

Sygn. akt: KIO/UZP 1220/09

WYROK

z dnia 09 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Renata Tubisz**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Barbara Bettman

Protokolant: **Wioleta Wasilewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 08 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o., 84-200 Wejherowo, ul. Transportowa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21 a** protestu z dnia 14 lipca 2009r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia przez:

1. wykreślenie w pkt. 5.1. lit. a zapisu o treści: „(obejmujące między innymi system kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerskiej w pojazdach)”;
2. wykreślenie w zał. Nr 2 do SIWZ w kolumnie trzeciej tabeli o nazwie „Przedmiot zamówienia” zapisu o treści (...) z uwzględnieniem systemów opisanych w pkt 3.2 SIWZ);

3. zmianę § 2 ust. 2 umowy przez dodanie na jego końcu następującego zdania "Brak oświadczenia Zamawiającego w okresie do 48 godzin od dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równoważącymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym.";
4. zmianę § 8 ust. 4 umowy przez dodanie na końcu zdania następującego zapisu "z zastrzeżeniem § 9 ust. 3 umowy" ;
5. zmianę § 9 ust. 3 umowy przez dodanie na jego końcu dodatkowego zdania "Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.";
6. zmianę § 9 ust. 4 umowy przez dodanie na końcu zdania "Kary umowne nie mogą być ani naliczane, ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania przez Zamawiającego".
7. zmianę § 11 ust. 4 umowy przez skreślenie zapisu „50%” i wpisanie zapisu „20%”.

2. Kosztami postępowania obciąża **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, u. Barbary 21 a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o., 84-200 Wejherowo, ul. Transportowa 1;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, u. Barbary 21 a** na rzecz **Pomorskiej Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o., 84-200 Wejherowo, ul. Transportowa 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o., 84-200 Wejherowo, ul. Transportowa 1.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2009/S 125-18208.

Odwołującym jest Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o.
ul. Transportowa 1, 84-200 Wejherowo zwany dalej „Odwołującym”.

Zamawiającym jest Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego ul. Barbary 2a, 40-053 Katowice zwany dalej „Zamawiającym”.

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę linii komunikacji miejskiej nr A4, 6, 8,p2, 47, 58,59,60,120,126,156,178,186,187,194,197,202,259, 617, 624, 648, 650, 676, 677, 678, 692, 699, 702, 710, 840, 870, 932 -sprawa ZP/PO/19IPZ/48/09

W dniu 14 lipca 2009 roku Odwołujący złożył protest na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej “SIWZ” na podstawie art. 180 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2007 Nr 223, poz.1655 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp zaskarżając treść SIWZ w zakresie punktów:

1. 3.1;
2. pkt. 5.1 a;
3. pkt. 5.1.c;
4. pkt. 5.3;
5. pkt. 6.4 SIWZ w zakresie umowy stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ.

W ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego narusza art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp, 29 ust. 2 Pzp przez określenie bezpodstawnie nadmiernie rozbudowanego przedmiotu zamówienia, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu i zmianę treści SIWZ:

1. pkt. 3.1. SIWZ przez podzielenie przedmiotu zamówienia i rozdzielenie każdej z linii komunikacji miejskiej nr A4, 6, 8, 32, 47, 58, 59, 60, 120, 126, 156, 178, 186,

187, 194, 197, 202, 259, 617, 624, 648, 650, 676, 677, 678, 692, 699, 702, 710, 840, 870, 932; do odrębnego postępowania;

2. pkt. 5.1. a SIWZ przez wykreślenie warunku wykazania przeprowadzania w poprzednio realizowanych umowach kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz przez wykreślenie warunku wykazania stosowania w realizacji poprzednich umów systemu dynamicznej informacji pasażerów o przystankach
3. pkt. 5.1. c SIWZ przez ograniczenie liczby autobusów jakimi winni dysponować oferenci stosownie do podzielonego przedmiotu zamówienia;
4. pkt. 5.3. SIWZ przez sprecyzowanie, że przedłożone przez oferentów tzw. referencje nie muszą zawierać adnotacji, że oferent stosował system kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerów o przystankach;
5. pkt. 6.4. SIWZ przez sprecyzowanie, że przedłożony przez oferentów załącznik nr 2 nie musi zawierać informacji o stosowaniu przez oferenta systemu kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz informacji o stosowaniu przez oferenta dynamicznego systemu informacji pasażerów o przystankach;
6. zmianę § 2 ust. 2 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ przez wprowadzenie zapisu "Brak oświadczenia Zamawiającego w okresie do 48 godzin od dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równoważącymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym.";
7. zmianę § 1 ust. 7 umowy przez jego wykreślenie;
8. § 8 ust. 4 umowy przez jego wykreślenie;
9. zmianę § 9 ust. 3 umowy przez dodanie "Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.";
10. zmianę § 9 ust. 4 umowy przez dodanie "Kary umowne nie mogą być ani naliczane, ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania naliczanie kary umownej stanowi jedynie propozycję Zamawiającego";
11. zmianę § 11 ust.3 i ust. 4 stanowiącej załącznik do SIWZ przez wykreślenie.

oraz o zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia do czasu rozpatrzenia protestu.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił argumentację formalną i prawną, a w szczególności. .

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została przygotowana w sposób pozwalający na twierdzenie o nierównym traktowaniu przez Zamawiającego podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i prowadzenie postępowania w sposób wykluczający zachowanie uczciwej konkurencji i eliminujący z przetargu małych i średnich przedsiębiorców.

Zamawiający naruszył dyspozycję art. 29 ust. 2 Pzp stanowiącego, że określenie przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Natomiast ustalenie warunków udziału w postępowaniu winno mieć na celu jedynie ustalenie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji oferentów. Formułowanie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych, zwłaszcza art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 7 Pzp podstawową zasadą przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania przetargowego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający określając przedmiot zamówienia na obsługę 32 linii autobusowych naruszył dyspozycję art. 29 ust. 2 Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszyć uczciwą konkurencję. Mając na uwadze brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp uznać należy, że wystarczającym warunkiem uznania, że opis przedmiotu zamówienia narusza przedmiotowy przepis jest prawdopodobieństwo naruszenia uczciwej konkurencji do naruszenia uczciwej konkurencji nie musi ostatecznie dojść. Wobec powyższego wskazać należy, że przeprowadzenie przetargu na obsługę aż 32 linii autobusowych w sposób jaskrawy stwarza prawdopodobieństwo naruszenia uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie możliwości uczestnictwa w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorców. Mając na uwadze zakres terytorialny objęty przetargiem [zachodnia część aglomeracji katowickiej) oferentowi znany jest jedynie jeden podmiot posiadający potencjał techniczny pozwalający spełnić warunki udziału w postępowaniu. Podmiotem tym jest PKM Gliwice Sp. z o.o. Jednocześnie brak jakiegokolwiek uzasadnienia -poza ograniczeniem uczciwej konkurencji -do przeprowadzania jednego postępowania przetargowego, które obejmuje aż 32 linie autobusowe. Należy w tym momencie wskazać, że w poprzednich postępowaniach przetargowych prowadzonych przez zamawiającego przedmiot zamówienia nie był tak bardzo obszerny jak obecnie.

Nie nastąpiła żadna zmiana stanu faktycznego w zakresie dotyczącym optymalizacji świadczenia usług komunikacji pozamiejskiej na terenie aglomeracji katowickiej (górnśląskiej,) także w części zachodniej (Gliwic). Brak zatem uzasadnienia do łączenia linii obsługiwanych, na podstawie umowy zawartej w wykonaniu rozstrzygnięcia przetargu, w

ramach udzielenia zamówienia publicznego z innymi liniami i tworzenie przedmiotu zamówienia publicznego, który poprzez swój zakres eliminuje konkurencję, w tym podmioty, które należycie wykonują usługi przewozowe na wydzielonych liniach komunikacji miejskiej. Zważyć należy, że nie jest zgodne z interesem publicznym i jest sprzeczne z zasadą racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych takie określenie przedmiotu zamówienia, które eliminuje konkurencję. Eliminacja konkurencji poprzez ustalenie zakresu zamówienia tak, że może podjąć się jego wykonania tylko jeden podmiot skutkuje tym, że zamówienie będzie udzielone ze znacząco większym uszczerbkiem dla środków publicznych. Jest oczywiste bowiem, że faktyczne wyłączenie konkurencji skutkuje wyższą ceną oferowaną przez wykonawcę, który ma wiedzę o swej wyjątkowo uprzywilejowanej pozycji. Historia cywilizacji zaświadcza o tym, że tam gdzie ustała konkurencja, tam nie tylko usługi są świadczone drożej, ale co więcej są świadczone jakościowo gorzej. Ważąc powyższe należy mieć na względzie także to, że Zamawiającym jest związek gmin, którego członkami są gminy, które często są wspólnikami i założycielami spółek zajmujących się przewozem pasażerskim, które prowadzą działalność gospodarczą w przedmiocie zamówienia. Gminne spółki są dotowane w zakresie prowadzonej działalności, w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Nie jest tajemnicą, że pojazdy, autobusy posiadane przez spółki gminne często są kupowane przy finansowaniu ceny ze środków stanowiących dotację lub inne formy wsparcia. Niezmiernie trudno jest zatem konkurować podmiotom z kapitałem prywatnym z podmiotami, które uzyskują wsparcie gmin. Ważyć należy zatem szczególnie starannie fakt, że krytykowany zakres zamówienia publicznego jest przedmiotem zainteresowania spółki gminnej Gliwice PKM Gliwice sp. z o.o., która w ocenie protestującego jest jedynym podmiotem, który może spełnić warunki specyfikacji i który obecnie obsługuje większość linii komunikacji autobusowej objętych przetargiem. Zamawiający, mając na uwadze dyspozycję art. 22 ust. 2 Pzp nie może żądać od wykonawców np. potencjału technicznego większego, niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia. Natomiast Zamawiający stawia całkowicie niezasadne biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia -wymogi m.in.:

1. Wykonywania w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania usług w zakresie przewozów regularnych (obejmującym między innymi system kontrolę biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz system dynamicznego Informowania pasażerów o przystankach) (pkt. 5.1.a SIWZ). Zauważyć należy jednocześnie, że wprowadzenie systemu kontroli biletów oraz dynamicznego systemu informowania pasażerów o przystankach nie stanowi istotnej zmiany w sposobie świadczenia usług przewozowych i nie jest związane z żadnymi utrudnieniami. System kontroli biletów może

być wprowadzony przez każdego przewoźnika w każdym czasie bez konieczności przeprowadzania czynności przygotowawczych;

2. Żądanie posiadania przez oferentów 138 autobusów, w tym 38 niskopodłogowych nie starszych niż z 2000r. wyposażonych w silniki spełniające normę czystości spalin EURO 2 (tabor B) oraz 20 autobusów niskopodłogowych nie starszych niż z 2005 roku, których silniki spełniają kryterium czystości spalin EURO 3 (tabor C) -jako warunek zgodności oferty z SIWZ jest niezasadne w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uzasadnił dlaczego akurat 38 autobusy taboru powinno być nie starsze niż z 2000r., a nie może to być np.: 10 lub 15 autobusów. Zamawiający nie przedstawił jasnych i weryfikowalnych kryteriów ustalenia liczby 38 autobusów (taboru B) i 20 autobusów (taboru C). Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż działanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 Pzp, niezasadne i nie zasługuje na akceptację;

3. Co najmniej 16 autobusy taboru B oraz 17 autobusów taboru C powinno być wyposażone w urządzenia do dynamicznej informacji pasażerskiej służącej do zapowiadania przystanków zlokalizowanych na trasie danej linii. Stawianie takiego żądania jest w żaden sposób nieuzasadnione. Zamawiający nie wskazuje wedle jakich kryteriów ustalić liczbę autobusów taboru B i C, które winny być wyposażone w urządzenie do dynamicznej informacji pasażerskiej oraz w jakim to pozostaje związku z realną możliwością wykonania przez oferentów przedmiotu zamówienia. Aktualna treść pkt. 5.1.c SIWZ narusza art. 22 ust. 2 Pzp, jak i art. 25 Pzp.;

4. Autobusy posiadane przez oferentów winny mieć co najmniej troje drzwi pasażerskich - należy w tym momencie podnieść, iż oferent nie dostrzega żadnego związku między sprawnością obsługi linii komunikacji miejskiej a liczbą drzwi w autobusach. Zważanie wymaga, iż mając na uwadze sprawność przeprowadzania kontroli biletowej, znacznie sprawniej tę kontrolę można przeprowadzić, gdy autobusy wyposażone są w dwoje drzwi pasażerskich. Według wiedzy wnoszącego protest warunki SIWZ odpowiadają charakterystyce taboru posiadanego przez PKM Gliwice sp. z o.o. w zakresie ilości miejsc w autobusach i nie jest przypadkiem, że autobusy o pojemności 130 miejsc są taborom wymagany w przetargach. Wobec powyższego oferent nie dostrzega żadnego merytorycznego uzasadnienia do omawianego żądania, tym samym należy go uznać za sprzeczny z art. 22 ust. 2 Pzp, art. 7 Pzp i zmierzający do ograniczenia uczciwej konkurencji;

5. Oferentami mogą być jedynie podmioty, które wykonywały lub wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie -usługi w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie

mniejszej niż 11,5 mln zł, w tym każda z wykonanych usług o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł. Odnosząc się do przedstawionego powyżej żądania należy stwierdzić, że jest ono nieuzasadnione, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 2 Pzp, art. 25 Pzp, gdyż zmierza do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu małych i średnich podmiotów. Wprowadzenie do SIWZ tego wymogu winno być poprzedzone przeprowadzonym przez Zamawiającego badaniem rynku w zakresie ustalenia podmiotów spełniających ten warunek, celem sprawdzenia czy wprowadzenie takiego żądania nie doprowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Konkludując ten fragment protestu należy stwierdzić, iż przedstawione powyżej kryteria udziału w postępowaniu nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i ewidentnie naruszają zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 2 Pzp -tym samym są sprzeczne z przepisami Prawa zamówień publicznych, a jako takie nie mogą się ostać.

II

Zamawiający nie kieruje się bowiem żadnymi racjonalnymi przesłankami, gdy raz prowadzi odrębne postępowania co do każdej linii komunikacji autobusowej, a w innych przypadkach grupuje linie w pakiety ograniczając udział w przetargu małych i średnich przedsiębiorców. W ten sposób możliwy jest udział w postępowaniu jedynie takich dużych przedsiębiorców jak Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Gliwice Sp. z o. o. Poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego, to jest linie autobusowe komunikacji miejskiej nie są ze sobą powiązane, co pozwalałoby na twierdzenie o racjonalnych względach gospodarczych kierujących zamawiającym.

Mając na względzie okoliczność, że dużymi przewoźnikami są spółki gminne, które są zainteresowane świadczeniem usług na terenie własnej gminy, jedynym podmiotem, który jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia publicznego w sprawie i jednocześnie jest zdolnym do spełnienia warunków przetargu jest PKM Gliwice sp. z o.o Należy w tym momencie podnieść, iż udzielenie jednego zamówienia obejmującego obsługę aż 32 linii autobusowych nie jest uzasadnione zarówno organizacyjnie jak i gospodarczo.

III

§ 1 ust. 7 umowy stanowi klauzulę, która wypacza istotę zamówień publicznych. Umożliwienie Zamawiającemu bez ograniczeń zwiększania lub zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy kończącej procedurę udzielenia zamówienia publicznego stanowi o zaprzeczeniu warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po przeprowadzeniu postępowania umowę należy wykonywać na wskazanych warunkach stwierdzonych w SIWZ, a nie na warunkach, które według swego

autonomicznego przekonania będzie zmieniał Zamawiający. W tym względzie § 1 ust. 7 umowy wymaga wykreślenia.

Konieczność zmiany § 2 ust. 2 umowy wynika z potrzeby uniemożliwienia Zamawiającemu niezasadnego pozostawiania w zwłoce z wyrażeniem zgody na zmianę autobusów, gdy jest to uzasadnione. Brak uzasadnienia do dopuszczania do niezasadnego pozostawiania wniosku wykonawcy bez rozpoznania w okresie ponad 48 godziny i jednoczesnego obciążania Wykonawcy karami za nienależyte wykonywanie umowy, poprzez niezgodność pomiędzy faktycznie używanym taborem a zgłoszonym przy zawieraniu umowy.

Stwierdzone ustaleniami kontrolerów zarzuty nie mogą stanowić jedyne dowodu na okoliczność oceny sposobu wykonywania umowy przez wykonawcę. Zmianę uzasadnia art. 483 k.c. w zakresie stosowania kar umownych poprzez uwzględnienie konieczności weryfikowania zarzutów stwierdzonych przez kontrolerów w oparciu o wszelkie dostępne dowody w ramach postępowania odwoławczego.

Nieważnym postanowieniem umowy jest § 8 ust. 4 umowy, który stanowi o związaniu wykonawcy ustaleniami z kontroli przeprowadzonej przez pracowników Zamawiającego, często zaocznie względem Wykonawcy i bez koniecznych wyjaśnień okoliczności związanych z zawinieniem. § 8 ust. 4 umowy stanowi o istocie zobowiązań cywilnoprawnych uprzywilejowaniem Zamawiającego. Zamawiający jako strona umowy poprzez § 8 ust. 4 umowy chciałby sytuować się jako podmiot, który jednostronnie decyduje o ocenie faktów związanych z wykonaniem umowy przez wykonawcę. Krytykowana norma stanowi zaprzeczenie zasady równowagi stosunków cywilnoprawnych w zakresie praw i obowiązków. Zamawiający znacząco i bezpodstawnie zastrzega w umowie głównie prawa dla siebie a obowiązki dla wykonawcy. § 9 ust. 3 i 4 wymaga co najmniej uzupełnienia w zakresie wnioskowanym Weryfikacja stosowania kary umownej zawsze należy do Sądu, natomiast w umowie należy ograniczyć dowolność zamawiającego o zakresie potrącania kar umownych z wynagrodzenia, bez względu na postępowanie odwoławcze.

Rozwiązanie umowy powinno być uzasadnione nadzwyczajnymi okolicznościami. Mając na względzie zawarcie umowy na czas określony po przeprowadzeniu procedury przetargowej. Rozwiązanie umowy przez strony powinno być dopuszczone na równorzędnych zasadach. § 11 ust. 3 i ust. 4 umowy stanowią o odstąpieniu od zasady równego traktowania stron w zakresie rozwiązania umowy i skutków rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Zamawiający ma znacznie szersze możliwości rozwiązania umowy niż Wykonawca, który może rozwiązać umowę jedynie w wypadku rażącego naruszenia jej postanowień przez Zamawiającego. Zamawiający natomiast może rozwiązać umowę w wielu przypadkach wskazanych w § 11 ust. 3 umowy, bez względu na ich ocenę pod kątem szczególnego

przypadku i jednocześnie może rozwiązać umowę na podstawie § 11 ust. 2 umowy w przypadkach szczególnych. Brak równowagi praw w omawianym zakresie preferuje silniejszego ekonomicznie. Zamawiający jest uprzywilejowany bezpośrednio w zakresie dotyczącym trwania umowy.

§ 11 ust. 4 uprawnia tylko Zamawiającego do naliczenia kary umownej, choć dalsza treść przepisu odwołuje się do obciążenia karą umowną stroną umowy, która zawiniła. Przepis jest sprzeczny wewnętrznie i pozornie stanowi klauzulę równoważną.

Pismem z dnia 27.07.2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez oddalenie w całości jako niezasadny.

Zamawiający przedstawił w szczególności następującą argumentację prawną.

Ad. pkt 3.1. SIWZ

Do działalności statutowej Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach, utworzonego przez 25 gmin aglomeracji katowickiej, należy organizacja komunikacji zbiorowej.

Aby zapewnić obsługę komunikacyjną bardziej efektywną pod względem ekonomicznym, organizacyjnym i technicznym, zlecane zadania przewozowe obejmują kilka lub kilkanaście linii wzajemnie uzupełniających się, bądź spełniających podobną funkcję w układzie komunikacyjnym aglomeracji.

Linie komunikacji autobusowej poddawane procedurom przetargowym organizowanym przez KZK GOP grupowane są w następujące pakiety przetargowe:

1. obszarowe (główne miasta aglomeracji i ich powiązania z otoczeniem),
2. linii wspólnych z innymi organizatorami komunikacji zbiorowej,
3. linii "tranzytowych",
4. linie uzupełniające podstawowy układ komunikacyjny.

Pakiety obszarowe to zestawy linii obsługujących duże ośrodki miejskie, takie jak miasto Gliwice, łącznie z przyległymi gminami, powiązanych ze sobą nie tylko obszarowo, ale również funkcjonalnie. Dzięki tym powiązaniom uzyskiwane jest lepsze wykorzystanie zasobów taborowych, a w rezultacie obniżenie poziomu kosztów komunikacji. Pozwala to potencjalnemu wykonawcy usług na bardziej racjonalne gospodarowanie zasobami (racjonalizacja obiegu taboru, czasu pracy kierowców, itp.), co w rezultacie oznacza spadek poziomu cen ofertowych. Dla Zamawiającego oznacza to obniżenie kosztów komunikacji.

W chwili obecnej Zamawiający organizuje komunikację zbiorową na ok. 300 liniach autobusowych.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy tylko 32 linii.

Stanowi to ok. 11% wszystkich linii autobusowych i ok. 16,5% ogółem

wszystkich autobusów w ruchu świadczących usługi na rzecz Zamawiającego.

Bezpodstawne jest formułowanie zarzutu o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przy określeniu przedmiotu zamówienia

Zamawiający określił przedmiot zamówienia nie tylko przez podanie, iż przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na 32 liniach komunikacji miejskiej przebiegających w zachodniej części aglomeracji katowickiej nr: A4, 6,8,32,47,58,59,60,120,126,156,178,186,187,194, 197,202,259,617,624,648,650, 676,677, 678, 692, 699, 702, 710, 840, 870, 932, ale również szczegółowo opisał, iż wykonywana usługa objęta jest również:

1. systemem kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami, polegającym na wsiadaniu pasażerów do autobusu przednimi drzwiami z jednoczesnym okazaniem kierowcy biletu lub innego dokumentu uprawniającego do przejazdu bez biletu, oraz
2. systemem dynamicznej informacji pasażerskiej polegającym na wizualnym i fonicznym zapowiadaniu w autobusie przystanków zlokalizowanych na trasie danej linii oraz przekazywaniu pasażerom informacji dodatkowych o usługach komunikacji publicznej.

Ustalone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w żadnej mierze nie prowadzą do nieuzasadnionej dyskryminacji Wykonawców, gdyż skoro obecnie na w/w liniach wykonywana usługa jest objęta systemem kontroli biletów oraz systemem dynamicznej informacji pasażerskiej, zdaniem

Zamawiającego ma on prawo wymagać od potencjalnych Wykonawców posiadania w tym zakresie odpowiedniego doświadczenia.

Bezpodstawny jest również zarzut Odwołującego odnoszący się do wymagania Zamawiającego dot. 138 autobusów i argumentacja, że warunek taki przekracza możliwości techniczne Protestującego, jak również większości podmiotów gospodarczych świadczących usługi przewozowe w obszarze GOP. Zamawiający ogłaszając przetarg na niniejszą usługę nie kierował się jedynie możliwościami podmiotów gospodarczych z terenu GOP, ale zamieszczając ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w prasie ogólnopolskiej zaprosił do udziału w postępowaniu podmioty z całego obszaru Unii Europejskiej. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że przepisy nie wprowadzają obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewniać możliwość zrealizowania określonego zamówienia przez wszystkie podmioty danej branży.

Ad. pkt 5.1. c) SIWZ

Zamawiający nie widzi uzasadnienia dla ograniczania liczby autobusów jakimi winni dysponować Wykonawcy stosownie do podzielonego przedmiotu zamówienia, bowiem nie widzi uzasadnienia dla podzielenia przedmiotu zamówienia na poszczególne linie.

Ad. pkt 5.3. SIWZ. Wymóg przedłożenia wraz z wykazem usług odpowiednich referencji dotyczących nie tylko samej obsługi komunikacyjnej linii, ale również powiązanej z systemami kontroli biletów i dynamicznej informacji pasażerskiej jest zdaniem Zamawiającego w pełni uzasadniony w świetle określonego przedmiotu zamówienia, w składzie którego te systemy mają funkcjonować, jak również są obecnie na liniach stosowane.

Ad. pkt 6.4. SIWZ.

Załącznik nr 2 do SIWZ (Wykaz wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania usług ...) winien zawierać informacje o wykonanych lub wykonywanych usługach z uwzględnieniem systemów opisanych w pkt. 3.2 SIWZ), gdyż dokument ten winien być spójny z zapisem pkt 5.3. SIWZ.

Odnosząc się do żądań Protestującego dotyczących poszczególnych zapisów umowy:

Zamawiający wyjaśnia:

Ad.1 Wykonawca biorąc udział w przetargu, a następnie zawierając umowę o świadczenie usług przewozowych, zobowiązuje się do wykonywania usług autobusami określonymi w załączniku nr 3 do umowy, a zgłoszonymi wcześniej w ofercie. Świadczenie usług innym autobusem stanowi więc nienależyte wykonywanie umowy, przy czym Zamawiający dopuszcza wyjątkowo inny autobus do wykonywania przewozów, o ile wcześniej Wykonawca zgłosi odpowiedni wniosek i uzyska zgodę Zamawiającego. Uprzednia zgoda Zamawiającego jest więc konieczna, aby móc wykonywać usługi innym autobusem. Zamawiający przed wyrażeniem zgody na dopuszczenie innego autobusu do wykonywania usługi musi dokonać jego weryfikacji pod kątem standardu, tj. zgodności parametrów z wymogami określonymi przez Zamawiającego, ustalić przyczyny i konieczność zmiany, gdyż -co trzeba podkreślić -wykonywanie przewozów innymi autobusami niż te zgłoszone w ofercie, ma charakter wyjątkowy. Wszystkie te czynności wymagają odpowiedniego czasu, który w praktyce może być dłuższy niż proponowane przez Protestującego 48h. Natomiast w sytuacjach awaryjnych, losowych zdarzeń dopuszcza się czasowo autobus zastępczy do wykonania usługi, na czas nie dłuższy niż 48h od wystąpienia zdarzenia, przy czym Wykonawca ma obowiązek jednocześnie powiadomić o tym

Zamawiającego -taki przypadek przewiduje § 2 ust. 3 umowy, którego Wykonawca zresztą nie kwestionuje. W tym przypadku nie jest wymagana zgoda Zamawiającego.

Ad. 2 Zamawiający dochowując wymagań z art. 144 ustawy Pzp, z góry przewiduje w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jakich sytuacjach dopuszczalna jest zmiana

umowy w zakresie zmniejszenia lub zwiększenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia -okolicznością taką są utrudnienia w ruchu, uniemożliwiające funkcjonowanie komunikacji zastępczej w kształcie podstawowym, jak np. objazdy wynikające z nadzwyczajnych sytuacji jak remont ulicy po której normalnie odbywa się usługa, awaria infrastruktury technicznej na tej ulicy czy zmniejszona wielkość pracy przewozowej związana z likwidacją niektórych kursów z powodu zmniejszonego zainteresowania usługami komunikacyjnymi przez pasażerów, itp. Zamawiający nie może więc dowolnie zmieniać umowy, ale wyłącznie w przypadku wystąpienia przesłanki określonej w § 1 ust. 7 umowy. Kwestionowane postanowienie nie narusza więc Prawa zamówień publicznych i dlatego Zamawiający nie zgadza się na jego skreślenie. Natomiast brak § 1 ust. 7 pozwoliłby Wykonawcy odmawiać w każdej sytuacji realizacji innej ilości wozokilometrów niż określona w pierwotnej umowie, nawet wtedy, gdyby wymagały tego uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Ad. 3 Zamawiający nie widzi podstaw dla wykreślenie zapisu, iż: "Ustalenia z kontroli są wiążące dla Wykonawcy". Protestujący nie może z góry zakładać, iż kontrolerzy Zamawiającego popełniają błędy w ustaleniach faktycznych i dokonują fragmentarycznych ocen. Ponadto część uchybień, za które naliczane są kary umowne, nie ma charakteru ocennego, jak np. opóźnienia, niezgodność taboru z umową, brak informacji taryfowo - biletowej, niesprawne kasowniki, niezrealizowany kurs. Kontrolerzy stwierdzają więc tylko dany fakt i dokonują odpowiednich wpisów w raporcie. Tym niemniej, od nałożonych na podstawie ustaleń kontrolerów kar umownych, na podstawie § 9 ust. 3 umowy, przysługuje Wykonawcy procedura odwoławcza.

Ad. 4 Zgodnie z § 9 ust. 3 umowy, Wykonawca może złożyć odwołanie i w przypadku gdy kara została nieprawidłowo naliczona (np. w niewłaściwej kwocie za dane uchybienie), Zamawiający niezwłocznie dokonuje odpowiedniej korekty. Oczywiście jest, iż Wykonawca może w odwołaniu powoływać się na wszelkie mu dostępne dowody w celu jego odpowiedniego uzasadnienia, i dlatego nie jest konieczne dodawanie w tym zakresie dalszych postanowień do umowy.

Ad.5 Weryfikacja stosowania kary umownej zawsze należy do Sądu (..). Wykonawca może wnieść odwołanie -i o ile jest ono uzasadnione zostaje ono uwzględnione. Taka weryfikacja jest wystarczająca. Natomiast ingerencja sądu jest ostatecznością i ma charakter wyjątkowy. Co do proponowanej treści § 9 ust. 4 umowy, Zamawiający nie zgadza się na proponowane przez Protestującego brzmienie. W literaturze podkreśla się, iż nie jest wymagane, aby wiarygodności były bezsporne (W. Czachórski, Zobowiązania, Warszawa 2002, s. 348), a

więc nawet wtedy gdy Wykonawca kwestionuje zasadność nałożenia kar umownych, Zamawiający ma prawo dokonać potrącenia. Ponadto po ostatecznej weryfikacji kar umownych w przypadku wcześniejszego potrącenia bezpodstawnie naliczonej kary, Zamawiający niezwłocznie zwraca Wykonawcy niesłusznie pobrane kwoty.

Ad. 6 Nie można zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy, iż § 11 ust. 3 umowy narusza równość stron. Protestujący pominął treść § 11 ust. 2, zgodnie z którym każda ze stron może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym w przypadku rażącego naruszenia postanowień umowy. Zarówno więc Zamawiający, jak i Wykonawca mają prawo natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku rażącego naruszenia jej postanowień. Natomiast § 11 ust. 3 zawiera katalog przypadków (otwarty), w których Zamawiający może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym, przy czym ich analiza prowadzi do wniosku, że wszystkie te przypadki stanowią rażące naruszenie umowy, gdyż naruszają życie lub zdrowie pasażerów, zakłócają funkcjonowanie komunikacji miejskiej. Katalog ten stanowi więc konkretyzację przypadków w których prawo natychmiastowego rozwiązania umowy przysługuje Zamawiającemu na podstawie § 11 ust.2 umowy. Zarówno więc Zamawiający, jak i Wykonawca mogą rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym wyłącznie w razie naruszenia przez drugą stronę rażąco postanowień umowy. W związku z tym, że § 11 ust. 3 nie narusza równości stron, Zamawiający nie zgadza się na jego wykreślenie.

Zamawiający nie zgadza się na wykreślenie § 11 ust. 4 umowy, wobec zamierzonej zmiany jego treści uwzględniającej zarzuty zgłoszone przez Protestującego. Po zmianie postanowienie to będzie miało następujące brzmienie: "Rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym upoważnia każdą ze Stron do naliczenia kary umownej w wysokości 50% planowanej miesięcznie należności, obciążającej stronę winną rozwiązania umowy. "

Wobec powyższych wyjaśnień, Zamawiający protest oddała.

W dniu 6 sierpnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie podtrzymując w całości zarzuty zawarte w proteście.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Odwołujący w złożonym proteście i odwołaniu oprotestował zapisy SIWZ, wskazując na naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ich formułowaniu i zażądał zmian SIWZ, wskazując jednocześnie jakich zmian oczekuje.

Bowiem w ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego narusza art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp, 29 ust. 2 Pzp przez określenie bezpodstawnie nadmiernie rozbudowanego przedmiotu zamówienia, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby następująco odniósł się do wnioskowanych zmian SIWZ:

1. Co do oprotestowanego zapisu pkt 3.1. SIWZ, w którym Odwołujący zażądał podzielenia przedmiotu zamówienia w ten sposób, że ujęte w ramach jednego zamówienia 32 linie autobusowe zostaną rozdzielone w ten sposób, że każda z 32 linii komunikacji miejskiej o numerach A4, 6, 8, 32, 47, 58, 59, 60, 120, 126, 156, 178, 186, 187, 194, 197, 202, 259, 617, 624, 648, 650, 676, 677, 678, 692, 699, 702, 710, 840, 870, 932; zostanie rozdzielona do odrębnego postępowania. Takie rozdzielenie skumulowanych 32 linii zapewni powszechny dostęp do zamówienia, a w szczególności zapewni dostęp takiemu podmiotowi jak Odwołujący, który reprezentuje interesy małych i średnich przedsiębiorców. Z kolei Zamawiający wskazał, że dokonał podziału obsługiwanej obszar na cztery części – zachodnia, wschodnia, północna, centrum, uzyskując najbardziej właściwy podział funkcjonalny, który zapewni najbardziej oczekiwany efekt ekonomiczny. Na dowód czego przedłożył na rozprawie informację Izby Gospodarczej Komunikacji Miejskiej, wydanie Warszawa maj 2009, z której wynika, że organizacja przewozów osób przez Zamawiającego kształtuje się pod względem ceny zapłaconej przewoźnikowi za 1 wozokilometr autobusu na najniższym poziomie w skali kraju. Natomiast w ocenie Odwołującego tylko dotychczasowy usługodawca to jest PKM Sp. z o.o. Gliwice jest w stanie z uwagi na wymagania przede wszystkim co do wyposażenia technicznego spełnić wymogi Zamawiającego. Odwołujący zarzucił, że ustalony zakres zamówienia spowoduje wykluczenie konkurencji, a w efekcie wzrost cen świadczonych usług przewozowych ludności. W ocenie Izby zarzut Odwołującego w tym zakresie jest nieusprawiedliwiony, a zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do rynku oraz żądanie dokonania rozdrobnienia zamówienia kumulującego 32 linie autobusowe na pojedyncze linie autobusowe nie zasługuje na uwzględnienie. Bowiem jak wyjaśnił Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu oraz na rozprawie Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego obsługuje teren 25 gmin w większości miejskich, a częściowo wiejskich od szeregu lat to jest co najmniej obejmujących okres obowiązywania systemu zamówień publicznych. Ponadto na podstawie umów cywilno-prawnych obsługuje inne gminy np: Związek Tarnowskich Gór i Bielsko-Białą. Łącznie w ramach związku międzygminnego i umów cywilno-prawnych obsługuje teren 41 gmin, na terenie

których funkcjonuje 337 linii autobusowych. Przy czym na podstawie Uchwały Zarządu KZK GOP z dnia 5 lipca 2001 wprowadzono zasady przeprowadzania przetargów, a od 2003r. funkcjonuje podział całego obsługiwanego terenu na cztery obszary to jest: wschód, zachód, centrum, północ. Zamawiający na rozprawie również podnosił, że obszar 32 linii autobusowych, którego rozdrobnienia żąda Odwołujący obejmuje niespełna 10% ogółu linii autobusowych (32/337). W związku z powyższym z samego faktu, że Odwołujący nie spełnia wymogów warunkujących uzyskanie zamówienia nie oznacza, że Zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego dostępu do zamówień i należy nakazać Zamawiającemu rozdrobnienie zamówienia na pojedyncze linie autobusowe, ponieważ po pierwsze Odwołujący może złożyć ofertę wspólnie z innymi wykonawcami, a po drugie Zamawiający dokonał jednak podziału obsługiwanego obszaru na cztery części w zakresie podstawowego świadczenia usług (dodatkowe świadczenia usług obejmują przewóz osób tranzytowy, przewóz minibusowi oraz przewozy liniami nocnymi. Reasumując, Zamawiający nie dokonał jednego ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na całym terenie zrzeszającym Komunikacyjny Związek Komunalny GOP oraz obszary objęte umowami cywilno-prawnymi, ponieważ podzielił obsługiwane gminy na cztery obszary objęte odrębnymi postępowaniami przetargowymi. Odwołujący domagał się podziału całego zamówienia obejmującego 32 linie autobusowe na pojedyncze linie autobusowe. W ocenie Izby żądanie tak maksymalnego rozdrobnienia zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie z powodów zarówno ekonomicznych, funkcjonalnych jak i organizacyjnych przewozu osób na obszarze funkcjonowania Zamawiającego. Tym samym zarzut braku ochrony interesów małych i średnich przedsiębiorców nie przeważa nad ochroną interesu Zamawiającego, który przy organizowaniu świadczenia usług przewozu ludności Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego dąży do obniżenia kosztów oraz zapewnienia sprawnej organizacji świadczenia usług przewozu. Reasumując, Odwołujący nie przedstawił racjonalnych powodów dla których należałoby nakazać Zamawiającemu rozdrobnienie usług przewozu osób na pojedyncze 32 linie autobusowe, przy jednoczesnej gwarancji ustawowej dla wykonawców składania oferty wspólnej w myśl art.23 ustawy PZP.

2. Co do oprotestowanego pkt. 5.1. a SIWZ i żądania wykreślenia warunku wykazania przeprowadzania w poprzednio realizowanych umowach kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz wykreślenia warunku wykazania stosowania w realizacji poprzednich umów systemu dynamicznej informacji pasażerów o przystankach. Przedmiotowy zarzut Izba uwzględniła nakazując

usunięcie zapisów SIWZ zgodnie z wnioskiem Odwołującego. Przede wszystkim SIWZ nie wskazywała w ilu wykazanych usługach zaskarżone świadczenie miało występować, to jest czy kontrola biletów przez kierowcę przy wsiadaniu pasażerów do autobusu i dynamiczna informacja o przystankach miały występować we wszystkich wymienionych usługach w Wykazie wykonanych usług, potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego, czy wystarczyło wykazanie takich świadczeń w jednej usłudze. Przedstawiciel Zamawiającego obecny na rozprawie wyjaśnił, że wystarczy doświadczenie zawodowe w tym zakresie w jednej usłudze. Natomiast Zamawiający nie sprecyzował jak długi okres wykonywania wymaganych świadczeń (kontrola biletów przez kierowcę przy wpuszczaniu wsiadających pasażerów tylko przednimi drzwiami i dynamiczna informacja o kolejnych przystankach) powoduje, że wykonawca ma prawo prezentowania nabycia w tym zakresie doświadczenia. Ponadto Zamawiający przyznał na rozprawie, że przyjęte przez niego procedury wsiadania do autobusu tylko przednimi drzwiami i kontrolowania biletów przy wsiadaniu do autobusu przez kierowcę autobusu mają w kraju zastosowanie przede wszystkim na terenie GOP-u przez niego obsługiwanego i w pojedynczych przyległych do GOP-u terenów (Częstochowa, Związek Tarnowskich Gór oraz Bielsko-Biała). W ocenie Izby skoro jak twierdził na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego na terenie objętym postępowaniem o udzielenie zamówienia pasażerowie przestrzegają przyjętych procedur wsiadania do autobusu to wykonawca przewozu osób wystarczy, że będzie również przestrzegał przyjętych procedur u Zamawiającego, ponieważ nie musi posiadać zdolności ich wdrożenia, co mogło by wymagać posiadania swoistych umiejętności i doświadczenia postępowania w przypadku oporu pasażerów dostosowania się do narzuconych procedur wsiadania do autobusu tylko przednimi drzwiami autobusu. Za uwzględnieniem zarzutu Odwołującego przemawia także okoliczność, że wsiadanie do autobusu w komunikacji miejskiej czy podmiejskiej przednimi drzwiami ma w skali kraju charakter precedensu i wymaganie stosowania takich procedur w praktyce składających oferty przewoźników dyskryminowało by przewoźników spoza GOP-u obsługiwanego przez Zamawiającego gdzie takich procedur nie stosuje się, przynajmniej w komunikacji miejskiej i podmiejskiej. Co do dynamicznej informacji o kolejnych przystankach autobusowych to w ocenie Izby wymóg ten nie ma charakteru umiejętności zawodowej, ale tylko jest to zagadnienie wyposażenia autobusu w stosowne urządzenie techniczne z poinstruowaniem kierowcy jego obsługi. Reasumując Izba w przedmiotowym zakresie podziela stanowisko Odwołującego co do nieusprawiedliwionego wymogu posiadania doświadczenia zawodowego w zakresie wpuszczania pasażerów przednimi drzwiami do autobusu oraz wyposażenia

autobusu w urządzenie do dynamicznej obsługi pasażerów. Natomiast nie ma podstaw do uznania, iż takie wymogi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia (sposób wsiadania do autobusu i dynamiczna informacja o przystankach) mają charakter dyskryminacyjny przewoźników, u których nie występuje tak opisany przedmiot zamówienia.

3. Co do oprotestowanego pkt. 5.1. c SIWZ przez ograniczenie liczby autobusów jakimi winni dysponować oferenci stosownie do podzielonego przedmiotu zamówienia; zarzut nie uwzględniono z uwagi na to, że Izba nie uwzględniła zarzutu co do podziału zamówienia na poszczególne wymienione w nim linie autobusowe. Natomiast opisane zarzuty odnoszące się w ogóle do ilości autobusów, ich rodzaju Izba również nie uwzględniła, ponieważ Odwołujący nie wskazał z jakich przyczyn w jego ocenie wymogi sformułowane w SIWZ są nadmierne w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia, bądź są sprzeczne z obowiązującymi przepisami w zakresie świadczenia usług przewozowych.
4. Co do oprotestowanego pkt. 5.3. SIWZ przez żądanie sprecyzowania, że przedłożone przez oferentów referencje nie muszą zawierać adnotacji, że oferent stosował system kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerów o przystankach. Izba nie uwzględniła tego zarzutu, ponieważ w referencjach potwierdza się jakość wykonanych usług, a nie wymaga się potwierdzenia ilości i rodzaju usług, co należy uczynić w Wykazie usług. Natomiast Izba uwzględniając zarzut do wymogu doświadczenia zawodowego w zakresie wsiadania do autobusu przednimi drzwiami i kontroli biletów przez kierowcę oraz wyposażenia autobusu w dynamiczną informację o przystankach Izba nakazała stosowne zmiany w Wykazie usług, stanowiącym wzór formularza załączonego do SIWZ (Załącznik nr 2 do SIWZ). W związku z powyższym zarzut w zakresie referencji Izba uznała za bezprzedmiotowy, ponieważ referencja potwierdza należyte wykonanie usługi, a nie stanowi potwierdzenia jej ilości, rodzaju, miejsca wykonania oraz terminu, co zawierać powinien Wykaz wykonanych usług.
5. Co do oprotestowania pkt. 6.4. SIWZ przez żądanie sprecyzowania, że przedłożony przez oferentów załącznik nr 2 nie musi zawierać informacji o stosowaniu przez oferenta systemu kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz informacji o stosowaniu przez oferenta dynamicznego systemu informacji pasażerów o przystankach; Izba uwzględniając zarzut nakazała zmiany, ale nie w samej treści pkt 6.4. SIWZ tylko w treści Załącznika Nr 2 do SIWZ (Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług) przez nakazanie skreślenia w nim zapisu o treści “ z uwzględnieniem systemów opisanych w pkt 3.2. SIWZ”.

6. Co do oprotestowania zapisu § 2 ust. 2 Umowy stanowiącej Załącznik Nr 4 do SIWZ i żądanie wprowadzenia zapisu "Brak oświadczenia Zamawiającego w okresie do 48 godzin od dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równoważącymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym."; Z uwagi na to, że obecny na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego na wezwanie Izby nie określił czasu optymalnego do rozpatrzenia wniosku o podstawienie autobusu zastępczego (równoważącymi) określając jedynie ten czas przez określenie „bez zbędnej zwłoki” Izba uwzględniła żądanie określenia terminu przez wskazanie 48 ośmiu godzin od złożenia wniosku to jest zgodnie z żądaniem Odwołującego. Bowiem określenie przez Zamawiającego terminu “bez zbędnej zwłoki” jest pojęciem “nieostrym” i powodującym w każdym przypadku złożenia wniosku niepewność po stronie Odwołującego co do rozumienia i możliwości czasowych rozpatrzenia wniosku. Natomiast obrót gospodarczy nie powinien się cechować stanami niepewności uczestniczących w nim stron, a strony w nim uczestniczące powinny być jednakowo traktowane co do praw i obowiązków przy realizacji zamówienia. Reasumując Izba uwzględniła zarzut nakazując Zamawiającemu zmianę umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego to jest przez dopisanie na końcu § 2 ust. 2 Umowy zdania zawnioskowanego w proteście i odwołaniu.
7. Co do oprotestowania § 1 ust. 7 umowy stanowiącej Załącznik Nr 4 do SIWZ i żądanie zmiany przez jego wykreślenie to Izba nie uwzględniła podniesionego zarzutu z uwagi na jego obiektywizm stosowania w praktyce. Powyższy zapis umowy zawiera następujące brzmienie: "Zamawiający zakłada możliwość czasowego zwiększenia lub zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, z realizacją w dowolnym okresie trwania umowy, w związku z występującymi utrudnieniami w ruchu, uniemożliwiającymi funkcjonowanie komunikacji zastępczej w kształcie podstawowym. Zwiększenie lub zmniejszenie zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia może spowodować także zmianę ilości autobusów przeznaczonych do obsługi tej linii." Powyższy zapis umowny w ocenie Izby znajduje potwierdzenie w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa budowlanego regulującego zasady ograniczania ruchu drogowego w związku z prowadzonymi robotami drogowymi. W związku z powyższym zapis umowny przewidujący okoliczności i ich skutki, na które nie ma wpływu Zamawiający są usprawiedliwione zdarzeniami zewnętrznymi niezależnymi od Zamawiającego. W związku z

powyższym Izba nie uwzględniła zarzutu zgłoszonego przez Odwołującego, żądającego wykreślenia § 1 ust. 7 z treści umowy .

8. Co do oprotestowania § 8 ust. 4 umowy stanowiącego Załącznik Nr 4 do SIWZ i żądania jego wykreślenia Izba nakazała dokonanie zmiany treści § 8 ust. 4 jak w sentencji to jest utrzymała dotychczasową jego treść i nakazała dopisać na końcu zdania następującą treść „z zastrzeżeniem § 9 ust.3 umowy”. Po dokonanej zmianie treść § 8 ust. 4 umowy otrzymuje następujące brzmienie:” Ustalenia z kontroli są wiążące dla Wykonawcy z zastrzeżeniem § 9 ust.3 umowy”. Natomiast uwzględniając nakazaną przez Izbę zmianę § 9 ust.3 umowy otrzymał następującą treść: „Od kar umownych, o których mowa w niniejszym paragrafie, służy Wykonawcy procedura odwoławcza. Odwołanie może być złożone do Zamawiającego w terminie do trzech dni po otrzymaniu od Wykonawcy szczegółowego rozliczenia stwierdzonych nieprawidłowości. Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.” Natomiast Izba nie podziela poglądu reprezentowanego przez Odwołującego co do tego, iż Zamawiający nie ma prawa dokonywać wiążących ustaleń w oparciu o zawartą umowę co do egzekwowania od wykonawcy należytego wykonania umowy, a w przypadku stwierdzenia naruszeń stosować kary umowne na tę okoliczność zastrzeżone. Reasumując Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego co do skreślenia z umowy zapisu o treści „Ustalenia z kontroli są wiążące dla Wykonawcy”, ponieważ stosowanie kar umownych jest czynnością jednostronną, na którą druga strona stosunku cywilnoprawnego nie musi wyrażać zgody, w przypadku wystąpienia okoliczności przewidzianych w umowie do zastosowania kar umownych. Natomiast skoro umowa (§ 9 ust.3) przewiduje procedurę odwoławczą to zasadne jest wstrzymanie „egzekucji” kar umownych przez Zamawiającego (przez potrącenie – art.498 k.c.) do czasu rozpatrzenia przez Zamawiającego odwołania od kar umownych.
9. Co do oprotestowania § 9 ust. 3 umowy przez żądanie dodania zapisu o treści "Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie". Izba żądanie Odwołującego uwzględniła w pełnym zakresie nakazując dokonanie zmiany przez dodanie wnioskowanego zapisu, na podstawie którego treść § 9 ust. 3 umowy otrzymuje brzmienie: „Od kar umownych, o których mowa w niniejszym paragrafie, służy Wykonawcy procedura odwoławcza. Odwołanie może być złożone do Zamawiającego w terminie do trzech dni po otrzymaniu od Wykonawcy szczegółowego rozliczenia stwierdzonych nieprawidłowości. Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w

oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.” Izba uwzględniła żądanie zmiany umowy w powyższym zakresie, ponieważ nie można odmówić Wykonawcy składania dowodów zaprzeczających ustaleniom Zamawiającego, dla poszanowania równości stron stosunku umownego oraz przyspieszenia postępowania wyjaśniającego umożliwiającego ochronę interesów Wykonawcy obciążanego kara umowną.

10. Co do oprotestowania zapisu § 9 ust. 4 umowy i żądania dodania zapisu "Kary umowne nie mogą być ani naliczane, ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania naliczanie kary umownej stanowi jedynie propozycję Zamawiającego"; uwzględniono w zakresie jak w sentencji zmianę § 9 ust. 4 umowy przez nakazanie dodania zapisu "Kary umowne nie mogą być ani naliczane, ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania przez Zamawiającego". W ocenie Izby konsekwencją zaoferowania przez Zamawiającego procedury postępowania odwoławczego od kar umownych jest ich nie naliczanie oraz nie obciążanie przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania od kar umownych w postępowaniu przed Zamawiającym. Natomiast nie znajdują usprawiedliwienia prawnego wywody Odwołującego, na mocy których podnosi, że Zamawiający ma prawo kompensaty kar umownych z należnego wynagrodzenia dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu sporu sądowego wywołanego naliczeniem kary umownej. Za powyższym przemawia treść art. 498 k.c. zgodnie z którym § 1. ⁽²⁰¹⁾ Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. § 2. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Reasumując powyższe Izba nakazała Zamawiającemu zmianę oprotestowanego § 9 ust. 4 umowy jak w sentencji niniejszego Wyroku.

11. Co do oprotestowania zapisu § 11 ust.3 i ust. 4 umowy stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ przez żądanie wykreślenia ust.3 i 4 Izba uwzględniła w zakresie jak w sentencji niniejszego Wyroku to jest przez zmniejszenie dolegliwości sankcji kary umownej przez jej obniżenie do wysokości 20 % planowanej miesięcznej należności. W pozostałym zakresie co do żądań wykreślenia ust.3 i 4 niniejszego paragrafu umowy Izba podzieliła argumentację Zamawiającego przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu i na rozprawie..

Reasumując powyższe Izba uwzględniła odwołanie, ponieważ część zarzutów potwierdziła się co do naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a przez to równego dostępu do zamówienia i w tym zakresie nakazała Zamawiającemu dostosowanie SIWZ do treści sentencji niniejszego Wyroku.

W powyższym zakresie Odwołujący wykazał naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust.2 oraz art.7 ust.1 ustawy PZP.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy PZP zasądzając na rzecz Odwołującego od Zamawiającego koszty wpisu od odwołania .