązkiem zamawiającego jest dochowanie należytej staranności podczas konstruowania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a błędy zamawiającego nie mogą prowadzić do rozstrzygnięć niekorzystnych dla wykonawców działających w dobrej wierze i zgodnie z wytycznymi zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach. Izba, wobec spełnienia przez ww. wykonawcę przesłanek z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła dopuścić go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego.

W dniu 15 lutego 2018 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wraz załącznikiem, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego.

Sygn. akt: KIO 221/18

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 4 ust. 3 Załącznika nr 5 do SIWZ, tj. we wzorze umowy (dalej zwany „Wzór Umowy”), że pierwsza waloryzacja ceny, tj. zaoferowanej przez wykonawcę stawki za 1 wozokilometr (dalej „wkm”), nastąpi w dniu 1 kwietnia 2020 r., tj. po 16 miesiącach od dnia planowanego rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych przez wykonawcę, któremu zamawiający udzieli zamówienia (1 grudnia 2018 r.), a zarazem po przeszło dwóch latach od upływu terminu składania ofert w postępowaniu, co oznacza, że przez okres pierwszych 16 miesięcy wykonywania umowy wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie według stawki niepodlegającej waloryzacji, podczas gdy wynagrodzenie wykonawcy powinno podlegać waloryzacji przynajmniej raz na 12 miesięcy;

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 4 ust. 4 Wzoru Umowy, że maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za 1 wkm będzie wynosił 1,04 jak również określenie w § 4 ust. 6 Wzoru Umowy

maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy obliczanego m.in. w oparciu o maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki wynoszący 1,04, co oznacza, że wynagrodzenie wykonawcy realizującego zamówienie będzie mogło być podwyższone na skutek waloryzacji maksymalnie 0 4% w ramach każdej waloryzacji, podczas gdy wzrost kosztów realizacji zamówienia może być wyższy, tj. pełne ryzyko wzrostu kosztów realizacji zamówienia o więcej niż 4 % ponosiłby wyłącznie wykonawca;

3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wskazanie w definicji wskaźnika Wp w § 4 ust. 3 Wzoru Umowy, który stanowi jeden z parametrów wpływających na wysokość waloryzacji stawki za wkm, że obejmuje on roczny współczynnik zmian cen oleju napędowego, podczas gdy zamówienie może być realizowane przy użyciu taboru autobusowego zasilanego innymi paliwami niż olej napędowy, tj. biogazem, CNG lub LNG, co prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców, którzy zaoferują realizację zamówienia przy użyciu

autobusów napędzanych olejem napędowym w stosunku do wykonawców, którzy zaoferują realizację Zamówienia przy użyciu autobusów napędzanych innymi paliwami;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt XIII. 5 SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert polegającego na preferowaniu realizacji zamówienia przy użyciu autobusów zasilanych gazem CNG, ING lub biogazem w porównaniu do autobusów z napędem hybrydowym ograniczającym emisję w strefie przystanku na trasie, podczas gdy wiąże się to z istotnymi dodatkowymi kosztami dla wykonawców i nie było wcześniej komunikowane przez zamawiającego, w szczególności zamawiający nie skorzystał z możliwości przeprowadzenia dialogu technicznego przez wszczęcie postępowania, co ostatecznie może prowadzić do utrudnienia rzetelnego przygotowania ofert oraz naruszenia uczciwej konkurencji.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. modyfikacji Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ poprzez sporządzenie

wzoru umowy przewidującego waloryzację stawki:

- dokonywaną raz na 12 miesięcy, począwszy od 1 kwietnia 2019 r., a nie jak ma to miejsce w obecnej treści Wzoru Umowy, począwszy od dnia 1 kwietnia 2020 r. tj. na kolejnych siedem okresów dwunastomiesięcznych i jeden dziewięciomiesięczny (§ 4 ust. 3 Wzory Umowy);

- dokonywaną o oparciu o rzeczywisty wskaźnik waloryzacji nieograniczony maksymalnym współczynnikiem, a nie jak ma to miejsce w obecnej treści Wzoru Umowy, w oparciu o wskaźnik waloryzacji ograniczony maksymalnym współczynnikiem 1,04 (§ 4 ust. 4 Wzoru Umowy);

- dokonywaną w oparciu o wskaźnik Wp równy rocznemu współczynnikowi zmian cen paliwa używanego do zasilania autobusów wykorzystywanych przez wykonawcę, a nie jak ma to miejsce w obecnej treści Wzoru Umowy, w oparciu o wskaźnik Wp równy rocznemu współczynnikowi zmian cen oleju napędowego (§ 4 ust. 3 Wzory Umowy);

2. modyfikacji pkt XIII.5 SIWZ poprzez określenie jednakowego współczynnika efektu ekologicznego (W) dla autobusów napędzanych gazem CNG, LNG lub biogazem oraz dla autobusów o napędzie hybrydowym ograniczającym emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczeń w trakcie postoi u obsługi podróży);

3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zamawiającemu wypłaty na rzecz odwołującego kwoty PLN 18.600,00, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Odwołujący podał, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem odwołujący w ramach swojej działalności świadczy usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego i jest zainteresowany złożeniem oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut nr 1 - naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

W § 4 ust. 3 Wzoru Umowy zamawiający przewidział waloryzację stawki i określił wskaźniki waloryzacyjne mające wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, jednakże przyjął również, że pierwsza waloryzacja nastąpi w dniu 1 kwietnia 2020 r. tj. po 16 miesiącach od planowanej daty rozpoczęcia realizacji umowy. W ocenie odwołującego takie postanowienie wzoru umowy jest sprzeczne z wynikającą z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp zasadą obowiązkowej waloryzacji w wypadku umów zawartych na czas dłuższy niż 12 miesięcy, jak również sprzeczne z zasadami przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji, wynikającymi z art. 7 ustawy Pzp, które zamawiający ma obowiązek stosować także przygotowując Wzór Umowy, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Zgodnie z twierdzeniem odwołującego w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp została przewidziana zasada, zgodnie z którą każda umowa o zamówienie publiczne zawierana na

okres dłuższy niż 12 miesięcy musi zawierać klauzulę waloryzacyjną przewidującą zmianę wynagrodzenia wykonawcy. Powyższy przepis ma bezwzględnie obowiązujący charakter, co oznacza, że jeżeli okres obowiązywania umowy ma być dłuższy niż 12 miesięcy — nawet gdyby okres ten wynosił 12 miesięcy i 1 dzień — odpowiednia klauzula waloryzacyjna powinna w nim być zawarta.

Zwraca uwagę, że w stanie prawnym obowiązującym przed dniem 19 października 2014 r., przepisy ustawy Pzp nie nakładały na zamawiających żadnych obowiązków w zakresie waloryzowania wynagrodzeń wykonawców. Prowadziło to do sytuacji, w których zawierane wówczas umowy, często na wieloletnie okresy, w ogóle nie przewidywały waloryzacji, co sprawiało, że wszelkie ryzyka związane ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia, w szczególności wzrostu kosztów pracy, inflacji, wzrostu cen dóbr szczególnie istotnych dla realizacji danego zamówienia, czy wzrostu obciążeń publicznoprawnych, ponosił wyłącznie wykonawca. Konsekwencją tego rodzaju postępowania zamawiających były sytuacje, w których wraz z upływem czasu realizacja zamówienia przestawała być opłacalna i generowała po stronie wykonawcy straty, prowadzące w skrajnych przypadkach nawet do zaprzestania wykonywania umowy przed upływem okresu, na który została zawarta.

Dostrzegając opisany powyżej problem na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wprowadził art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu do projektu ww. ustawy wskazano wówczas, że [W] dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. (...) Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami

określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na

pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości.

Wskazuje, że wprowadzając art. 142 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca przewidział, że granicznym okresem trwania umowy, skutkującym obowiązkiem zastosowania w umowie o zamówienie publiczne klauzuli waloryzacyjnej, jest okres 12 miesięcy. Przyjmuje się bowiem, że umowy zawierane na czas dłuższy niż 12 miesięcy są z natury rzeczy bardziej wrażliwe na wpływ czynników makroekonomicznych dlatego niezbędne jest obarczenie ich zasadami wprowadzania odpowiednich zmian wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Podaje, że w niniejszej sprawie zamawiający co prawda uwzględnił we wzorze umowy waloryzację stawki w okresach 12-miesięcznych, jednak przewidział, że pierwsza waloryzacja nastąpi dopiero po 16 miesiącach realizacji umowy (a jednocześnie ponad dwa lata po złożeniu oferty). Oznacza to, że przez okres od dnia złożenia oferty do dnia 31 marca 2020 r. wszelkie ryzyka w zakresie wzrostu kosztów realizacji zamówienia będzie ponosił wykonawca. Gdyby natomiast umowa o realizację zamówienia była zawarta wyłącznie na okres 16 miesięcy (od dnia 1 grudnia 2018 r. do dnia 31 marca 2020 r.), wówczas przynajmniej raz w tym okresie musiałaby nastąpić waloryzacja stawki, a zatem sytuacja wykonawcy byłaby znacznie korzystniejsza niż w wypadku zawarcia umowy na warunkach określonych przez zamawiającego.

Podkreśla, że zasada waloryzowania stawek w umowach długoterminowych służy nie tylko ochronie wykonawcy, zabezpieczając go przed negatywnymi konsekwencjami rosnących kosztów wykonywania zamówienia, ale również ochronie zamawiającego, chroniąc go przed ryzykiem nagłego zaprzestania realizacji zamówienia przez wykonawcę uwagi na jego nierentowność. Co dodatkowo istotne, w tym przypadku wykonawca będzie musiał określić swoją stawkę do dnia 9 marca 2018 r., a zatem będzie musiał podjąć próbę uwzględnienia w pierwotnej stawce wzrostu kosztów w kolejnych dwóch latach. W konsekwencji może dojść do sytuacji, w której rzeczywisty wzrost kosztów realizacji zamówienia przewyższy założenia wykonawcy, a jednocześnie nie zostanie zrównoważony waloryzacją stawki, tym samym sprawiając, że rentowność realizacji zamówienia może się pogorszyć, a w skrajnym wypadku nawet wygenerować straty, podczas gdy zasadniczym celem wprowadzenia przepisu art. 142 ust. 5 ustawy p.z.p., wskazanym w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizacyjnej, jest ochrona wykonawcy przed stratami.

Postanowienia Wzoru Umowy sporządzonego przez zamawiającego mogą zatem doprowadzić do sytuacji, w której realizacja zamówienia przestanie przynosić wykonawcy zysk na poziomie przyjętym przy przygotowywaniu oferty. W wypadku istotnego wzrostu kosztów, realizacja zamówienia mogłaby nawet okazać się nierentowna, co z kolei w skrajnym przypadku mogłoby doprowadzić nawet do przedwczesnego zaprzestania wykonywania umowy przez wykonawcę. W takiej sytuacji interes zamawiającego, do którego zadań należy organizacja publicznego transportu zbiorowego na terenie

Warszawy, doznałby istotnego uszczerbku, zaś sam Zamawiający nie byłby w stanie należycie się z ww. zadań wywiązać.

Mając powyższe na uwadze stwierdza, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by pierwsza waloryzacja stawki nastąpiła nie w 2020 r., jak przyjął zamawiający, ale już w 2019 r.

Wskazuje, że zamawiający ma obowiązek — zgodnie z art. 7 ustawy Pzp — prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość w rozumieniu art. 7 ustawy Pzp oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SIWZ. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza natomiast nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale zapewnienie możliwości konkurencyjności w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Podkreśla, że termin na złożenie ofert w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu mija w dniu 9 marca 2018 r. a zatem na przeszło 2 lata przed pierwszą planowaną waloryzacją stawki. W praktyce oznacza to, że zamawiający wymusza na wykonawcach podjęcie próby przewidzenia zdarzeń gospodarczych i społecznych wpływających na koszty realizacji zamówienia z góry na kolejne dwa lata, co zwyczajnie nie jest możliwe. Wykonawcy nie są bowiem w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen paliw czy płac. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w latach 2014-2016 nie było w Polsce inflacji, zaś 2017 r. był pierwszym rokiem, w którym inflację odnotowano i nie sposób jest przewidzieć jaka będzie jej tendencja np. w 2020 r.

Twierdzi, że przygotowywanie oferty na podstawie założeń dotyczących przyszłych kosztów realizacji zamówienia może wiązać się z istotnym ryzykiem dla wykonawców. Mogłoby się bowiem okazać, że przyjęte przy przygotowywaniu oferty założenia dotyczące wzrostu kosztów (np. na poziomie np. 3%) nie potwierdzą się, a faktyczny wzrost kosztów będzie wyższy (np. 4%), co doprowadziłoby do znacznego obniżenia rentowności realizacji zamówienia. Konieczność opracowywania oferty na podstawie założeń o przyszłych kosztach realizacji zamówienia świadczy o tym, że dokumentacja postępowania nie została przygotowana przez zamawiającego w sposób przejrzysty. Co więcej, przerzucanie na wykonawcę tak istotnego ryzyka gospodarczego również nie może być akceptowane. Należy podkreślić, że (...) w doktrynie i orzecznictwie dominuje pogląd, zgodnie z którym zamawiający nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a jako naruszające zasady współżycia społecznego traktuje się umowy obligacyjne, które rażąco nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki. Niedopuszczalne jest

zatem, żeby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia przez przeszło dwa lata od czasu złożenia oferty.

Realizując zasadę przejrzystości zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty - niedopuszczalną praktyką jest bowiem określenie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 KIO/UZP 22/07). Także w doktrynie wskazuje się, że [W]ymóg przejrzystości należy interpretować z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SIWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty a zamawiającemu należy pozostawić tyle swobody, ile jest potrzebne profesjonalnemu kupcowi do wyboru rzeczywiście najkorzystniejszej oferty. Wymaganie od wykonawców przewidywania kosztów realizacji zamówienia na okres dwóch lat po złożeniu oferty wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców, co więcej, może to doprowadzić do zmniejszenia liczby zainteresowanych wykonawców, podczas gdy (...) zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na liczbę złożonych w postępowaniu ofert.

Bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji — zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert w praktyce utrudnia im również uczciwe konkutowanie (wykonawcy konkurwaliby bowiem w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia co do wzrostu kosztów).

Zwraca uwagę, że postępowanie zamawiającego, który pozornie przewidział we wzorze umowy waloryzację stawki, jednak przyjął, że pierwsza waloryzacja nastąpi po przeszło 2 latach od złożenia ofert, nie daje się pogodzić z poszanowaniem zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji. Również z tego względu konieczna jest modyfikacja postanowień wzoru umowy tak, by waloryzacja stawki następowała nie od dnia 1 kwietnia 2020 r., ale już od dnia 1 kwietnia 2019 r.

Zarzut nr 2 - naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

W zakresie tego zarzutu odwołujący wskazuje, że zamawiający nie tylko odłożył waloryzację w czasie przyjmując, że będzie ona stosowana dopiero od dnia 1 kwietnia 2020 r., ale również ograniczył jej wpływ na wynagrodzenie wykonawcy, przyjmując, że jej maksymalna wysokość wskaźnika waloryzacji stawki nie może przekroczyć wartości 1,04. Oznacza to, że przewidziana przez zamawiającego waloryzacja pozwoli na zrównoważenie wzrostu kosztów realizacji Zamówienia o maksymalnie 4% rocznie (przy czym dopiero od 2020 r.) Jeżeli zaś rzeczywisty wzrost kosztów byłby wyższy, wówczas ryzyko w tym zakresie obciążałoby jedynie wykonawcę.

Oświadcza, że zasada waloryzowania wynagrodzeń w umowach długoterminowych wyrażona w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp polega na tym, że wzrost kosztów realizacji zamówienia publicznego powinien być równoważony proporcjonalnym wzrostem wynagrodzenia. Zamawiający przygotował natomiast Wzór Umowy przewidujący równoważenie wzrostu kosztów poprzez waloryzację jedynie do określonego poziomu, co oznacza, że możliwe jest, że wzrost kosztów zostanie pokryty jedynie w części. Wprowadzenie maksymalnego współczynnika waloryzacji (1,04) prowadzi do przerzucenia ryzyka wzrostu kosztów w zakresie przekraczającym tę wartość na wykonawcę, tj. właśnie do sytuacji, której ustawodawca chciał zapobiec poprzez wprowadzenie art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Ponadto wprowadzenie maksymalnej waloryzacji może również prowadzić do utrudnienia sporządzania ofert, narusza bowiem zasadę przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji. Wykonawcy nie będą dysponowali informacjami o przyszłych kosztach realizacji zamówienia (aż do 2026 r.), a zatem będą musieli przygotować oferty na podstawie założeń, które mogą okazać się nieprawdziwe. Co więcej, już obecnie można przypuszczać, że w kolejnych latach np. poziom wzrostu płac lub wzrostu cen paliwa przekroczy założony przez zamawiającego maksymalny pułap 4%.

Przypomina, że zgodnie z § 4 ust. 6 Wzoru Umowy maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, które zostanie ograniczone kwotowo, zostanie obliczone zgodnie z wzorem określonym w Załączniku nr 7 do SIWZ, który przewiduje obliczanie maksymalnego wynagrodzenia w oparciu o trzy odrębne elementy (waloryzacja, ewentualne zwiększenie zadania przewozowego oraz ewentualny bonus) mogące skutkować jego zwiększeniem, a nie w oparciu o jeden łączny współczynnik wzrostu wynagrodzenia. Oznacza to, że jeżeli wykonawca nie otrzyma bonusu oraz jeżeli zamawiający nie zwiększy zadania przewozowego, a jednocześnie koszty realizacji zamówienia wzrosną o np. o 7%, wówczas wynagrodzenie wykonawcy w danym roku zostanie podwyższone jedynie w oparciu o maksymalny wskaźnik waloryzacji, tj. o 4%.

Podkreśla, że taka praktyka nie była wcześniej stosowana przez zamawiającego, który w przetargach ogłaszanych w przeszłości przewidywał jeden łączny współczynnik maksymalnego wzrostu wynagrodzenia, pozwalający na obliczenie jego maksymalnej wysokości, nie ograniczając przy tym samej waloryzacji. Oznaczało to, że waloryzacja odpowiadała rzeczywistemu wzrostowi kosztów realizacji danego zamówienia tak długo, jak

długo wynagrodzenie maksymalne nie było przekroczone, tj. jeżeli dany wykonawca nie otrzymywał np. bonusu lub nie dochodziło do zwiększenia zadania przewozowego, wówczas waloryzacja mogła osiągnąć wyższy poziom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia został przewidziany inny mechanizm obliczania maksymalnego wynagrodzenia, niż stosowany w przeszłości, którego skutkiem jest to, że ryzyko wzrostu kosztów na poziomie przekraczającym 4% zawsze będzie obciążać wyłącznie wykonawcę.

Konkludując wyjaśnia, że opisanego postępowania zamawiającego nie da się

zaakceptować, bowiem sprawia ono, że przewidziana we Wzorze Umowy waloryzacja stawki w rzeczywistości nie spełnia swojego celu, tj. nie daje wykonawcy ochrony, której zapewnieniu ma służyć. Nie daje się to również pogodzić z poszanowaniem zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji, bowiem utrudnia kalkulację stawki. Z tych względów konieczna jest modyfikacja postanowień wzoru umowy tak, by waloryzacja stawki nie była ograniczona maksymalnym współczynnikiem 1,04 i odpowiednia zmiana 4 ust. 6 Wzoru Umowy.

Zarzut nr 3 - naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

W tym zarzucie wyjaśnia, że zamawiający przewidział trzy wskaźniki waloryzacyjne, w tym jeden z nich oparty na zmianach cen paliwa (wskaźnik WP). W tym zakresie zamawiający — być może na skutek omyłki — oparł się wyłącznie na oleju napędowym, podczas gdy w SIWZ wprost przewidział możliwość realizacji zamówienia przy użyciu autobusów zasilanych innymi paliwami — co więcej, jest to preferowane, tj. w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wykonawcy mogą uzyskać więcej punktów, jeżeli będą korzystać z autobusów o napędzie alternatywnym, bardziej przyjaznym dla środowiska. W konsekwencji działania zamawiającego, jeżeli dojdzie do wyboru oferty wykonawcy zamierzającego zrealizować Zamówienia np. przy użyciu taboru zasilanego gazem CNG, stawka wynagrodzenia takiego wykonawcy byłaby waloryzowana o wskaźnik zmian cen oleju napędowego, a nie o wskaźnik zmian cen gazu CNG.

Powyższa sytuacja jest jednak nic do zaakceptowania z punktu widzenia wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz poszanowania uczciwej konkurencji, która ma zastosowanie na każdym etapie postępowania, a zatem również do przygotowania wzoru umowy na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Dodatkowo prowadziłaby ona także do tego, że stawka podlegałaby waloryzacji w oparciu o czynniki nie mające żadnego związku z kosztami realizacji zamówienia (podczas gdy z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika zasada, że dany wskaźnik waloryzacji powinien być stosowany, jeżeli ma wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę).

Wskazuje, że niedopuszczalne jest uprzywilejowanie pozycji wykonawców oferujących realizację zamówienia przy użyciu jednego konkretnego rodzaju autobusów, jeżeli możliwe jest także korzystanie z autobusów innych rodzajów. Należy podkreślić, że w przypadku zastosowania wzoru umowy sporządzonego przez zamawiającego, jedynie wykonawca realizujący zamówienia przy użyciu konwencjonalnych autobusów z silnikiem Diesla byłby zabezpieczony przed wzrostem cen paliwa. Wykonawca korzystający z autobusów na inne paliwo nie byłby natomiast chroniony, ponieważ zmiany cen np. gazu CNG mogą być całkowicie różne od zmian cen oleju napędowego (np. ceny CNG mogą wzrosnąć, a ceny oleju napędowego pozostać na niezmienionym poziomie).

W związku z powyższym według niego zasadne jest nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania wzoru umowy, tak by wskaźnik waloryzacyjny dot. cen paliwa (wskaźnik WP) nie odnosił się wyłącznie do cen oleju napędowego, ale do cen tego konkretnego paliwa, którym napędzane będą autobusy, z których korzystać będzie ten wykonawca, którego oferta zostanie wybrana.

Zarzut nr 4 - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający przewidział w pkt XIII,5 SIWZ premiowanie wykonawców oferujących realizację zamówienia przy użyciu autobusów napędzanych gazem CNG, LNG lub biogazem. Jednocześnie, przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie komunikował wykonawcom takiego zamiaru, zaś nigdy wcześniej takie rozwiązanie nie było stosowane. Zamawiający nie przeprowadził również dialogu technicznego, w którym zbadałby możliwość realizacji usług przewozowych przy użyciu takich autobusów oraz wiążące się z tym koszty.

Wprowadzenie do eksploatacji autobusów zasilanych gazem wiąże się z istotnymi nakładami. Niezbędne byłoby przeprowadzenie inwestycji oraz poniesienie dodatkowych kosztów, które nie byłyby konieczne w wypadku realizacji usług przy użyciu taboru z zasilaniem hybrydowym. Co istotne, obecnie żaden z przewoźników świadczących usługi przewozu pasażerskiego w ramach publicznego transportu zbiorowego na terenie aglomeracji warszawskiej nie wykorzystuje autobusów gazowych na szeroką skalę. W związku z tym użytkowanie takich autobusów wiązałoby się nie tylko z kosztem ich zakupu

ale również z potrzebą przygotowania odpowiedniej infrastruktury.

Zamawiający niejako „zaskoczył” wykonawców uprzywilejowaniem autobusów gazowych, co może znacząco utrudnić konkurencję w postępowaniu oraz doprowadzić do odwrotnych efektów, niż oczekiwane przez zamawiającego. Przygotowanie ofert zostało bowiem znacząco utrudnione, bowiem zaoferowanie realizacji zamówienia przy użyciu autobusów gazowych wymagałoby uwzględnienia w stawce wszystkich dodatkowych związanych z tym kosztów, które nie są wykonawcom znane. Równolegle wykonawcy, którzy zaoferują autobusy hybrydowe, które są już eksploatowane w Warszawie, będą musieli liczyć się z gorszą oceną oferty. Poprzez uprzywilejowanie autobusów gazowych i wiążące się z tym utrudnienie przygotowania ofert zamawiający naruszył konkurencję w prowadzonym postępowaniu.

Zasadne jest zatem nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ poprzez zrównanie autobusów gazowych z autobusami hybrydowymi na potrzeby oceny ofert.

W dniu 15 lutego 2018 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wraz załącznikami. W przedmiotowej odpowiedzi wskazał, że wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 4 jako nieuzasadnionych, natomiast zarzut nr 3 uwzględnia co znalazło swoje potwierdzenie także w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym biorąc pod uwagę pisemne stanowiska stron, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole stanowiska stron i przystępującego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że każdy z odwołujących spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 8 lutego 2018 r. (sygn. ZTM.NZ.2610.61.2018.ASZ), w tym w szczególności z treści: ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz załącznikami, dokumentów załączonych do pism procesowych stron postępowania odwoławczego oraz przedstawionego w toku rozprawy przez zamawiającego wydruku ze strony internetowej wiadomosci.wpr24.pl z dnia 24 stycznia 2018 r. stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w ww. pismach procesowych adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Sygn. akt: KIO 207/18

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez

nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne sformułowanie wymagania zawartego w rozdziale V ust. 3 lit a) 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 w cenie Izby potwierdził się.

Skład orzekający ustalił co następuje.

Wszystkie zarzuty przedmiotowego odwołania dotyczą de facto nadmiernego i nieproporcjonalnego wymagania zamawiającego w stosunku do doświadczenia jakim winien się legitymować wykonawca.

Zamawiający w rozdziale V ust. 3 lit a) SIWZ zastrzegł, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej określony w rozdziale V ust 1 pkt 2) lit b) tiret 1 SIWZ zostanie spełniony wyłącznie jeżeli jeden z wykonawców będzie posiadał wymagane doświadczenie. Przedmiotowe postanowienie SIWZ należy w ocenie Izby rozpatrywać w kontekście normy prawnej wynikającej z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp. Z niniejszego przepisu wynika, iż zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 (stanowiącym, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia), warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Izba podkreśla, że istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami. Jakkolwiek przepisy wynikające z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp pozwalają w sposób szczególny ustalić sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, to stanowią one wyjątek od reguły wynikającej z art. 23 ust. 1-3 ustawy Pzp ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego możliwości jakie daje art. 23 ust. 5 ustawy Pzp nie można rozszerzać na przypadki nie mające silnego, obiektywnego uzasadnienia w charakterze zamówienia.

Jak wskazano powyżej dyspozycję art. 23 ust. 5 ustawy Pzp należy traktować jako wyjątek od ustawowej reguły ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i jak każdy wyjątek nie może on być interpretowany rozszerzająco. Ponadto jego zastosowanie powinno wynikać z okoliczności obiektywnie uzasadnionych szczególnie w kontekście charakteru zamówienia i proporcjonalności. Tymczasem zamawiający ani w przedłożonej dokumentacji przetargowej, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających czy też wyjaśniających zastosowanie przez niego tego wyjątku. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający próbował sygnalizować, że przy określeniu warunku, który jest jego obowiązkiem i uprawnieniem zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, niemniej określenia te w kontekście przyjętej przez siebie konstrukcji warunku pozostawił gołostowne. W żadnym zatem wypadku nie mogło to przekonać Izby, że zastosowanie tego wyjątku było w tej sytuacji proporcjonalne i uzasadnione.

Już sama konstrukcja warunku może doprowadzić do twierdzenia, że świadczenie będące jej przedmiotem jest podzielne. Zgodnie z tym warunkiem wykonawca ma wykazać się należytych wykonaniem lub wykonywaniem jednej usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym świadczoną autobusami - w liczbie minimum 2 mln wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie jednego roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie 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. z 2017 r. poz. 2136). Powyższe oznacza, że osiągnięcie zakładanego limitu wozokilometrów może nastąpić na podstawie maksymalnie trzech umów co oznacza, że można ją w tym zakresie podzielić i nie ma znaczenia czy będzie to jeden wykonawca, czy konsorcjum kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zsumowane w ten sposób doświadczenie niezależnie czy jednego wykonawcy, czy konsorcjum w ocenie Izby nie różni się pod względem przedmiotowym, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Nie ma także znaczenia w tym przypadku aspekt organizacyjny, bo organizatorem publicznego transportu zbiorowego w tym przypadku jest zamawiający, a przedmiot niniejszego zamówienia dotyczy usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez niego. W związku z tym wykonawca - co słusznie zostało określone w warunku - ma przede wszystkim wykazać się doświadczeniem w realizacji usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym świadczoną autobusami.

Reasumując w zakresie zasadności ww. zarzutu Izba podziela dotychczasowe stanowisko wyrażane zarówno przez samą Izbę jak i przez sądy powszechne (wyroki: Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2008 r., sygn. akt XXIII GA 442/08; KIO z dnia 6 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 940/17, 943/17; KIO z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1902/17) w zakresie wykładni art. 23 ustawy Pzp i sprzeczności z tym przepisem treści SIWZ, która zmierzałaby do ograniczenia, bez szczególnego, obiektywnie uzasadnionego

powodu, możliwości łączenia przez wykonawców swojego potencjału. Należy przy tym po raz kolejny podkreślić, że w niniejszej sprawie zamawiający nie wskazywał, aby taki szczególny, obiektywnie uzasadniony przypadek występował. Izba przyjęła zatem, że taki przypadek w niniejszej sprawie nie miał miejsca, a zatem określenie szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowanie nie było uzasadnione.

W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut należy uwzględnić.

Zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej zdolności zawodowej (posiadanego doświadczenia), tj. usług przewozu na podstawie umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym w cenie Izby nie potwierdził się.

Skład orzekający ustalił co następuje.

Zamawiający w rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. b) tiret 1 SIWZ wskazał, że spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nastąpi w przypadku wykazania się maksymalnie trzema umowami 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. z 2017 r. poz. 2136) dalej zwaną „ustawą PTZ”.

Zamawiający jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy PTZ i jako taki jest zobligowany do przestrzegania jej przepisów.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 8 ustawy PTZ przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób, który zawarł z organizatorem publicznego transportu zbiorowego umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, uzyskuje przymiot operatora publicznego transportu zbiorowego.

Jednocześnie zgodnie z art. 19 ust. 1 organizator dokonuje wyboru operatora m.in. w trybie ustawy Pzp.

Ustawa PTZ nakłada na organizatora szereg obowiązków w zakresie funkcjonowania publicznego transportu zbiorowego określonych m.in. w Dziale II Rozdział 1 — Organizacja publicznego transportu zbiorowego, Rozdział 3 - Organizowanie publicznego transportu zbiorowego, Rozdział 4 — Zarządzanie publicznym transportem zbiorowym, Rozdział 5 —

Funkcjonowanie publicznego transportu zbiorowego. Istotne dla przedmiotu sprawy jest w szczególności zadanie, które opisane jest w Dziale II, Rozdziale 4 ustawy PTZ, gdzie ustawodawca wyraźnie wskazuje, że rolą organizatora jest dbałość o jakość realizacji usług przewozowych, co znajduje odzwierciedlenie w szczególności w treści art. 43 zgodnie z którym zarządzanie publicznym transportem zbiorowym przez organizatora polega w szczególności na:

- a) ocenie i kontroli realizacji przez operatora i przewoźnika usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego;
- b) kontroli nad przestrzeganiem przez operatora i przewoźnika zasad funkcjonowania publicznego transportu zbiorowego, o których mowa w art. 46;
- c) analizie realizacji zaspokajania potrzeb przewozowych wynikających z wykonywania przewozów na podstawie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego;
- d) dokonywaniu zmian w przebiegu istniejących linii komunikacyjnych;
- e) zatwierdzaniu rozkładów jazdy oraz dokonywaniu ich aktualizacji w przypadku przewozów wykonywanych na podstawie potwierdzenia zgłoszenia przewozu;
- f) administrowaniu systemem informacji dla pasażera (...).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego, że przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie jest udzielenie zamówienia publicznego w zakresie świadczenia usług na rzecz organizatora publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu ustawy PTZ,

nie może zatem budzić wątpliwości, iż zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu, wymaga doświadczenia w realizacji podobnych usług, które są przedmiotem zamówienia. Określony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu został sformułowany w oparciu o doświadczenie zdobyte przez oferentów w zakresie umów o świadczenie usług w

zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ

Podobnie Izba uznała, że zamawiający konstruując warunek udziału w postępowaniu, wbrew zarzutom odwołującego nie naruszył zasady proporcjonalności. Zamawiający jako podmiot realizujący zadania organizatora publicznego transportu zbiorowego, które definiowane są w ustawie PTZ, jest ustawowo zobowiązany do określenia norm jakości.

Troska o wysoki standard oraz bezpieczeństwo świadczonej usługi przewozowej wymaga potwierdzenia, że potencjalny wykonawca dysponuje doświadczeniem gwarantującym wykonanie usługi zgodnie z przedmiotem zamówienia. Specyfika przewozów w komunikacji miejskiej wymusza poniesienie przez operatorów dużego wysiłku technicznego i logistycznego. W związku z tym wymóg wykazania doświadczenia, który odpowiada swoim zakresem przedmiotowi zamówienia nie może być uznany za naruszający przepisy ustawy Pzp.

Powyższe dowodzi, że warunek wykazania się maksymalnie trzema umowami o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ jest uzasadniony potrzebami zamawiającego wynikającymi ze specyfiki zamówienia, które dotyczy usługi przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez zamawiającego, który jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ. Wymaganie dotyczy zatem posiadania przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu usługi zbliżonej rodzajem do usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, co ma gwarantować zdolność wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby zamawiający jest uprawniony do wymagania od wykonawców posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia usługi przewozu regularnego na rzecz organizatora publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ ze względu na jej specyfikę, o czym świadczy chociażby zakres obowiązków takiego organizatora, który został wskazany w odpowiedzi na odwołanie. Nie jest zatem wymaganiem nadmiernym i nieproporcjonalnym w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp żądanie posiadania doświadczenia w realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Zgodnie z 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej i zawodowej. Natomiast z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, oceniając zdolność techniczną i zawodową może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Z kolei zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Odwołujący nie wykazał, że ww. warunek udziału eliminuje w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Warunek ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji danego zamówienia, a tym samym powinien on obejmować elementy, które są istotne dla ustalenia, czy wykonawca posiada odpowiednie przygotowanie zawodowe do realizacji danego zamówienia, w tym odpowiednie doświadczenie w określonym rodzaju usług, które będą świadczone na rzecz zamawiającego, który jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ.

W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut należy oddalić.

Co do zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 41 pkt 7) oraz w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez nienależyte określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania odpowiedniej zdolności zawodowej (posiadanego doświadczenia), tj. usług przewozu w taki sposób, że w SIWZ ograniczono konkurencję w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, podczas gdy w ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu skonstruowano w taki sposób, że konsorcjum może spełnić go przy wykazaniu wspólnego potencjału, Izba pozostawia go - wobec ograniczenia odwołania - bez rozpatrzenia.

W dniu 8 lutego 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji o numerze 2018/S 027-059737, które doprowadziło do ujednolicenia postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie postawionego zarzutu.

Odwołujący na rozprawie w dniu 15 lutego 2018 roku ograniczył odwołanie tylko do dwóch powyżej rozstrzygniętych zarzutów.

Sygn. akt: KIO 221/18

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 4 ust. 3 Załącznika nr 5 do SIWZ, tj. we Wzorze Umowy, że pierwsza waloryzacja ceny, tj. zaoferowanej przez wykonawcę stawki za 1 wkm, nastąpi w dniu 1 kwietnia 2020 r., tj. po 16 miesiącach od dnia planowanego rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych przez wykonawcę, któremu zamawiający udzieli zamówienia (1 grudnia 2018 r.), a zarazem po przeszło dwóch latach od upływu terminu składania ofert w postępowaniu, co oznacza, że przez okres pierwszych 16 miesięcy wykonywania umowy wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie według stawki niepodlegającej waloryzacji, podczas gdy wynagrodzenie wykonawcy powinno podlegać waloryzacji przynajmniej raz na 12 miesięcy w ocenie Izby nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby zważył i ustalił, co następuje.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku:

- a) zmiany stawki podatku od towarów i usług;
- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej;
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Obowiązkowi temu zamawiający uczynił zadość, wprowadzając odpowiednie postanowienia we Wzorze Umowy (§ 16 ust. 1 pkt 5 oraz § 16 ust. 2). Jednocześnie wprowadzony przez zamawiającego, w § 4 wzoru umowy, mechanizm waloryzacji uwzględniający zmianę rocznego wskaźnika realnego wzrostu przeciętnego wynagrodzenia, zmianę rocznego współczynnika cen oleju napędowego, zmianę średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, nie jest przewidziany przepisami ustawy Pzp, a tym samym nieobowiązkowy.

W związku z tym w ocenie Izby formułowanie zarzutu w tym zakresie, zarówno co do samego jego zastosowania jak i okresu w jakim jest on stosowany, w oparciu o naruszenie art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, należy uznać za nieuprawnione.

Izba przyjęła stanowisko zamawiającego i uznała, iż w procedurze przetargowej to rolę wykonawcy jest takie oszacowanie ceny, by zapewniała mu ona pokrycie kosztów świadczenia usług wraz z odpowiednim zyskiem, co powinien zrobić bazując na swoim doświadczeniu oraz dostępnych informacjach np.: prognozach dotyczących inflacji. Przygotowanie oferty zawsze będzie obarczone ryzykiem i również rolę wykonawców jest to ryzyko oszacować. Warto podkreślić, iż odwołującemu znana jest specyfika usług będących przedmiotem postępowania, ponieważ jako profesjonalny podmiot świadczący usługi na rynku usług przewozowych (także na rzecz zamawiającego) jest w stanie oszacować stawki zapewniające mu pokrycie kosztów wraz z zyskiem.

Izba przyjęła wyjaśnienia zamawiającego i uznała, że nie naruszył on obowiązków nałożonych na niego w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, albowiem wszystkie możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach opisanych w tym przepisie zostały przez niego uwzględnione i przeniesione bezpośrednio do § 16 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy. Co więcej, w przypadku wystąpienia którejś z okoliczności wymienionych w art. 145 ust. 5 pkt. 1-3 ustawy Pzp zmiana wynagrodzenia może nastąpić w każdym czasie w tym również z uwzględnieniem rekompensaty za okres przed jej wprowadzeniem. Zgodnie z § 16 ust. 2 Wzoru Umowy, zmiana wprowadzana jest na wniosek wykonawcy, zawierający uzasadnienie wpływu na koszty świadczonych usług, na podstawie aneksu do umowy. Tymczasem wskaźnik waloryzacji określony w § 4 wzoru umowy należy uznać za dodatkowe zabezpieczenie interesów wykonawcy i ochronę przed ewentualnymi skutkami zmian w

gospodarce, jednakże jego zastosowanie mimo, iż nie jest obwarowane przepisami ustawy

Pzp, nie wymaga od zamawiającego i wykonawcy podejmowania żadnych dodatkowych działań, w tym zawarcia aneksu do umowy.

W związku z powyższym postanowienia dotyczące waloryzacji „umownej” określone w § 4 Wzoru Umowy, które nie mają charakteru obligatoryjnego w kontekście ustawy Pzp nie stanowią w ocenie Izby naruszenia art. 142 ust. 5, art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co skutkuje oddaleniem przedmiotowego zarzutu.

Zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 4 ust. 4 Wzoru Umowy, że maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za 1 wkm będzie wynosił 1,04 jak również określenie w § 4 ust.

6 Wzoru Umowy maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy obliczanego m.in. w oparciu o maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki wynoszący 1,04, co oznacza, że wynagrodzenie wykonawcy realizującego zamówienie będzie mogło być podwyższone na skutek waloryzacji maksymalnie 0 4% w ramach każdej waloryzacji, podczas gdy wzrost kosztów realizacji zamówienia może być wyższy, tj. pełne ryzyko wzrostu kosztów realizacji zamówienia o więcej niż 4% ponosiłby wyłącznie wykonawca w ocenie Izby nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby zważył i ustalił, co następuje.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku:

- a) zmiany stawki podatku od towarów i usług;
- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej;
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Obowiązkowi temu zamawiający uczynił zadość, wprowadzając odpowiednie postanowienia we Wzorze Umowy (§ 16 ust. 1 pkt 5 oraz § 16 ust. 2). Jednocześnie wprowadzony przez zamawiającego, w § 4 wzoru umowy, mechanizm automatycznej waloryzacji uwzględniający dodatkowe czynniki nie jest przewidziany przepisami ustawy Pzp, a tym samym nieobowiązkowy. Formułowanie zarzutu w tym zakresie, zarówno co do samego zastosowania dodatkowej waloryzacji jak i momentu od którego jest ona zastosowana, w oparciu o naruszenie art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, należy uznać za nieuprawnione.

Przypadki zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie wspomnianego § 16 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy, obejmują: zmiany stawki podatku od towarów i usług, zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Natomiast wskaźnik waloryzacji stosowany dodatkowo i równolegle, określony w § 4 Wzoru Umowy, uwzględnia: zmianę rocznego wskaźnika realnego wzrostu przeciętnego wynagrodzenia, zmianę rocznego współczynnika cen oleju napędowego, zmianę średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych.

Jednocześnie, należy mieć na uwadze, że w przypadku wystąpienia istotnych okoliczności mających wpływ na koszty usług świadczonych przez wykonawcę, takich jak wzrost inflacji, czy cen dóbr szczególnie istotnych dla realizacji zamówienia, możliwe będzie również zastosowanie § 16 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy, który stanowi dodatkową podstawę zmiany stawki wynagrodzenia stosowaną również niezależnie od pozostałych.

Zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konstruującemu wzór umowy, bądź jej istotne postanowienia, przysługuje pozycja dominująca w stosunku do wykonawcy. Źródła dominującej pozycji zamawiającego w stosunkach umownych zawieranych na gruncie zamówień publicznych należy upatrywać m.in. w braku po stronie zamawiającego możliwości swobodnego wyboru kontrahenta - zamówienie udzielane jest podmiotowi, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i którego oferta jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Ponadto zamawiającemu nie przysługuje zasadniczo możliwość negocjowania ceny, za jaką wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia oferuje jego realizację. Określenie tego elementu oferty, będącego niejako odpowiedzią na wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, jest uprawnieniem wykonawcy. Stąd utożsamianie

nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku obligacyjnego (jakkolwiek na gruncie zamówień publicznych jest ona specyficznie pojmowana) nie wydaje się uprawnione. Niezależnie bowiem od tego w jak dużym stopniu ryzyka kontraktowe obciążać będą wykonawcę, jest on w stanie przewidzieć koszty z nimi związane i uwzględnić je w cenie oferty. Z uwagi na powyższe nie sposób również twierdzić o istnieniu w umowie w sprawie zamówienia publicznego uniwersalnego wzorca rozkładu ryzyk.

Izba przyjęła także argumentację zamawiającego, iż stosowanie rokrocznie maksymalnego wskaźnika waloryzacji na poziomie 1,04 według opisanej przez niego metodologii w § 4 Wzoru Umowy oraz Załączniku nr 7 do SIWZ pokazuje, że wykonawca realizujący zamówienie może osiągnąć zwiększenie stawki na koniec umowy na poziomie ok. 30% w stosunku do stawki zaoferowanej w momencie składania oferty, co także profesjonalny wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy kalkulacji ceny za realizację zamówienia i w ten sposób neutralizować ryzyka związane ze zmianą cen.

Reasumując należy stwierdzić, że Wzór Umowy zawiera szereg postanowień pozwalających na urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w razie wystąpienia okoliczności wpływających na koszty wykonania zamówienia, postanowienia Wzoru Umowy w zakresie zmian wynagrodzenia wskazują, iż ryzyko związane z wystąpieniem okoliczności wpływających na koszty wykonania zamówienia nie obciążają w całości wykonawcy, a wprowadzenie waloryzacji określone w § 4 ust. 4 Wzoru Umowy nie jest wymagane przez ustawę Pzp. W związku z tym postanowienia dotyczące waloryzacji „umownej” określone w § 4 Wzoru Umowy, nie stanowią w ocenie Izby naruszenia art. 142 ust. 5, art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co skutkuje oddaleniem przedmiotowego zarzutu.

W zakresie zarzutu nr 3 tj. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, ponieważ zarzut ten został uwzględniony przez zamawiającego.

Zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie w rozdziale XIII ust. 5 SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert polegającego na preferowaniu realizacji zamówienia przy użyciu autobusów zasilanych gazem CNG, ING lub biogazem w porównaniu do autobusów z napędem hybrydowym ograniczającym emisję w strefie przystanku na trasie, podczas gdy wiąże się to z istotnymi dodatkowymi kosztami dla wykonawców i nie było wcześniej komunikowane przez zamawiającego, w szczególności zamawiający nie skorzystał z możliwości przeprowadzenia dialogu technicznego przez wszczęciem postępowania, co ostatecznie może prowadzić do utrudnienia rzetelnego przygotowania ofert oraz naruszenia uczciwej konkurencji w ocenie Izby nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Rodzaj zasilania autobusów stanowi pozacenowe kryterium oceny ofert. Zamawiający przewidział w rozdziale XIII ust. 5 SIWZ, że liczba autobusów z napędem alternatywnym wskazana w ofercie wykonawcy zostanie skorygowana współczynnikiem efektu ekologicznego (W), który wynosi:

- 1 = dla autobusów o napędzie gazowym CNG, LNG lub biogazem;
- 0,8 = dla autobusów o napędzie hybrydowym z ograniczającym emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczeń w trakcie postoi u obsługi podróżnych;
- 0,4 = dla autobusów o napędzie hybrydowym bez ograniczenia emisji spalin w strefie przystanku.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na wstępie, jako pierwsze spostrzeżenie co do przedmiotowego zarzutu należy stwierdzić, że odwołanie w tym zakresie jest w ocenie Izby dość lakoniczne i nieoparte w zasadzie żadnymi konkretnymi twierdzeniami, które mogłyby wynikać z wyczerpującego procesu argumentowania. Odwołujący wskazuje jedynie, że zamawiający nie komunikował wykonawcom przyjętej konstrukcji przedmiotowego kryterium, nigdy wcześniej takiego rozwiązania nie stosował oraz nie przeprowadził dialogu technicznego, w którym zbadałby możliwość realizacji usług przewozowych przy użyciu takich autobusów oraz wiążące się z tym koszty, czym niejako „zaskoczył” wykonawców uprzywilejowaniem autobusów gazowych.

Jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie identyczny mechanizm premiowania napędów alternatywnych jak w trwającym postępowaniu został zastosowany w postępowaniu ogłoszonym 19 grudnia 2017 r., do którego odwołujący przystąpił i w części II

zamówienia zaoferował autobusy o napędzie hybrydowym (premiowane współczynnikiem W -0,8). Nie można się zatem zgodzić z zarzutem, jakoby takie rozwiązanie w postępowaniach zamawiającego nie było stosowane. Ponadto przeprowadzenie dialogu technicznego jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego i to od jego woli zależy czy zostanie przeprowadzony.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał wyjaśnienie takiego sposobu konstrukcji kryterium wskazując, że każde z alternatywnych rozwiązań ma inną charakterystykę, dlatego nie można zgodzić się z zarzutem odwołującego o naruszeniu konkurencji oraz z wnioskiem o wyrównanie sposobu premiowania napędów alternatywnych. Wskazał przy tym, że przede wszystkim istotne jest to, że w przypadku napędów gazowych emisja cząstek stałych, które mają zasadniczy wpływ na powstawanie smogu, a tym samym na zdrowie mieszkańców, ograniczona została do minimum — nawet o 70-80% względem autobusu napędzanego silnikiem diesla. Efektywnie wykorzystywane autobusy o napędzie hybrydowym pozwalają na zmniejszenie zużycia paliwa nawet o 20-30% względem autobusu napędzanego klasycznym silnikiem o zapłonie samoczynnym. Oznacza to również podobny poziom ograniczenia emisji cząstek stałych. Zamawiający mocno premiuje (współczynnik efektu ekologicznego 0,8) autobusy o napędzie hybrydowym z funkcją ograniczenia emisji podczas postoju na przystanku, czyli sytuacji, w której silnik spalinowy nie pracuje, co ma bardzo istotny wpływ na ograniczenie emisji zanieczyszczeń w momencie, kiedy pasażerowie są na przystanku. Autobusy hybrydowe pozbawione tej funkcji są również premiowane, ale na o połowę niższym poziomie (współczynnik W=0,4).

Dalej zamawiający wyjaśnił, że metodologia wyznaczania wartości współczynnika ekologicznego wynika zatem z proporcji ograniczenia emisji cząstek stałych. Autobus ograniczający emisję nawet o 80% (napęd gazowy) uzyskuje 100% możliwej premii (W = 1,0). Autobus ograniczający emisję cząstek stałych nawet o 30% (napęd hybrydowy) uzyskuje 40% możliwej premii (W = 0,4). Z uwagi na dodatkowe 100% ograniczenie emisji cząstek stałych podczas postoju przy wyłączonym silniku spalinowym, możliwa do uzyskania premia dla takiego wykonawcy zostaje podwojona — 80% (W = 0,8).

Reasumując Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem ograniczania konkurencji poprzez uprzywilejowanie autobusów o napędzie gazowym. Autobusy te wykazują się największym efektem ekologicznym, a autobusy o napędzie hybrydowym z ograniczeniem emisji podczas postoju na przystanku są dużo bardziej premiowane względem sumarycznego efektu ekologicznego, jaki uzyskują i przez to są tylko nieznacznie mniej premiowane od autobusów o napędzie gazowym.

Izba przyjęła powyższe wyjaśnienia zamawiającego, ponieważ można w nich uchwycić proces wystarczającej analizy przyjętego sposobu przyznawania punktów w ramach przedmiotowego kryterium, co w konfrontacji z argumentacją odwołującego, która skupiła się właściwie na gólosłownej deklaracji, że zarzucane postanowienia mogą znacząco utrudnić uczciwą konkurencję musiało skutkować oddaleniem przedmiotowego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 23

ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3, w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazanego w odwołaniu o sygn. akt: KIO 207/18 powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego, w sprawach o sygn. akt KIO 207/18 i KIO 221/18, jest art. 192 ust. 8 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

Członkowie:

33

KIO 207/18, KIO 221/18